

*Sygn. akt VI ACa 740/15*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 7 października 2016 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:*

*Przewodniczący – Sędzia SA Krzysztof Tucharz*

*Sędziowie: SA Marcin Łochowski*

*SO del. Tomasz Szanciło (spr.)*

*Protokolant: Katarzyna Łopacińska*

*po rozpoznaniu w dniu 7 października 2016 r. w Warszawie*

*sprawy z powództwa "(...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością" w W.*

*przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej*

*o nałożenie obowiązków regulacyjnych*

*na skutek apelacji powoda*

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

*z dnia 3 marca 2015 r.*

*sygn. akt XVII AmT 68/13*

*oddala apelację.*

*Sygn. akt VI ACa 740/15*

## UZASADNIENIE

Decyzją nr (...) z dnia 14.12.2012 r. (dalej: decyzja (...)) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej: Prezes UKE, Prezes Urzędu), na podstawie art. 24 pkt 1 i pkt 2 lit. a, lit. b i lit. c w zw. z art. 21 oraz art. 22 ust. 1 i ust. 2, art. 34 ust. 1 i ust. 2, art. 36, art. 37 ust. 1 i ust. 2, art. 44 ustawy z dnia 16.07.2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 1489 ze zm.; dalej: Pt) oraz art. 104 § 1 k.p.a. w zw. z art. 206 ust. 1 Pt:

I. określił jako rynek właściwy rynek świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...) sp. z o.o. w W. (dalej: (...));

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

III. wyznaczył (...) jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...);

IV. utrzymał określone w decyzji nr (...) z dnia 18.12.2008 r. (dalej: decyzja (...)) następujące obowiązki regulacyjne:

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

V. zmienił określone decyzją (...). obowiązki regulacyjne:

1. obowiązek, o którym mowa w art. 34 ust. 1 i 2 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 głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...) w szczególności poprzez:

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

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

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

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

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

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

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

2) obowiązek, o którym mowa w art. 37 ust. 1 i 2 Pt, nadając mu następujące brzmienie: obowiązek polegający na ogłaszaniu 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, przy czym:

- zakres informacji obejmuje wszystkie informacje dotyczące specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci, a także opłat, niezbędne do przygotowania przez zainteresowanych operatorów wniosku w sprawie zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego,

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

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

3) obowiązek, nałożony na podstawie art. 44 Pt, polegający na zakazie stosowania przez (...) zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) poprzez jego uchylene;

VI. nałożył, na podstawie art. 44 Pt, obowiązek polegający na stosowaniu opłat za zakończenie połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) w wysokości określonej w zamieszczonym poniżej harmonogramie (dalej: (...)),

wyliczonej w oparciu o stworzony przez Prezesa UKE model operatora efektywnego przez określenie stawek od dnia 1.01.2013 r. do dnia 30.06.2013 r. na poziomie 0,0826 PLN/min, od dnia 1.07.2013 r. na poziomie 0,0429 PLN/min;

VII. na podstawie art. 206 ust. 2a w zw. z art. 206 ust. 2 pkt 1 pkt 2 Pt nadał decyzji rygor natychmiastowej wykonalności.

Odwołanie od powyższej decyzji wniósł powód (...), zaskarżając tę decyzję w punktach IV, V ppkt 3 oraz VI decyzji zarzucił:

1) naruszenie art. 21, 22 i 24 i pkt 2 w zw. z art. 1 ust. 2 pkt 1 i pkt 4 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 1 lit. b Pt poprzez niewystarczającą i niepełną analizę badanego rynku właściwego oraz błędną ocenę sytuacji rynkowej (...) prowadzącą w efekcie do niewłaściwego określenia zakresu obowiązków (...), które nie są adekwatne i proporcjonalne do zdiagnozowanych problemów, a także prowadzą do naruszenia równoprawnej i skutecznej konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych w publicznych ruchomych sieciach telefonicznych, oraz do pozbawienia użytkowników możliwości osiągnięcia maksymalnych korzyści w zakresie różnorodności, ceny i jakości usług telekomunikacyjnych, w tym w szczególności poprzez zaniechania zebrania stosownych dowodów, a następnie ustalenia na ich podstawie odpowiednich obowiązków regulacyjnych w odniesieniu do (...), z uwzględnieniem zasady proporcjonalności oraz przesłanki adekwatności tych obowiązków do problemów rynkowych;

2) art. 32 Konstytucji RP, art. 24 pkt 2 lit. a i c w zw. z art. 1 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 2 lit. c w zw. z art. 44 Pt poprzez nałożenie na (...) w okresie przejściowych (do dnia 30.06.2013 r.) obowiązku stosowania symetrycznej stawki w wysokości skalkulowanej z zastosowaniem średniej arytmetycznej ze stawki wyliczonej na podstawie modelu (...) i obecnie obowiązującej stawki (...) operatorów zasiedziały, co narusza obowiązek równego traktowania przedsiębiorców telekomunikacyjnych i prowadzi do dyskryminacji (...) na tle operatorów zasiedziały, pomimo faktu, że (...) ponosi wyższe koszty jednostkowe;

3) art. 2 Konstytucji RP, art. 8 ust. 4 Dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7.03.2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (dalej: dyrektywa o dostępie) oraz art. 24 pkt 2 lit. a w zw. z art. 44 Pt poprzez nałożenie na (...) nowego obowiązku regulacyjnego z naruszeniem konstytucyjnej i wspólnotowej zasady proporcjonalności oraz bez uwzględnienia i uzasadnienia przesłanki adekwatności tego obowiązku do problemów rynkowych;

4) art. 24 pkt 2 lit. b w zw. z art. 1 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 1 lit. b w zw. z art. 44 Pt poprzez zaniechanie utrzymania w odniesieniu do (...) obowiązku regulacyjnego w postaci zakazu stosowania zawyżonych stawek, pomimo że obowiązek ten jest adekwatnych i proporcjonalny do zidentyfikowanych problemów oraz została uprzednio nałożony w decyzji (...);

5) art. 2 Konstytucji RP oraz art. 24 pkt 2 Pt w zw. z art. 163 k.p.a. w zw. z art. 206 ust. 1 Pt poprzez pozbawienie (...) nabytego przez nią prawa pomimo braku istnienia po temu podstaw prawnych i faktycznych;

6) naruszenie art. 7, 8, 11, 77 § 1, art. 78 § 1 oraz art. 107 § 1 i 3 k.p.a. poprzez oparcie rozstrzygnięcia na niepopartych dowodami, gołosłownych twierdzeniach, powołanych wybranych (wybiórczo) okolicznościach z pominięciem innych, istotnych w sprawie okoliczności, mających znaczenie dla prawidłowego rozstrzygnięcia oraz poprzez brak udostępnienia (...) i uniemożliwieniach weryfikacji danych źródłowych zastosowanych przez Prezesa (...) w modelu (...), co skutkowało pozbawieniem (...) możliwości prowadzenia rzeczowej polemiki oraz wykazywania inicjatywy dowodowej w prowadzonym postępowaniu.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty powód wniósł o:

1) zmianę decyzji przez dodanie w punkcie IV podpunktu 2 w następującym brzmieniu: „IV. utrzymuję nałożone na (...) jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego decyzją (...) następujące obowiązki regulacyjne: (...) 2. obowiązek, nałożony na podstawie art. 44 Pt, polegający na zakazie stosowania przez (...) zawyżonych stawek za zakańczanie

połączeń głosowych w ruchomej sieci telefonicznej (...), przy czym obowiązek ten będzie stosowany do dnia 31.12.2013 r.”, wykreślenie w punkcie V podpunktu 3 oraz nadanie punktowi VI następującego brzmienia: „VI. nakładam, na podstawie art. 44 Pt, obowiązek polegający na stosowaniu opłat za zakończenie połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) od dnia 1.01.2014 r. w wysokości 0,0429 PLN/min, wliczonej w oparciu o stworzony przez Prezesa UKE model operatora efektywnego.”;

2) ewentualnie wniósł o zmianę zaskarżonej decyzji przez dodanie w punkcie IV podpunktu 2 w następującym brzmieniu: „IV. utrzymuję nałożone na (...) jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego decyzją (...) następujące obowiązki regulacyjne: (...) 2. obowiązek, nałożony na podstawie art. 44 Pt, polegający na zakazie stosowania przez (...) zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych w ruchomej sieci telefonicznej (...), przy czym obowiązek ten będzie stosowany do dnia 30.06.2013 r.”, wykreślenie w punkcie V podpunktu 3 oraz nadanie punktowi VI następującego brzmienia: „VI. nakładam, na podstawie art. 44 Pt, obowiązek polegający na stosowaniu opłat za zakończenie połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) od dnia 1.07.2013 r. w wysokości 0,0429 PLN/min, wliczonej w oparciu o stworzony przez Prezesa UKE) model operatora efektywnego.”;

3) ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia wniosku (...) o zmianę decyzji w sposób wskazany w punkcie powyżej, o uchylenie zaskarżonej decyzji w części objętej punktami IV, V ppkt 3 oraz VI.

