

*Sygn. akt VI ACa 1471 /11*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 10 maja 2012 r.*

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

*Przewodniczący Sędzia SA – Teresa Mróz*

*Sędzia SA – Krzysztof Tucharz (spr.)*

*Sędzia SO (del.) – Beata Waś*

*Protokolant – st. sekr. sąd. Agnieszka Prokopiuk*

*po rozpoznaniu w dniu 26 kwietnia 2012 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa (...) S.A. z siedzibą  
w W.*

*przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej*

*z udziałem zainteresowanego (...) S.A. z siedzibą w R.*

*o zmianę umowy*

*na skutek apelacji powoda*

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

*z dnia 13 września 2011r., sygn. akt XVII AmT 23/11*

*1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:*

*a) w punkcie pierwszym – zmienia decyzję Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 22 grudnia 2010r. Nr (...) w sprawie zmiany Umowy o warunkach współpracy i wzajemnych rozliczeniach, zawartej pomiędzy (...) S.A. a (...) S.A. poprzez nadanie jej punktowi I następującej treści:*

*„I zmieniam postanowienia umowy w następujący sposób:*

*1. W załączniku nr 2 do Umowy - Załącznik (...), w Rozdziale I ust. 1 wykreśla się Tabelę nr 2 - S. należne (...) za zakończenie połączenia w Sieci (...) i jednocześnie dodaje się punkt 1.4 w brzmieniu:*

*„1.4 (...) wnosi na rzecz (...) opłaty za usługę (...) połączeń w Sieci (...) w następującej wysokości:*

*a) do dnia 31 grudnia 2010 r. w wysokości 164% opłat za zakańczanie połączeń strefowych w sieci(...), odpowiednio w okresach taryfikacyjnych: 01,02,03, o których mowa w Załączniku nr 2 do Umowy, Tabela nr 1;*

b) *od dnia 1 stycznia 2011r. w wysokości 155% opłat za zakańczanie połączeń strefowych w sieci (...), odpowiednio w okresach taryfikacyjnych: 01,02,03, o których mowa w Załączniku nr 2 do Umowy, Tabela nr 1;*

c) *od dnia 1 lipca 2011r. w wysokości 146% opłat za zakańczanie połączeń strefowych w sieci (...), odpowiednio w okresach taryfikacyjnych: 01,02,03, o których mowa w Załączniku nr 2 do Umowy, Tabela nr 1;*

d) *od dnia 1 stycznia 2012r. w wysokości 137% opłat za zakańczanie połączeń strefowych w sieci (...), odpowiednio w okresach taryfikacyjnych: 01,02,03, o których mowa w Załączniku nr 2 do Umowy, Tabela nr 1;*

e) *od dnia 1 lipca 2012r. w wysokości 127% opłat za zakańczanie połączeń strefowych w sieci (...), odpowiednio w okresach taryfikacyjnych: 01,02,03, o których mowa w Załączniku nr 2 do Umowy, Tabela nr 1;*

f) *od dnia 1 stycznia 2013r. w wysokości 118% opłat za zakańczanie połączeń strefowych w sieci (...), odpowiednio w okresach taryfikacyjnych: 01,02,03, o których mowa w Załączniku nr 2 do Umowy, Tabela nr 1;*

g) *od dnia 1 lipca 2013r. w wysokości 109% opłat za zakańczanie połączeń strefowych w sieci (...), odpowiednio w okresach taryfikacyjnych: 01,02,03, o których mowa w Załączniku nr 2 do Umowy, Tabela nr 1;*

h) *od dnia 1 stycznia 2014r. w wysokości 100% opłat za zakańczanie połączeń strefowych w sieci (...), odpowiednio w okresach taryfikacyjnych: 01,02,03, o których mowa w Załączniku nr 2 do Umowy, Tabela nr 1”;*

**2. W załączniku nr 2 do Umowy - Załącznik (...), w Rozdziale I ust.1 dodaje się po punkcie 1.4 punkt 1.5 w brzmieniu:**

