

Sygn. akt VI ACa 1942/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 stycznia 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Aldona Wapińska (spr.)

Sędzia SA – Krzysztof Tucharz

Sędzia SO del. – Jolanta Pyźlak

Protokolant: – st. sekr. sądowy Mariola Frąckiewicz

po rozpoznaniu w dniu 15 stycznia 2016 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa (...) sp. z o.o. we W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

przy udziale zainteresowanego (...) S.A. w W.

o zmianę umowy o połączeniu sieci

oraz z powództwa (...) S.A. w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

przy udziale zainteresowanego (...) sp. z o.o. we W.

o zmianę umowy o połączeniu sieci

na skutek apelacji pozwanego oraz (...) S.A. w W.

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z dnia 4 listopada 2014 r.

sygn. akt XVII AmT 52/11

uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi Okręgowemu w Warszawie – Sądowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.

VI ACa 1942/14

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 24 sierpnia 2011 r. nr (...) na podstawie art. 28 ust. 1 w związku z art. 30 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (dalej: PT) oraz art. 104 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (dalej k.p.a.), w związku z art. 206 ust. 1 PT, po rozpatrzeniu wniosku (...) S.A. z siedzibą w W. (dalej: (...) SA) z dnia 3 marca 2011 r. o wydanie decyzji w sprawie zmiany Umowy o połączeniu sieci zawartej w dniu 4 czerwca 2003 r., pomiędzy (...) S.A. z siedzibą we W. a (...) S.A., zmienionej kolejnymi aneksami, porozumieniem

z dnia 8 lipca 2010 r. oraz decyzjami Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej znak: (...) z dnia 25 września 2006 r., znak: (...) z dnia 4 grudnia 2006 r., znak: (...) z dnia 7 lutego 2007 r. znak: (...) z dnia 5 lipca 2007 r., znak: (...) z dnia 23 lutego 2009 r., znak: (...) z dnia 28 grudnia 2010 r. (zwaną dalej „Umową”), pomiędzy (...) S.A. z siedzibą we W. (zwaną dalej (...)) a (...) SA, w zakresie dochodzenia do symetrii stawek za zakańczanie połączeń w sieci (...), Prezes UKE:

I. zmienił postanowienia Umowy w następujący sposób:

W Załączniku Nr 4 do Umowy (Załącznik Finansowy) § 3 ust. 3 otrzymuje brzmienie:

„3. (...) wnosi na rzecz (...) opłaty za usługę zakończenia połączeń w sieci (...) w następującej wysokości:

- a. do dnia 31 grudnia 2011 r. w wysokości 146% opłaty określonej za Zakańczanie Strefowe połączenia w sieci (...) w okresie taryfikacyjnym T1, o której mowa w § 3 ust. 1 w Tabeli nr 2 w Załączniku nr 4 do Umowy (Załącznik Finansowy);
- b. od dnia 1 stycznia 2012 r. w wysokości 137% opłaty określonej za Zakańczanie Strefowe połączenia w sieci (...) w okresie taryfikacyjnym T1, o której mowa w § 3 ust. 1 w Tabeli nr 2 w Załączniku nr 4 do Umowy (Załącznik Finansowy);
- c. od dnia 1 lipca 2012 r. w wysokości 127% opłaty określonej za Zakańczanie Strefowe połączenia w sieci (...) w okresie taryfikacyjnym T1, o której mowa w § 3 ust. 1 w Tabeli nr 2 w Załączniku nr 4 do Umowy (Załącznik Finansowy);
- d. od dnia 1 stycznia 2013 r. w wysokości 118% opłaty określonej za Zakańczanie Strefowe połączenia w sieci (...) w okresie taryfikacyjnym T1, o której mowa w § 3 ust. 1 w Tabeli nr 2 w Załączniku nr 4 do Umowy (Załącznik Finansowy);
- e. od dnia 1 lipca 2013 r. w wysokości 109% opłaty określonej za Zakańczanie Strefowe połączenia w sieci (...) w okresie taryfikacyjnym T1, o której mowa w § 3 ust. 1 w Tabeli nr 2 w Załączniku nr 4 do Umowy (Załącznik Finansowy);
- f. od dnia 1 stycznia 2014 r. w wysokości 100% opłaty określonej za Zakańczanie Strefowe połączenia w sieci (...) w okresie taryfikacyjnym T1, o której mowa w § 3 ust. 1 w Tabeli nr 2 w Załączniku nr 4 do Umowy (Załącznik Finansowy).

W przypadku zmiany wysokości obowiązującej opłaty za zakańczanie połączeń strefowych w sieci (...) w okresie taryfikacyjnym O1/T1, wskazanej w obowiązującej (...) ofercie ramowej, określającej wysokość opłat za usługę zakańczania połączeń w sieci (...), Strony zobowiązują się do przekalkulowania obowiązujących stawek za zakańczanie połączeń w sieci (...) i w sieci (...), nie później niż w dniu wprowadzenia w życie nowych opłat za zakańczanie połączeń strefowych (Zakańczanie Strefowe) w sieci (...), na podstawie odpowiednich decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej.”

II. Pozostałe postanowienia Umowy pozostawił bez zmian.

Na podstawie art. 206 ust. 2aa w zw. z art. 206 ust. 2 Pt decyzja podlegała natychmiastowemu wykonaniu.

Odwołania od powyższej decyzji wniosły obie strony umowy - (...) S.A. z siedzibą we W. (sprawa o sygn. akt XVII AmT 52/11) oraz (...) S.A. z siedzibą w W. (sprawa o sygn. akt XVII AmT 9/12).

(...) S.A. z siedzibą we W. zaskarżyła decyzję w całości i wniosła o jej uchylenie w całości, ewentualnie o zmianę decyzji przez zmianę sentencji decyzji w ten sposób, że pkt I i II oraz dopisek „Na podstawie art. 206 ust. 2 aa w związku z art. 206 ust. 2 Pt Decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu”, zostaną zastąpione sformułowaniem:

„ odmawiam zmiany Umowy w zakresie obniżenia stawek rozliczeniowych za zakańczanie połączeń w sieci (...) S.A. ”. Ponadto (...) S.A. wniosła o przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania na okoliczności w nim powołane oraz o zasądzenie na rzecz powódki kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. (...) S.A. zaskarżonej decyzji zarzuciła:

1) naruszenie art. 28 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 6 PT poprzez:

a) zmianę (obniżenie) wysokości stawek za zakończenie połączenia w publicznej stacjonarnej sieci telefonicznej pomimo braku nałożenia na (...) obowiązków regulacyjnych z art. 39 lub 40 Pt;

b) nałożenie na (...) obowiązku stosowania stawek odpowiadających uzasadnionym (lub ponoszonym) kosztom (...) S.A. pomimo braku nałożenia na (...) obowiązków z art. 39 i 40 Pt;

c) brak uwzględnienia pozycji (...) S.A. oraz (...), w szczególności w zakresie efektów skali, jakie może osiągnąć (...) S.A. ;

d) wydanie decyzji w oparciu o stanowisko Prezesa UKE nie mające żadnej mocy prawnej;

2) naruszenie art. 28 ust. 6 PT w związku z art. 110 k.p.a. poprzez:

a) wydanie Decyzji sprzecznej z wcześniejszą decyzją Prezesa UKE, mianowicie decyzją z dnia 13 czerwca 2008r. (...) odmawiającej zmiany Umowy o połączeniu sieci pomiędzy (...) S.A., a (...) S.A.;

b) wydanie zaskarżonej Decyzji pomimo braku spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 28 ust. 6 PT;

3) naruszenie art. 156 § 1 pkt 3 w związku z art. 16, art. 104 § 2 i art. 110 k.p.a. poprzez wydanie jej w sprawie, która objęta jest wcześniejszymi rozstrzygnięciami Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej tj. decyzją z dnia 13 czerwca 2008 r.

4) naruszenie art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. a i b poprzez stworzenie zaskarżoną Decyzją:

a) warunków zagrażających integralności sieci (...) oraz jej zdolności do zapewnienia interoperacyjności usług;

b) warunków dyskryminujących innych operatorów telekomunikacyjnych w stosunku do (...);

5) naruszenie art. 18 Pt poprzez brak przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego.

W odpowiedzi na odwołanie (...) S.A. pozwany Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wniósł o:

1) oddalenie odwołania w całości;

2) przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach administracyjnych, jak również załączonych do odpowiedzi na odwołanie, na okoliczności w nich wskazane;

3) zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego według stawki maksymalnej.

Zainteresowana (...) S.A. z siedzibą w W. wniosła o oddalenie odwołania (...) S.A. w całości oraz o zasądzenie od powoda na rzecz zainteresowanego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W swoim odwołaniu (sygn. akt XVII AmT 9/12) (...) S.A. zaskarżyła decyzję Prezesa UKE w części, tj. w zakresie rozstrzygnięcia zawartego w pkt I i wnosząc o:

1. zmianę Decyzji w zaskarżonej części, tj. punktu I.

1.1. w zakresie opłat za zakończenie połączeń w sieci (...) poprzez ustalenie stawek symetrycznych do opłat należnych (...) w drodze nadania pkt I Decyzji następującej treści:

„1. zmieniam postanowienia Umowy w następujący sposób:

W Załączniku nr 4 do Umowy (Załącznik Finansowy) § 3 ust. 3 otrzymuje brzmienie:

Tabela nr 1 Stawki należne (...) za zakończenie połączenie w Sieci (...):

Okres taryfikacyjny T1 – 0,0273 zł/min.

Okres taryfikacyjny T2 – 0,0205 zł/min.

Okres taryfikacyjny T3 – 0,0137 zł/min.

1.2. alternatywnie, na wypadek nie uwzględnienia przez Sąd wyżej wymienionego pkt 1.1. wniosku o zmianę Decyzji, wniesiono o zmianę skarżonej Decyzji w następujący sposób:

„I. zmieniam postanowienia Umowy w następujący sposób:

W Załączniku nr 4 do Umowy (Załącznik Finansowy) § 3 ust. 3 otrzymuje brzmienie:

„3.(...) wnosi na rzecz (...) opłaty za usługę zakończenia połączeń w sieci (...) w następującej wysokości:

a) do dnia 31 grudnia 2011 r. w wysokości 146% opłaty określonej za Zakańczanie Strefowe połączenia w sieci (...) w okresach taryfikacyjnych T1, T2 i T3, o której mowa w § 3 ust. 1 w Tabeli nr 2 w Załączniku nr 4 do Umowy (Załącznik Finansowy);

b) od dnia 1 stycznia 2012 r. w wysokości 137% opłaty określonej za Zakańczanie Strefowe połączenia w sieci (...) w okresach taryfikacyjnych T1, T2 i T3, o której mowa w § 3 ust. 1 w Tabeli nr 2 w Załączniku nr 4 do Umowy (Załącznik Finansowy);

c) od dnia 1 lipca 2012 r. w wysokości 127% opłaty określonej za Zakańczanie Strefowe połączenia w sieci (...) w okresach taryfikacyjnych T1, T2 i T3, o której mowa w § 3 ust. 1 w Tabeli nr 2 w Załączniku nr 4 do Umowy (Załącznik Finansowy);

d) od dnia 1 stycznia 2013 r. w wysokości 118% opłaty określonej za Zakańczanie Strefowe połączenia w sieci (...) w okresach taryfikacyjnych T1, T2 i T3, o której mowa w § 3 ust. 1 w Tabeli nr 2 w Załączniku nr 4 do Umowy (Załącznik Finansowy);

e) od dnia 1 lipca 2013 r. w wysokości 109% opłaty określonej za Zakańczanie Strefowe połączenia w sieci (...) w okresach taryfikacyjnych T1, T2 i T3, o której mowa w § 3 ust. 1 w Tabeli nr 2 w Załączniku nr 4 do Umowy (Załącznik Finansowy);

f) od dnia 1 stycznia 2014 r. w wysokości 100% opłaty określonej za Zakańczanie Strefowe połączenia w sieci (...) w okresach taryfikacyjnych T1, T2 i T3, o której mowa w § 3 ust. 1 w Tabeli nr 2 w Załączniku nr 4 do Umowy (Załącznik Finansowy).”

2. przeprowadzenie dowodu z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu odwołania,

3. zasądzenie na rzecz powoda kosztów procesu według norm przepisanych.

