

Sygn. akt VII AGa 459/22

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 września 2022 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy i Własności Intelektualnej w składzie:

Przewodniczący: Sędzia SA Adrianna Szewczyk - Kubat

Protokolant: Katarzyna Kadzińska

po rozpoznaniu w dniu 14 września 2022 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) sp. z o.o. spółki komandytowej w R.

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

z udziałem zainteresowanych Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji w Warszawie, Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej w Warszawie i Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji w Warszawie

o ustalenie znaczącej pozycji rynkowej, wyznaczenie przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej i utrzymanie obowiązków regulacyjnych

na skutek apelacji powoda

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

z dnia 28 lutego 2022 r., sygn. akt XVII AmT 58/20

I. oddala apelację;

II. zasądza od (...) sp. z o.o. spółki komandytowej w R. na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 540 zł (pięćset czterdzieści złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym.

Adrianna Szewczyk-Kubat

Sygn. akt VII AGa 459/22

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej decyzją częściową z 11 grudnia 2019 r., nr (...). (...)(...) wydaną na podstawie art. 24 pkt 1 i pkt 2 lit. a w związku z art. 22 ust. 1, art. 34 ust. 1 i ust. 2, art. 36, art. 37 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 44 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne oraz art. 104 § 1 i 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego w związku z art. 206 ust. 1 i art. 206 ust. 2a ustawy Prawo telekomunikacyjne:

I. określił rynek właściwy jako hurtowy rynek świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora;

II. ustalił, że na hurtowym rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej;

III. wyznaczył Operatora jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na hurtowym rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora;

IV. nałożył na Operatora następujące obowiązki regulacyjne:

1. obowiązek, o którym mowa w art. 34 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na uwzględnianiu uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego, w tym użytkowania elementów sieci oraz udogodnień towarzyszących, w zakresie świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora, poprzez:

- zapewnienie elementów sieci telekomunikacyjnej niezbędnych do korzystania z usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora,

- przyznawanie dostępu do interfejsów, protokołów lub innych kluczowych technologii niezbędnych dla interoperacyjności usług,

- zapewnienie infrastruktury telekomunikacyjnej, kolokacji oraz innych form wspólnego korzystania z budynków niezbędnych do korzystania z usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora, d. zapewnienie funkcji sieci niezbędnych do zapewnienia pełnej interoperacyjności usług,

- zapewnienie połączenia sieci lub urządzeń telekomunikacyjnych oraz udogodnień z nimi związanych niezbędnych dla korzystania z usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora,

- prowadzenie w dobrej wierze negocjacji w sprawie dostępu telekomunikacyjnego w zakresie usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora oraz utrzymywanie uprzednio ustanowionego dostępu telekomunikacyjnego w tym zakresie;

2. obowiązek, o którym mowa w art. 36 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na równym traktowaniu przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego w celu świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora, przez oferowanie jednakowych warunków w porównywalnych okolicznościach, a także oferowanie usług oraz udostępnianie informacji na warunkach nie gorszych od stosowanych w ramach własnego przedsiębiorstwa lub w stosunkach z podmiotami zależnymi;

3. obowiązek, o którym mowa w art. 37 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na ogłaszaniu informacji w sprawach zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego w zakresie świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora, dotyczących specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci, a także opłat, przy czym:

- zakres ogłaszanych informacji obejmuje wszystkie informacje dotyczące specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci, a także opłat, niezbędne do przygotowania przez zainteresowanych przedsiębiorców telekomunikacyjnych wniosku w sprawie zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego w zakresie usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora,

- publikacja wskazanych powyżej informacji nastąpi w formie elektronicznej na oficjalnej stronie internetowej (www) Operatora,

- wskazane powyżej informacje należy ogłosić niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie trzech miesięcy od dnia doręczenia decyzji, a w przypadku zmiany zakresu bądź treści publikowanej informacji należy ją ogłosić niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 1 tygodnia od wprowadzonej zmiany;

4. obowiązek, o którym mowa w art. 44 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na stosowaniu, opłat za zakańczanie połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora (dalej także „stawki (...)”) w wysokości, ustalonej przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (zwanego dalej „Prezesem UKE” lub „Regulatorem”) w oparciu o model operatora efektywnego zgodny z Zaleceniem Komisji z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych ((...)) (dalej także „Zalecenie (...) / (...)”). Wysokość opłaty zostanie ustalona przez Prezesa UKE w odrębnej decyzji częściowej wydanej w niniejszym postępowaniu administracyjnym.

V. Załącznik nr 1 — Dane stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa stanowi integralną część decyzji.

VI. Załącznik nr 2 do decyzji zawierający komentarz Prezesa UKE do stanowisk zgłoszonych przez uczestników postępowania konsultacyjnego, jakie zostało przeprowadzone w dniach od 19 grudnia 2018 r. do 18 stycznia 2019 r. stanowi integralną część decyzji.

VII. Decyzja ta, stosownie do art. 206 ust. 2aa w związku z art. 206 ust. 2 pkt 1 i pkt 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne, podlega natychmiastowemu wykonaniu.

Powód - (...) sp. z o.o. sp. k. w R. zaskarżył ww. decyzję w całości. Zaskarżonej decyzji zarzucił:

A. nieprawidłowe określenie rynku właściwego jako rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji powoda;

B. błąd w ustaleniach faktycznych polegający na uznaniu, że:

- powód jest przedsiębiorcą o znaczącej pozycji na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji,

- na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji powoda istnieją problemy rynkowe wymagające interwencji regulatora,

- zaproponowane przez regulatora obowiązki są adekwatne i proporcjonalne w stosunku do istniejących problemów rynkowych;

- istnieje, był analizowany i jest rynkiem właściwym rynek świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji powoda

- a w konsekwencji bezpodstawne nałożenie na powoda obowiązków regulacyjnych;

C. naruszenia przepisów prawa, mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, tj

1. art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 Pt w zw. z art. 21 ust. 1 Pt i art. 24 ust. 1 pkt 1 i 2 lit, a Pt poprzez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że Prezes UKE uprawniony jest do:

a) przeprowadzenia analizy krajowego właściwego rynku i prowadzenia postępowania dotyczącego tego rynku, a następnie w ramach tego samego postępowania do określenia jako rynków właściwych rynków dotyczących odrębnie poszczególnych sieci telekomunikacyjnych (kilka rynków właściwych i przedsiębiorców o znaczącej pozycji),

b) ustalenia, że rynkiem właściwym jest indywidualny rynek jednego przedsiębiorcy (rynek związany z jedną siecią telekomunikacyjną), bez względu na rzeczywiście istniejące problemy, technologię świadczenia usług oraz skalę działalności przedsiębiorcy telekomunikacyjnego i świadczonych przez niego usług podlegających regulacji, podczas

gdy z brzmienia przepisów wynika, że Prezes UKE po przeprowadzeniu analizy rynku może wyznaczyć w ramach jednego postępowania jeden rynek właściwy (jedno postępowanie, jeden rynek właściwy) i ustalić, że na rynku działa przedsiębiorca o znaczącej pozycji, przy czym rynkiem właściwym ma być określony rynek telekomunikacyjny na wskazanym obszarze terytorialnym (gmina, powiat, województwo, kraj), a nie rynek związany z siecią jednego przedsiębiorcy, co w konsekwencji doprowadziło do nieprawidłowego określenia rynku właściwego jako rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji powoda, w ramach postępowania dotyczącego krajowego rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji;

2. art. 24 pkt 1 i 2 lit, a Pt poprzez ich błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż adekwatne i proporcjonalne do problemów na rynku usługi zakańczania połączeń w sieci powoda jest nałożenie obowiązków określonych w decyzji, bez weryfikacji i potwierdzenia potencjalnie istniejących problemów oraz weryfikacji skali działalności powoda i świadczonych przez niego usług zakańczania połączeń, podczas gdy z brzmienia tych przepisów wynika, że obowiązki regulacyjne muszą być ściśle związane z rzeczywistymi i istniejącymi (a nie hipotetycznymi) problemami na rynku;

3. art. 34 ust. 1 i 2 Pt, art., 36 Pt, art. 37 ust. 1 i 2 Pt, art. 44 Pt poprzez ich błędnie zastosowanie w sytuacji braku podstaw do nałożenia obowiązków regulacyjnych na powoda;

4. art. 49 § 1 i art. 49a k.p.a. poprzez ich błędne zastosowanie w sytuacji, gdy w sprawie nie ziściły się przesłanki do ich zastosowania, tj. było mniej niż 20 stron a brak jest przepisu szczególnego upoważniającego do powiadamiania stron przedmiotowego postępowania poprzez publiczne obwieszczenie;

5. art. 104 § 1 i 2 k.p.a. w zw. z art. 1 pkt 1 k.p.a. i art. 6 k.p.a. poprzez wydanie decyzji częściowej dotyczącej regulacji rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji powoda, bez określenia wysokości regulowanych opłat, zamiast wydania decyzji dotyczącej analizowanego przez Prezesa UKE krajowego (polskiego) rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji (nie tylko powoda, ale również innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych), wraz z określeniem stawek.

Wobec powyższego, Powód wniósł o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości i zasądzenie od Pozwanego na rzecz Powoda kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W odpowiedzi na odwołanie Pozwany Prezes UKE wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od Powoda na rzecz Pozwanego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W piśmie z 9 grudnia 2020 r. Powód wniósł o zmianę zaskarżonej decyzji w przypadku uznania przez Sąd braku podstaw do uchylenia zaskarżonej decyzji (czemu powód stanowczo przeczy) - poprzez stwierdzenie istnienia skutecznej konkurencji na rynku właściwym, względnie nałożenie na powoda wyłącznie obowiązku równego traktowania wnioskujących przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

W piśmie z 3 lutego 2022 r. Powód podtrzymał dotychczasowe stanowisko w sprawie.

