

**P O S T A N O W I E N I E**

Dnia 8 lutego 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie Wydział VII Gospodarczy  
w składzie następującym:

Przewodniczący: SSA Ewa Zalewska  
Sędziowie: SO(del.) Magdalena Sajur-Kordula  
SA Marek Kolasiński (spr.)

po rozpoznaniu w dniu 8 lutego 2018 r. w Warszawie  
na posiedzeniu niejawnym

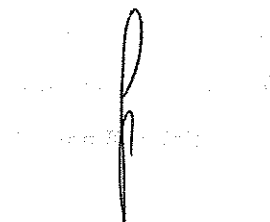
sprawy z zażalenia Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej w Warszawie  
przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej  
przy udziale Orange Polska S.A. w Warszawie, Krajowej Izby Gospodarczej Elektro-  
niki i Telekomunikacji w Warszawie  
o ustalenie znaczącej pozycji rynkowej  
na skutek zażalenia powoda

na postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i  
Konsumentów

z dnia 21 czerwca 2017 r., sygn. akt XVII AmZ 46/15

**p o s t a n a w i a :**

1. zmienić zaskarżone postanowienie w całości, w ten sposób, że:
  - a. w punkcie pierwszym uchylić postanowienie Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 7 października 2014 roku, sygn. akt DART-SMP-6040-2/14 (123) w całości,
  - b. w punkcie drugim zasądzić od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej w Warszawie kwotę 427 (czterysta dwadzieścia siedem) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania przed Sądem Okręgowym w Warszawie;
2. zasądzić od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej w Warszawie kwotę 410 (czterysta dziesięć) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania zażaleniowego.



**Uzasadnienie**

Postanowieniem z dnia 7 października 2014 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej: Prezes UKE), sygn. DART - SMP - 6040-2/14 (123), na podstawie art. 23 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz.U. z 2014, poz. 243, dalej: Pt) po przeprowadzeniu postępowania w sprawie określenia rynku właściwego, zgodnie z prawem konkurencji w punkcie pierwszym określił rynek właściwy, jako rynek świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego na obszarach gminnych, określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 do niniejszego Postanowienia (zwany „76 obszarami rynku 5”); w punkcie drugim ustalił, że na rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, na obszarach gminnych, określonych w pkt 1 Załącznik nr 1 do niniejszego Postanowienia, nie występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej, ani przedsiębiorcy telekomunikacyjni, zajmujący kolektywną pozycję znaczącą; w punkcie trzecim stwierdził, że na rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, na obszarach gminnych, określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 do niniejszego Postanowienia, występuje skuteczna konkurencja; w punkcie czwartym zobowiązał Orange Polska S.A. obowiązana do utrzymania na dotychczasowych warunkach dostęp telekomunikacyjny ustanowiony w celu korzystania z hurtowych usług dostępu szerokopasmowego i świadczenia w oparciu o niedetalicznych usług dostępu szerokopasmowego na rzecz innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych przed dniem doręczenia Postanowienia Orange Polska S.A. na obszarach gminnych, wskazanych w pkt 1 Załącznika nr 1 do niniejszego Postanowienia, przez okres, na jaki obowiązują zawarte pomiędzy tymi przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, a użytkownikami końcowymi, przed dniem doręczenia Postanowienia Orange Polska S.A., umowy detaliczne o świadczenie usług dostępu szerokopasmowego świadczone w oparciu o przedmiotowy dostęp telekomunikacyjny, jednakże nie dłużej niż przez 24 miesiące od dnia doręczenia Postanowienia Orange Polska S.A.; w punkcie piątym określił, że Załącznik nr 1 - 76 obszarów gminnych na rynku świadczenia hurtowych

usług dostępu szerokopasmowego - stanowi integralną część ww. Postanowienia; w punkcie szóstym określił, że Załącznik nr 2 - Dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa - stanowi integralną część ww. Postanowienia; zaś w punkcie siódmym stwierdził, że ww. Postanowienie podlega natychmiastowemu wykonaniu, a wniesienie zażalenia nie wstrzymuje jego wykonania.

Od powyższego postanowienia Prezesa UKE zażalenie wniósł powód – Polska Izba Komunikacji Elektronicznej. W zażaleniu zarzucono:

1. wydanie postanowienia w warunkach nieważności wskazanych w art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a. tj. z rażącym naruszeniem wymogu przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego przewidzianego w art. 18 – 19 PT, a polegającym na nieprzekazaniu Komisji Europejskiej informacji, iż przekazany jej do konsultacji projekt rozstrzygnięcia nie będzie zastępował dotychczasowych reguł na rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego (a jedynie wprowadzał zupełnie nowe regulacje na rynku dotychczas w ogóle nie zdefiniowanym, które funkcjonować będą niezależnie od dotychczasowych unormowań), co doprowadziło do faktycznego całkowitego braku przeprowadzenia wymaganych konsultacji z Komisją Europejską w zakresie objętym przedmiotem rozstrzygnięcia w sprawie;
2. naruszenie następujących przepisów postępowania:
  - a) art. 10 § 1 k.p.a. w zw. z art. 206 ust. 1 PT, polegające na naruszeniu zasady czynnego udziału stron w postępowaniu, poprzez uniemożliwienie wypowiedzenia się PIKE co do zebranych dowodów i materiałów, a wyrażające się w doręczeniu Izbie:
    - na dzień przed wydaniem postanowienia – zawiadomienia datowanego na dzień 6 października 2014 r. DART-SMP-6040-2/14(113) o fakcie znanym organowi z urzędu: „Bazie o usługach szerokopasmowych na podstawie danych zebranych w Systemie Informacyjnym o Infrastrukturze Szerokopasmowej za 2010 i 2011 r.;