Zaskarżonej decyzji (...) S.A. zarzuciła:

1) naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 8, 11 i 107 k.p.a. w zw. z art. 206 ust. 1 Pt poprzez wprowadzenie przedmiotową decyzją asymetrii stawek za zakończenie połączeń w sieci (...) w porównaniu ze stawkami za zakończenie połączeń w sieci (...), w sposób niezgodny ze Stanowiskiem Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie symetrii stawek na rynku zakańczania połączeń głosowych w publicznych telefonicznych sieciach stacjonarnych, (dalej: Stanowisko), oraz Zaleceniami Komisji Europejskiej z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych oraz

poprzez niewyjaśnienie w treści uzasadnienia Decyzji podstaw i przesłanek wysokości faktycznie wprowadzonych stawek;

2) naruszenie art. 28 ust. 1 pkt 2 PT w związku z art. 36 PT i art. 42 ust. 1 PT oraz art. 43 ust. 6 Pt poprzez nieuwzględnienie przy wydawaniu decyzji obowiązków nałożonych na przedsiębiorców telekomunikacyjnych i rozstrzygnięcie w sposób niezgodny z treścią tych obowiązków;

3) naruszenie art. 28 ust. 1 pkt 4 oraz 5c PT poprzez faktyczne nieuwzględnienie przy wydawaniu decyzji charakteru zaistniałych kwestii spornych dotyczących ekonomicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego oraz przyjęcie przesłanki zapewnienia rozwoju konkurencyjnego rynku usług telekomunikacyjnych jako zasadniczej przesłanki wprowadzenia asymetrii stawek za zakańczanie połączeń w sieci (...) w sytuacji, gdy zarówno z powołanego Stanowiska, jak również Zaleceń KE wynika, że wprowadzenie i utrzymywanie asymetrii przesłankom tym przeczy.

W odpowiedzi na odwołanie (...) SA pozwany Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wniósł o:

1) oddalenie odwołania w całości;

2) przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach administracyjnych, jak również załączonych do odpowiedzi na odwołanie, na okoliczności w nich wskazane;

3) zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 720 zł, co odpowiada rodzajowi i stopniowi zawichości sprawy oraz wymaganemu nakładowi pracy radcy prawnego będącego pełnomocnikiem procesowym pozwanego w sprawie.

W odpowiedzi na odwołanie (...) S.A. zainteresowana (...) Sp. z o.o. wniosła o:

1) oddalenie odwołania;

2) przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odpowiedzi na odwołanie na okoliczności w niej powołane;

3) zasądzenie od powoda na rzecz zainteresowanego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sprawa o sygnaturze XVII AmT 9/12 została połączona do wspólnego rozpoznania ze sprawą XVII AmT 52/11.

Powód (...) S.A. z siedzibą we W. zmienił formę działalności na spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością.

Powód (...) S.A. z siedzibą w W. zmienił firmę na (...) S.A.

Wyrokiem z dnia 4 listopada 2014 roku Sąd Okręgowy w Warszawie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

I uchylił zaskarżoną decyzję;

II zasądził na rzecz (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we W. od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 288,50 zł oraz od (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W. kwotę 188,50 zł tytułem kosztów postępowania;

III zasądził na rzecz (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W. od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 288,50 zł oraz od (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we W. kwotę 188,50 zł tytułem kosztów postępowania.

Podstawą rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego były następujące ustalenia faktyczne i rozważania prawne:

W dniu 4 czerwca 2003 r. pomiędzy (...) S.A. z siedzibą we W. a (...) S.A. z siedzibą w W. została zawarta umowa o połączeniu sieci.

Wobec (...) Prezes UKE wydał w dniu 26 kwietnia 2007 r. Decyzję (...), w której ustalił, że na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej (...), zgodnym z obszarem sieci, w której następuje zakończenie połączenia nie występuje skuteczna konkurencja oraz wyznaczył (...) jako podmiot o znaczącej pozycji rynkowej na tym rynku właściwym, nakładając na (...) obowiązki regulacyjne z art. 34 PT, art. 36 PT i art. 37 PT.

Decyzją z dnia 18 września 2006 r. nr (...) Prezes UKE ustalił, że na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci (...) SA z siedzibą w W., zgodnym z obszarem sieci w której następuje zakończenie połączenia, nie występuje skuteczna konkurencja i nałożył na spółkę (...) S.A. obowiązki regulacyjne z art. 34 PT, art. 36 PT, art. 37 PT, art. 38 PT, art. 39 PT, art. 40 PT i art. 42 PT.

Nakładając obowiązek z art. 37 PT (obowiązek przejrzystości) Prezes UKE wskazał, że najistotniejszym środkiem zaradczym jest opracowanie oferty ramowej przez podmiot o znaczącej pozycji rynkowej. Utrudnianie przez (...) S.A. innym operatorom dostępu telekomunikacyjnego jest na tyle znaczące, że samo publikowanie na stronach internetowych ogólnych danych dotyczących zapewnienia dostępu nie będzie wystarczającym środkiem regulacyjnym, dlatego zasadnym było nałożenie obowiązku z art. 42 PT polegającego na przygotowaniu i przedstawieniu oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym.

Kolejny obowiązek z art. 38 PT (obowiązek rozdzielności księgowej) miał zapobiegać zawyżaniu stawek na rynku zakańczania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej (...) S.A. oraz występowaniu subsydiowania skrośnego. Wyniki rachunkowości regulacyjnej są istotne z punktu widzenia prawidłowości ustalenia wysokości opłat za usługi telekomunikacyjne. Rachunkowość regulacyjna umożliwia ustalenie opłat za transfery wewnętrzne usług pomiędzy różnymi rodzajami (obszarami) działalności przedsiębiorstwa. Opłaty za wewnętrzną sprzedaż usług w ramach przedsiębiorstwa operatora powinny odzwierciedlać opłaty naliczane za takie same usługi innym operatorom.

Obowiązki kontroli cen i kalkulacji kosztów w ustawie Prawo telekomunikacyjne występują w postaci:

- obowiązku, o którym mowa w art. 39 ustawy, polegający na kalkulacji uzasadnionych kosztów świadczenia dostępu telekomunikacyjnego oraz na stosowaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego, uwzględniających zwrot uzasadnionych kosztów operatora;

- obowiązku, o którym mowa w art. 40 ustawy, polegający na ustalaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty operatora.

Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 15 grudnia 2005 r. w sprawie prowadzenia przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego rachunkowości regulacyjnej i kalkulacji kosztów, Prezes UKE w decyzji, o której mowa w art. 39 PT wskazuje przedsiębiorcy sposób kalkulacji kosztów świadczenia dostępu telekomunikacyjnego spośród określonych w rozporządzeniu. Podane rozporządzenie pozwala Prezesowi UKE na wybór spośród metod opartych na zorientowanym przyszłościowo w pełni alokowanym koszcie ((...)) lub zorientowanym przyszłościowo długookresowym koszcie przyrostowym ((...)). Prezes UKE biorąc pod uwagę analizę rynku, zalecenia Komisji 98/195/EC z 9 stycznia 1998 r., doświadczenia regulatorów europejskich i dotychczasowe doświadczenia krajowe, nałożył obowiązek kalkulacji kosztów wg zorientowanego przyszłościowo długookresowego kosztu przyrostowego, a więc kosztu świadczenia usługi, którego efektywnie działający przedsiębiorca uniknąłby w sytuacji zaprzestania świadczenia tej usługi, przy założeniu że zakres pozostałych usług nie uległby zmianie. Innymi słowy obowiązek ten przewiduje kalkulację uzasadnionych kosztów świadczenia dostępu telekomunikacyjnego zgodnie z zatwierdzonym przez Prezesa UKE opisem kalkulacji kosztów oraz stosowanie opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego uwzględniających zwrot uzasadnionych kosztów operatora.

Jednocześnie ze względu na fakt, iż realizacja tego obowiązku zawartego w art. 39 PT jest możliwa w dłuższej perspektywie czasowej, Prezes UKE postanowił nałożyć obowiązek przejściowy w postaci stosowania opłat w oparciu o ponoszone koszty zgodnie z art. 40 PT. Miało to umożliwić kontrolę stawek stosowanych przez (...) za pomocą

porównań ze stawkami stosowanymi na konkurencyjnych rynkach oraz stosowanie innych metod weryfikacji takich jak: cena detaliczna minus, model bottom-up lub metoda najlepszej bieżącej praktyki.

Obowiązki mają uzasadnienie jeżeli analiza rynkowa wykaże brak skutecznej konkurencji, nadmiernie wysoki poziom cen lub wymuszanie cen działające na niekorzyść użytkowników końcowych.

Decyzją z dnia 22 września 2009 r. (...) Prezes UKE zniósł obowiązek z art. 39 PT nałożony na (...) S.A. decyzją (...), a nałożył obowiązek, o którym mowa w art. 40 Pt. Prezes UKE wyjaśnił, że stosowanie obowiązku ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty, w odróżnieniu od obowiązku wynikającego z art. 39 ust. 1 PT (a więc kalkulacji uzasadnionych kosztów) oznacza, iż przy wyznaczaniu opłat za usługi, operator nie musi uwzględniać tzw. koncepcji efektywnie działającego przedsiębiorcy, określonej w § 3 pkt 3 rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 15 grudnia 2005 r. w sprawie prowadzenia przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego rachunkowości regulacyjnej i kalkulacji kosztów usług (Dz. U. z 2005 r. Nr 255, poz. 2140), a także dokonywać tzw. korekt operatora efektywnego. Ponadto, obowiązek ten pozwala na odzyskanie przez operatora faktycznie poniesionych kosztów związanych ze świadczeniem usług, a nie jedynie uzasadnionych kosztów, jak w przypadku obowiązku z art. 39 ust. 1 PT. Tym samym stosowanie ww. regulacji powinno korzystnie wpłynąć na zaangażowanie (...) S.A. w inwestycje, w szczególności związane z budową infrastruktury nowej generacji.

Zmiana stosowanych wobec (...) S.A. obowiązków regulacyjnych miała na celu między innymi wprowadzenie zachęt dla operatora zasiedziałego do rozpoczęcia inwestycji w nowe technologie. W ocenie Prezesa UKE stosowanie art. 40 PT miało przynieść także znaczne ułatwienia w raportowaniu i kalkulacji kosztów. Operator telekomunikacyjny, na którego nałożono ten obowiązek będzie mógł osiągnąć oszczędności związane z przebiegiem procesu kalkulacji kosztów. Wyrażać się to będzie między innymi odstąpieniem od stosowania skomplikowanych modeli oraz brakiem audytu regulacyjnego. Zapisy art. 40 PT umożliwiają także prostszą weryfikację przez Prezesa UKE sposobu ustalania opłat stosowanych przez operatora, na którego nałożono przedmiotowy obowiązek. Nałożenie na operatora o znaczącej pozycji rynkowej obowiązku określonego w art. 40 PT spowoduje również, że regulacja ta będzie bardziej zrównoważona w stosunku do regulacji stosowanej wobec operatorów alternatywnych. Tym samym przyczyni się ona do zmniejszenia asymetrii obowiązków regulacyjnych. Nałożenie tego obowiązku miało umożliwić ponadto kontrolę stawek stosowanych przez (...) za pomocą porównań ze stawkami stosowanymi na konkurencyjnych rynkach oraz stosowanie innych metod weryfikacji, co z kolei miało przyczynić się do urealnienia poziomu stawek oferowanych przez (...) S.A. i wpłynąć korzystnie na działalność pozostałych operatorów na rynku i w efekcie doprowadzić do rozwoju efektywnej konkurencji.

W decyzji Prezes UKE wskazał również, że ze względu na hierarchiczną budowę sieci (...) S.A., a tym samym możliwość zakańczania połączeń w jej sieci na różnych poziomach dostępu (Logicznych Punktach Styku Sieci umieszczanych na poszczególnych centralach (...)), w umowach międzyoperatorskich występuje podział stawek międzyoperatorskich na strefowe oraz międzystrefowe w strefie tranzytowej sieci (...) S.A. lub poza strefą tranzytową w sieci (...) S.A. Dla każdego rodzaju stawek rozliczeniowych, które przyporządkowane zostały do poszczególnych (...), ustalona została przez operatora zasiedziałego inna wysokość. Dodatkowo wysokość opłat została uzależniona od 3 okresów taryfikacyjnych. Tak więc w przypadku (...) S.A. mamy 9 stawek stosowanych w rozliczeniach międzyoperatorskich z operatorami alternatywnymi.

Prezes UKE uznał za zasadne utrzymanie obowiązku określonego w art. 42 PT, który nałożony został przez niego decyzją z dnia 18 września 2006 roku (...) i stosowanie przez (...) w dalszym ciągu obowiązującej oferty ramowej w zakresie połączenia sieci. Opłaty za zakańczanie połączeń w sieci (...) S.A. są regulowane zgodnie z obowiązkami nałożonymi na (...) S.A. w Decyzji (...) w ten sposób, że Prezes UKE zatwierdza złożoną przez (...) S.A. ofertę ramową określającą warunki połączenia sieci telekomunikacyjnych (...) oraz zasady rozliczeń obejmujące wymianę ruchu w połączonych sieciach oraz usługi dodatkowe określone w przedmiotowej ofercie. Tym samym, stawki za zakończenie połączenia w sieci (...) S.A. są zatwierdzane przez Regulatora i są jednakowe dla wszystkich zainteresowanych łączeniem sieci operatorów telekomunikacyjnych.

