

Sygn. akt XVII AmT 22/10

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 maja 2013 roku

Sąd Okręgowy w Warszawie-Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący: SSO Małgorzata Perdion-Kalicka

Protokolant: sekretarz sądowy Jadwiga Skrzyńska

po rozpoznaniu w dniu 29 kwietnia 2013 roku w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

z udziałem zainteresowanego Krajowej Izby (...) z siedzibą w W.

o ustalenie wysokości opłaty z tytułu dostępu telekomunikacyjnego

na skutek odwołania (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, z dnia 9 grudnia 2009 r. NR(...)

1. zmienia zaskarżoną decyzję w ten sposób, że w pkt 1 ustala wysokość opłaty z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w zakresie stawki z tytułu zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. na poziomie 0,1690 zł/min (tysiąc sześćset dziewięćdziesiąt czterystu złotych za minutę);
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie;
3. znosi wzajemnie między stronami koszty procesu.

SSO Małgorzata Perdion-Kalicka

Sygn. akt XVII AmT 22/10

UZASADNIENIE

W dniu 9 grudnia 2009 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wydał decyzję nr (...) w której, na podstawie art. 40 ust. 4 w związku z art. 40 ust. 3 oraz art. 40 ust. 2 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2004 r., Nr 171, poz. 1800 ze zm.), w związku 7. art. 206 ust. 1 ustawy Pt, ustalił wysokość opłaty z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w zakresie stawki z tytułu zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) S.A. z siedzibą w W. (stawka MTR) na poziomie 0,1677 zł/min., zobowiązał (...) S.A. z siedzibą w W. do corocznego przedstawiania Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej uzasadnienia wysokości stawki MTR w oparciu o ponoszone koszty, na podstawie danych za ostatni zakończony rok obrotowy, nie później niż w terminie stu dwudziestu dni kalendarzowych od zakończenia ww. roku. Na podstawie art. 206 ust. 2a w związku z art. 206 ust. 2 ustawy Pt. nadał powyższej decyzji rygor natychmiastowej wykonalności.

Uzasadniając powyższe rozstrzygnięcie Prezes UKE wskazał, że Decyzją (...), wyznaczył (...) jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego mającego znaczącą pozycję na omawianym rynku właściwym i w związku z tym nałożył na (...) m.in. obowiązek wynikający z art. 40 ustawy Pt, polegający na ustalaniu opłat z tytułu świadczenia dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty. Realizując obowiązek wynikający z art. 40 ust. 2 ustawy Pt i zgodnie z pkt. 1.2. sentencji Decyzji (...), w którym Prezes UKE zobowiązał (...), zgodnie z brzmieniem art. 40 ust. 2 ustawy Pt, do corocznego przedstawiania uzasadnienia kosztowego stosowanych opłat z tytułu świadczenia usługi MTC, (...) pismem z dnia 30 kwietnia 2009 r. przedstawił uzasadnienie, w którym wskazał wyniki kalkulacji, mające na celu wyznaczenie kosztów świadczenia usługi MTC w sieci (...), w którym (...) wskazał strukturę kosztów alokowanych do stawki MTR. Kalkulacja zawarta w uzasadnieniu oparta została na podstawie kosztów za ostatni zamknięty rok obrotowy, tj. za rok 2008. W wyniku przedłożenia przez (...) uzasadnienia Prezes UKE, zgodnie z art. 40 ust. 3 ustawy Pt, podjął czynności mające na celu dokonanie oceny prawidłowości wysokości opłat ustalonych przez (...). Prezes dokonując oceny prawidłowości wysokości opłat, dokonał ponownego przeliczenia wskaźnika WACC, którym w swoim uzasadnieniu posługiwał się (...), a także dokonał eliminacji kosztów detalicznych z sumy kosztów świadczenia usługi MTC. Prezes UKE dokonał również oceny prawidłowości danych przedstawionych przez (...) w uzasadnieniu wykorzystując dane pochodzące ze Sprawozdania finansowego (...) za rok obrotowy od 1 stycznia 2008 r. do 31 grudnia 2008 r.. Przeprowadzając kalkulację stawki MTR, Prezes UKE przyjął roczny (a nie jak postulował (...) trzyletni) horyzont czasowy.

Przeliczając wskaźnik (...) w celu określenia poprawności kalkulacji stawki MTR – Prezes ustalił, że wynosi on 12,07 %, a więc wartość wskazana przez (...) była zawyżona, co przekładało się na wyższe wyznaczane przez spółkę opłaty za oferowane usługi MTC.

Prezes (...) kontrolując prawidłowość ustalonych przez (...) opłat – zakwestionował możliwość wliczenia do kosztów świadczenia usługi MTC kosztów związanych z pozyskaniem i utrzymaniem klientów, które są kosztami związanymi ze świadczeniem usługi na rzecz użytkowników końcowych. W ocenie Prezesa powyższe koszty detaliczne – zgodnie z zasadą przyczynowości kosztów - nie powinny być przypisywane do usług hurtowych - a taką usługą jest usługa MTC. Do powyższych kosztów (...) zaliczył również koszty subsydiowania terminali abonenckich, co w ocenie Prezesa również oznacza nieprawidłową alokację kosztów detalicznych do usługi hurtowej MTC. W ocenie Prezesa UKE, nieprawidłowa alokacja kosztów pozyskania i utrzymania bazy abonenckiej do całkowitego kosztu świadczenia usługi MTC jest podstawową kwestią, która zniekształca relacje stawek MTR względem cen detalicznych oferowanych przez infrastrukturalnych operatorów sieci ruchomych, co z kolei stanowi barierę w rozwoju konkurencji na rynku telefonii ruchomej oraz możliwości stworzenia przez operatorów alternatywnych (w tym stacjonarnych) konkurencyjnych ofert detalicznych, związanych z połączeniami do sieci ruchomych w Polsce. Wysokie stawki MTR oraz relatywnie niskie ceny połączeń wewnątrz sieciowych stanowią bowiem barierę w swobodzie kreowania przystępnej cenowo oferty na połączenia do sieci ruchomych.

W odniesieniu do horyzontu czasowego przyjętego do kalkulacji Prezes UKE wskazał, że nie jest możliwe przyjęcie – postulowanego przez (...) – trzyletniego okresu kalkulacji, ponieważ przyjęcie takiego horyzontu czasowego prowadziłoby do zawyżenia kosztów usługi MTC. Powyższe wynika z dynamiki rozwoju rynku telefonii ruchomej w Polsce. Średni wolumen minut zakańczanych w sieci (...) w roku 2007, był znacznie mniejszy niż w samym roku 2008, co wynika z przyrostu liczby abonentów i użytkowników telefonii ruchomej w kolejnych latach. Większa liczba użytkowników końcowych determinuje znaczny wzrost wolumenu minut zakańczanych w sieci, a to z kolei przekłada się na spadek kosztów świadczenia usługi MTC. Nowe technologie mające zastosowanie w telefonii ruchomej niejednokrotnie powodują redukcję kosztów świadczenia usług przy jednoczesnym wzroście wolumenu ruchu, co może znacznie wpłynąć na wysokość stawki MTR określanej na podstawie ponoszonych kosztów. W ocenie Prezesa UKE brak jest uzasadnienia dla przyjęcia horyzontu czasowego w postaci okresu powyżej 2 lat. Prezes zauważył, że standardy rachunkowości - zarówno Międzynarodowe Standardy Sprawozdawczości Finansowej, ustalone przez Radę Międzynarodowych Standardów Rachunkowości (IASB), jak i ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości - wskazują na powszechnie przyjmowany w regulacjach o charakterze finansowo-księgowym jedynie jednoroczny cykl sprawozdawczy. Przyjmując powyższy standard kosztowy celem wyznaczenia stawki MTR, Prezes UKE uznał, iż