- na dzień przed wydaniem postanowienia – postanowienia datowanego na dzień 6 października 2014 r. DART-SMP-6040-2/14(110) w sprawie ograniczenia PIKE wglądu do materiału dowodowego;
  - w dniu wydania postanowienia – postanowienia datowanego na dzień 7 października 2014 r. DART-SMP-6040-2/14(120) w sprawie odmowy przeprowadzenia dowodu;
- b) art. 143 w zw. z art. 10 § 1 oraz art. 73 § 1 k.p.a. oraz 206 ust. 1 PT, polegające na niewstrzymaniu wykonania:
- doręzonego PIKE na dzień przed wydaniem postanowienia – postanowienia datowanego na dzień 6 października 2014 r. DART-SMP-6040-2/14(110) w sprawie ograniczenia PIKE wglądu do materiału dowodowego, które podlegało skardze do sądu administracyjnego;
  - zaskarżonego przez PIKE (5 sierpnia 2014 r.) do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie postanowienia z dnia 8 lipca 2014 r. w przedmiocie ograniczenia prawa wglądu do materiałów postępowania DART-SMP-6040-2/14(56) i wydania ostatecznego rozstrzygnięcia w sprawie, pomimo że postępowanie przed sądem w tej sprawie nie zostało jeszcze prawomocnie zakończone;
- pomimo, że istniały zasadne przesłanki do wstrzymania wykonania ww. postanowień i wstrzymania się przez organ z wydaniem ostatecznego rozstrzygnięcia w sprawie, albowiem nieuprawnione ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego może skutkować naruszeniem art. 10 § 1 oraz art. 73 § 1 k.p.a. w zw. z art. 209 ust. 1 PT;
- c) art. 7, art. 77 § 1 oraz art. 11 k.p.a. w zw. z art. 206 ust. 1 PT polegające na naruszeniu zasady prawdy obiektywnej oraz zasady przekonywania, wyrażającym się w pospiesznym wydaniu postanowienia w sprawie (z naruszeniem przepisów postępowania wskazanych pod lit. a) – b), w tym również braku wszechstronnego zbadania kluczowych dla istoty roz-

strzygnięcia okoliczności sprawy, w tym nieprzeprowadzeniu dokładnej analizy dotychczasowej sytuacji regulacyjnej na rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego oraz nieustosunkowaniu się do tych okoliczności w uzasadnieniu;

- d) art. 6 k.p.a. w zw. z art. 206 ust. 1 PT poprzez działanie bez podstawy prawnej, wyrażające się w wydaniu pkt IV rozstrzygnięcia postanowienia, w którym organ „zobowiązuje” Orange Polska SA do utrzymania na dotychczasowych warunkach dostępu telekomunikacyjnego ustanowionego w celu korzystania z hurtowych usług dostępu szerokopasmowego i świadczenia w oparciu o nie detalicznych usług dostępu szerokopasmowego na rzecz innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, podczas gdy żaden z przepisów powszechnie obowiązującego prawa nie upoważniał Prezesa UKE do wydania tego typu postanowienia;
  - e) art. 6 k.p.a. w zw. z art. 206 ust. 1 PT poprzez działanie bez podstawy prawnej, wyrażające się we wskazaniu w postanowieniu, że podlega ono natychmiastowemu wykonaniu, podczas gdy żaden przepis powszechnie obowiązującego prawa nie przyznaje organowi takiego uprawnienia;
  - f) art. 23 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 22 ust. 1 PT w zw. z art. 123 k.p.a. w zw. z art. 206 ust. 1 PT, poprzez wydanie zaskarżonego postanowienia, pomimo naruszeń przepisów postępowania wskazanych pod lit. a-e) powyżej.
3. naruszenie prawa materialnego w postaci przepisu art. 23 ust. 1 pkt 1 PT poprzez błędne założenie, że rynek świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego nie stanowi całości geograficznej obejmującej obszar całego kraju, co w konsekwencji doprowadziło do nieprawidłowego założenia, że na rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, na obszarach gminnych, określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 do postanowienia, nie występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej ani przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą oraz, że występuje tam skuteczna konkurencja.