Prezes UKE podkreślił, że ***pomimo regulacji tych stawek (...) SA, jako operator zasiedziały oraz ze względu na stwierdzoną pozycję znaczącą w dalszym ciągu posiada możliwość antykonkurencyjnego różnicowania stawek za zakańczanie połączeń w obrębie własnej sieci.***

Potencjalnie każdy z przedsiębiorców telekomunikacyjnych może dążyć do stosowania stawek za zakańczanie połączeń we własnej sieci przewyższających faktyczne koszty świadczenia tej usługi, zwłaszcza w sytuacji, gdy potencjalni klienci zmuszeni są do nabywania tych usług, tak jak ma to miejsce na hurtowym rynku zakańczania połączeń w sieci stacjonarnej (...) S.A. Każdy z operatorów alternatywnych świadczących usługi na rynku detalicznym, czyli obsługujący klientów indywidualnych, ze względu na fakt, że (...) SA posiada największą liczbę abonentów, będzie chciał zapewnić dostęp do użytkowników sieci (...) S.A. odbiorcom swoich usług telefonicznych. Tym samym będzie dążył do zawarcia umowy o połączeniu sieci z operatorem zasiedziałym, która umożliwi mu wymianę ruchu telefonicznego pomiędzy abonentami obydwu Stron umowy. Mając na uwadze, że (...) S.A. oferuje swoje usługi na rynku hurtowym po cenach regulowanych przez Prezesa UKE, wysokość opłat za zakańczenie połączenia w sieci (...) S.A. nie podlega negocjacjom. ***Natomiast negocjacjom podlega wysokość opłat za zakańczenie połączenia w sieci operatora alternatywnego stanowiącego drugą stronę umowy o połączeniu sieci.*** Pozycja negocjacyjna takiego operatora nie jest silna. Najczęściej wielkość stawki odwzorowuje zasięg sieci przyłączanego do sieci (...) SA operatora alternatywnego. Oznacza to, że za zakańczenie połączenia w sieci operatora alternatywnego, (...) S.A. płaci zazwyczaj równowartość stawki za zakańczenie połączenia strefowego we własnej sieci. Natomiast przyłączony operator alternatywny uiszcza opłaty wg ustalonego w (...) schematu. Innymi słowy, inaczej płaci za zakańczenie połączeń strefowych, a inaczej za zakańczenie połączeń międzystrefowych w sieci (...) S.A. Ta dysproporcja, może świadczyć o antykonkurencyjnym zachowaniu (...) S.A. wobec operatorów alternatywnych nawiązujących z nią współpracę. Dlatego też niektórzy operatorzy alternatywni, szczególnie tacy, którzy wcześniej nie rozliczali się z (...) S.A. za zakańczanie ruchu we wzajemnie połączonych sieciach telekomunikacyjnych, wynegocjowali wyższe stawki za zakańczanie połączeń we własnej sieci. Wielkość stawek za zakańczenie połączenia w sieci takiego operatora alternatywnego nie jest jednak równa najniższym stawkom za zakańczenie połączenia w sieci operatora zasiedziałego. Jest ona równa najwyższym, określonym w (...) stawkom rozliczeniowym ustalonym za zakańczenie połączenia poza obszarem tranzytowym sieci (...) S.A.

Jednak nie każdy operator alternatywny ma możliwość osiągnięcia na rynku na tyle silnej pozycji, która pozwalałaby na takie negocjacje. Operator zasiedziały nie może odmówić żadnemu operatorowi alternatywnemu dostępu telekomunikacyjnego w zakresie połączenia sieci w celu wzajemnej wymiany ruchu. ***Może jednak dążyć do różnicowania warunków świadczenia usług hurtowych (w tym przypadku usługi zakańczania połączeń) nabywcom tych usług w zależności od ich pozycji konkurencyjnej.*** Możliwość antykonkurencyjnych działań w obszarze stawek za zakańczanie połączeń wynika z zasady obowiązującej na rynku właściwym, że dzwoniący płaci (...).

Międzystrefowe zakańczenie połączenia może nastąpić tylko u operatora posiadającego rozbudowaną sieć międzystrefową – krajową czy regionalną. Sieć taką posiada w Polsce zaledwie kilku operatorów, wśród nich (...) S.A. Znakomita większość operatorów alternatywnych posiada jedynie sieci dostępowe – na obszarze strefy numeracyjnej lub mniejsze niż strefa numeracyjna - i za pomocą takich sieci świadczą usługi telekomunikacyjne swoim abonentom. Operatorzy, którzy posiadają sieci dostępowe z elementami sieci szkieletowej obejmujące więcej niż jedną strefę numeracyjną, najczęściej nie wyróżniają stawek ze względu na rodzaj zakańczanego połączenia, tylko stosują jednakowe stawki za zakańczanie połączeń w tej samej strefie numeracyjnej, jak i w innej strefie, która objęta jest zasięgiem sieci telekomunikacyjnej. Tym samym, różnicowanie wielkości stawek od miejsca zakańczenia połączeń może być ze strony (...) S.A. działaniem antykonkurencyjnym, nawet biorąc pod uwagę wspomnianą powyżej hierarchiczną budowę sieci operatora zasiedziałego. Problemy te zgłaszane są przez uczestników rynku pomimo regulacji nałożonych na (...) S.A. przez Prezesa UKE. Operator ten, pomimo regulacji stawek za zakańczanie połączeń w swojej sieci stacjonarnej, posiada jako operator zajmujący pozycję znaczącą możliwość ich antykonkurencyjnego różnicowania.

Pismem z dnia 25 czerwca 2007 r. (...) SA wystąpiła do (...) z wnioskiem o rozpoczęcie negocjacji w przedmiocie zawarcia kolejnego aneksu do umowy w zakresie obniżenia stawek rozliczeniowych za zakańczanie połączeń w sieci (...). Z uwagi na fakt, że Strony nie doszły do porozumienia w przedmiotowym zakresie pismem z dnia 5 października 2007 r. (...) SA wystąpiła z wnioskiem do Prezesa UKE o wydanie decyzji w sprawie zmiany Umowy w zakresie obniżenia stawek rozliczeniowych za zakańczanie połączeń w sieci (...). (...) SA wniosła o zmianę wysokości stawek za zakańczanie połączeń w sieci (...) poprzez zrównanie stawek należnych (...) ze stawkami należnymi (...). Następnie pismem z dnia 7 maja 2008 r. (...) zmodyfikowała swój wniosek wskazując, że w relacjach pomiędzy stronami powinna obowiązywać co najwyżej asymetria wynosząca 10%.

Wydając decyzję odmowną (...) Prezes UKE stwierdził, że określenie stawek za zakańczanie połączeń w sieci (...) na tym samym poziomie, co stawki należne (...) SA za zakańczanie połączeń w jej sieci, oznaczałoby dostosowanie stawek należnych (...) do stawek obowiązujących (...) na mocy Umowy, które to stawki zostały ustalone na podstawie obowiązującej w tym czasie oferty ramowej (...) o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci (...). Prezes UKE podkreślił, że oferta ramowa jest aktem jednostronnie obowiązującym (...). Natomiast (...) na mocy oferty ramowej przysługuje uprawnienie do ukształtowania warunków umowy pomiędzy Stronami na zasadach nie gorszych, niż określone w treści oferty, a nie obowiązek jej stosowania. Ponadto symetryczny model rozliczeń między stronami wymaga, zdaniem Prezesa UKE, by na zrównoważonym poziomie ustaliły się takie czynniki wpływające na poziom stawek należnych operatorom jak: ekonomia skali, ekonomia zakresu, porównywalny zakres działalności oraz posiadane doświadczenie. (...) nie może uzasadniać żądania od (...) zmian wysokości przedmiotowych stawek koniecznością dostosowania tych opłat do obowiązującej ją oferty ramowej, gdyż obowiązki wynikające z tej oferty są wiążące tylko dla (...).

Prezes UKE zwrócił uwagę, że w przeciwieństwie do (...) SA na (...) nie nałożono obowiązku z art. 40 Pt, co oznacza że (...) może ustalać stawki w oparciu o zasadę swobody umów oraz z uwzględnieniem obowiązku równego traktowania. Nie jest możliwe powiązanie wysokości stawek pobieranych przez (...) za zakańczanie połączeń we własnej sieci ze stawkami pobieranymi przez (...) SA za zakańczanie połączeń we własnej sieci, bowiem rozumując inaczej doszłoby do sytuacji, gdy (...) byłby zobowiązany do pobierania opłat skalkulowanych w oparciu o obowiązek wynikający z art. 40 Pt, który nie został na niego nałożony i byłyby to opłaty ustalane w oparciu o koszty ponoszone przez (...) SA a nie (...).

Prezes UKE opublikował na stronie internetowej Urzędu Komunikacji Elektronicznej stanowisko z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie symetrii stawek na rynku zakańczania połączeń głosowych w publicznych telefonicznych sieciach stacjonarnych.

Pismem z dnia 17 lutego 2010 r., uzupełnionym pismem z dnia 1 marca 2010 r., (...) skierowała do (...) wnioski o rozpoczęcie negocjacji w sprawie podpisania aneksu do ww. Umowy w zakresie wprowadzenia harmonogramu obniżki wysokości stawek za zakończenie połączenia w sieci (...) (stawki (...)).

Następnie pismem z dnia 3 marca 2011 r. (...) wystąpiła do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji zmieniającej ww. Umowę z dnia 4 czerwca 2003 r. w zakresie dochodzenia do symetrii stawek za zakańczanie połączeń w sieci (...).

Pismem z dnia 7 marca 2011 r. Prezes UKE zawiadomił strony o wszczęciu w dniu 3 marca 2011 r. postępowania administracyjnego w przedmiocie ww. wniosku (...) oraz zwrócił się do (...) o przedstawienie stanowiska w sprawie. Spółka przedstawiła swoje stanowisko w piśmie z dnia 24 marca 2011 r.

W dniach od 13 maja do 12 czerwca 2011 r. Prezes UKE przeprowadził postępowanie konsultacyjne dotyczące projektu decyzji w niniejszej sprawie.

Pismem z dnia 7 lipca 2011 r. Prezes UKE poinformował strony o możliwości zapoznania się z materiałem zgromadzonym w sprawie, a także wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań. Prezes poinformował także strony o dokumentach włączonych w poczet materiału dowodowego.

Decyzją z dnia 24 sierpnia 2011 r., która została zaskarżona w niniejszym postępowaniu, Prezes UKE zmienił postanowienia umowy o połączeniu sieci, zawartej w dniu 4 czerwca 2003 r. pomiędzy (...) S.A. a (...) S.A., w zakresie dochodzenia do symetrii stawek za zakańczanie połączeń w sieci (...).

Na mocy uchwały z dnia 29 marca 2012 r. zwyczajnego Walnego Zgromadzenia Spółki (...) Spółka Akcyjna z siedzibą we W., powyższa Spółka została przekształcona w Spółkę (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Przekształcenia w (...) SA doprowadziły do powstania (...) SA.

Powyższy stan faktyczny został ustalony przez Sąd pierwszej instancji w oparciu o wymienione w uzasadnieniu dowody, których wiarygodność i moc dowodowa nie budziły zastrzeżeń.

W ocenie Sądu Okręgowego odwołanie (...) zasługiwało na uwzględnienie w zakresie prowadzącym do uchylecia decyzji.

Sąd pierwszej instancji wskazał, iż stosownie do treści art. 27 ust. 2 Pt, w przypadku niepodjęcia negocjacji o zawarcie umowy o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci, odmowy połączenia sieci telekomunikacyjnych przez podmiot do tego obowiązany lub niezawarcia umowy o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci w terminie, o którym mowa w ust. 1, lub niezawarcia umowy w terminie 90 dni licząc od dnia wystąpienia z wnioskiem o zawarcie umowy o dostępie telekomunikacyjnym, każda ze stron może zwrócić się do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji w sprawie rozstrzygnięcia kwestii spornych lub określenia warunków współpracy. W takiej sytuacji – zgodnie z art. 28 ust. 1 Pt – Prezes UKE podejmuje decyzję o dostępie telekomunikacyjnym w terminie 90 dni od dnia złożenia wniosku. Przepis powyższy nakłada zatem na Prezesa UKE obowiązek podjęcia decyzji o dostępie, zastępującej umowę stron.

Zdaniem Sądu Okręgowego w niniejszej sprawie jest bezsporne, że negocjacje między stronami o zmianę umowy o współpracy w zakresie wprowadzenia harmonogramu obniżki wysokości stawek za zakończenie połączenia w sieci (...) pomiędzy (...) SA i (...) trwały od 17 lutego 2010 r. i nie zakończyły się zawarciem umowy. Wystąpienie o zmianę stawek (...) SA uzasadniła wysokim poziomem asymetrii zaprzeczającym symetrii wskazywanej w Zaleceniach Komisji z dnia 7 maja 2009 r. i Europejskiej Grupie Regulatorów, stanowiskiem Prezesa UKE z dnia 16 grudnia 2008 r. W ocenie (...) SA symetryczny model podzielony na 3 okresy taryfikacyjne znajduje uzasadnienie w ekwiwalentności świadczonych usług, zajmowanej przez Strony pozycji rynkowej na rynku zakańczania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej zgodnej z obszarem danej sieci oraz ciężących na stronach obowiązkach regulacyjnych. Występując zaś do (...) o zmianę umowy (...) SA wskazała jedynie na istniejącą asymetrię pomiędzy stawkami za zakończenie połączeń w sieci (...) i stawkami za zakończenie połączeń w sieci (...) SA oraz Stanowisko Prezesa UKE z dnia 16 grudnia 2008 r.