Wyrokiem z dnia 28 lutego 2022r. w sprawie XVII AmT 58/20 Sąd Okręgowy w Warszawie XVII Wydział Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił pkt IV.4 decyzji częściowej Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 11 grudnia 2019 roku nr (...). (...)(...), oddalił odwołanie w pozostałej części oraz zasądził od (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej w R. na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 720 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Okręgowy w Warszawie — Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił następujący stan faktyczny i przeprowadził rozważania prawne:

Dnia 6 grudnia 2018 r. Prezes UKE wszczął z urzędu, po przeprowadzeniu analizy hurtowego rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora, postępowanie administracyjne w sprawie:

- a. określenia rynku właściwego, zgodnie z prawem konkurencji, uwzględniając uwarunkowania krajowe oraz w największym możliwie stopniu zalecenie Komisji i wytyczne, o których mowa w art. 19 ust. 3 Pt, w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych, zwanego dalej "rynkiem właściwym",
- b. ustalenia czy na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą,
- c. wyznaczenia przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą, w przypadku stwierdzenia, że na rynku właściwym nie występuje skuteczna konkurencja oraz nałożenia na tego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą obowiązków regulacyjnych,
- d. utrzymania, zmiany albo uchylenia obowiązków regulacyjnych nałożonych na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą przed przeprowadzeniem analizy rynku

Pismem z dnia 4 stycznia 2019 r. Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki i Telekomunikacji (dalej „KIGeIT”) złożyła wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. KIGeIT została dopuszczona do postępowania na prawach strony w dniu 30 stycznia 2019 r.

Pismem datowanym na 3 stycznia 2019 r. Polska Izba Komunikacji Elektronicznej (dalej „PIKE”) złożyła wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. PIKE została dopuszczona do postępowania na prawach strony.

Dnia 25 lutego 2019 r. na stronie internetowej Urzędu Komunikacji Elektronicznej zostały opublikowane nadesłane w toku konsultacji stanowiska zainteresowanych podmiotów.

W dniu 28 marca 2019 r. Prezes UKE rozpoczął postępowanie konsolidacyjne dotyczące projektu decyzji.

W dniu 4 kwietnia 2019 r. Komisja Europejska (dalej również „KE”) skierowała do Prezesa UKE żądanie przekazania informacji dotyczącej konsolidowanego projektu, na które odpowiedź została udzielona przez Prezesa UKE 9 kwietnia 2019 r.

Pismem z dnia 11 kwietnia 2019 r. Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji (dalej „PIIT”) złożyła wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. PIIT została dopuszczona do postępowania na prawach strony w dniu 15 maja 2019 r.

W dniu 26 kwietnia 2019 r. Komisja Europejska wydała decyzję, w której zgłosiła uwagi zgodnie z art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21/WE oraz otworzyła II etap postępowania na podstawie art. 7a dyrektywy 2002/21/WE zmienionej dyrektywą 2009/140/WE w sprawie PL/2019/2156.

W dniu 10 czerwca 2019 r. Europejski Organ Regulatorów Łączności Elektronicznej wydał opinię BOR (19) 120 w sprawie PL/2019/2156. Kolejno, 26 sierpnia 2019 r. KE wydała Zalecenie kończące postępowanie konsolidacyjne w sprawie PL/2019/2156. KE zaleciła w nim, aby Prezes UKE zmienił lub wycofał zgłoszony projekt środka w celu zapewnienia, by ocenę efektywnych kosztów na potrzeby kalkulacji stawek stosowanych na rynkach zakańczania połączeń w sieciach stacjonarnych w Polsce opierano wyłącznie na metodzie (...) będącej najbardziej odpowiednią metodą regulacji stawek stosowanych na rynkach zakańczania połączeń w sieciach stacjonarnych. KE stwierdziła, że Prezes UKE powinien wdrożyć nowe stawki (...) oparte wyłącznie na modelu kalkulacji kosztów (...), określając szczegółowy i wiążący harmonogram opracowania i finalizacji modelu opartego wyłącznie na metodzie (...), w tym

wprowadzenia nowych stawek wyliczonych przy użyciu tego modelu. Do tego czasu (w okresie przejściowym) Prezes UKE powinien ustalić - niezwłocznie, a w każdym razie nie później niż do dnia 31 października 2019 r. - stawki (...) przez odniesienie do wartości referencyjnej odzwierciedlającej średnie koszty (...) obliczone przez inne krajowe organy regulacyjne z UE wyłącznie w oparciu o model kalkulacji kosztów (...).

Prezes UKE zdecydował, aby nie wprowadzać zmian do konsolidowanego projektu decyzji. W ocenie Regulatora przyjęte rozstrzygnięcie zapewnia uwzględnienie Zalecenia KE w największym możliwym stopniu, to znaczy docelowe wprowadzenie opłat za zakańczanie połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora w wysokości, ustalonej przez Prezesa UKE w oparciu o model operatora efektywnego zgodny z Zaleceniem (...)/ (...), co odzwierciedla powyższa sentencja decyzji częściowej. Z kolei zastosowanie rozwiązań tymczasowych sugerowanych przez KE skutkowałoby zaistnieniem istotnego ryzyka związanego z użyciem uśrednionych wartości z obcych rynków i możliwością zakwestionowania takich rozstrzygnięć, ponieważ byłyby to decyzje w żaden sposób nieoparte na danych kosztowych polskiego operatora, który jest decyzją regulowany. Polski rynek połączeń głosowych w sieciach stacjonarnych cechuje duża dojrzałość i konkurencyjność, zróżnicowanie operatorów o różnej skali, działających w oparciu o różne technologie. Rynek ten wykazuje też tendencje schyłkowe. Taka specyfika nie uzasadnia zastosowania uśrednionych wartości z innych rynków cechujących się odmienną lokalną specyfiką i poziomem rozwoju oraz konkurencji. Następnie, w dniu 8 października 2019 r. Prezes UKE przekazał Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów projekt decyzji celem zajęcia stanowiska.

Postanowieniem z dnia 18 października 2019 r. Prezes UOKiK zaakceptował projekt decyzji.

Pismem z dnia 6 listopada 2019 r. Prezes UKE zawiadomił strony o faktach znanych z urzędu oraz o uprawnieniach przysługujących stronom na podstawie art. 10 kpa.

Postanowieniem z dnia 7 listopada 2019 r. Prezes UKE poinformował strony o ograniczeniu wglądu do akt postępowania stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 3 grudnia 2019 r. PIKE złożyła stanowisko w sprawie.

Postanowieniem z dnia 6 grudnia 2019 r. Prezes UKE poinformował strony o ograniczeniu wglądu do akt postępowania stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 11 grudnia 2019 r., Prezes UKE wydał decyzję częściową, zaskarżoną w niniejszym postępowaniu.

W dniu 18 grudnia 2020 r. Komisja Europejska przyjęła rozporządzenie delegowane (...), uzupełniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) (...) poprzez określenie jednolitej maksymalnej ogólnounijnej stawki na zakończenie połączenia głosowego w sieci ruchomej oraz jednolitej maksymalnej ogólnounijnej stawki za zakończenie połączenia głosowego w sieci stacjonarnej. Akt Delegowany został sprostowany przez Komisję Europejską w dniu 17 stycznia 2021 r. Publikacja Aktu Delegowanego nastąpiła w dniu 22 kwietnia 2021 r. Wszedł on w życie od dnia 1 lipca 2021 r.

Decyzją częściową z dnia 16 czerwca 2021 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej umorzył w części postępowanie administracyjne wszczęte z urzędu w dniu 6 grudnia 2018 r. w sprawie:

- a) określenia rynku właściwego, zgodnie z prawem konkurencji, uwzględniając uwarunkowania krajowe oraz w największym możliwym stopniu zalecenie Komisji i wytyczne, o których mowa w art. 19 ust. 3 Pt, w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych, zwanego dalej "rynkiem właściwym"
- b) ustalenia czy na rynku właściwym wstępuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą,
- c) wyznaczenia przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą, w przypadku stwierdzenia, że na rynku właściwym

nie występuje skuteczna konkurencja oraz nałożenia na tego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą obowiązków regulacyjnych,

d) utrzymania, zmiany albo uchylecia obowiązków regulacyjnych nałożonych na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą przed przeprowadzeniem analizy rynku, w części dotyczącej określenia wysokości opłat za zakańczanie połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji (stawka (...)). (okoliczność bezsporna, znana Sądowi z urzędu)

Powyżej opisany stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił w oparciu o dowody z dokumentów zgromadzonych w postępowaniu administracyjnym, których prawdziwość, wiarygodność i moc dowodowa nie była podważana w postępowaniu sądowym, jak też na podstawie twierdzeń stron.

Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje:

W ocenie Sądu skarżona decyzja w przeważającej części okazała się prawidłowa, dlatego też odwołanie w zasadzie podlegało oddaleniu. Uchylenie pkt IV.4 decyzji spowodowane było wydaniem przez Komisję Europejską Rozporządzenia z dnia 18 grudnia 2020 r.

Za niezasadne zostały uznane zarzuty A i B odwołania, w których odwołujący podnosił nieprawidłowe określenie rynku właściwego oraz co za tym idzie ustalenie znaczącej pozycji rynkowej skarżącego na ustalonym rynku właściwym i nałożenie na niego obowiązków regulacyjnych.

Zarzuty te skarżący opierał na tym, że swoje usługi prowadzi wyłącznie w oparciu o technologię VolP. Jak wskazał sam odwołujący się - Przedsiębiorca telekomunikacyjny zapewnia użytkownikowi wyłącznie numer telefonu oraz urządzenie końcowe, a korzystanie z usługi odbywa się w dowolnym obranym przez użytkownika miejscu, objętym zasięgiem sieci dowolnego operatora telekomunikacyjnego zapewniającego dostęp do sieci Internet. Nie negując powyższych faktów, które są w zasadzie bezsporne, należy mieć na uwadze, że wydana decyzja nie dotyczy całości usług wykonywanych przez Operatora, a jedynie tej części, która ma związek z usługą zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora. Powód nie zanegował, że taką usługę wykonuje, wskazując, że stanowi ona śladową ilość świadczonych usług przez powoda, a przychody z zakańczania połączeń w sieci powoda wynoszą przeciętnie netto około 1260 zł miesięcznie.