Zaskarżonym postanowieniem z dnia 21 czerwca 2017 roku Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

1. oddalił zażalenie Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej w Warszawie na postanowienie Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 7 października 2014 roku, sygn. akt DART-SMP-6040-2/14(123) w sprawie rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego.
2. zasądając od Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej w Warszawie na rzecz:
  - a. Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej,
  - b. Orange Polska SA w Warszawiekwoty po 720 zł z tytułu zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu Sąd Okręgowy analizując zarzut zażalenia dotyczący nieuzasadnionej segmentacji rynku nr 5 na dwa rynki: jeden 76 gmin, na którym panuje skuteczna konkurencja i drugi, na który składa się pozostała część polskich gmin, na którym takiej konkurencji nie ma, doszedł do przekonania, iż ustalenie takie w pełni podziela. Sąd Okręgowy podkreślił, iż Prezes UKE poczynił rzeczono ustalenia w oparciu o szczegółową analizę rynku 5 w zakresie usług telekomunikacyjnych i postępowania administracyjnego rozbudowanego o postępowanie konsolidacyjne i konsultacyjne. W ocenie Sądu I instancji powód nie zdołał podważyć ustaleń zawartych w analizie rynkowej Prezesa UKE, która stanowiła podstawę wydanego w sprawie rozstrzygnięcia. Sąd I instancji ocenił, że Prezes UKE dysponuje specjalistyczną wiedzą z zakresu struktury i działania rynków telekomunikacyjnych, której dał wyraz w spójnej od strony metodologicznej i ekonomicznej, pełnej, racjonalnej od strony powiązania przyczyn i skutków, a przez to wiarygodnej analizie rynku 5 oraz w posiadającym te same przymioty uzasadnieniu zaskarżonego postanowienia. Postępowanie prowadzące do wydania zaskarżonego w niniejszym postępowaniu rozstrzygnięcia Sąd Okręgowy ocenił, jako prawidłowe, zaś projekt zaskarżonego postanowienia został zaakceptowany przez Komisję Europejską i Prezesa UOKiK, a więc organy posiadające specjalistyczną wiedzę o rynkach, ich regulacji i zasadach konkurencji. W ocenie Sądu I in-

stancji nic nie wskazywało na to, że Komisji Europejskiej wydając decyzję akceptującą projekt zaskarżonego postanowienia SMP 2014 nie miała wiedzy o okolicznościach, które leżały u podstaw powstania tego projektu i dotyczącego go postępowania konsolidacyjnego przewidzianego w art. 18 i 19 prawa telekomunikacyjnego. O fakcie, że krajowy rynek hurtowego szerokopasmowego dostępu do Internetu określony w decyzji SMP 2011 rozpadł się na dwa rynki tego samego produktu o odmiennych zasięgach geograficznych KE uzyskała wiedzę z treści przedłożonych jej wspólnie notyfikacji dwóch projektów: zaskarżonego postanowienia SMP 2014 i decyzji SMP 2014, która nie jest przedmiotem obecnego postępowania. KE rozpatrzyła łącznie oba notyfikowane projekty i wydała co do nich pozytywne decyzje. Z uwagi na to, że KE jest organem wyspecjalizowanym, między innymi, w zakresie oceny regulacji krajowych rynków telekomunikacyjnych nie sposób racjonalnie zakładać, że po rozpadzie krajowego rynku nr 5 na dwa rynki lokalne, KE będzie pozostawać w błędnym przekonaniu, że rynek krajowy określony decyzją SMP 2011 nadal funkcjonuje obok dwóch nowopowstałych rynków określonych postanowieniem SMP 2014 i decyzją SMP 2014. W ocenie Sądu I instancji nie trzeba też udowadniać, że rynek ulegający podziałowi (segmentacji) automatycznie przestaje istnieć. Przykładem był stan opisany w zaskarżonym postanowieniu, gdzie ogólnokrajowy rynek świadczenia usług hurtowego dostępu szerokopasmowego w wyniku lokalnych zmian w stanie konkurencji podzielił się na dwa odrębne rynki tj. rynek ww. produktu (usługi) na obszarze 76 gmin oraz rynek tego samego produktu w pozostałej części kraju. Nowozdefiniowane rynki wyczerpywały w ocenie SOKiK definicję rynku właściwego z art. 4 pkt 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów – Dz. U. Nr 50 poz. 331 z późn. zm. O fakcie dokonania przez KE krytycznej analizy notyfikowanego projektu postanowienia świadczyło także, że w dniu 9 lipca 2014 r. wystąpiła o dodatkowe informacje dotyczące między innymi aktualności danych użytych do analizy rynku, trendów występujących na rynku, kryteriów badania konkurencyjności obszarów gmin, kwestii cen detalicznych, jak również nałożonego obowiązku kosztowego oraz przyjętej metodologii wyznaczania opłat.

