

*Sygn. akt VII ACa 1016/17*

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 27 grudnia 2017 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy w składzie:*

*Przewodniczący - Sędzia SA – Ewa Stefańska (spr.)*

*Sędzia SA – Aldona Wapińska*

*Sędzia SO (del.) – Magdalena Sajur – Kordula*

*Protokolant: – sekr. sądowy Karolina Kulibska – Janusz*

*po rozpoznaniu w dniu 13 grudnia 2017 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa (...) S.A. w W.*

*z udziałem zainteresowanego (...) sp. z o.o. w W. (poprzednio: (...) sp. z o.o. w W.)*

*przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej*

*o zawarcie umowy o połączeniu sieci*

*na skutek apelacji powoda*

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

*z dnia 14 czerwca 2016 r., sygn. akt XVII AmT 13/16*

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

*Sygn. akt VII ACa 1016/17*

## UZASADNIENIE

Decyzją nr (...) z dnia 21 października 2011 r., wydaną na podstawie art. 28 ust. 1 w związku z art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 ze zm., zwanej dalej „ustawą - Prawo telekomunikacyjne”), po rozpoznaniu wniosku (...) spółki z o.o. z siedzibą w W. o wydanie decyzji zastępującej umowę o połączeniu sieci pomiędzy M. a (...) spółką z o.o. z siedzibą w W., Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej ustalił warunki współpracy w zakresie połączenia sieci M. z siecią (...), m.in. określając wysokość stawek (...) za usługę zakańczania połączeń w sieci M. (załącznik do decyzji Rozdział 1 Część (...) § 4 ust. 4 pkt 3), odstępując od określenia opłaty za tranzyt połączenia przez sieć M. do innej sieci, a także regulując kwestie zabezpieczenia roszczeń wynikających z niewykonania lub nienależytego wykonania decyzji przez strony (punkt I decyzji § 14 ust. 1 i 15 ust. 1).

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej ustalił, że opłata na rzecz M. wnoszona przez (...) za minutę połączenia przychodzącego z sieci (...) i zakańczanego w sieci M. w okresach taryfikacyjnych T1, T2 i T3 wynosi: (a) do dnia 31 grudnia 2011 r. opłata należna M. za usługi zakończenia połączenia w sieci M. wynosi 0,280 zł/min w okresach

taryfikacyjnych T1, T2 i T3; (b) od dnia 1 stycznia 2012 r. do dnia 3 czerwca 2012 r. opłata należna M. za usługi zakończenia połączenia w sieci M. wynosi 0,189 zł/min w okresach taryfikacyjnych T1, T2, T3; (c) od dnia 1 lipca 2012 r. do dnia 31 grudnia 2012 r. opłata należna M. za usługi zakończenia połączenia w sieci M. wynosi 0,140 zł/min w okresach taryfikacyjnych T1, T2, T3; (d) od dnia 1 stycznia 2013 r. do dnia 30 czerwca 2013 r. opłata należna M. za usługi zakończenia połączenia w sieci M. wynosi 0,137 zł/min w okresach taryfikacyjnych T1, T2, T3; (e) od dnia 1 lipca 2013 r. opłata należna M. za usługi zakończenia połączenia w sieci M. wynosi 100% opłaty pobieranej przez (...) za usługę zakończenia połączenia w sieci ruchomej (...), określonej w niniejszej decyzji.

Powód (...) spółka z o.o. z siedzibą w W. wniósł odwołanie, w którym zaskarżył decyzję w części obejmującej punkt I decyzji § 14 ust. 1 i 15 ust. 1 oraz załącznik do decyzji Rozdział 1 Część (...) § 4 ust. 4 pkt 3, domagając się jej zmiany w sposób wskazany w odwołaniu. Decyzji tej powód zarzucił naruszenie:

1) art. 206 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne w związku z art. 7 Konstytucji RP, art. 6 k.p.a. oraz art. 156 k.p.a. poprzez ustalenie wysokości stawek (...) za usługę zakańczania połączeń w sieci M. poprzez przeniesienie wprost, bez przeprowadzenia postępowania dowodowego, wysokości tych stawek ze stanowiska Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej zamieszczonego na stronie internetowej (...), tj. ustalonych bez przeprowadzenia postępowania administracyjnego, a w konsekwencji ustalenie ich wysokości bez podstawy prawnej;

2) art. 28 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 44 ustawy - Prawo telekomunikacyjne poprzez ustalenie opłat za usługę zakańczania połączeń w publicznej ruchomej sieci telefonicznej M. w sposób sprzeczny z obowiązkiem regulacyjnym nałożonym na M., czego skutkiem było ustalenie zawyżonych opłat za tę usługę;

3) art. 19 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne poprzez nieuwzględnienie stanowiska Komisji Europejskiej do projektu zaskarżonej decyzji wyrażonego w postępowaniu konsolidacyjnym;

4) art. 19 ust. 1 Dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa) w związku z art. 13 Dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (dyrektywa o dostępie) polegające na nieuwzględnieniu punktu 10 Zaleceń Komisji Europejskiej z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych (...), poprzez ustalenie wyższych stawek (...) za usługę zakańczania połączeń w sieci M. od stawek (...) za usługę zakańczania połączeń w sieci (...) bez udowodnienia, że M. ponosi wyższe jednostkowe koszty przyrostowe niż operator standardowy;

5) art. 28 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne poprzez ustalenie warunków współpracy między (...) i M. naruszających interesy użytkowników sieci telekomunikacyjnych;

6) art. 28 ust. 4 w związku z art. 31 ust. 2 pkt 3 lit a) oraz art. 31 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne w związku z art. 156 § 1 pkt 2 i 5 k.p.a. poprzez odstąpienie od określenia opłaty za tranzyt połączenia przez sieć M. do innej sieci, pozostawiając M. całkowitą swobodę w kształtowaniu opłaty za taką usługę, poprzez przyjęcie, iż stosowana będzie opłata według aktualnej oferty M.;

7) art. 28 ust. 1 pkt 4 ustawy - Prawo telekomunikacyjne poprzez wydanie decyzji bez uwzględnienia kryterium charakteru zastałych kwestii spornych oraz praktycznej możliwości wdrożenia rozwiązań dotyczących ekonomicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego.

Pozwany Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wnosił o oddalenie odwołania.

(...) spółka z o.o. z siedzibą w W. wnosił o oddalenie odwołania.

