

(...)

- (...)
- (...)
- (...)
- (...)
- (...)

Sygn. akt XVII AmT 29/11

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 28 kwietnia 2011 r., nr (...) (zwanej dalej „Decyzją”), działając na podstawie art. 24 pkt 1 i pkt 2 lit. a, w związku z art. 21 oraz art. 22 ust. 1 i ust. 2, art. 34 ust. 1 i ust. 2, art. 36, art. 37 ust. 1 i ust. 2, art. 38 ust. 1, art. 40 ust. 1 i art. 42 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2004 r., Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.), zwanej dalej również „ustawą Prawo telekomunikacyjne” lub „PT”, oraz art. 104 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity: Dz. U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071, z późn. zm., zwanej dalej „kpa”), w związku z art. 206 ust. 1 PT, po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego, Prezes Urzędu Komunikacji Energetycznej:

I. określił rynek właściwy jako krajowy rynek świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, z wyłączeniem obszarów gminnych, określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 do Decyzji (zwanego dalej także „rynkiem 5”);

II. ustalił, że na krajowym rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, z wyłączeniem obszarów gminnych, określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 do Decyzji, występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej;

III. wyznaczył (...) S.A. z siedzibą w W. jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na krajowym rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, z wyłączeniem obszarów gminnych, określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 do Decyzji;

IV. na obszarach gminnych, określonych w pkt 2 Załącznika nr 1 do Decyzji jako (...) na krajowym rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, z wyłączeniem obszarów gminnych, określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 do Decyzji, nałożył na (...) S.A. z siedzibą w W. następujące obowiązki regulacyjne:

a) Obowiązek dostępu, o którym mowa w art. 34 ust. 1 i ust. 2 PT, polegający na uwzględnianiu uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego, w tym użytkownika elementów sieci oraz udogodnień towarzyszących, celem korzystania z hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, zarówno w oparciu o technologię miedzianą, jak i światłowodową, w sposób określony szczegółowo w Decyzji;

b) Obowiązek niedyskryminacji, o którym mowa w art. 36 PT, polegający na równym traktowaniu przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego w celu świadczenia usług hurtowego dostępu szerokopasmowego, zarówno w oparciu o technologię miedzianą, jak i światłowodową, w sposób określony szczegółowo w Decyzji;

c) Obowiązek ogłaszania lub udostępniania informacji, o którym mowa w art. 37 ust. 1 i ust. 2 PT, polegający na ogłaszaniu lub udostępnianiu informacji w sprawach zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego, dotyczących specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci, a także opłat, w sposób określony szczegółowo w Decyzji;

d) Obowiązek rachunkowości regulacyjnej, o którym mowa w art. 38 ust. 1 PT, polegający na prowadzeniu rachunkowości regulacyjnej w sposób umożliwiający identyfikację przepływów transferów wewnętrznych, związanych z działalnością w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, zgodnie z przepisami art. 49 - 54 ustawy Prawo telekomunikacyjne i odpowiednimi aktami wykonawczymi do ustawy Prawo telekomunikacyjne;

e) Obowiązek orientacji kosztowej, o którym mowa w art. 40 ust. 1 PT, polegający na ustalaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o koszty ponoszone przez (...) S.A. z siedzibą w W.;

f) Obowiązek przygotowania i publikacji oferty ramowej, o którym mowa w art. 42 ust. 1 PT w sposób określony szczegółowo w Decyzji.

V. na obszarach gminnych, określonych w pkt 3 Załącznika nr 1 do Decyzji jako (...) na krajowym rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, z wyłączeniem obszarów gminnych, określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 do Decyzji, nałożył na (...) S.A. z siedzibą w W. obowiązki regulacyjne w zakresie opisanym w pkt IV ppkt a) – e) powyżej;

VI. na obszarach gminnych, określonych w pkt 4 Załącznika nr 1 do Decyzji jako (...) na krajowym rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, z wyłączeniem obszarów gminnych, określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 do Decyzji, nałożył na (...) S.A. z siedzibą w W. obowiązki regulacyjne w zakresie opisanym w pkt IV ppkt a) – b) powyżej;

W uzasadnieniu swojej decyzji Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej przedstawił szczegółową analizę rynku 5 stworzoną na podstawie zgromadzonego w toku postępowania administracyjnego materiału, wskazując występujące na nim problemy utrudniające istnienie równoprawnej i skutecznej konkurencji, które mogą szkodzić użytkownikom końcowym oraz uniemożliwiać operatorom alternatywnym korzystanie z infrastruktury sieciowej (...) S.A. z siedzibą w W..