*„1.5 W przypadku zmiany wysokości obowiązujących opłat za zakańczanie połączeń strefowych w sieci (...) w okresach taryfikacyjnych: 01,02,03, o których mowa w Tabeli nr 1, zobowiązuje się strony do przekalkulowania obowiązujących stawek za zakańczanie połączeń w sieci (...) i (...), nie później niż w dniu wprowadzenia w życie nowych opłat za zakańczanie połączeń strefowych w sieci (...) na podstawie odpowiednich decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej /Właściwego Organu” ;*

*zaś w pozostałej części oddala odwołanie” ;*

b) *w punkcie drugim – znosi wzajemnie między powodem a pozwany koszty procesu;*

**2. oddala apelację w pozostałym zakresie;**

**3. znosi wzajemnie między powodem a pozwany koszty postępowania apelacyjnego.**

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 13 września 2011 r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie (...) SA z siedzibą w W. od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 22 grudnia 2010 r. nr (...) w sprawie zmiany Umowy o warunkach współpracy i wzajemnych rozliczeniach, zawartej w dniu 12 lutego 2001 r. pomiędzy (...) S.A. z siedzibą w R. a (...) S.A.

Sąd ustalił, że w okresie poprzedzającym wszczęcie postępowania przed Prezesem UKE nie było sporu między wskazanymi wyżej operatorami co do wysokości stawek za zakończenie połączeń głosowych w telefonicznej sieci stacjonarnej (...) (tzw. stawka (...)). W dniu 17 lutego 2010 r. (...) S.A. wysłała do (...) propozycję zmiany stawek za zakończenie tego rodzaju połączeń w wysokości odpowiadającej stawkom z harmonogramu Prezesa UKE z dnia 16 grudnia 2008 r. (k. 16 akt adm.). W nawiązaniu do tego stanowiska (...) wyraził zgodę na stosowanie opracowanego przez Prezesa UKE harmonogramu stopniowej likwidacji asymetrii stawek (...) w publicznych stacjonarnych sieciach telefonicznych, do końca 2013 r. z tym zastrzeżeniem aby przyjąć do rozliczeń jeden okres taryfikacyjny – 01 zamiast, odpowiednio trzech okresów tj. 0-1, 0-2 i 0-3.

Wobec braku porozumienia, odnośnie powyższego zagadnienia, (...) wystąpiła pismem z dnia 23 czerwca 2010 r. do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji zmieniającej łączącą strony umowę poprzez implementację wynikającego ze stanowiska Prezesa UKE z dnia 16 grudnia 2008 r. harmonogramu dochodzenia do symetrii stawek rozliczeniowych za zakończenie połączeń w sieci stacjonarnej (...).

Decyzją z dnia 22 grudnia 2010 r. Prezes UKE, po rozpatrzeniu przedmiotowego wniosku i przeprowadzeniu postępowania konsultacyjnego odnośnie projektu decyzji ustalił następujący sposób rozliczeń między (...) a (...) S.A. za zakończenie połączeń w sieci (...):

- a) do 31 grudnia 2010 r. w wysokości 164% opłaty za zakończenie połączeń strefowych w sieci (...), w okresie taryfikacyjnym 01, o której mowa w Tabeli nr 1;
- b) od dnia 1 stycznia 2011 r. w wysokości 155 opłaty za zakończenie połączeń strefowych w sieci (...), w okresie taryfikacyjnym 01, o której mowa w Tabeli nr 1;
- c) od dnia 1 lipca 2011 r. w wysokości 146% opłaty za zakończenie połączeń strefowych w sieci (...) w okresie taryfikacyjnym 01, o której mowa w Tabeli nr 1;
- d) od dnia 1 stycznia 2012 r. w wysokości 137% opłaty za zakończenie połączeń strefowych w sieci (...) w okresie taryfikacyjnym 01, o której mowa w Tabeli nr 1;
- e) od dnia 1 lipca 2012 r. w wysokości 137% opłaty za zakończenie połączeń strefowych w sieci (...) w okresie taryfikacyjnym 01, o którym mowa w Tabeli nr 1;
- f) od dnia 1 stycznia 2013 r. w wysokości 118% opłaty za zakończenie połączeń strefowych w sieci (...) w okresie taryfikacyjnym 01, o której mowa w Tabeli nr 1;
- g) od dnia 1 lipca 2013 r. w wysokości 109% opłaty za zakończenie połączeń strefowych w sieci (...), w okresie taryfikacyjnym 01, o której mowa w tabeli nr 1;
- h) od dnia 1 stycznia 2014 r. w wysokości 100% opłaty za zakończenie połączeń strefowych w sieci (...), w okresie taryfikacyjnym 01, o której mowa w Tabeli nr 1.