Sąd pierwszej instancji przypomniał, iż zgodnie z załączoną umową o połączeniu sieci z dnia 4 czerwca 2003 r. Załącznik Finansowy (Załącznik nr 4 do umowy) przyjęto w §2 okresy taryfikacyjne (i) T1 od godziny 8.00 do godziny 18.00 w dni robocze, (ii) T2 od godziny 8.00 do godz. 18.00 w soboty, niedziele i święta i (iii) T3 od godziny 18.00 do godziny 8.00 we wszystkie dni tygodnia. Natomiast w §3 przyjęto zasady rozliczeń dla ruchu telekomunikacyjnego: (i) stawki należne (...) w przypadku zakończenia połączeń w sieci (...) uzależnione od połączeń strefowych, od połączeń (...) i w pozostałych (...) wszystkie z podziałem na okresy T1 T2 i T3; (ii) stawki należne (...) za zakończenie połączenia w sieci (...) wszystkie jako strefowe z podziałem na okresy T1 T2 i T3.

Jako punkt odniesienia zmiany decyzji Prezes UKE przyjął odpowiedni procent opłaty określonej za zakończenie strefowe połączeń w sieci (...) w okresie taryfikacyjnym T1, czyli stawkę 0,0273 zł/min. Stawka należna (...) za zakończenie połączenia w sieci (...) wynosiła do chwili zmiany umowy dla T1 - 0,0476 zł/min, dla T2 - 0,0357 zł/min i dla T3 - 0,0238 zł/min. Po zmianie decyzją stawki dla (...) po podstawieniu do algorytmu (stawka T1 strefowa należna (...) SA razy procent) rozpoczynały się od 0,03985 zł/min i były niższe o 16,26% dla rozliczeń do dnia 31 grudnia 2011 r.

Sąd Okręgowy wskazał, iż uzasadniając pierwszy z zarzutów odwołania Spółka (...) podniosła, iż (i) pomiędzy stronami istnieje różnica w nałożonych obowiązkach regulacyjnych, (ii) decyzja jest sprzeczna z Zaleceniami Komisji z dnia 7 maja 2009 r. (iii) decyzję oparto na Stanowisku Prezesa UKE nie mającym mocy wiążącej.

Sąd pierwszej instancji przyznał, że w decyzji (...) z dnia 26 kwietnia 2007 r. (...) nie nałożono na (...) żadnego obowiązku związanego z kontrolą cen pobieranych przez Spółkę za zakończenie połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej (...), jak też, że takie obowiązki nałożono na (...) SA decyzją (...) z dnia 22 września 2009 r., która zniosła obowiązek z art. 39 Pt nałożony na (...) SA decyzją (...), a nałożyła obowiązek, o którym mowa w art. 40 Pt. Sąd Okręgowy przypomniał, iż zgodnie z art. 28 ust. 1 pkt 2 Pt obowiązki nałożone na przedsiębiorców telekomunikacyjnych są jednym z elementów branych pod rozwagę przez Prezesa UKE przy podejmowaniu decyzji. Zgodnie zaś z art. 31 ust. 2 pkt 3 Pt umowa o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci powinna zawierać postanowienia dotyczące co najmniej rozliczeń z tytułu zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego oraz wzajemnego korzystania z sieci telekomunikacyjnych. Z samego faktu, że istnieją różnice w obowiązkach regulacyjnych nie można wyprowadzić wniosku, że brak symetrycznych obowiązków w zakresie kontroli cen (art. 39 Pt lub art. 40Pt) uniemożliwia rozstrzygnięcie sporu w zakresie stawek. Taka sytuacja wymaga pogłębionej analizy i wskazania kryteriów wyboru przemawiających za przyjęciem stawek podmiotu obciążonego obowiązkiem. Tymczasem w zaskarżonej decyzji Prezes UKE nakazał, aby (...) stosowała stawki odnoszące się do stawek za zakończenie połączenia w sieci (...), gdy pomiędzy powódką a (...) istnieją znaczące różnice w pozycjach, jakie obie strony zajmują na rynku detalicznym oraz w wielkości a także zasięgu sieci, w których każda ze stron posiada znaczącą pozycję rynkową, zupełnie inna jest efektywność (...) SA, jako podmiotu działającego od wielu lat i korzystającego z efektu skali.

Prezes UKE wprowadzając stawkę oparł się na funkcjonujących modelach współpracy międzyoperatorskiej, których stroną jest (...) S.A., pomijając wysokość stawki (...) w sieci (...) podawanej w Informacji tej spółki. Organ uwzględnił warunki współpracy dotyczące dostępu telekomunikacyjnego w zakresie wysokości Stawek (...) m.in. pomiędzy (...) a (...) Sp. z o.o. (decyzja Prezesa UKE z dnia 31 lipca 2007 r., nr (...), (...)) a (...) S.A. (decyzja Prezesa UKE z dnia 20 sierpnia 2009 r. nr (...) czy (...) a (...) Sp. z o.o. (decyzja Prezesa UKE z dnia 17 sierpnia 2010 r. nr (...)).

W ocenie Sądu Okręgowego jeżeli strony dążą do zmiany umowy w zakresie stawek za usługę zakończenia połączeń w sieci (...), to punktem wyjścia dla oceny wysokości stawek są stawki stosowane przez (...) z kontrahentami (T1 - 5,24 gr/min, T2 - 3,93 gr/min, T3 - 2,62 gr/min, k. 259). Jeżeli (...) SA wskazałaby, że (...) w rozliczeniach z innymi konkurentami stosuje inne stawki (niższe) niż z (...) SA, to otwarta byłaby droga do zmian. W sprawie niniejszej natomiast Prezes UKE przyjął modele współpracy (...) SA z konkurentami rynkowymi (...), a nie modele współpracy (...) z konkurentami rynkowymi (...) SA. Tylko wówczas, gdy (...) i inni operatorzy alternatywni (konkurenci rynkowi (...) SA) mają tę samą pozycję (sieć, zasięg) można byłoby przyjąć, że modele współpracy (...) SA z konkurentami rynkowymi (...) mają znaczenie dla poziomu stawek. Takiej analizy – zdaniem Sądu pierwszej instancji – Prezes UKE nie przeprowadził.

W ocenie Sądu Okręgowego Prezes UKE zmienił stawki należne (...) bez próby ustalenia, czy te stosowane są zawyżone. Skoro na (...) nie zostały nałożone obowiązki regulacyjne z art. 39 Pt/art. 40 Pt, zasadne jest pytanie o założenie nieekwiwalentności świadczeń (...) wobec (...) SA oraz o nieadekwatnych kosztach ponoszonych przez (...). To, że stawki (...) SA zmniejszają się wynika z ciężącego wobec (...) SA obowiązku z art. 42 Pt, nałożonego decyzją z 22 września 2009 r. (...). Jak bowiem podano w pkt 6.3 tej decyzji „to właśnie działania Regulatora powodują, że stawki wykazują tendencję malejącą”, „najczęściej wielkość stawki odwzoruje zasięg sieci przyłączanego do sieci (...) SA operatora alternatywnego”. W uzasadnieniu decyzji zaskarżonej w niniejszej sprawie Prezes UKE nie przywołał faktów wskazujących na zmianę stanu faktycznego w sieci (...) uzasadniającej zmiany stawek. Natomiast wskazał, że ustalając wysokość Stawki (...) w sieci telekomunikacyjnej (...), opierał się na Stawce (...) odnoszącej się do okresu taryfikacyjnego T1/O1 za strefowe zakończenie połączenia w sieci (...) (tj. opłacie w wysokości 0,0273 zł/min.), jaka wynika z aktualnie obowiązującej (...) oferty ramowej – Oferty (...) oraz z wiążącej strony Umowy. Zdaniem Sądu pierwszej instancji Prezes UKE na podstawie wysokości tej opłaty zaimplementował „Harmonogram wdrożenia

symetrii stawek (...) w publicznych stacjonarnych sieciach telefonicznych”, wskazany w stanowisku Prezesa UKE z dnia 16 grudnia 2008 r. Tymczasem oferta ramowa jest aktem jednostronnie obowiązującym (...) SA i obowiązki z niej wynikające są wiążące tylko dla (...) SA.

Odnosząc się do twierdzenia odwołującej się Spółki (...), że Stanowisko Prezesa UKE z dnia 16 grudnia 2008 r., na który powołano się w uzasadnieniu decyzji, nie ma umocowania prawnego i stanowi jedynie niewładcze działanie organu administracji, zatem nie można go uznać za wiążące dla (...), Prezesa UKE, czy innego podmiotu – Sąd Okręgowy wskazał, iż nie może budzić zastrzeżeń udostępniane do publicznej wiadomości kierunków rozwoju rynku telekomunikacyjnego. Aby jednak wyniki opracowanego Stanowiska mogły być transponowane do umowy bilateralnej, zdaniem Sądu pierwszej instancji Prezes UKE winien dowieść, że pozycja (...) wpisuje się w założenia, na podstawie których opracowane zostały modele harmonogramu wdrożenia symetrii stawek (...). W uzasadnieniu decyzji nie ma odniesienia się do relewantnych danych liczbowych biorących za punkt odniesienia (...) w stosunku do rynku i (...) SA. (...) wskazała zaś w piśmie procesowym z dnia 4 czerwca 2012 r. na decyzję (...), która odbiega od Stanowiska z dnia 16 grudnia 2008 r. a została wydana wobec podmiotu, którego (...) uznaje za funkcjonujący w analogicznych warunkach. Ponadto – zdaniem Sądu Okręgowego – skoro Zalecenia Komisji z dnia 7 maja 2009 r. zostały wydane po opublikowaniu Stanowiska z dnia 16 grudnia 2008 r., to Stanowisko nie może być uznane za aktualne na datę wydawania decyzji.

Sąd pierwszej instancji podniósł, iż w odwołaniu zarzucono również zaskarżonej decyzji sprzeczność z Zaleceniami KE z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych (2009/396/WE) /Dz.U.U.E.L.2009.124.67/, gdyż przed ewentualną symetryzacją opłat za zakończenie połączenia w stacjonarnej sieci organ regulacyjny powinien nałożyć na operatora obowiązki kosztowe. Tymczasem, jak wskazała (...), zaskarżoną decyzją Prezes UKE wprowadził symetryzację stawek, bez uprzedniego nałożenia na Spółkę jakiegokolwiek obowiązku w zakresie kontroli cen (tj. obowiązków z art. 39 lub art. 40 Pt). Tym samym, według Spółki, Prezes w sposób dowolny i bez jakiegokolwiek podstawy prawnej dokonał korekty opłat stosowanych przez (...). Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej wydawane przez instytucje Unii zalecenia nie mają mocy wiążącej. Moc wiążącą, zarówno w świetle przywołanego art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, jak i judykatury mają jedynie źródła prawa jakimi są dyrektywy, rozporządzenia oraz decyzje, przy czym, aby wywołać skutek bezpośredni, dyrektywy muszą zostać właściwie włączone do wewnętrznego porządku prawnego. Nie mają takie mocy opinie i zalecenia, jako akty prawne o charakterze niewiążącym, tzw. „soft law”. Istotną konsekwencją charakteru aktu prawnego jakim jest zalecenia jest brak wywierania przez nie wpływu na sytuację prawną jednostki. Zalecenia nie stanowią aktu nakładającego na jednostkę jakichkolwiek obowiązków, jak również nie mogą też stanowić podstawy do wywodzenia z nich przysługujących jednostce praw, a co za tym idzie powoływanie się przez powoda na niezgodność treści Decyzji z postanowieniami przywołanego powyżej zalecenia KE Sąd Okręgowy uznał za nieuprawnione. Niewiążący charakter zaleceń znalazł odzwierciedlenia w treści art. 19 ust. 3 Pt, którego treść stanowi przeniesienie do polskiego porządku prawnego zapisów art. 19 ust. 2 implementowanej Dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 roku w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej. Zalecenia pełnią zatem wyłącznie rolę wskazówki interpretacji oraz stosowania prawa wspólnotowego, uprawnienia zaś i obowiązki wynikają z innych aktów mających moc ich nadawania, bądź nakładania. Nie jest możliwe powoływanie się na niezgodność regulacji z treścią zalecenia KE, gdyż zarówno prawo wspólnotowe, jak i rozwiązania przeniesione do porządku krajowego przewidują wprost możliwość niezastosowania się przez regulatora krajowego do ich treści.

W ocenie Sądu Okręgowego niewiążący charakter Zaleceń nie oznacza jednak, że są one całkiem bez znaczenia pod względem prawnym. Zgodnie bowiem z orzecznictwem ETS sądy krajowe, niezależnie od niewiążącego charakteru zaleceń oraz faktu, że nie mogą one ustanawiać praw dla jednostki, na które mogłaby się ona powołać przed sądami krajowymi, są jednak zobowiązane brać je pod uwagę przy orzekaniu w zawisłych przed nimi sprawach. Dotyczy to na przykład wykładni przepisów krajowych wdrażających prawo wspólnotowe albo uzupełniających wiążące przepisy wspólnotowe (zob. wyroki z dnia 15 czerwca 1976 r. w sprawie 113/75 (...), Rec. s. 983, z dnia 9 czerwca 1977 r. w

sprawie 90/76 (...), Rec. s. 1091, z dnia 13 grudnia 1989 r. w sprawie C-322/88 (...) Rec. s. 4407, pkt 9, z dnia 21 stycznia 1993 r. w sprawie C-188/91 (...), Rec. s. I 363, pkt 18).