Do problemów tych zaliczono w szczególności:

i. Możliwość zawyżania opłat za dostęp komunikacyjny do sieci (...) S.A. z siedzibą w W., w tym stosowania praktyk dyskryminacji cenowej, subsydiowania skróśnego oraz zawężenia marży;

ii. Możliwość utrudniania innym operatorom dostępu do sieci (...) S.A. z siedzibą w W.,

(...). Możliwość dyskryminacji operatorów alternatywnych względem jednostek organizacyjnych (...) i podmiotów z grupy (...) S.A. z siedzibą w W., m. in. poprzez wymianę informacji niedostępnych operatorom alternatywnym oraz utrudnianie przez (...) S.A. z siedzibą w W. konkurentom dostępu do informacji niezbędnych do zamówienia usług,

iv. Możliwość utrudnień związanych z migracją do sieci opartej na technologii światłowodowej, w tym w szczególności związanych z likwidacją punktów dostępowych i węzłów sieci telekomunikacyjnej bazujących na technologii miedzianej, spowodowaną powszechnością zastosowań FTTx

Jednocześnie pozwany Prezes UKE stwierdził, iż pomimo krajowego zasięgu hurtowego rynku dostępu szerokopasmowego, na terenie Polski występują obszary gminne, na których zidentyfikowano zróżnicowane warunki i problemy, która to identyfikacja uzasadniła podział tychże obszarów na trzy grupy.

Mając na uwadze powyższe, celem eliminacji zidentyfikowanych na rynku 5 problemów, Prezes UKE nałożył na (...) S.A. z siedzibą w W. opisane powyżej obowiązki regulacyjne z zastosowaniem zróżnicowania geograficznego, tj. z uwzględnieniem podziału obszarów gminnych na (...) wyszczególnione w Decyzji.

Od powyższej Decyzji powód – (...) S.A. z siedzibą w W., wniósł odwołanie zaskarżając ją w części, tj. w zakresie pkt IV, V i VI. Zaskarżonej Decyzji powód zarzucił:

1. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 24 pkt 2 ppkt a ustawy Prawo telekomunikacyjne poprzez błędne jego zastosowanie polegające na ukształtowaniu obowiązków regulacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego z pominięciem ograniczeń wynikających z zasad proporcjonalności i adekwatności oraz celów określonych w art. 1 ust. 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne.

2. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 19 Dyrektywy 2002/21 w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej oraz art. 19 ust. 3 ustawy Prawo telekomunikacyjne poprzez brak uwzględnienia przez Prezesa UKE przy ukształtowaniu obowiązków regulacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego Zaleceń Komisji Europejskiej w sprawie regulowanego dostępu do sieci dostępu nowej generacji.

Wskazując na powyższe, Powód wniósł o zmianę skarżonej decyzji poprzez:

1. nadanie punktom IV.1 a, g, h o oraz IV.2 i Decyzji następującego brzmienia:

IV. 1 a:

„zapewnienie dostępu do strumienia bitów (...) lub innego niefizycznego lub wirtualnego dostępu do usług szerokopasmowej transmisji danych, który realizowany jest przy wykorzystaniu zasobów fizycznych, na poziomie (...)

IV. 1 g:

„zapewnienie dostępu do nowych produktów hurtowego dostępu szerokopasmowego, opartych na sieci dostępu nowej generacji, regulowanych na mocy niniejszej decyzji, co najmniej na 6 (sześć) miesięcy przed wprowadzeniem przez (...) S.A. z siedzibą w W. nowych produktów stanowiących detaliczny odpowiednik nowych produktów hurtowego dostępu szerokopasmowego w sieci dostępu nowej generacji. Przy czym, przez zapewnienie dostępu rozumie się gotowość (...) do przyjmowania zamówień od (...) na usługi hurtowe sieci nowej generacji w oparciu o dostępne zasoby techniczne. Zamówienia w zakresie dostarczania usług dla użytkownika końcowego, będą realizowane dla (...) od dnia wprowadzenia usług detalicznych (...) z zachowaniem zasad niedyskryminacji.”

ewentualnie:

„zapewnienie dostępu do nowych produktów hurtowego dostępu szerokopasmowego, opartych na sieci dostępu nowej generacji, regulowanych na mocy niniejszej decyzji, co najmniej na 6 (sześć) miesięcy przed wprowadzeniem przez (...) S.A. z siedzibą w W. nowych produktów stanowiących detaliczny odpowiednik nowych produktów hurtowego dostępu szerokopasmowego w sieci dostępu nowej generacji, o ile nie ma innych skutecznych zabezpieczeń gwarantujących niedyskryminację”

IV. 1 h

„zakończenie procedury związanej z migracją z technologii miedzianej do światłowodowej, w przypadku zmiany opcji usługi szerokopasmowej na wymagającą zastosowania sieci dostępowej (...) lub w przypadku gdy w skutek wdrożenia technologii (...) konieczna jest migracja usług z technologii miedzianej na światłowodową, w terminie 3 (trzech) miesięcy od dnia złożenia wniosku przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego.”