W przypadku zmiany wysokości obowiązującej opłaty za zakończenie połączeń strefowych w sieci (...) w okresie taryfikacyjnym 01, o której mowa w tabeli nr 1 strony zostały zobowiązane do przekalkulowania obowiązujących stawek za zakończenie połączeń w sieci (...) i (...), nie później niż w dniu wprowadzenia w życie nowych opłat, na podstawie odpowiednich decyzji Prezesa UKE/Własnego Organu.

Opisanej wyżej decyzji został nadany rygor natychmiastowej wykonalności.

Prezes UKE wskazał, iż dominującą zasadą w całej Europie jest asymetryczne określenie stawki za zakończenie połączeń w sieciach stacjonarnych, co pozwala wspomagać rozwój nowych i mniejszych infrastrukturalnych operatorów a ponadto operatorzy alternatywni nie są w stanie uzyskać korzyści w równie dużej skali jak operator zasiedziały. Polski rynek telekomunikacyjny charakteryzuje istnienie małych przedsiębiorstw telekomunikacyjnych,

działających na rynkach lokalnych, gdzie abonenci korzystający z tych sieci generują niewielkie przychody, nie są oni zainteresowani korzystaniem z nowoczesnych usług a operatorzy muszą ponosić znacznie wyższe, jednostkowe koszty dokonania modyfikacji w sieci w przeciwieństwie do operatora zasiedziałego, co zapewni temu ostatniemu przewagę konkurencyjną.

Z tych też względów utrzymanie tymczasowej asymetrii odnośnie poziomu stawek zakończenie połączeń głosowych w sieciach stacjonarnych jest uzasadnione potrzebą promocji nowych operatorów na rynku telekomunikacyjnym oraz tworzeniem zachęt do wchodzenia na rynek nowych podmiotów i czynienia nowych inwestycji, co sprzyja poprawie konkurencji w dłuższym okresie czasu.

W opinii Prezesa UKE powyższa argumentacja nie pozwala zaakceptować propozycji (...) S.A., zawartej w stanowisku z dnia 30 września 2010 r., zakładającej natychmiastowe wprowadzenie symetrycznej stawki (...) w sieci (...) i w sieci (...). Dlatego też zastosowano model stopniowej redukcji asymetrii w/w stawki, zgodnie z harmonogramem przedstawionym przez Prezesa UKE w piśmie z dnia 16 grudnia 2008 r.

Ustalając wysokość stawki (...) w sieci (...) na poziomie okresu taryfikacyjnego 01, za strefowe zakończenie połączenia w sieci (...) (opłata w wysokości 0,0248 zł/min.) Prezes UKE miał na uwadze okoliczność, że na rynku telekomunikacyjnym, największa liczba połączeń (51% ogółu ruchu) odbywa się w okresie 01, podczas gdy reszta przypada na 2 pozostałe okresy (02 i 03).

Prezes UKE poczynił te ustalenia nawiązując do opracowania T., gdzie zbadane zostały koszyki cenowe oparte na wolumenie ruchu w (...) w 2009 roku z uwzględnieniem: rodzaju wykonywanego połączenia, godziny oraz dnia tygodnia.

Jakkolwiek obecny ruch telekomunikacyjny jest coraz bardziej rozłożony w cyklu dobowym to jednak nie można jeszcze zrezygnować z jego podziału na różne okresy taryfikacyjne gdyż stanowią one nadal podstawę dla rozliczeń międzyoperatorskich, co dotyczy m.in. usługi zakańczania połączenia w sieci (...).