Sąd Okręgowy wskazał zatem, iż zgodnie z Zaleceniami Komisji pkt 1 „Podczas nakładania kontroli kosztów i obowiązków w zakresie księgowania kosztów zgodnie z art. 13 dyrektywy 2002/19/WE na operatorów wyznaczonych przez krajowe organy regulacyjne ((...)) ze względu na ich znaczącą pozycję rynkową na rynkach hurtowego zakańczania połączeń głosowych w poszczególnych publicznych sieciach telefonicznych w wyniku analizy rynku przeprowadzonej zgodnie z art. 16 dyrektywy 2002/21/WE, krajowe organy regulacyjne powinny ustanowić stawki za zakańczanie połączeń w oparciu o koszty poniesione przez efektywnego operatora. Oznacza to, że stawki te będą również symetryczne” (podk. Sądu). Komisja zalecała, aby szacowanie efektywnych kosztów opierało się na bieżących kosztach oraz na modelu typu bottom-up, z wykorzystaniem modelu długookresowych kosztów przyrostowych ((...)), jako na odpowiedniej metodzie kalkulacji kosztów. Oznacza to – w ocenie Sądu pierwszej instancji - że przed ewentualną symetryzacją opłat za zakończenie połączeń w stacjonarnej sieci telefonicznej organ regulacyjny powinien nałożyć na operatora obowiązki kosztowe. Jeżeli tego nie uczynił, to doszłoby do sytuacji, gdy opłaty (...) będą od 1 stycznia 2014 r. ustalane w oparciu o koszty ponoszone przez (...) SA, które nie są kosztami efektywnego operatora. Już w decyzji Komisji w sprawie (...) zaznaczono, że stawki (...) za zakańczanie połączeń nie są ustalane zgodnie z zaleceniem w sprawie stawek za zakańczanie połączeń, tzn. nie są na poziomie kosztów, jakie ponosiłby efektywny operator świadczący odpowiednią usługę. W ocenie Sądu meriti stawki symetryczne nie oznaczają stawek takich samych (równych), tylko są to stawki oparte na kosztach poniesionych przez efektywnego operatora.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu Spółki (...), że kwestia obniżenia stawek za zakończenie połączenia w sieci (...) do poziomu stawek stosowanych przez (...) była już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Prezesa UKE w odmownej decyzji z dnia 13 czerwca 2008 r., a zatem wydanie zaskarżonej decyzji w tym samym przedmiocie skutkuje jej nieważnością, co uzasadnia jej uchylenie, a ponadto powinien zostać wyczerpany dla zmiany decyzji odmownej tryb wynikający z art. 28 ust. 6 Pt, po spełnieniu przesłanek w tym przepisie określonych – Sąd pierwszej instancji uznał ten zarzut za niezasadny. Sąd ten wskazał, iż Prawo telekomunikacyjne zawiera przepisy szczególne dotyczące zmiany decyzji. Jest nim właśnie art. 28 ust. 6 Pt, zgodnie z którym decyzja o dostępie telekomunikacyjnym może zostać zmieniona przez Prezesa UKE na wniosek każdej ze stron, której ona dotyczy, lub z urzędu, w przypadkach uzasadnionych potrzebą zapewnienia ochrony interesów użytkowników końcowych, skutecznej konkurencji lub interoperacyjności usług. Jego interpretacja musi jednak uwzględniać istotę decyzji o dostępie telekomunikacyjnym podkreśloną w art. 28 ust. 4 Pt, jako decyzji zastępującej umowę o dostępie. Jeżeli, jak stanowi ust. 5, strony zawrą umowę o dostępie, decyzja wygasa z mocy prawa w części objętej umową. Przepis art. 28 ust. 6 Pt określa uprawnienie Prezesa UKE do zmiany wyłącznie decyzji o dostępie telekomunikacyjnym, tj. decyzji, które zastępują (art. 28 ust. 4 Pt.) lub zmieniają umowy o dostępie telekomunikacyjnym (art. 30 w związku z art. 28 ust. 4 Pt.). Oznacza to, zdaniem Sądu pierwszej instancji, że uprawnienie Prezesa UKE z art. 28 ust. 6 Pt dotyczy tylko decyzji pozytywnych (zmieniających stosunki prawne między stronami) a nie negatywnych (nie wpływających na stosunki prawne między stronami). Tymczasem żadna z decyzji wymienionych w komparcji tj. (...) z dnia 25 września 2006 r., (...) z dnia 4 grudnia 2006 r., (...) z dnia 7 lutego 2007 r., (...) z dnia 5 lipca 2007 r., (...) z dnia 23 lutego 2009 r., (...) z dnia 28 grudnia 2010 r. nie zmieniały stawek. Decyzja z 13 czerwca 2008 r. była zaś decyzją odmowną, czyli w przyjętej wyżej nomenklaturze negatywną i nie zastępowała umowy.

Na mocy zaskarżonej decyzji Prezes UKE zmienił warunki na jakich (...) rozlicza się z (...), ustalając od dnia wydania decyzji stawkę w wysokości 0,0399 zł/min. we wszystkich okresach taryfikacyjnych, która to stawka w kolejnych okresach będzie spadała, aż do poziomu symetrycznego ze stawką (...). Zgodnie zaś z obowiązującą w dniu wydawania decyzji „Informacją ws. warunków dostępu telekomunikacyjnego do sieci (...) S.A.”, (...) w relacjach z innymi operatorami stosowała następujące stawki: w T1 – 0,0524 zł/min.; w T2 – 0,0393 zł/min.; w T3 – 0,0262 zł/min. W ocenie (...), wprowadzając w zaskarżonej decyzji różne opłaty z tytułu świadczenia przez stronę usługi zakończenia połączeń w sieci (...), Prezes stworzył poważne zagrożenie dla integralności sieci (...), gdyż obecnie warunki świadczenia ww. usługi w okresie T1 są dla (...) bardziej korzystne, aniżeli dla innych operatorów. Natomiast w okresie T3 warunki świadczenia usługi na rzecz innych operatorów są bardziej korzystne dla operatorów

alternatywnych. Według Spółki (...), powyższe oznacza, że punkty styku sieci (...) z (...) oraz z innymi operatorami mogą być wykorzystywane w ten sposób, że w okresie T1 cały ruch lub jego znacząca większość będą kierowane poprzez sieć (...), natomiast w okresie T3 inni operatorzy będą tranzytować ruch od (...) poprzez własną sieć. Zdaniem (...), może to doprowadzić do:

- po pierwsze, zagrożenia integralności sieci (...) poprzez obciążenie jej w różnych okresach doby ruchem poprzez inne punkty styku sieci;

- po drugie, zagrożenia interoperacyjności usług.

Ponadto, w ocenie strony, zaskarżoną decyzją naruszono zasadę niedyskryminacji oraz zaprzeczono podstawowemu celowi PT, jakim jest zapewnienie warunków do rozwoju równoprawnej konkurencji, ponieważ wprowadzono odmienne, lepsze warunki świadczenia dostępu telekomunikacyjnego dla (...).

Prezes UKE wskazał, że skarżoną decyzją ustalono warunki współpracy w zakresie rozliczeń stron za usługi zakańczania połączeń w sieci (...) w modelu analogicznym do tego, jaki posiadają konkurenci rynkowi (...), którzy bez przeszkód wymieniają ruch telekomunikacyjny z (...) w oparciu o te same stawki (...) co ustalone skarżoną decyzją. Prezes stwierdził również, że u innych operatorów alternatywnych, po wprowadzeniu nowych stawek (...) (harmonogram ich obniżenia był analogiczny jak w skarżonej decyzji) nie wystąpiły zagrożenia w przedmiocie integralności sieci. Wobec powyższego, zdaniem organu, argumentacja (...) w zakresie naruszenia art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. a PT nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym (aktualnym otoczeniu rynkowym). Zdaniem Prezesa, także przesłanka dotycząca konieczności zapewnienia przez Prezesa UKE niedyskryminujących warunków dostępu telekomunikacyjnego (art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. b PT) nie została przez powoda należycie przeanalizowana, gdyż odnosił się on ogólnikowo jedynie do relacji (...) (...), pomijając analogiczną sytuację pozostałych przedsiębiorców i nie wykazał przyczyn, z powodu których powinien być traktowany lepiej niż inni przedsiębiorcy. Natomiast według Prezesa, rozstrzygając w decyzji kwestię wysokości stawki (...) wzięto pod uwagę wysokość stawki, jaką pobierają od (...) S.A. podmioty telekomunikacyjne świadczące usługi telefonii stacjonarnej w analogicznej co zainteresowany technologii. Zdaniem organu, (...) uzyskując na podstawie decyzji możliwość rozliczania się z (...) na warunkach zbliżonych do tych, jakie zainteresowany oferuje innym operatorom, świadczącym analogiczne co powód usługi telefonii stacjonarnej, uzyska możliwość pełnoprawnego konkurowania z ofertami detalicznymi na rynku telekomunikacyjnym.

W ocenie Sądu Okręgowego argumentacja o zagrożeniu integralności sieci i interoperacyjności usług stanowi hipotetyczne założenie, nie poparte dowodami, chociażby zachowaniem na innych sieciach po zmianie stawek (...). Sąd ten przyznał jednak, że zaskarżona decyzja wprowadziła lepsze warunki świadczenia dostępu dla (...) SA w porównaniu do stawek z innymi operatorami, mimo że Prezes UKE nie przedstawił danych obrazujących ruch pomiędzy (...) a (...) SA oraz (...) a innymi operatorami, potwierdzających tezę, że (...) uzyska możliwość pełnoprawnego konkurowania z ofertami detalicznymi oferowanymi na rynku telekomunikacyjnym. Bezsporne jest zaś, że organ zmieniając stawki (...) oparł się na założeniach Stanowiska i ofercie obowiązującej (...) SA.

Odnosząc się do ostatniego z zarzutów odwołania Spółki (...), tj. wydania zaskarżonej decyzji, wbrew art. 18 Pt, bez poddania rozstrzygnięcia postępowaniu konsolidacyjnemu, Sąd Okręgowy podzielił ten zarzut co do zasady. Sąd nie uwzględnił wniosku Prezesa UKE o zawieszenie postępowania na podstawie art. 177 §1 pkt 1 k.p.c. ze względu na rozstrzygnięcie pytania prejudycjalnego w sprawie o sygn. III SK 59/12, wskazując, iż zgodnie z art. 267 TFUE Trybunał jest właściwy do orzekania w trybie prejudycjalnym w przedmiocie wykładni traktatów oraz aktów wydanych przez instytucje Unii. W ramach ustanowionej przez ten artykuł współpracy między Trybunałem i sądami krajowymi wyłącznie do sądu krajowego należy ocena, w świetle konkretnych okoliczności każdej sprawy, zarówno niezbędności orzeczenia prejudycjalnego do wydania wyroku, jak i znaczenia dla sprawy pytań skierowanych do Trybunału (zob. wyrok Trybunału (pierwsza izba) z dnia 14 marca 2013 r. A. Z. i inni przeciwko G. V. w sprawie C-32/11 pkt 19 i przytoczone tam orzecznictwo (...)). W tym kontekście Sąd Okręgowy przyjął, że pytanie prejudycjalne nie ma decydującego wpływu na rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie, gdyż sąd ma wiedzę na temat

zagadnień poruszonych w pytaniu prawnym, zaś w omawianym stanie faktycznym „wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi”, o którym mowa w art. 18 Pt, jest kwestią oceny prawnej opartej na faktach.

Sąd Okręgowy wskazał, iż pojęcie „wpływu na stosunki handlowe między państwami członkowskimi” nie zostało uregulowane w przepisach prawa polskiego. Jest ono terminem zaczerpniętym z prawa konkurencji art. 101 TFUE i 102 TFUE, jak również jest łącznikiem zastosowanym w rozporządzeniu (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.U.UE.L.2003.1.1) dla stosowania przepisów prawa Unii. Zgodnie z art. 3 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 1/2003 przepisy krajowe konkurencji są stosowane łącznie z art. 101 TFUE i 102 TFUE (dawny art. 81 i 82 TWE) wówczas, gdy porozumienia, decyzje lub praktyki „mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi” w rozumieniu Traktatu. W konsekwencji, gdy istnieje możliwy wpływ na handel między Państwami Członkowskimi, prawo krajowe winno być stosowane łącznie z prawem Unii (art. 3 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 1/2003).