Pozwany przed wydaniem decyzji dokonał analizy produktowej na szczeblu detalicznym. Analiza ta była niezbędna dla wyłonienia produktów detalicznych powiązanych bezpośrednio z rynkiem zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora. Jak wynika z przeprowadzonej analizy, jednym z produktów, które mogą wystąpić na rynku jest połączenie wdzwaniane do sieci Internet, a więc sieci obsługiwanej w technologii VolP. W decyzji i odpowiedzi na odwołanie pozwany dokładnie scharakteryzował formy dostępu do technologii VolP z wykorzystaniem usług głosowych, a Sąd w pełni ustalenia te podzielił.

Mając powyższe na uwadze należało wskazać, że abonent dokonując zakupu u operatora usługi telefonicznej w telefonii stacjonarnej otrzymuje numer telefonu i jego przyłączenie do sieci za pomocą technologii VolP. Abonenta nie interesuje w tym momencie, w jaki sposób będzie stworzona możliwość zadzwonienia do niego przez innego abonenta, w jaki techniczny sposób się to odbędzie, dla niego ważna jest możliwość połączenia, jego jakość i cena. Połączenie to zaś zawsze odbędzie się na numer otrzymany od operatora, za który niezależnie od technologii połączenia zapewnionej przez operatora – będzie w rozliczeniu hurtowym rozliczał się ten operator, a nie dostawca Internetu na danym obszarze. Rozliczenia między dostawcami usługi połączenia sieci nie interesują odbiorcy końcowego i są co prawda elementem przygotowania do odebrania połączenia, ale zawsze odbiór końcowy, niezależnie od stosowanej technologii, odbędzie się w sieci operatora końcowego (w tym wypadku powoda). Należało w pełni zgodzić się ze stanowiskiem pozwanego, że z punktu widzenia użytkownika końcowego nie ma znaczenia technologia, w której realizowane jest połączenie. Zawsze użytkownik końcowy rozmowę w telefonii stacjonarnej odbierze tylko i wyłącznie z numeru wdzwonionego do niego przez osobę inicjującą połączenie. Użytkownik końcowy nie ma możliwości wyboru numeru, z którego odbierze kierowane do niego połączenie telefoniczne, zawsze będzie to numer telefonu, przekazany

mu i obsługiwany przez Operatora. I ten powyższy opis, nie negowany wszak przez powoda („... w ramach usługi (...) powód zapewnia użytkownikowi wyłącznie numer telefonu oraz urządzenie końcowe ...”) został opisany w pkt I decyzji częściowej z dnia 11 grudnia 2019 roku. Niezaprzeczalnie powód z tego rynku osiąga dochody, co potwierdza, że właśnie taką usługę wykonuje.

Trzeba było przy tym mieć na uwadze fakt, że niezależnie od rynku detalicznego udział powoda w rynku hurtowym wynosi zawsze 100%. Ani wartość rynku detalicznego, ani prognozy jego rozwoju nie mają dla wydania skarżonej decyzji znaczenia.

Sąd Okręgowy w pełni podzielił stanowisko pozwanego, że dokonał, pełnej i kompleksowej analizy rynku hurtowego zakańczania połączeń w sieci stacjonarnej. Analiza rynku została przedstawiona na stronach 19-22 skarżonej decyzji. Prezes UKE wskazał w analizie podstawy prawne wyznaczenia przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej na rynku właściwym, opisał specyfikę rynku zakańczania połączeń w sieci stacjonarnej. Specyfika ta polega na tym, że realizacja połączenia inicjowanego w dowolnej sieci jest kończona w sieci stacjonarnej Operatora, u którego użytkownik końcowy posiada usługę. Tylko Operator danej sieci może zakańczyć połączenie w swej sieci. Wskazać należy, że Komisja Europejska w czasie postępowania konsolidacyjnego nie wskazała, aby rynek, jak też udziały w tym rynku poszczególnych Operatorów (w tym powoda) były nieprawidłowo opisane, ocenione i obliczone. Zarzuty Komisji dotyczyły sposobu określenia wysokości stawek (...), a w tym zakresie Sąd uchylił dotyczący tego zagadnienia pkt IV.4 decyzji.

Należało przy tym wskazać, że powód nie udowodnił, aby jego udziały w rynku zakańczania połączeń w sieci stacjonarnej były inne niż 100%.

Mając powyższe na uwadze oraz treść art. 24 pkt 1 i 2a w zw. z art. 22 ust. 1 Pt Sąd uznał, że Prezes UKE prawidłowo określił rynek właściwy jako hurtowy rynek świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora, ustalił, że na hurtowym rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej oraz wyznaczył Operatora jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na hurtowym rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora. Sąd w pełni podzielił przy tym treść analizy rynku właściwego w skali produktowej i geograficznej, analizy znaczącej pozycji rynkowej powoda oraz przesłanek ustalenia jego znaczącej pozycji rynkowej na wskazanym rynku.

Co do zarzutu C pkt 1 i 2, to zgodnie z treścią art. 22 ust. 1 pkt 1 Pt po przeprowadzeniu analizy, o której mowa w art. 21 ust. 1, Prezes UKE przeprowadza postępowanie w celu określenia rynku właściwego, zgodnie z prawem konkurencji, uwzględniając uwarunkowania krajowe oraz w największym możliwie stopniu zalecenie Komisji i wytyczne, o których mowa w art. 19 ust. 3, w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych, zwanego dalej "rynkiem właściwym". Natomiast art. 24 pkt 1 Pt podnosi, że po przeprowadzeniu postępowania, o którym mowa w art. 22 ust. 1, Prezes UKE, w przypadku ustalenia, że na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą, wydaje decyzję, w której określa rynek właściwy w sposób określony w art. 22 ust. 1 pkt 1. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem powoda, aby pozwany powyższe przepisy naruszył. W pkt 2.2 uzasadnienia decyzji Prezes Urzędu bardzo precyzyjnie wyjaśnił, w jaki sposób dokonał analizy rynku produktowego i Sąd tą analizę w pełni podzielił. Nie miało przy tym znaczenia, jakie usługi zostały wskazane jako część rynku produktowego w decyzjach dotyczących innych rynków. Decyzja dotyczyła tylko i wyłącznie rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora. Wszystkie połączenia kierowane do użytkowników sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora są zakańczane w tej sieci, natomiast zakańczane numery w sieci innego operatora niż właściciel sieci, są zakańczane w sieci innego operatora i kwestia rozciągnięcia regulacji na inne podmioty nie ma znaczenia dla tej decyzji, która dotyczy indywidualnego przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej na rynku zakańczania połączeń w publicznej sieci w stałej lokalizacji.

Jeszcze raz należało wskazać, że każdy operator stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej jest jedynym dostawcą usługi zakańczania połączeń we własnej sieci. Oznacza to, że w sieci konkretnego operatora można mówić o jednorodnej usłudze zakańczania połączeń, gdyż przyłączenie użytkownika końcowego do sieci operatora powoduje, że tylko on uzyskuje techniczną możliwość zakańczania połączeń kierowanych do lokalizacji (numerów) funkcjonujących w jego sieci. We wskazanym zakresie każdy operator jest monopolistą działającym w sposób niezależny od konkurentów i kontrahentów. Tak silna pozycja powoduje, że powyższy rynek nie jest skutecznie konkurencyjny (podobnie Sąd Apelacyjny w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 2 grudnia 2009 roku w sprawie VI ACa 543/09).

Sąd Okręgowy nie znalazł podstaw do uznania za zasadne zarzutu naruszenia art. 24 pkt 2 lit a Pt poprzez nałożenie na Operatora obowiązków regulacyjnych określonych w pkt IV. 1-3 skarżonej Decyzji.

Jeżeli Prezes URE po przeprowadzeniu analizy rynku uzna Operatora za posiadającego znaczącą pozycję na wskazanym rynku, stosowanie do okoliczności, może nałożyć na niego obowiązki regulacyjne. Jak wyżej wskazano, Organ dokonał prawidłowej analizy rynku hurtowego świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora (powoda), co dało podstawy do nałożenia na powoda obowiązków regulacyjnych. Zdaniem Sądu obowiązek dostępu (art. 34 ust. 1 Pt), obowiązek niedyskryminacji (art. 36 Pt) i obowiązek przejrzystości (art. 37 ust. 1 Pt) zostały nałożone prawidłowo bez naruszenia zasady proporcjonalności i adekwatności nałożonych obowiązków, a wszelkie rozważania Prezesa UKE w tym zakresie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w pełni podzielił.

Wydana w trybie art. 24 Pt decyzja służy regulacji rynku ex ante, której celem jest zapobieżenie zagrożeniom dla rynku wynikającym z faktu posiadania przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego znaczącej pozycji rynkowej. Z istoty rzeczy, w regulacji ex ante Prezes UKE nie dokonuje ustaleń faktycznych dotyczących występowania określonych niepożądanych dla rozwoju rynku zjawisk, lecz jedynie ustala czy wystąpienie takich zjawisk jest możliwe w przyszłości w oparciu o rozumowanie oparte na zasadach logiki i doświadczenia życiowego (domniemanie faktyczne) (tak Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 września 2019 roku wydanym w sprawie I NSK 57/18). Zgodzić się należało z pozwanym, że nakładane obowiązki są odpowiedzią na możliwe problemy rynkowe. Sąd ten w pełni podzielił zapatrywania Prezesa Urzędu co do możliwych problemów rynkowych, jakie zostały wskazane w uzasadnieniu Decyzji. Z uwagi na charakterystykę rynku, istnienie tożsamyh problemów rynkowych uzasadnia zastosowanie podobnej regulacji. Jednocześnie obciążenie wynikające z obowiązków jest proporcjonalne w stosunku do każdego przedsiębiorcy, z uwagi na wielkość jego działalności. Oczywistym jest bowiem, że mimo nawet tożsamej treści obowiązku, mały przedsiębiorca nie będzie miał do rozpoznania np. tylu wniosków o dostęp co duży przedsiębiorca. Z całą pewnością decyzja nie nakłada na Operatora budowy nowych punktów styku, a powód w żaden sposób nie wyjaśnił, z czego takie obowiązki wywodzi, tym bardziej, że nie został wszak nałożony na niego obowiązek określony w art. 39 Pt.