Biorąc pod uwagę ogólny rozkład ruchu w poszczególnych okresach taryfikacyjnych na rynku telekomunikacyjnym Prezes UKE jako miarodajny ruch zakańczany w sieci (...) a nie w sieci operatora alternatywnego.

Ponadto wolumen ruchu w sieci (...) daje jej strukturalną przewagę w obszarze kosztów w stosunku do konkurentów, w tym (...), który to podmiot dopiero wchodzi w dany segment rynku. Istniejąca przewaga (...) pozwala osiągać jej wyższe marże, niż w przypadku konkurentów, równie lub nawet bardziej efektywnych ekonomicznie.

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie podzielił w jakiegokolwiek części zarzutów odwołania, które od powyższej decyzji wniosła (...) S.A., a dotyczyły one naruszenia przepisów kodeksu postępowania administracyjnego tj. art. 8, 11 i 107 k.p.a. w zw. z art. 206 ust. Prawa telekomunikacyjnego poprzez wprowadzenie przedmiotową decyzją asymetrii stawek za zakańczanie połączeń w sieci (...) w porównaniu ze stawkami za zakończenie połączeń w sieci (...) oraz naruszenie art. 28 ust. 1 pkt 4 i 5c Prawa telekomunikacyjnego wskutek nieuwzględnienia charakteru zaistniałych kwestii spornych, dotyczących ekonomicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego oraz przyjęcia jako zasadniczej przesłanki rozstrzygnięcia – zapewnienie rozwoju konkurencyjnego rynku usług telekomunikacyjnych w sytuacji gdy ze stanowiska Prezesa UKE z dnia 16 grudnia 2008 r. oraz z zaleceń Komisji Europejskiej wynika, że utrzymywanie asymetrii przeczy rozwojowi konkurencji.

Sąd wskazał, że przed wszczęciem niniejszego postępowania nie było pomiędzy (...) S.A. a (...) sporu co do przyjętego przez Prezesa UKE (z 16 grudnia 2008 r.) harmonogramu dochodzenia do jednolitego poziomu stawek za świadczone usługi. Jedyna różnica w stanowiskach zainteresowanych stron wynikała na tle propozycji (...) aby przyjąć za podstawę rozliczeń jeden okres taryfikacyjny – 01 zamiast odpowiednio trzech okresów tj. 01, 02 i 03. Dopiero w toku postępowania administracyjnego (...) S.A. zmieniła swoje stanowisko twierdząc, że model rozliczeń tytułu świadczenia usługi zakańczania połączeń powinien być symetryczny, co jej zdaniem pozostaje w zgodzie z zasadą ekwiwalentności świadczeń.

W ocenie Sądu, żądanie zgłoszone przez (...) S.A. nie mogło zostać zaakceptowane gdyż pozycja obu tych podmiotów jest na rynku odmienna. (...) jest operatorem zasiedziałym a (...) jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym zajmującym znaczącą pozycję na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telekomunikacyjnej. Z opracowanego w 2009 r. „Raportu o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce” wynika, że (...) osiąga największe przychody w sektorze telefonii stacjonarnej, podczas gdy (...) nie został tam wymieniony jako ważny uczestnik rynku połączeń Międzyoperatorskich, który posiadałby udział w przychodach na poziomie ponad 3%.

Stosując domniemanie faktyczne Sąd uznał, że (...) S.A. dysponuje znaczną przewagą nad (...) na wskazanym wyżej rynku.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 28 ust. 1 pkt 4 i 5c Prawa telekomunikacyjnego Sąd podniósł, że to (...), występująca w tej sprawie w charakterze powoda powinna była wykazać inicjatywę dowodową w celu obalenia ustaleń faktycznych zawartych w zaskarżonej decyzji.