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie znalazł podstawy prawnej do uznania, że segmentacja rynku krajowego jest niedopuszczalna ani też do przyjęcia, że rynek lokalny 76 gmin powstały w wyniku segmentacji nie może być „rozsiany mozaikowo na obszarze innego rynku” – pozostałej części kraju. Prezes UKE badając pod tym kątem obszar kraju przeanalizował zasięg sieci operatorów alternatywnych oraz ich politykę cenową. Prezes wykazał, że na obszarze 76 gmin wyłączonych z pozostałej części kraju istnieje znaczne zróżnicowanie cenowe oraz znacząca obecność operatorów alternatywnych, w porównaniu do pozostałych obszarów gminnych na terenie kraju. 76 obszarów gminnych na poziomie detalicznym charakteryzuje się niższymi kosztami za usługi dostępu szerokopasmowego do Internetu, na skutek działania na tych obszarach operatorów lokalnych dysponujących własną infrastrukturą, oferujących usługi po niższych cenach niż usługi operatorów zasiedziały. W konsekwencji Sąd I instancji podzielił ustalenia Prezesa URE w tym m.in. obejmujące uznanie, że na dotychczasowym rynku krajowym objętym decyzją SMP 2011 nie istnieją już homogeniczne warunki konkurencji, a co za tym idzie rynek ten rozpadł się na rynki lokalne. Za prawidłowe uznano również określenie jednostki terytorialnej w celu analizy rynku przyjmując obszar gminy, które to ustalenie znajdowało potwierdzenie w stanowisku ERG 200. Sąd Okręgowy wskazał, że prawidłowo dokonując analizy rynku Prezes UKE ustalił zależność między zapotrzebowaniem operatorów lokalnych na szerokopasmowy dostęp do Internetu na poziomie hurtowym, a detalicznym rynkiem dostępu do Internetu na obszarze 76 gmin, gdyż zapotrzebowanie na dostęp hurtowy jest niewielkie w sytuacji, gdy istnieje dostępność konkurencyjnych, bardziej atrakcyjnych ofert dostępu przeznaczonych dla odbiorców detalicznych, które pochodzą od alternatywnych operatorów telekomunikacyjnych nie korzystających z produktów hurtowych szerokopasmowego dostępu, ale z własnej infrastruktury.

Wyniki analizy sytuacji konkurencyjnej na rynku właściwym, prowadziły w ocenie Sądu I instancji do wniosku, iż na występowanie przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej może jedynie wskazywać kryterium pionowego zintegrowania przedsiębiorcy. Integracja pionowa Orange Polska SA może potencjalnie wzmocnić jej pozycję na 76 obszarach rynku 5, jednakże w obliczu silnych czyn-



ników strukturalnych i presji konkurencyjnej, ograniczającej pozycję rynkową Orange Polska znaczenie tego kryterium dla pozycji ekonomicznej tego operatora było niewielkie.

Przesłankami, które w ocenie Sądu I instancji nie potwierdzały istnienia przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej były następujące kryteria:

1. istnienie barier wejścia na rynek – analiza przeprowadzona przez Prezesa UKE wskazuje, iż na 76 obszarach rynku 5 istnieją niskie bariery wejścia na rynek, które nie umacniają wystarczająco pozycji ekonomicznej żadnego z przedsiębiorców telekomunikacyjnych na tych obszarach.
2. ekonomia skali (korzyści skali) – pomimo posiadania przez Orange Polska S.A. 100% udziałów na rynku właściwym posiadana pozycja i udziały na rynku detalicznym oraz pozycja konkurentów sprawiają, że operator ten nie jest w stanie umocnić swojej pozycji dzięki ekonomii skali, zagrażając rozwojowi konkurencji na 76 obszarach rynku 5.
3. udział w rynku właściwym – Orange Polska S.A. posiada 100% udziałów na analizowanym rynku. Jednak z powodu bezpośredniego powiązania rynku hurtowego z rynkiem detalicznym, na 76 obszarach gminnych, Orange Polska SA posiada słabszą rzeczywistą pozycję rynkową, uniemożliwiającą jej zachowanie się w znacznym stopniu niezależnie od konkurentów, klientów i konsumentów. Skutkuje to również bardzo niskimi udziałami w dostępie szerokopasmowym do Internetu na rynku detalicznym ww. obszarów (2%).
4. ekonomia zakresu (korzyści zakresu) z przeprowadzonej analizy wynika, że na 76 obszarach gminnych nie występuje operator, który posiadałby znaczącą przewagę nad pozostałymi przedsiębiorcami z racji wykorzystywania ekonomii zakresu.
5. brak potencjalnej konkurencji – na konkurencyjnych obszarach gminnych występuje potencjalna bezpośrednia konkurencja dla Orange Pol-

ska S.A. na rynku hurtowym. Ponadto z powodu istnienia rozbudowanej sieci operatorów alternatywnych oraz bezpośredniego powiązania rynku hurtowego z detalicznym, na analizowanych konkurencyjnych obszarach gminnych występuje pośrednia konkurencja na rynku właściwym zdecydowanie osłabiająca pozycję ekonomiczną Orange Polska.