Odnosząc się zaś do poszczególnych obowiązków (zarzut C pkt 3), to należy podnieść, że jak wskazał w decyzji Prezes URE, obowiązek dostępu polega na uwzględnianiu uzasadnionych wniosków o dostęp składanych przez innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych (art. 34 Pt). Głównym celem tego obowiązku jest zapewnienie niezakłóconego zakańczania połączeń głosowych inicjowanych w innych sieciach w sieci operatora o znaczącej pozycji rynkowej. Obowiązek ten polega na zapewnieniu dostępu do sieci telekomunikacyjnej, nie polega natomiast na tworzeniu nowych punktów styku, w szczególności na żądanie operatora wnioskującego. Motyw 19 Dyrektywy z dnia 7 marca 2002 r. 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady jednoznacznie stanowi, że: „(...) Jeżeli na operatorów został nałożony obowiązek rozpatrywania uzasadnionych wniosków o dostęp i o użytkowanie elementów sieci i urządzeń towarzyszących, wnioski takie mogą być odrzucane jedynie w oparciu o obiektywne kryteria, takie jak techniczna wykonalność albo potrzeba zapewnienia integralności sieci. (...) Od operatora, na którego został nałożony obowiązek zapewnienia dostępu, nie można wymagać, by zapewniał taki rodzaj dostępu, jakiego nie jest w stanie zapewnić.” Wskazać przy tym należało, że wniosek o zapewnienie dostępu musi być uzasadniony, a przedsiębiorca zobowiązany posiadać możliwości techniczne do jego realizacji. W końcu przy braku zgody Operatorów co do interpretacji

obowiązku dostępu przez przedsiębiorcę zobowiązanego i wnioskodawcę, sprawa może być rozstrzygnięta przez Prezesa UKE w ramach decyzji zastępującej umowę w zakresie dostępu telekomunikacyjnego.

Co do obowiązku niedyskryminacji (art. 36 Pt), to po stronie powodowej występuje niezrozumienie dla nałożonego na nią obowiązku. Jak wskazano w Komentarzu do art. 36 Pt: „Z art. 36 wynikają dwie typowe sytuacje wymagające z równego traktowania innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Po pierwsze, wymóg równego traktowania przedsiębiorców obowiązuje w porównywalnych okolicznościach. Porównywalne okoliczności dotyczą strony podmiotowej i przedmiotowej świadczeń dostępowych. Jest to klasyczny sposób rozumienia zasady równego traktowania. Należy zapewnić równe traktowanie przedsiębiorcom o podobnym statusie, w transakcjach porównywalnych pod względem wielkości, znaczenia dla przedsiębiorcy zobowiązanego i innych czynników wpływających na aspekty techniczne, ekonomiczne i organizacyjne transakcji. Po drugie, nakaz niedyskryminacji dotyczy warunków stosowanych w ramach przedsiębiorstwa i w relacjach z przedsiębiorcami powiązаныmi oraz warunków zapewnianych innym przedsiębiorcom. Operator objęty obowiązkiem niedyskryminacji powinien oferować wszystkim innym przedsiębiorcom usługi i zapewniać informacje na warunkach nie gorszych, niż stosuje w ramach swojego przedsiębiorstwa oraz dla podmiotów zależnych.” („Komentarz do Prawa Telekomunikacyjnego” pod redakcją S. Piątka, wyd. CH.Beck, wyd. 4, publ. Legalis) Obowiązek niedyskryminacji ani nie nakłada obowiązku budowy nowych punktów styku, ani zmian umowy z innymi operatorami, zobowiązuje on jedynie do oferowania usług innym przedsiębiorcom na warunkach nie gorszych niż stosowane w ramach własnego przedsiębiorstwa.

Podobnie niezrozumiałe są dywagacje powoda co do nałożonego na niego obowiązku przejrzystości. W pierwszej kolejności należy wskazać, że zasada ta została wskazana w motywie 182 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) (...) z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiającej Europejski kodeks łączności elektronicznej, w którym zapisano, że: „Jawność zasad i warunków dostępu oraz wzajemnych połączeń, w tym cen, służy przyspieszaniu negocjacji, unikaniu sporów i daje uczestnikom rynku pewność, że usługa nie jest świadczona na dyskryminujących warunkach. Otwartość i jawność technicznych interfejsów może mieć szczególne znaczenie dla zapewnienia interoperacyjności. Jeżeli krajowy organ regulacyjny ustanowi wymóg ujawnienia danej informacji, powinien on mieć także możliwość określenia sposobu, w jaki informacja ta powinna zostać udostępniona, oraz ustalenia, czy będzie ona udostępniona bezpłatnie czy też nie, mając na uwadze rodzaj i cel danej informacji.” Jak słusznie wskazał Prezes UKE obowiązek przejrzystości (który jest połączony z obowiązkiem niedyskryminacji) wymaga, żeby zobowiązany operator ogłosił na swojej stronie internetowej te informacje, które są niezbędne do złożenia przez innego operatora wniosku o dostęp telekomunikacyjny w zakresie świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora. Obowiązek przejrzystości ma za zadanie zapobiegać potencjalnym antykonkurencyjnym zachowaniom Operatora powodując, iż ma on świadomość, że oferowane przez niego warunki są monitorowane zarówno przez krajowe organy regulacyjne, jak i przez konkurentów. Informowanie o warunkach z wyprzedzeniem może być ważne w celu zapewnienia innym dostawcom niezbędnego czasu do zaplanowania zmian, ponieważ może na przykład zaistnieć potrzeba restrukturyzacji cen w odpowiedzi na zmiany warunków oferowanych na poziomie hurtowym. Nałożenie obowiązku publikacji wskazanych informacji w żadnym razie, zdaniem Sądu nie jest ani nieadekwatny ani nadmiarowy, a służy jawności zasad rynku telekomunikacyjnego. Wobec złożonych przez powoda dokumentów Sąd doszedł do przekonania, że właśnie nałożenie na spółkę obowiązki dostępu niedyskryminacji i przejrzystości są adekwatne i proporcjonalne do wskazanych w decyzji przez Organ zagrożeń istniejących dla hurtowego rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora. Realizacja tych obowiązków powoduje, że konkurencyjni Operatorzy będą z całą pewnością poinformowani w jaki sposób Powód korzysta z infrastruktury pozwalającej na zakańczanie połączeń stacjonarnych w swojej sieci sprzedając taką usługę detaliczną i ma podpisane umowy z innymi Operatorami, którzy łączą swoje sieci, udostępniają numerację i dbają o interesy użytkownika końcowego. Zdaniem Sądu Okręgowego to właśnie wskazuje na prawidłowość działania Urzędu i realizację przez niego swoich uprawnień w granicach uznania administracyjnego.

Mając powyższe na uwadze Sąd uznał, że nałożone na Operatora obowiązki dostępu niedyskryminacji i przejrzystości są adekwatne i proporcjonalne do wskazanych w decyzji przez Organ zagrożeń istniejących dla hurtowego rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora. Przedstawione

przez powoda zarzuty co do obowiązków regulacyjnych okazały się bezpodstawne i nie znajdowały uzasadnienia ani w przepisach prawa ani w jakichkolwiek hipotetycznie możliwych faktach przewijających się przez uzasadnienie odwołania (obowiązek budowy nowych punktów styku, zmiana umów dostępowych po dyktando silniejszych konkurentów, budowa nowych interfejsów itp.). Sąd nie znalazł podstaw do uchylecia lub zmiany obowiązków nałożonych decyzją w pkt IV. 1-3.

Odnosząc się zaś do zarzutu naruszenia art. 44 Pt to sam zarzut również był bezzasadny, co nie miało znaczenia wobec stanu faktycznego sprawy. Jak wyżej wskazano, w dniu 18 grudnia 2020 r. Komisja Europejska przyjęła rozporządzenie delegowane (...), uzupełniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) (...) poprzez określenie jednolitej maksymalnej ogólnounijnej stawki na zakończenie połączenia głosowego w sieci ruchomej oraz jednolitej maksymalnej ogólnounijnej stawki za zakończenie połączenia głosowego w sieci stacjonarnej. Tym samym od dnia 1 lipca 2021 r. na terenie Unii Europejskiej obowiązuje jednolita stawka (...) (o ile akt delegowany nie wskazuje okresu przejściowego tak jak ma to miejsce w Polsce). Wobec powyższego brak jest podstaw dla określenia tej stawki przez krajowego regulatora. Odnosząc to zaś do treści skarżonej decyzji, to określała ona obowiązek, który w tej chwili wynika wprost z ogólnie obowiązującego aktu prawnego. Sama norma wynikająca z pkt IV.4, mimo nałożenia rygoru natychmiastowej wykonalności była niewykonalna, gdyż w zasadzie nie niosła ze sobą żadnej treści. Zapis pkt IV.4 decyzji opisywał w zasadzie, w jaki sposób zostanie ustalona wysokość stawki (...) oraz obligował Operatora do naliczania opłat o nieustaloną stawkę. Zdaniem Sądu taki zapis decyzji ostać się nie powinien, albowiem nie niósł za sobą żadnego realnego obowiązku. Tym bardziej, że obecnie obowiązek ten wynika wprost z przepisu Rozporządzenia delegowanego, a więc z bezzwzględnie obowiązującego prawa.