uzasadnienie kosztowe jest specyficznym raportem na temat kosztów ponoszonych przez operatora w danym roku, przedkładanym organowi regulacyjnemu i powinno być sporządzane corocznie. Zdaniem Prezesa UKE, wysokość stawki MTR powinna być wyznaczana na podstawie najbardziej aktualnych danych, którymi w tym przypadku są dane finansowe (...) za ostatni zakończony rok obrotowy. Realizacja powyższego pozwoli na ustalanie kosztów usługi MTC na poziomie adekwatnym do faktycznie ponoszonych w danym roku kosztów. Dynamika rozwoju rynku telefonii ruchomej w Polsce, a także coroczny, znaczny przyrost użytkowników końcowych w sieci (...), powoduje znaczny wzrost wolumenu świadczenia usługi MTC. Wobec powyższego, w ocenie Prezesa UKE, uzasadnienie wysokości stawki MTR, wyznaczonej w oparciu o ponoszone koszty, należy przeprowadzać corocznie, na podstawie najbardziej aktualnych danych finansowych (...), czyli danych za ostatni zamknięty rok obrotowy.

Dokonując oceny prawidłowości przedstawionych przez (...) danych, Prezes UKE doszedł do wniosku, że zostały one zawyżone. W związku z powyższym Prezes wykorzystał dane pochodzące ze sprawozdania, a także wykorzystał dane przedstawione przez (...) w piśmie z dnia 30 kwietnia 2009 r.. W oparciu o powyższe dane Prezes ustalił, że na świadczenie usługi MTR przypadają 533.195,49 tys. zł stanowiących koszty operacyjne, natomiast wartość kapitału zaangażowanego przypadającego na usługę (...) wynosi 1.391.785,28 tys. zł. Ostatecznie wyznaczając iloraz kosztów świadczenia usługi MTC oraz wolumenu minut usługi MTC w roku obrotowym 2008, Prezes UKE uzyskał wartość 0,1690 zł/min.

Wobec nie uznania przez Prezesa UKE wysokości wskazanej przez (...) stawki MTR, na podstawie art. 40 ust. 4 Pt ustalił ją sam na poziomie 0,1677 zł/min. Ustalając wysokość stawki, Prezes wziął pod uwagę, że z przeprowadzonych wyliczeń wynika, że wysokość kosztu świadczenia usługi MTC wynosi 0,1690 zł/min., jednakże wziął także pod uwagę kryteria wskazane w art. 40 ust. 4 Pt tj. promocję efektywności i zrównoważonej konkurencji oraz zapewnienie maksymalnej korzyści dla użytkowników końcowych. Mając na względzie powyższe przesłanki, Prezes porównał otrzymany w wyniku ponownego przeliczenia kosztu świadczenia przez (...) usługi MTC z wysokością stawek skalkulowanych w sieciach (...) oraz (...) (w ocenie Prezesa są to przedsiębiorcy posiadający podobne udziały rynkowe, poziom rozwoju infrastruktury, zbliżone ryzyko inwestycyjne i zbliżone koszty zakupu urządzeń telekomunikacyjnych w stosunku do (...)), co pozwoliło mu na wyznaczenie najbardziej efektywnego na dzień wydania decyzji poziomu stawki MTR – właśnie na poziomie 0,1677 zł/min. W ocenie Prezesa, stawka na tym poziomie pozwoli na stworzenie warunków dla konkurencyjności na rynku, oraz zapewni realizację kryterium zrównoważonej konkurencji. Prezes wskazał także, że stawka MTR we wskazanej w sentencji decyzji wysokości zapewni maksymalne korzyści dla użytkowników końcowych, ponieważ spowoduje ona pośrednio obniżkę cen detalicznych na połączenia głosowe w sieci ruchomej i zwiększy konkurencję pomiędzy operatorami zasiedziałymi i nowymi. Przyjęte przez Prezesa podejście umożliwi także – w jego opinii – realizację przesłanki promocji efektywności funkcjonowania rynku telefonii ruchomej w Polsce, ponieważ wymusi ono na operatorze zmniejszenie kosztów działalności w zakresie połączeń w sieci ruchomej.

W odniesieniu do zobowiązania (...) do corocznego przedstawiania uzasadnienia wysokości stawki MTR w oparciu o ponoszone koszty na podstawie danych za ostatni zakończony rok obrotowy, nie później niż w terminie 120 dni kalendarzowych od zakończenia roku, Prezes wskazał, że stanowi on jedynie uszczegółowienie obowiązku z art. 40 ust. 2 ustawy Pt. Termin powyższy zapewni (...) możliwość oparcia wysokości stawki MTR na podstawie zaudytowanych danych finansowych za ostatni zakończony rok obrotowy.

Od decyzji powyższej odwołanie złożył (...). W odwołaniu powód zaskarżył decyzję w całości oraz wniósł o jej uchylenie w całości, lub ewentualnie o zmianę decyzji w części obejmującej pkt 1, poprzez nadanie pkt. 1 decyzji następującego brzmienia:

„ustalam wysokość opłaty z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w zakresie stawki z tytułu zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) S.A. z siedzibą w W. (zwanej dalej „stawką MTR”) na poziomie [pkt I załącznika zawierającego informacje zastrzeżone].....zł/min”,

tj. poprzez przyjęcie stawki MTR w wysokości określonej przez (...) S.A. w uzasadnieniu wysokości stawki za zakańczanie połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) S.A. w oparciu o ponoszone koszty, złożonym Prezesowi UKE w dniu 30 kwietnia 2009 roku, jednocześnie zaznaczając, iż do chwili rozstrzygnięcia sprawy przez Sąd zgodnie z niniejszym pkt 2 odwołania - wysokość tej stawki MTR stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa (...) S.A., w związku z czym została określona w załączniku zapakowanym w odrębnej kopercie i objęta wnioskiem (...) S.A. o ograniczenie Krajowej Izbie (...) wglądu do odwołania w tym zakresie,

W razie nieuwzględnienia powyższego żądania, powód wniósł o zmianę decyzji w części obejmującej pkt 1 poprzez nadanie pkt 1 Decyzji następującego brzmienia:

„ustalam wysokość opłaty z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w zakresie stawki z tytułu zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) S.A. z siedzibą w W. (zwanej dalej „stawką MTR”) na poziomie 0,1690 zł/min”.