W odpowiedzi na odwołanie pozwany Prezes UKE wniósł o odrzucenie odwołanie z powodu braku formalnego, ewentualnie o jego oddalenie w całości i zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych, z uwzględnieniem nakładu pracy radcy prawnego, stopnia zawilości sprawy i jej obszerności w wysokości 2.160 zł.

Wyrokiem z dnia 3.03.2015 r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK), w sprawie XVII AmT 68/13, oddalił odwołanie i rozstrzygnął o kosztach procesu.

Sąd Okręgowy ustalił, że od marca 2007 r. (...) prowadzi działalność na rynku hurtowego i detalicznego zakańczania połączeń głosowych w ruchomej i stacjonarnej sieci telefonicznej (...) na podstawie wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Prezes (...) przeprowadził analizę rynku świadczenia usług zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) za okres 1.01.2009 r. – 30.06.2011 r. Pismem z dnia 15.03.2012 r. Prezes UKE zawiadomił (...) o wszczęciu postępowania w sprawie: określenia rynku właściwego, ustalenia, czy na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą, wyznaczenie 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, utrzymania, zmiany albo uchylenia obowiązków regulacyjnych nałożonych na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą przed przeprowadzeniem analizy rynku. W okresie 12.08.2011 r. – 12.09.2011 r. pozwany prowadził postępowanie konsultacyjne dotyczące projektu zaskarżonej decyzji. W wyznaczonym terminie stanowisko konsultacyjne przedłożył powód oraz Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK). Stanowiska konsultacyjne wraz z komentarzem zostały opublikowane na stronie internetowej pozwanego w dniu 30.09.2011 r. W dniu 4.10.2011 r. Prezes UKE notyfikował Komisji Europejskiej projekt decyzji, która w dniu 4.11.2011 r. przekazała pozwanemu uwagi do notyfikowanego projektu decyzji odnoszące się do sposobu zobowiązania (...) do stosowania stawki zakończenia połączenia wliczonej w oparciu o koszty przyrostowe dla operatora efektywnego. Pismem z dnia 12.01.2012 r. pozwany wycofał notyfikowany projekt decyzji, zaś pismem z dnia 24.01.2012 r. zobowiązał (...) do przedłożenia informacji dotyczących rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) za drugie półrocze 2011 r., które zostały przedłożone pozwanemu w dniu 16.02.2012 r. Pismem z dnia 20.06.2012 r. spółka (...), w ramach prowadzonego postępowania administracyjnego o wyznaczeniu jej jako przedsiębiorcy zajmującego znaczącą pozycję na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w jej sieci, wniosła o załączenie w poczet materiału dowodowego postępowania administracyjnych wymienionych w nim dalszych pism odnoszących się do opracowywanego przez Prezesa UKE

modelu operatora efektywnego (...). W dniach 3.08.2012 r. – 3.09.2012 r. Prezes UKE przeprowadził postępowanie konsultacyjnego projektu zaskarżonej decyzji. Stanowiska konsultacyjne zostały złożone przez: (...), (...) Izbę (...), (...) sp. z o.o. oraz (...) S.A. Stanowiska zostały opublikowane na stronie internetowej urzędu w dniu 2.10.2012 r. Zawiadomieniem z dnia 8.08.2012 r. pozwany udostępnił (...) jako materiał dowodowy stosowany przez Prezesa (...) model kalkulacji kosztów operatora efektywnego oraz opis modelu kalkulacji kosztów według metodologii (...). Następnie postanowieniem z dnia 8.08.2012 r. ograniczył prawo wglądu (...) do stosowanego modelu kalkulacji kosztów operatora efektywnego w zakresie w jakim zawiera w swej treści informacje określone w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Pismem z dnia 10.08.2012 r. pozwany poinformował (...) o włączeniu do postępowania administracyjnego dokumentów wymienionych w tym piśmie. Następnie postanowieniem z tego dnia ograniczył prawo wglądu powoda do wymienionych tym postanowieniem pism w zakresie, w jakim zawierają w swej treści informacje, które spełniają przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W dniu 2.10.2012 r. pozwany notyfikował Komisji Europejskiej projekt decyzji, którą w dniu 31.10.2012 r. przekazał Prezesowi UKE uwagi do notyfikowanego projektu decyzji, zaś pismem z dnia 8.11.2012 r. przedłożył Prezesowi UOKiK projekt rozstrzygnięcia po rozważeniu stanowisk otrzymanych w ramach postępowania konsultacyjnego w trybie art. 106 § 6 k.p.a., o czym poinformował (...). Prezes UOKiK przedstawił stanowisko w dniu 23.11.2012 r. Spółka (...) została poinformowana przez pozwanego o włączeniu w poczet prowadzonego postępowania dokumentów wymienionych w tym piśmie.

Po przeprowadzeniu ww. postępowania pozwany wydał decyzję będącą przedmiotem niniejszej sprawy.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Sąd Okręgowy uznał, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Wskazał, że istota sporu sprowadza się do oceny zasadności dokonanej zaskarżoną decyzją zmiany nałożonego poprzednią decyzją (...), wyznaczającą (...) jako podmiot posiadający znaczącą pozycję rynkową na rynku zakańczania połączeń głosowych we własnej sieci, obowiązku regulacyjnego nałożonego na podstawie art. 44 Pt, polegającego na zakazie stosowania przez powoda zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...). Prezes UKE dokonał zaskarżoną decyzją zmiany powyższego obowiązku poprzez jego uchylenie i zastąpienie od dnia 1.01.2013 r. obowiązkiem, nałożonym również na podstawie art. 44 Pt, polegającym na stosowaniu opłat za zakończenie połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) w wysokości wyliczonej w oparciu o stworzony przez Prezesa UKE model operatora efektywnego (...), określonej według harmonogramu stworzonego przez pozwanego, według którego w okresie od dnia 1.01.2013 r. do dnia 30.06.2013 r. miała obowiązywać stawka (...) w wysokości 0,0826 zł, a od dnia 1.07.2013 r. stawka (...) w wysokości 0,0429 zł. Sąd Okręgowy podkreślił, że powód zastrzegł, iż co do zasady nie występuje przeciwko przejściu na proponowany model ustalania opłat za zakańczanie połączeń głosowych w jego sieci (...), jednak wnosił o pozostanie przy pierwotnym terminarzu jego wdrożenia, zgodnie z którym miało to nastąpić od dnia 1.01.2014 r., a zatem rok później. W szczególności powód sprzeciwiał się wprowadzeniu symetrycznej stawki 0,0826 PLN/min w okresie przejściowym do dnia 30.06.2013 r., która to stawka nie wynika z modelu operatora efektywnego, nie ma podstaw w przepisach prawa i aktualnej sytuacji na rynku, a także pozbawia (...) przyznanych jej uprzednio praw.

Sąd Okręgowy powołał się na art. 24 Pt, zgodnie z którym po przeprowadzeniu postępowania, o którym mowa w art. 22 ust. 1, Prezes UKE, w przypadku ustalenia, że na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą, wydaje decyzję, w której: określa rynek właściwy, wyznacza przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą, nakłada obowiązki regulacyjne, biorąc pod uwagę adekwatność i proporcjonalność danego obowiązku do problemów rynkowych, których rozwiązanie służy realizacji celów określonych w art. 1 ust. 2, lub utrzymuje nałożone obowiązki regulacyjne, jeżeli przedsiębiorca telekomunikacyjny lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni nie utracili tej pozycji, albo zmienia lub uchyla nałożone obowiązki regulacyjne, jeżeli przedsiębiorca telekomunikacyjny lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni nie utracili tej pozycji, ale warunki na rynku właściwym uzasadniają zmianę lub uchylenie tych obowiązków. Wydana w tym trybie decyzja służy regulacji rynku ex ante, jej celem jest zapobieżenie zagrożeniom dla rynku wynikającym z faktu posiadania przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego znaczącej pozycji rynkowej.

Fakt posiadania przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego znaczącej pozycji rynkowej oznacza posiadanie pozycji ekonomicznej odpowiadającej dominacji w rozumieniu przepisów prawa wspólnotowego, a więc tak silną pozycję ekonomiczną, że uprawnia go ona do postępowania według swojego uznania, nie bacząc na innych konkurentów, klientów i ostatecznych konsumentów. Z istoty rzeczy, w regulacji ex ante Prezes UKE nie dokonuje ustaleń faktycznych dotyczących występowania już określonych niepożądanych dla rozwoju rynku zjawisk, a jedynie ustala czy wystąpienie takich zjawisk jest możliwe w przyszłości.

