

Sygn. akt VI ACa 97/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 lutego 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA Agata Zając

Sędziowie: SA Teresa Mróz

SO del. Jadwiga Smołucha (spr.)

Protokolant: Izabela Nowak

po rozpoznaniu w dniu 11 lutego 2016 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa (...) Spółki Akcyjnej w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

z udziałem (...) sp. z o.o. we W.

o nałożenie obowiązków regulacyjnych

na skutek apelacji powoda

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

z dnia 3 października 2014 r., sygn. akt XVII AmT 57/12

I. oddala apelację;

II. zasądza od (...) Spółki Akcyjnej w W. na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 270 zł (dwieście siedemdziesiąt złotych) i na rzecz (...) sp. z o.o. we W. kwotę 360 zł (trzysta sześćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI ACa 97/15

UZASADNIENIE

W odwołaniu złożonym 11 lipca 2012 r. (...) S.A. w W. (poprzednio (...) S.A. w W.) zaskarżyła w całości decyzję Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (...) z 21 czerwca 2012 r., wnosząc o jej zmianę poprzez wprowadzenie do umowy o połączeniu sieci, zawartej przez powoda 4 czerwca 2007 r. z (...) S.A. we W., postanowień umożliwiających powodowi rozliczanie ruchu międzyoperatorskiego w oparciu o płaskie stawki interkonektowe, ewentualnie o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości, a ponadto o zasądzenie na rzecz powoda kosztów postępowania.

W odpowiedzi na odwołanie pozwany Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej oraz zainteresowany (...) sp. z o.o. we W. wnieśli o oddalenie odwołania.

Wyrokiem z 3 października 2014 r. Sąd Okręgowy w Warszawie w punkcie 1. oddalił odwołanie i w punkcie 2. zasądził od (...) S.A. w W. na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej oraz (...) sp. z o.o. we W. po 360 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

Rozstrzygnięcie sądu okręgowego zostało oparte na następujących ustaleniach faktycznych.

4 czerwca 2003 roku (...) S.A. w W. (obecnie (...) S.A. z siedzibą w W.) i (...) S.A. z siedzibą we W. zawarły umowę o połączeniu sieci.

26 kwietnia 2007 roku Prezes UKE wydał decyzję nr (...) (zwaną dalej „decyzją (...)\", mocą której wyznaczył (...) jako przedsiębiorcę o znaczącej pozycji rynkowej na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej (...) oraz nałożył na (...) określone obowiązki regulacyjne, m.in.:

- obowiązek, o którym mowa w art. 34 ustawy Prawo telekomunikacyjne (dalej Pt), polegający na uwzględnianiu wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego, w tym użytkowania elementów sieci oraz udogodnień towarzyszących, w zakresie świadczenia usługi zakańczania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej (...);

- obowiązek, o którym mowa w art. 36 Pt, polegający na równym traktowaniu przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego w celu świadczenia usługi zakańczania połączeń w stacjonarnej sieci telefonicznej (...), w szczególności przez oferowanie jednakowych warunków w porównywalnych okolicznościach a także oferowanie usług oraz udostępnianie informacji na warunkach nie gorszych od stosowanych w ramach własnego przedsiębiorstwa lub w stosunkach z podmiotami zależnymi;

- obowiązek, o którym mowa w art. 37 Pt, polegający na ogłaszaniu informacji w sprawach zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego w zakresie świadczenia usługi zakańczania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej (...), dotyczących specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci, a także opłat.

22 września 2009 roku Prezes UKE wydał decyzję nr (...) (zwaną dalej „decyzją (...)\", w której ustalił że na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej (...), zgodnym z obszarem sieci w której następuje zakończenie połączenia, nie występuje skuteczna konkurencja. W związku z tym Prezes UKE wyznaczył (...) jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego zajmującego znaczącą pozycję na tym rynku oraz utrzymał obowiązki regulacyjne, o których mowa w art. 36 i art. 38 Pt, nałożone na tego operatora decyzją z 18 września 2006 roku, nr (...), oraz zmienił nałożone w/w decyzją następujące obowiązki:

- obowiązek, o którym mowa w art. 34 Pt, 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 w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej (...) poprzez:

- zapewnienie określonych elementów sieci telekomunikacyjnej, w tym linii i łącz,
- 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 utrzymywanie uprzednio ustanowionego dostępu telekomunikacyjnego do określonych sieci telekomunikacyjnych, urządzeń lub udogodnień towarzyszących, oraz przez zapewnienie każdej innej formy korzystania z urządzeń telekomunikacyjnych, udogodnień towarzyszących lub usług świadczonych przez innego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego dostarczanych w formie

minut lub pojemności, w celu świadczenia usługi zakańczania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej (...);

- obowiązek, o którym mowa w art. 42 Pt, poprzez modyfikację zakresu oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci; pozostałym zakresie obowiązek ten pozostał bez zmian.