Zaskarżonej decyzji powód zarzucił naruszenie:

I. art. 156 § 1 pkt 3 w zw. z art. 16 a contrario, art. 104 § 2 i art. 110 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 roku - Kodeks postępowania administracyjnego (j.t. Dz. U. z 2000 roku, Nr 98, poz.1071, z późn. zm.), skutkujące nieważnością Decyzji - poprzez wydanie jej w sprawie, która objęta jest wcześniejszymi rozstrzygnięciami Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, tj. decyzją z dnia 26 kwietnia 2006 r. Nr (...) oraz decyzją Prezesa UKE z dnia 30 września 2008 r. Nr (...);

II. art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 7 października 1999 roku o języku polskim (Dz.U. Nr 90, poz.999. z późn. zm.) w zw. z art. 75 § 1 i art. 104 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 roku - Kodeks postępowania administracyjnego (j.t. Dz.U. z 2000 roku. Nr 98. poz.1071. z późn. zm.) - poprzez posługiwanie się jako dowodami w sprawie dokumentami w języku obcym, bez ich przetłumaczenia na język polski;

III. art. 40 ust. 4 w zw. z art. 40 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 18 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz.1800. z późn. zm.) - poprzez ustalenie w Decyzji stawki za zakańczanie połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) S.A. bez uwzględnienia w całości kosztów ponoszonych przez (...) S.A. w celu świadczenia usługi zakańczania połączeń w tej sieci, a więc - poniżej kosztów ponoszonych przez (...) S.A. w tym celu;

IV. art. 40 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 18 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz.1800. z późn. zm.) - poprzez zastosowanie tych przepisów, a przede wszystkim dokonanie przewidzianej w ust. 3 „oceny wysokości opłat ustalonych przez operatora” (tu: (...) S.A.) w oparciu o ponoszone koszty, wykazane przez operatora (ust. 1) - w sytuacji, gdy (...) S.A. stosuje opłaty ustalone w decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 30 września 2008 roku Nr (...);

V. art. 40 ust. 4 ustawy z dnia 18 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz.1800, z późn. zm.) w zw. z art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 roku - Kodeks postępowania administracyjnego (j.t. Dz.U. z 2000 roku. Nr 98. poz.1071. z późn. zm.). poprzez wydanie zaskarżonej Decyzji pomimo bezprzedmiotowości postępowania, wynikającej ze stosowania przez (...) S.A., w chwili wydania Decyzji, stawki za zakańczanie połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) S.A. w wysokości odpowiadającej stawce określonej w Decyzji;

VI. art. 156 § 1 pkt 2 w zw. z art. 104 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 roku - Kodeks postępowania administracyjnego (j.t. Dz.U. z 2000 roku. Nr98, poz.1071, z późn. zm.) - poprzez nałożenie na (...) S.A. (w pkt 2 sentencji Decyzji) bez podstawy prawnej obowiązku corocznego przedstawiania Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej uzasadnienia wysokości opłat MTR w oparciu o ponoszone koszty, na podstawie danych za ostatni rok obrotowy, nie później niż w terminie 120 dni kalendarzowych od zakończenia ww. roku, co skutkuje nieważnością pkt 2 Decyzji.

Uzasadniając pierwszy z podniesionych zarzutów powód wskazał, że decyzja (...) jak i decyzja zaskarżona w niniejszym postępowaniu określają wysokość stawki MTR dla (...) w 2009 i 2010 r. Powód wskazuje, że obie decyzje są tożsame

co do meritum ponieważ zachodzi tożsamość podstawy prawnej obu decyzji, obie dotyczą ustalenia wysokości stawek MTR przez (...), m. in. w 2009 i 2010 r. oraz obie dotyczą obowiązku przedstawiania Prezesowi UKE corocznie uzasadnienia wysokości stawek ustalanych w oparciu o ponoszone koszty. W związku z powyższym zaskarżona w decyzja dotknięta jest nieważnością.

Uzasadniając drugi z zarzutów powód wskazał, że przy ustalaniu stawki MTR pozwany oparł się o m. in. opracowany przez Międzynarodową Grupę Operatorów dokument pt. „(...)”, który w aktach sprawy administracyjnej występuje jedynie w angielskiej wersji językowej. Powyższe decyduje, że został naruszony art. 5 ust. 1 ustawy o języku polskim.

Uzasadniając zarzuty III i IV powód wskazał, że wbrew zarzutom przedstawionym w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji Prezesa UKE (...) przeprowadził w sposób prawidłowy kalkulację kosztów stawki MTR w oparciu o ponoszone koszty, jak również w sposób prawidłowy wyliczył wskaźnik WACC.

W odniesieniu do wyliczonego przez Prezesa UKE współczynnika WACC pozwany wskazał, że Prezes dokonując wyliczania, bazował na niepoprawnych danych początkowych: powołał się na rentowność dziesięcioletnich, hurtowych obligacji skarbowych nie precyzując jednak jakich serii są to obligacje, przyjął rating dla (...) na poziomie (...) podczas kiedy rating ten wynosi (...)+ (...), przyjął niepoprawne współczynniki podziału kapitału spółki na kapitały własne i kapitały obce.

Powód wskazuje, że nieuzasadniony jest zarzut Prezesa UKE, iż (...) nieprawidłowo włączył do obliczenia stawki MTR koszty pozyskania i utrzymania klienta. Na powódzie mocą decyzji Prezesa UKE z dnia 19 lipca 2006 r. ciąży obowiązek wskazany w art. 40 ust. 1 Pt polegający na ustalaniu opłat z tyt. świadczenia dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty. W ocenie powoda, Prezes UKE dokonując oceny kalkulacji kosztów przedstawionych przez powoda, zastosował do ich weryfikacji nie metodę, o której mowa w art. 40 Pt, ale dużo bardziej restrykcyjną metodę o której mowa w art. 39 Pt, tj. metodę opartą na uwzględnieniu kosztów uzasadnionych.

Ponadto Prezes niesłusznie zakwestionował zasadność włączenia do stawki MTR kosztów związanych z pozyskaniem i utrzymaniem klienta, odwołując się w tym zakresie do naruszenia zasady przyczynowości powstania kosztów oraz naruszenia standardów kalkulacji i praktyki regulacyjnej. Powód wskazuje, że alokacja kosztów pozyskania i utrzymania klienta w pełni odpowiada zasadzie przyczynowości. Telefon jest niezbędnym urządzeniem nadawczo – odbiorczym do świadczenia usługi zakańczania połączeń MTC. Pozwany wskazuje, że alokacja kosztów dostarczenia odbiorcy końcowemu telefonu bądź terminalu znajduje szczególne uzasadnienie w przypadku klientów, którzy wykorzystują telefony w systemie przedpłatowym, wyłącznie do odbierania połączeń przychodzących. W tym przypadku utrzymanie takich klientów pokrywane może być wyłącznie z opłat MTR, ponieważ (...) nie ma możliwości odzyskania kosztów utrzymania klienta w postaci opłat detalicznych za ruch wychodzący. Ponadto wysokość ponoszonych kosztów pozyskania i utrzymania klienta wpływa na wolumen usługi MTC – zachodzi tu zależność tego rodzaju, że (...) ponosząc koszty pozyskania i utrzymania klientów zwiększa bazę klientów i tym samym zwiększa wolumen ruchu co prowadzi do zmniejszenia kosztów usługi MTC. Inwestycja we własną bazę klientów przynosi korzyści dla użytkowników końcowych sieci innych operatorów – każdy nowy klient przynosi korzyści wszystkim dotychczasowym użytkownikom sieci, należy więc uwzględnić ten fakt w kalkulacji stawki MTR. Dodatkowo powód wskazał, że musi uwzględnić wolumen przychodów i kosztów usług zakańczania połączeń w decyzjach biznesowych, dotyczących pozyskania i utrzymania klienta.

W swoim uzasadnieniu powód kwestionuje także przyjęty przez prezesa do kalkulacji stawki MTR horyzont czasowy. Cykl inwestycyjny budowy sieci telekomunikacyjnej charakteryzuje się niewspółmiernością rocznych kosztów operacyjnych ponoszonych przez operatora do wolumenu ruchu obsługiwanego w danym roku. Ta niewspółmierność wynika z niemożności elastycznego dostosowania przez operatora wielkości sieci do wymaganego poziomu ruchu w sieci. Koszty jednoroczne uwidocznione w księgach Spółki nie odzwierciedlają faktycznych kosztów koniecznych do obsłużenia wolumenu ruchu w danym roku. Dlatego też, właściwym okresem z punktu widzenia cyklu inwestycji w sieć telekomunikacyjną jest okres dłuższy niż dwa lata - dla celów kalkulacji powód przyjął okres od 2006 roku do 2008 roku.