W związku z tym Sąd Okręgowy podniósł, że przyjęta zasada rozliczeń międzyoperatorskich, iż koszty zakończenia każdej minuty połączenia pokrywa operator, którego abonent inicjuje połączenie oraz wynikający z niej brak presji konkurencyjnej na obniżenie stawek, powoduje potrzebę ciągłej interwencji regulacyjnej na rynku zakańczania połączeń, aby neutralizować brak dążenia tego rynku w kierunku efektywnej konkurencji. Sposób rozliczenia oparty na zasadzie (...) (płaci się stronie rozpoczynającej połączenie) prowadzi do zagrożenia zawyżania cen i subsydiowania skrośnego, co nie jest czymś nowym na rynku telekomunikacyjnym. Już Zalecenie Komisji nr 2009/396/WE z dnia 7.05.2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych (Dz.Urz. UE L 2009, No 124, p. 67 ze zm., dalej: Zalecenie KE) zaakcentowało te zagrożenia, podkreślając istotną rolę organów regulacyjnych przy ich rozwiązywaniu dla zapewnienia skutecznej i równoprawnej konkurencji. Zadania postawione przed organem regulacyjnym wymagają pozostawienia mu szerokiego marginesu swobodnego uznania, jednak zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 24 pkt 2 lit. a Pt, to na pozwanym spoczywa obowiązek, aby w procesie nakładania, utrzymywania, zmiany lub znoszenia obowiązków regulacyjnych brał pod uwagę adekwatność danego obowiązku do zidentyfikowanego problemu, proporcjonalność oraz cele ustawy, nie naruszając przy tym przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W tej sprawie, po przeprowadzeniu analizy rynku, Prezes UKE, prowadząc działalność regulacyjną ex ante, uznał, że zachodzi szczególny przypadek uzasadniający nałożenie obowiązku regulacyjnego na podstawie art. 44 Pt. Zmiany podejścia regulacyjnego w zakresie stawek (...) w związku z wydanym przez Komisję Europejską Zaleceniem, polegającym na wprowadzeniu stawek za zakańczanie połączeń w sieciach telefonii ruchomej na symetrycznym poziomie, wyliczonych w oparciu o model efektywnego operatora i konieczność zapewnienia zgodności krajowej polityki regulacyjnej z tym Zaleceniem, spowodowały, że konieczna stała się zmiana nałożonego w toku poprzednich postępowań obowiązku kosztowego. Z Zalecenia KE, które Prezes UKE powinien uwzględnić w najszerszym możliwym zakresie, wynikał obowiązek obniżenia wysokości stawek za zakańczanie połączeń do poziomu kosztów efektywnego operatora. Pozwany, po przeprowadzeniu konsultacji z operatorami, opracował model efektywnego operatora. W 2010 r. wydał Stanowisko odnoszące się do zalecenia Komisji i wskazał na 2012 r., w którym zostanie opracowany model.

W ocenie Sądu Okręgowego dla (...) i innych operatorów korzystne było wprowadzenie harmonogramu dochodzenia do symetrii (...). Wprowadzając okres przejściowy, Prezes Urzędu wykazał, że kierował się sytuacją na rynkach zagranicznych partnerów, gdzie niejednolicie czasowo wprowadzono symetryczne stawki (...) na podstawie modelu efektywnego operatora. Wbrew zarzutom powoda nie doszło do jego dyskryminacji, gdyż w stosunku do innych operatorów telefonii ruchomej nałożono te same stawki, wprowadzono ten sam okres przejściowy i ten sam okres dochodzenia do symetrii (...) jako nowo wchodzący na rynek w 2007 r. operator korzystał z uprzywilejowanych asymetrycznych stawek, jednak sytuacja rynkowa spółki zmieniła się, wzrosły jej udziały w rynku i przychód. Niezasadne były zarzuty powoda dotyczące nałożenie obowiązku stosowania przez niego w okresie przejściowym (do dnia 30.06.2013 r.) symetrycznej stawki w wysokości skalkulowanej z zastosowaniem średniej arytmetycznej ze stawki wyliczonej na podstawie modelu (...) i obecnie obowiązującej stawki (...) operatorów zasiedziały, co miało prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania, w tym dyskryminacji, mimo że powód ponosi wyższe koszty jednostkowe. Deklarowanym celem Komisji Europejskiej jest obniżanie stawek (...) jako mających istotny wpływ na stawki detaliczne, w tym także na stawki roamingowe. W Zaleceniu KE zadeklarowano wspólne podejście oparte na standardzie efektywności kosztowej, a symetria stawek wspiera efektywność oraz zrównoważoną konkurencję i daje największe korzyści konsumentom. To Zalecenie dopuszcza stosowanie okresu przejściowego nie dłuższego niż 4 lata od wejścia na rynek dla nowych operatorów, a regulatorzy krajowi powinni zapewnić do końca 2012 r. wprowadzenie stawek za zakańczanie połączeń na poziomie efektywnym kosztowo i symetrycznie, a w wyjątkowych sytuacjach – regulatorzy krajowi, niemający dostatecznych środków do przygotowania tego modelu, mogą do dnia

1.07.2014 r. ustalać tymczasowe stawki (...). Skoro powód nie kwestionował przyjętej w Zaleceniu KE zasady dojścia na rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych do stosowania stawki symetrycznej w oparciu o model (...) operatora efektywnego (z wykorzystaniem długookresowych kosztów przyrostowych), ale wcześniejszą niż wykazana tym Zaleceniu datę jego wprowadzenia, w sytuacji, gdy powód ponosi wyższe koszty jednostkowe w stosunku do operatorów zasiedziałych, to Sąd Okręgowy wskazał, że Zalecenie odnośnie do dopuszczalnej asymetrii zostało zastosowane po analizie rynku przeprowadzonej zgodnie z art. 16 dyrektywy 2002/21/WE i wymaga dla zastosowania asymetrii udowodnienia, że nowy podmiot na rynku połączeń ruchomych działa poniżej minimalnej skali efektywności i ponosi wyższe jednostkowe koszty przyrostowe, a stwierdzone są na rynku detalicznym bariery wejścia (pkt 10). Tylko w takich warunkach organ regulacyjny może zezwolić na odzyskanie tych wyższych kosztów w okresie przejściowym poprzez uregulowanie stawki za zakańczanie połączeń, przy czym okres przejściowy nie powinien przekraczać 4 lat od wejścia operatora na rynek. Każde odchylenie od jednolitego poziomu efektywności kosztowej należy uzasadnić obiektywnymi różnicami kosztów, które pozostają poza kontrolą operatorów. Wszelka asymetria dopuszczona dla operatorów dopiero wchodzących na rynek, powinna zostać stopniowo usunięta w rozsądnym terminie, pozwalającym tym operatorom na osiągnięcie minimalnej skali efektywności. Tymczasem powód przyznaje, że nadal jest operatorem działającym na rynku telekomunikacyjnym poniżej minimalnej skali efektywności, ale nie wskazał, aby ponosił jakiegokolwiek wyższe koszty, które uzasadniałyby utrzymanie dalszej asymetrii w stosunku do niego. Na odwołującym się od decyzji powodzie spoczywa ciężar dowodu zmierzającego do obalenia ustaleń faktycznych zawartych w zaskarżonej decyzji.

Za bezzasadny Sąd Okręgowy uznał również zarzut naruszenia art. 189 ust. 2 pkt 2 ppkt c Pt poprzez dokonanie ustaleń faktycznych i prawnych w oderwaniu od rzeczywistej sytuacji rynkowej, z pokrzywdzeniem powoda, gdyż powód działa na rynku od 2007 r., a więc dostatecznie długo, by mógł uzyskać stabilną pozycję na rynku, właściwą podmiotom „zasiedziałym”. Nie zasługują również na uwzględnienie zarzuty odnoszące się do postępowania administracyjnego poprzedzającego wydanie decyzji, bowiem zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie poglądem SOKiK nie może ograniczyć rozpoznania sprawy wynikającej z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu tylko do funkcji sprawdzającej prawidłowość postępowania administracyjnego, które poprzedza postępowania sądowe. Celem postępowania nie jest przeprowadzenie kontroli postępowania administracyjnego, ale merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy, której przedmiotem jest spór między stronami powstający dopiero po wydaniu decyzji przez Prezesa Urzędu. Postępowanie przed SOKiK jest postępowaniem kontradiktoryjnym, w którym uwzględnia się materiał dowodowy zebrany w postępowaniu administracyjnym, co nie pozbawia jednak stron możliwości zgłoszenia nowych twierdzeń faktycznych i nowych dowodów. Przy tym powód w odwołaniu ograniczył się do kontestacji uzasadnienia zaskarżonej decyzji, uznając twierdzenia pozwanego za gołosłowne lub nieprzekonujące lub też niemające w jego ocenie uzasadnienia w stanie faktycznym, nie przedstawiając dowodów na poparcie swojego merytorycznego stanowiska.