Co się tyczy kwestionowanego przez (...) S.A. rozstrzygnięcia odnośnie którego dokonał Prezesa UKE poprzez wybór 1 okresu rozliczeniowego (01) w celu prowadzenia wzajemnych rozliczeń między operatorami Sąd podzielił rację pozwanego bowiem w cyt. wyżej „ Raporcie o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2009 r.” wskazano, iż największy ruch w sieci ma miejsce w okresie taryfikacyjnym 01 a odwołujący się nie udowodnił swoich odmiennych twierdzeń przy czym na konieczność badania rozkładu ruchu w sieci (...) S.A. jako właściwego miernika zwrócił już uwagę Prezes UKE w stanowisku zajęтым w dniu 16 grudnia 2008 r.

Z kolei powoływana przez powoda argumentacja, że zalecenia Komisji Europejskiej z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakończenie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych Unii Europejskiej (2009/396/WE) wskazują na potrzebę stosowania stawek symetrycznych została przez Sąd antymonopolowy uznana jako nieistotna gdyż jest to akt prawa „miękkiego”, nie mający dla sądów krajowych mocy wiążącej.

W rezultacie przytoczonych wyżej rozważań Sąd nie znalazł podstaw do uwzględnienia zarówno zasadniczego wniosku odwołania (...) S.A. tj. zmiany zaskarżonej decyzji poprzez wprowadzenie identycznych stawek należnych (...) za zakończenie połączenia w sieci tego operatora, jaki w przypadku rozliczeń z tytułu zakończenia połączenia w sieci (...) (z podziałem na 3 okresy taryfikacyjne), jak również wniosku alternatywnego, w którym skarżący postulował utrzymanie przyjętego w decyzji harmonogramu dochodzenia do stawek symetrycznych (w okresie do końca 2013 r.) z rozbięciem opłat na poszczególne okresy taryfikacyjne (01, 02, 03).

Zawarte w piśmie procesowym powoda z dnia 13 lipca 2011 r. wnioski dowodowe zostały przez Sąd oddalone, jako złożone z uchybieniem terminu wskazanego w art. 479<sup>12</sup> k.p.c.

W złożonej od tego wyroku apelacji powód zarzucił:

- 1) naruszenie przepisu art. 328 § 2 k.p.c., mające wpływ na wyniki sprawy poprzez wadliwe sporządzenie uzasadnienia wyroku,
- 2) nierozważenie wszystkich zarzutów i dowodów zgłoszonych przez powoda w toku postępowania, co doprowadziło do nierozpoznania istoty sprawy,
- 3) przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów wskutek naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c. poprzez:
  - a) niewyjaśnienie przyczyn pominięcia przez Sąd dowodów zgłoszonych przez powoda w piśmie procesowym z dnia 8 lipca 2011 r.,
  - b) wyprowadzenie z zebranego materiału dowodowego nieprawidłowych pod względem logicznym wniosków, wskutek uznania, że treść zaskarżonej decyzji jest zgodna ze stanowiskiem Prezesa UKE z dnia 16 grudnia 2008

r. w sprawie symetrii stawek na rynku zakończenia połączeń głosowych w publicznych telefonicznych sieciach stacjonarnych oraz, że doprowadzi w 2014 r. do zakładanego w tym dokumencie celu tj. osiągnięcia stanu symetrii,

4) niewyjaśnienie okoliczności sprawy oraz sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego wskutek naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie oceny dowodów w sposób niewszechstronny bowiem z pominięciem dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy.

5) naruszenie przepisów prawa materialnego tj. Zalecenia Komisji Europejskiej z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych w Unii Europejskiej (2009/396/WE) poprzez jego niezastosowanie w sytuacji gdy od 1 maja 2004 r. w związku z przystąpieniem Polski do UE Sądy polskie mają obowiązek stosować prawo unijne oraz gdy orzecznictwo ETS wymaga aby sądy krajowe przy rozstrzyganiu sporów brały pod uwagę treść zaleceń Komisji Europejskiej.