IV. 1 o

„utrzymywanie uprzednio ustanowionego dostępu telekomunikacyjnego na warunkach nie gorszych od dotychczasowych (w szczególności warunkach cenowych, technicznych, jakościowych i ilościowych), w tym utrzymywanie uprzednio ustanowionego dostępu do strumienia bitów (BSA) lub innego niefizycznego lub wirtualnego dostępu do usług szerokopasmowej transmisji danych świadczonego, zarówno w oparciu o technologię miedzianą, jak i światłowodową. Obowiązek utrzymywania uprzednio ustanowionego dostępu obejmuje również dostęp do strumienia bitów (BSA) lub innego niefizycznego lub wirtualnego dostępu do usług szerokopasmowej transmisji danych, świadczony w oparciu o technologię miedzianą, który stanowi przedmiot uzasadnionego wniosku

przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o ten dostęp, złożonego (...) S.A. z siedzibą w W. najpóźniej w dniu wydania niniejszej decyzji. Obowiązek, o którym mowa w zdaniu poprzednim stosuje się, o ile (...) i operatorzy korzystający z dostępu do sieci nie osiągną porozumienia, (...) poinformuje operatorów alternatywnych korzystających z dostępu o wycofaniu się z eksploatacji punktu styku, nie mniej niż 5 lat przed planowanym wycofaniem. Okres ten może być krótszy niż 5 lat, jeżeli w punkcie styku zostanie zapewniony równoważny dostęp.”

IV. 2 i

„realizację procesów świadczenia usług i sprzedaży produktów hurtowych regulowanych na mocy niniejszej decyzji, przez część hurtową działającą w ramach (...) S.A. z siedzibą w W. w oparciu o odseparowane systemy informatyczne, do których nie mają dostępu inne działy działające w ramach przedsiębiorstwa (...) S.A. z siedzibą w W. lub podmioty zależne”

2. dodanie pkt IV. 1 p w następującym brzmieniu:

„w przypadku, gdy (...) planuje wyłączenie z użytku węzła (...), na którym są uruchomione usługi operatora alternatywnego, (...) przesyła do operatora alternatywnego informacje o planowanym wyłączeniu co najmniej na 6 miesięcy przed planowanym wyłączeniem. Od dnia przekazania informacji, (...) nie będzie uruchamiała nowych usług na wskazanym węźle, a operator alternatywny nie będzie składać nowych zamówień. (...) zapewni migrację operatora alternatywnego na inny poziom dostępu do sieci – wskazany przez operatora alternatywnego – w ciągu 6 miesięcy od otrzymania przez (...) informacji o planowanym wyłączeniu węzła (...).”

3. Nadanie punktom V. 1 a, g, h, o oraz V. 2 i Decyzji następującego brzmienia:

V. 1 a:

„zapewnienie dostępu do strumienia bitów (...) lub innego niefizycznego lub wirtualnego dostępu do usług szerokopasmowej transmisji danych, który realizowany jest przy wykorzystaniu zasobów fizycznych, na poziomie (...)

V. 1 g:

„zapewnienie dostępu do nowych produktów hurtowego dostępu szerokopasmowego, opartych na sieci dostępu nowej generacji, regulowanych na mocy niniejszej decyzji, co najmniej na 6 (sześć) miesięcy przed wprowadzeniem przez (...) S.A. z siedzibą w W. nowych produktów stanowiących detaliczny odpowiednik nowych produktów hurtowego dostępu szerokopasmowego w sieci dostępu nowej generacji. Przy czym, przez zapewnienie dostępu rozumie się gotowość (...) do przyjmowania zamówień od (...) na usługi hurtowe sieci nowej generacji w oparciu o dostępne zasoby techniczne. Zamówienia w zakresie dostarczania usług dla użytkownika końcowego, będą realizowane dla (...) od dnia wprowadzenia usług detalicznych (...) z zachowaniem zasad niedyskryminacji.”

ewentualnie:

„zapewnienie dostępu do nowych produktów hurtowego dostępu szerokopasmowego, opartych na sieci dostępu nowej generacji, regulowanych na mocy niniejszej decyzji, co najmniej na 6 (sześć) miesięcy przed wprowadzeniem przez (...) S.A. z siedzibą w W. nowych produktów stanowiących detaliczny odpowiednik nowych produktów hurtowego dostępu szerokopasmowego w sieci dostępu nowej generacji, o ile nie ma innych skutecznych zabezpieczeń gwarantujących niedyskryminację”

V. 1 h

„zakończenie procedury związanej z migracją z technologii miedzianej do światłowodowej, w przypadku zmiany opcji usługi szerokopasmowej na wymagającą zastosowania sieci dostępowej (...) lub w przypadku gdy w skutek wdrożenia technologii (...) konieczna jest migracja usług z technologii miedzianej na światłowodową, w terminie 3 (trzech) miesięcy od dnia złożenia wniosku przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego.”