Prezes UKE, na mocy decyzji (...), nałożył na powoda obowiązek, o którym mowa w art. 40 Pt, polegający na ustalaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w celu świadczenia usługi zakańczania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej (...) w oparciu o ponoszone koszty operatora oraz jednocześnie zniósł obowiązek, o którym mowa w art. 39 Pt, polegający na:

- kalkulacji uzasadnionych kosztów świadczenia dostępu telekomunikacyjnego, według metody zorientowanych przyszłościowo długookresowych kosztów przyrostowych, zgodnie z przepisami odpowiednich aktów wykonawczych, według zatwierdzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej opisu kalkulacji kosztów,

- stosowaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego, uwzględniających zwrot uzasadnionych kosztów operatora.

29 września 2010 r. Prezes UKE wydał decyzję zatwierdzającą „Ofertę ramową określającą ramowe warunki dostępu telekomunikacyjnego w zakresie rozpoczynania i zakańczania połączeń, hurtowego dostępu do sieci (...), dostępu do łączy abonenckich w sposób zapewniający dostęp pełny lub współdzielony, dostępu do łączy abonenckich poprzez węzły sieci telekomunikacyjnej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych”, zmienioną następnie decyzją Prezesa UKE z 5 kwietnia 2011 roku oraz z 4 października 2011 roku (zwaną dalej (...)).

Pismem z 4 sierpnia 2011 roku (...) wystąpiła do (...) z wnioskiem o rozpoczęcie negocjacji zmiany Umowy, w zakresie rozliczania ruchu międzysieciowego w oparciu o płaską stawkę rozliczeniową w sieci (...). W ocenie (...), proponowana zmiana miała na celu dostosowanie Umowy w zakresie rozliczania ruchu międzysieciowego w oparciu o płaską stawkę rozliczeniową w sieci (...) w kontekście działań regulacyjnych Prezesa UKE dotyczących regulacji stawek za zakańczanie połączeń w sieci operatorów alternatywnych (zwanym dalej (...)), implementujących Stanowisko Prezesa UKE z 16 grudnia 2008 r.

W związku z nieosiągnięciem przez strony porozumienia w drodze negocjacji, pismem z dnia 10 listopada 2011 roku (...) złożyła, na podstawie art. 27 ust. 2 Pt w zw. z art. 27 ust. 3 i art. 30 Pt, do Prezesa UKE wnioski o wydanie decyzji w sprawie zmiany Umowy, w zakresie rozliczania ruchu międzysieciowego w oparciu o płaską stawkę rozliczeniową w sieci (...).

Prezes UKE, wypełniając dyspozycję art. 61 § 4 k.p.a., pismem z 15 listopada 2011 roku zawiadomił strony o wszczęciu w dniu 10 listopada 2011 roku postępowania administracyjnego o wydanie decyzji zmieniającej Umowę w zakresie rozliczania ruchu międzysieciowego w oparciu o płaską stawkę rozliczeniową w sieci (...), oraz zwrócił się do (...) na podstawie art. 27 ust. 4 Pt o przedstawienie stanowiska w przedmiocie wniosku (...), w terminie 14 dni od dnia otrzymania zawiadomienia o wszczęciu postępowania.

W odpowiedzi na zawiadomienie Prezesa UKE z 15 listopada 2011 roku, (...) pismem z 5 grudnia 2011 roku wniosła o nieuwzględnienie wniosku (...) i wydanie decyzji odmawiającej zmiany Umowy. (...) wskazała, że w świetle ciężących na tym operatorze obowiązków regulacyjnych na mocy decyzji (...), brak jest obowiązku w zakresie rozliczeń w oparciu o płaską stawkę interkonektową (zwaną dalej (...)) w sieci (...).

(...) wskazała również, że zakres obowiązków nałożonych na (...) i (...) jest różny, co jest związane przede wszystkim z ogromnymi dysproporcjami pomiędzy wysokością udziałów rynkowych (...) i OA, w tym (...). (...) wskazała, iż (...) nie wykazała również spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 28 ust. 6 Pt, tj. potrzeby zapewnienia ochrony interesów użytkowników końcowych, skutecznej konkurencji lub interoperacyjności usług, co uniemożliwia, w opinii (...), wydanie przez Prezesa UKE ewentualnej decyzji zmieniającej Umowę. (...) podniosła, że propozycja (...) zawiera stawki (...) identyczne ze stawkami w sieci (...), podczas gdy opłaty w sieci (...) zostały ustalone z uwzględnieniem

wysokości stawek minutowych w sieci (...), które są niższe od stawek w sieci (...). (...) wskazała też, że (...) w istocie oczekuje od (...) usługi różnej od usługi świadczonej we własnej sieci, bowiem propozycja (...) nie uwzględnia usługi rozpoczęcia połączenia w sieci (...).