Apelację od powyższego wyroku wniósł powód (...), zarzucając naruszenie:

1) przepisów prawa materialnego, tj.:

a) art. 24 pkt 2 lit a w zw. z art. 1 ust 2 pkt 1 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt. 1 lit. b w zw. z art. 44 Pt poprzez błędne przyjęcie, że nałożenie na (...) w decyzji (...) w okresie przejściowym (do dnia 30.06.2013 r.) obowiązku stosowania symetrycznej stawki w wysokości skalkulowanej z zastosowaniem średniej arytmetycznej ze stawki wyliczonej na podstawie modelu (...) i obowiązującej stawki (...) operatorów zasiedziałych jest adekwatne i proporcjonalne do zdiagnozowanych problemów, nie narusza obowiązku równego traktowania przedsiębiorców telekomunikacyjnych, a także nie prowadzi do dyskryminacji powoda na tle operatorów zasiedziałych,

2) art. 24 pkt 2 lit. c w zw. z art. 1 ust. 2 pkt 1 i art. 189 ust. 2 pkt. 1 lit. b w zw. z art. 44 Pt poprzez błędne przyjęcie, że Prezes UKE prawidłowo zmienił w decyzji (...) w odniesieniu do (...) obowiązek regulacyjny w postaci zakazu stosowania w okresie przejściowym zawyżonych stawek na obowiązek, a stosowania symetrycznej stawki w wysokości skalkulowanej z zastosowaniem średniej arytmetycznej ze stawki wyliczonej na podstawie modelu (...) i obowiązującej stawki (...) operatorów zasiedziałych, mimo że ten pierwszy obowiązek był adekwatny i proporcjonalny do zidentyfikowanych problemów oraz został uprzednio nałożony w decyzji (...);

II. przepisów postępowania, mające wpływ na treść rozstrzygnięcia, tj.:

1) art. 479<sup>(57)</sup> § 1 w zw. z art. 479<sup>(64)</sup> § 1 i 2 k.p.c. poprzez ograniczenie funkcji jurysdykcyjnej SOKiK wyłącznie do oceny legalności zaskarżonej decyzji (...), a tym samym nierozpoznanie istoty sprawy,

2) art. 479<sup>64</sup> § 1 k.p.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, tj. oddalenie odwołania, mimo że były podstawy do jego uwzględnienia,

3) art. art. 224 § 1 w zw. z 227 k.p.c. poprzez oddalenie wniosków dowodowych powoda o przeprowadzenie dowodów z materiałów prasowych w postaci artykułów: „(...)”, zamieszczonego w dniu 21.07.2011 r. w serwisie (...) „(...)”, zamieszczonego w dniu 30.06.2011 r. w serwisie (...), (...), zamieszczonego w dniu 1.07.2011 r. w serwisie(...), (...)", zamieszczonego w dniu 05.07.2011 r. w serwisie (...) „(...)”, zamieszczonego w dniu 17.10.2011 r. w serwisie (...), mimo że wnioski te były sformułowane prawidłowo, a w szczególności odwołanie zawierało tezy dowodowe w tym zakresie, co w konsekwencji spowodowało, że sporne okoliczności sprawy nie zostały dostatecznie wyjaśnione,

4) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak dokonania wszechstronnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i wyprowadzenie ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego arbitralnych wniosków, m.in. sprowadzających się do stwierdzeń: „(...) jako nowo wchodzący na rynek w 2007 r. operator korzystał z uprzywilejowanych asymetrycznych stawek, jednak sytuacja rynkowa spółki zmieniła się, wzrosły udziały w rynku i przychód” i „Wbrew zarzutom powoda nie doszło do jego dyskryminacji, ponieważ w stosunku do innych operatorów telefonii ruchomej nałożono te same stawki, wprowadzono ten sam okres przejściowy i ten sam okres dochodzenia do symetrii.”,

5) art. 328 § 2 k.p.c. poprzez sporządzenie uzasadnienia zaskarżonego wyroku w sposób uniemożliwiający jego instancyjną kontrolę, a to wskutek: (i) braku wskazania faktów istotnych dla dokonania materialnoprawnej oceny zaskarżonej decyzji, (ii) całkowitego braku wskazania dowodów, na których Sąd się oparł, oraz przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej oraz które wnioski dowodowe stron oddalił, oraz braku wyspecyfikowania które wnioski dowodowe stron dotyczyły faktów wzajemnie przez strony znanych i niekwestionowanych, a które wnioski dotyczyły faktów znanych Sądowi z urzędu i nie wymagały przeprowadzenia dowodu, (iii) braku wskazania i wyjaśnienia podstawy prawnej rozstrzygnięcia, (iv) braku własnej analizy i wykazania zasadności stawianych w uzasadnieniu wyroku wniosków.

Wskazując na te zarzuty powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i uwzględnienie odwołania, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji, gdyby uznano, że zachodzi konieczność przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości lub Sąd I instancji nie rozpoznał istoty sprawy. Wniósł również o zasądzenie od pozwanego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W odpowiedzi na apelację pozwany wniósł o jej oddalenie w całości i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda była niezasadna.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że niezasadny był zarzut dotyczący naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. W orzecznictwie słusznie przyjmuje się, że niedostatki uzasadnienia wyroku mogą być przyczyną uwzględnienia apelacji tylko w sytuacjach szczególnych, gdy w ogóle nie pozwalają na poznanie motywów, jakimi kierował się sąd wydający rozstrzygnięcie. W obecnym modelu apelacji sąd drugiej instancji jest sądem, który nie tylko na podstawie treści uzasadnienia bada prawidłowość decyzji sądu pierwszej instancji, ale rozpoznając merytorycznie sprawę, uprawniony jest także do samodzielnej oceny materiału dowodowego zgromadzonego przez ten sąd oraz, ewentualnie, także w postępowaniu apelacyjnym. Innymi słowy, jedynie w przypadku uchybień w sporządzeniu uzasadnienia, które



faktycznie uniemożliwiają sądowi wyższej instancji kontrolę, czy prawo materialne i procesowe zostało prawidłowo zastosowane, zarzut art. 328 § 2 k.p.c. może okazać się skuteczny. Nie sposób stwierdzić, aby uzasadnienie Sądu Okręgowego w niniejszej sprawie nie poddawało się kontroli instancyjnej, jako że z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika, z jakich przyczyn Sąd ten oddalił odwołanie, zaś ewentualne uchybienia nie miały znaczenia dla merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy. Natomiast nie uzasadnia zarzutu naruszenia tego przepisu okoliczność, że strona w odmienny sposób ocenia materiał dowodowy zebrany w sprawie. To, że Sąd Okręgowy pewnych elementów w uzasadnieniu nie wyeksponował, mimo że wymagały one szerszego omówienia, nie oznacza naruszenia powołanego przepisu, czy dalej idącej kwestii – nierozpoznania istoty sprawy.