Wskazując na powyższe zarzuty strona powodowa wносиła o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez zmianę decyzji Prezesa UKE z dnia 22 grudnia 2010 r. poprzez ustalenie opłat za zakończenie połączeń w sieci (...) w sposób symetryczny do opłat należnych (...) S.A. według stawek obowiązujących odpowiednio w trzech okresach taryfikacyjnych tj. 01 – 0; 0248 zł/min., 02 – 0,0186 zł/min., 03 – 0,0124 zł/min. a jako ewentualny zgłosiła wniosek o odniesienie przyjętych w decyzji asymetrycznych opłat do poszczególnych okresów taryfikacyjnych (01, 02, 03) i zobowiązania stron umowy do przekalkulowania obowiązujących stawek za zakańczanie połączeń w sieci (...) i (...) w przypadku zmiany wysokości obowiązującej opłaty za zakańczanie połączeń strefowych w sieci (...), w okresach taryfikacyjnych 01, 02 i 03, nie później niż w dniu wprowadzenia w życie nowych opłat.

Ponadto skarżący wносиł o zasądzenie od pozwanego, na jego rzecz kosztów postępowania.

Na wypadek nieuwzględnienia wniosku o zmianę zaskarżonego wyroku powód domagał się uchylenia tego orzeczenia i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Pozwany Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wносиł o oddalenie apelacji w całości i zasądzenie od strony powodowej, na jego rzecz, kosztów zastępstwa procesowego w instancji odwoławczej.

Zainteresowany – (...) S.A. w R. nie zajął stanowiska wobec wniesionej apelacji.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

**Apelacja powoda zasługuje na częściowe uwzględnienie tj. w zakresie wskazanym w jej wniosku ewentualnym.**

Najdalej idący zarzut apelacji – nierozpoznanie przez Sąd istoty sprawy jest oczywiście chybiony. Tego rodzaju przypadek miałby miejsce wówczas gdyby zaskarżone rozstrzygnięcie zostało oparte na określonej przesłance o formalnoprawnym charakterze bez zbadania merytorycznych podstaw powództwa (tu zarzutów odwołania), co w niniejszej sprawie nie miało miejsca.

Wbrew twierdzeniom skarżącego – uzasadnienie wyroku zawiera ustalenia faktyczne oraz rozważania Sądu i orzeczenie to oddaje się kontroli instancyjnej. Należy jednak zgodzić się z poglądem powoda, że zajęte przez Sąd I instancji stanowisko charakteryzuje się dużą powierzchownością i w przeważającej mierze powiela ono argumentację Prezesa UKE, bez wnikliwego zbadania zarzutów (...) S.A., zwłaszcza gdy chodzi o przyjęty w przedmiotowej decyzji system rozliczeń z tytułu połączeń zakańczanych w sieci (...), oparty na najwyższej stawce, dotyczącej okresu taryfikacyjnego – 01.

Sąd Okręgowy pozostaje w błędzie utrzymując, że powyższa kwestia została już przesądzona w tzw. Stanowisku Prezesa UKE z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie symetrii stawek na rynku zakańczania połączeń głosowych w publicznych telefonicznych sieciach stacjonarnych. Jak słusznie podnosi skarżący zaprezentowany w powyższym dokumencie

harmonogram stopniowego dochodzenia do stawek symetrycznych (tabela 1 s. 9) w żaden sposób nie nawiązuje do jakiegokolwiek konkretnej stawki.

Poza przytoczonym wyżej argumentem – z uzasadnienia wyroku nie sposób też wywnioskować – dlaczego decydujące znaczenie przy wyborze okresu taryfikacyjnego O1 ma mieć ruch odnotowany w sieci (...). Ubocznie wypada zauważyć, że Prezes UKE w toku postępowania administracyjnego nie ustalił – jak w relacjach między (...) a zainteresowanym kształtuje się rozkład połączeń zakańczanych w sieci (...) a przytaczane w uzasadnieniu skarżonej decyzji dane pochodziły z innej sprawy. Gdyby nawet przyjąć, że istotnie największa liczba połączeń tj. ok. 51% przypadła na okres taryfikacyjny O1 to nie świadczy to bynajmniej o zasadności tezy pozwanego, jakoby ruch telekomunikacyjny zmierzał do równomiernego rozłożenia w cyklu dobowym, co ma podważać celowość wyróżniania poszczególnych okresów taryfikacyjnych.