Wyrokiem z dnia 26 maja 2014 r. Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów: w punkcie I - zmienił zaskarżoną decyzję w ten sposób, że załącznikowi do decyzji Rozdział 1 Część (...) § 4 ust. 4 pkt 3 nadał następujące brzmienie: „Opłata na rzecz M. wnoszona przez (...) za minutę połączenia przychodzącego z sieci (...) i

zakańczanego w sieci M. w okresach taryfikacyjnych T1, T2 i T3 wynosi: do 30 czerwca 2012 r. 0,1520 zł/min, od 1 lipca 2012 r. 0,1223 zł/min, z zastrzeżeniem, że w danym okresie nie może być ona wyższa od opłaty na rzecz (...) wnoszonej przez M. za minutę połączenia przychodzącego z sieci M. i zakańczanego w ruchomej sieci (...), określonej w załączniku do decyzji Rozdział 1 Część (...) § 3 ust. 4 pkt 3", a także określił opłaty za tranzyt połączenia przez sieć M. do innej sieci, zaś w punkcie drugim - oddalił odwołanie w pozostałej części.

Na skutek apelacji pozwanego, wyrokiem z dnia 14 lipca 2015 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie uchylił zaskarżony wyrok w punkcie pierwszym i przekazał sprawę w tym zakresie Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania. W uzasadnieniu wskazał, że Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie rozpoznał istoty sprawy, koncentrując swoje rozważania na ocenie przebiegu postępowania administracyjnego, zamiast na rozstrzygnięciu sporu będącego przedmiotem tego postępowania. Sąd pierwszej instancji nie odniósł się do zakresu obowiązków regulacyjnych nałożonych na M. decyzją (...), ani do okoliczności uzasadniających przyjęcie asymetrycznych stawek (...), takich jak: na krajowym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych (...) ma silniejszą pozycję niż M.; M. wchodzi na rynek ze znacznym opóźnieniem w stosunku do innych operatorów i aby sprostać konkurencji zmuszona jest do intensywnej promocji swojej oferty i zabiegania o klienta; (...) zakończyła proces rozbudowy sieci, działała początkowo na rynku mniej konkurencyjnym i czerpała znaczne dochody z wysokich cen swoich usług; trzej zasiedziali operatorzy mobilni podzielili rynek po 30% (...), (...) i (...); nowe podmioty mogą napotkać utrudnienia w budowie własnej infrastruktury dostępowej, z czym wiążą się wysokie koszty; w wypadku małej sieci i małej liczby abonentów mniej jest połączeń wykonywanych wewnątrz sieci, co podnosi koszty jej funkcjonowania; na M. nie został nałożony obowiązek ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty, a taki obowiązek został nałożony na (...).

Sąd Apelacyjny zobowiązał Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów - przy ponownym rozpoznaniu sprawy - do: dokonania ustaleń faktycznych odnoszących się do zakresu kwestii spornych między stronami w toku negocjacji; ustalenia pozycji rynkowej każdego z operatorów; ustalenia zakresu nałożonych na nich obowiązków regulacyjnych; rozważenia zasadności stawek określonych przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej; rozważenia zasadności regulacji odnoszącej się do opłaty za tranzyt. Wskazał na potrzebę uwzględnienia okoliczności, że (...) zalicza się do zasiedziałych operatorów, zaś poza trzema podmiotami mającymi status takich operatorów, na rynku jest sześciu operatorów późno wchodzących na rynek (w tym: M.) i stawki stosowane przez tych operatorów są regulowane przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, który dotychczas przyznawał podmiotom późno wchodzącym na rynek prawo do korzystania w okresie przejściowym z asymetrii stawek (...) (w odniesieniu do stawek zasiedziałych operatorów).

Sąd odwoławczy zauważył, że podstawą decyzji wydawanych przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej są zalecenia Komisji Europejskiej z dnia 7 maja 2009 r., wskazujące na konieczność ustanowienia symetrycznych stawek (...), ustalanych w oparciu o koszty poniesione przez efektywnego operatora. Jednakże zezwalają one na opóźnienie wprowadzenia tego modelu, a w konsekwencji na tymczasowe ustalenie asymetrycznych (wyższych) stawek (...) dla podmiotów nowych, w przejściowym okresie wynoszącym 4 lata od chwili wejścia operatora na rynek, celem umożliwienia im odzyskania wyższych kosztów ponoszonych na początku działalności. Sąd Apelacyjny wskazał, że zasadą powinna być symetria stawek stosowanych przez operatorów telekomunikacyjnych, zaś wprowadzenie ich asymetrii wymaga uzasadnienia. Dlatego zobowiązał Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów do dokonania oceny dowodów zgromadzonych w toku postępowania i wzięcia pod uwagę argumentów podanych przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej jako uzasadnienia wprowadzenia stawek asymetrycznych.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy, wyrokiem z dnia 14 czerwca 2016 r. Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie w części dotyczącej załącznika do decyzji Rozdział 1 Część (...) § 4 ust. 4 pkt 3.

Wyrok Sądu Okręgowego został wydany w oparciu o poniższe ustalenia faktyczne i rozważania prawne.

Pismem z dnia 23 kwietnia 2008 r. (...) spółka z o.o. z siedzibą w W. wystąpiła do (...) spółki z o.o. z siedzibą w W. z wnioskiem o połączenie sieci. Strony prowadziły negocjacje, które nie doprowadziły do zawarcia umowy. W dniu 13 maja 2010 r. strony podpisały protokół rozbieżności, obejmujący kwestie: zabezpieczenia wynikających z umowy roszczeń; finansowych konsekwencji dla M. uchylecia decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 30 września 2008 r. (tzw. „decyzji (...) 2008”); stawek (...) z tytułu zakańczania połączeń w sieci M..

Na rynkach zakańczania połączeń głosowych we własnej sieci M. i (...) mają pozycje znaczące, ponieważ posiadają monopole sieciowe na tego rodzaju usługi. Według Sądu pierwszej instancji, porównywanie pozycji obu operatorów na tych rynkach jest niecelowe, ponieważ oba analizowane rynki są rynkami odrębnymi. w kontekście przesłanki określonej w art. 28 ust. 1 pkt 6 ustawy - Prawo telekomunikacyjne należy więc porównać pozycje rynkowe przedsiębiorców, których sieci są łączone, na rynku, na którym działają wspólnie, tj. na krajowym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych. Tak zdefiniowany rynek jest rynkiem dojrzałym i wejście na niego oznacza dla nowego podmiotu znaczące ryzyko gospodarcze.