6. brak albo niewielki poziom równoważącej siły nabywczej – jak wykazała analiza istnieje pośrednia równoważąca siła rynkowa w postaci klienta jakim jest Grupa Netia, zrzeszająca w swoich strukturach dwóch największych alternatywnych przedsiębiorców – Netię SA, Telefonię Dialog SA, oraz ich użytkowników końcowych. Ponadto klienci korzystający z usług dostępu do Internetu na bazie dostępu szerokopasmowego na 76 obszarach rynku 5 w przeważającej mierze mają wybór pomiędzy wieloma alternatywnymi dostawcami.

Jak wynikało z powyższego zestawienia, jedynym kryterium – poza pionowym zintegrowaniem przedsiębiorcy – które mogłoby stanowić przesłankę za regulacją 76 obszarów rynku 5, jest kryterium udziałów rynkowych. Choć jest to podstawowe kryterium służące do oceny występowania na danym rynku znaczącej pozycji rynkowej, to analiza udziałów na poziomie detalicznym (w tym ofert świadczonych w oparciu o usługę BSA) oraz innych kryteriów wskazuje, iż zarówno konkurenci, kontrahenci, jak i konsumenci istotnie oddziałują na pozycję ekonomiczną Orange Polska w ten sposób, że podmiot nie może działać w znacznym stopniu niezależnie od nich.

Oдноśnie okoliczności niezawiadomienia powoda o posiadaniu wiedzy uzyskanej przez Prezesowi UKE z dokumentu „Baza o usługach szerokopasmowych na podstawie danych zebranych w Systemie Informacyjnym o Infrastrukturze Szerokopasmowej za 2010 i 2011 r.”, objętego ograniczeniem wglądu na podstawie postanowienia z dnia 6 października 2014 r., Sąd I instancji uznał, że nie mogło ono naruszyć praw skarżącego, gdyż ze względu na objęcie tego źródła dowodowego ograniczeniem wglądu, powód z przyczyny uzasadnionej przepisem prawa, nie mógł uzyskać wglądu do tego dokumentu, a w konsekwencji wypowiadać na temat jego treści.

Postanowienie Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 7 października 2014 r. odmawiające przeprowadzenia dowodu dotyczyło wniosków dowodowych innego uczestnika postępowania – KIGeIT, a nie wniosków powoda. W związku z tym nie mogło dojść do naruszenia prawa powoda do zajmowania stanowiska w sprawie w wyniku wydania ww. postanowienia. Ponadto Sąd zauważa, że PIKE mogła zgłosić przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów wszelkie wnioski dowodowe nieprzeprowadzone w postępowaniu administracyjnym, jednak z tej możliwości nie skorzystała. Sąd Okręgowy uznał również za nieuzasadniony zarzut niewstrzymania się przez Prezesa UKE z wydaniem zaskarżonego postanowienia do czasu rozstrzygnięcia przez sąd administracyjny skargi PIKE na postanowienie Prezesa UKE z dnia 8 lipca 2014 r. o ograniczeniu wglądu do materiałów postępowania DART-SMP-604002/14(56). Bezsporne okazało się bowiem, że skarga ta została oddalona przez sąd administracyjny pierwszej instancji wyrokiem z dnia 8 maja 2015 r., od którego nie wywiedziono skargi kasacyjnej. Z tej przyczyny, skoro ograniczenie wglądu do materiału dowodowego objętego treścią postanowienia z dnia 8 lipca 2014 r. pozostało w mocy, to SOKiK dysponował wiedzą, że powód nie mógł i nie może wypowiedzieć się z powodów obiektywnych co do ww. materiału. W tym kontekście nie było mowy o faktycznym naruszeniu prawa skarżącego do czynnego udziału w postępowaniu administracyjnym.

W ocenie Sądu I instancji zarzut naruszenia przepisów art. 77 § 1, art. 7 i art. 11 k.p.a. przez zbyt pospieszne postępowanie i w konsekwencji zaniechanie rozpatrzenia kluczowych dla rozstrzygnięcia okoliczności sprawy, nie mógł odnieść skutku w kontradiktoryjnym pierwszoinstancyjnym postępowaniu przed SOKiK.

Zdaniem Sądu I instancji nie doszło do współistnienia na rynku 5 dwóch regulacji, ponieważ w chwili wydania regulacji z 2014 r. krajowy rynek usług hurtowego dostępu szerokopasmowego już nie istniał, zaś Prezes URE wydał dodatkowo w dniu 7 października 2014 r. decyzję, która formalnie wygasila decyzję SMP 2011. W tym kontekście Sąd Okręgowy uznał, że podstawą rozstrzygnięć Prezesa UKE wskazanych w art. 23 prawa telekomunikacyjnego są wyniki analizy rynku o którym mowa w art.

21 prawa telekomunikacyjnego, brak zatem konieczności przeprowadzenia w postępowaniu administracyjnym analizy porównawczej poprzednich regulacji z nowymi.