V. 1 o

„utrzymywanie uprzednio ustanowionego dostępu telekomunikacyjnego na warunkach nie gorszych od dotychczasowych (w szczególności warunkach cenowych, technicznych, jakościowych i ilościowych), w tym utrzymywanie uprzednio ustanowionego dostępu do strumienia bitów ((...)) lub innego нефizycznego lub wirtualnego dostępu do usług szerokopasmowej transmisji danych świadczonego, zarówno w oparciu o technologię miedzianą, jak i światłowodową. Obowiązek utrzymywania uprzednio ustanowionego dostępu obejmuje również dostęp do strumienia bitów ((...)) lub innego нефizycznego lub wirtualnego dostępu do usług szerokopasmowej transmisji danych, świadczony w oparciu o technologię miedzianą, który stanowi przedmiot uzasadnionego wniosku przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o ten dostęp, złożonego (...) S.A. z siedzibą w W. najpóźniej w dniu wydania niniejszej decyzji. Obowiązek, o którym mowa w zdaniu poprzednim stosuje się, o ile (...) i operatorzy korzystający z dostępu do sieci nie osiągną porozumienia, (...) poinformuje operatorów alternatywnych korzystających z dostępu o wycofaniu się z eksploatacji punktu styku, nie mniej niż 5 lat przed planowanym wycofaniem. Okres ten może być krótszy niż 5 lat, jeżeli w punkcie styku zostanie zapewniony równoważny dostęp.”

V. 2 i

„realizację procesów świadczenia usług i sprzedaży produktów hurtowych regulowanych na mocy niniejszej decyzji, przez część hurtową działającą w ramach (...) S.A. z siedzibą w W. w oparciu o odseparowane systemy informatyczne, do których nie mają dostępu inne działy działające w ramach przedsiębiorstwa (...) S.A. z siedzibą w W. lub podmioty zależne”

4. dodanie pkt V. 1 p w następującym brzmieniu:

„w przypadku, gdy (...) planuje wyłączenie z użytku węzła (...), na którym są uruchomione usługi operatora alternatywnego, (...) przesyła do operatora alternatywnego informacje o planowanym wyłączeniu co najmniej na 6 miesięcy przed planowanym wyłączeniem. Od dnia przekazania informacji, (...) nie będzie uruchamiała nowych usług na wskazanym węzle, a operator alternatywny nie będzie składać nowych zamówień. (...) zapewni migrację operatora alternatywnego na inny poziom dostępu do sieci – wskazany przez operatora alternatywnego – w ciągu 6 miesięcy od otrzymania przez (...) informacji o planowanym wyłączeniu węzła (...).”

5. Nadanie punktom VI. 1 a, g, h, o Decyzji następującego brzmienia:

VI. 1 a:

„zapewnienie dostępu do strumienia bitów ((...), ang. B. A.) lub innego нефizycznego lub wirtualnego dostępu do usług szerokopasmowej transmisji danych, który realizowany jest przy wykorzystaniu zasobów fizycznych, na poziomie (...), (...)/ (...)/ (...), (...), E., (...) oraz I. N.”

VI. 1 g:

„zapewnienie dostępu do nowych produktów hurtowego dostępu szerokopasmowego, opartych na sieci dostępu nowej generacji, regulowanych na mocy niniejszej decyzji, co najmniej na 6 (sześć) miesięcy przed wprowadzeniem przez (...) S.A. z siedzibą w W. nowych produktów stanowiących detaliczny odpowiednik nowych produktów hurtowego dostępu szerokopasmowego w sieci dostępu nowej generacji. Przy czym, przez zapewnienie dostępu rozumie się gotowość (...) do przyjmowania zamówień od (...) na usługi hurtowe sieci nowej generacji w oparciu o dostępne zasoby techniczne. Zamówienia w zakresie dostarczania usług dla użytkownika końcowego, będą realizowane dla (...) od dnia wprowadzenia usług detalicznych (...) z zachowaniem zasad niedyskryminacji.”

ewentualnie:

„zapewnienie dostępu do nowych produktów hurtowego dostępu szerokopasmowego, opartych na sieci dostępu nowej generacji, regulowanych na mocy niniejszej decyzji, co najmniej na 6 (sześć) miesięcy przed wprowadzeniem przez (...)

S.A. z siedzibą w W. nowych produktów stanowiących detaliczny odpowiednik nowych produktów hurtowego dostępu szerokopasmowego w sieci dostępu nowej generacji, o ile nie ma innych skutecznych zabezpieczeń gwarantujących niedyskryminację”

VI. 1 h

„zakończenie procedury związanej z migracją z technologii miedzianej do światłowodowej, w przypadku zmiany opcji usługi szerokopasmowej na wymagającą zastosowania sieci dostępowej (...) lub w przypadku gdy w skutek wdrożenia technologii (...) konieczna jest migracja usług z technologii miedzianej na światłowodową, w terminie 3 (trzech) miesięcy od dnia złożenia wniosku przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego.”

