

Sygn. akt XVII AmT 34/11

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 października 2013 roku

Sąd Okręgowy w Warszawie-Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący: SSO Magdalena Sajur – Kordula

Protokolant: Andrzej Tracz

po rozpoznaniu w dniu 20 września 2013 roku w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

na skutek odwołania od pkt V.2 decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej nr (...)(...)

o nałożenie obowiązków regulacyjnych

I. oddała odwołanie;

II. zasądza od (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W. na rzecz Prezesa Urzędu (...) Elektronicznej kwotę 360 (trzysta sześćdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu.

Sygn. akt XVII AmT 34/11

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 19 kwietnia 2011 r., numer (...) (...) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej: Prezes UKE), na podstawie art. 21 oraz art. 22 ust. 1 art. i art. 34 ust. 1 i 2, art. 36, art. 37 ust. 1 i 2, oraz art. 44 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 (...) i 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;

I. określił, rynek właściwy jako rynek świadczenia usług zakańczania połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...) S.A. z siedzibą w W. (zwanego dalej również Spółką, (...), (...));

II. ustalił, że na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomych publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...) S.A. z siedzibą w W. występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej;

III. wyznaczył (...) S.A. z siedzibą w W. jako przedsiębiorcę zajmującego pozycję znaczącą na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...) S.A z siedzibą w W. ;

IV. utrzymał nałożone na (...) S.A. nr (...)(...) z dnia 11 marca 2009 r. następujące obowiązki regulacyjne:

1. obowiązek, o którym mowa w art. 36 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na równym traktowaniu przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, w szczególności przez oferowanie jednakowych warunków w porównywalnych okolicznościach, a także oferowaniu usług oraz udostępnianiu informacji na warunkach nie gorszych od stosowanych w ramach własnego przedsiębiorstwa lub w stosunkach z podmiotami zależnymi;

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

- zakres 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 operatorów wniosku w sprawie zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego;

- publikacja wskazanych powyżej informacji nastąpi w formie elektronicznej na oficjalnej stronie internetowej (...) Sp. z o.o.,

- informacje należy ogłosić niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie dwóch miesięcy od dnia doręczenia niniejszej decyzji; w przypadku zmiany zakresu bądź treści publikowanej informacji należy ją ogłosić niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 1 tygodnia od dnia wprowadzenia zmiany;

V. zmienił obowiązki regulacyjne nałożone na (...) S.A. z siedzibą w W. decyzją nr (...) (20) z dnia 11 marca 2009 r.

1. Obowiązek, o którym mowa w art. 34 ust. 1 i 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne, nadając mu następujące brzmienie: obowiązek uwzględniania uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego, w tym użytkowania elementów sieci oraz udogodnień towarzyszących, w celu świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...) S.A. w szczególności poprzez:

- zapewnienie określonych elementów sieci telekomunikacyjnej, w tym linii i łączy, niezbędnych do zapewnienia dostępu do sieci;

- przyznawanie dostępu do interfejsów, protokołów lub innych kluczowych technologii niezbędnych dla interoperacyjności usług, w tym usług sieci wirtualnych;

- zapewnienie infrastruktury telekomunikacyjnej, kolokacji oraz innych form wspólnego korzystania z budynków;

- zapewnienie funkcji sieci niezbędnych do zapewnienia pełnej interoperacyjności usług, w tym świadczenia usług w sieciach inteligentnych;

- zapewnienie połączenia sieci lub urządzeń telekomunikacyjnych oraz udogodnień z nimi związanych;

- prowadzenie negocjacji w sprawie dostępu telekomunikacyjnego w dobrej wierze oraz utrzymanie uprzednio ustanowionego dostępu telekomunikacyjnego do określonych sieci telekomunikacyjnych, urządzeń lub udogodnień towarzyszących;

- uwzględnienie uzasadnionych wniosków o dostęp telekomunikacyjny poprzez interfejs systemu informatycznego;

2. Obowiązek, o którym mowa w art. 44 ustawy Prawo telekomunikacyjne, nadając mu następujące brzmienie: obowiązek polegający na zakazie stosowania zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych (dalej także (...)) w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...) S.A. z siedzibą w W.. Przez stosowanie zawyżonych stawek (...) rozumie się ustalanie przez (...) S.A. stawek (...) wyższych niż stawki (...) zasiedziałego operatora (...).