Co do naruszenia przepisów prawa administracyjnego (zarzut C pkt 4 i 5 odwołania), to należało wskazać przede wszystkim na utrwalone w judykaturze stanowisko, że zasadniczo tego typu zarzuty są nieskuteczne przez Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów, ponieważ Sąd ten nie może ograniczyć sprawy wynikającej z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu tylko do funkcji sprawdzającej prawidłowość postępowania administracyjnego, które poprzedza postępowania sądowe. Celem postępowania nie jest przeprowadzenie kontroli postępowania administracyjnego, ale merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy, której przedmiotem jest spór między stronami powstający dopiero po wydaniu decyzji przez Prezesa Urzędu. Postępowanie sądowe przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest postępowaniem kontradyktoryjnym, w którym uwzględnia się materiał dowodowy zebrany w postępowaniu administracyjnym, co nie pozbawia jednak stron możliwości zgłoszenia nowych twierdzeń faktycznych i nowych dowodów, według zasad obowiązujących w postępowaniu cywilnym. Sąd antymonopolowy jest sądem cywilnym i prowadzi sprawę cywilną, wszczętą w wyniku wniesienia odwołania od decyzji Prezesa Urzędu, w tym wypadku Urzędu Komunikacji Elektronicznej, według reguł kontradyktoryjnego postępowania cywilnego, a nie sądem legalności decyzji administracyjnej, jak to czynią sądy administracyjne w postępowaniu sądowo-administracyjnym. Tylko takie odczytanie relacji pomiędzy postępowaniem administracyjnym i postępowaniem sądowym może uzasadniać dokonany przez racjonalnego ustawodawcę wybór między drogą postępowania cywilnego i drogą postępowania sądowo-administracyjnego dla wyjaśnienia istoty sprawy (por. np.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 1991 r., sygn. akt III CRN 120/91; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 października 1998 r., sygn. akt I CKN 265/98; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 sierpnia 1999 r., sygn. akt I CKN 351/99; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2001 r., sygn. akt I CKN 1036/98; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 września 2005 r., sygn. akt III SZP 2/05). Jednakże, nawet gdyby przyjąć, że w postępowaniu administracyjnym doszło do uchybień proceduralnych, to zarzuty w tym zakresie nie mogą być skuteczne, o ile uchybienia te mogą być sanowane w toku postępowania sądowego mającego na celu merytoryczne rozstrzygnięcie sporu, bowiem tutejszy Sąd zobowiązany jest do wszechstronnego zbadania wszystkich istotnych okoliczności sprawy, przy uwzględnieniu zasad rozkładu ciężaru dowodu i obowiązku stron w postępowaniu dowodowym.

Co się zaś tyczy poszczególnych wskazanych naruszeń kodeksu postępowania administracyjnego, to należało wskazać, że zgodnie z treścią art. 25 c pkt 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne (dalej Pt) „rozstrzygnięcie, o którym mowa w art. 23 ust. 1 albo w art. 24 ogłasza się na stronie podmiotowej BIP UKE”. Nadto art. 49 § 1 k.p.a. stanowi, że: „Jeżeli przepis szczególnie tak stanowi, zawiadomienie stron o decyzjach i innych czynnościach organu administracji publicznej może

nastąpić w formie publicznego obwieszczenia, w innej formie publicznego ogłoszenia zwyczajowo przyjętej w danej miejscowości lub przez udostępnienie pisma w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie podmiotowej właściwego organu administracji publicznej”. Prowadzi to do stwierdzenia, że Prezes UKE działał w granicach prawa, a jego działanie nie wpłynęło na możliwości ochrony prawnej powoda. Powód został prawidłowo poinformowany o sposobie dokonywanych w postępowaniu doręczeń wraz z zawiadomieniem o wszczęciu postępowania (...). (...).6040.78.2018 w dniu 14 grudnia 2018 r. Ponadto wbrew tezie Powoda w postępowaniu brało udział ponad 20 podmiotów, wobec czego zastosowanie mógł mieć art. 49a k.p.a.

Podobnie jako nieprawidłowy należało uznać zarzut naruszenia art. 104 k.p.a. poprzez wydanie decyzji częściowej. Wskazany przepis w § 2 wskazuje, że: „Decyzje rozstrzygają sprawę co do jej istoty w całości lub w części albo w inny sposób kończą sprawę w danej instancji.” Z uzasadnienia tego zarzutu wynika, że powód odnosi wydaną decyzję w zasadzie jedynie do regulacji określonej w art. 44, jedynie marginalnie zauważając, że nałożone zostały także inne obowiązki, oceniając ich znaczenie w sposób nieprawidłowy. Wobec zastrzeżeń wskazanych przez Komisję co do sposobu określenia stawek (...), Prezes UKE słusznie uznał,

Sąd I instancji pominął wniosek Powoda o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, albowiem miała dotyczyć technologii VolP, a tego sprawa nie dotyczy. Co do dowodu z przesłuchania stron, to Sąd pominął ten dowód uznając, że sprawa została dostatecznie wyjaśniona.

Mając na uwadze przedstawione okoliczności Sąd Okręgowy - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił wniesione przez powoda odwołanie, z uwagi na brak podstaw do jego uwzględnienia. (art.479⁶⁴ § 1 k.p.c.).

O kosztach postępowania rozstrzygnięto, zgodnie z wyrażoną w art. 98 § 1 k.p.c. i § 14 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych.

Apelację od wyroku złożył powód, który wyrokowi zarzucił naruszenie:

- art. 19 ust. 3 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (polegające na nieuwzględnieniu zaleceń Komisji Europejskiej (Zaleceń 2020) przy stosowaniu ustawy PT w ich aktualnym brzmieniu wg. stanu rzeczy istniejącego w chwili zamknięcia rozprawy, pomimo tego, że w toku sprawy odpadła podstawa faktyczna i prawna uregulowania rynku zakańczania połączeń w decyzji administracyjnej (regulacyjnej),

- art. 22 ust. 1 pkt. 1) PT w zw. z art. 2 pkt. 38) PT w zw. z art. 2 pkt. 35) PT, polegające na uznaniu, iż pozwany prawidłowo określił rynek właściwy, podczas gdy analiza pojęć ustawowych składających się na pojęcie publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora (powoda) prowadzi do wniosku, iż powód takiej sieci nie posiada, gdyż w przypadku usługi telefonii w technologii VolP abonenci powoda mogą odbierać połączenia przychodzące w sieci każdego innego dostawcy usług dostępu do internetu, podobnie jak abonenci innych operatorów mogą odbierać połączenia przychodzące po przyłączeniu ich aparatów telefonicznych (tzw. bramek VolP) do sieci telekomunikacyjnej powoda, która zapewnia usługę dostępu do internetu, czyli jest siecią dostępu do internetu, a nie siecią telefoniczną w stałej lokalizacji,

- art. 24 pkt 1 i 2 lit, a PT, polegające na uznaniu, iż adekwatne i proporcjonalne do problemów na rynku usługi zakańczania połączeń w sieci powoda jest nałożenie obowiązków określonych w Decyzji, bez uprzedniej indywidualnej weryfikacji i potwierdzenia potencjalnie istniejących problemów oraz weryfikacji skali działalności powoda i świadczonych przez niego usług zakańczania połączeń, podczas gdy z brzmienia tych przepisów wynika, że obowiązki regulacyjne muszą być ściśle związane z rzeczywistymi i istniejącymi (a nie hipotetycznymi) problemami na rynku;

- art. 49a ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. kodeks postępowania administracyjnego (tj. z dnia 20 grudnia 2019 r. Dz.U. z 2020 r. poz. 256 — dalej KPA) w zw. z art. 62 KPA poprzez prowadzenie jednego postępowania administracyjnego dla 204 odrębnych spraw pomimo braku współuczestnictwa stron postępowania i niespełnienia ustawowych przesłanek

umożliwiających połączenia spraw do jednego postępowania administracyjnego, z uwagi na brak tożsamości stanu faktycznego;

- art. 278 § 1 k.p.c. w zw. z art. 233 § 1 k.p.c. poprzez pominięcie wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego i oparcia rozstrzygnięcia o nieudowodnione twierdzenia pozwanego w sytuacji, gdy sprawa wymagała dostarczenia wiadomości specjalnych, którymi sąd I instancji nie dysponował,

- art. 229 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. w zw. z art. 233 § 1 k.p.c. poprzez podzielenie ustaleń pozwanego bez przeprowadzania dowodu w tym zakresie skutkujące przyjęciem, że pozwany prawidłowo ustalił rynek właściwy, pomimo iż twierdzenie pozwanego było kwestionowane przez powoda i nie było przez niego przyznane w toku postępowania, a wymagało przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego i dostarczenia sądowi wiadomości specjalnych,

- art. 49a KPA w zw. z art. 25c pkt. 2 PT, poprzez przyjęcie, że pozwany w toku postępowania administracyjnego uprawniony był do doręczania powodowi pism i zawiadomień, w tym Decyzji, poprzez publiczne obwieszczenie, podczas gdy przepis art. 25c pkt. 2 PT nie jest przepisem szczególnym, o którym mowa w art. 49 § 1 k.p.a., a liczba stron postępowania ws. decyzji określającej rynek właściwy jako hurtowy rynek świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji powoda, nie uzasadniała zastosowania art. 49a k.p.a.;

- art. 49a KPA w zw. z art. 109 § 1 k.p.a. w zw. z art. 110 § 1 k.p.a. poprzez nedoręczenie powodowi Decyzji ani na piśmie, ani za pomocą środków komunikacji elektronicznej pomimo, iż przepis art. 109 § 1 k.p.a. jest przepisem szczególnym wobec regulacji art. 49a k.p.a., a nadto przepis art. 49a k.p.a. zezwala jedynie na dokonanie zawiadomienia o decyzji, a nie przyjęcia skutku jej doręczenia.

