

Sygn. akt VI A Ca 333/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 grudnia 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA Agata Zając (spr.)

Sędziowie: SA Krzysztof Tucharz

SO (del.) Aleksandra Kempczyńska

Protokolant: sekr. sądowy Agnieszka Pawłowska

po rozpoznaniu w dniu 12 grudnia 2014 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) S.A. w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

o nałożenie obowiązków regulacyjnych

na skutek apelacji powódki

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

z dnia 4 października 2013 r., sygn. akt XVII AmT 34/11

I. oddala apelację;

II. zasądza od (...) Spółki Akcyjnej w W. na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 270 (dwieście siedemdziesiąt) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt V ACa 333/14

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 19 kwietnia 2011 r. (...) (decyzja SMP) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej jako Prezes UKE) zmienił obowiązki regulacyjne nałożone na (...) SA decyzją z 11 marca 2009 r. m.in. w zakresie obowiązku, o którym mowa w art. 44 ustawy prawo telekomunikacyjne (pkt V ppkt 2 decyzji), nadając mu następujące brzmienie:

„obowiązek polegający na zakazie stosowania zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych (dalej także MTR) w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...) SA z siedzibą w W.. Przez stosowanie zawyżonych stawek MTR rozumie się ustalanie przez (...) SA stawek MTR wyższych niż stawki MTR zasiedziałego operatora (...).”

Odwołanie od powyższej decyzji w zakresie objętym pkt V ppkt 2 wniósł (...) SA, podnosząc zarzuty:

- naruszenia art. 2 i 32 Konstytucji RP przez nałożenie na (...) SA nieproporcjonalnie uciążliwego i dyskryminującego (względem operatorów zasiedziałych oraz operatorów nowych na rynku) obowiązku cenowego;

- naruszenie art. 44 pt przez nałożenie (...) SA nietypowego obowiązku regulacyjnego bez uzyskania zgody Komisji Europejskiej;

- naruszenie art. 24 pkt 2 lit. c pt przez zmianę nałożonego obowiązku regulacyjnego mimo braku spełnienia przesłanek uzasadniających jego zmianę;

- naruszenie art. 24 pkt 1 lit. a pt przez nałożenie na (...) SA nowego obowiązku bez uwzględnienia i uzasadnienia przesłanki proporcjonalności tego obowiązku do obowiązków rynkowych, których rozwiązanie służy realizacji celów określonych w art. 1 ust. 2 pt;

- naruszenie przepisów art. 7, art. 8, art. 11, art. 77 § 1 oraz art. 107 § 1 i 3 kpa przez oparcie rozstrzygnięcia na niepopartych dowodami, gołosłownych twierdzeniach, powołanych wybiórczo okolicznościach, z pominięciem innych istotnych okoliczności.

Odwołujący wniósł o zmianę decyzji przez nadanie jej punktowi V ppkt 2 wskazanego w odwołaniu brzmienia określającego w trzech wersjach poziom stawek MTR uznawanych za zawyżone, tj: stawek wyższych niż stawka w wysokości 0,36119 zł/min, stawek wyższych niż stawki określone zgodnie z następującym harmonogramem: od 1 lipca 2011 r. 0,2721 zł/min, od stycznia 2012 r. 0,2233 zł/min, od lipca 2012 r. 0,1798 zł/min, ewentualnie stawek wyższych niż stawki określone zgodnie z następującym harmonogramem: od 1 lipca 2011 r. 0,2800 zł/min, od stycznia 2012 r. 0,1800 zł/min, od lipca 2012 r. 0,1400 zł/min, lub o uchylenie decyzji zaskarżonej części.

Wyrokiem z dnia 4 października 2013 r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie i zasądził od powoda na rzecz pozwanego 360 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Sąd Okręgowy ustalił następujące okoliczności faktyczne:

(...) SA jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym posiadającym znaczącą pozycję na rynku hurtowego zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (MTR).

Zawiadomieniem z 4 listopada 2010 r. Prezes UKE wszczął postępowanie w sprawie m.in. utrzymania, zmiany lub uchylenia obowiązków regulacyjnych nałożonych na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą przed przeprowadzeniem analizy rynku.

Pismem z dnia 26 listopada 2010 r. Prezes UKE powiadomił Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej jako Prezes UOKiK) o rozpoczęciu postępowania konsultacyjnego, którego termin upływał 27 grudnia 2010 r.