Od 14 lutego 2012 roku do 15 marca 2012 roku Prezes UKE przeprowadził, zgodnie z art. 15 pkt 3 Pt, postępowanie konsultacyjne odnośnie projektu decyzji w niniejszej sprawie.

(...) w złożonym pisemnym stanowisku konsultacyjnym z 15 marca 2012 roku wskazała, iż podtrzymuje swoje stanowisko przedstawione we wniosku z 10 listopada 2011 roku. W ocenie (...), zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, przyjętą praktyką i dobrymi zwyczajami w szeroko pojętym obrocie gospodarczym, przyjmuje się, że skoro opłaty dotyczą usług świadczonych wzajemnie, równoważnych i ekwiwalentnych to, co do zasady powinna być wnoszona opłata w takiej samej wysokości i w oparciu o taki sam sposób jej wyliczania. Z uwagi na powyższe (...) wniosła o wydanie decyzji zgodnie z jej wnioskiem z dnia 10 listopada 2011 roku.

Pismem z 28 marca 2012 roku Prezes UKE poinformował strony, iż ze względu na znaczenie dla sprawy do materiału dowodowego dołączone zostały wskazane w piśmie dokumenty. Prezes UKE poinformował również strony, iż zgodnie z art. 10 § 1 k.p.a., mogą zapoznać się z materiałem zgromadzonym w sprawie, a także wypowiedzieć się, co do treści zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań w terminie 7 dni od dnia otrzymania zawiadomienia.

Decyzją z 21 czerwca 2012 roku nr (...) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej odmówił zmiany Umowy zgodnie z wnioskiem (...), stwierdzając przy tym, iż decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu. Od powyższej decyzji, powód wniósł odwołanie z 9 lipca 2012 roku zaskarżając ją w całości.

31 grudnia 2013 roku doszło do połączenia w trybie art. 492 § 1 pkt 1 k.s.h. i przeniesienia całego majątku spółek (...) sp. z o.o. oraz (...) sp. z o.o. na spółkę (...) S.A., jako jedyne go współnika przejmowanych spółek oraz dokonana została zmiana firmy (...) S.A. z siedzibą w W. na (...) S.A. z siedzibą w W.. Tym samym (...) S.A. z siedzibą w W. stała się stroną niniejszego postępowania.

Biorąc po uwagę powyższy stan faktyczny sąd okręgowy uznał, że w świetle art. 30 ust. 1 Pt w związku z art. 27 ust. 1 Pt oraz art. 26 ust. 1 Pt wniosek (...) S.A. w W. nie spełniał podstawowej przesłanki, a mianowicie nie uwzględniał nałożonych na strony obowiązków. Zgodnie z art. 27 ust. 2 Pt w przypadku niepodjęcia negocjacji o zawarcie umowy o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia do sieci, odmowy połączenia sieci telekomunikacyjnych przez podmiot do tego obowiązany lub niezawarcia umowy o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci w terminie, o którym mowa w ust. 1 lub niezawarcia umowy w terminie 90 dni licząc od dnia wystąpienia z wnioskiem o zawarcie umowy o dostępie telekomunikacyjnym, każda ze stron może zwrócić się do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji w sprawie rozstrzygnięcia kwestii spornych lub określenia warunków współpracy. Do zmiany Umowy o połączeniu do sieci w zakresie rozliczania ruchu międzysieciowego w oparciu o płaską stawkę rozliczeniową w sieci (...) mają zgodnie z art. 30 ust. 1 Pt zastosowanie przepisy art. 26 - 28 i 33 Pt. Odpowiednie stosowanie art. 26 Pt. oznacza, że przedsiębiorcy telekomunikacyjni, negocjując postanowienia umowy o dostępie telekomunikacyjnym, są obowiązani uwzględniać nałożone na nich obowiązki. Art. 26 ust. 1 Pt dotyczy wszystkich przedsiębiorców telekomunikacyjnych i nie jest ograniczony tylko do przedsiębiorców o znaczącej pozycji rynkowej. Ponieważ przepis ten mówi ogólnie o „obowiązках”, to dotyczy to nie tylko obowiązków regulacyjnych wymienionych w art. 22 ust. 2, lecz także innych obowiązków nałożonych na przedsiębiorcę ustawą lub decyzją regulatora. Obowiązek uwzględniania nałożonych obowiązków dotyczy obu przedsiębiorców telekomunikacyjnych, którzy negocjują umowę o dostępie, należą do nich zarówno obowiązki wynikające wprost z przepisów powszechnie obowiązujących, a w szczególności z przepisów Pt, jak i obowiązki wynikające z decyzji Prezesa UKE, wskazane w art. 24 pkt 2 Pt, które związane są z przedmiotem negocjowanej umowy. Jak wynika z załączonej do akt administracyjnych decyzji Prezesa UKE z 22 września 2009 roku. nr (...) w punkcie IV podpunkcie 1 na powoda został nałożony m.in. obowiązek zapewnienia każdej innej formy korzystania z urządzeń telekomunikacyjnych, udogodnień towarzyszących lub usług świadczonych przez innego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego dostarczanych w formie minut lub pojemności, w celu świadczenia usługi zakańczania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej (...), zaś w punkcie