V. 1 o

„utrzymywanie uprzednio ustanowionego dostępu telekomunikacyjnego na warunkach nie gorszych od dotychczasowych (w szczególności warunkach cenowych, technicznych, jakościowych i ilościowych), w tym utrzymywanie uprzednio ustanowionego dostępu do strumienia bitów ((...)) lub innego нефizycznego lub wirtualnego dostępu do usług szerokopasmowej transmisji danych świadczonego, zarówno w oparciu o technologię miedzianą, jak i światłowodową. Obowiązek utrzymywania uprzednio ustanowionego dostępu obejmuje również dostęp do strumienia bitów ((...)) lub innego нефizycznego lub wirtualnego dostępu do usług szerokopasmowej transmisji danych, świadczony w oparciu o technologię miedzianą, który stanowi przedmiot uzasadnionego wniosku przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o ten dostęp, złożonego (...) S.A. z siedzibą w W. najpóźniej w dniu wydania niniejszej decyzji. Obowiązek, o którym mowa w zdaniu poprzednim stosuje się, o ile (...) i operatorzy korzystający z dostępu do sieci nie osiągną porozumienia, (...) poinformuje operatorów alternatywnych korzystających z dostępu o wycofaniu się z eksploatacji punktu styku, nie mniej niż 5 lat przed planowanym wycofaniem. Okres ten może być krótszy niż 5 lat, jeżeli w punkcie styku zostanie zapewniony równoważny dostęp.”

V. 2 i

„realizację procesów świadczenia usług i sprzedaży produktów hurtowych regulowanych na mocy niniejszej decyzji, przez część hurtową działającą w ramach (...) S.A. z siedzibą w W. w oparciu o odseparowane systemy informatyczne, do których nie mają dostępu inne działy działające w ramach przedsiębiorstwa (...) S.A. z siedzibą w W. lub podmioty zależne”

6. dodanie pkt VI. 1 p w następującym brzmieniu:

„w przypadku, gdy (...) planuje wyłączenie z użytku węzła (...), na którym są uruchomione usługi operatora alternatywnego, (...) przesyła do operatora alternatywnego informacje o planowanym wyłączeniu co najmniej na 6 miesięcy przed planowanym wyłączeniem. Od dnia przekazania informacji, (...) nie będzie uruchamiała nowych usług na wskazanym węźle, a operator alternatywny nie będzie składać nowych zamówień. (...) zapewni migrację operatora alternatywnego na inny poziom dostępu do sieci – wskazany przez operatora alternatywnego – w ciągu 6 miesięcy od otrzymania przez (...) informacji o planowanym wyłączeniu węzła (...).”

Ponadto powód wniósł o:

- i. wstrzymanie natychmiastowej wykonalności zaskarżonej decyzji w części w zakresie pkt IV 1 g, V. 1 g, VI. 1 g,
- ii. dopuszczenie dowodu z zeznań świadka M. Z. na okoliczność stanowiska prezentowanego przez dostawców sprzętu telekomunikacyjnego obsługującego technologię (...) oraz kłopotów związanych z utrzymywaniem infrastruktury wspierającej technologię (...),
- (...), dopuszczenia dowodu z dokumentów wymienionych w treści uzasadnienia odwołania,
- iv. dopuszczenie pozostałych dowodów, zawnioskowanych w treści uzasadnienia odwołania,

v. przeprowadzenie rozprawy w trybie art. 479¹⁷ k.p.c.,

vi. zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

W uzasadnieniu powód podniósł ponadto fakt braku rozwiązań dotyczących migracji technologicznych. Zdaniem powoda istotnym brakiem zaskarżonej Decyzji jest nieuregulowanie przez Prezesa UKE kwestii związanych z procesem wycofywania z rynku technologii (...), który w znaczący sposób może wpływać na możliwość zapewnienia przez (...) S.A. z siedzibą w W. ciągłości usługi na rzecz zarówno samej (...), jak również operatorów alternatywnych.

Reasumując, zdaniem powoda Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wydając zaskarżoną Decyzję nie uwzględnił ograniczeń wynikających z zasady proporcjonalności i adekwatności wyrażonej w art. 24 pkt 2 ppkt a) ustawy Prawo telekomunikacyjne, jak również Zaleceń Komisji Europejskiej w sprawie regulowania dostępu do sieci dostępu nowej generacji z dnia 20 września 2010 roku, co w konsekwencji prowadzi nałożenia na (...) S.A. z siedzibą w W. obowiązków regulacyjnych sprzecznych z celami określonymi w art. 1 ust. 2 pkt 1, 2 i 4 PT oraz treścią Zaleceń. Zdaniem powoda taki sam skutek odnosi nieprecyzyjne sformułowanie przez Prezesa UKE przedmiotowych obowiązków nałożonych na (...).