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów doszedł do przekonania, że rozstrzygnięcia zawarte w zaskarżonym postanowieniu dotyczyły nowego rynku właściwego, który nie mógł być uznany za tożsamy z rynkiem określonym w poprzedniej regulacji rynku 5. W związku z tym w rozpatrywanej sprawie nie mogło mieć miejsca uchylene obowiązków regulacyjnych, gdyż na nowym rynku objętym treścią postanowienia SMP 2014 żadne obowiązki regulacyjne nie były uprzednio nałożone. Z kolei zobowiązanie Orange Polska do utrzymania przez określony czas, na dotychczasowych warunkach, tj. warunkach określonych dla nieistniejącego już rynku właściwego z decyzji SMP 2014, dostępu telekomunikacyjnego na rynku 5 uznanym w postanowieniu SMP 2014 za konkurencyjny należało uznać ze swojego rodzaju zabezpieczenie procesu łagodnego przejścia z zasad niekomercyjnych określonych w umowach usług hurtowych dostępu szerokopasmowego zawartych przez Orange z pozostałymi działającymi na rynku operatorami, na zasady konkurencyjne, które miały wejść w życie po wyekspirowaniu tych umów. W tym sensie rozwiązanie przyjęte w punkcie IV skarżonego postanowienia nie było nałożeniem obowiązku regulacyjnego, tylko zobowiązaniem Orange do utrzymania w mocy, w dokładnie określonym okresie, dotychczas obowiązujących umów. W szerszej perspektywie celem powyższego rozstrzygnięcia było zapewnienie operatorom alternatywnym czasu potrzebnego na migrację dotychczasowych klientów oraz zagwarantowanie użytkownikom końcowym wyboru spośród nowych ofert.

Sąd Okręgowy uznał również, że art. 1 ust. 2 i art. 189 ust. 2 lit. a, b stanowią materialnoprawne podstawy dla wydania przez Prezesa UKE rozstrzygnięcia zawartego w pkt. IV zaskarżonego postanowienia.

W ocenie Sądu Okręgowego Prezes UKE wydaje decyzję, o której mowa w art. 23 ust. 1 pkt 2 prawa telekomunikacyjnego, jeżeli na tym samym (a więc tożsamym, a nie nowym jak w stanie faktycznym sprawy) rynku występował przedsiębiorca tele-

komunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą, którzy utracili tę pozycję.

Sąd Okręgowy przyjął, że treść punktu VII postanowienia stanowi powtórzenie części brzmienia art. 143 k.p.a. według którego „wniesienie zażalenia nie wstrzymuje wykonania postanowienia.” W konkluzji uznając zapis za dopuszczalne, deklaratoryjne stwierdzenie organu regulacyjnego, że postanowienie jest wykonalne w zakresie jakiego dotyczy od chwili jego wydania (doręczenia) i nie wstrzymuje go nawet wniesienie zażalenia. Jak widać ani w analizowanym punkcie postanowienia, ani w art. 143 k.p.a. nie ma mowy o rygorze natychmiastowej wykonalności, tak jak w art. 108 k.p.a., który jednak w związku z unormowaniem art. 126 k.p.a. ma zastosowanie wyłącznie do decyzji.

Zażalenie na powyższe postanowienie wniósł powód Polska Izba Komunikacji Elektronicznej. Zaskarżając postanowienie w całości zarzucił naruszenie:

1. przepisów postępowania mogących mieć wpływ na wynik sprawy poprzez nadanie kwestionowanemu rozstrzygnięciu formy postanowienia a nie wyroku,
2. art. 7 Konstytucji RP poprzez nieuchylenie kwestionowanego postanowienia Prezesa UKE w części, w której Prezes UKE działał poza zakresem przyznanych kompetencji,
3. art. 23 ust. 1 pkt. 1 prawa telekomunikacyjnego poprzez przyjęcie, że rynek hurtowy może „automatycznie przestać istnieć”,
4. art. 23 prawa telekomunikacyjnego w zw. z art. 130 § 1 k.p.a. w zw. z art. 104 § 2 k.p.a. poprzez przyjęcie, iż postanowienie Prezesa UKE podlega wykonaniu w trybie właściwym dla postanowień, nie decyzji,
5. art. 22 ust. 1 pkt. 1 prawa telekomunikacyjnego poprzez określenie rynku właściwego w sposób niezgodny z prawem konkurencji.

Mając na uwadze podniesione zarzuty, skarżący wniósł o uchylenie postanowienia Prezesa UKE w całości oraz o zasądzenie na rzecz powoda kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W odpowiedzi na zażalenie PIKE, Zainteresowany Orange Polska S.A. wniósł o jego oddalenie oraz o zasądzenie od powoda na rzecz zainteresowanego kosztów postępowania zażaleniowego według norm przepisanych.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Zażalenie podlegało uwzględnieniu w całości.

Jak wynika z treści zaskarżonego postanowienia Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej jako Prezes UKE) podstawą wydanej decyzji był art. 23 ust. 1 pkt. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy z 16 lipca 2004 roku prawo telekomunikacyjne (Dz.U. z 2014 roku, poz. 243, dalej jako „Pt”) – k. 68-138.