Uzasadniając swoje wnioski ewentualne dotyczące zmiany zaskarżonej decyzji, powód wskazuje, że w pierwszej kolejności Sąd winien zmienić decyzję poprzez wskazanie stawki MTR w wysokości wynikającej z wyliczeń powoda, które w jego ocenie są prawidłowe. Po wtóre, powód wskazuje, że nawet w przypadku nie uwzględnienia tego wniosku, Sąd winien zmienić decyzję i wskazać, że stawką MTR właściwą dla (...) jest stawka w wysokości 0,1690 zł/min, czyli w wysokości obliczonej przez Prezesa w zaskarżonej decyzji wartości usługi MTC. Prezes UKE, ustalając stawkę MTR na poziomie 0,1677 zł/min, w oczywisty sposób nakazuje (...) S.A. świadczenie usługi zakańczania połączeń w swojej sieci poniżej wyliczonego przez pozwanego kosztu wytworzenia tej usługi. Powód zauważa, że nie ciąży na nim żadne obowiązki regulacyjne, które uzasadniałyby stosowanie stawki MTR o wartości poniżej poziomu ponoszonych przez spółkę kosztów.

Odnośnie zarzutu V odwołania powód wskazuje, że zaskarżona w niniejszym postępowaniu decyzja nakłada na niego obowiązek dostosowania stawki MTR do poziomu 0,1677 zł/min, podczas, kiedy obowiązek o identycznej treści został już na niego nałożony wcześniej mocą decyzji (...).

Natomiast odnośnie zarzutu VI odwołania powód wskazuje, że obowiązek określony w ostatnim zdaniu sentencji decyzji, a polegający na przedstawianiu Prezesowi UKE corocznie uzasadnienia wysokości stawki MTR w oparciu o ponoszone koszty, na podstawie danych za ostatni rok obrotowy, został nałożony bez podstawy prawnej. Nie obowiązuje bowiem żaden przepis, który mógłby upoważniać Prezesa UKE do ustalenia w drodze decyzji administracyjnej, iż przedsiębiorca ma obowiązek corocznie przedstawiać organowi uzasadnienie wysokości stosowanych opłat, a szczególności określać termin jego przedstawienia. W ocenie powoda, w szczególności takiego uprawnienia pozwanemu nie przyznaje art. 40 ust. 2 Pt.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 19 maja 2010 r. pozwany wniósł m. in. o oddalenie odwołania w całości i zasądzenia na swoją rzecz kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie Prezes UKE odniósł się do przedstawionych w odwołaniu zarzutów dotyczących zaskarżonej w niniejszym postępowaniu decyzji.

Odnośnie pierwszego z zarzutów pozwany wskazał, że decyzja z dnia 26 kwietnia 2007 r. Nr (...) – Decyzja (...), decyzja z dnia 30 września 2008 r. (...) – Decyzja (...) r., jak i zaskarżona w niniejszym postępowaniu decyzja zostały wydane w oparciu o odmienne podstawy faktyczne. Faktami prawotwórczymi w przypadku decyzji Prezesa UKE, o której mowa w art. 40 ust. 4 ustawy Pt, są zidentyfikowane koszty świadczenia usługi MTC. Tak rozumiany stan faktyczny, zarówno w sprawie rozstrzygniętej zaskarżoną Decyzją jak i poprzednimi decyzjami tj. Decyzją (...) i Decyzją (...), był odmienny. Koszty świadczenia usługi MTC zidentyfikowane przez Prezesa UKE w postępowaniach administracyjnych, zakończonych wyżej wskazanymi decyzjami były bowiem różne, co znalazło swój wyraz w wysokości ustalonych tymi decyzjami stawek MTR. Z uwagi na konieczność dokonywania przez Prezesa UKE cyklicznych ocen stosowanych przez operatora opłat, wydawanie cyklicznych decyzji opartych o art. 40 ust. 4 Pt jest – w przypadku ziszczenia się przesłanek określonych w tymże artykule - jak najbardziej uprawnione. Pozwany zwraca także uwagę na różnice w postępowaniu prowadzonym wyłącznie w oparciu o kodeks postępowania administracyjnego, a postępowaniem prowadzonym także w oparciu o ustawę Prawo telekomunikacyjne.

Odnośnie drugiego z zarzutów odwołania, pozwany wskazuje, że dokument opracowany przez Międzynarodową Grupę Operatorów (IRG) pt. „(...)”, o którym mowa w odwołaniu (...) posłużył Prezesowi UKE jedynie do zweryfikowania poglądu co do konieczności wyłączenia kosztów pozyskania i utrzymania bazy abonenckiej, z kosztów uwzględnianych przy wyznaczaniu wysokości stawki MTR. Treść przedmiotowego dokumentu w żadnym wypadku nie była przywoływana w treści Decyzji (...). Prezes UKE wskazał jedynie, że przedstawione w Decyzji (...) argumenty przemawiające za koniecznością eliminacji kosztów bazy abonenckiej z kosztów świadczenia usługi MTC, znajduje swe odzwierciedlenie w przedmiotowym dokumencie IRG. Przywołane w Decyzji (...) zdania przedstawione zostały w języku polskim, a zamieszczenie odnośnika do wersji angielskiej miało umożliwić adresatowi ocenę poprawności tłumaczenia. Dokument IRG nie stanowi dowodu, na bazie którego ustalone zostały stawki MTR w zaskarżonej

decyzji, a przywołany został on jedynie w celu potwierdzenia zgodności twierdzeń Prezesa UKE z przyjętymi przez IRG standardami kosztowymi.

Odnosnie zarzutu III i IV Prezes UKE pottrzymał swoje stanowisko zawarte w decyzji, że w wyniku przeprowadzonej kontroli poprawności obliczenia przez (...) stawki MTR, która powinna być ustalona w oparciu o ponoszone przez powoda koszty, stwierdził nieprawidłowości, skutkujące zawyżeniem wysokości stawki MTR. Pozwany podkreślił, że wbrew zarzutom powoda, wyliczając wysokość stawki miał na względzie, że na powodzie ciąży obowiązek o którym mowa w art. 40 ustawy Pt, tj. obowiązek ustalania opłat z tytułu świadczenia usługi dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty. Odnosząc się do zarzutów dotyczących wyliczenia współczynnika WACC pozwany wskazał, że podnoszone przez powoda różnice w wyliczeniu średniej rentowności dla obligacji skarbowych wynikają z faktu, że obliczenia uzyskane przez (...) uwzględniał jedynie przetargi na obligacje w 2009 r., podczas gdy Prezes UKE mając na uwadze związany z kryzysem globalnym wzrost rentowności obligacji Skarbu Państwa o dziesięcioletnim terminie zapadalności, postanowił rozpatrzyć okres dłuższy niż jeden rok, i w ten sposób zniwelować wpływ kryzysu gospodarczego na wycenę papierów skarbowych. Odnosząc się do zarzutu nieprawidłowego wyznaczenia wartości premii za ryzyko udostępnienia kapitału obcego Prezes UKE wskazał, że wykorzystał metodologię zaprezentowaną w Raporcie KPMG pt. „Metodologiczne aspekty kalkulacji średniego ważonego kosztu kapitału”, zgodnie z którą, premia za ryzyko dla (...) wyznaczana jest w oparciu o wskaźnik pokrycia odsetek, obliczony na podstawie sprawozdań finansowych (...) za rok 2008, czyli najbardziej aktualnych, dostępnych danych. Prezes UKE wykorzystał również arkusz kalkulacyjny oraz informację o ocenie ratingowej, która plasuje (...) w grupie (...) tj. w grupie o najniższym poziomie ryzyka kredytowego. Ocena ta została określona w oparciu o dane ze stycznia 2009 roku. Ostatecznie, Prezes UKE oszacował premię za ryzyko udostępnienia kapitału obcego dla (...) w wysokości wskazanej w zaskarżonej decyzji.