W odpowiedzi na odwołanie Prezes UKE wniósł o:

i. odrzucenie odwołania w zakresie pkt IV. 1 p, V. 1 p, VI. 1 p zaskarżonej Decyzji oraz oddalenie odwołania w pozostałej części, ewentualnie oddalenie odwołania w całości,

ii. Zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych,

(...). Oddalenie wniosku o wstrzymanie natychmiastowej wykonalności zaskarżonej Decyzji w części w zakresie pkt IV. 1 g, V 1 g, VI. 1 g

iv. Oddalenie wszystkich wniosków dowodowych powoda jako niezasadnych i odnoszących się do okoliczności nie mających istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy,

v. Połączenie niniejszej sprawy ze sprawą z odwołania (...) wniesionej do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów od zaskarżonej Decyzji,

vi. Przeprowadzenie dowodu z analizy kwartalnego raportu (...) oraz Audytu wykonania porozumienia (...) na okoliczność, iż nie istnieją obowiązki, poza nałożonymi w zaskarżonej decyzji, które zapewniłyby na analizowanym rynku skuteczną konkurencję, a nałożone w zaskarżonej decyzji obowiązki są proporcjonalne i adekwatne oraz pozostałych dowodów wskazanych w uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie.

i podtrzymał w całości swoje stanowisko wyrażone w Decyzji.

Sąd Okręgowy w Warszawie ustalił następujący stan faktyczny:

Działając na podstawie art. 24 pkt 1 i pkt 2 lit. a, w związku z art. 21 oraz art. 22 ust. 1 i ust. 2, art. 34 ust. 1 i ust. 2, art. 36, art. 37 ust. 1 i ust. 2, art. 38 ust. 1, art. 40 ust. 1 i art. 42 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, oraz art. 104 § 1 kpa w związku z art. 206 ust. 1 PT, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej przeprowadził analizę rynku w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych określając rynek właściwy jako krajowy rynek świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, z wyłączeniem obszarów gminnych określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 Decyzji w wyniku której ustalił, że na rynku 5 występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej. Przedsiębiorcą tym Prezes UKE wyznaczył (...) S.A. z siedzibą w W. nakładając na (...) określone w Decyzji obowiązki regulacyjne.

W ramach badania i analizy rynku 5, jak również w celu poczynienia ustaleń opisanych Decyzją, w okresie od stycznia 2009 roku do kwietnia 2011 roku, Prezes UKE przeprowadził postępowanie konsultacyjne i konsolidacyjne.

W toku postępowania administracyjnego przystąpiły do niego na prawach strony (...) i (...) oraz (...) na mocy postanowień Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej wydanych na wnioski tychże podmiotów.

Sąd Okręgowy w Warszawie zważył, co następuje:

Zgodnie z art. 24 pkt 2 ppkt a) ustawy Prawo telekomunikacyjne, prezes UKE wyznacza przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą oraz nakłada obowiązki regulacyjne, biorąc pod uwagę adekwatność i proporcjonalność danego obowiązku do problemów rynkowych, których rozwiązanie służy realizacji celów określonych w art. 1 ust. 2 przywołanej ustawy.

Przepis art. 25a PT zawiera definicję pozycji znaczącej oraz kolektywnej pozycji znaczącej. Zgodnie z treścią art. 25a ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne „przedsiębiorca telekomunikacyjny zajmuje znaczącą pozycję rynkową, jeżeli na rynku właściwym samodzielnie posiada pozycję ekonomiczną odpowiadającą dominacji w rozumieniu prawa wspólnotowego” Z kolei art. 25a ust. 3 PT stwierdza, że „dwóch lub więcej przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmuje kolektywną pozycję znaczącą, jeżeli nawet przy braku powiązań organizacyjnych lub innych związków między nimi posiadają na rynku właściwym pozycje ekonomiczną odpowiadającą dominacji w rozumieniu przepisów prawa wspólnotowego”.

W niniejszej sprawie bezspornymi są fakt ustalenia (...) S.A. z siedzibą w W. jako przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na rynku 5, jak również ustalenia i wnioski poczynione przez pozwanego Prezesa UKE, stanowiące podstawę rozstrzygnięć zawartych w zaskarżonej Decyzji.

Odnośnie zarzutu powoda dotyczącego obrazu przepisów prawa materialnego, tj. art. 24 pkt 2 ppkt a) ustawy Prawo telekomunikacyjne poprzez błędne jego zastosowanie polegające na ukształtowaniu obowiązków regulacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego z pominięciem ograniczeń wynikających z zasad proporcjonalności i adekwatności oraz celów określonych w art. 1 ust. 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne, Sąd zauważył, iż w przedmiotowej sprawie przedmiotowy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z wyrażoną w art. 8 Dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 roku w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej w związku z art. 5 Traktatu o Unii Europejskiej zasadą proporcjonalności „Państwa Członkowskie zapewnią, by krajowe organy regulacyjne, wypełniając swoje zadania wynikające z postanowień niniejszej dyrektywy lub dyrektyw szczegółowych, podejmowały stosowne środki zmierzające do realizacji celów określonych w ust. 2, 3 oraz 4. Takie środki winny być proporcjonalne do celów, jakie mają zostać osiągnięte.” Celami tymi są, zgodnie z treścią przywołanego art. 8 wspieranie konkurencji w dziedzinie udostępniania sieci i usług łączności elektronicznej, wspieranie rozwoju rynku wewnętrznego oraz promocja interesów obywateli Unii Europejskiej.