W ostatnim VI punkcie decyzji na podstawie art. 206 ust. 2a w zw. z art. 206 ust. 2 Pt nadano jej rygor natychmiastowej wykonalności.

Od powyższej decyzji (...) S.A. złożył odwołanie, zaskarżając powyższą decyzję w części tj. w zakresie punktu V ppkt 2 podnosząc przy tym następujące zarzuty:

1. naruszenie art. 2 oraz art. 32 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, tj. tj.:

- złamanie konstytucyjnej zasady proporcjonalności i wynikającego z niej zakazu nadmiernej ingerencji oraz

- złamanie konstytucyjnej zasady równości i zakazu dyskryminacji, poprzez nałożenie na (...) nieproporcjonalnie uciążliwego i dyskryminującego (względem operatorów zasiedziałych oraz operatorów nowych na rynku) obowiązku cenowego;

2. naruszenie art. 44 Pt poprzez nałożenie na (...) nietypowego obowiązku regulacyjnego bez uzyskania zgody Komisji Europejskiej;

3. naruszenie art. 24 pkt 2) lit. c) Pt poprzez zmianę nałożonego obowiązku pomimo braku spełnienia przesłanek uzasadniających zmianę tego obowiązku;

4. naruszenie art. 24 pkt 2) lit. a) Pt poprzez nałożenie na (...) nowego obowiązku bez uwzględnienia i uzasadnienia przesłanki proporcjonalności

tego obowiązku do problemów rynkowych, których rozwiązanie służy realizacji celów określonych w art. 1 ust. 2 Pt;

5. naruszenie art. 7, art. 8, art. 11, art. 77 §1 oraz art. 107 §1 i §3 kodeksu postępowania administracyjnego poprzez oparcie rozstrzygnięcia na niepopartych dowodami, gołosłownych twierdzeniach, powołanych wybranych (wybiórczo) okolicznościach z pominięciem innych, istotnych w sprawie okoliczności, mających znaczenie dla prawidłowego rozstrzygnięcia.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty (...) S.A. (powód) wniósł o :

1. zmianę zaskarżonej decyzji poprzez nadanie punktowi V ppkt 2 następującego brzmienia:

„Obowiązek, o którym mowa w art 44 ustawy Prawo telekomunikacyjne, nadając mu następujące brzmienie: obowiązek polegający na zakazie stosowania zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych (dalej także (...)) w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...) S.A. z siedzibą w W.. Przez stosowanie zawyżonych stawek (...) rozumie się ustalanie przez (...) S.A. stawek (...) wyższych niż stawka w wysokości 0,36119 zł / min.

ewentualnie o:

2. zmianę zaskarżonej Decyzji poprzez nadanie punktowi V ppkt 2

następującego brzmienia:

„Obowiązek, o którym mowa w art. 44 ustawy Prawo telekomunikacyjne, nadając mu następujące brzmienie: obowiązek polegający na zakazie stosowania zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych (dalej także (...)) w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...) S.A. z siedzibą w W.. Przez stosowanie zawyżonych stawek (...) rozumie się ustalanie przez (...) S.A. stawek (...) wyższych niż stawki określone zgodnie z następującym harmonogramem: od 01 lipca 2011 r. 0,2721 zł/min, od stycznia 2012 r. 0,2233 zł/min, od 1 lipca 2012 r. 0,1798 zł/min”

ewentualnie o :

3. zmianę zaskarżonej Decyzji poprzez nadanie punktowi V ppkt 2 następującego brzmienia:

„Obowiązek, o którym mowa w art. 44 ustawy Prawo telekomunikacyjne, nadając mu następujące brzmienie: obowiązek polegający na zakazie stosowania zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych (dalej także (...)) w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...) S.A. z siedzibą w W.. Przez stosowanie zawyżonych stawek (...) rozumie się ustalanie przez (...) S.A. stawek (...) wyższych niż stawki określone zgodnie z następującym harmonogramem: od 01 lipca 2011 r.- 0,2800 zł/min, od stycznia 2012 r.- 0,1800zł/min, od 1 lipca 2012 r. - 0,1400 zł/min”

ewentualnie o:

4. na wypadek nie uwzględnienie wniosków powyżej o uchylenie decyzji w zaskarżonej części.

W każdym przypadku powód wniósł o zasądzenie od Prezesa UKE na rzecz (...) S.A. kosztów sądowych w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. (odwołanie k. 006-065 akt sądowych pismo procesowe z dnia 27 września 2011 r. k. 946 akt sądowych).

W odpowiedzi na odwołanie z 9 września 2011 r. (data stempla pocztowego k. 904-942 akt sądowych) pozwany Prezes UKE podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, wniósł o oddalenie odwołania w zaskarżonej części oraz wniosku o wstrzymanie wykonania decyzji. Ponadto wniósł o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W toku postępowania strony podtrzymały powyższe stanowiska w sprawie.

Sąd Okręgowy - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił następujący stan faktyczny:

Powód - (...) S.A w W. jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnymi w rozumieniu art. 2 pkt 27 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne posiadającym znaczącą pozycję na rynku hurtowego zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej ((...)) (okoliczność bezsporna).

Prezes UKE pismem z 13 listopada 2009 r. zwrócił się do (...) S.A. o przekazanie danych do analizy rynku zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) S.A. Dane objęte tajemnicą przedsiębiorstwa (...) S.A. przekazał Prezesowi UKE zgodnie z jego żądaniem. (dowód: pismo z dnia 13 listopada 2009 r. k. 1-6 pismo z 9 i 22 grudnia 2009 r. – objęte tajemnicą przedsiębiorstwa k. 8-61, k.62-63, k.64-122 akt. admin.)

Prezes UKE pismem z 30 grudnia 2009 r. zwrócił się do (...) P. z żądaniem przekazania informacji w zakresie charakterystyki miejsca działania P. (...).V. oraz działalności tej spółki. (...) S.A. odpowiedzi udzielił 7 stycznia 2010 r. (dowód: pismo z 30 grudnia 2009 r. k. 123, pismo z 7 stycznia 2010 r. k. 125-141akt admin.).

Prezes UKE 15 października 2010 r. zwrócił się do (...) P. z żądaniem przekazania danych do analizy rynku zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej(...) P. na podstawie art. 6 ust. 1 Pt. Żądane dane zostały przekazane przez (...) S.A. przy piśmie z 2 listopada 2010 r. (dowód: pismo z 15 października k. 143-145, pismo z 2 listopada objęte tajemnicą przedsiębiorstwa k. 146-231 akt admin.).

Prezes UKE zawiadomieniem z 4 listopada 2010 r. wszczął postępowanie w sprawie:

a. określenia rynku właściwego,

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 uchylecia obowiązków regulacyjnych nałożonych na przedsiębiorcę telekomunikacyjnej o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą przed przeprowadzeniem analizy rynku. (dowód pismo z 4 stycznia 2011 r. k. 233 akt admin.)

Prezes UKE pismem z 26 listopada 2010 r. powiadomił Prezesa UOKiK o rozpoczęciu postępowania konsultacyjnego, termin jego zakończenia upływał 27 grudnia 2010 r. (dowód: k. 236 akt admin.)