IV podpunkcie 2 obowiązek, o którym mowa w art. 42 Pt, polegający na przygotowaniu i przedstawieniu oferty ramowej. Ofertą ramową jest zaś załączona do akt sprawy „Oferta ramowa określająca ramowe warunki dostępu telekomunikacyjnego w zakresie rozpoczynania i zakańczania połączeń, hurtowego dostępu do sieci (...), dostępu do łączy abonenckich w sposób zapewniający dostęp pełny lub współdzielony, dostępu do łączy abonenckich poprzez węzły sieci telekomunikacyjnej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych” (oferta (...)), zatwierdzona przez Prezesa UKE 29 września 2010 roku. Z oferty tej wynika, że na (...) ciąży obowiązek stosowania rozliczeń za zakańczanie połączeń w sieci (...) w oparciu o (...). Zatem zarzut powoda, jakoby decyzja Prezesa UKE z 29 września 2010 roku wskazywała na możliwość rozliczania w formie minut lub pojemności należy uznać za bezzasadny, bowiem oferta (...) precyzuje obowiązki powoda. Nie pozostawiono w tej kwestii dowolności (...) w kształtowaniu powyższego obowiązku. Analiza proponowanego przez powoda załącznika nr 4 do Umowy prowadzi do wniosku, że zakłada on w istocie nałożenie na (...) obowiązku stosowania rozliczeń za zakańczanie połączeń w sieci (...) w oparciu o (...) na zasadach określonych w ofercie (...). Natomiast z decyzji Prezesa UKE z 26 kwietnia 2007 roku nr (...) wynika, iż na zainteresowanym ciąży między innymi obowiązek polegający na uwzględnieniu uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych, równym traktowaniu oraz ogłaszaniu informacji w sprawach zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego w zakresie świadczenia usługi zakańczania połączeń w sieci (...). Jednakże wśród nałożonych na (...) obowiązków nie występują obowiązki określone w art. 39-40 Pt, dotyczące kalkulacji kosztów i opierania opłat na kosztach oraz obowiązki w zakresie stosowania ofert ramowych i rozliczania usługi zakończenia połączenie w oparciu o (...). Ponieważ na (...) nie został nałożony obowiązek rozliczania zakańczania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej (...) w oparciu o (...), a z samej decyzji (...) (...)g nie wynika w jaki sposób zainteresowany miałaby rozliczać się za zakańczanie połączeń w sieci (...), należy uznać iż (...) nie jest zobowiązana do świadczenia tej usługi w formie pojemności. Odnosząc się do zarzutu powoda naruszenia przez pozwanego art. 80 k.p.a., polegającego na dowolnych ustaleniach faktycznych, sąd pierwszej instancji wskazał, że ewentualne naruszenie przepisów postępowania administracyjnego nie jest przedmiotem postępowania sądowego i nie stanowi samoistnej podstawy uchylenia decyzji w tym postępowaniu. Sąd antymonopolowy prowadzi sprawę cywilną, wszczętą w wyniku wniesienia odwołania od decyzji Prezesa Urzędu, w tym wypadku Urzędu Regulacji Energetyki, według reguł kontradiktoryjnego postępowania cywilnego, a nie bada legalności decyzji administracyjnej, jak to czynią sądy administracyjne w postępowaniu sądowo-administracyjnym. Nawet gdyby przyjąć, że w postępowaniu administracyjnym doszło do uchybień proceduralnych, to nie mogą one być przedmiotem postępowania sądowego mającego na celu merytoryczne rozstrzygnięcie sporu, bowiem Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zobowiązany jest do wszechstronnego zbadania wszystkich istotnych okoliczności sprawy, przy uwzględnieniu zasad rozkładu ciężaru dowodu i obowiązku stron w postępowaniu dowodowym. Niemniej w ocenie sądu okręgowego powód też w żaden sposób nie udowodnił ani nie wykazał w jakim zakresie pozwany dokonał wadliwego ustalenia stanu faktycznego sprawy wskazując jedynie, iż Prezes UKE wydając decyzję nie uwzględnił przedstawionych przez powoda twierdzeń. W ocenie sądu pierwszej instancji Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej prawidłowo przeprowadził postępowanie dowodowe dokonując wszechstronnego rozważenia stanu faktycznego. Sąd pierwszej instancji uznał również za chybiony zgłoszony przez powoda zarzut naruszenia przepisu art. 22 ust. 2 w związku z art. 34 Pt, poprzez błędne przyjęcie iż forma rozliczeń stosowana przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych za wzajemne świadczenie usług zakończenia połączeń telefonicznych stanowi obowiązek regulacyjny. Forma rozliczeń za usługę zakończenia połączenia w publicznej stacjonarnej sieci telefonicznej nie stanowi wprost obowiązku regulacyjnego, o którym mowa w art. 22 ust. 2 Pt, jest natomiast immamentnym składnikiem dostępu telekomunikacyjnego, który w przypadku powoda polega na obowiązku świadczenia na rzecz innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych usługi zakańczania połączeń w publicznej stacjonarnej sieci telefonicznej (...), a w ramach tego, między innymi obowiązek rozliczania usługi w formie minut lub pojemności. Wobec powyższego sąd pierwszej instancji uznał, iż nie ma konieczności odnoszenia się do zgłoszonego przez powoda zarzutu naruszenia prawa materialnego, to jest art. 28 ust. 1 pkt 4 Pt, polegającego na nieuwzględnieniu charakteru zaistniałych kwestii spornych i pominięcie rozwiązań alternatywnych zaproponowanego przez powoda. Niemniej stanowisko Prezesa UKE w tym zakresie sąd pierwszej instancji uznał za właściwe, gdyż rozstrzygając wniosek powoda Prezes UKE wziął pod uwagę pozycję rynkową zarówno (...), jak i (...) oraz obowiązki regulacyjne nałożone na strony oraz słusznie uwzględnił konieczność zapewnienia niedyskryminacyjnych warunków dostępu telekomunikacyjnego, rozwoju konkurencyjnego rynku usług telekomunikacyjnych, charakter kwestii spornych oraz praktyczną możliwość