Według Sądu Okręgowego, (...) na tym rynku ma pozycję znacznie silniejszą niż M., który wszedł na rynek telekomunikacyjny z wieloletnim opóźnieniem w stosunku do zasiedziałych operatorów telefonii komórkowej. (...) ma już określoną markę, bazę klientów, infrastrukturę, zasadniczo zakończył proces rozbudowy swojej sieci uzyskując pokrycie kraju zbliżone do 100%. Przez ponad 10 lat działał w środowisku mniej konkurencyjnym, zarówno na rynku hurtowym, jak i detalicznym, co wiązało się z uzyskiwaniem znacznych dochodów. Obecnie ceny usług telekomunikacyjnych są kilkakrotnie niższe. Rosnąca popularność telefonii komórkowej, przy niskim poziomie nasycenia rynku, umożliwiła (...) szybki rozwój w długim okresie czasu. Z czasem wszyscy trzej zasiedzieli operatorzy mobilni, tj.: (...), (...) i (...), osiągnęli stabilną pozycję ekonomiczną i udziały po ok. 30% w rynku i liczbie klientów, co dawało im gwarancję rentowności prowadzonej działalności. Ze względu na długi okres funkcjonowania na rynku, (...) ma łatwiejszy dostęp do rozbudowanej logistyki. Ponadto w sytuacji istnienia znacznej różnicy między ilością abonentów w sieci małej (M.) i dużej ( (...)), połączenia do własnej sieci (wewnętrzne) stanowią znacznie mniejszy procent całości połączeń w sieci małej, niż w sieci dużej. Oznacza to trudniejszą sytuację M. w zakresie pozyskiwania klientów, a także wskazuje na wyższe ryzyko prowadzenia działalności w porównaniu z (...), co powinno znaleźć odzwierciedlenie w wyższym zwrocie kapitału.

W trakcie negocjacji (...) zaproponowała, aby wysokość stawek (...) za usługę zakańczania połączeń w obu sieciach była symetryczna i wynosiła 0,1677 zł/min. Natomiast M. wskazywała, że jej pozycja rynkowa znacznie różni się od pozycji rynkowej (...), a ponadto na M. nie ciąży obowiązek regulacyjny, w tym obowiązek stosowania stawki (...) na poziomie wskazanym przez (...). Według M., na obecnym etapie rozwoju prowadzenie przez nią działalności wymaga kosztownych inwestycji w rozbudowę infrastruktury telekomunikacyjnej, co uniemożliwia konkurowanie na równych zasadach z (...), która działa na rynku od kilkunastu lat i ma znacznie lepiej rozwiniętą infrastrukturę telekomunikacyjną. Ponadto M. podkreśliła, że wprowadzenie jej oferty przyczyni się do rozwoju konkurencji na rynku usług telekomunikacyjnych. Dlatego zaproponowała stawki za zakańczanie połączeń w jej sieci w wysokości: 0,65 zł/min - w okresie taryfikacyjnym T1, 0,48 zł/min - w okresie taryfikacyjnym T2, 0,40 zł/min - w okresie taryfikacyjnym T3.

Po bezskutecznym upływie terminu do zawarcia umowy, M. wystąpiła do Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z wnioskiem o wydanie decyzji zastępującej umowę o połączeniu sieci. Organ regulacyjny wszczął w tej sprawie postępowanie administracyjne. W dniu 10 listopada 2010 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej opublikował swoje stanowisko dotyczące wysokości stawek za zakańczanie połączeń w sieciach ruchomych nowych operatorów (tzw. (...)), oparte na wytycznych zawartych w Zaleceniu Komisji Europejskiej z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych ( (...)) (tzw. (...)).

W założeniach (...) Komisja Europejska stwierdziła, że w normalnych warunkach stawki (...) powinny być symetryczne, zaś przypadki ich asymetrii wymagają odpowiedniego uzasadnienia. Wskazała, że rynki zakańczania połączeń oznaczają sytuację dwukierunkowego dostępu, w której zakłada się, że korzyści z takiego rozwiązania odnoszą wzajemnie łączący się operatorzy, jednakże ponieważ konkurują oni między sobą o abonentów, stawki za

zakańczanie połączeń mogą mieć istotne strategiczne znaczenie i wpływ na konkurencję. Istniejący brak harmonizacji w zakresie stosowania zasad księgowania kosztów na rynkach zakańczania połączeń, świadczy o potrzebie wspólnego podejścia opartego na standardzie efektywności kosztowej. Stosowanie symetrycznych stawek za zakańczanie połączeń wspierałoby efektywność, zrównoważoną konkurencję i zmaksymalizowałoby korzyści dla konsumentów w zakresie oferowanych cen i usług. W konkurencyjnym otoczeniu operatorzy konkurowałiby na podstawie bieżących kosztów i nie otrzymywaliby rekompensaty za koszty poniesione w wyniku braku wydajności.

Uwzględniając powyższe założenia, Komisja Europejska zaleciła krajowym organom regulacyjnym, aby podczas nakładania obowiązków w zakresie kontroli kosztów i księgowania kosztów w stosunku do operatorów wyznaczonych, ustanowić stawki za zakańczanie połączeń w oparciu o koszty poniesione przez efektywnego operatora. Oznacza to, że stawki te będą również symetryczne. W przypadku, gdy można udowodnić, że nowy podmiot na rynku połączeń ruchomych, działający poniżej minimalnej skali efektywności, ponosi wyższe jednostkowe koszty przyrostowe (koszty możliwe do uniknięcia) niż operator standardowy, krajowe organy regulacyjne - po stwierdzeniu, że na rynku detalicznym istnieją przeszkody utrudniające wejście na rynek i ekspansję - mogą zezwolić na odzyskanie tych wyższych kosztów w okresie przejściowym poprzez regulowane stawki za zakańczanie połączeń. Okres przejściowy nie powinien przekraczać czterech lat od momentu wejścia operatora na rynek. Zalecenie to nie narusza poprzednio wydanych decyzji regulacyjnych, których dotyczy.

Według zalecenia Komisji Europejskiej, krajowe organy regulacyjne powinny zapewnić, aby do dnia 31 grudnia 2012 r. wprowadzono stawki za zakańczanie połączeń na efektywnym kosztowo i symetrycznym poziomie. Jednakże w wyjątkowych sytuacjach, jeżeli krajowy organ regulacyjny nie może terminowo przygotować zaleconego modelu kalkulacji kosztów i nie jest w stanie wykazać, że metoda inna niż bottom-up (...), oparta na bieżących kosztach, prowadzi do wyników zgodnych z zaleceniem - organ ten może uznać ustalanie tymczasowych cen na podstawie alternatywnego podejścia, do dnia 1 lipca 2014 r. Przy tym, rezultat wynikający z zastosowania alternatywnej metody nie powinien przekraczać średniej stawek za zakańczanie połączeń, ustalonej przez krajowe organy regulacyjne stosujące zaleconą metodę kalkulacji kosztów.

Uwzględniając powyższe zalecenie, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej przedstawił (...) precyzujące podejście do regulacji stawek za zakańczanie połączeń w sieciach ruchomych nowych operatorów. Przedtem - widząc konieczność wprowadzenia harmonogramów dotyczących asymetrii stawek dla operatorów, którzy w 2009 r. rozpoczęli działalność telekomunikacyjną, a także potrzebę ustalenia jak najbardziej porównywalnych warunków dotyczących asymetrii dla wszystkich operatorów - Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej przeprowadził konsultacje z Komisją Europejską. Miały one na celu, aby (...) było zgodne z wykładnią Komisji Europejskiej oraz zapewniało nowym operatorom możliwość konkurowania z innymi przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi. Głównym zastrzeżeniem Komisji Europejskiej wobec projektu (...) było uzasadnienie ewentualnej asymetrii stawek (...). Według Komisji Europejskiej asymetria może wynikać wyłącznie z wyższych kosztów świadczenia usług zakańczania połączeń w sieci nowego operatora. Ustalono więc, że jedynym uzasadnieniem asymetrii dla nowych operatorów będzie oparcie stawki (...) o faktycznie poniesione koszty. Zgodzono się także, aby w przypadku braku danych kosztowych dla poszczególnych nowych operatorów, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej mógł posłużyć się danymi kosztowymi, jakie posiada.