W ocenie Sądu Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej w uzasadnieniu Decyzji jasno sprecyzował zidentyfikowane w toku analizy rynku 5 występujące na nim problemy, odpowiadające zakresowi regulacji art. 8 Dyrektywy 2002/21/WE, utrudniające istnienie równoprawnej i skutecznej konkurencji, które mogą szkodzić użytkownikom końcowym oraz uniemożliwiać operatorom alternatywnym korzystanie z infrastruktury sieciowej (...) S.A. z siedzibą w W.. Przedstawiony w Decyzji katalog problemów występujących w obszarze rynku 5 został w ocenie Sądu zasadnie uzupełniony równoległym wskazaniem środków naprawczych – obowiązków regulacyjnych, których nałożenie służy celom określonym w art. 1 ust. 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne. Nie jest zatem, wobec powyższego, uzasadnionym zarzut stawiany Prezesowi UKE przez powoda, przedstawiony w argumentacji zawartej w treści odwołania od Decyzji, odnośnie braku wskazania problemu konkurencji, który Prezes UKE zamierza rozwiązać za pomocą regulacji, których zastosowanie jest jego zdaniem konieczne, tj. poprzez nałożenie na podmiot o znaczącej pozycji rynkowej stosownie do art. 24 pkt 2 ppkt a) PT obowiązków regulacyjnych. W świetle nałożonych na Prezesa UKE przepisami ustawy Prawo telekomunikacyjne oraz art. 8 Dyrektywy 2002/21/WE obowiązków, zastosowane przez pozwanego środki są

uzasadnione wobec realizowanego celu zidentyfikowanego w drodze analizy rynku 5, opisanego w treści zaskarżonej Decyzji., służąc w konsekwencji realizacji celów wyrażonych w art. 1 ust. 2 PT.

Sąd nie podziela również opinii powoda w kwestii uciążliwego charakteru tychże obowiązków, ograniczających jego prawa i wolności jako przedsiębiorcy.

Dla powyższej oceny, Sąd wziął pod uwagę fakt, że brak jest w argumentacji powoda przywołania okoliczności, danych czy dokumentów, które mogłyby uzasadniać zarzucaną Prezesowi UKE nieproporcjonalność, czy też nieadekwatność nałożonych zaskarżoną Decyzją obowiązków regulacyjnych. Sąd wskazuje, iż stosownie do art. 6 kc oraz art. 232 kpc, to na powodzie spoczywa ciężar dowodu na okoliczność nieprawidłowości ustaleń poczynionych przez Prezesa UKE oraz nieadekwatności i nieproporcjonalności zastosowanych przez niego środków zaradczych w postaci obowiązków regulacyjnych nałożonych na powoda zaskarżoną Decyzją. Jako, że powód nie przedstawił żadnych okoliczności faktycznych, które mogłyby wskazywać, iż nałożone Decyzją obowiązki regulacyjne zostały ustalone z pominięciem zasad adekwatności i proporcjonalności, jak również, że stanowią nadmierną uciążliwość dla jakiegokolwiek aspektu działalności (...) S.A z siedziba w W., tj. operacyjnego, ekonomicznego, finansowego etc., Sąd uznał, iż zarzut powoda nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosnie zarzutu powoda dotyczącego obrazu przepisów prawa materialnego, tj. art. 19 Dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 roku w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej oraz art. 19 ust. 3 ustawy Prawo telekomunikacyjne poprzez brak uwzględnienia przez Prezesa UKE przy ukształtowaniu obowiązków regulacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego Zaleceń Komisji Europejskiej w sprawie regulowanego dostępu do sieci dostępu nowej generacji, zarzut ten, zdaniem Sądu, należy uznać za niezasadny.

Sąd zwraca uwagę, że zgodnie z art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej wydawane przez instytucje Unii zalecenia nie mają mocy wiążącej. Moc wiążącą, zarówno w świetle przywołanego art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, jak i judykatury mają jedynie źródła prawa jakimi są dyrektywy, rozporządzenia oraz decyzje, przy czym, aby wywołać skutek bezpośredni, dyrektywy muszą zostać właściwie włączone do wewnętrznego porządku prawnego. Nie mają takie mocy opinie i zalecenia, jako akty prawne o charakterze niewiążącym, tzw. „soft law”.

Istotną konsekwencją charakteru aktu prawnego jakim jest zalecenia jest brak wywierania przez nie wpływu na sytuację prawną jednostki. Zalecenia nie stanowią aktu nakładającego na jednostkę jakichkolwiek obowiązków, jak również nie mogą też stanowić podstawy do wywodzenia z nich przysługujących jednostce praw, a co za tym idzie powoływanie się przez powoda na niezgodność treści Decyzji z postanowieniami przywołanego powyżej zalecenia KE należy uznać za nieuprawnione.