Z zestawienia które przedstawiła (...) S.A. w postępowaniu administracyjnym (pismo z dnia 9 listopada 2010 r. – k. 99 akt adm.), jak również w odwołaniu wynikało zupełnie coś innego, a mianowicie to, że zbliżona do siebie ilość połączeń zakończonych w sieci (...) w okresie lipiec – wrzesień 2010 r. przypadła tylko na dwa okresy taryfikacyjne tj. O1 – 43,36% i O3 – 41,77%.

Nie bez znaczenia jest również podnoszona przez powoda okoliczność, że podział na 3 okresy taryfikacyjne jest powszechnie stosowany w umowach międzyoperatorskich, co dotyczyło również umowy zawartej między (...) S.A. a zainteresowanym. Prezes UKE zdawał się dostrzegać ten problem w uzasadnieniu skarżonej decyzji (k. 10 a.s.) ale uznał go za pozbawiony większego znaczenia koncentrując się na fakcie istnienia znacznej przewagi ekonomicznej i technicznej jaką posiada powodowa spółka wobec swoich konkurentów.

Nie sposób odmówić racji stronie skarżącej gdy podnosi ona zarzut, że ustalony, zgodnie z harmonogramem przyjętym w piśmie z dnia 16 grudnia 2008 r. poziom asymetrii w rozliczeniach połączeń między tym operatorem a (...) ulega dalszemu, istotnemu zwiększeniu poprzez dodatkowe uprzywilejowanie zainteresowanego, w wyniku nałożenia na (...) S.A. obowiązku płatności za zakończone połączenia w sieci (...) według jednej, najwyższej stawki (0.0273 zł/min) bez względu na to w jakiej porze taka usługa jest realizowana.

W praktyce (...) wnosilby opłaty na rzecz (...) z podziałem na trzy okresy taryfikacyjne gdzie różnica między stawką najwyższą a najniższą (O3) wynosi 100% a z kolei (...) S.A. musiałaby regulować swoje należności na rzecz zainteresowanego w wysokości wyższej niż z 2 tytułów od świadczenia swojego kontrahenta. Poza tym wraz z nadejściem roku 2014 kiedy to ma nastąpić zrównanie stawek w wymiarze procentowym, nadal utrzymywałyby się dysproporcje w świadczeniach wzajemnych z racji zróżnicowanego podejścia do kalkulacji opłat wnoszonych przez powoda i (...). Tak więc, osiągnięcie wskazywanej w stanowisku Prezesa UKE z dnia 16 grudnia 2008 r. symetrii stawek na rynku zakańczania połączeń głosowych w publicznych telefonicznych sieciach stacjonarnych nie miałyby w rzeczywistości miejsca.

Sąd Okręgowy powołuje się na znajdujący się w aktach administracyjnych dokument p.n. Raport o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2009 r. (k. 116-129) z którego wynika, że udział procentowy zainteresowanego w przychodach osiąganych w ramach współpracy międzyoperatorskiej w 2009 r. nie przekraczał 3% (przy ponad 50% (...) S.A. ale ta okoliczność mogłaby stanowić jedynie uzasadnienie za pozostawieniem jeszcze przez pewien okres czasu asymetrii stawek (...) między (...) S.A. a (...) (z tendencją do jej systematycznej redukcji). Zainteresowany działa na rynku telekomunikacyjnym od kilkunastu lat i trudno uznać, że istotnym czynnikiem sprzyjającym rozwojowi konkurencji byłoby dodatkowe uprzywilejowanie tego operatora w postaci przyznania mu najkorzystniejszej dla niego z racji świadczonej usługi jednej stawki spośród trzech, z naruszeniem zasady wzajemności. Tego rodzaju rozwiązanie mogłoby ewentualnie wchodzić w grę gdyby zainteresowany dopiero rozpoczynał swoją działalność w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych, mając na względzie konieczność poczynienia znacznych inwestycji technicznych.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że zasadny był postulat powoda aby, na wypadek nieuwzględnienia jego żądania dotyczącego wprowadzenia natychmiastowej symetrii stawek w umowie zawartej z (...), przyjąć identyczną dla obu stron zasadę rozliczeń tj. według poszczególnych okresów taryfikacyjnych (01, 02, 03).