Prezes UKE zawiadomił Komisję Europejską o projekcie decyzji w trybie postępowania konsolidacyjnego, które to powiadomienie zostało zarejestrowane pod numerem PL(...). Następnie Prezes UKE udzielił Komisji Europejskiej informacji na zadane pytania. Komisja zajęła stanowisko w piśmie z 22 grudnia 2010 r. (dowód k.242, k.246-248, k.249- 251, k. 360-362k. 426-431 akt admin).

W ramach konsultacji wypowiedziała się (...) sp. z o.o., (...) sp. z o.o. Prezes UOKiK (dowód pisma k. 252-261 akt admin).

Po otrzymaniu uwag zgłoszonych przez Komisję Europejską 22 grudnia 2010 r. oraz uwag zgłoszonych w postępowaniu konsultacyjnym Prezes UKE dokonał zmian w projekcie decyzji w zakresie obowiązku z art. 44 Pt (k. 293 -294 akt admin. okoliczność bezsporna).

11 stycznia 2011 r. w związku z zakończeniem postępowania konsultacyjnego i konsolidacyjnego Prezes UKE poinformował (...) S.A., że przekazał przedmiotowy projekt decyzji Prezesowi UOKiK. (dowód: pismo z 11 stycznia 2011 k. 266 akt admin, projekt decyzji objętej tajemnicą przedsiębiorstwa k. 268-292 akt admin.)

Postanowieniem z dnia 25 stycznia 2011 r. Prezes UOKiK uznał, że zasadne jest:

I. określenie jako rynku właściwego jako rynku właściwego rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...);

II. ustalenie, że na rynku świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...) P. występuje przedsiębiorca o znaczącej pozycji rynkowej;

III. wyznaczenie (...) P., jako przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na rynku świadczenia osiami zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...);

IV. utrzymanie nałożonych na (...) decyzją nr (...) (20) z dnia 11 marca 2009 r. następujących obowiązków regulacyjnych

a) obowiązku regulacyjnego określonego w art. 36 PT. polegającego na równym traktowaniu przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego w celu świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...), w szczególności przez oferowanie jednakowych warunków w

porównywalnych okolicznościach, a także oferowanie usług oraz udostępnianiu informacji na warunkach nie gorszych od stosowanych w ramach własnego przedsiębiorstwa lub w stosunku z podmiotami zależnymi;

b) obowiązku regulacyjnego określonego w art.- 37 ust. 1 i 2 PT, polegającego na ogłaszaniu informacji w sprawach zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego w celu świadczenia usługi świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) S.A. z siedziba w W., dotyczących specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci, a także opłat, przy czym:

- zakres 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 operatorów wniosku w sprawie zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego:

- publikacja wskazanych powyżej informacji nastąpi w formie elektronicznej na oficjalnej stronie internetowej (...)

- informacje należy ogłosić niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie w dwóch miesięcy od dnia doręczenia decyzji Prezesa (...) a w przypadku zmiany zakresu bądź treści publikowanej informacji należy ogłosić ją niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie tygodnia od wprowadzenia zmiany;

V. zmiana nałożonego na (...) decyzją nr (...) (20) z dnia 11 marca 2009 r. obowiązku regulacyjnego określonego w ar. 34 ust. 1 i 2 PT poprzez nadanie mu następującego brzmienia: obowiązek uwzględnienia uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego, w tym użytkowania elementów sieci oraz udogodnień towarzyszących w celu świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...) SA w szczególności poprzez;

- zapewnienie określonych elementów sieci telekomunikacyjnej, w tym linii i łączy, niezbędnych do zapewnienia dostępu do sieci;

- przyznawanie dostępu do interfejsów protokołów lub innych kluczowych technologii niezbędnych dla interoperacyjności usług, w tym usług sieci wirtualnych;

- zapewnienie infrastruktury telekomunikacyjnej kolokacji oraz innych form wspólnego korzystania z budynków;

- zapewnienie funkcji sieci niezbędnych do zapewnienia pełnej interoperacyjności usług, w tym świadczenia usług w sieciach inteligentnych;