Prezes UKE o projekcie decyzji zawiadomił w trybie postępowania konsolidacyjnego także Komisję Europejską (nr (...)), która zajęła stanowisko w piśmie z dnia 22 grudnia 2010 r.

Po otrzymaniu uwag zgłoszonych przez Komisję Europejską oraz uwag zgłoszonych w toku postępowania konsultacyjnego przez (...) SA i Prezesa UOKiK Prezes UKE dokonał zmian w projekcie decyzji w zakresie obowiązku z art. 44 pt.

W dniu 11 stycznia 2011 r. poinformował o przekazaniu projektu decyzji Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Postanowieniem z dnia 25 stycznia 2011 r. Prezes UOKiK uznał za niezasadną zmianę obowiązku regulacyjnego o którym mowa w art. 44 pt polegającego na zakazie stosowania zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) SA poprzez ustalenie, że obowiązek ten jest rozumiany jako zakaz stosowania stawek wyższych niż stawki MTR zasiedziałego operatora (...).

W dniu 28 stycznia 2011 r. Prezes UKE poinformował o zakończeniu postępowania dowodowego i uprawnieniach wynikających z art. 10 kpa.

(...) SA w dniu 4 lutego 2011 r. zajął stanowisko w sprawie wnosząc o przeprowadzenie dowodu z analizy kalkulacji kosztów ponoszonych przy realizacji hurtowej usługi zakańczania połączenia głosowego w sieci (...) na okoliczność, że koszty te są wyższe aniżeli koszty zasiedziały operatorów (...).

Sąd Okręgowy wskazał, iż okolicznością bezsporną jest fakt, iż (...) SA jest operatorem komunikacyjnym działającym w modelu (...), czyli takim, który nie posiada własnych zakresów częstotliwości w przeciwieństwie do operatora (...) (posiadającego częstotliwość i własną strukturę), zatem dzierżawi tę częstotliwość od innego operatora (...) na podstawie umowy o roaming krajowy i uiszcza opłatę hurtową. (...) SA na rynku krajowym działa od czerwca 2008 r. i jest jedynym operatorem działającym w systemie full (...), co oznacza, że jego sieć jest „wirtualna” i korzysta z zasobów innego operatora infrastrukturalnego.

Ustalając powyższy stan faktyczny Sąd Okręgowy oparł się na dokumentach znajdujących się w aktach sprawy i zgromadzonych w toku postępowania administracyjnego.

Wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu rachunkowości regulacyjnej Sąd Okręgowy uznał za zbędny do rozpoznania niniejszej sprawy.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy wskazał, że zakres sporu między stronami wyznacza wniesione odwołanie, tym samym Sąd ten pominął rozważania dotyczące prawidłowości ustalenia rynku właściwego, uznania, że nie występuje na nim skuteczna konkurencja oraz wyznaczenia przedsiębiorcy jako zajmującego na oznaczonym rynku pozycję znaczącą.

Sąd Okręgowy rozważył też kwestię konieczności przeprowadzenia ponownego postępowania konsolidacyjnego i konsultacyjnego w związku ze zmianą projektu decyzji poddanemu temu postępowaniu w zakresie dotyczącym obowiązku nałożonego na podstawie art. 44 pt. Zmiana dotyczyła określenia stawek zawyżonych, przy czym w decyzji poddanej konsolidacji wskazano, iż są stawki MTR (...) SA wyższe, niż stawki MTR operatora infrastrukturalnego, który świadczy na rzecz (...) SA usługę roamingu krajowego, zaś w ostatecznie wydanej decyzji Prezes UKE wskazał, że przez stosowanie zawyżonych stawek MTR rozumie się ustalanie przez (...) SA stawek MTR wyższych niż stawki MTR zasiedziałego operatora (...).

Przytaczając pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 2 lutego 2011 r. III SK 18/10 Sąd Okręgowy wskazał, iż zmiana projektu decyzji wynikała z zapoznania się ze stanowiskiem przedstawionym przez Komisję Europejską, nie jest to zaś nowy obowiązek, co do którego Komisja Europejska się nie wypowiedziała. Nałożony na podstawie art. 44 pt został obowiązek polegający na zakazie stosowania stawek MTR zawyżonych. Różnica między treścią projektu decyzji przedstawionego Komisji a treścią wydanej decyzji sprowadza się do zmiany „operatora infrastrukturalnego” na „operatora zasiedziałego” i z punktu widzenia postępowania konsolidacyjnego nie jest to zmiana cechująca się nowym obowiązkiem.