Niezasadny był również zarzut naruszenia art. 479<sup>(57)</sup> § 1 w zw. z art. 479<sup>(64)</sup> § 1 i 2 k.p.c., jako że SOKiK nie ograniczył się do oceny legalności zaskarżonej decyzji (...), co skutkowało również niezasadnością zarzutu nierozpoznania istoty spraw z tej przyczyny. Za ugruntowany w orzecznictwie należy uznać pogląd, zgodnie z którym wniesienie odwołania od decyzji Prezesa UOKiK wszczyna postępowanie pierwszoinstancyjne na zasadach postępowania kontradyktoryjnego, zaś SOKiK władny jest usunąć wady decyzji organu administracji, chociaż jest to postępowanie, w którym widoczne są pewne elementy postępowania odwoławczego (zob. np. wyrok SN z dnia 29.05.1991 r., III CRN 120/91, OSNCP 1992, nr 5, poz. 87, wyroki SA w Warszawie: z dnia 31.05.2011 r., VI ACa 1299/10, niepubl. i z dnia 8.03.2012 r., VI ACa 1150/11, niepubl.). Generalnie więc Sąd Okręgowy powinien osądzić sprawę od początku, zaś charakter postępowania administracyjnego wyklucza możliwość oparcia orzeczenia na ustaleniach jedynie organu administracyjnego, chyba że chodzi o notoria powszechne lub urzędowe (art. 228 k.p.c.), okoliczności przyznane przez stronę przeciwną lub przez nią niezaprzeczone (art. 229 i 230 k.p.c.), jak i objęte domniemaniem faktycznym lub prawnym (art. 231 i 234 k.p.c.). Wbrew twierdzeniom powoda, Sąd Okręgowy nie przeprowadził jedynie kontroli legalności zaskarżonej decyzji, ale przedstawił własne wywody co do meritum, z którymi powód się nie zgodził. Tym bardziej nie można mówić o nierozpoznaniu istoty sprawy, co ma miejsce wówczas, gdy sąd nie odniósł się do tego, co było przedmiotem sprawy, gdy zaniechał zbadania materialnej podstawy żądania, albo merytorycznych zarzutów strony, uznając bezzasadnie, że nie jest to konieczne z uwagi na istnienie przesłanek materialnoprawnych lub procesowych unicestwiających roszczenie (zob. np. postanowienie SN z dnia 8.09.2016 r., II CZ 96/16, Lex nr 2112308). Ewentualne niedokładności w uzasadnieniu, czy niepowołanie w uzasadnieniu wszystkich dowodów przedstawionych przez strony postępowania sądowego nie skutkują uznaniem, że dochodzi do nierozpoznania istoty sprawy.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd I instancji i przyjmuje je za swoje. Ustalenia w tym zakresie nie naruszały zasady oceny materiału dowodowego wynikającej z art. 233 § 1 k.p.c. Sprawia to, że nie zachodzi potrzeba powtarzania szczegółowych ustaleń faktycznych oraz dokonanej w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku interpretacji przepisów prawa mających zastosowanie w niniejszej sprawie (zob. np. postanowienie SN z dnia 22.04.1997 r., II UKN 61/97, OSNAP 1998 r. nr 3, poz. 104, wyrok SN z dnia 8.10.1998 r., II CKN 923/97, OSNC 1999 r., nr 3, poz. 60). I tak naprawdę powód ich nie kwestionował, gdyż spór dotyczył jedynie kwestii prawnej, a konkretnie – możliwości wprowadzenia przez Prezesa UKE symetrycznych stawek (...) przed upływem wcześniej ustalonego okresu. Trzeba bowiem zauważyć, że spółka (...) nie kwestionowała stawki, jaka miała obowiązywać ją od dnia 1.01.2014 r., właśnie na poziomie 4,29 gr/min, a wręcz tę okoliczność wprost przyznał. Istotą problemu było skrócenie okresu obowiązywania obowiązku ciążącego na powodzie na podstawie decyzji (...) polegającego na zakazie stosowania zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń w sieci (...) i zastąpienie go z początkiem 2013 r. obowiązkiem ustalania wysokości tych stawek w oparciu o opracowany przez Prezesa UKE model hipotetycznego operatora efektywnego (...), co oznacza przerwanie harmonogramu tymczasowej, malejącej asymetrii stawek na rok przed jego planowanym ukończeniem na rzecz wcześniejszego wprowadzenia obowiązku stosowania stawek symetrycznych.

Powód nie oponował przeciwko przejściu na proponowany model ustalenia opłat (...), ale chciał pozostania przy pierwotnym terminarzu jego wdrożenia, a miało to nastąpić nie od dnia 1.01.2013 r., ale rok później. (...) sprzeciwił się wprowadzeniu symetrycznej stawki 0,0826 zł/min w okresie przejściowym do dnia 30.06.2013 r., która to stawka nie wynikała z opracowanego przez Prezesa UKE modelu operatora efektywnego (k. 54-55). Z ewentualnego stanowiska

powoda wynikało, że godził się na wprowadzenie stawki 4,29 gr/min od dnia 1.07.2013 r., ale przy zachowaniu asymetrii przez pierwsze półrocze 2013 r.

Ze stanowiska powoda wynikało więc jednoznacznie, że problemem nie była sama ostateczna stawka za połączenia (...) (0,0429 zł/min), gdyż ta kwestia była bezsporna, a więc zastosowanie znajdował art. 229 k.p.c. (w przypadku braku wypowiedzi miałby zastosowanie art. 230 k.p.c.). Problem dotyczył możliwości skrócenia przez pozwanego o rok czasu okresu obowiązywania asymetryczności stawek, który to okres był wcześniej ustalony do końca 2013 r., a także wprowadzenia stawki 0,0826 zł/min, będącej niejako stawką „pośrednią” w pierwszym półroczu 2013 r., liczoną jako średnia arytmetyczna między stawkami 0,1223 zł/min (obowiązywała w dniu 31.12.2012 r.) i 0,0429 zł/min (obowiązywała od dnia 1.07.2013 r., chociaż według pierwotnych założeń miała obowiązywać dopiero od dnia 1.01.2014 r.).

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 233 § 1 k.p.c., to w świetle tego przepisu sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Ocena wiarygodności i mocy dowodów przeprowadzonych w danej sprawie wyraża istotę sądenia w części obejmującej ustalenie faktów. Dotyczy ona rozstrzygnięcia o przeciwstawnych twierdzeniach stron na podstawie własnego przekonania składu orzekającego powziętego w wyniku bezpośredniego zetknięcia się ze świadkami, dokumentami i innymi dowodami przeprowadzonymi w sprawie. Zarzut w tym przedmiocie, a więc sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału, może być skuteczny w sytuacji, gdy powstaje dysharmonia pomiędzy materiałem zgromadzonym w sprawie a konkluzją, do jakiej dochodzi sąd na jego podstawie. Przytoczenie w apelacji odmiennej, własnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego, na który powołuje się apelujący, nie może być uznane za skuteczne, przy jednoczesnym zaniechaniu wykazania, że ocena dokonana przez sąd przekracza granicę swobodnej oceny dowodów, którą wyznaczają czynniki logiczny i ustawowy, zasady doświadczenia życiowego, aktualny stan wiedzy, stan świadomości prawnej i dominujące poglądy na sądowe stosowanie prawa. Jeżeli więc wnioski wyprowadzone przez sąd orzekający z zebranego materiału dowodowego są logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena tego sądu nie narusza przepisu art. 233 § 1 k.p.c. i musi się ostać, choćby dawały się z niego wysnuć także wnioski odmienne. Innymi słowy, jedynie w sytuacji, gdy brak jest logiki w powiązaniu wniosków z zebranymi w sprawie dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo przeczy zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych związków przyczynowo-skutkowych, przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona.

Przenosząc powyższe na realia niniejszej sprawy, nie sposób zarzucić Sądowi Okręgowemu naruszenia wskazanych zasad, w szczególności w zakresie stanowiska, że „(...) jako nowo wchodzący na rynek w 2007 r. operator korzystał z uprzywilejowanych asymetrycznych stawek, jednak sytuacja rynkowa spółki zmieniła się, wzrosły udziały w rynku i przychód” i analogicznych sformułowań. Chociażby z raportu z badania konsumenckiego przeprowadzonego dla UKE „Rynek telekomunikacyjny w Polsce w 2010 r. Klienci indywidualni” grudzień 2010 (k. 975-1079 t. IV akt adm.) oraz z raportu z badania konsumenckiego przeprowadzonego dla UKE „Rynek telekomunikacyjny w Polsce w 2011 r. Klienci indywidualni” grudzień 2011 (k. 1080-1162 t. IV akt adm.) wynika jednoznacznie, jak bardzo zmieniła się sytuacja powodowej spółki od momentu wejścia jej na polski rynek. Z nowego w 2007 r. operatora telefonii komórkowej spółka (...) stała się jednym z tzw. wielkiej czwórki, która dzięki pomocy m.in. Prezesa UKE oraz dobrze przeprowadzonym kampaniom reklamowym bardzo się rozwinął, stając się realnym konkurentem dla trzech pozostałych wielkich graczy na rynku telefonii komórkowej. Co charakterystyczne, ani w odwołaniu, ani w apelacji powód tak naprawdę tych okoliczności nie kwestionował, nie wskazywał, aby jego udziały w rynku drastycznie odbiegały („w dół”) od udziałów operatorów (...), (...) i (...). Wręcz przeciwnie, z raportów wynika wprost, że w wielu segmentach spółka (...), powszechnie znana jako operator (...), jest liderem na rynku. Także w raporcie o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2011 r. (k. 327-348v) wskazano np. że udział największych operatorów na rynku telefonii ruchomej są stabilne, z roku na rok swoją pozycję umacnia (...) (s. 26), w 2011 r. zostało zmigrowanych ponad 1 mln numerów, większość z nich (71%) były to numery przeniesione do sieci (...), a najważniejszym argumentem przemawiającym za migracją do innej sieci są przesłanki finansowe i możliwości otrzymania atrakcyjnych modeli

telefonów (s. 32). To jedynie niektóre sformułowania zawarte w raportach, które świadczyły o pozycji (...) po kilku latach funkcjonowania na rynku telefonii komórkowej.