Sąd pierwszej instancji podniósł, iż Trybunał Sprawiedliwości UE wielokrotnie zajmował stanowisko w kwestii zasad regulujących ocenę tego kryterium. Zgodnie z utrwaloną zasadą Trybunał uważa, że aby porozumienie lub praktyka były w stanie wpłynąć na handel między państwami członkowskimi, muszą one pozwolić, na podstawie całokształtu obiektywnych okoliczności prawnych lub faktycznych, na przewidzenie z wystarczającym stopniem prawdopodobieństwa, że mogą one wywierać bezpośredni lub pośredni, rzeczywisty lub potencjalny wpływ na wymianę handlową między państwami członkowskimi, w sposób budzący obawę, że mogą one przeszkodzić w realizacji celów jednolitego rynku między państwami członkowskimi (por. pkt 36 i 66 wyroku w sprawach połączonych C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P oraz C-137/07 P, op.cit., oraz opinia Rzecznika Generalnego Y. B. przedstawiona w dniu 26 marca 2009 r. w sprawie C-125/07 i orzecznictwo tam powołane, (...), pkt 92, 93 wyroku w sprawie C-439/11 P, op. cit. i opinia Rzecznika Generalnego J. K. przedstawiona w dniu 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-439/11 P i orzecznictwo w niej powołane, (...)).

Pkt 38 preambuły do Dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002r. (Dyrektywa Ramowa) stanowi, że środki, które mogą oddziaływać na stosunki handlowe między państwami członkowskimi, to takie, które mogą mieć wpływ, pośredni albo bezpośredni, rzeczywisty lub potencjalny, na strukturę wymiany handlowej między państwami członkowskimi w sposób stwarzający bariery w funkcjonowaniu jednolitego rynku. Są to środki, które mają znaczący wpływ na operatorów i użytkowników w innych państwach członkowskich, w tym m.in. środki wpływające na cenę dla użytkowników w innych państwach członkowskich, środki które oddziałują na zdolność świadczenia usług w zakresie łączności elektronicznej przedsiębiorstwa mającego siedzibę w innym państwie członkowskim, oraz w szczególności środki, które oddziałują na zdolność świadczenia usług transgranicznych oraz środki, które oddziałują na strukturę i dostęp do rynku ze skutkiem dla przedsiębiorstw w innych państwach członkowskich.

SOKiK podkreślił, iż stosownie do art. 18 Pt przesłanką przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego jest „wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi” w stopniu możliwym a nie pewnym, wystarczy bowiem, że „mogą mieć wpływ...”. Przesłanka wpływu na handel odnosi się przy tym do środka regulacyjnego jakie zamierza wydać krajowy organ regulacyjny (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 sierpnia 2013 r. III SK 57/12). W ocenie Sądu pierwszej instancji Prezes UKE nie przeprowadził postępowania konsolidacyjnego i nie podał powodów jego pominięcia w decyzji, co można tłumaczyć faktem, że organ nie dostrzegł wpływu na stosunki handlowe podejmowanego rozstrzygnięcia. Zarzucając brak udowodnienia przez powoda choćby hipotetycznego wpływu na wymianę handlową między państwami członkowskimi, Prezes UKE nie zajął stanowiska co do twierdzeń (...), że połączenia z zagranicy są kierowane do sieci (...) z wykorzystaniem sieci (...), gdyż (...) nie posiada punktów styku z operatorami zagranicznymi i to (...) SA ma możliwość obsługi ruchu z zagranicy kierowanego do Polski. W tej sytuacji Sąd Okręgowy uznał na podstawie art. 230 k.p.c. , iż stanowi to przyznanie faktu.

W ocenie Sądu organ na etapie postępowania administracyjnego winien rozważyć czy są przesłanki do stosowania postępowania konsolidacyjnego i dać temu wyraz w uzasadnieniu decyzji. Jeżeli tego nie czyni, oznacza to tym samym, że nie przeanalizował prawa materialnego w aspekcie podstaw do przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego.

Na podniesiony zarzut z podaniem argumentacji potwierdzającej podstawy do przeprowadzenia postępowania, organ nie może przerzucać dowodzenia czegoś, co w ramach swoich kompetencji winien sam rozważyć, aby prawidłowo zastosować przepisy prawa. (...) przytaczając sytuację rynkową w jakiej działa przy przyjmowaniu ruchu z zagranicy wskazał na wpływ zastosowanego środka na handel. Ponadto, mimo że decyzja dotyczy sporu pomiędzy dwoma podmiotami jest „implementacją Stanowiska z 16 grudnia 2008 r.” i stawek z oferty ramowej (...) SA. Budowanie rynku wewnętrznego drogą takich decyzji może wpływać na stosunki handlowe, gdyż każdy potencjalny przedsiębiorca telekomunikacyjny będący operatorem alternatywnym inwestującym w Polsce ustalającym zasady współpracy z (...) SA stanąłby w obliczu rozwiązań zaczerpniętych ze Stanowiska i stawek innej firmy bez uwzględnienia własnych kosztów.

Sąd pierwszej instancji wskazał, iż uchylenie decyzji ze względu na naruszenie art. 18 Pt miało wpływ na odwołanie (...) SA, w którym strona akcentowała innego typu uchybienia. Niemniej jednak naruszenie prawa materialnego przez Prezesa UKE związane z art. 18 Pt miało w ocenie tego Sądu wiodące znaczenie dla oceny zarzutów (...) SA. Stosowanie prawa materialnego jest przedmiotem badania przez Sąd również z urzędu. Ocena środka regulacyjnego i jego przełożenie na stosunki handlowe między państwami członkowskimi osadza się w prawie materialnym, którego wykładnia doprowadziła do niezachowania przez Prezesa UKE trybu postępowania i to uchybienie nie podlega konwalidacji w postępowaniu sądowym. Tym samym Sąd Okręgowy uznał zarzuty (...) SA jako wtórne wobec naruszenia prawa materialnego decydującego o uchyleniu decyzji, co przemawiało za zbędnością ich oceny.

O kosztach procesu Sąd Okręgowy rozstrzygnął stosownie do przepisu art. 98 k.p.c. w związku z art. 98 § 3 k.p.c. w związku z art. 99 k.p.c.

Powyższy wyrok Sądu Okręgowego zaskarżyli apelacjami pozwany Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej oraz powód (...) S.A. w W..

Pozwany Prezes UKE zaskarżył wyrok Sądu Okręgowego – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w całości oraz na podstawie art. 380 k.p.c. zaskarżył pkt 2 postanowienia z dnia 24 czerwca 2014 r. w sprawie sygn. akt XVII AmT 9/12 (obecnie XVII AmT 52/11) o połączeniu spraw oraz zaskarżył w całości postanowienie z dnia 28 stycznia 2014 r. o oddaleniu wniosku o połączenie spraw. Zaskarżonemu wyrokowi pozwany zarzucił:

1. naruszenie przepisów postępowania, tj.

a) art. 479⁽⁶⁴⁾ § 1 k.p.c. poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy odwołanie (...) nie zawierało zarzutów uzasadniających jego uwzględnienie oraz gdy istniała podstawa prawna do wydania przez Prezesa UKE decyzji z dnia 24 sierpnia 2011 r. nr (...),

b) naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. poprzez sporządzenie wadliwego uzasadnienia wyroku, w taki sposób, że uniemożliwia to przeprowadzenie kontroli instancyjnej przez Sąd drugiej instancji zwłaszcza w zakresie oceny dowodów przeciwnych; a także poprzez sporządzenie uzasadnienia wyroku zawierającego wewnętrzne sprzeczności, oraz poprzez niedostateczne wyjaśnienie podstawy prawnej zaskarżonego wyroku,

c) ***naruszenie art. 219 k.p.c. poprzez wadliwe połączenie spraw bez wskazania, czy sprawy zostały połączone do wspólnego rozpoznania, lub także rozstrzygnięcia oraz poprzez zmianę nieistniejącego postanowienia o połączeniu spraw, gdy w rzeczywistości Sąd wydał wyłącznie jedno postanowienie z dnia 28 stycznia 2014 r. w sprawie o sygn. akt XVII AmT 9/12, ale w przedmiocie oddalenia wniosku o połączenie spraw - w sytuacji, gdy Sąd nie poczynił ustaleń faktycznych i rozważań dotyczących każdej z połączonych samodzielnych spraw,***

d) art. 233 § 1 k.p.c., polegające na dowolnej ocenie dowodów w sposób niewszechstronny, sprzeczny z zasadami logiki formalnej i zasadami doświadczenia życiowego, w szczególności poprzez pominięcie i brak analizy dowodów wskazanych w pkt 6 a-f apelacji pozwanego,

e) **art. 230 k.p.c. poprzez uznanie, iż Prezes UKE nie zajął stanowiska w kwestii, że połączenia z zagranicy są kierowane do sieci (...) z wykorzystaniem sieci (...), co stanowi w ocenie Sądu przyznanie faktu, gdy z powyższego przepisu wynika, iż Sąd może uznać za przyznane tylko te fakty, które mają istotne znaczenie dla sprawy oraz mając na uwadze wyniki całej rozprawy co nie nastąpiło,**

f) **naruszenie art. 316 § 1 k.p.c. w zw. z art. 13 § 1 k.p.c. oraz art. 1 pkt 10 lit. a i art. 28 ustawy z dnia 16 listopada 2012 r. o zmianie ustawy - Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2012 r., poz. 1445) poprzez uznanie, iż dla rozstrzygnięcia sprawy nie ma znaczenia uchylene z dniem 21 stycznia 2013 r. art. 15 pkt 3 Pt,**

g) naruszenie przepisu art. 479¹² § 1 k.p.c. w zw. art. 9 ust. 7 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego i zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U nr 233, poz. 1381) poprzez zaniechanie pominięcia zarzutów, twierdzeń i dowodów nie zgłoszonych w odwołaniu, a podniesionych dopiero w pismach Powoda (...) z dnia 9 marca 2012 r., z dnia 5 kwietnia 2012 r., z dnia 4 czerwca 2012 r. i 12 marca 2014 r. czyli po upływie terminu dwutygodniowego od dnia, w którym powołanie ich stało się możliwe lub wynikła potrzeba ich powołania.

- które to naruszenia mogły mieć wpływ na wynik sprawy;

2. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.

a) art. 28 ust. 1 pkt 1 - 8 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (tekst jedn. Dz. U z 2014, poz. 243 dalej „Pt” poprzez uznanie, iż Prezes UKE naruszył powyższy przepis, mimo, iż Sąd pierwszej instancji nie dokonał analizy i wykładni przesłanki „interesu użytkowników sieci telekomunikacyjnych”; „promocji nowoczesnych usług telekomunikacyjnych; charakteru zaistniałych kwestii spornych oraz praktycznej możliwości wdrożenia rozwiązań dotyczących technicznych i ekonomicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego, oraz poprzez błędną wykładnię pojęcia: „obowiązków nałożonych na przedsiębiorców telekomunikacyjnych”, „pozycje rynkowe przedsiębiorców telekomunikacyjnych, których sieci są łączone”; „niedyskryminujących warunków dostępu telekomunikacyjnego”,

b) **art. 18 Pt w związku z art. 15 pkt 3 Pt w brzmieniu obowiązującym w dniu wydawania zaskarżonej decyzji, tj. w dniu 24 sierpnia 2011 r., poprzez błędną wykładnię prawa wspólnotowego, a w konsekwencji również krajowego i uznanie, że przed wydaniem zaskarżonej decyzji Prezes UKE winien przeprowadzić postępowanie konsolidacyjne.**

Wskazując na powyższe zarzuty pozwany wnosił o:

1. uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji oraz
2. uchylenie pkt 2 postanowienia z dnia 24 czerwca 2014 r. w sprawie sygn. akt XVII AmT 9/12 (obecnie XVII AmT 52/11) o połączeniu spraw oraz postanowienia z dnia 28 stycznia 2014 r. o oddaleniu wniosku o połączeniu spraw,
3. pozostawienie w takiej sytuacji Sądowi pierwszej instancji rozstrzygnięcia co do kosztów procesu,
4. o zawieszenie postępowania zgodnie z wnioskiem złożonym w piśmie z dnia 4 lutego 2014 r., który do chwili obecnej nie został rozpoznany, (postanowienie z dnia 28 stycznia 2014 r. o zawieszeniu postępowania w sprawie o sygn. akt XVII AmT 9/12 zostało uchylone),

Pozwany podtrzymał zarzut prekluzji wobec twierdzeń pełnomocnika Powoda zawartych w kolejnych pismach procesowych tj. w piśmie (...) z dnia 4 czerwca 2012 r. oraz piśmie (...) z dnia 22 stycznia 2014 r. oraz podnoszonych w kolejnych pismach procesowych i na rozprawie, a także poparł wnioski dowodowe złożone w odwołaniu, domagając się przeprowadzenia dowodu z:

a/ Oferty Ramowej (...) o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie rozpoczynania połączeń, zakańczania połączeń oraz hurtowego dostępu do sieci, zatwierdzona decyzją Prezesa UKE z dnia 8 kwietnia 2008 r., nr (...), zmieniona następnie w części decyzją Prezesa UKE z dnia 4 listopada 2008 r., nr (...),

b/ Oferty ramowej określającej ramowe warunki dostępu telekomunikacyjnego w zakresie rozpoczynania i zakańczania połączeń, hurtowego dostępu do sieci (...) S.A., dostępu do łączy abonenckich w sposób zapewniający pełny lub współdzielony, dostępu do łączy abonenckich poprzez węzły sieci telekomunikacyjnej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych, zatwierdzonej decyzją Prezesa UKE z dnia 29 września 2010 r. oraz zmienionej decyzją Prezesa UKE z dnia 5 kwietnia 2011 r. (zwanej dalej (...)),

c/ Kopii decyzji Prezesa UKE z dnia 26 kwietnia 2007 r., nr (...),

d/ Kopii decyzji Prezesa UKE z dnia 10 lipca 2006 r., nr (...) oraz kopii decyzji Prezesa UKE z dnia 22 września 2009 r., nr (...),

e/ Raportu Prezesa UKE o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2009 r. (zwany dalej (...)),

f) Informacji w sprawie warunków dostępu telekomunikacyjnego do sieci (...) S.A. w zakresie usług zakańczania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej (...) S.A. (dalej „Informacja”);

ewentualnie pozwany wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i oddalenie w całości odwołania od zaskarżonej decyzji Prezesa UKE oraz zasądzenie od Powodów na rzecz Pozwanego kosztów postępowania, w tym wynagrodzenia radcy prawnego w wysokości poczwórnej stawki minimalnej, a ponadto o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym w wysokości podwójnej stawki minimalnej.