Sąd Okręgowy wskazał, że pozwany w jak najszerszym zakresie uwzględnił uwagi zgłoszone przez Komisję Europejską, nie uwzględnił natomiast konieczności ustalania cen w zależności od ponoszonych 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.

Sąd Okręgowy wskazał, że stosowanie asymetrii stawek za zakańczanie połączeń służy wyrównaniu pozycji konkurencyjnej operatorów wchodzących na rynek w stosunku do operatorów zasiedziały i zgodnie z zaleceniami Komisji Europejskiej w sprawie stawek MTR, środki uzyskane przez operatora z dopuszczonej asymetrii stawek mogą być przeznaczone na zwrot wyższych, efektywnie ponoszonych kosztów związanych ze świadczeniem usługi zakańczania połączeń. W ocenie Sądu Okręgowego powód nie wykazał, aby ponosił wyższe koszty, ponoszone

przez powoda koszty są związane z profilem jego działalności, a 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, zatem związane z tą umową opłaty hostingowe powód ponosiłby niezależnie od tego, czy połączenia miałyby zakańczać się w sieci do której ma dostęp w oparciu o umowę.

Tym samym w ocenie Sądu Okręgowego pozwany prawidłowo zastosował art. 44 Pt stosując środek regulacyjny niezbędny i konieczny dla osiągnięcia celu, jakim jest obniżanie stawek stosowanych przez powoda do poziomu symetrycznego ze stawkami stosowanymi przez operatorów zasiedziałych (...), zaś zezwolenie na dalsze pobieranie przez powoda wyższej, asymetrycznej stawki MTR, stanowiłoby bezzasadne uprzywilejowanie powoda względem innych podmiotów na rynku.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wniósł powód, skarżąc wyrok w całości i wnosząc o jego zmianę przez uchylenie decyzji Prezesa UKE w zakresie punktu V ppkt 2 oraz o zasądzenie na rzecz powoda kosztów postępowania przed Sądem I instancji według norm przepisanych, a także kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Skarżący zarzucił naruszenie:

- art. 233 § 1 k.p.c. poprzez wyciągnięcie wniosków nie wynikających ze zgromadzonego materiału dowodowego, tj. że zmiana dokonana w decyzji względem poddanego postępowaniu konsultacyjnemu i konsolidacyjnemu Projektu wynika z uwag przedstawionych przez Komisję Europejską;

- art. 15 pkt 1 i 2 w zw. z art. 16 ust. 1 Pt przez jego niewłaściwe zastosowanie i pominięcie, że zmiana sentencji Projektu wymagała ponownego przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego po wprowadzeniu zmian w sentencji Projektu;

- art. 18 ust 1 Pt przez jego niewłaściwe zastosowanie i pominięcie, że zmiana sentencji Projektu wymagała ponownego przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego po wprowadzeniu zmian w sentencji Projektu;

- art. 44 Pt przez przyjęcie, że przedstawienie KE projektu w ramach postępowania konsolidacyjnego i następnie wprowadzenie zmian w projekcie spełnia wymóg uzyskania zgody KE na zastosowanie szczególnego obowiązku regulacyjnego;

- art. 44 Pt w zw. z art. 14 ust. 2 dyrektywy z 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń przez przeprowadzenie jedynie konsolidacji projektu Decyzji, podczas gdy wymagane jest uzyskanie zgody Komisji Europejskiej w drodze odrębnej procedury współpracy z Komisją Europejską;

- art. 24 pkt 2 lit. c Pt w zw. z art. 2 oraz 32 Konstytucji RP poprzez zmianę obowiązku regulacyjnego z naruszeniem zasady proporcjonalności oraz zasady równości i niedyskryminacji;

- art. 233 § 1 k.p.c. poprzez pominięcie bezspornego wniosku, że koszty świadczenia przez (...) usługi zakańczenia połączeń były wyższe niż opłata wynikająca z nałożonego na (...) obowiązku wynikającego z art. V ppkt 2 Decyzji;

- art. 227 k.p.c. przez oddalenie wniosku dowodowego w zakresie opinii biegłego sądowego z zakresu rachunkowości regulacyjnej w telekomunikacji na okoliczność oceny wiarygodności, rzetelności i prawidłowości wyników kalkulacji kosztów usługi zakańczenia połączeń w sieci (...) przedstawionych przez (...);

oraz zarzut nierozpoznania istoty sprawy przez pominięcie merytorycznych zarzutów i twierdzeń powoda.