Odnosząc się z kolei do zarzutu powoda nieuzasadnionego wyłączenia z obliczania stawki MTR kosztów pozyskania i utrzymania klienta Prezes podniósł, że brak jest możliwości alokacji kosztów związanych ze świadczeniem usług detalicznych – a koszty pozyskania i utrzymania klienta są takimi kosztami – do usług hurtowych, czyli m. in. usługi MTC. Powyższe wynika z braku przyczynowości tych kosztów, którą to przyczynowość należy rozumieć, jako związek przyczynowo – skutkowy pomiędzy alokowanym kosztem, a usługą, do której ten koszt jest przypisywany. Z tej przyczyny, zarówno koszty subsydiowania terminali abonenckich, jak i koszty związane z pozyskaniem i utrzymaniem bazy abonenckiej nie powinny być alokowane do stawki MTR. W przypadku, jeśli koszty pozyskania i utrzymania bazy abonenckiej, czy koszty subsydiowania terminali abonenckich były by wliczane do kosztów świadczenia usługi MTC, wówczas oznaczałoby to przerzucenie tych kosztów na operatorów alternatywnych, których sieci zostały połączone z siecią (...). Pozwany podkreśla, że kategoria kosztów ponoszonych, o których mowa w art. 40 Pt nie jest tożsama ze wszelkimi kosztami jakie operator zdecyduje się alokować do usługi MTC. W przeciwnym razie przerzucając koszty usług detalicznych na operatorów alternatywnych, powód mógłby blokować rozwój konkurencji na rynku, poprzez zawyżanie kosztów hurtowej usługi MTC, podczas gdy bezpośrednimi beneficjentami działań reklamowych, czy też subsydiowania terminali, są abonenci (...) a nie inni operatorzy. Wyeliminowane koszty, jako że związane ze świadczeniem usług detalicznych, mogą być odzyskiwane przez ich alokację do usług świadczonych użytkownikom końcowym (...).

Odnosząc się do zarzutu przyjęcia nieadekwatnego horyzontu czasowego dla kalkulacji stawki MTR, Prezes podtrzymał swoje stanowisko, że najbardziej adekwatnym horyzontem czasowym jest horyzont jednoroczny. Wysokość stawki MTR powinna być wyznaczana na podstawie najbardziej aktualnych danych finansowych – czyli danych finansowych (...) za ostatni zakończony rok obrotowy. W odwołaniu (...) podniósł, że do kalkulacji kosztu świadczenia usługi MTC należy przyjąć dłuższy niż roczny okresu kalkulacji. (...) wskazuje, że jedynie trzyletni okres kalkulacji może dać miarodajne wyniki. Zdaniem (...), jest to związane z cyklem inwestycyjnym w sieć telekomunikacyjną, który z uwagi na czynniki zewnętrzne, wpływa na długi okres realizacji inwestycji. Jednakże dokonywane przez (...) inwestycje (np. w stacje bazowe - BTS) nie generują bezpośredniego kosztu wykorzystania tej stacji w bieżącej działalności. W związku z tym, w przypadku ustalania opłat na bazie kosztów historycznych (jak miało to miejsce w skarżonej Decyzji), koszty inwestycji nie powinny być brane pod uwagę przy wyznaczaniu kosztów usługi MTC. Całkowite koszty związane z inwestycją zostają bowiem odzyskiwane w momencie oddania danego środka

trwałego do użytkowania. W ocenie pozwanego, w rozpatrywanym przypadku, dane do kalkulacji stawki MTR powinny opierać się o zamknięte księgi rachunkowe (...) z roku 2008 r., w których inwestycje podjęte np. na budowę stacji (...), występują w postaci środków trwałych w budowie. Koszty środków trwałych i wartości niematerialnych i prawnych powinny być odzyskane w opłatach kalkulowanych na bazie roku 2009, w którym podjęte wcześniej inwestycje zostają zrealizowane w postaci fizycznych elementów sieci, które operator wykorzystuje do świadczenia usług. W przypadku przyjęcia metody, którą prezentuje (...), koszty te odzyskiwane byłyby podwójnie - raz w postaci wliczenia ich do stawek jako inwestycje, a drugi raz, w postaci opłat uzyskiwanych przez (...) od użytkowników końcowych w latach faktycznego wykorzystywania tych elementów do świadczenia usług.

Pozwany podtrzymał swoją argumentację zawartą w uzasadnieniu decyzji, uzasadniającą prawidłowość ustalenia opłaty MTR na poziomie 0,1677 zł/min.

Odnosnie piątego zarzutu odwołania pozwany stwierdza, że przeprowadzone przez niego postępowanie administracyjne nie było bezprzedmiotowe, ponieważ stanowiło ono reakcję na przedstawianie przez powoda uzasadnienia wysokości opłat ustalonych w oparciu o ponoszone koszty, w którym – w ocenie Prezesa – wysokość opłat ustalona przez operatora była nieprawidłowa. Przeprowadzenie postępowania administracyjnego i wydanie decyzji było więc konieczne, aby wyznaczyć wysokość stawki MTR na prawidłowym poziomie.

Odnosnie szóstego zarzutu powoda, pozwany podniósł, że art. 40 ust. 2 Pt zobowiązuje operatora do przedstawiania Prezesowi UKE uzasadnienia opłat, jest to jednak przepis abstrakcyjny, wymagający skonkretyzowania – bez ustalenia terminu przedstawiania uzasadnienia wysokości opłat, przepis ten byłby niewykonalny bądź prowadziłby do stanu niepewności prawnej po stronie operatorów. W ocenie Prezesa UKE wprowadzony zaskarżoną decyzją obowiązek corocznego przedstawiania uzasadnienia nie jest dla przedsiębiorcy nadmiernie uciążliwy, zaś Prezesowi zapewni regularny i adekwatny dostęp do informacji o stosowanych przez operatora stawkach i ich uzasadnienia.

Zainteresowany - Krajowa Izba (...) w swojej odpowiedzi na odwołanie powoda wniosła o oddalenie odwołania

Uzasadniając swoje stanowisko, zainteresowany odniósł się do poszczególnych zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Odnosnie zarzutu pierwszego, zainteresowany wskazał, że nie może być w rozpatrywanym przypadku mowy o sytuacji rozstrzygnięcia decyzją (...) i (...) oraz zaskarżoną decyzją tej samej sprawy. W ocenie zainteresowanego istnieje różnica w zakresie tożsamości przedmiotowej w przypadku zaskarżonej decyzji, bowiem stawka MTR nie została określona w stosunku do określonego przedziału czasowego, ale Prezes UKE określił jej wysokość bez przypisywania jej do przedziału czasowego, jak to było w przypadku Decyzji (...) i (...). Ponadto istnieją różnice w zakresie podstawy faktycznej na których oparte są decyzje. Decyzja (...) i (...) zostały wydane w ramach oceny opłat ustalanych w oparciu o ponoszone koszty, przedstawionych przez operatorów, zgodnie z ciężącym na nich obowiązkiem regulacyjnym w kolejnych latach kalendarzowych (tj. w latach 2007 i 2008). Zaskarżona decyzja odnosi się do opłat przedstawionych przez powoda w roku 2009 r. Wynika z powyższego, że przedmiotem oceny w zaskarżonej decyzji były opłaty przedstawione przez (...) na podstawie ciężącego na nim obowiązku w roku 2009, natomiast przedmiotem oceny Prezesa UKE w decyzjach (...) i (...) były opłaty przedstawiane odpowiednio w 2007 i 2008 r. Nie ma więc wątpliwości, że różny był przedmiot oceny Prezesa UKE dokonanej na podstawie art. 40 ust. 3 Pt.