Z tych też względów zaskarżony wyrok podlegał częściowo mianie poprzez odpowiednie skorygowanie przedmiotowej decyzji.

Nie było natomiast podstaw do uwzględnienia dalej idącego wniosku skarżącego tj. zastosowania w relacjach handlowych między powodem a zainteresowanym pełnej ekwiwalentności świadczeń, bez jakiegokolwiek zwłoki czasowej.

Powoływane w apelacji Zalecenia Komisji Europejskiej z dnia 7 maja 2009 r. odnoszące się do regulacji stawek za zakańczanie połączeń głosowych w sieciach stacjonarnych i ruchomych w Unii Europejskiej są ważnym dokumentem (choć nie mają one rangi prawa materialnego) i nie można go skwitować jednym ogólnikowym zdaniem, że owe zalecenia nie mają mocy wiążącej dla sądów krajowych. Należało przytoczyć konkretne argumenty, które w rozpatrywanej sprawie pozostają w opozycji wobec postawionego przez Komisję Europejską wymogu bezzwłocznego wprowadzenia symetrycznych stawek FTR w umowach między operatorami telefonicznych sieci stacjonarnych. W powyższej kwestii nie straciło na swej aktualności stanowisko Prezesa UKE przedstawione w jego wystąpieniu z dnia 16 grudnia 2008 r. Nie sposób abstrahować tu od specyfiki krajowego rynku telekomunikacyjnego, gdzie powodowe przedsiębiorstwo przez kilkadziesiąt lat występowało w roli absolutnego monopolisty w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych w sieci stacjonarnej a obecnie zachowuje w tej dziedzinie zdecydowaną przewagę nad swoimi konkurentami. Słusznie pozwany podkreślił w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji, że dzięki posiadaniu rozwiniętej sieci telekomunikacyjnej, (...) S.A. dysponuje na krajowym rynku nieporównywalnie bogatszą ofertą usług dla różnych kategorii klientów niż jej konkurenci, co nie pozostaje też bez wpływu na strukturę ponoszonych przez nią kosztów. Skarżący cytuje w apelacji fragment zalecenia Komisji Europejskiej, gdzie zwraca ona uwagę na możliwość osiągnięcia przez nowe podmioty na rynkach łączności stacjonarnych niskich kosztów jednostkowych poprzez skoncentrowanie się na bardziej zagęszczonych szlakach na konkretnych obszarach geograficznych, ale nie wyjaśnia – czy w niniejszej sprawie taka sytuacja rzeczywiście ma miejsce.

Zasadny był zarzut nieustosunkowania się przez Sąd I instancji do wniosków dowodowych zgłoszonych przez powoda w piśmie procesowym z dnia 8 lipca 2011 r. (k. 68-76 a.s.).

Tym niemniej powyższe uchybienie nie mogło w istotny sposób wpłynąć na ocenę zasadności podstawowego żądania strony skarżącej. Powoływane tam uwagi Komisji Europejskiej dotyczące projektu decyzji Prezesa UKE rozstrzygającego spory o wysokość stawek za zakończenie połączeń w umowach łączących innych operatorów nie mogą mieć odniesienia do rozpatrywanej tu sprawy i to nie tylko dlatego, że chodziło tam o hurtowy rynek usługi zakańczania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej ale również z tej racji, że w każdym przypadku występują inne okoliczności faktyczne a niezależnie od tego stanowisko Komisji Europejskiej nie wiąże w sposób bezwzględny organu regulacyjnego (Prezesa UKE).

Reasumując, spośród zarzutów apelacji za uzasadnione należy uznać te, które wskazują na naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez wadliwą ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz na niedostatki uzasadnienia wyroku pod kątem wymogów przewidzianych w art. 328 § 2 k.p.c.

***Mając to wszystko na względzie Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji, na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. i art. 385 k.p.c.***

***O kosztach postępowania apelacyjnego rozstrzygnięto zgodnie z art. 100 zd. 1 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c.***