Pozwany Prezes URE wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Za bezzasadny Sąd Apelacyjny uznał przede wszystkim zarzut nierozpoznania istoty sprawy.

Do nierozpoznania istoty sprawy dochodzi wtedy, gdy rozstrzygnięcie sądu pierwszej instancji nie odnosi się do tego, co było przedmiotem sprawy, gdy zaniechał on zbadania materialnej podstawy żądania albo merytorycznych zarzutów strony, bezpodstawnie przyjmując, że istnieje przesłanka materialnoprawna lub procesowa unicestwiająca roszczenie (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2013 r. I CZ 186/12).

W sprawie niniejszej Sąd Okręgowy odniósł się do wszystkich zarzutów powoda, zarówno sformułowanych w treści odwołania, jak i podniesionych na dalszym etapie postępowania, dotyczących zasadności wydanej przez pozwanego decyzji, tym samym odniósł się do tego, co było istotą sporu między stronami.

Za bezzasadne Sąd Apelacyjny uznał też podniesione w apelacji zarzuty naruszenia prawa procesowego, w szczególności zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. „poprzez wyciągnięcie wniosków nie wynikających ze zgromadzonego materiału dowodowego, tj. że zmiana dokonana w decyzji względem poddanego postępowaniu konsultacyjnemu i konsolidacyjnemu Projektu wynika z uwag przedstawionych przez KE” oraz przez „poprzez pominięcie bezspornego wniosku, że koszty świadczenia przez (...) usługi zakańczania połączeń były wyższe niż opłata wynikająca z nałożonego na (...) obowiązku”.

Sąd Najwyższy wielokrotnie wskazywał, że skuteczne postawienie zarzutu obrazu art. 233 § 1 k.p.c. wymaga wykazania przez skarżącego, posługującego się wyłącznie argumentami jurydycznymi, że Sąd rażąco naruszył ustanowione w wymienionym przepisie zasady oceny wiarygodności i mocy dowodów i że naruszenie to miało wpływ na wynik sprawy (por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2000 r., I CKN 1169/99, OSNC 2000/7-8 poz. 139 i z dnia 10 kwietnia 2000 r., V CKN 17/2000, OSNC 2000/10 poz. 189).

Sąd Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wskazał na czym polegała dokonana zmiana projektu decyzji i uzasadnił swoje stanowisko co do braku podstaw do ponownego przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego i konsolidacyjnego w związku z tą zmianą, wskazując też na treść uwagi Komisji Europejskiej. Skarżący nie podważa oceny dowodów na których Sąd Okręgowy oparł swoje ustalenia, a poprzez zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. zmierza do zakwestionowania oceny prawnej dotyczącej braku podstaw do ponowienia postępowania konsolidacyjnego i konsultacyjnego.

Jak zaś wielokrotnie wskazywał Sąd Najwyższy, ani błędu w subsumpcji nie można skutecznie dowodzić przez kwestionowanie prawidłowości dokonanych przez sąd ustaleń faktycznych, ani też zwalczanie prawidłowości ustaleń faktycznych nie może się odbywać za pomocą samego tylko zarzutu naruszenia prawa materialnego (wyroki Sądu Najwyższego: z 20 grudnia 2001 r. V CKN 510/00, Lex nr 53098; z 26 września 2002 r., III CKN 466/00, Lex nr 74408; z 19 kwietnia 2006 r., V CSK35/06, Lex nr 198529, z 21 października 2004 r., V CK 81/04, Lex nr 146340; z 21 listopada 2008 r., V CSK 213/08, Lex nr 558628).

Podobnie należy ocenić zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. odniesiony do pominięcia kwestii – jak wskazuje skarżący – bezspornej, a dotyczącej relacji między wysokością ponoszonych przez powoda kosztów a opłatą ustalaną w oparciu o kwestionowaną decyzję.