Bezspornie przyjęcie przez Prezesa UKE podstawy prawnej z art. 23 ust. 1 pkt 1 Pt, w swym literalnym brzmieniu wskazuje na konieczność wydania w sprawie postanowienia nie decyzji, co przedkłada się również na sposób jego wykonania, właściwy dla postanowień, nie zaś dla decyzji.

Treść art. 479<sup>66</sup> k.p.c. nie pozostawia wątpliwości, iż od postanowień Prezesa Urzędu przysługuje zażalenie, mając natomiast na uwadze kontradiktoryjność postępowania, za wystarczające należy uznać przeprowadzenie postępowania przed SOKiK na posiedzeniu jawnym - art. 148 § 1 k.p.c., umożliwiając stronom przeprowadzenie stosownego postępowania dowodowego (por. uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 8 marca 2006 r., sygn. akt III SZP 1/06, OSNP 2006, nr 13–14, poz. 224). Za nieaktualne, w świetle brzmienia art. 206 ust. 4 Pt, należy uznać stanowisko wyrażone przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 12 stycznia 2006 r., sygn. akt III SZP 5/05 (OSNP 2006, nr 15–16, poz. 256), która przedstawiała odmienny stan faktyczny i nie odnosiła się do niniejszego postępowania, którego przedmiotem nie była „decyzja”, której wydanie nie było również uzależnione od porozumienia z innym organem w trybie art. 106 k.p.a.

Zgodnie z treścią art. 23 ust. 1 pkt. Pt po przeprowadzeniu postępowania, o którym mowa w art. 22 ust. 1, Prezes UKE, w przypadku ustalenia, że na rynku właściwym nie występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą wydaje postanowienie, w którym określa rynek właściwy w sposób określony w art. 22 ust. 1 pkt 1 i stwierdza, że na tym rynku właściwym występuje skuteczna konkurencja. Przy czym możliwość podjęcia postanowienia w tym trybie dotyczy sytuacji, gdy na tym samym rynku właściwym nie występował przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą.

Art. 22 ust. 1, dotyczył obowiązku przeprowadzenia przez Prezesa UKE uprzedniej analizy rynku w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych w celu:

- 1) określenia rynku właściwego, zgodnie z prawem konkurencji, uwzględniając uwarunkowania krajowe oraz w największym możliwie stopniu zalecenie Komisji i wytyczne, o których mowa w art. 19 ust. 3, w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych, zwanego dalej "rynkiem właściwym";
- 2) ustalenia, czy na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą;
- 3) 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;
- 4) utrzymania, zmiany albo uchylenia obowiązków regulacyjnych nałożonych na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji ryn-

kowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą przed przeprowadzeniem analizy rynku.

Przechodząc do merytorycznej oceny prawidłowości podjętego przez organ rozstrzygnięcia należało wskazać, że do celów postępowania przewidzianego w art. 22 Pt, należy określić rynek właściwego oraz ustalenie, czy występuje na nim przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej.

Dokonując wykładni pojęcia „określenie rynku właściwego” należy zwrócić uwagę na to, że Dyrektywa 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) w art. 15 ust. 3 stanowi, że krajowe organy regulacyjne definiują odnośne rynki stosownie do okoliczności występujących w danym państwie, a w szczególności odnośne rynki geograficzne w obrębie danego terytorium, zgodnie z przepisami prawa konkurencji. Podobnie Zalecenie Komisji z dnia 17 grudnia 2007 r. w sprawie właściwych rynków produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji ex ante zgodnie z dyrektywą 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej 2007/879/WE w punkcie 1 posługuje się pojęciem definiowania rynku właściwego. Ze swej istoty, proces definiowania nie oddziałuje na byt desygnatu. Systemowa i językowa wykładnia badanej frazy wskazuje, że ustawodawca stoi na stanowisku, iż rynek właściwy istnieje niezależnie od treści rozstrzygnięć administracyjnych, a występowanie na nim przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej stanowi fakt. Za cel działań administracyjnych należy natomiast uznać ustalenie tego, jak wygląda stan faktyczny. Występowanie przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej, o którym mowa w art. 23 ust 1 pkt 2 Pt stanowi zatem fakt istniejący niezależnie od jakichkolwiek rozstrzygnięć administracyjnych.

Do takich samych wniosków prowadzi wykładnia funkcjonalna. Określenie sposobu eliminowania obowiązków regulacyjnych stanowi niezbędny element ograniczania zakresu interwencji publicznoprawnej w tych obszarach działalności telekomunikacyjnej, w których jest to uzasadnione. Nie w każdym wypadku podział rynku, po-



legający na wydzieleniu z niego rynku konkurencyjnego, powinien skutkować automatycznym i natychmiastowym wyeliminowaniem wszystkich obowiązków regulacyjnych z rynku konkurencyjnego. Przyjęcie, że w takim stanie rzeczy, jaki zaistniał w niniejszej sprawie właściwym jest wydanie postanowienia przewidzianego w art. 23 ust. 1 pkt 1, a nie decyzji, o której mowa w art. 23 ust. 1 pkt 2, prowadziłoby do tego, że Prezes Urzędu nie miałby podstaw do uchylecia nałożonych obowiązków regulacyjnych.