Powód wnosił o zmianę wyroku sądu I instancji w zakresie pkt. 2 sentencji wyroku i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez uchylenie zaskarżonej decyzji Prezesa UKE w całości, zmianę wyroku sądu I instancji w zakresie pkt. 3 sentencji wyroku poprzez zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda zwrotu kosztów postępowania za I instancję, w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego, wg. norm przepisanych i zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda zwrotu kosztów postępowania za II instancję, w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego, wg. norm przepisanych, ewentualnie o uchyleniu wyroku sądu pierwszej instancji i przekazanie temu sądowi sprawy do ponownego rozpoznania.

Pozwany wnosił o oddalenie apelacji i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja pozwanego nie zasługiwała na uwzględnienie.

Sąd II instancji w pełni podzielił ustalenia stanu faktycznego poczynione przez Sąd I instancji i przyjął je w całości za własne czyniąc podstawą rozstrzygnięcia (tak też postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2019 r. w sprawie o sygn. akt V CSK 545/17).

Podkreślić również należało, że argumentacja prawna szeroko przeprowadzona w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia również zasługiwała na akceptację, co czyniło zbędnym obszerne jej powtarzanie w tym miejscu.

W pierwszej kolejności trzeba było odnieść się do zakresu zaskarżenia zważywszy, iż apelujący wskazał wprost na zaskarżenie punktu 2 i 3 wyroku, natomiast wnosił o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości, która to niespójność została podniesiona przez pozwanego w odpowiedzi na apelację. Sąd II instancji nie miał jednak żadnej wątpliwości, że w istocie zakresem zaskarżenia objęto jedynie punkt drugi i trzeci rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego zważywszy, że część decyzji objęta punktem pierwszym wyroku została uchylona przez Sąd I instancji (orzeczenie w tym zakresie jest już prawomocne), a ponadto zarzuty apelacji związane były wyłącznie z oddaleniem odwołania w pozostałym zakresie i kosztami postępowania. Zresztą powstała niespójność została wyjaśniona przez pełnomocnika powoda na przeprowadzonej rozprawie apelacyjnej.

Przechodząc do rozpoznania zarzutów apelacji, Sąd II instancji uznał, że nie można było przyjąć, iż doszło do naruszenia art. 229 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. w zw. z art. 233 § 1 k.p.c. poprzez niedopuszczenie dowodu z opinii biegłego. Przede wszystkim bowiem strona nie może skutecznie zarzucać w apelacji tego rodzaju uchybienia przez Sąd I instancji przepisom postępowania, jeżeli nie zwróciła uwagi sądu na to uchybienie w trybie art. 162 k.p.c. (tak też uchwała Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2008r., III CZP 50/08, Opubl: Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2009, Nr 7-8, poz. 103, str. 81). Tymczasem mimo nieuwzględnienia przez Sąd na ostatniej rozprawie wniosku powoda w tym zakresie, nie został zgłoszony powyższy zarzut, a więc strona powodowa pozbawiła się możliwości skutecznego podniesienia tego zarzutu.

Niezależnie od powyższego, Sąd Apelacyjny podzielił stanowisko Sądu I instancji, iż ocena charakteru usługi telefonii świadczonej w technologii (...) nie była istotna dla niniejszego rozstrzygnięcia, o czym w dalszej części uzasadnienia.

Sąd Apelacyjny uznał również, iż nie zasługiwały na uwzględnienie wskazane przez powoda zarzuty naruszenia przepisów k.p.a.

W tym względzie przede wszystkim należało podkreślić, że zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie poglądem (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 1991 r., sygn. akt III CRN 120/91, Lex nr 3724; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 października 1998 r., sygn. akt I CKN 265/98, Lex nr 35385; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 sierpnia 1999 r., sygn. akt I CKN 351 /99, Lex nr 38556; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2001 r., sygn. akt I CKN 1036/98, Lex nr 52708) Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie ogranicza rozpoznania sprawy wynikającej z odwołania od decyzji tylko do funkcji sprawdzającej prawidłowość postępowania administracyjnego, które poprzedza postępowania sądowe. Przekazanie przez Prezesa UKE odwołania, jak to miało miejsce w niniejszej sprawie, wszczyna kontradiktoryjne postępowanie cywilne, którego celem nie jest przeprowadzenie kontroli postępowania administracyjnego, ale merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy. Dlatego też postępowanie sądowe przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów uwzględnia nie tylko materiał dowodowy zgromadzony w postępowaniu administracyjnym, ale także podnoszone przez strony nowe twierdzenia faktyczne i nowe dowody, według zasad obowiązujących w postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych. Gdyby więc nawet uznać, że w postępowaniu administracyjnym doszło do pewnych uchybień proceduralnych, np. w zakresie postępowania dowodowego, sposobu powiadamiania stron, to nie powinny być one przedmiotem postępowania sądowego mającego na celu merytoryczne rozstrzygnięcie sporu, albowiem Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zobowiązany był do wszechstronnego zbadania wszystkich istotnych okoliczności sprawy, przy uwzględnieniu zasad rozkładu ciężaru dowodu i obowiązku stron w postępowaniu dowodowym (vide wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 23 lutego 2007 r., sygn. akt VI ACa 952/06).

W związku z powyższym, zarzuty dotyczące przebiegu postępowania administracyjnego przed Prezesem UKE mogłyby podlegać uwzględnieniu jedynie w bardzo wąskim zakresie, w jakim ich uwzględnienie uniemożliwiłoby pozostawienie jego decyzji w obrocie prawnym, nawet po ewentualnej reformie jej treści. Jednak taka sytuacja mogłaby mieć miejsce wyjątkowo, gdy np. decyzja zawierałaby nie dające się usunąć uchybienia formalne lub gdy byłaby przedwczesna z uwagi na niepodjęcie w toku postępowania czynności, których przeprowadzenie przed sądem nie jest możliwe (np. brak postępowania konsolidacyjnego).

Reasumując, należało stwierdzić, że wskazywane przez powoda naruszenie przepisów postępowania administracyjnego nie uzasadniałoby uchylecia wydanej decyzji, nawet zakładając, iż pozwany nie miał podstaw do łącznego prowadzenia szeregu postępowań przeciwko operatorom świadczącym usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej oraz w związku z liczbą operatorów – do zastosowania sposobu powiadomień określonego w trybie art. 49a k.p.a. Ewentualne uchybienia pozwanego w tym zakresie nie miały bowiem wpływu na indywidualizację wydanej decyzji, która dotyczyła sytuacji konkretnego operatora, a z akt postępowania wynikało, np. że w przypadku (...) S.A. zakres nałożonych obowiązków był znacznie szerszy i różnił się od tych nałożonych na powoda. Ponadto powód nie został pozbawiony możliwości zaskarżenia zapadłej decyzji, a w postępowaniu

sądowym mógł zająć stanowisko i powołać – jego zdaniem - wszystkie istotne twierdzenia i dowody, które nie zostały przedstawione w postępowaniu administracyjnym.

Niezależnie od powyższego Sąd Apelacyjny wskazał, iż łączne rozpoznanie sprawy nastąpiło na podstawie art. 62 k.p.a. Nie mieliśmy tu bowiem do czynienia ze współuczestnictwem materialnym operatorów, gdzie obowiązki stron takiego postępowania należałoby ustalać w jednym orzeczeniu, gdyż każde rozstrzygnięcie organu administracji publicznej wpływałoby na sytuację prawną tych stron, a wniesienie odwołania przez jedną stronę czyniłoby decyzję organu pierwszej instancji rozstrzygnięciem nieostatecznym. Gdyby wszyscy operatorzy mieli występować w jednym postępowaniu z racji ustalenia, postulowanego zdaje się przez powoda, jednego rynku właściwego obejmującego działalność każdego z nich w zakresie zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej, decyzja musiałaby dotyczyć ich wszystkich łącznie. Wtedy też w ogóle nie znajdowałby zastosowania art. 62 k.p.a.

Przepis ten bowiem umożliwia połączenie spraw administracyjnych w sposób formalny w celu prowadzenia w jednym postępowaniu. Dopuszczalność rozpatrzenia kilku spraw administracyjnych w jednym postępowaniu została przy tym uzależniona od łącznego spełnienia kilku przesłanek, które zostały wymienione przez Prezesa UKE na stronie szóstej pisma procesowego z dnia 5 listopada 2020r., a Sąd II instancji podzielił zdanie pozwanego, iż wszystkie trzy przesłanki zostały w niniejszej sprawie zrealizowane. Na podkreślenie zasługiwał przy tym fakt, iż w przypadku połączenia spraw w oparciu o art. 62 k.p.a., każda ze stron takiego postępowania byłaby adresatem decyzji w swojej sprawie, a tylko czynności postępowania poprzedzającego wydanie rozstrzygnięcia byłyby wspólne, tak jak to uczynił pozwany. Każdej ze stron wówczas przysługiwałoby prawo wniesienia odwołania od takiej decyzji, w zakresie rozstrzygającym o jej prawach lub obowiązkach (współuczestnictwo formalne).

Sąd Apelacyjny uznał przy tym, że wbrew stanowisku apelującego przesłankę „identycznego stanu faktycznego” należy rozumieć jako istnienie w rzeczywistości w różnych sprawach takiego samego stanu faktycznego, a nie tego samego stanu faktycznego, np. własności wielu odrębnych nieruchomości wywłaszczanych na cele budowy określonej drogi, a nie kwestii wywłaszczenia jednej nieruchomości (tak też komentarz do k.p.a. – prof. dr. hab. Barbara Adamiak, prof. dr hab. Janusz Borkowski, 2021). Zatem istniały również podstawy do zastosowania art. 49 a k.p.a., skoro postępowanie dotyczyło szeregu rynków właściwych zakańczania połączeń w sieci telefonicznej, na których poszczególni operatorzy zajmowali pozycję monopolistyczną.