Zainteresowany uznaje za nietrafny drugi z podniesionych przez powoda zarzutów, wskazując, że de facto powód nie kwestionuje prawidłowości i aktualności przedmiotowego opracowania. Ponadto, nawet gdyby uznać, że doszło do naruszenia art. 7 ustawy o języku polskim, opracowanie miało charakter dowodu oraz gdyby powód zakwestionowała prawdziwość danych, to wówczas i tak nie mogłoby to prowadzić do uchylecia zaskarżonej decyzji, ponieważ cytowane przez powoda orzeczenia, dotyczą kontroli sądowno administracyjnej decyzji, czyli kontroli m.in. postępowania. Takie rozwiązania są diametralnie inne niż przyjęte w zakresie odwołań od decyzji Prezesa UKE. Powyższe wskazuje na niezasadność i nieadekwatność podnoszonego przez powoda zarzutu.

Odnosnie trzeciego i czwartego z zarzutów powoda zainteresowany wskazuje, że Prezes UKE prawidłowo nie uwzględnił przy ustalaniu kosztów usługi zakańczania połączeń kosztów detalicznych, związanych z pozyskaniem i

utrzymaniem klienta. Zainteresowany wskazuje, że w dokumencie Zalecenia Komisji Europejskiej z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych (Dz. U. UE. L 2009.124.67) Komisja Europejska wprost wskazuje, że koszty telefonów i kart SIM nie są związane z natężeniem przepływu połączeń w sieci i powinny być nieuwzględniane we wszelkich modelach kalkulacji kosztów hurtowych usług zakańczania połączeń głosowych. W ocenie zainteresowanego podejście zaprezentowane w „Zaleceniach (...)” jest w pełni uzasadnione w stanie faktycznym rozpatrywanej sprawy.

W przypadku piątego z zarzutów powoda, zainteresowany powtórzył swoje stanowisko, że zaskarżona w niniejszym postępowaniu decyzja została wydana w odmiennych okolicznościach faktycznych niż decyzji (...) a więc nie można mówić o bezprzedmiotowości postępowania w jej przedmiocie.

Natomiast w przypadku ostatniego z zarzutów powoda zainteresowany stwierdził, że Prezes UKE mocą art. 40 Pt jest uprawniony do żądania uzasadnienia wysokości stosowanych przez operatora o znaczącej pozycji rynkowej opłat w każdym czasie, wobec tego jest również uprawniony do żądania przedstawienia takiego uzasadnienia w określonych przedziałach czasowych.

Strony podtrzymały swoje stanowiska do końca procesu.

Sąd ustalił i zważył co następuje:

Stan faktyczny w sprawie niniejszej był bezsporny co do tego, że powód jest operatorem telekomunikacyjnym zajmującym pozycję znaczącą na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...), na którego zostały nałożone obowiązki regulacyjne, w tym m. in. obowiązek, o którym mowa w art. 40 ustawy Pt, polegający na ustalaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty. Spór w niniejszej sprawie sprowadzał się co do wysokości opłaty z tytułu dostępu telekomunikacyjnego jaką powód może pobierać a którą uzasadniają ponoszone przez powoda koszty.

Po rozpoznaniu odwołania Sąd doszedł do przekonania, że jest on częściowo uzasadnione, jednak nie wszystkie podniesione przez powoda zarzuty są zasadne.

Odnosząc się do najdalej idącego zarzutu zmierzającego do uchylecia decyzji, bo wskazującego na nieważność tej decyzji, to Sąd nie podzielił poglądu powoda, aby decyzja była dotknięta wadą o jakiej mowa w art. 156 § 1 pkt 3 k.p.a. Zdaniem Sądu brak jest tożsamości pomiędzy niniejszą decyzją a wcześniejszymi rozstrzygnięciami Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, tj. decyzją z dnia 26 kwietnia 2007 r., Nr (...), a także decyzją z dnia 30 września 2008 r., Nr (...). Powołany przepis jako podstawę do stwierdzenia nieważności decyzji, wskazuje sytuację, gdy wydana decyzja dotyczy sprawy już poprzednio rozstrzygniętej inną decyzją ostateczną. Sąd w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę podziela pogląd wyrażony przez Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 9 czerwca 2010 r. sygn. akt II OSK 931/09, zgodnie z którym „ Stwierdzenie nieważności decyzji na podstawie art. 156 § 1 pkt 3 k.p.a. możliwe jest tylko w przypadku stwierdzenia, że istnieje tożsamość sprawy rozstrzygniętej kolejno po sobie dwoma decyzjami, z których pierwsza jest ostateczna. Istotnym jest, że aby zaistniała tożsamość sprawy konieczne jest aby obie decyzje dotyczyły tożsamego podmiotu oraz tożsamego przedmiotu sprawy, przy jednoczesnej tożsamości stanu prawnego jak i faktycznego.”

W sprawie niniejszej nie budzi wątpliwości, że decyzje z 2007 i 2008 r. odnoszą się do tego samego podmiotu, to jest skarżącego, w obydwu przypadkach występuje tożsamość przedmiotu, stan prawny jest identyczny, niemniej jednak uległy zmianie okoliczności o charakterze faktycznym, związane z okresem czasu, za który badana jest prawidłowość stosowanych przez powoda opłat za świadczenie usługi MTC, w odniesieniu do kosztów poniesionych na świadczenie tej usługi. Zatem stan faktyczny jakiego dotyczą wszystkie powyższe decyzje jest zupełnie inny. Brak zaistnienia przesłanki tożsamości stanu faktycznego decyduje o niesłuszności zarzutu powoda opartego o przepis art. 156 §1 pkt. 3 k.p.a.

Warto ponadto zwrócić uwagę, że już sama treść art. 40 Pt daje podstawę do wielokrotnego badania przez Prezesa UKE wysokości opłat stosowanych przez operatora, a ustalonych w oparciu o ponoszone koszty. W każdym przypadku, kiedy dojdzie do ustalenia, że wysokość opłat stosowanych przez operatora jest nieprawidłowa, Prezes będzie uprawniony do ustalenia ich wysokości w decyzji administracyjnej – w przypadku każdej takiej decyzji będzie występowała tożsamość podmiotowa, tożsamość przedmiotu sprawy i (w przypadku niezmienności przepisów) tożsamość stanu prawnego. Natomiast w przypadku każdej takiej decyzji będzie występowała odmienność stanu faktycznego. Stan faktyczny - w każdej z tych spraw - będzie wyznaczony przedstawionym przez operatora uzasadnieniem wysokości stosowanych opłat i faktami ustalonymi przez Prezesa UKE a dotyczącymi okoliczności istotnych dla rzeczywiście ponoszonych przez operatora kosztów. Należy zauważyć, że za każdym razem będzie to więc inny stan faktyczny, ponieważ różne będą uzasadnienia operatora za różne okresy czasu i różne będą ustalone przez Prezesa fakty, dotyczące kosztów ponoszonych przez operatora.