W tym ostatnim raporcie wskazano również, że najwyższy pod względem uzyskanych przychodów udział w rynku współpracy międzyoperatorskiej osiągnął (...), ale spółka (...) pomimo dużo mniejszej niż pozostali operatorzy bazy klientów osiągnęła wysoki, ponad 18% udział w rynku, co było konsekwencją wyższych stawek (...) (s. 41). Jak wynikało z wykresu nr 55, trzej pozostali najwięksi operatorzy osiągnęli w 2011 r. udział pod względem przychodów na rynku współpracy międzyoperatorskiej: 31,4%, 25,6% i 24,4% (udział pozostałych operatorów w tym rynku był znikomym, pomijalnym). Było to na rok przed wprowadzeniem stawek symetrycznych i półtora roku przed wprowadzeniem docelowej stawki (...). Już w tym momencie udział w tym rynku spółki (...) zbliżał się do udziału dwóch kolejnych operatorów. Należy pamiętać, że celem działań podjętych przez regulatora nie jest to, aby nowy operator stał się liderem na rynku, a więc aby ostatecznie jego udział w rynku był większy niż konkurentów, ale aby wejście kolejnego operatora na rynek (w tym przypadku: usług telefonii komórkowej) odniosło pozytywny skutek dla konkurencji i konsumentów. Tu mamy do czynienia z sytuacją, w której dzięki asymetryczności stawek (...), czyli promowania powodowej spółki, w ciągu zaledwie niespełna 5 lat stała się ona operatorem, którego udział w rynku był niewiele niższy niż innych, działających od wielu lat operatorów. Także w raporcie (...) październik 2010 r. (k. 157-207v) wskazano, że wdrożenie asymetrii (...) dało pozytywne rezultaty w postaci dalszego wzrostu poziomu konkurencji i spadku stopnia koncentracji dostawców w sektorze telefonii ruchomej, co wynikało z wejścia na rynek kolejnych operatorów infrastrukturalnych, przede wszystkim (...). Tymczasem analiza treści odwołania, a następnie uzasadnienia apelacji sugerowałaby, że w zasadzie powód jest nadal nowym operatorem, który zasługuje na specjalne traktowanie, gdyż inaczej znajdzie się w gorszej sytuacji niż jego trzej najwięksi konkurenci. Stabilna sytuacja tej spółki na rynku, a wręcz jej ciągły rozwój, jednoznacznie przeczyła takiemu stanowisku, a wskazywała na wnioski przeciwnie.

Stanowisko Sądu Okręgowego było zgodne również z treścią przepisów prawa telekomunikacyjnego. Zgodnie z art. 21-22 Pt, w brzmieniu obowiązującym w dniu wydania zaskarżonej decyzji, Prezes UKE przeprowadza analizę rynku w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych i po jej przeprowadzeniu, nie rzadziej niż co 2 lata, a także niezwłocznie po wydaniu albo zmianie zalecenia Komisji Prezes UKE przeprowadza postępowanie w celu określenia rynku właściwego, ustalenia, czy na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą, wyznaczenia przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych, w przypadku stwierdzenia, że na rynku właściwym nie występuje skuteczna konkurencja i nałożenia na tego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą obowiązków regulacyjnych oraz utrzymania, zmiany albo uchylecia obowiązków regulacyjnych nałożonych na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub wskazanych przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Po przeprowadzeniu takiego postępowania wydaje określoną decyzję w tym przedmiocie (art. 24 Pt). Zgodnie z aktualnym brzmieniem art. 21 ust. 2 Pt termin został wydłużony do „nie później niż 3 lata od podjęcia poprzedniego rozstrzygnięcia”. Ustawodawca uznał więc, że zmieniła się sytuacja na rynku telefonii komórkowej, która jest stosunkowo stabilna.

Jednak w omawianym okresie ustawodawca przyjął, że właściwym okresem będą dwa lata i że jest to okres maksymalny, o czym świadczy użycie sformułowania „nie rzadziej”. Niezasadne były więc twierdzenia powoda odnośnie do naruszenia praw konstytucyjnych, a konkretnie praw nabytych. Faktem jest, że w decyzji (...) została ustalona ścieżka dojścia do docelowej stawki symetrycznej (...) i ta ścieżka została zmieniona przez pozwanego zaskarżoną decyzją. Niemniej nie sposób tu mówić o prawach nabytych. Przeczy temu istota omawianego uprawnienia, który stanowi wyjątek od zasady symetryczności, a nie zasadę. Ta okoliczność wynika już tylko z treści powołanych przepisów prawa telekomunikacyjnego, które nie tyle uprawniają, co zobowiązują Prezesa UKE do dokonania stosownego postępowania i wydania właściwej decyzji. Jest to wynikiem przede wszystkim celów ustawy – Prawo telekomunikacyjne, określonych w art. 1 ust. 2, a mianowicie stworzenia warunków dla:

- wspierania równoprawnej i skutecznej konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych,
- rozwoju i wykorzystania nowoczesnej infrastruktury telekomunikacyjnej,

- zapewnienia ładu w gospodarce numeracją, częstotliwościami oraz zasobami orbitalnymi,
- zapewnienia użytkownikom maksymalnych korzyści w zakresie różnorodności, ceny i jakości usług telekomunikacyjnych.

Istotą nie jest zatem zapewnienie operatorom osiągania jak najwyższych korzyści (zysków) z prowadzonej działalności gospodarczej, ale przede wszystkim doprowadzenie do faktycznej konkurencji na rynku, z korzyścią dla użytkowników, czyli odbiorców końcowych. W wyniku tego regulator powinien dokonywać kontroli, w omawianym okresie nie rzadziej niż co dwa lata. Ten wymóg został spełniony w niniejszej sprawie, a więc powodowa spółka powinna mieć świadomość, że w 2012 r. zostanie przeprowadzone postępowanie administracyjne, w którym – w wyniku dokonanych ustaleń – może dojść do zmiany wcześniejszych decyzji. Nie sposób więc zgodzić się ze stroną powodową, aby chodziło o prawa nabyte, które nie mogłyby zostać zmienione – wręcz przeciwnie, przepisy prawa wprost przewidywały możliwość zmiany lub uchylecia wcześniej nałożonych obowiązków, jak i nałożenia obowiązków regulacyjnych, biorąc pod uwagę adekwatność i proporcjonalność danego obowiązku do problemów rynkowych. Oznacza to, że w wyniku dokonania przeglądu obowiązki regulacyjne mogą zostać zmienione, a nie tak, jak to podnosiła spółka (...), nie ulegać zmianie.

Wbrew twierdzeniom powoda Prezes UKE dokonał szczegółowej analizy i oceny przesłanek adekwatności oraz proporcjonalności nałożonych obowiązków regulacyjnych w decyzji (...) do zidentyfikowanych problemów rynkowych. W wyniku tej analizy Prezes UKE uznał, że obowiązki regulacyjne przewidziane w Decyzji (...) są proporcjonalne i adekwatne do zidentyfikowanych problemów na danym rynku właściwym (s. 30-67 decyzji), co potwierdził Sąd Okręgowy i z czym należało się zgodzić. Nie powtarzając w tym miejscu wszystkich podniesionych argumentów, generalnie można powiedzieć, że zidentyfikowane problemy w rozwoju konkurencji występujące na rynku właściwym dotyczyły możliwości antykonkurencyjnego zawyżania stawek za zakańczanie połączeń w sieci (...) i możliwości utrudniania operatorom dostępu do sieci (...) lub możliwości odmowy połączenia sieci (s. 35 decyzji), zaś cele regulacyjne – zapobiegania zawyżaniu stawek za zakańczanie połączeń głosowych oraz udostępnienie sieci zarządzanej przez (...) innym przedsiębiorcom na zasadach rynkowych (s. 34 decyzji). W wyniku tego pozwany przyjął środki zaradcze w postaci obowiązków regulacyjnych wskazanych w sentencji decyzji (...).

Nie można zatem uznać, że decyzja (...) nie zawiera uzasadnienia proporcjonalności i adekwatności nakładanych na (...) obowiązków, co w szczególności dotyczy obowiązku wskazanego w punkcie VI, nałożonego na podstawie art. 44 Pt, polegającego na stosowaniu opłat za zakończenie połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) w wysokości określonej w harmonogramie zamieszczonym w decyzji (...). W tym przedmiocie zgodzić się należało z wywodami Sądu Okręgowego. Prezes UKE stworzył model efektywnego operatora (s. 46-65 decyzji).