Prawidłowość przedstawionego rozumowania potwierdza to, że przedmiotowe unormowania prawa telekomunikacyjnego odsyłają do rozwiązań przyjętych w prawie konkurencji. Na gruncie tej dziedziny prawa nie może budzić żadnych wątpliwości to, że rynek właściwy jest pojęciem, którego desygnat istnieje niezależnie od działań administracyjnych zmierzających do jego zdefiniowania.

Błędne byłoby zatem przyjęcie, że rynek właściwy nie istnieje zanim zostanie zdefiniowany. Uznać należy również, że podział rynku właściwego nie prowadzi do automatycznego uchylecia obowiązków regulacyjnych z mocy prawa, lecz do tego, że ich zakresem objęte są wszystkie rynki powstałe w wyniku podziału. Konsekwencją tego stanowiska jest przyjęcie, iż w stanie faktycznym zaistniałym w niniejszej sprawie na rynku właściwym występował przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej, a Prezes Urzędu powinien był wydać decyzję przewidzianą w art. 23 ust. 2 pkt 2 Pt, a nie postanowienie, o którym mowa w art. 23 ust. 1 Pt (decyzja Prezesa UKE z 14 lutego 2007 r, nr DRTD-SMP-6043-23/05(33) – k. 600-602 oraz z 28 kwietnia 2011 roku nr DART-SMP-6040-1/10(47) – k. 570-598). Obowiązek organu do określenia rynku właściwego, należy rozumieć jako stworzenie przez organ pewnego hipotetycznego modelu zależności bazującego na kryteriach wskazanych w art. 22 ust. 1 pkt 1 Pt, obejmującego określony obszar geograficzny. W konsekwencji określenie rynku przez Prezesa UKE „definiuje” abstrakcyjny model rynku, na określonym obszarze geograficznym, który faktycznie istnieje.

Powyższe rażąco naruszenie prawa, polegające na wydaniu postanowienia, na podstawie art. 23 ust. 1 pkt. 1 Pt, zamiast decyzji, na podstawie art. 23 ust. 1 pkt. 2 Pt, nie może zostać konwalidowane w postępowaniu sądowym.

Odnosząc się do kwestii gravamenu, wskazać należy, że rozpoznanie przez Sąd drugiej instancji zarzutów zażalenia, może zostać podyktowane również względami interesu społecznego. Za merytorycznym rozpoznaniem zażalenia przemawiało w niniejszej sprawie między innymi potrzeba ochrony interesu publicznego (por. uchwała w składzie 7 Sędziów SN z dnia 15 maja 2014 roku, sygn. akt III CZP 88/13, OSNC 2014/11/108, LEX nr 1467203, Biul.SN 2014/5/9). Nie można również wykluczyć tego, że w razie wydania decyzji na podstawie art. 23 ust. 1 pkt. 2 Pt, Prezes UKE określiłby termin uchylenia obowiązków regulacyjnych w sposób mniej korzystny dla OPL niż uczynił to wydając zaskarżone postanowienie.

Brak możliwości konwalidacji uchybień organu administracyjnego prowadzi do konieczności uchylenia zaskarżonego postanowienia w całości, w konsekwencji zasadność pozostałych zarzutów zażalenia nie wpływa na treść rozstrzygnięcia Sądu Apelacyjnego. Nie było zatem konieczności ich szczegółowego omówienia.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie, art. 386 § 1 k.p.c. w zw. z art. 397 § 2 k.p.c. Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania przed Sądem I instancji orzeczono na podstawie 98 § 1 k.p.c. mając na uwadze odpowiedzialność za wynik postępowania, Sąd Apelacyjny obciążył Prezesa UKE usprawiedliwionymi kosztami należnymi Polskiej Izbie Komunikacji Elektronicznej w Warszawie, na które składały się koszty opłaty od zażalenia w kwocie 50 zł (k. 26), koszty opłaty skarbowej od udzielonego w sprawie pełnomocnictwa procesowego w kwocie 17 zł (k. 25) oraz wynagrodzenie jednego pełnomocnika procesowego w osobie radcy prawnego w kwocie 360 zł ustalone w oparciu o § 14 ust. 3 pkt. 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku (Dz.U. z 2013r, poz. 490 – t.j.).

O kosztach postępowania zażaleniowego rozstrzygnięto na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. Na koszty postępowania zażaleniowego składały się: opłata od zażalenia w kwocie 50 zł (k. 892) oraz kwota 360 zł tytułem wynagrodzenia jednego pełnomocni-

ka procesowego ustalona na podstawie § 10 ust. 2 pkt 2) w zw. z § 14 ust. 2 pkt 3) rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. z 2015r, poz. 1804 ze zm.).

A faint, illegible stamp or mark is visible in the upper right quadrant of the page. It appears to be a circular or rectangular stamp with some text inside, but the details are too light to discern. To the right of the stamp, there is a handwritten mark that looks like a stylized letter 'f' or a similar symbol.