Warto też nadmienić, że stan faktyczny decyzji (...) był znacznie szerszy od stanu faktycznego decyzji zaskarżonej w niniejszym postępowaniu. Jak wynika z uzasadniania decyzji (...) „Prezes UKE, celem oceny prawidłowości wysokości opłat stosowanych przez (...), dokonał analizy porównawczej opłat stosowanych na rynkach krajów UE oraz analizy kalkulacji przedstawionej w Uzasadnieniu (...)”. W przypadku zaskarżonej decyzji, w zakres stanu faktycznego nie wchodziła analiza porównawcza opłat stosowanych na rynkach krajów UE.

W ocenie Sądu nie jest także trafny zarzut naruszenia przez Prezesa UKE art. 5 ust. 1 ustawy o języku polskim. Znajdujący się w aktach administracyjnych sprawy dokument pt. „(...)” nie stanowi podstawy prawnej zaskarżonej decyzji. Dokument powyższy posłużył Prezesowi UKE jedynie do zweryfikowania poglądu, co do konieczności wyłączenia kosztów pozyskania i utrzymania bazy abonenckiej, z kosztów uwzględnianych przy wyznaczaniu wysokości stawki MTR. W ocenie Sądu słuszne jest podpieranie swojego stanowiska przez Prezesa UKE autorytetem opracowań Międzynarodowej Grupy Operatorów (IRG). Odwoływanie się do międzynarodowych praktyk jest uzasadnione wobec dążenia do ujednoczenia standardów funkcjonujących na rynku usług łączności elektronicznej na różnych rynkach krajowych. Ponadto z treści odwołania nie wynika, by sam powód podważał słusność tez opracowania.

Częściowo uzasadniony w ocenie Sądu jest trzeci z zarzutów podniesionych w odwołaniu przez powoda, a odnoszący się do ustalenia w zaskarżonej decyzji stawki za zakańczanie połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) bez uwzględnienia całości kosztów ponoszonych w celu świadczenia usługi zakańczania połączeń, tj. poniżej kosztów ponoszonych przez powoda. Ustalenie wysokości opłaty z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w, zakresie stawki z tytułu zakańczania połączeń głosowych w ruchomej sieci telefonicznej (...) na poziomie 0,1677 zł/min., narusza w ocenie Sądu przepisy art. 40 ust. 1, 3 i 4 ustawy Pt.

Decyzją z dnia 29 września 2009 r. Nr (...) Prezes UKE wyznaczył powoda jako przedsiębiorcę zajmującego pozycję znaczącą na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...), zgodnym z obszarem sieci, w którym następuje zakończenie połączenia i utrzymał nałożone na niego decyzją z dnia 19 lipca 2006 r. obowiązki regulacyjne, w tym m. in. obowiązek, o którym mowa w art. 40 ustawy Pt, polegający na ustalaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty.

Ustawa Prawo telekomunikacyjne w art. 40 przyznaje Prezesowi uprawnienie do weryfikowania poprawności przedstawionego mu uzasadnienia wysokości opłat ustalonych w oparciu o ponoszone koszty i w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości do ustalenia wysokości opłat. Ustawa wskazuje, że Prezes ustala wysokość opłat stosując metody wskazane w ust. 3 art. 40, biorąc pod uwagę promocję efektywności i zrównoważonej konkurencji oraz zapewnienie maksymalnych korzyści dla użytkowników końcowych.

Powyższe oznacza, że pomimo tego, że na (...) został nałożony obowiązek ustalania opłat w oparciu o ponoszone koszty, Prezes UKE dokonując badania uzasadnienia tych kosztów, gdy stwierdzi nieprawidłowe ich określenia, może je weryfikować poprzez uwzględnienie 1) wysokości opłat na rynkach konkurencyjnych lub 2) metod ustalania opłat na porównywalnych rynkach konkurencyjnych 3) innych sposobów oceny ich prawidłowości.

Niemniej jednak weryfikacja ta nie może zmierzać do tego, aby powód musiał świadczyć usługi hurtowe poniżej rzeczywiście ponoszonych kosztów. Dokonana przez Prezesa UKE dwustopniowa weryfikacja doprowadziła go w pierwszej kolejności do obliczenia rzeczywistych kosztów ponoszonych przy świadczeniu usługi, a następnie tak uzyskana kwota została jeszcze zredukowana w celu dostosowania jej do średniej pozostałych operatorów zasiedziających. Ten drugi etap weryfikacji zdaniem Sądu nie znajduje uzasadnienia w ustawie ani też w indywidualnie nałożonym na spółkę obowiązku regulacyjnym, który wyraźnie odnosi się do ustalania opłat w oparciu o ponoszone koszty. Ma zatem rację powód zauważając, że stawka MTR na poziomie 0,1677 zł/min, w oczywisty sposób nakazuje mu świadczenie usługi zakańczania połączeń w swojej sieci poniżej kosztu wytworzenia usługi – a przecież nie ciąży na nim obowiązki regulacyjne, które umożliwiłyby by nałożenie na niego obowiązku stosowania stawki MTR o wartości poniżej poziomu ponoszonych kosztów.

Pozwany ustaliwszy najpierw, że koszt świadczenia usługi MTR przez powoda wynosi 0,1690 zł/min. obniżył stawkę MTR do poziomu 0,1677 zł/min., uzasadniając swój zabieg zastosowaniem kryteriów wskazanych w art. 40 ust. 4 Pt tj. kryterium promocji efektywności i zrównoważonej konkurencji oraz zapewnienia maksymalnej korzyści dla użytkowników końcowych. W ocenie Sądu Prezes w sposób nieuzasadniony zastosował wskazane w art. 40 ust. 4 Pt kryteria po wyliczeniu kosztów rzeczywiście ponoszonych przez (...) na świadczenie usługi MTR. Prezes UKE winien obliczyć rzeczywisty koszt świadczenia usługi MTR stosując metody wskazane w art. 40 ust. 3 Pt, biorąc pod uwagę promocję efektywności i zrównoważonej konkurencji oraz zapewnienie maksymalnych korzyści dla użytkowników końcowych – a nie po wyliczeniu kosztów rzeczywiście poniesionych korygować je przy uwzględnieniu powyższych założeń. To właśnie kryteria z ustępu 4 stanowią dla Prezesa UKE kierunkowskazy i jednocześnie granice, w jakich może kwestionować przedstawioną przez operatora kalkulację kosztów. Jeśli jednak te kryteria doprowadzą organ regulacyjny do ustalenia rzeczywistego kosztu świadczenia usługi, to zdaniem Sądu ponowne stosowanie tego kryterium, które miałyby doprowadzić do obniżenia opłaty, tak że powód musiałby świadczyć usługę poniżej rzeczywistych kosztów jest niedopuszczalne, gdyż pozostawałoby w wyraźnej sprzeczności z nałożonym obowiązkiem regulacyjnym odnoszącym się do rzeczywistych kosztów świadczenia usługi. Taki sposób postępowania Prezesa w oczywisty sposób prowadzi do obostrzenia nałożonego na operatora obowiązku regulacyjnego – co nie znajduje uzasadnienia w obowiązujących przepisach.