Odnosząc się do kwestii wpływu wydania Zalecenia KE na treść decyzji (...), w tym Zaleceniu Komisja Europejska zmieniła dotychczasowe podejście do kwestii stawek za zakańczanie połączeń w sieciach ruchomych, stawek (...). Komisja uznała, że stawka (...) powinna być ustalana w oparciu o koszty modelowe (a nie rzeczywiste) oraz że powinna być symetryczna. Zalecenie zezwalało krajowym organom regulacyjnym na odsunięcie w czasie wprowadzenia modelu operatora efektywnego na rzecz tymczasowego stosowania innych metod ustalania stawek za zakańczanie połączeń w sieciach operatorów, na co powoływał się powód. Jednak mogło to nastąpić w ściśle określonych sytuacjach. Pierwsza związana była z trudnościami danego krajowego organu regulacyjnego z terminowym przygotowaniem zalecanego modelu kalkulacji kosztów oraz wykazanie, że metoda inna niż model (...) oparty na bieżących kosztach prowadzi do wyników zgodnych z Zaleceniem KE i analogicznych do wyników uzyskiwanych na rynku konkurencyjnym. Wówczas organ mógł uznać ustalanie tymczasowych cen na podstawie alternatywnego podejścia do dnia 1.07.2014 r. Jeżeli dla krajowych organów regulacyjnych dysponujących ograniczonymi środkami stosowanie zalecanej metody kalkulacji kosztów po tej dacie byłoby obiektywnie niewspółmierne, mogły one nadal stosować alternatywne metody do dnia dokonania przeglądu niniejszego zalecenia (pkt 12). Miałyby to więc być okoliczności leżące po stronie regulatora, jednak i wówczas rezultat wynikający z zastosowania alternatywnej metody nie powinien przekraczać średniej stawek za zakańczanie połączeń ustalonej przez krajowe organy regulacyjne stosujące zalecaną metodę kalkulacji kosztów. Ponieważ nic takiego nie miało miejsca, a w szczególności w zakreślonym w Zaleceniu terminie, tj. do końca 2012 r.,

polski regulator przygotował zalecany model, który stanowił załącznik nr (...) (w połączeniu z załącznikiem nr (...)) do zaskarżonej decyzji (płyty CD k. 1729-1730 t. VI akt adm.), Prezes UKE nie mógł na tej podstawie utrzymać asymetrii.

Drugi przypadek, w którym organ regulacyjny mógł zastosować odstępstwo od zasady stosowania symetrii stawek, to wejście na rynek połączeń ruchomych nowego podmiotu (pkt 10). Jednak aby możliwe było zastosowanie tego odstępstwa, niezbędne było udowodnienie, że ten nowy podmiot, działający poniżej minimalnej skali efektywności, ponosił wyższe jednostkowe koszty przyrostowe niż operator standardowy, a nadto krajowy organ regulacyjny musiał stwierdzić, że na rynku detalicznym istnieją przeszkody utrudniające wejście na rynek i ekspansję. Ciężar dowodu spoczywał na powodzie (art. 6 k.c.), tymczasem nie tylko nie udowodnił on, aby zaszła przesłanka, o której mowa, ale również wskazanych okoliczności nawet nie podnosił. Co więcej, jak wynika z tego punktu Zalecenia, „jakikolwiek okres przejściowy nie powinien przekraczać czterech lat od momentu wejścia operatora na rynek”. Zatem już chociażby z tej przyczyny nie było możliwe zastosowanie odstępstwa od symetryczności stawek (...), skoro powód nie był nowym operatorem na rynku, rozpoczął działalność w 2007 r., a sprawa dotyczy 2013 r., czyli okresu znacznie po upływie czteroletniego możliwego okresu przejściowego dla stosowania stawek asymetrycznych.

Chociaż było to „tylko” Zalecenie, to z punktu 13 wynikało, że nie później niż po upływie czterech lat od terminu rozpoczęcia jego stosowania Zalecenie miało zostać poddane przeglądowi. W punkcie 21 preambuły jednoznacznie wskazano, że okres przejściowy do dnia 31.12.2012 r. powinien zostać uznany za wystarczający, aby krajowe organy regulacyjne mogły wprowadzić model obliczania kosztów, a operatorzy dostosowali odpowiednio swoje business plany przy jednoczesnym uwzględnieniu naglącej konieczności zapewnienia użytkownikom maksymalnych korzyści w postaci wydajnie określonych na podstawie kosztów stawek za zakańczanie połączeń. Innymi słowy, wszyscy operatorzy doskonale wiedzieli, że od początku 2013 r. będą zobowiązani do przejścia na wskazany model i stosować symetryczne stawki (...). To również oznacza, że kwestia tzw. praw nabytych nie miała tu w ogóle zastosowania. Słusznie Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, co również nie było kwestionowane przez stronę powodową, że decyzje (...) dla pozostałych operatorów były analogiczne i w tym kontekście nie sposób mówić o naruszeniu uprawnień spółki (...) jako operatora. Generalnie, z punktu widzenia powoda, jako przedsiębiorcy można zrozumieć chęć utrzymania sytuacji, w której od dnia 1.07.2012 r. (...) mógł stosować 147% stawek (...) wszystkich innych operatorów, w okresie 1.01.2013 r. – 30.06.2013 r. – 131%, w okresie 1.07.2013 r. – 31.12.2013 r. – 116%, zaś od dnia 1.01.2014 r. – 100%.

Jednak w tym kontekście trzeba zwrócić uwagę na pismo (...) ((...)) z dnia 24.08.2012 r. o treści: „(...) jako pierwszy operator w Polsce skorzystał z najwyższej w Europie asymetrii stawek (...), dzięki której oferował i nadal oferuje klientom takie oferty, jakich inni operatorzy nie są w stanie stworzyć, co wskazuje na wysokie prawdopodobieństwo finansowania ofert detalicznych przez (...) z zawyżonych stawek (...). Potwierdza to wskazaną wcześniej pomoc ze strony regulatora i możliwość prowadzenia kampanii reklamowych, w których obok jakości, można było wypuklić element ceny, a powszechnie wiadomym jest, że z punktu widzenia konsumentów właśnie ten aspekt usługi oferowanej przez operatora telefonii komórkowej jest często przeważający, szczególnie w sytuacji, gdy pozostałe elementy ofert czterech największych operatorów są do siebie bardzo zbliżone. Potwierdza to przedstawiona na wykresie asymetria (...) na tle pozostałych krajów Europy, z której wynikało, że spółka (...) miała asymetrię na poziomie 94%, gdy na kolejnym miejscu znajdował się kraj (Belgia), w którym asymetria występowała na poziomie „zaledwie” 59% (k. 1216v t. I akt adm.). Również tego dokumentu strona powodowa nie kwestionowała, a więc z całą pewnością odzwierciedlał on rzeczywisty stan rzeczy. Widać więc wyraźnie, że powodowa spółka była preferowana przez polskiego regulatora w omawianym zakresie w stopniu zdecydowanie wyższym niż nie tylko średnia europejska, ale w ogóle wyższym niż wszyscy inni nowi operatorzy na poszczególnych rynkach europejskich. Powołana treść Zalecenia jednoznacznie wskazywała, że z dniem 1.01.2013 r. ta preferencja zostanie zakończona, a powód miał bardzo dużo czasu (od daty Zalecenia) do dostosowania swojej działalności do tego, że od tej daty będzie musiał stosować stawki symetryczne. W związku z tym niezasadne było więc odwołanie się do stosowania symetryczności stawek nawet o pół roku (za pierwsze półrocze 2013 r.), jak to ewentualnie powód podnosił w apelacji.

Trzeba pamiętać, że Zalecenie pomimo swego niewiążącego co do zasady charakteru wymusza na organach regulacyjnych, a w dalszej kolejności na przedsiębiorcach telekomunikacyjnych, określone w nim działania, a konsekwencją niedostosowania się do Zalecenia, co zostałyby ustalone w ramach przeglądu, który miał nastąpić

maksymalnie do czterech lat (pkt 13), byłaby interwencja Komisji Europejskiej. Stan prawny, w jakim była wydawana decyzja (...), znacznie więc różnił się od stanu prawnego, w jakim została wydana zaskarżona decyzja. O ile bowiem w przypadku pierwszej decyzji można było brać pod uwagę horyzont czasowy sięgający 2014 r., to Zalecenie z 2009 r. ten horyzont skróciło przynajmniej o rok czasu. To samo dotyczy zresztą stanu faktycznego, gdyż wyłącznie w dacie wydania tej pierwszej decyzji można było twierdzić, że powód jest nowym operatorem na rynku, który zasługuje na preferencje z uwagi na wdrażanie zasad konkurencji na polskim rynku telefonii komórkowej. Jak wykazano, spółka (...) z tych preferencji skorzystała, nawet przez dłuższy okres czasu niż wynikałoby to z Zalecenia, gdyż gdyby odnieść się do czteroletniego okresu preferencji od momentu pojawienia się nowego operatora na rynku, okres, w którym mogłaby ona stosować niesymetryczne stawki (...) zakończyłby się w 2011 r. Zatem na datę wydania decyzji (...) nie była już nowym operatorem, i co jest powszechnie wiadome, była i nadal jest zaliczana do czterech największych operatorów telefonii komórkowej w Polsce, którzy konkurują tak naprawdę między sobą, jako że pozostali (mali operatorzy) realnej konkurencji dla nich nie stanowią.