Ponadto apelujący zgłaszając zarzuty naruszenia przepisów k.p.a. wskazywał, iż na skutek takiego naruszenia został pozbawiony możliwości obrony swoich praw, gdyż rzekomo nie otrzymał powiadomień ani samej decyzji. Pomijając jednak nawet okoliczność, że powstałe braki mógł uzupełnić na drodze postępowania sądowego, znamienne dla oceny wiarygodności tego rodzaju twierdzeń było to, iż w ustawowym terminie wniósł on odwołanie od zapadłej decyzji, z którego treści bezspornie też wynikało, że zaznajomił się z jej treścią.

Z powyższych względów Sąd Apelacyjny uznał, iż zarzuty naruszenia wskazanych w apelacji przepisów k.p.a. nie zasługiwały na uwzględnienie.

Sąd II instancji nie podzielił także zarzutów powoda związanych z wejściem w życie Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) (...) z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiająca (...) kodeks łączności elektronicznej (Dz.Urz.U.E.L Nr 321, str. 36), co miało miejsce 18 grudnia 2020r. oraz sformułowaniem Zaleceń Komisji (UE) (...) z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie rynków właściwych w zakresie produktów i usług telekomunikacyjnych w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji ex ante zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) (...) ustanawiającą (...) kodeks łączności elektronicznej oraz zastosowaniem w tym względzie art. 316 k.p.c.

Przede wszystkim należało zwrócić uwagę na ogólną zasadę dotyczącą postępowań regulacyjnych. Mianowicie w sprawie sądowej z odwołania od decyzji regulatora rynku, a takim regulatorem jest Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, znaczenie ma, poza bardzo nielicznymi wyjątkami, stan faktyczny i prawny na dzień wydania zaskarżonej decyzji (tak wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 5 października 2012 r. I UK 174/12, z dnia 27 sierpnia 2014 r., III SK 76/13, OSNP 2016 nr 3, poz. 40, z dnia 5 marca 2015 r., III SK 8/14, z dnia 18 stycznia 2017 r., III SK 45/14, z dnia 18 stycznia 2017 r., III SK 6/14, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2013 r. III SK

9/13). Zmiana przepisów prawa (stanu prawnego) do takich wyjątków zaliczana być nie może, gdyż w tego rodzaju postępowaniach chodzi przede wszystkim o uregulowanie sytuacji na datę wydawania decyzji. Ponadto tego rodzaju zmiana czyniłaby określoną powyżej odrębność zasady postępowania regulacyjnych zupełnie fikcyjną. W orzecznictwie od tej zasady konstruuje się zresztą bardzo nieliczne wyjątki, np. wtedy, gdy w toku postępowania sądowego z odwołania od decyzji późniejszej doszło do uchylecia wcześniejszej decyzji Prezesa Urzędu, mającej wpływ na decyzję kolejną czy w przypadku utraty podmiotowości prawnej przez powoda (tak postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 sierpnia 2013 r., III SK 64/12, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 sierpnia 2014 r. III SK 76/13).

Z tych względów ewentualne zmiany w prawie międzynarodowym, które weszły w życie już po wydaniu zaskarżonej decyzji, czy następujące po nich zmiany przepisów krajowych związane z inkorporowaniem norm unijnych, nie powinny być brane pod uwagę, chyba że wprost co innego wynika z tych nowych uregulowań, a jedynie winny być uwzględniane przy formułowaniu kolejnych, nowych rozstrzygnięć na przyszłość.

Poza tym należało zważyć, iż przepisy prawa unijnego – dyrektywy nie stanowią wiążących państwa członkowskie natychmiast norm prawnych. Wymagają one z reguły stosownej implementacji, która w stosunku do Kodeksu łączności nastąpiła w Polsce dopiero na drodze ustawy z dnia 30 sierpnia 2019 r. o zmianie ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2019r., poz. 1815).

Ani Dyrektywa, ani w/w ustawa z 2019r. nie wprowadziły też tego rodzaju przepisów przejściowych nakazujących w postępowaniach niezakończonych, a de facto dotyczących okresu sprzed wejścia tych aktów w życie, stosowania przepisów Dyrektywy, czy wydanych na jej podstawie zaleceń. Ustawa z 2019r. nie wprowadziła zresztą żadnych zmian w treści przepisów Prawa telekomunikacyjnego, na których powyższa decyzja została oparta. Cytowany przez powoda art. 19 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego o treści „Prezes UKE uwzględnia przy stosowaniu ustawy w największym możliwie stopniu wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie analizy rynku i ustalania znaczącej pozycji rynkowej oraz zalecenie Komisji w ich aktualnym brzmieniu, a w przypadku odstąpienia od ich stosowania powiadamia Komisję Europejską, uzasadniając swe stanowisko” wskazuje ponadto, że wytyczne czy zalecenia komisji jako akt o charakterze soft law nie są bezwzględnie wiążące dla organu regulacyjnego, który może zadecydować odmiennie i ma wtedy jedynie obowiązek stosownego powiadomienia, a ponadto adresatem powinności określonej w tym przepisie jest wyłącznie ten organ, który przy podejmowaniu decyzji winien kierować się nowymi wskazaniem, a nie sądy powszechne. Z oczywistych względów nie można było jednak przyjąć, iż w niniejszej sprawie na Prezesie UKE spoczywał ten obowiązek, skoro zaskarżona decyzja zapadła przed w/w zmianami.

Sąd Apelacyjny podzielił też co prawda stanowisko powoda, że zgodnie z zaleceniami Komisji (UE) (...) z dnia 18 grudnia 2020 r. nałożenie ex ante obowiązków regulacyjnych powinno być uzasadnione jedynie na rynkach, na których łącznie spełnione są trzy kryteria, określone w art. 67 ust. 1 lit. a), b) i c) kodeksu łączności. Tym niemniej powód nie dostrzegł, a co podkreślił pozwany, iż ustęp 4 Zaleceń wyraźnie wskazuje, iż „niniejsze zalecenie pozostaje bez uszczerbku dla definicji rynku, wyników analiz rynku i obowiązków regulacyjnych przyjętych przez krajowe organy regulacyjne zgodnie z ramami regulacyjnymi obowiązującymi przed datą przyjęcia niniejszego zalecenia”, co stanowi potwierdzenie, iż w przypadku wcześniejszych decyzji do wszelkich ustaleń i ich kontroli przewidzianej przepisami państw członkowskich powinny znaleźć zastosowanie przepisy i definicje istniejące na datę wydania decyzji, a nie na datę zamknięcia rozprawy.

Sąd II instancji nie uznał za zasadne również zarzutów naruszenia art. 22 ust. 1 pkt. 1) w zw. z art. 2 pkt. 38) w zw. z art. 2 pkt. 35) oraz art. 24 pkt 1 i 2 lit a Prawa telekomunikacyjnego, polegających na uznaniu przez Sąd Okręgowy, iż pozwany prawidłowo określił rynek właściwy, a nadto przyjęciu, że nałożenie obowiązków regulacyjnych było możliwe bez wykazania rzeczywistych problemów rynkowych.

W apelacji powód zakwestionował swój status podmiotu posiadającego publiczną sieć telefoniczną w stałej lokalizacji, a tym samym twierdził, że zaskarżona decyzja nie powinna w ogóle mieć do niego zastosowania.

Sąd Apelacyjny nie podzielił stanowiska powoda w tym zakresie. W pierwszej kolejności zważył, iż pojęcie stacjonarna publiczna sieć telekomunikacyjna odnosi się do definicji publicznej sieci telekomunikacyjnej określonej w art. 2 pkt 29

ustawy Prawo telekomunikacyjne. Jest to rodzaj sieci telekomunikacyjnej wykorzystywanej głównie do świadczenia publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych. Wyróżnikiem stacjonarnej publicznej sieci telekomunikacyjnej na tle innych sieci telekomunikacyjnych jest właśnie zakończenie sieci, które znajduje się w stałej lokalizacji (definicja zawarta w art. 2 pkt 38 PT i obowiązująca do 21 stycznia 2013 r.). Cechą wyróżniającą publiczną stacjonarną sieć telefoniczną są więc zakończenia sieci, zlokalizowane w stałych punktach (lokalizacjach). W uzasadnieniu decyzji Prezes UKE wskazał przy tym, iż zaskarżona decyzja dotyczy połączeń rozpoczynanych i zakańczanych w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji (w tym połączeń lokalnych, strefowych, międzystrefowych i międzynarodowych), połączeń rozpoczynanych w ruchomych publicznych sieciach telekomunikacyjnych i zakańczanych w publicznej sieci telekomunikacyjnej w stałej lokalizacji, połączeń wdzwanianych do sieci Internet, połączeń do numeracji dostępu do usług sieci inteligentnych, połączeń do numerów abonenckich usług specjalnych (...). Decydujące dla kwalifikacji znaczenie ma miejsce zakańczania połączenia. Tym samym dla zaklasyfikowania takiej sieci jako publicznej sieci telekomunikacyjnej w stałej lokalizacji nie ma większego znaczenia, czy usługa telefoniczna jest wykonywana przez abonenta powoda, czy abonenta innego operatora i czy do tego jest wykorzystywana sieć powoda czy drugiego operatora, ważne jest, gdzie i na jakich zasadach dochodzi do zakańczania połączeń.

Sąd Apelacyjny zważył dalej, iż z ustawowej definicji „rynku właściwego” zawartej w art. 4 pkt 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331) wynika, że rynkiem właściwym jest rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez nabywców za substytuty (kryterium produktowe) oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji (kryterium geograficzne). Innymi słowy rynek właściwy produktowo obejmuje wszystkie towary, które służą zaspokajaniu tych samych potrzeb nabywców, mają zbliżone właściwości, podobne ceny i reprezentują podobny poziom jakości. Zasadnicze więc znaczenie mają przeznaczenie, właściwości towarów oraz kwalifikacja uwzględnianych w analizie towarów jako substytucyjnych z perspektywy ich nabywców. Towary, które nadają się do takiego samego zastosowania i które z tego powodu traktowane są jako wymienne, należy zakwalifikować do tego samego rynku. Właściwy rynek produktowy obejmuje te wszystkie usługi, które są uznawane przez użytkowników usług za wzajemnie wymienne lub substytucyjne ze względu na ich właściwości, ceny i przeznaczenie.