wdrożenia rozwiązań dotyczących ekonomicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego, a także interes publiczny. O kosztach postępowania sąd pierwszej instancji orzekł w oparciu o art. 98 kpc, w zw. z § 14 ust. 3 pkt. 2 w zw. z § 2 ust. 2 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, ustalając wysokość wynagrodzenia pełnomocników w stawce minimalnej 360 zł. Wobec oddalenia powództwa w całości, sąd okręgowy obciążył powoda obowiązkiem zwrotu pozwanemu kosztów procesu, które poniósł on w związku ze swym udziałem w sprawie. Ze względu na udział w sprawie zainteresowanego, również jemu wobec oddalenia powództwa w całości i z uwagi na poczyniony nakład pracy pełnomocnika sąd pierwszej instancji nakazał zwrócić przez powoda koszty procesu.

Apelację od powyższego wyroku złożyła strona pozwana zaskarżając go w całości i zarzucając mu naruszenie art. 479⁽⁶⁴⁾ § 1 kpc w związku z art. 28 ust. 1 pkt 1,2,4,5 lit. b i c oraz 6 Pt, poprzez oddalenie odwołania powoda w sytuacji nieuwzględnienia przez sąd pierwszej instancji interesu użytkowników sieci telekomunikacyjnych, charakteru zaistniałych kwestii spornych oraz pominięcia praktycznej możliwości wdrożenia rozwiązań zaproponowanych przez (...), tj. rozwiązań dotyczących technicznych i ekonomicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego, polegających na przyjęciu formy rozliczeń adekwatnej i analogicznej do stosowanej przez (...) sp. z o.o. w relacji z (...) oraz nieuwzględnienia pozycji rynkowej zajmowanej przez zainteresowanego na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci (...), a także przyjęcia przesłanki uwzględniania obowiązków nałożonych na przedsiębiorców telekomunikacyjnych, jako zasadniczej przesłanki odmowy zmiany umowy o połączeniu sieci z dnia 4 czerwca 2003 r. (dalej również „Umowa”), zawartej pomiędzy (...) i zainteresowanym w zakresie rozliczania ruchu międzysieciowego w oparciu o płaską stawkę rozliczeniową w sieci (...).