(...) S.A. w W. zaskarżył w całości powyższy wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zarzucając:

1. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 18 w związku z art. 15 pkt 3 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 ze zm., poprzez uznanie, iż zaskarżona decyzja Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 24 sierpnia 2011 r., nr (...) może mieć wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi, w sytuacji gdy wpływ taki nie występuje.

2. naruszenie przepisu postępowania, tj. art. 233 § 1 w związku z art. 230 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów polegające na wyprowadzeniu przez Sąd wniosków nie wynikających ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, tj. uznaniu, że Decyzja może mieć wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi.

3. naruszenie przepisu postępowania, tj. art. 328 § 2 k.p.c., poprzez sporządzenie uzasadnienia niespełniającego warunków wskazanych w tym przepisie, co w konsekwencji uniemożliwia odniesienie się przez (...) do motywów, jakimi kierował się Sąd wydając wyrok i w konsekwencji z powodu sporządzenie uzasadnienia niespełniającego wymogów wskazanych w tym przepisie doszło do naruszenia zasady instancyjności.

4. pominięcie rozważenia wszystkich zarzutów i dowodów zgłaszanych przez (...) S.A. w toku postępowania, co doprowadziło do nierozpoznania istoty sprawy.

5. naruszenie przepisu art. 479⁽⁶⁴⁾ § 2 k.p.c. w związku z art. 28 ust. 1 pkt 1, 4 oraz 5 lit. b i c oraz 6 Pt poprzez uwzględnienie odwołania (...) sp. z o.o. i uchylenie Decyzji w sytuacji nieuwzględnienia przez Sąd pierwszej instancji interesu użytkowników sieci telekomunikacyjnych, charakteru zaistniałych kwestii spornych oraz pominięcie praktycznej możliwości wdrożenia rozwiązań zaproponowanych w odwołaniu przez (...), tj. rozwiązań dotyczących ekonomicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego polegających na przyjęciu symetrycznego modelu rozliczeń

w relacji (...) i (...) oraz nieuwzględnienia pozycji rynkowej zajmowanej przez (...) na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci (...).

6. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 28 ust. 1 pkt 2 i 6 w związku z art. 36 i 37 Pt poprzez nieuwzględnienie przez SOKiK przy rozstrzygnięciu niniejszej sprawy obowiązków regulacyjnych ciążyących na (...) i zajmowanej przez (...) pozycji rynkowej.

Wskazując na powyższe zarzuty apelujący wnosił o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania oraz o zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych. Ewentualnie powód wnosił o:

1/ zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez oddalenie w całości odwołania (...) i zmianę Decyzji zgodnie z wnioskiem odwołania (...), tj.: poprzez ustalenie stawek symetrycznych w relacji (...) i (...) w następujący sposób:

1. zmianę Decyzji w zaskarżonej przez (...) części, tj. punktu I:

1.1. w zakresie opłat za zakończenie połączeń w sieci (...) poprzez ustalenie stawek symetrycznych do opłat należnych (...) w drodze nadania pkt I. Decyzji następującej treści:

„I. zmieniam postanowienia Umowy w następujący sposób: W Załączniku nr 4 do Umowy (Załącznik Finansowy) § 3 ust. 3 otrzymuje brzmienie:

Tabela nr 1 Stawki należne Dialog za zakończenie połączenia w Sieci (...):

Okres taryfikacyjny	Zakończenie w sieci (...) [w zł/min]
T1	0,0273
T2	0,0205
T3	0,0137

1.2. alternatywnie w drodze nadania pkt I. Decyzji następującej treści:

„I. zmieniam postanowienia Umowy w następujący sposób:

W Załączniku nr 4 do Umowy (Załącznik Finansowy) § 3 ust. 3 otrzymuje brzmienie:

„3.(...) wnosi na rzecz (...) opłaty za usługę zakończenia połączeń w sieci (...) w następującej wysokości:

a) do dnia 31 grudnia 2011 r. w wysokości 146% opłaty określonej za Zakańczanie Strefowe połączenia w sieci (...) w okresach taryfikacyjnych T1, T2 i T3, o której mowa w § 3 ust. 1 w Tabeli nr 2 w Załączniku nr 4 do Umowy (Załącznik Finansowy);

b) od dnia 1 stycznia 2012 r. w wysokości 137% opłaty określonej za Zakańczanie Strefowe połączenia w sieci (...) w okresach taryfikacyjnych T1, T2 i T3, o której mowa w § 3 ust. 1 w Tabeli nr 2 w Załączniku nr 4 do Umowy (Załącznik Finansowy);

c) od dnia 1 lipca 2012 r. w wysokości 127% opłaty określonej za Zakańczanie Strefowe połączenia w sieci (...) w okresach taryfikacyjnych T1, T2 i T3, o której mowa w § 3 ust. 1 w Tabeli nr 2 w Załączniku nr 4 do Umowy (Załącznik Finansowy);

d) od dnia 1 stycznia 2013 r. w wysokości 118% opłaty określonej za Zakańczanie Strefowe połączenia w sieci (...) w okresach taryfikacyjnych T1, T2 i T3, o której mowa w § 3 ust. 1 w Tabeli nr 2 w Załączniku nr 4 do Umowy (Załącznik Finansowy);

e) od dnia 1 lipca 2013 r. w wysokości 109% opłaty określonej za Zakańczanie Strefowe połączenia w sieci (...) w okresach taryfikacyjnych T1, T2 i T3, o której mowa w § 3 ust. 1 w Tabeli nr 2 w Załączniku nr 4 do Umowy (Załącznik Finansowy);

f) od dnia 1 stycznia 2014 r. w wysokości 100% opłaty określonej za Zakańczanie Strefowe połączenia w sieci (...) w okresach taryfikacyjnych T1, T2 i T3, o której mowa w § 3 ust. 1 w Tabeli nr 2 w Załączniku nr 4 do Umowy (Załącznik Finansowy)."

2/ Zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Na rozprawie apelacyjnej pozwany Prezes UKE nie podtrzymał wniosku o zawieszenie postępowania.

(...) spółka z o.o. we W. wносиła o oddalenie obu apelacji.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Obie apelacje zasługiwały na uwzględnienie w zakresie, w jakim zmierzały do uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania. Uzasadniony bowiem okazał się przede wszystkim podniesiony w obu apelacjach zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy przepisu art. 18 Pt, co w konsekwencji doprowadziło do nierozpoznania istoty sprawy – wobec braku odniesienia się przez ten Sąd do zarzutów podniesionych w odwołaniu (...) S.A.

W ocenie Sądu Apelacyjnego słusznie apelujący podnosili, iż nie została spełniona przesłanka uchylenia zaskarżonej przez obu powodów decyzji Prezesa UKE z dnia 24 sierpnia 2011 r. Nr (...). Zauważyć bowiem należy, iż zgodnie z powszechnie już zaakceptowanym poglądem uchylenie decyzji organu regulacyjnego może nastąpić w wyniku odwołania strony jedynie w przypadku stwierdzenia wydania decyzji bez podstawy prawnej, bądź w przypadku stwierdzenia takich uchybień postępowania administracyjnego, które nie mogą być konwalidowane w postępowaniu sądowym, co skutkuje koniecznością wyeliminowania wadliwej decyzji z obrotu prawnego. Tymczasem Sąd pierwszej instancji rozpoznając zgłoszony przez powoda (...) zarzut naruszenia przez Prezesa UKE art. 18 Pt, nie stwierdził definitywnie, iż konieczność przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego w sprawie niniejszej rzeczywiście istniała, ale jedynie uznał, iż „organ na etapie postępowania administracyjnego winien rozważyć czy są przesłanki do stosowania postępowania konsolidacyjnego i dać temu wyraz w uzasadnieniu decyzji. Jeżeli tego nie czyni, oznacza to tym samym, że nie przeanalizował prawa materialnego w aspekcie podstaw do przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego.” W ocenie Sądu pierwszej instancji organ nie może przerzucać na stronę ciężaru dowodzenia czegoś, co sam w ramach swoich kompetencji winien rozważyć, aby prawidłowo zastosować przepisy prawa. Zdaniem tego Sądu (...) przytaczając sytuację rynkową w jakiej działa przy przyjmowaniu ruchu z zagranicy, wskazał na wpływ zastosowanego środka na handel.

Jeśli zatem Sąd pierwszej instancji uznał, iż w uzasadnieniu decyzji Prezesa UKE brakuje dostatecznej argumentacji w kwestii odstąpienia od zastosowania art. 18 Pt, Sąd powinien samodzielnie ocenić spełnienie w sprawie niniejszej przesłanki wynikających z tego przepisu i uchylić decyzję jedynie po stwierdzeniu, że rzeczywiście konieczność przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego istniała.

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie można jednak było w tej sprawie uznać, aby postępowanie administracyjne przed Prezesem UKE dotknięte było wadą kwalifikowaną, która nie pozwałaby na pozostawienie tej decyzji w obrocie prawnym z uwagi na brak przeprowadzenia przez organ regulacyjny postępowania konsolidacyjnego.

Zgodnie z art. 18 w zw. z art. 15 pkt 3 Pt (w brzmieniu obowiązującym w dniu wydania Decyzji), jeżeli rozstrzygnięcia, o których mowa w art. 15, mogą mieć wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi, Prezes UKE równocześnie z postępowaniem konsultacyjnym rozpoczyna postępowanie konsolidacyjne, przesyłając Komisji Europejskiej i organom regulacyjnym innych państw członkowskich projekty rozstrzygnięć wraz z ich uzasadnieniem. Z powyższego przepisu wynika, iż Prezes UKE obowiązany był przeprowadzić postępowanie konsolidacyjne przed wydaniem **decyzji w sprawie dostępu telekomunikacyjnego**, która mogła **mieć wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi Unii Europejskiej**. Obydwe wskazane przesłanki musiały być spełnione łącznie.

O ile spełnienie pierwszej przesłanki powstania po stronie Organu obowiązku przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego (tj. zamiaru wydania decyzji w sprawie dostępu telekomunikacyjnego) w stosunku do zaskarżonej Decyzji nie budzi wątpliwości, o tyle wątpliwe było spełnienie drugiej z przesłanek.

Zwrócić należy bowiem uwagę, że art. 18 Pt i art. 15 Pt stanowią transpozycję do prawa krajowego rozwiązań wpływających z prawa wspólnotowego, tj.: z art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21/WE (dyrektywy ramowej), które muszą być uwzględnione przy interpretowaniu normy prawnej powołanych przepisów ustawy.

Zgodnie z art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21 /WE:

„oprócz konsultacji, o której mowa w art. 6, jeżeli krajowy organ regulacyjny zamierza podjąć środek, który:

a) objęty jest zakresem art. 15 lub 16 niniejszej dyrektywy, art. 5 lub 8 dyrektywy 2002/19/WE (dyrektywy o dostępie) lub art. 16 dyrektywy 2002/22/WE (dyrektywy o usłudze powszechnej), oraz

b) **oddziaływałyby na wymianę handlową pomiędzy Państwami Członkowskimi**, powinien on jednocześnie udostępnić projekt danego środka Komisji oraz krajowym organom regulacyjnym, wraz z uzasadnieniem zastosowania danego środka, zgodnie z art. 5 ust. 3, oraz zawiadomić o tym Komisję i inne krajowe organy regulacyjne. Krajowe organy regulacyjne oraz Komisja będą mogły przedstawić danemu krajowemu organowi regulacyjnemu swoje uwagi wyłącznie w terminie jednego miesiąca lub w terminie określonym w art. 6, jeżeli jest to termin dłuższy. Termin jednomiesięczny nie może zostać przedłużony”.