- zapewnienie połączenia sieci lub urządzeń telekomunikacyjnych oraz udogodnień z nimi związanych;

- prowadzenie negocjacji w sprawie dostępu telekomunikacyjnego w dobrej wierze oraz utrzymanie uprzednio ustanowionego dostępu telekomunikacyjnego do określonych sieci telekomunikacyjnych, urządzeń lub udogodnień towarzyszących;

- uwzględnianie uzasadnionych wniosków o dostęp telekomunikacyjny poprzez interfejs systemu informatycznego;

Natomiast zmianę obowiązku regulacyjnego, o którym mowa w art. 44 Pt polegającego na zakazie stosowania zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) S.A. z siedzibą w W. poprzez ustalenie, że obowiązek ten jest rozumiany jako zakaz stosowania przez (...) S.A. z siedzibą w W. zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) S.A. z siedzibą w W. tj. stawek wyższych niż stawki (...) zasiedziałego operatora (...) uznał jako niezasadną. (dowód: postanowienie k. 302-309 projekt decyzji objętej tajemnicą 437 -464admin.).

Zawiadomieniem z 28 stycznia 2011 r. Prezes UKE poinformował (...) S.A. o włączeniu do akt sprawy dokumentów w nich wymienionych oraz o zakończeniu postępowania dowodowego, możliwości zapoznania się z materiałem dowodowym oraz wypowiedzenia się co do zebranych materiałów i powodów przed wydaniem decyzji, wypełniając tym samym treść art. 10 § 1 k.p.a. (dowód: zawiadomienie k. 465-467).

(...) S.A. z tego prawa skorzystał i 4 lutego 2011 r. złożył swoje stanowisko w sprawie zastrzegając je jako tajemnicę przedsiębiorstwa, następnie uzupełnione w piśmie z 28 lutego 2011 i 17 marca 2011 . W piśmie tym wniósł o przeprowadzenie dowodu z analizy kalkulacji kosztów ponoszonych przy realizacji hurtowej usługi zakańczania połączenia głosowego w sieci (...), na okoliczność że koszty ponoszone przez (...) są wyższe aniżeli koszty operatorów (...) zasiedziały przy realizacji usługi zakańczania połączeń głosowych. (dowód: zawiadomienie k. 465 -467, stanowisko objęte tajemnicą k. 468 -469, k. 448-526).

Zawiadomieniem z 14 kwietnia 2011 r. Prezes UKE ponownie poinformował (...) S.A. o prawie do wypowiedzenia się w sprawie oraz możliwości zapoznania się z materiałem dowodowym oraz wypowiedzenia się co do zebranych materiałów i dowodów przed wydaniem decyzji (dowód. K 577 akt admin.). Z prawa tego skorzystał 18 kwietnia 2011 r. (...) S.A. (dowód k. 577 akt. admin.).

Okolicznością bezsporną między stronami jest również, że (...) S.A jest operatorem telekomunikacyjnym działającym w modelu (...), czyli takim który nie posiada własnych zakresów częstotliwości w przeciwieństwie do operatora (...) (posiadającego częstotliwość i własną infrastrukturę), stąd też dzierżawi tę częstotliwość od innego operatora (...) na podstawie umowy o roaming krajowy i uiszcza opłatę hurtową (host). (twierdzenie powoda, okoliczność bezsporne k. 14 -15).

Na polskim rynku krajowym (...) S.A., jako ten który wszedł na rynek od czerwca 2008 r., jest jedynym operatorem działającym w systemie full (...) co oznacza, że jego sieć jest „wirtualna” i korzysta z zasobów innego operatora infrastrukturalnego (twierdzenie pozwanego k. 920, okoliczność bezsporna).

Sąd ustalił powyższy stan faktyczny na podstawie dokumentacji znajdującej się w aktach sprawy oraz w aktach przesłanych przez organ regulacyjny. Nie były one kwestionowane przez strony.

Wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu rachunkowości regulacyjnej, jako zbędny do rozpoznania niniejszej sprawy, został oddalony.