Podstawowe założenie projektu (...), tj. wprowadzenie z dniem 1 stycznia 2013 r. symetrii stawek dla operatorów prowadzących działalność na rynku telefonii komórkowej (ruchomej) dłużej niż cztery lata oraz dla podmiotów działających na rynku telekomunikacyjnym krócej (m.in. M., który rozpoczął działalność w dniu 31 sierpnia 2009 r.) po ukończeniu czteroletniego okresu asymetrycznego, zostało zaakceptowane przez Komisję Europejską. Dlatego Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wydał regulacyjne (...) dla poszczególnych operatorów.

Ponieważ inny nowo wchodzący operator (...) S.A. rozpoczął działalność telekomunikacyjną w dniu 31 maja 2009 r., zaś M. - w dniu 31 sierpnia 2009 r., Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej zdecydował, że uregulowanie stawek dotyczących tych podmiotów nastąpi w tym samym terminie i na takich samych warunkach. Stawki (...) dla M. i C. zostały określone w oparciu o kalkulację ich kosztów w sieciach ruchomych. Średnia ważona stawka dla 3-ciego i 4-tego

roku ich działalności, z uwzględnieniem kosztów roamingu krajowego oraz dodatkowych kosztów z nim związanych, wyniosła 0,1843 zł/min i dlatego, począwszy od dnia 1 lipca 2011 r., harmonogram dla tych operatorów ustalono następująco: 1 lipca 2011 r. - 0,280 zł/min, 1 stycznia 2012 r. - 0,180 zł/min, 1 lipca 2012 r. - 0,140 zł/min, 1 stycznia 2013 r. - 0,137 zł/min, 1 lipca 2013 r. - symetria.

Zdaniem Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, w (...) konieczne było również uwzględnienie współpracy pomiędzy nowymi podmiotami oraz powiązań kapitałowych, gdyż okoliczności te mogą powodować, iż dla potrzeb wdrażania (...) operatorzy ci będą traktowani jako jeden podmiot. Można bowiem spodziewać się, że funkcjonując w grupie, operatorzy w stosunkach zewnętrznych będą korzystał z najkorzystniejszej stawki jednego z nich. Zmiana pozycji konkurencyjnej grupy, tj. uzyskanie łącznie udziałów rynkowych pozwalających na skuteczne konkutowanie z operatorami zasiedziałymi, będzie powodowało weryfikację asymetrii dla danego podmiotu. Przekroczenie proggu 15-20% udziałów rynkowych, w wyniku przejęcia lub połączenia spółek, będzie stanowiło podstawę do ustalenia stawek w sposób analogiczny jak dla innych podmiotów rynkowych osiąających próg minimalnej skali efektywności.

Ponadto projekt przedmiotowej decyzji był objęty postępowaniem konsolidacyjnym i konsultacyjnym. W dniu 16 maja 2011 r. Komisja Europejska przedstawiła swoje stanowisko, zalecając rezygnację z decyzji (...) w rozliczeniach dwustronnych na rzecz ustalenia ogólnie obowiązujących stawek (...) na podstawie procedur analizy rynku, a także wprowadzenie środków regulacyjnych określających szczegółowo stawki za zakańczanie połączeń dla operatorów sieci ruchomych M., C. i (...) które obowiązywałyby w stosunku do wszystkich pozostałych operatorów. Komisja Europejska zwróciła się też o uwzględnienie w regulacji „Zalecenia”, co wiązało się z zawartym w decyzji uzasadnieniem, że poziom i czas trwania asymetrii stawek są uzasadnione wyższymi kosztami ponoszonymi przez operatorów nowowchodzących.

W ramach postępowania konsultacyjnego do Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej wpłynęły stanowiska M. i (...). M. wskazywał na konieczność utrzymania stawek za zakańczanie połączeń głosowych w jej sieci na wyższym poziomie, niż zaproponowano w konsultowanym projekcie decyzji, ze względu na wieloletnie opóźnienie rozpoczęcia działalności gospodarczej w stosunku do (...) i potrzebę uzyskania stabilnej pozycji na rynku w celu sprostania konkurencji. Ponadto podniosła, że nie ciąży na niej obowiązek ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty, o którym mowa w art. 40 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, a jedynie obowiązek stosowania stawek niezawyżonych. Natomiast (...), odnosząc się do zaproponowanej przez M. stawki za zakańczanie połączeń w jego sieci ruchomej, podniósł, że stawka 0,57 zł/min jest zbyt wysoka i oderwana od realiów rynkowych. Wskazał ponadto, że Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej nie przeprowadził wnikliwej analizy rynku i nie uzasadnił wprowadzenia asymetrii stawek (...).

Decyzją nr (...) z dnia 11 maja 2011 r. (tzw. „decyzja (...) 2011”) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej zatwierdził szczegółowe warunki regulacyjne, m.in. w zakresie realizacji przez (...) wynikającego z art. 40 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne obowiązku ustalenia opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w zakresie zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) w oparciu o ponoszone koszty. Według decyzji wysokość stawki (...) należnej (...) została ustalona zgodnie z następującym harmonogramem: od dnia 1 lipca 2011 r. - stawka 0,1520 zł/min i od dnia 1 lipca 2012 r. - stawka 0,1223 zł/min.

Decyzją nr (...) z dnia 28 lutego 2011 r. (tzw. „decyzja (...)) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej ustalił, że na rynku świadczenia usług zakańczania połączeń głosowych w ruchomej sieci telefonicznej M. nie występuje skuteczna konkurencja, wyznaczył tego operatora jako przedsiębiorcę zajmującego na tym rynku pozycję znaczącą oraz nałożył na niego obowiązki regulacyjne, w tym obowiązek, o którym mowa w art. 44 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, polegający na zakazie stosowania zawyżonych stawek (...). W decyzji za stawki zawyżone uznano stawki (...) wyższe od stawek obliczonych przez organ regulacyjny na podstawie kosztów określonych w oparciu o dane będące w posiadaniu Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, które dotyczą kosztów świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych ponoszonych przez nowego operatora ruchomej publicznej sieci telefonicznej w kolejnych latach od rozpoczęcia przez niego działalności, z uwzględnieniem kosztów usługi roamingu krajowego. Stawki te zostały przedstawione w (...) opublikowanym na stronie internetowej (...).