Przy wykładni przepisów art. 18 w zw. z art. 15 pkt 3 Pt należy mieć również na względzie motyw 38 preambuły do dyrektywy 2002/21/WE:

„Środki, które mogą oddziaływać na wymianę handlową pomiędzy Państwami Członkowskimi, **to środki, które mogą mieć wpływ pośredni albo bezpośredni, rzeczywisty lub potencjalny, na strukturę wymiany handlowej pomiędzy Państwami Członkowskimi w taki sposób, że będzie to za sobą pociągało bariery w funkcjonowaniu jednolitego rynku** . Są to środki, które **mają znaczący wpływ na operatorów i użytkowników w innych Państwach Członkowskich, w tym m.in. środki wpływające na cenę dla użytkowników w innych Państwach Członkowskich, środki, które oddziałują na zdolność świadczenia usług w zakresie łączności elektronicznej przedsiębiorstwa mającego siedzibę w innym Państwie Członkowskim oraz w szczególności środki, które oddziałują na zdolność świadczenia usług transgranicznych oraz środki, które oddziałują na strukturę i dostęp do rynku ze skutkiem dla przedsiębiorstw w innych Państwach Członkowskich** ”.

Pojęcie środka, który „może mieć wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi Unii Europejskiej” pozostaje zatem pojęciem prawa unijnego i powinno być wykładane autonomicznie, tj. w oderwaniu od systemu prawa

krajowego - tak aby zapewnić jednolite stosowanie prawa unijnego we wszystkich państwach członkowskich Unii Europejskiej. Z tych względów prawidłowo ustawodawca krajowy nie definiuje tego pojęcia w ustawie.

Przesłanka wystąpienia wpływu na handel między państwami członkowskimi oznacza, iż musi istnieć oddziaływanie na działalność gospodarczą transgraniczną związaną co najmniej z dwoma państwami członkowskimi (Komisja Europejska, Wytyczne w sprawie pojęcia wpływu na handel, pkt 21).

Mając powyższe na względzie zaskarżona Decyzja nie powinna zostać uznana za środek mogący mieć chociażby potencjalny wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi.

Jak wspomniano wyżej, Sąd pierwszej instancji nie wyjaśnił na czym polega wpływ uchylonej Decyzji na stosunki handlowe między państwami członkowskimi, poprzestając jedynie na przytoczeniu twierdzenia (...), iż taki wpływ istnieje. Należy jednak zwrócić uwagę, że Decyzja została wydana w wyniku rozstrzygnięcia sporu pomiędzy dwoma przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi i dokonała zmiany w Umowie o połączeniu sieci łączącej (...) i (...). Umowa ta ma charakter cywilnoprawny i powinna być interpretowana zgodnie z zasadami odnoszącymi się do umów prawa prywatnego. W wyniku zawarcia umowy między stronami powstaje stosunek zobowiązaniowy, wiążący strony tego stosunku. (...) w odwołaniu, ani Sąd w uzasadnieniu wyroku - nie wyjaśnili w jaki sposób zaskarżona Decyzja zmieniająca postanowienia umowne wywiera, chociażby potencjalny wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi.

Zdaniem Sądu drugiej instancji przedmiot rozstrzygnięcia w Decyzji przesądza, że nie ma ona nawet potencjalnego wpływu na stosunki handlowe między państwami członkowskimi, albowiem umowa zmieniona Decyzją dotyczy połączenia sieci dwóch krajowych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, regulując koszty usługi zakańczania połączeń w sieci (...) wykonywane przez Powoda na rzecz (...). Powód w odwołaniu w żaden sposób nie wyjaśnił w jakiś sposób stawki obowiązujące wyłącznie w rozliczeniach pomiędzy dwoma podmiotami, spółkami prawa handlowego zarejestrowanymi w Polsce, mogą mieć wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi. Z treści samej umowy z 2003 r., którą zaskarżona Decyzja zmienia, a także z definicji zawartych w (...) w sprawie warunków dostępu telekomunikacyjnego do sieci (...) S.A. w zakresie usług zakańczania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej (...) S.A.” (k. 244) wynika, iż usługa ta realizowana jest wyłącznie na terenie kraju, zatem brak jest w świadczeniu tej usługi elementu międzynarodowego, który mógłby przemawiać o istnieniu choćby potencjalnego wpływu wydawanej Decyzji na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi. Zgodnie bowiem z definicją zawartą w cytowanej wyżej „Informacji ...” (...) udzielanej innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym, przez „Zakończenie w Sieci (...)” rozumie się usługę zakańczania połączeń realizowaną od (...) do wywoływanego Abonenta (...). Zgodnie zaś z treścią umowy z 2003 r. o połączeniu sieci pomiędzy (...) S.A. a (...) S.A. skrót (...) oznacza Logiczny Punkt Styku Sieci, tj. miejsce, w którym między Siecią (...) i Siecią (...) jest wymieniany i rejestrowany ruch oraz wiadomości sygnalizacyjne (§ 1 pkt 17 – k. 13 akt administracyjnych), natomiast jak wynika z § 3b ust. 9 Załącznika nr 3a do Umowy o Połączeniu Sieci (k. 17 akt administracyjnych) wszystkie (...) w sieci (...) zlokalizowane były w Polsce. Powyższe oznacza zatem, iż wysokość stawek dla (...) ((...) S.A.) za zakańczanie połączeń w sieci (...) nie ma wpływu na ceny usług dla użytkowników spoza Polski, związanych umową ze swoim operatorem, który z kolei zawiera odrębne umowy z operatorami działającymi na rynku polskim. Przedmiotowa Decyzja dotyczy zmiany umowy pomiędzy powodem a zainteresowanym w rozumieniu art. 28 ust. 1 i 30 Pt. Nie może więc być inaczej interpretowana, niż jako wyłącznie wiążąca strony tej umowy. Nie wiąże ona wprost użytkowników końcowych (...), których wiążą przecież osobne umowy z własnymi operatorami lub dostawcami.

Skoro więc zaskarżona Decyzja dotyczy stosunków dwustronnych pomiędzy dwoma operatorami, których abonenci są odbiorcami usług krajowych, tym samym nie można uznać, iż Decyzja ta ma istotny bezpośredni, rzeczywisty lub potencjalny wpływ na strukturę wymiany handlowej pomiędzy państwami członkowskimi w taki sposób, że będzie to za sobą pociągało bariery w funkcjonowaniu jednolitego rynku.

Dodatkowo zaznaczyć należy, że Decyzja stanowi kontynuację polityki regulacyjnej Prezesa UKE i zmierza do osiągnięcia niedyskryminujących warunków dla wszystkich operatorów publicznych stacjonarnych sieci

telekomunikacyjnych, co prowadzi do wniosku, że nie pociąga ona za sobą barier w funkcjonowaniu jednolitego rynku. Lokalny charakter działalności (...) i niewielka, w porównaniu z (...) bazą abonentów Powoda powodują, że brak jest podstaw do przyjęcia, że Decyzja może wywierać wpływ na operatorów i użytkowników w innych państwach członkowskich.

Z powyższych rozważań wynika zatem, iż nie została spełniona druga z przesłanek wynikających z art. 18 Pt, koniecznych do materializacji obowiązku poddania projektu Decyzji postępowaniu konsolidacyjnemu. Oznacza to, iż zaskarżona Decyzja nie mogła podlegać uchyleniu z tej przyczyny.

Nadmienić ponadto należy, co zresztą zostało podniesione w apelacji pozwanego, iż w chwili obecnej nie istnieje obowiązek przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego przed wydaniem decyzji na podstawie m.in. art. 28 Pt. W toku postępowania sądowego dotyczącego zaskarżonej Decyzji, tj. dnia 21 stycznia 2013 r. weszła w życie ustawa z dnia 16 listopada 2012 r. o zmianie ustawy - Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2012 r., poz. 1445). Na mocy art. 1 pkt 10 tej ustawy został uchylony pkt 3 art. 15 Prawa telekomunikacyjnego, zgodnie z którym Prezes UKE przed podjęciem rozstrzygnięcia w sprawach dotyczących dostępu telekomunikacyjnego, o których mowa w art. 28-30 Pt, miał obowiązek przeprowadzić postępowanie konsultacyjne, umożliwiając zainteresowanym podmiotom wyrażenie na piśmie w określonym terminie stanowiska do projektu rozstrzygnięcia.

Stosownie do art. 316 § 1 k.p.c. „Po zamknięciu rozprawy sąd wydaje wyrok, biorąc za podstawę stan rzeczy istniejących w chwili zamknięcia rozprawy; w szczególności zasądzeniu roszczenia nie stoi na przeszkodzie okoliczność, iż stało się ono wymagalne w toku sprawy”. W doktrynie i orzecznictwie sądowym zgodnie przyjmuje się, że stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy dotyczy zarówno stanu prawnego, jak i stanu faktycznego sprawy (M. Manowska [w:] Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz pod red. M. Manowskiej, Wyd. LexisNexis, Warszawa 2011, Tom I, s. 585, wyrok SN z dnia 5 listopada 2009 r., sygn. akt II UK 103/09, LEX nr 577839). W sprawach z odwołań od decyzji organów regulacyjnych w orzecznictwie sądowym prezentowany jest pogląd, że zasadniczo zarówno SOKiK, jak i Sąd Apelacyjny, muszą brać pod uwagę stan faktyczny i stan prawny obowiązujący w chwili orzekania (wyrok SN z dnia 15 października 2006 r., sygn. akt III SK 15/06, wyrok SN z dnia 17 marca 2010 r., sygn. akt III SK 40/09, wyrok SN z 5 kwietnia 2010 r., sygn. akt III SK 39/10, wyrok SN z dnia 20 września 2011 r., sygn. akt III SK 55/10, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 10 maja 2013 r., sygn. akt VI ACa 1423/12, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 23 kwietnia 2013 r., sygn. akt VI ACa 1499/12). Jedynie w sprawach odwołań od decyzji organów regulacyjnych nakładających kary pieniężne w orzecznictwie sądowym podnosi się, że przepis art. 316 k.p.c. w zakresie zmian stanu prawnego należy stosować ze szczególną ostrożnością, gdyż ewentualna zmiana stanu prawnego nie może prowadzić do pogorszenia sytuacji prawnej przedsiębiorcy wnoszącego odwołanie od decyzji organu regulacyjnego nakładającej karę pieniężną (wyrok SN z dnia 7 lipca 2011 r., sygn. akt III SK 52/10, wyrok SN z dnia 20 września 2011 r., sygn. akt III SK 55/10, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 4 czerwca 2013 r., sygn. akt VI ACa 1493/12).

W świetle powyższego za uzasadnione należy przyjąć stanowisko, iż Sąd pierwszej instancji wydając zaskarżony wyrok powinien był uwzględnić istotną dla niniejszej sprawy zmianę stanu prawnego, bowiem motywy, którymi kierował się SOKiK uchylając Decyzję zdezaktualizowały się z uwagi na to, że z dniem 21 stycznia 2013 r. został uchylony art. 15 pkt 3 Prawa telekomunikacyjnego, a tym samym zniesiony został obowiązek przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego w sprawach tego rodzaju. Również zatem z tej przyczyny nie było podstaw do uchylecia zaskarżonej Decyzji.

W ocenie Sądu Apelacyjnego skutek błędnego uznania przez Sąd pierwszej instancji, iż Prezes UKE niezasadnie odstąpił od przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego, doszło do nierozpoznania istoty sprawy w rozumieniu art. 386 § 4 k.p.c. Sąd pierwszej instancji nie rozpoznał bowiem żadnego z zarzutów podniesionych w odwołaniu przez (...) S.A. . W tej sytuacji Sądowi drugiej instancji nie pozostawało nic innego, jak konieczność uchylecia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania, bez potrzeby odnoszenia się do pozostałych zarzutów podniesionych przez apelujących w obu apelacjach.

Na marginesie jedynie należy zauważyć, iż zasadnym było połączenie obu spraw, tj. sprawy o sygn. akt XVII AmT 52/11 i sprawy o sygn. akt XVII AmT 9/12 do łącznego rozpoznania z uwagi na zasadę ekonomii procesowej. Wadliwość tej czynności polegała jedynie na tym, iż Sąd pierwszej instancji nie wskazał, czy połączenie to nastąpiło także w celu łącznego rozstrzygnięcia, na co wskazywałoby wydanie jednego wyroku. W przypadku bowiem, gdyby sprawy połączone zostały jedynie do wspólnego rozpoznania, w każdej sprawie powinien być wydany odrębny wyrok.

Ponownie rozpoznając sprawę Sąd pierwszej instancji rozważy wszystkie zarzuty podniesione w odwołaniach obu powodów, dokona ustaleń faktycznych pod kątem zgłoszonych zarzutów, przeprowadzając także dowody zgłoszone przez strony. Dokonując zaś oceny prawnej Sąd pierwszej instancji będzie miał na uwadze nie tylko obowiązujące w tym zakresie prawo krajowe, ale także jego interpretację w świetle prawa unijnego, w tym dyrektywy 2002/21/WE (ramowej) i aktów unijnych wydanych na jej podstawie oraz w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego odnoszącego się do problematyki asymetryczności stawek.

Mając na uwadze powyższe względy Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 4 k.p.c. orzekł jak w sentencji wyroku, o kosztach postępowania apelacyjnego rozstrzygając zgodnie z przepisem art. 108 § 2 k.p.c.