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

Odwołanie w zaskarżonym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie prawnej Sąd pominął rozważania dotyczące prawidłowości ustalenia, iż na rynku świadczenia usług zakańczania połączeń głosowych w ruchomej sieci publicznej sieci telefonicznej, zgodnie z obszarem sieci w której następuje zakończenie połączenia, nie występuje skuteczna konkurencja, jak i prawidłowości wyznaczenia przedsiębiorcy na tak określonym rynku ,jako zajmującego pozycją znaczącą, ponieważ nie były to okoliczności sporne pomiędzy stronami jak i również nie były objęte zakresem zaskarżenia. Nie jest sporne pomiędzy stronami również, że zaskarżoną decyzją pozwany zmienił obowiązki regulacyjne nałożone na Powoda w stosunku do uprzednio wydanej decyzji .

Sąd podziela stanowisko Pozwanego, że zakres sporu wyznacza odwołanie wniesione przez przedsiębiorcę będące jednocześnie jego stanowiskiem procesowym, natomiast decyzja Prezesa UOKiK oraz jego odpowiedź na odwołanie, zawierają stanowisko procesowe Prezesa Urzędu (wyrok SN sygn.akt. III SK 5/09 z dnia 19 sierpnia 2009 r.). Sąd podziela również stanowisko Pozwanego, że w niniejszym postępowaniu rolą Sądu jest rozpoznanie sporu między organem antymonopolowym a przedsiębiorcą w przedmiocie naruszenia przepisów ustawy Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z dnia 3 sierpnia 2004 r., poz. 171, nr 1800) – dalej Pt.- i kwalifikacji tego ewentualnego naruszenia w brzmieniu ustawy obowiązującym przed jego zmianą z 21 stycznia 2013 r.

W związku z podniesionym przez Powoda zarzutem naruszenia art. 18 i 15 Pt, jako uzupełnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu, w którym to Powód upatruje źródło wskazania takiego naruszenia przepisów prawa, które może skutkować uchynieniem decyzji w tej części, Sąd stwierdza, że po pierwsze nie jest to zarzut sprekludowany, jak podniósł Pozwany w odpowiedzi na stanowisko procesowe powoda, ale niezasadny.

Po drugie, brak prekluzji wynika z faktu podniesionego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 44 Pt, gdzie Powód wskazuje, że postępowanie konsolidacyjne zostało przeprowadzone z jego naruszeniem, trudno byłoby przy tak podniesionym zarzucie, nie odnieść się do art. 18 i 19 Pt, ponieważ mieści się w tej samej podstawie prawa materialnego.

W ocenie Sądu istota sporu w pierwszej kolejności sprowadza się zatem do oceny prawnej, czy poddany procesowi konsolidacyjnemu i konsultacyjnemu projekt decyzji w której pozwany obowiązek w myśl art. 44 Pt określił jako : „**obowiązek, polegający na zakazie stosowania zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych (dalej także (...)) w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...) S.A. Poprzez stawki zawyżone rozumie się stawki (...) S.A. wyższe niż stawki (...) operatora infrastrukturalnego, który świadczy na rzecz (...) S.A. usługę roamingu krajowego**”, następnie zmieniony na : „**obowiązek, polegający na zakazie stosowania zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych (dalej także (...)) w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...) S.A. z siedzibą w W.. Przez stosowanie zawyżonych stawek (...) rozumie się ustalanie przez (...) S.A. stawek (...) wyższych niż stawki (...) zasiedziałego operatora (...)** który to obowiązek nie był przedmiotem postępowania konsolidacyjnego, może skutkować uchynieniem decyzji w tym zakresie.