Sąd pierwszej instancji zauważył, że przedmiotem jego rozpoznania była kwestia stawek (...) za usługę zakańczania połączeń w sieci M. oraz opłat za tranzyt połączenia przez sieć M. do innej sieci. Natomiast w części dotyczącej kwestii zabezpieczenia roszczeń wynikających z niewykonania lub nienależytego wykonania decyzji przez strony, wyrok Sądu Okręgowego uprawomocnił się.

Zdaniem Sądu Okręgowego, odwołanie powoda w powyższym zakresie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Sąd pierwszej instancji stwierdził, że Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej jako podstawę prawną zaskarżonej decyzji wskazał art. 28 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, więc nieuprawniony jest zarzut jej nieważności z powodu niepodania podstawy prawnej. Wyjaśnił również, że przepis ten nawiązuje do trzech kryteriów wpływających na warunki połączenia sieci operatorów telekomunikacyjnych, tj.: pozycji rynkowej operatorów, zakresu nałożonych na nich obowiązków regulacyjnych oraz kwestii spornych powstałych w toku negocjacji.

Sąd pierwszej instancji wskazał, że na krajowym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych M. ma pozycję nieporównywalnie słabszą od (...). Jeśli chodzi o nałożone na obu operatorów obowiązki regulacyjne, to z mocy decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej nr (...) z dnia 11 maja 2011 r., na (...) spoczywa wynikający z art. 40 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne obowiązek ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w zakresie zakańczania połączeń głosowych we własnej ruchomej publicznej sieci telefonicznej w oparciu o ponoszone koszty. Natomiast na mocy decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej nr (...) z dnia 28 lutego 2011 r., na M. spoczywa obowiązek, o którym mowa w art. 44 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, polegający na zakazie stosowania zawyżonych stawek (...).

Zdaniem Sądu Okręgowego, bezpodstawny jest zarzut naruszenia art. 28 ust. 1 pkt 2 w z związku z art. 44 ustawy - Prawo telekomunikacyjne poprzez ustalenie stawek (...) dla M. niezgodnie z uprzednio nałożonym na ten podmiot obowiązkiem regulacyjnym. Skoro bowiem opłaty (...) dla M. mają stanowić stawki niezawyżone, to brak jest podstawy, aby kalkulować je w oparciu o ponoszone koszty, czyli w sposób określony dla (...) jako operatora zasiedziałego, posiadającego znaczącą przewagę nad M. na krajowym rynku usług telekomunikacyjnych. Sąd pierwszej instancji wyjaśnił, że wyliczenie przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej stawek (...) dla M. nastąpiło w oparciu o koszty operatora nowego na rynku, a więc bez uwzględnienia kosztów rzeczywiście ponoszonych. Przy tym, przez stawki zawyżone - zgodnie z uzasadnieniem decyzji (...) rozumie się stawki (...) wyższe niż stawki (...) obliczone przez organ regulacyjny na podstawie kosztów określonych w oparciu o dane będące w posiadaniu Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, które dotyczą kosztów świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych ponoszonych przez nowego operatora ruchomej publicznej sieci telefonicznej w kolejnych latach od rozpoczęcia przez niego działalności, z uwzględnieniem kosztów usługi roamingu krajowego. Stawki te Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej przedstawia w „Stanowisku”, które publikuje na stronie internetowej Urzędu.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji, z art. 28 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy - Prawo telekomunikacyjne wynika, że wydając decyzję o dostępie telekomunikacyjnym i określając wysokość stawek za zakańczanie połączeń w sieci M., Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej powinien ustalić je w wysokości takiej, w jakiej zostały określone w opublikowanym (...). Ze (...) zaś wynika, że w trakcie rozmów z Komisją Europejską ustalono, iż jedynym uzasadnieniem asymetrii stawek (...) dla nowych operatorów będzie oparcie - co do zasady - stawki (...) o faktycznie ponoszone przez operatora koszty, przy jednoczesnym założeniu, że stawki te dla nowych operatorów będą czasowo zbyt wysokie, co ma im umożliwić nawiązanie konkurencji z przedsiębiorcami o dużo silniejszej pozycji na krajowym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych.

Ponadto Komisja Europejska zgodziła się, aby w przypadku braku danych kosztowych dla poszczególnych nowych operatorów, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej mógł posłużyć się danymi kosztowymi, jakie posiada. W związku z tym dla M. oraz innych nowych operatorów (C., S.) stawki (...) zostały ustalone w oparciu o kalkulację kosztów w sieciach ruchomych, z uwzględnieniem średniej stawki ważonej 0,1843 zł/min dla 3-ciego i 4-tego roku działalności, z uwzględnieniem kosztów roamingu krajowego oraz dodatkowych kosztów z nim związanych. Zdaniem Sądu Okręgowego, wyliczenia stawki (...) nie dokonano zatem w sposób arbitralny, lecz w oparciu o

przyjęty i zaakceptowany przez Komisję Europejską model nowego operatora. Przyjęty model degresywnej asymetrii stawek (...), a także ich wysokość, zapewniły możliwość realnego konkurowania nowych operatorów z operatorami zasiedziałyymi.

Sąd Okręgowy wskazał, że w celu sprawdzenia prawidłowości wyliczenia przez organ regulacyjny średniej stawki ważonej, powód złożył wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego. Wyjaśnił, że wniosek ten został oddalony z uwagi na prekluzję dowodową, na podstawie art. 479<sup>12</sup> § 1 k.p.c. w związku z art. 9 ust. 7 noweli do k.p.c. z dnia 16 września 2011 r. (Dz.U. Nr 233, poz. 1381). Sąd pierwszej instancji wyjaśnił również, że oddalił wnioski dowodowe zgłoszone w odwołaniu, gdyż zmierzały one do ustalenia kosztów ponoszonych przez M., a nie oceny, czy stawki (...) ustalone dla nowego operatora, na podstawie art. 44 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, nie były zawyżone.

Za niezasadny uznał Sąd Okręgowy zarzut naruszenia art. 19 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne z powodu nieuwzględnienia stanowiska Komisji Europejskiej wyrażonego w postępowaniu konsolidacyjnym. Zdaniem Sądu pierwszej instancji (...) to ocena, stanowisko, czy też pogląd, nie ma więc mocy wiążącej. Gdyby stanowisko Komisji Europejskiej miało taką moc, wydanie decyzji (...) nie byłoby potrzebne. Wydając zaskarżoną decyzję Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej postąpił zgodnie z art. 19 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, gdyż uwzględnił stanowisko Komisji Europejskiej w możliwie najszerszym zakresie. Według Sądu Okręgowego, odstępstwo od stanowiska Komisji Europejskiej usprawiedliwione było sytuacją podmiotu, którego dotyczyła decyzja i interesem publicznym. Gorsza w porównaniu z (...) sytuacja w zakresie konkurowania na krajowym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych i wynikająca z tego konieczność „wyrównania szans” M. była sytuacją istotną dla działalności tego przedsiębiorcy. Ponadto umocnienie się na rynku nowego operatora leżało w interesie publicznym, który przejawia się oczekiwaniem odbiorców na rozwój konkurencji, co - w dłuższej perspektywie - przekłada się na większy wybór operatorów, ofert oraz spadek cen detalicznych za usługi. Zdaniem Sądu pierwszej instancji, czyni to bezzasadnym zarzut naruszenia interesów użytkowników sieci, oparty na treści art. 28 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne.