Po wyodrębnieniu rynku produktowego kolejny krok w zakresie ustalenia rynku właściwego polega z reguły na ustaleniu wymiaru geograficznego rynku, jak to słusznie wskazał powód. Zgodnie z orzecznictwem w sprawach konkurencji, właściwy rynek geograficzny obejmuje obszar objęty działalnością dostawców lub sprzedawców produktów, na którym warunki konkurencji są podobne lub dostatecznie jednolite.

Naturalną zaś konsekwencją wyodrębnienia rynku właściwego dla ewentualnej potrzeby nałożenia obowiązków regulacyjnych jest ustalenie, czy na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą.

Zważywszy na powyższe, jedynie pozornie logicznym było przekonanie powoda, że skoro na rynku właściwym powinny występować towary mogące być wymiennikami lub substytutami i pewnego rodzaju konkurencyjność, to powinny też działać przynajmniej dwa podmioty konkurencyjne, a ingerencja organu regulacyjnego byłaby potrzebna z uwagi na konieczność zachowania skutecznej, zdrowej konkurencji. Takie rozumowanie istotnie odzwierciedla większość możliwych stanów faktycznych, gdzie ingerencja regulatora byłaby potrzebna. Jednakże nie obejmowałoby w istocie istotnego z punktu widzenia zachowania zdrowej konkurencji zjawiska, jakim jest pozycja monopolistyczna na danym rynku, która wszak sprawia, że żadna konkurencja nie istnieje bądź istnieje jedynie w niewielkim zakresie. W takich sytuacjach, kierując się interpretacją powoda, działania monopolisty nie podlegałyby żadnej kontroli.

Tymczasem w niniejszej sprawie odnośnie sieci każdego operatora stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej można mówić o jednorodnej usłudze zakańczania połączeń, przy czym przyłączenie użytkownika końcowego do sieci operatora powoduje, że tylko on uzyskuje techniczną możliwość zakańczania połączeń kierowanych do lokalizacji (numerów) funkcjonujących w jego sieci (tak też wciąż aktualny wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 2

grudnia 2009 r. VI ACa 543/09), czego powód zdaje się nie kwestionował. Dlatego też określony przez pozwanego rynek został prawidłowo wyodrębniony jako rynek właściwy dla działalności w tym zakresie tego konkretnie operatora, który jest wówczas monopolistą działającym w sposób niezależny od konkurentów i kontrahentów. Rozszerzenie pojęcia rynku właściwego na zakres działalności innych operatorów byłoby zaś błędne, albowiem produkt w postaci zakańczania połączeń nie jest w tym przypadku wymiennikiem ani substytutem, skoro tylko konkretny operator ma możliwość zakańczania swoich połączeń.

Sąd Apelacyjny zważył też, że wydawana w trybie art. 24 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne decyzja służyła regulacji rynku ex ante. Jej celem było zapobieżenie zagrożeniom dla rynku wynikającym z faktu posiadania przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego znaczącej pozycji rynkowej. Z istoty rzeczy, w regulacji ex ante Prezes UKE nie dokonuje ustaleń faktycznych dotyczących występowania określonych niepożądanych dla rozwoju rynku zjawisk, lecz jedynie ustala, czy wystąpienie takich zjawisk jest możliwe w przyszłości w oparciu o rozumowanie oparte na zasadach logiki i doświadczenia życiowego (domniemanie faktyczne) (tak też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 września 2019 r. I NSK 57/18). Sąd zgodził się przy tym ze stanowiskiem pozwanego, że samo zajmowanie pozycji monopolistycznej na danym rynku powinno być wystarczające dla ingerencji organu regulacyjnego. Fakt posiadania przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego znaczącej pozycji rynkowej oznacza posiadanie pozycji ekonomicznej odpowiadającej dominacji w rozumieniu prawa Unii Europejskiej, a więc tak silną pozycję ekonomiczną, że uprawnia go ona do postępowania według własnego uznania, nie bacząc na innych konkurentów, klientów i ostatecznych konsumentów. W trakcie całego postępowania powód nie kwestionował zaś stanowiska Prezesa UKE, że posiada 100% udziału w rynku właściwym, a więc posiada taką właśnie znaczącą pozycję rynkową (tak cytowany wcześniej wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 września 2019 r. I NSK 57/18).

Tym bardziej możliwość pewnych nadużyć chociażby w określeniu wysokości opłat za zakańczanie połączeń i w zakresie dostępności usługi jest możliwa, biorąc również pod uwagę, iż system pobierania opłat w UE opiera się na zasadzie "płaci sieć strony rozpoczynającej połączenie" (ang. C. (...) (...)), zgodnie z którą stawka za zakończenie połączenia jest ustalana przez sieć, do której kierowane jest połączenie, natomiast jest ona opłacana przez sieć rozpoczynającą połączenie. Strona, do której kierowane jest połączenie, nie uiszcza żadnych opłat za tę usługę i generalnie nie ma ona powodu do reagowania na cenę za zakończenie połączenia ustaloną przez swojego dostawcę sieci. W tym kontekście dla organów regulacyjnych głównym problemem w zakresie konkurencji jest właśnie ustalanie nadmiernych cen. Wysokie koszty zakańczania połączeń są ostatecznie pokrywane przez wysokie opłaty za rozpoczynanie połączeń nakładane na użytkowników końcowych. Biorąc pod uwagę, że rynki zakańczania połączeń oznaczają sytuację dwukierunkowego dostępu, kolejne problemy związane z konkurencją obejmują subsydiowanie skrośne między operatorami. W świetle możliwości i motywacji operatorów zakańczających połączenia do ustalania cen znacznie powyżej kosztów, wprowadzanie zasad określania cen w zależności od kosztów jest uważane za najbardziej właściwy sposób zwalczania tej praktyki w perspektywie średniookresowej. Dlatego też zarzuty powoda dotyczące braku przedstawienia przez organ przykładów nieprawidłowych zachowań operatora nie miały oparcia w obowiązujących przepisach. Nakładane obowiązki były bowiem odpowiedzią na możliwe problemy rynkowe.

Jednocześnie Sąd II instancji uznał, iż obciążenie wynikające z nałożenia decyzją określonych obowiązków były adekwatne i proporcjonalne w stosunku do powoda. Były to bowiem obowiązki uniwersalne dla wszystkich operatorów działających na rynku zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji każdego operatora. Sąd Apelacyjny rozumiał przy tym „adekwatność obowiązku” do zidentyfikowanego problemu przez zastosowanie środka, który powinien prowadzić do przewyciężenia lub zmniejszenia przeszkód dotyczących rozwoju konkurencji. Środek proporcjonalny powinien natomiast spełniać trzy kryteria. Po pierwsze, środek musi być użyteczny do osiągnięcia założonego, uprawnionego celu. Po drugie, środek musi być konieczny dla osiągnięcia tego celu. Po trzecie, należy ocenić, czy zastosowanie środka nie wywoła negatywnych efektów ubocznych, a w szczególności czy relacja między tymi ubocznymi efektami a osiągniętymi wynikami regulacyjnymi może być zaakceptowana (S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, Warszawa 2018, s. 261-263).

W niniejszej sprawie było oczywiste, że powód winien zapewnić odpowiedni dostęp poprzez uwzględnianie uzasadnionych wniosków o dostęp składanych przez innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych (art. 34 Prawa

telekomunikacyjnego), aby z kolei zapewnić niezakłócone zakańczanie połączeń inicjowanych nawet w innych sieciach, w swojej sieci jako operatora o znaczącej pozycji rynkowej. Obowiązek ten nie nakładał przy tym na powoda konieczności tworzenia nowych punktów styku, w szczególności na żądanie operatora wnioskującego. Wniosek o zapewnienie dostępu musiał być przy tym, jak wynikało z pkt IV ppkt 1 uzasadniony.

Podobnie obowiązek niedyskryminacji (art. 36 Prawa telekomunikacyjnego) ani nie nakładał obowiązku budowy nowych punktów styku, ani zmian umowy z innymi operatorami, zobowiązywał natomiast powoda do oferowania usług innym przedsiębiorcom na warunkach nie gorszych niż stosowane w ramach własnego przedsiębiorstwa.

Z kolei obowiązek przejrzystości wymagał, żeby zobowiązany operator ogłosił na swojej stronie internetowej te informacje, które są niezbędne do złożenia przez innego operatora wniosku o dostęp telekomunikacyjny w zakresie świadczenia usługi.

Wskazane przez pozwanego obowiązki niewątpliwie dawały więc informację zainteresowanym o kosztach usługi zakańczania połączeń, ujednolicały te koszty i umożliwiały dostęp w uzasadnionych przypadkach, a więc spełniały swoje cele w postaci zapewnienia niezakłóconego zakańczania połączeń głosowych. Powód jednocześnie nie wskazał na żadne prawdopodobne negatywne dla niego skutki uboczne, które mogłyby zweryfikować zakres nałożonych przez organ regulacyjny obowiązków.

Zarzut braku ustalenia w decyzji wysokości należnych opłat i określenie, że nastąpi to w odrębnym rozstrzygnięciu Prezesa UKE okazał się natomiast o tyle bezprzedmiotowy, że Sąd I instancji w tym zakresie uchylił zaskarżoną decyzję, a żadna ze stron nie zakwestionowała w tej części wyroku. Niezależnie od powyższego, trzeba było podkreślić, że przepisy prawa w tej kwestii nie określają, jakie rozstrzygnięcia powinna zawierać wydawana decyzja, aczkolwiek oczywistym jest, że najbardziej pożądane byłoby orzeczenie kompleksowo regulujące dane zagadnienie.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny w oparciu o art. 385 k.p.c. oddalił apelację, o kosztach postępowania za II instancję orzekając w oparciu o art. 391 § 1 k.p.c. w z art. 108 § 1 k.p.c. i art. 98 k.p.c.