W tym miejscu Sąd przychyła się i w pełni aprobuje wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2011 r. sygn.akt III SK 18/10, w którym to Sąd stwierdza, że : „ nie ma potrzeby przedstawiania projektu decyzji w ramach postępowania konsolidacyjnego, jeżeli krajowy organ regulacyjny dostosowuje się do zawartych w pierwotnej opinii sugestii i zastrzeżeń, i konsekwencją tego dostosowania jest odpowiednia zmiana treści decyzji. Dotyczy to zarówno sytuacji w których uwzględnienie stanowiska Komisji prowadzi do zmiany obowiązków przewidzianych w zaopiniowanym projekcie decyzji jaki i rezygnacji niektórych z nich”. Dalej podnosi, że : „ Jeżeli jednak krajowy organ regulacji, wydając właściwą decyzję zamierza odstąpić od jej wersji przedstawionej do zaopiniowania Komisji w innym zakresie, niż wynikający ze stanowiska tego organu unijnego, w szczególności, jeżeli nakłada nowe obowiązki regulacyjne co do których Komisja nie miała okazji się wypowiedzieć, wówczas konieczne jest ponowne przedstawienie projektu decyzji do konsultacji przez Komisję w trybie określonym w art. 8 us. 4 dyrektywy ramowej”.

Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy, zmiana projektu decyzji objętej postępowaniem konsolidacyjnym wynikała nie z nałożenia nowego obowiązku, jak twierdzi Powód, tylko na skutek zapoznania się ze stanowiskiem przedstawionym przez Komisję Europejską. Powód błędnie uznaje, że określenie obowiązku w skutkach dla niego odmiennych (zakaz stosowania stawek (...) wyższych niż stawki (...) zasiedziałego operatora (...)) jest nowym obowiązkiem w stosunku co do którego nie wypowiedziała się Komisja Europejska. Ten obowiązek z punktu widzenia dokonania jego zmiany jest obowiązkiem, co do którego Komisja Europejska się wypowiedziała i wydała swoją opinię po uprzednim wyjaśnieniu przez organ regulacyjny kwestii odnośnie, dlaczego nałożony środek ten uważa jako wykraczający poza zakres art. 13 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych i usług łączności elektronicznej (Dz.U. L 108 z 24.4.2002 str. 33).

Jego zmiana nie cechuje się „nowością”, którą podkreśla - jako podlegającą ocenie w tym postępowaniu przy naruszeniu art. 18 Pt-, w uzasadnieniu powyżej powołanego wyroku SN, gdzie SN wskazuje, że: „jeżeli zmiana cechuje się nowością w zakresie elementów rozstrzygnięcia sprawy przez organ regulacyjny, wówczas konieczne jest ponowne przedstawienie projektu decyzji do konsultacji przez Komisję”. Różnica sprowadza się do zamiany „operatora infrastrukturalnego” na „operatora zasiedziałego”, z punktu widzenia postępowania konsolidacyjnego nie jest to zmiana cechująca się nowym obowiązkiem. Obowiązek pozostaje ten sam: zakaz stosowania stawek (...)

zawyżonych, choć z punktu widzenia powoda obowiązek ten ma swoje konsekwencje w ramach prowadzonej przez niego działalności gospodarczej.

Pozwany w jak najszerszym zakresie uwzględnił uwagi zgłoszone przez Komisję Europejską - nie uwzględnił natomiast konieczności ustalania obowiązku cen w zależności od ponoszenia kosztów na mocy art. 13 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych i usług łączności elektronicznej (Dz.U. L 108 z 24.4.2002 str. 33).