Jednocześnie pomimo powyższych ustaleń i rozważań, Sąd nie uznał za trafne zarzutów powoda i wniosków, przy pomocy których starała się on wykazać, że prawidłową stawką MTR, zawierającą wszystkie ponoszone przez niego koszty na świadczenie usługi MTR, jest stawka wskazana przez niego w pkt I załącznika do odwołania zawierającego informacje zastrzeżone.

W tym przypadku Sąd przychyliła się do stanowiska reprezentowanego przez pozwanego. Należy zauważyć, że przepis art. 40 ust. 3 ustawy Pt w wersji obowiązującej w dacie wydania decyzji umożliwił Prezesowi UKE przy ocenie prawidłowości ustalenia opłat stosowanie różnych sposobów dokonywania oceny, w tym między innymi wskazane w przepisie metody ustalania opłat na porównywalnych rynkach konkurencyjnych. Skoro więc Prezes UKE, jak każdy regulator rynku posiadający pewną swobodę w stosowaniu instrumentów prawnych i ekonomicznych, zastosował dopuszczalną metodę ustalenia opłat na wszystkich konkurencyjnych rynkach, tzn. taką samą w odniesieniu do poszczególnych operatorów telekomunikacyjnych, na których zostały nałożone tożsame obowiązki regulacyjne, to należy jego działania uznać za znajdujące legitymację w obowiązujących przepisach prawa. Uzasadnione więc było w ocenie Sądu przyjęcie dla obliczenia współczynnika WACC innych niż zaproponował powód obligacji Skarbu Państwa. Prezes UKE wziął pod uwagę obligację o dziesięcioletnim terminie zapadalności, ponieważ dłuższa perspektywa czasowa umożliwiła zniwelowanie wpływu kryzysu gospodarczego na wycenę papierów skarbowych. Efektu tego nie można było osiągnąć biorąc pod uwagę zaproponowane przez powoda papiery skarbowe, o krótszych terminach zapadalności. W ocenie Sądu również pozostałe parametry ekonomiczne uwzględnione przez Prezesa podczas wyliczania wysokości wskaźnika WACC nie mogą budzić zastrzeżeń, ponieważ tylko zastosowanie takich samych parametrów przy wyliczaniu wskaźnika WACC w przypadku wszystkich operatorów, na których ciąży takie same jak na powodzie obowiązki regulacyjne, może zapewnić porównywalność wyników.

Nie sposób również zgodzić się z powodem, że wyłączenie przez Prezesa z obliczania stawki MTR kosztów pozyskania i utrzymania klienta jest postępowaniem nieprawidłowym. Sąd zgadza się z argumentacją Prezesa, że koszty pozyskania i utrzymania klienta to koszty świadczenia usług detalicznych, a więc nie jest możliwym alokowanie ich do kosztów usług hurtowych, w tym m. in. usługi MTC. Brak jest związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy kosztami pozyskania i utrzymania klienta, a usługą (...), za którą pobierana jest opłata określona przez stawkę MTR. Należy zauważyć, że bezpośrednimi beneficjentami działań marketingowych i subsydiowania terminali nie są inni operatorzy tylko abonenci.

Z powyższego wynika, że koszty pozyskania i utrzymania klientów winny być alokowane do usług świadczonych użytkownikom końcowym operatora. Słuszność powyższego stanowiska potwierdza treść dokumentu Zalecenia Komisji Europejskiej z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych

i ruchomych (Dz. U. UE. L 2009.124.67), w którym Komisja Europejska wprost wskazuje, że koszty telefonów i kart SIM nie są związane z natężeniem przepływu połączeń w sieci

i powinny być nieuwzględniane we wszelkich modelach kalkulacji kosztów usług zakańczania połączeń głosowych. (vide: Załącznik do Zaleceń Komisji „Zasady kalkulacji stawek za hurtowe zakańczanie połączeń w sieciach ruchomych”). Znaczenie powyższego dokumentu jest istotne, ponieważ służy on realizacji celu, polegającego na spójnym uregulowaniu rynków zakańczania połączeń, który to cel jest jasny i uznany przez krajowe organy regulacyjne, a także wielokrotnie był wymieniany przez Komisję Europejską w kontekście oceny projektów środków przedłożonych zgodnie art. 7 dyrektywy 2002/21/WE.

Sąd uznał także, że Prezes UKE jako regulator rynku telekomunikacyjnego w Polsce był uprawniony do przyjęcie w stosunku do wszystkich operatorów telekomunikacyjnych rocznego horyzontu czasowego dla kalkulacji stawki MTR, jeśli uznał, że zapewni mu to możliwość wykonywania swoich ustawowych obowiązków regulacyjnych w oparciu o najaktualniejsze dane finansowe podmiotów działających na rynku regulowanym. Należy w tym zakresie odwołać się także do szczególnego rodzaju swobody regulatora, który nie jest w kwestii horyzontu czasowego ograniczony przepisem ustawy, natomiast jego argumentacja co do przyjętego rozwiązania jest racjonalna a tożsama zasada została zastosowana do wszystkich operatorów działających na rynku o tożsamych obowiązkach regulacyjnych.

Odnosnie czwartego i piątego z podniesionych przez powoda zarzutów, należy podnieść, że dotyczą one istnienia decyzji Prezesa UKE z dnia 30 września 2008 r. Nr (...) i jej dostrzeganej przez powoda kolizji z zaskarżoną w niniejszym postępowaniu decyzji. Należy więc wskazać, że w dużej części aktualne pozostają w przypadku tych zarzutów argumenty podniesione przez Sąd a dotyczące pierwszego z zarzutów odwołania. Należy jednak dodać, że nietrafność powyższych zarzutów jest dodatkowo uzasadniona tym, że decyzja (...) została prawomocnie uchylona, a więc nie można twierdzić, że na powoda został dwukrotnie nałożony obowiązek tej samej treści – raz zaskarżoną w niniejszym postępowaniu decyzją, a po wtóre uprzednio decyzją (...).

Odnosnie szóstego z zarzutów, należy podnieść, że znowu staje się w jego przypadku aktualny pogląd Sądu, że Prezes UKE jako regulator rynku telekomunikacyjnego w Polsce posiada pewną swobodę w przyjmowaniu metod, za których pomocą osiąga cele, dotyczące wzrostu konkurencyjności rynku i zapewnienia korzyści dla odbiorców końcowych usług. W ocenie Sądu nałożenie na operatora obowiązku corocznego przedkładania Presowi uzasadnienia wysokości stawki MTR w oparciu o ponoszone koszty, na podstawie danych za ostatni rok obrotowy znajduje swoje uzasadnienie w przepisie art. 40 ust. 2 ustawy Pt. Przepis powyższy w zestawieniu ze wskazaną powyżej pewną swobodą Prezesa w doborze metod kształtowania konkurencyjnego rynku powoduje, że nie można nałożonego w pkt. 2 zaskarżonej decyzji obowiązku uznać za bezprawny. W ocenie Sądu powyższy obowiązek nie jest dla powoda szczególnie uciążliwy, a Prezesowi UKE zapewni on regularny dostęp do informacji o stosowanych przez operatora stawkach, co umożliwi mu szybsze reagowanie na ewentualne nieprawidłowości w ich wysokości.

Z tych względów orzeczono jak w pkt. I i II wyroku.

O kosztach orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c. znosząc wzajemnie pomiędzy stronami koszty procesu. W ocenie Sądu zastosowanie powyższego przepisu uzasadnia fakt, jedynie częściowego uwzględnienia żądania odwołania i oddalenia go w pozostałej części.

SSO Małgorzata Perdion - Kalicka

ZARZĄDZENIE

(...)