Niewiążący charakter zaleceń znalazł odzwierciedlenia w treści art. 19 ust. 3 ustawy Prawo telekomunikacyjne, którego treść stanowi przeniesienie do polskiego porządku prawnego zapisów art. 19 ust. 2 implementowanej Dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 roku w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej. Art. 19 ust. 3 PT mówi, że „Prezes UKE uwzględnia przy stosowaniu ustawy w największym możliwym 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.”

Zalecenia pełnią zatem wyłącznie rolę wskazówki interpretacji oraz stosowania prawa wspólnotowego, uprawnienia zaś i obowiązki wynikają z innych aktów mających moc ich nadawania, bądź nakładania. Nie jest możliwe powoływanie się na niezgodność regulacji z treścią zalecenia KE, gdyż zarówno prawo wspólnotowe, jak i rozwiązania przeniesione do porządku krajowego przewidują wprost możliwość niezastosowania się przez regulatora krajowego do ich treści. W ocenie sprawy na uwagę, w ocenie Sądu, zasługuje fakt, iż zgromadzony w postępowaniu administracyjnym poprzedzającym postępowanie przez Sądem Ochrony konkurencji i Konsumentów materiał dowodowy wskazuje na uwzględnienia przez Prezesa UKE w toku postępowania konsolidacyjnego stanowiska Komisji Europejskiej

poprzez wprowadzenie postulowanych zmian do projektu Decyzji, tj. rozszerzenia zakresu obowiązków regulacyjnych nałożonych na (...) S.A. z siedzibą w W., stosownie do art. 19 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne.

Ponadto, odnosząc się do zarzutu powoda, Sąd zwraca uwagę na brak sprecyzowania przez powoda zakresu niezgodności Decyzji z treścią Zaleceń Komisji Europejskiej w sprawie regulowanego dostępu do sieci dostępu nowej generacji. Żądanie określone pozwem nie czyni zadość art. 187 § 1 kpc. Ogólne zaś sformułowanie żądania sugerujące, iż zaskarżona Decyzja jest niezgodna z całością treści przywołanych zaleceń, czyni niewiadomy dla Sądu zakres rozpoznania i orzekania w sprawie wyrażony treścią art. 321 § 1 kpc.

Wobec powyższego, Sąd uznał, iż zarzut powoda dotyczący obrazy przepisów prawa materialnego, tj. art. 19 Dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 roku w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej oraz art. 19 ust. 3 ustawy Prawo telekomunikacyjne poprzez brak uwzględnienia przez Prezesa UKE przy ukształtowaniu obowiązków regulacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego Zaleceń Komisji Europejskiej w sprawie regulowanego dostępu do sieci dostępu nowej generacji, nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnośnie szczegółowych zarzutów powoda dotyczących treści wskazanych punktów zaskarżonej Decyzji, Sąd zważył iż nie mają one znaczenia dla dokonanej oceny odwołania od Decyzji. Zarzuty dotyczą ujęcia w Decyzji sformułowań umożliwiających interpretację i (...) S.A. dążąc do ich swoistej wykładni albo poprzez doszczegółowienie albo poprzez uogólnienie pojęć chce zapewnić sobie swobodę interpretacyjną.

W świetle powyższego Sąd stanął na stanowisku, iż zaskarżona Decyzja Prezesa UKE nakładająca na (...) S.A. z siedzibą w W., ustaloną przez Prezesa UKE jako przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej, obowiązki regulacyjne, wobec przeprowadzonej analizy warunków funkcjonowania rynku 5 połączonej z identyfikacją występujących na nim problemów utrudniających istnienie równoprawnej i skutecznej konkurencji, które mogą szkodzić użytkownikom końcowym oraz uniemożliwiać operatorom alternatywnym korzystanie z infrastruktury sieciowej (...), znajduje pełne uzasadnienie w świetle okoliczności sprawy i obowiązujących przepisów. W ocenie Sądu Prezes UKE w sposób prawidłowy zrealizował cele ustawowe wyrażone w art. 1 ust. 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne.

Mając na uwadze powyższe, Sąd w całości podzielił poczynione przez Prezesa UKE ustalenia mające swoje odzwierciedlenie w treści zaskarżonej Decyzji i nie znajdując podstaw uzasadniających uwzględnienie odwołania, Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił je na podstawie przepisu art. 479⁵³ §1 k.p.c.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sporu, w oparciu o treść art. 98 i 99 k.p.c. Do niezbędnych kosztów procesu zaliczono poniesione przez Prezesa UKE i (...) wynagrodzenie radcy prawnego należne stosownie do § 14 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. 2002r., Nr 163, poz. 1349 ze zm.) w wysokości 360,00 zł.

SSO Jolanta de Heij-Kaplińska