Biorąc pod uwagę powyższe zarzuty strona pozwana wniosła o:

1) zmianę zaskarżonego wyroku w całości przez orzeczenie zmiany w całości decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 21 czerwca 2012 r., nr (...), poprzez zmianę Umowy w zakresie rozliczania ruchu międzysieciowego w oparciu o płaską stawkę rozliczeniową w sieci (...) w następujący sposób:

E) Sposób Rozliczenia: PSl - Płaska Stawka Interkonektowa, M - rozliczenie minutowe

F) Rodzaj ruchu: S - Strefowy, O - w Obszarze Tranzytowym; P - Poza Obszarem Tranzytowym.

2) zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego wedł ug norm przepisanych;

3) ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji oraz pozostawienie mu rozstrzygnięcia o kosztach postępowania.

Sąd apelacyjny zważył, co następuje.

Sąd apelacyjny podziela ustalenia faktyczne i ocenę prawną sądu okręgowego.

Stosunki pomiędzy dostawcami sieci i usług powinny być regulowane w taki sposób, by zapewnić interoperacyjność usług komunikacji elektronicznej oraz korzyści dla konsumenta. Głównym mechanizmem regulacji rynku powinno być prawo konkurencji, a działania organu regulacyjnego powinny stanowić niezbędne minimum konieczne do osiągnięcia konkurencji na rynku telekomunikacyjnym. Przedsiębiorcy telekomunikacyjni co do zasady mogą zawierać i dokonywać zmian umów o dostępie telekomunikacyjnym na zasadzie swobody umów, z tym jednak ograniczeniem, że negocjując umowy i ich zmiany są obowiązani do respektowania nałożonych na nich obowiązków regulacyjnych. Organ regulacyjny ma prawo ingerować w proces negocjacji wtedy, kiedy zainteresowane strony nie dojdą samodzielnie do porozumienia. Prezes UKE, w przypadku rozstrzygania na wniosek stron decyzją o zmianie umowy, również musi uwzględnić w treści kształtowanego stosunku obowiązki nałożone na strony decyzjami regulacyjnymi.

Zgodnie z art. 30 ust. 1 Pt do zmian umów o dostępie telekomunikacyjnym stosuje się odpowiednio przepisy art. 26 – 28 i 33 Pt.

Kwestią sporną w negocjowanych przez strony zmianach umowy był sposób rozliczania ruchu międzysieciowego. Zarówno (...) S.A. jak i (...) sp. z o.o. decyzjami Prezesa UKE zostały wyznaczone jako przedsiębiorcy zajmujący znaczącą pozycję rynkową i nałożono na nie obowiązki regulacyjne, jednak zakres tych obowiązków jest różny. (...) S.A. ma znacznie dalej idące obciążenia, w szczególności dotyczące: uwzględniania uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego, w tym użytkownika elementów sieci oraz udogodnień towarzyszących (art. 34 Pt), równego traktowania wnioskodawców (art. 36 Pt), prowadzenia rachunkowości regulacyjnej (art. 38 Pt), przygotowania i przedstawienia oferty ramowej (art. 42 Pt), ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty (art. 40 Pt). Natomiast (...) sp. z o.o. musi przestrzegać obowiązków: uwzględniania uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego, w tym użytkownika elementów sieci oraz udogodnień towarzyszących (art. 34 Pt), równego traktowania wnioskodawców (art. 36 Pt) i ogłaszania 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 (art. 37 Pt). Obowiązki regulacyjne nałożone na (...) sp. z o.o. nie przewidują żadnej formy ingerencji w sposób ustalania przez nią opłat za świadczone usługi, w tym usługi zakańczania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej. Natomiast oferta ramowa, której obowiązek stosowania został nałożony na powoda, przewiduje zobowiązanie powoda do świadczenia na wniosek przedsiębiorcy telekomunikacyjnego usług międzysieciowych z zastosowaniem płaskich stawek interkonektowych (Część II. Usługa (...), Rozdział 2. Oferta usług w ramach połączenia sieci, 2.3. Ruch międzysieciowy rozliczany ryczałtowo, pkt 2).