W tym miejscu trzeba zauważyć, o czym była również mowa, że powodowa spółka nie kwestionowała stawki (...) w wysokości 4,29 gr/min jako zgodnej z modelem, o której mowa w Zaleceniu. Jeżeli spółka (...) chciała wykazać brak podstaw do wprowadzenia modelu efektywnego operatora, czy stawki, którą Prezes UKE wprowadził w okresie przejściowym, powinna była wykazać swoje koszty, które w sposób istotny odbiegałyby od założeń Prezesa UKE, a tym samym od stawki wprowadzonej decyzją (...). W konsekwencji należało uznać ustalenie tej stawki za prawidłową, tym bardziej, że jak wynikało z punktu 11 Zalecenia, krajowe organy regulacyjne powinny były zapewnić, by do dnia 31.12.2012 r. wprowadzono stawki za zakańczanie połączeń na efektywnym kosztowo i symetrycznym poziomie. W tej sytuacji nie sposób pominąć, że mogła i powinna ona obowiązywać powoda już od dnia 1.01.2013 r. Tymczasem w pierwszym półroczu 2013 r. pozwany zastosował w stosunku do powoda stawkę niemal dwukrotnie wyższą. Co prawda została ona ustalona jako prosta arytmetyczna stawek z dnia 31.12.2012 r. i 1.07.2013 r., a więc w oderwaniu od omawianego modelu, to w tym konkretnym wypadku nie sposób uznać, aby ta uznaniowość, jaką zastosował Prezes Urzędu, została dokonana na niekorzyść przedsiębiorcy. Wręcz przeciwnie, skoro powód przyznał, że docelowa stawka była prawidłowa, to oznaczało to, że każda wyższa stawka w okresie, w którym powinien był on stosować już stawkę symetryczną, była dla niego korzystna. Mieliśmy tu do czynienia z pewną uznaniowością organu administracji, jednak działającego tak naprawdę na korzyść operatora telefonii komórkowej. Innymi słowy, chociaż regulator, z uwagi na powyższe unormowania, nie miał obowiązku nałożyć na (...) obowiązku, o którym mowa w art. 44 Pt, w okresie 1.01.2013 r. – 30.06.2013 r. w zakresie stawki (...) na poziomie 8,26 gr/min, gdyż mógł już zastosować stawkę docelową opartą na modelu, o którym mowa w Zaleceniu, to działania na korzyść operatora nie sposób kwestionować.

Warto zauważyć, jak wynikało z niekwestionowanych twierdzeń strony pozwanej (art. 230 k.p.c.), Prezes UKE zdecydował się na odsunięcie w czasie (w stosunku do tego co zostało wskazane w Zaleceniu) wprowadzenia symetrii stawek (...) ze względu na okoliczności dotyczące operatorów działających na rynku telefonii ruchomej, co wymagało zgody Komisji Europejskiej, którą Prezes UKE uzyskał, pomimo tego, że w toku korespondencji z Komisją (nota bene znajdującą się w aktach administracyjnych) Komisja apelowała do Prezesa UKE o nieodstępowanie od terminu przyjętego w Zaleceniu. Tak więc chociaż powód powinien był mieć świadomość, że od dnia 1.01.2013 r. będzie konieczne stosowanie już stawek symetrycznych, pozwany odsunął w czasie proces dochodzenia do ostatecznej stawki symetrii, stosując stawkę niejako „przejściową”, co stanowiło łagodniejszą ścieżkę niż w sytuacji, gdyby docelowa stawka została zastosowana już od początku 2013 r. Zatem mając na uwadze całokształt materiału dowodowego zebranego w sprawie, zarzut braku adekwatności i proporcjonalności nałożonego obowiązku do problemów rynkowych był całkowicie niezasadny. Nadto z podstawowego wniosku zawartego w odwołaniu, a powtórnego w apelacji wynikało, że „adekwatność i proporcjonalność” strona powodowa utożsamiała z zachowaniem status quo, a więc zachowaniem asymetryczności do końca 2013 r., zgodnie z decyzją z 2008 r. Jak wykazano, nie miało to uzasadnienia. Słusznie w apelacji podniesiono, że zastosowany środek powinien w świetle posiadanych doświadczeń prowadzić do przewyciężenia lub zmniejszenia przeszkód dotyczących rozwoju konkurencji. Wskazana powyżej zmiana stanu faktycznego i prawnego skutkowała, że obowiązki adekwatne i proporcjonalne w 2008 r. nie były takimi w 2013 r. – w sensie obiektywnym, co wynikało chociażby z powołanych dowodów, chociaż w sensie subiektywnym stanowisko powoda mogło być odmienne (i było). Zmiany jakie nastąpiły przez okres kilku lat, powinny skutkować

zastosowaniem takich samych zasad w odniesieniu do stawek (...) dla powoda, jak i dla pozostałych największych operatorów na polskim rynku telefonii komórkowej. Nie został więc naruszony art. 8 ust. 4 dyrektywy o dostępie, zgodnie z którym obowiązki nałożone zgodnie z tym artykułem muszą opierać się na charakterze stwierdzonego problemu oraz muszą być proporcjonalne i uzasadnione w świetle celów określonych w art. 8 dyrektywy ramowej.

Na marginesie tylko można wskazać, że powód, pomimo szeregu podnoszonych zarzutów, nie podnosił tak naprawdę, aby stawka „przejściowa” była dla niego mniej korzystna niż stawka oparta na modelu (...) opartego na bieżących kosztach. Okoliczność ta wynika z faktu, że również stawka docelowa, a więc stawka na niższym poziomie nie była kwestionowana. Co więcej, jak wynikało z punktu 12 Zalecenia, krajowy regulator powinien byłby wykazać, że metoda inna niż wskazana powyżej „prowadzi do wyników zgodnych z niniejszym zaleceniem i analogicznych do wyników uzyskiwanych na rynku konkurencyjnym”. Aby to uczynić, operator musiałby przedstawić stosowne dane, niezbędne do tego rodzaju wyliczeń. Powód nawet nie podnosił, aby tego rodzaju dane zostały przedstawione Prezesowi UKE.

Niezasadny był zarzut naruszenia art. 224 § 1 w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez oddalenie wniosków dowodowych powoda o przeprowadzenie dowodów z materiałów prasowych w postaci artykułów, który miałyby wykazać, że pomiędzy innymi zasiedzającymi operatorami dochodzi do współpracy, która może wpłynąć na rynek usług telefonii komórkowej. Po pierwsze, ewentualne koncentracje stanowią przedmiot innego postępowania przed Prezesem UOKiK. Po drugie, ewentualna współpraca między konkurentami powoda i przejęcia spółek nie mogą stanowić podstawy dalszego faworyzowania powoda w zakresie stawek (...). Również powodowa spółka może podjąć stosowne działania zmierzające do wzmocnienia swojej pozycji rynkowej, jeżeli widzi zagrożenie w działaniach konkurentów. Trzeba zauważyć, że konkurenci ci nie wykonują tych działań mając oparcie z preferencjach ze strony regulatora, ale podejmują normalne decyzje biznesowe, które mają prowadzić do osiągnięcia przewagi konkurencyjnej. Ta kwestia nie może być jednak rozpatrywana z punktu widzenia stosowania symetrycznych stawek (...). Zatem te wnioski dowodowe pozostawały bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, a więc zastosowanie znajdował do nich art. 217 § 3 k.p.c.

Reasumując, chociaż zaskarżona decyzja zawierała w sobie pewną dozę uznaniowości w odniesieniu do stawki (...) przewidzianej dla (...) za pierwsze półrocze 2013 r., to w tym wypadku nie sposób uznać, aby Prezes UKE przekroczył granice swoich kompetencji i decyzję należałoby zmienić, a tym bardziej uchylić. Jak wykazano, pozwany mógł dokonać zmiany odnośnie do okresu obowiązywania asymetrycznych stawek (...), czyli skrócić ten okres o rok czasu, i już od początku tego okresu miał prawo ustalić symetryczną stawkę 4,29 gr/min w sieci (...). W takiej sytuacji powodowa spółka już od początku 2013 r. musiałaby stosować tę stawkę, co byłoby dla niej znacznie mniej korzystne niż miało to miejsce w sytuacji, gdy Prezes UKE zastosował stawkę niejako „pośrednią”, a czego czynić nie musiał. Okres przejściowy, czyli pierwsza połowa 2013 r., dał powodowi czas na dostosowanie swojej działalności do docelowej stawki, co niewątpliwie było dla niego bardziej korzystne niż obowiązek stosowania stawki 4,29 gr/min już od dnia 1.01.2013 r. Zatem, chociaż doszło do wydania decyzji w ramach pewnego uznania administracyjnego, to było to z korzyścią dla operatora. W konsekwencji wyrok Sądu Okręgowego odpowiadał prawu, a więc apelacja jako niezasadna podlegała oddaleniu w całości.

Mając powyższe na względzie, na podstawie art. 385 k.p.c., należało orzec jak w sentencji.