Za bezzasadny Sąd Apelacyjny uznał też zarzut naruszenia art. 227 k.p.c. przez oddalenie wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, gdyż wniosek ten dotyczył okoliczności bezspornej – Prezes UKE nie kwestionował przedstawionej w toku postępowania administracyjnego opinii biegłego rewidenta odnoszącej się do wysokości ponoszonych przez powoda kosztów.

Sąd Apelacyjny tym samym przyjmuje za własne ustalenia Sądu Okręgowego.

Istota sporu między stronami dotyczyła zasadności odstąpienia przez Prezesa URE od stosowania w stosunku do powoda jako operatora nowo wchodzącego na rynek stawki innej niż stawka symetryczna, odnoszonej do wysokości rzeczywiście ponoszonych przez tego operatora kosztów.

Nie ulega wątpliwości, że powód jest jedynym na rynku operatorem infrastrukturalnym (...) działa na takich zasadach jak operatorzy (...), jedyną różnicą jest to, że (...) nie posiada własnych zakresów częstotliwości oraz infrastruktury radiowej, którą musi dzierżawić od operatora (...) na podstawie umowy o roamingu hurtowym i uiszczać związaną z tym opłatę hurtową. Zaskarżona decyzja zobowiązuje powoda do pobierania stawek za zakańczanie połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telekomunikacyjnej nie wyższych niż stawki pobierane przez zasiedziały operatorów (...), tj. (...) SA, (...) sp. z o.o., (...) sp. z o.o.

Poza tym operatorami na rynku jest sześciu operatorów późno-wchodzących na rynek, w tym powód, który na rynek wszedł w czerwcu 2008 r. - stawki tych operatorów są regulowane przez Prezesa UKE który dotychczas przyznawał podmiotom późno-wchodzącym na rynek prawo do korzystania z asymetrii stawek MTR (w odniesieniu do stawek zasiedziały operatorów) w okresie przejściowym.

Podstawą wydawanych przez Prezesa URE decyzji są zalecenia Komisji Europejskiej z 7 maja 2009 r. wskazujące na konieczność ustanowienie symetrycznych stawek MTR w oparciu o koszty poniesione przez efektywnego operatora i zezwalające w wyjątkowych sytuacjach na opóźnienie wprowadzenia tego modelu, a także na tymczasowe ustalanie asymetrycznych (wyższych) stawek MTR dla podmiotów nowych – w celu odzyskania przez takie podmioty wyższych kosztów na początku działalności, w okresie przejściowym wynoszącym 4 lata od momentu wejścia operatora na rynek.

Tym samym zasadą powinna być symetria stawek stosowanych przez operatorów telekomunikacyjnych, zaś wprowadzenie asymetrii wymaga uzasadnienia dla odstępstwa od tej zasady.

Bezsporne jest, iż powód jest jedynym w Polsce operatorem wirtualnym, który nie posiada własnego dostępu do częstotliwości oraz niezbędnej infrastruktury telekomunikacyjnej i musi korzystać z zasobów innego tzw. operatora infrastrukturalnego udostępniającego je odpłatnie w ramach usługi roamingu krajowego. Tym samym sytuacja rynkowa powoda jest inna niż nowego operatora infrastrukturalnego – powód nie ponosi kosztów związanych z budową, modernizacją i utrzymaniem infrastruktury telekomunikacyjnej.

Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Prezesa URE, że niewłaściwe byłoby zastosowanie wobec powoda obowiązku wynikającego z art. 40 ust. 1 Pt, gdyż ponoszone przez powoda koszty mogą być zawyżone z uwagi na nieefektywność operatora, ponadto nieefektywność kosztowa powoda wynika z stawki jaka wynegocjował z operatorem świadczącym mu usługę roamingu krajowego.

Sąd Apelacyjny nie podziela stanowiska pozwanego, iż zarzut braku ponownego przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego i konsultacyjnego – jako nie zawarty w treści odwołania – podlega prekluzji, gdyż kwestia prawidłowego zastosowania przez Prezesa URE przepisów art. 15, 16 i 18 Pt dotyczy stosowania prawa materialnego, a ewentualne uchybienia w tym zakresie powinny być brane przez Sąd pod uwagę z urzędu.