Jako niesłuszny ocenił Sąd pierwszej instancji także zarzut naruszenia art. 19 ust. 1 Dyrektywy 2002/21/WE (dyrektywa ramowa) w związku z art. 13 Dyrektywy 2002/19/WE (dyrektywa o dostępie) poprzez ustalenie asymetrycznych stawek (...). Obie dyrektywy zostały bowiem implementowane do ustawy - Prawo telekomunikacyjne, zaś (...) nie podniósł zarzutu wadliwej ich implementacji. Sąd Okręgowy wskazał, że niniejsza sprawa powinna być rozstrzygnięta na podstawie przepisów ustawy - Prawo telekomunikacyjne, tj. prawa krajowego.

Sąd Okręgowy nie uwzględnił również zarzutu naruszenia art. 28 ust. 4 ustawy - Prawo telekomunikacyjne. Wskazał, że w zaskarżonej decyzji uregulowane zostały objęte sporem warunki współpracy w zakresie połączenia sieci (...) i M.. Tymczasem kwestie związane z tranzytem połączeń w czasie negocjacji nie były przedmiotem kontrowersji. W zaskarżonej decyzji Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej ustalił zasady współpracy stron w zakresie tranzytu połączeń, za wyjątkiem opłaty za tranzyt. Jednocześnie zobowiązał strony do ustalenia tej opłaty we własnym zakresie, co pozostawiło M. swobodę w kształtowaniu jej według aktualnej oferty. Zdaniem Sądu pierwszej instancji, zakres rozstrzygania organu regulacyjnego określa art. 28 ust. 3 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, który stanowi, że decyzja o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci może zawierać postanowienia, o których mowa w art. 31 ust. 2 i 3 ustawy - Prawo telekomunikacyjne. Z przepisu tego wynika, że postanowienia, o których mowa w art. 31 ust. 2 i 3 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, nie są obligatoryjnymi elementami decyzji o dostępie telekomunikacyjnym. Dlatego bezzasadny okazał się zarzut naruszenia art. 28 ust. 4 w związku z art. 31 ust. 2 pkt 3a i art. 31 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne.

Sąd pierwszej instancji nie zgodził się także z zarzutem naruszenia art. 206 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne w związku z art. 7 Konstytucji RP i art. 6 k.p.a. przez przeniesienie wprost, bez postępowania dowodowego, wysokości stawek (...) dla M. ze (...). Wskazał, że (...) jest dowodem w sprawie.

Sąd Okręgowy wyjaśnił, że dopuścił z urzędu dowód z decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej nr (...) z dnia 14 grudnia 2012 r. na okoliczność posiadania przez organ regulacyjny wiedzy, iż M. utracił status operatora nowo



wchodzącego na skutek wejścia do grupy (...) w czerwcu 2011 r., a w konsekwencji nie ma uprawnienia do posługiwania się wyższymi (asymetrycznymi) stawkami (...) ustalonymi w zaskarżonej decyzji. Jednakże Sąd pierwszej instancji uznał, że dowód ten nie pozwala na zakwestionowanie prawidłowości zaskarżonej decyzji. Wskazuje on jedynie na fakt, że w dniu wydania tej decyzji, tj. 14 grudnia 2012 r., Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej miał wiedzę, iż w czerwcu 2011 r. M. utracił przymiot operatora nowo wchodzącego. Dowód ten nie wskazuje jednak na posiadanie przez organ regulacyjny takiej wiedzy w chwili wydania zaskarżonej decyzji. Ponadto Sąd pierwszej instancji podkreślił, że zaskarżona decyzja została wydana na wniosek M. „niejako” w wykonaniu decyzji nr (...) z dnia 28 lutego 2011 r., której treścią Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej był związany do czasu jej zmiany w dniu 14 grudnia 2012 r.

Sąd Okręgowy wskazał, że w dniu 14 grudnia 2012 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej skierował do operatorów telekomunikacyjnych (w tym: (...) i M.) decyzje dotyczące określenia znaczącej pozycji na rynku zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej, a także nałożenia, utrzymania i zmiany obowiązków regulacyjnych. Decyzje te wprowadziły nowe stawki (...) na jednolitym poziomie dla wszystkich sieci telefonii komórkowej. Podstawą wprowadzenia jednolitych zasad rozliczeń dla wszystkich operatorów sieci komórkowych w Polsce nie była utrata przez M. statusu podmiotu nowo wchodzącego, lecz realizacja nowych rozwiązań polityki regulacyjnej. Ponadto - zdaniem Sądu pierwszej instancji - jeżeli po wydaniu decyzji z dnia 28 lutego 2011 r. (...) uznał, że M. nie jest już operatorem nowo wchodzącym, to mógł złożyć do Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej wniosek o jej zmianę w trybie art. 24 pkt 2 lit. c) ustawy - Prawo telekomunikacyjne.

Od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów apelację wniósł powód (...) S.A. z siedzibą w W. (dawniej: (...) spółka z o.o. z siedzibą w W.).

Apelacją powód zaskarżył wyrok w całości, wnosząc o jego zmianę poprzez zmianę decyzji w sposób wskazany w apelacji, ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie:

1) art. 316 § 1 k.p.c. poprzez przyjęcie, że rozpoznając odwołanie od decyzji Sąd bierze pod uwagę stan rzeczy z chwili wydania zaskarżonej decyzji, a nie z dnia zamknięcia rozprawy, co skutkowało błędnym przyjęciem, że fakt, iż Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej po dacie wydania zaskarżonej decyzji uzyskał wiedzę o tym, że M. utracił status operatora nowo wchodzącego jeszcze przed jej wydaniem, pozostaje bez znaczenia dla sprawy, a w konsekwencji należy oceniać rozstrzygnięcie zawarte w zaskarżonej decyzji przy założeniu, że M. posiada status operatora nowo wchodzącego;

2) art. 233 k.p.c. poprzez przyjęcie wbrew zasadom logicznego rozumowania, że M. był operatorem nowo wchodzącym i jako operator posiadający taki status był uprawniony do stosowania wyższych stawek za usługę zakańczania połączeń głosowych w swojej sieci ruchomej (stawek (...)) od stawek (...) za analogiczną usługę stosowanych przez operatorów zasiedziałych (w tym: O.), pomimo że z materiału dowodowego wynika, iż podmiot ten wszedł w skład grupy kapitałowej (...) tj. operatora zasiedziałego, i w konsekwencji utracił status operatora nowo wchodzącego jeszcze przed wydaniem zaskarżonej decyzji;