Ponadto powód nie wykazał, by spełnione zostały przesłanki interwencji regulacyjnej z zakresie odmiennego ukształtowania decyzją Prezesa UKE praw i obowiązków wynikających z umowy zawartej pomiędzy powodem a zainteresowanym. Przesłanki, jakimi Prezes UKE ma się kierować wprowadzając zmiany do umowy łączącej przedsiębiorców telekomunikacyjnych, określa norma prawna wynikająca z art. 28 ust. 6 Pt w związku z art. 30 ust. 1 Pt, zgodnie z którą umowa o dostępie telekomunikacyjnym może zostać zmieniona przez Prezesa UKE na wniosek każdej ze stron, której ona dotyczy w przypadkach uzasadnionych potrzebą zapewnienia ochrony interesów użytkowników końcowych, skutecznej konkurencji lub interoperacyjności usług. Z kolei art. 8 Dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa), który ma zastosowanie w myśl zasady pronunijnej wykładni krajowego, określa trzy podstawowe cele, których realizacji mają służyć środki podejmowane przez krajowe organy regulacyjne. Są to: 1) wspieranie konkurencji w dziedzinie udostępniania sieci i usług łączności elektronicznej oraz urządzeń towarzyszących, 2) rozwój rynku wewnętrznego, 3) promocja interesów obywateli Unii Europejskiej. Art. 8 ust. 1 dyrektywy 2002/21/WE stanowi przy tym by podejmowane przez krajowe organy regulacyjne środki zmierzające do realizacji tych celów były proporcjonalne do tego co ma zostać nimi osiągnięte. Powód w niniejszej sprawie nie wykazał, by potrzeba narzucenia zainteresowanemu żądanej przez powoda zmiany treści stosunku umownego, wynikała z zaistnienia wskazanych wyżej przesłanek.

Powód nie wykazał też zaistnienia okoliczności, które uzasadniałyby ingerencję Prezesa UKE w stosunki umowne pod kątem kryteriów określonych w art. 28 ust. 1 Pt. Jedynym argumentem podnoszonym przez powoda w uzasadnieniu żądania rozstrzygnięcia o zmianie umowy jest zapewnienie symetrii w rozliczeniach pomiędzy powodem a zainteresowanym za świadczenie usług zakańczania połączeń w sieciach stacjonarnych. Europejska Grupa Regulatorów, powołana decyzją Komisji WE 2002/627/WE, w swoim wspólnym stanowisku w sprawie symetryczności stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i symetryczności stawek za zakańczanie połączeń w sieciach ruchomych, stwierdziła, że w normalnych warunkach stawki za zakańczanie połączeń powinny być symetryczne i przypadki asymetrii wymagają odpowiedniego uzasadnienia. Komisja WE w Zaleceniach z 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych 2009/396/WE w punkcie 1. zaleciła by: „Podczas nakładania kontroli kosztów i obowiązków w zakresie

księgowania kosztów zgodnie z art. 13 dyrektywy 2002/19/WE na operatorów wyznaczonych przez krajowe organy regulacyjne (NRA) ze względu na ich znaczącą pozycję rynkową na rynkach hurtowego zakańczania połączeń w poszczególnych publicznych sieciach telefonicznych (zwanym dalej rynkami zakańczania połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych”) w wyniku analizy przeprowadzonej zgodnie z art. 16 dyrektywy 2002/21/WE, krajowe organy regulacyjne powinny ustanowić stawki za zakańczanie połączeń w oparciu o koszty poniesione przez efektywnego operatora. Oznacza to, że stawki te będą również symetryczne”. Przedmiotem Zaleceń Komisji, na które powołuje się powód, nie jest więc ryczałtowy czy ilościowy model rozliczeń za usługi zakańczania połączeń pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, tylko bezwzględny poziom stawek za zakańczanie połączeń, które docelowo powinny być ustalane na efektywnym kosztowo i symetrycznym poziomie (punkt 11 Zaleceń). Stosowanie przez powoda i zainteresowanego różnych form rozliczeń – jednostkowej i ryczałtowej - za usługi zakańczania połączeń nie musi się przekładać automatycznie na różnice w wysokościach bezwzględnych stawek za usługi tego samego rodzaju, albowiem na symetrię bądź asymetrię stawek może wpływać bardzo wiele czynników, a przy rozliczeniu ryczałtowym rzeczywista wysokość stawki za minutę połączenia jest pochodną stawki ryczałtowej i rzeczywistego natężenia ruchu. W niniejszej sprawie powód nie wykazał, by efektem stosowanego na podstawie umowy zawartej pomiędzy nim a zainteresowanym modelu rozliczeń za usługę zakańczania połączeń była asymetria stawek. Przedstawiona przez powoda argumentacja nie została poparta żadnymi dowodami, jak chociażby obiektywnymi wyliczeniami efektywnych kosztów ponoszonych przez powoda i zainteresowanego w związku ze świadczeniem usługi zakańczania połączeń. Dopiero w apelacji powód przedstawił swoje własne wyliczenia jak kształtują się bezwzględne wysokości stawek za zakończenie połączenia w sieci zainteresowanego przy rozliczeniu minutowym oraz w sieci powoda przy rozliczeniu ryczałtowym, z wykorzystaniem maksymalnego wolumenu ruchu. Jednak te wyliczenia nie zostały poparte żadną wiarygodną ekspertyzą, w oparciu o którą można byłoby ustalić jakie są efektywne koszty świadczenia usługi oraz jaka jest różnica pomiędzy rzeczywistą bezwzględną wysokością stawek za usługi przy rozliczeniu w formie minut i przy rozliczeniu w formie pojemności. Powód nie przedstawił również żadnych analiz sytuacji rynkowej, zawierających relewantne dane liczbowe, które wykazywałyby, że świetle kryteriów określonych w art. 28 ust. 1 Pt aktualne warunki rynkowe uzasadniają wprowadzenie żądanych przez powoda zmian. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów rozpoznaje sprawę z odwołania od decyzji o dostępie telekomunikacyjnym jako sąd merytoryczny, jednak nie ma obowiązku przeprowadzać w tym celu z urzędu postępowania dowodowego. Jeżeli powód domaga się zmiany decyzji poprzez odmienne ukształtowanie umowy o dostępie telekomunikacyjnym zawartej z zainteresowanym, to na powodzie spoczywa obowiązek wykazania zasadności tej zmiany, poprzez powołanie odpowiednich dowodów na okoliczność sytuacji rynkowej, natomiast nie może ograniczyć się do wykazania, że decyzja Prezesa UKE nie została odpowiednio uzasadniona. Tym samym niezasadne są zarzuty dotyczące naruszenia przez sąd pierwszej instancji art. 479⁽⁶⁴⁾ § 1 k.p.c. w związku z art.28 ust. 1 pkt 1,2,4,5 lit. b i c oraz 6 Pt, albowiem powód nie przedstawił materiału dowodowego, który umożliwiłby obiektywną weryfikację jego żądań przy zastosowaniu kryteriów normatywnych zawartych w tych przepisach.