Asymetria stawek jest stosowana w stosunku do nowowchodzących operatorów, którzy mają wyższe koszty związane z wejściem na rynek zbudowaniem infrastruktury (tzw. koszty utopione). Przez zastosowanie asymetrii stawek za zakańczanie połączeń, służą one wyrównaniem pozycji konkurencyjnej danego operatora w stosunku do operatorów funkcjonujących od lat tzw. operatorów zasiedziałych. Zgodnie z zaleceniami Komisji Europejskiej w sprawie stawek (...), środki uzyskane przez operatora z dopuszczonej asymetrii stawek, mogą być przeznaczone na zwrot tych wyższych efektywnie ponoszonych kosztów związanych ze świadczeniem usługi zakańczania połączeń. Powód nie wykazał, aby te wyższe koszty ponosił, przy czym mając na względzie wytyczne Komisji, są to koszty przyrostowe, związane z usługą zakańczania połączeń głosowych w jego sieci. Są to koszty możliwe do uniknięcia, gdyby usługa nie była świadczona. Stąd też Sąd podziela wniosek Pozwanego, że koszty, które ponosi Powód są kosztami związanymi z profilem jego działalności, a wśród nich nie ma tych specjalnie dedykowanych usłudze zakańczania połączenia głosowego w jego sieci. Gdyby nie umowy roamingowe wiążące Powoda polegające na wykorzystaniu interfejsu radiowego publicznej ruchomej sieci telekomunikacyjnej udostępnianej przez innego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, powód nie świadczyłby usługi w zakresie ruchomej publicznej sieci telefonicznej. Inaczej mówiąc ponosząc opłaty związane z tą umową w postaci opłat hostingowych powód by je ponosił niezależnie, czy połączenia miałyby zakańczać się w sieci do której ma dostęp w oparciu o umowę („dzierżawa częstotliwości”).

Stąd też prawidłowo pozwany zastosował art. 44 Pt w brzmieniu nadanym w sentencji decyzji ponieważ stanowi on niezbędny i konieczny środek regulacyjny dla osiągnięcia celu jakim jest obniżanie stawek stosowanych przez powoda do poziomu symetrycznego ze stawkami stosowanymi przez operatorów zasiedziałych (...).

Nie stanowi to również odmiennego traktowania w stosunku do pozostałych nowych operatorów infrastrukturalnych jak zarzuca Powód, ponieważ istotą równego traktowania nie jest identyczne traktowanie, lecz jednakowe w porównywalnych warunkach i okolicznościach. W ocenie Sądu zezwolenie przez Pozwanego na dalsze pobierania przez Powoda wyższej asymetrycznej stawki (...), stanowiłoby bezzasadne uprzywilejowanie Powoda względem innych podmiotów na rynku, którzy nie działają w systemie modelu (...), lecz są operatorami posiadającym własną częstotliwość.

Biorąc powyższe okoliczności pod uwagę Sąd uznał, iż nie doszło do naruszenia art. 44 w zw. z art. 18 i 19 Prawa telekomunikacyjnego.

Pozwany nie złamał również konstytucyjnej zasady proporcjonalności, zakazu nadmiernej ingerencji, równości i zakazu dyskryminacji, aktualne pozostają tutaj rozważania Sądu, dotyczące zgodności zaskarżonej decyzji z przepisami prawa telekomunikacyjnego.

Odnośnie zarzutów dotyczących naruszenia art. 24 pkt lit. c oraz 24 pkt 2 lit. a Pt Sąd w pełni podziela stanowisko przedstawione przez Prezesa UKE w odpowiedzi na odwołanie. Prezes UKE ma prawo i obowiązek dokonywania analizy sytuacji na krajowym rynku telekomunikacyjnym oraz jego regulacji m.in. z uwzględnieniem interesu użytkowników końcowych. Może więc dokonywać stosownych zmian swych decyzji oraz kształtować określoną politykę np. cenową na tym rynku.

Zarzuty w zakresie naruszenia przepisów kodeksu postępowania administracyjnego, co oczywiste, są bezzasadne z uwagi na kontradiktoryjność tego postępowania w rozumieniu k.p.c. gdzie Sąd dokonuje własnych ustaleń i ich oceny jako organ pierwszoinstancyjny.

Z powyższych względów należało odwołanie w zaskarżonym zakresie oddalić na mocy art. 479⁶⁴ § 1 k.p.c.

O kosztach procesu rozstrzygnięto na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. Na kwotę zasadzoną w pkt II wyroku składa się kwota 360 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego,

SSO Magdalena Sajur – Kordula

ZARZĄDZENIE

(...)