3) art. 233 k.p.c. poprzez przyjęcie wbrew zasadom logicznego rozumowania, że Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej obliczał stawki (...) należne M. w oparciu o posiadane przez siebie informacje o kosztach tego operatora, co spowodowało, iż Sąd przyjął, że stawki (...) należne M. w zaskarżonej decyzji odpowiadają obowiązkowi regulacyjnemu nałożonemu na tego przedsiębiorcę;

4) art. 233 k.p.c. poprzez przyjęcie wbrew zasadom logicznego rozumowania, że rozwiązania przyjęte w internetowym stanowisku Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej dotyczącym wysokości stawek za zakańczanie połączeń w sieciach ruchomych nowych operatorów zostało uzgodnione z Komisją Europejską, tj. Komisja Europejska uznała zasadność rozwiązań w nim przyjętych, co skutkowało niezasadnym przyjęciem, że powielenie rozwiązań przyjętych ze stanowiska w zaskarżonej decyzji jest prawidłowe;

5) art. 386 § 6 k.p.c. poprzez niezastosowanie się do wskazania wyrażonego w uzasadnieniu Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 14 lipca 2015 r. (sygn. akt VI ACa 1171/14), że podstawą wydawanych przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej decyzji są zalecenia Komisji Europejskiej z 7 maja 2009 r. oraz, iż zasadą powinna być symetria stawek stosowanych przez operatorów telekomunikacyjnych, zaś wprowadzenie asymetrii wymaga uzasadnienia odstępstwa od tej zasady, co wymaga oceny dowodów zgromadzonych w toku postępowania - co nastąpiło wskutek odstąpienia od oceny dowodów przedłożonych przez powoda;

6) art. 227 w związku z art. 278 § 1 k.p.c. poprzez nieprzeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność wysokości kosztów świadczenia przez M. usługi zakańczania połączeń w publicznej ruchomej sieci telefonicznej M. w okresie od dnia doręczenia M. zaskarżonej decyzji do dnia 31 grudnia 2012 r. - co nastąpiło wskutek nieprawidłowego przyjęcia, że dowód ten jest nieprzydatny do rozpoznania sprawy;

7) art. 28 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 44 ustawy - Prawo telekomunikacyjne poprzez przyjęcie, że nałożony na M. obowiązek polegający na zakazie stosowania zawyżonych stawek za usługę zakańczania połączeń w sieci ruchomej M. nie wiąże się z obowiązkiem ustalania tych stawek z uwzględnieniem kosztów M., czego konsekwencją było przyjęcie, że zaskarżona decyzja nie ustala zawyżonych opłat za usługę zakańczania połączeń w publicznej ruchomej sieci telefonicznej M.;

8) art. 7 Konstytucji RP w związku z art. 28 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne poprzez uznanie, że rozstrzygając w decyzji o dostępie telekomunikacyjnym o zasadach współpracy pomiędzy przedsiębiorcami w ramach zasady pogłębienia zaufania stron do władzy publicznej (art. 8 k.p.a.), Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej powinien stosować się do swoich oświadczeń zawartych w swoim stanowisku opublikowanym na stronie internetowej, pomimo że żaden przepis prawa nie stanowi podstawy do tego, aby w takich stanowiskach Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej był uprawniony do rozstrzygania o warunkach współpracy między przedsiębiorcami telekomunikacyjnym lub do ogłaszania informacji o warunkach współpracy pomiędzy przedsiębiorcami, które będą wiążące w toku postępowań administracyjnych;

9) art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy - Prawo telekomunikacyjne poprzez uznanie, że zaskarżona decyzja, pomimo ukształtowania nierównych warunków współpracy pomiędzy (...) i M., nie skutkowałą dyskryminacją powoda;

10) art. 28 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne poprzez uznanie, że ustalenie w zaskarżonej decyzji warunków współpracy pomiędzy M. i (...) nie naruszało interesów użytkowników sieci telekomunikacyjnych;

11) art. 19 ust. 1 dyrektywy 2002/21/WE (dyrektywa ramowa) w związku z art. 13 dyrektywy 2002/19/WE (dyrektywa o dostępie) poprzez nieuwzględnienie punktu 10 Zaleceń Komisji Europejskiej z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych ( (...)), poprzez uznanie, że dopuszczalne było ustalenie nierównych stawek we współpracy pomiędzy (...) i M. bez udowodnienia, a także bez podjęcia próby udowodnienia, że M. ponosi wyższe jednostkowe koszty przyrostowe niż operator standardowy;

12) art. 19 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne poprzez nieuwzględnienie stanowiska Komisji Europejskiej do projektu zaskarżonej decyzji wyrażonego w postępowaniu konsolidacyjnym.

Na podstawie art. 380 k.p.c. powód wnosił o rozpoznanie postanowienia Sądu Okręgowego z dnia 31 maja 2016 r. oddalającego wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność wysokości kosztów świadczenia przez M. usługi zakańczania połączeń w publicznej ruchomej sieci telefonicznej M. w okresie od dnia doręczenia M. zaskarżonej decyzji do dnia 31 grudnia 2012 r. Powód wnosił również o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na powyższą okoliczność.

Pozwany Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wnosił o oddalenie apelacji.

Zainteresowany (...) spółka z o.o. z siedzibą w W. (dawniej: (...) spółka z o.o. z siedzibą w W.) wnosił o oddalenie apelacji.

### **Sąd Apelacyjny zważył:**

Apelacja powoda zasługuje na uwzględnienie, o ile zmierza do uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

W ocenie Sądu odwoławczego, wydając zaskarżony wyrok Sąd Okręgowy naruszył art. 316 § 1 oraz art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przyjęcie w sposób całkowicie dowolny i arbitralny, że w dacie wydania zaskarżonej decyzji M. był operatorem nowo wchodzącym i w konsekwencji był uprawniony do stosowania asymetrycznych stawek (...). Sąd pierwszej instancji przyjął takie założenie, pomimo że w sprawie niesporny jest fakt, iż w czerwcu 2011 r. (a więc przed wydaniem zaskarżonej decyzji) M. wszedł do grupy kapitałowej (...). Zdaniem Sądu Apelacyjnego okoliczność ta nie musiała automatycznie oznaczać utraty przez M. statusu operatora nowo wchodzącego, lecz mogła spowodować ten skutek w sytuacji, gdy zainteresowany korzystał z infrastruktury (...) na preferencyjnych zasadach i w związku z tym nie musiał ponosić wysokich kosztów budowy własnej infrastruktury. Przesądzenie tej kwestii wymagało dokonania ustaleń faktycznych w zakresie pozycji rynkowej M. po przystąpieniu do grupy kapitałowej (...), z uwzględnieniem przepływów finansowych i wzajemnych rozliczeń w ramach tej grupy. Sąd Okręgowy zaniechał dokonania tych ustaleń, co skutkowało nierozpoznaniem istoty sprawy, albowiem rozważania prawne Sądu pierwszej instancji dotyczą operatora nowo wchodzącego, w sytuacji, gdy faktyczny status zainteresowanego nie został ustalony.