Tym niemniej w ocenie Sądu Apelacyjnego nie ma podstaw do uznania, iż w toku postępowania poprzedzającego wydanie zaskarżonej decyzji przepisy te zostały naruszone.

Zmiana w treści projektu decyzji w punkcie objętym odwołaniem dotyczyła określenia jakie stawki stosowane przez powoda nie są zawyżone – a więc dotyczyła sprecyzowania obowiązku nałożonego na powoda na podstawie art. 44 Pt. Niewątpliwie co do samej zasadności zastosowania tego przepisu Komisja Europejska nie miała zastrzeżeń.

Komisja Europejska w swoim stanowisku zgłosiła dwie uwagi: wskazała na konieczność nałożenia obowiązku ustalania cen w zależności od ponoszonych kosztów na podstawie art. 13 dyrektywy o dostępie wskazując, że przy wyborze metody określania kosztów ponoszonych przez operatora, jako mniej uciążliwą dla nowych operatorów należy stosować metodę alternatywną do regulacyjnego modelu kosztów, jak np. przedstawioną w stanowisku Prezesa UKE

dotyczącym wysokości stawek za zakańczanie połączeń w sieciach ruchomych nowych operatorów z 10 listopada 2010 r. oraz wzywając Prezesa UKE do przeprowadzenia oceny poziomu i trwałości asymetrii stawek nowych operatorów za zakańczanie połączeń w planowanych decyzjach.

Tym samym co do zasady Komisja przyjęła konieczność stosowania przez wszystkich operatorów stawek symetrycznych.

W projekcie decyzji wskazano, że przez stawki zawyżone rozumie się stawki wyższe niż stawki MTR operatora infrastrukturalnego, który świadczy na rzecz powoda usługę roamingu krajowego, zaś w decyzji wydanej ostatecznie wskazano, że przez stosowanie zawyżonych stawek MTR rozumie się ustalanie przez powoda stawek MTR wyższych, niż stawki MTR zasiedzialego operatora (...).

W obu wypadkach zatem zastosowany przez Prezesa UKE środek oznacza nałożenie na powoda obowiązku stosowania stawek skalkulowanych w oparciu o koszty innego operatora. Powód nie wykazał przy tym w żaden sposób, że usługę roamingu świadczy na jego rzecz inny operator, niż zasiedziały operator (...) – zgodnie ze złożonym na rozprawie przed Sądem Apelacyjnym oświadczeniem pełnomocnika powoda usługę tę pełni obecnie na rzecz powoda (...) SA, a więc operator zasiedziały, będący na rynku dłużej, którego koszty są znacznie niższe.

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie ma podstaw do uznania, że funkcjonując w efektywnym modelu (...) powód ponosi koszty wyższe niż operatorzy zasiedziały, skoro nie musi dokonywać nakładów związanych z budową infrastruktury.

Tym samym obowiązek nałożony decyzją jest niezbędny i konieczny dla osiągnięcia celu, jakim jest obniżenie stawek MTR stosowanych przez powoda do poziomu symetrycznego ze stawkami stosowanymi przez operatorów zasiedziały (...), co czyni bezzasadny także podniesiony w apelacji zarzut naruszenia art. 24 pkt 2 lit. c pt w zw. z art. 2 oraz 32 Konstytucji RP poprzez zmianę obowiązku regulacyjnego z naruszeniem zasady proporcjonalności oraz zasady równości i niedyskryminacji. Dopiero bowiem zastosowanie stawki symetrycznej, a więc opartej o koszty zasiedzialego, efektywnego operatora, doprowadzi do równego traktowania wszystkich działających na rynku operatorów telekomunikacyjnych.

Za bezzasadny Sąd Apelacyjny uznał też zarzut naruszenia art. 44 Pt w zw. z art. 14 ust. 2 dyrektywy z 7 marca 2002 r. o dostępie przez przeprowadzenie jedynie konsolidacji projektu, podczas gdy wymagane jest uzyskanie zgody Komisji Europejskiej w drodze odrębnej procedury współpracy z Komisją. W ocenie Sądu Apelacyjnego przepis art. 14 ust. 2 dyrektywy o dostępie jest kierowany do Komisji Europejskiej a nie do pozwanego.

Mając powyższe na względzie i uznając podniesione w apelacji zarzuty za bezzasadne, na podstawie art. 385 k.p.c. Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art.98 k.p.c.