Posiłkowo należy ponadto wskazać, że nawet w przypadku gdyby przyjąć za udowodnione przez powoda istnienie asymetrii stawek, za kontynuowaniem polityki stymulującej rozwój operatorów konkurencyjnych w stosunku do powoda przemawia sytuacja na rynku telekomunikacyjnym ustalona w oparciu o sporządzane Prezesa UKE raporty o stanie rynku telekomunikacyjnego. Ze znajdujących się w aktach administracyjnych oraz aktach niniejszej sprawy wydruków raportów o stanie rynku telekomunikacyjnego za lata 2010, 2011 oraz z dostępnego na stronie (...) ostatniego raportu za rok 2014, wynika że powód w dacie rozstrzygnięcia funkcjonował jako dostawca usług telekomunikacyjnych dominujący nad niewielką liczbą konkurentów, mając zarówno pod względem wysokości przychodów jak i liczby abonentów największe udziały w rynku telefonii stacjonarnej, przekraczające w obu tych kategoriach 50%. W ostatnim „Raportcie o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce 2014 r.” ustalono, że: „największe udziały w rynku zarówno pod względem liczby abonentów jak i przychodów miała w 2014 r. firma (...). W przypadku liczby abonentów zgromadziła ona u siebie trochę ponad 56% użytkowników. Wygenerowała również 54,1% przychodów rynku telefonii stacjonarnej.”. Z raportu tego wynika ponadto, że w 2014 r. udział w rynku telefonii stacjonarnej wyniósł dla (...) 2,2 % jeżeli chodzi o liczbę abonentów oraz 4,1 % pod względem przychodów (str. 53-54 raportu opublikowanego na stronie (...)). Wielkość udziału w rynku zainteresowanego w stosunku do powoda, który jest zasiedziałym operatorem, jest zatem znacznie niższa i ponadto dotychczas nie osiągnęła poziomu uznanego przez

ERG za odpowiadający minimalnej efektywnej skali działania (15-20%). Wynikająca z raportów sytuacja na rynku usług telefonii stacjonarnej, na którym dotychczas nie został osiągnięty stan równoprawnej i skutecznej konkurencji, uzasadnia utrzymanie obowiązków nałożonych na powoda, który nadal posiada pozycję dominującą i znaczącą siłę rynkową.

Mając powyższe na uwadze sąd apelacyjny, na podstawie art. 385 k.p.c., orzekł jak w sentencji. O kosztach postępowania apelacyjnego rozstrzygnięto na podstawie 98 § 1 i 3 k.p.c., obciążając nimi w całości stronę powodową, jako przegrywającą sprawę. Na zasądzone koszty składają się wynagrodzenia pełnomocników strony pozwanej i zainteresowanego w stawce minimalnej.