Sąd Okręgowy postąpił niekonsekwentnie, skoro z urzędu dopuścił dowód z decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej nr (...) z dnia 14 grudnia 2012 r. na okoliczność „posiadania przez organ regulacyjny wiedzy, iż M. utracił status operatora nowo wchodzącego na skutek wejścia do grupy (...) w czerwcu 2011 r., a w konsekwencji nie ma uprawnienia do posługiwania się wyższymi (asymetrycznymi) stawkami (...) ustalonymi w zaskarżonej decyzji”, lecz zarazem uznał, że dowód ten nie pozwala na zakwestionowanie prawidłowości zaskarżonej decyzji. Zdaniem Sądu pierwszej instancji dowód ten wskazuje jedynie na fakt, że w dniu wydania decyzji, tj. 14 grudnia 2012 r., Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej miał wiedzę, iż w czerwcu 2011 r. M. utracił przymiot operatora nowo wchodzącego. Dowód ten nie wskazuje jednak na posiadanie przez organ regulacyjny takiej wiedzy w chwili wydania zaskarżonej decyzji.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, nie jest istotny stan wiedzy Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej w dacie wydania zaskarżonej decyzji, lecz fakt wystąpienia danej okoliczności przed jej wydaniem. Dlatego w sytuacji, gdy fakt, iż w czerwcu 2011 r. M. wszedł do grupy kapitałowej(...) ujawnił się dopiero w toku postępowania sądowego, Sąd pierwszej instancji obowiązany był tę okoliczność uwzględnić, stosując art. 316 § 1 k.p.c. Tymczasem Sąd Okręgowy z jednej strony wadliwie pominął ten fakt, lecz zarazem - bez zbadania okoliczności sprawy - pochopnie uznał, że w dniu 14 grudnia 2012 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej miał wiedzę, iż w czerwcu 2011 r. M. utracił przymiot operatora nowo wchodzącego. Sąd pierwszej instancji ograniczył się do sformułowania takiego kategorycznego twierdzenia, nie badając, czy zasady udziału zainteresowanego w grupie kapitałowej (...) wpłynęły na zmianę jego pozycji na rynku telekomunikacyjnym. Ponownie rozpoznając sprawę Sąd Okręgowy powinien wnikliwie zbadać tę kwestię i dopiero na tej podstawie dokonać oceny prawidłowości zaskarżonej decyzji.

Jeżeli Sąd pierwszej instancji uzna, że w dacie wydania zaskarżonej decyzji M. był operatorem nowo wchodzącym, powinien rzetelnie ocenić możliwość wykorzystania (...) jako podstawy określania stawek (...) dla zainteresowanego, mając na uwadze, że formułując „Stanowisko z 2010 r.” Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej powinien przedstawić poddające się weryfikacji podstawy dla przyjętych ostatecznie założeń regulacyjnych, odwołując się do konkretnych i sprawdzalnych danych (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2017 r., sygn. akt III SK 79/15, LEX nr 2298287). Wskazać bowiem należy, że w judykaturze wyrażono trafny pogląd, iż (...) skutkuje jedynie związaniem Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej co do sposobu realizacji polityki regulacyjnej, zwiększając w ten sposób poziom pewności uczestników rynku co do zasad tej polityki. Natomiast sporządzenie i upublicznienie takiego dokumentu nie przesądza o zgodności jego treści z celami ustawy - Prawo telekomunikacyjne,

przewidzianymi w jego przepisach zasadami nakładania obowiązków regulacyjnych, czy rozstrzygnięcia sporów międzyoperatorskich (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 2015 r., sygn. akt III SK 33/14, OSNP 2017, nr 6, poz. 76).

Zalecenia Komisji Europejskiej z dnia 7 maja 2009 r. nakładają na krajowy organ regulacyjny obowiązek wykazania faktu ponoszenia przez beneficjenta stawek asymetrycznych wyższych kosztów. Co do zasady, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej nie powinien zatem posługiwać się ogólnym modelem dochodzenia do stawek symetrycznych dla wszystkich nowochojących operatorów telefonii ruchomej, lecz opierać się na ocenie sytuacji konkretnego operatora. Aby zastosowanie tej reguły było możliwe, konieczne jest posiadanie przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej odpowiednich danych lub możliwości ich uzyskania. W braku takich danych, niemożności lub nieproporcjonalności ich uzyskania, Komisja Europejska - dla rekonstrukcji modelu dojścia do stawek symetrycznych - zezwoliła na oparcie się o dane kosztowe innych operatorów, wchodzących wcześniej na rynek.

Sąd Okręgowy uwzględni również fakt, że zaskarżona decyzja z dnia 21 października 2011 r. przewiduje dojście M. do stawki symetrycznej od dnia 1 lipca 2013 r. Natomiast decyzją nr (...) z dnia 28 lutego 2011 r. (tzw. „decyzja (...)”) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej ustalił, że na rynku świadczenia usług zakańczania połączeń głosowych w ruchomej sieci telefonicznej M. nie występuje skuteczna konkurencja, wyznaczył tego operatora jako przedsiębiorcę zajmującego na tym rynku pozycję znaczącą oraz nałożył na niego obowiązki regulacyjne, w tym obowiązek, o którym mowa w art. 44 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, polegający na zakazie stosowania zawyżonych stawek (...). W decyzji (...) za stawki zawyżone uznano stawki (...) wyższe od stawek obliczonych przez organ regulacyjny na podstawie kosztów określonych w oparciu o dane będące w posiadaniu Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, które dotyczą kosztów świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych ponoszonych przez nowego operatora ruchomej publicznej sieci telefonicznej w kolejnych latach od rozpoczęcia przez niego działalności, z uwzględnieniem kosztów usługi roamingu krajowego. Stawki te zostały przedstawione w (...) opublikowanym na stronie internetowej (...). Decyzja (...) została zmieniona w dniu 14 grudnia 2012 r. W judykaturze wyrażono trafne stanowisko, że zawarty w uzasadnieniu decyzji (...) harmonogram zmiany stawek określa a priori dla zainteresowanego, jakie stawki i w jakim okresie nie zostaną uznane za zawyżone (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 2015 r., sygn. akt III SK 33/14, OSNP 2017, nr 6, poz. 76). Zasadę tę powinien mieć na uwadze Sąd pierwszej instancji.

Z uwagi na uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania, zbędne było szczegółowe odniesienie się przez Sąd odwoławczy do pozostałych zarzutów apelacji.

Podstawą orzeczenia Sądu Apelacyjnego był art. 386 § 4 k.p.c. O kosztach procesu orzeczono na zasadzie art. 108 § 2 k.p.c.