

Sygn. akt VI ACa 784/10

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 stycznia 2011r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Ksenia Sobolewska – Filcek (spr.)

Sędzia SA – Anna Orłowska

Sędzia SA – Małgorzata Kuracka

Protokolant: - sekr. sądowy Ewelina Murawska

po rozpoznaniu w dniu 11 stycznia 2011r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Sp. z o.o. w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

przy udziale (...) S.A. w W.

o określenie warunków umowy

na skutek apelacji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej i apelacji (...) S.A. w W.

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

z dnia 30 marca 2010r.

sygn. akt XVII AmT 121/09

I prostuje zaskarżony wyrok w ten sposób, że w jego komparycji w miejsce „o zmianę określenia warunków regulacyjnych” wpisuje „o określenie warunków umowy”;

II oddala obie apelacje;

III zasądza od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej oraz od (...) S.A. w W. na rzecz (...) Sp. z o.o. w W. kwotę 270,00 zł. (dwieście siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI ACa 784/10

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 13 lutego 2009r.(...), wydaną w oparciu o art. 28 ust 1 w zw. z art. 30 i 17 ustawy z dnia 16 lipca 2004r. Prawo Telekomunikacyjne (Dz.U.04.171.1800 ze zmianami, dalej – Pt) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej – Prezes UKE) – po rozpatrzeniu wniosku przedsiębiorcy telekomunikacyjnego (...) S.A. w W. (dalej –(...)) – zmienił Umowę o Połączeniu Sieci i Wzajemnych Zasadach Rozliczeń zawartą w dniu 23 września 2002r. pomiędzy(...), a (...) Sp. z o.o. w W. (dalej – (...)) w zakresie określenia wysokości stawek MTR (Mobile Termination Rate – opłata uiszczana przez operatora telekomunikacyjnego, którego abonent inicjuje połączenie, na rzecz operatora sieci ruchomej, w której połączenie jest zakańczane) z tytułu świadczenia usługi zakańczania połączeń

głosowych w publicznej ruchomej sieci (...) w ten sposób, że ustalił stawki należne za w/w usługę, w okresie: do 30 czerwca 2009r. na kwotę 0,2162 zł/min, a od 1 lipca 2009r. na kwotę 0.1677 zł/min, ustalając okres obowiązywania decyzji do dnia 6 sierpnia 2009r oraz wskazał, że decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu.

W uzasadnieniu powyższej decyzji Prezes UKE wskazał, że decyzją z dnia 17 lipca 2006r. (...) uznana została za przedsiębiorcę telekomunikacyjnego posiadającego znaczną pozycję rynkową na rynku usług zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej, przez co nałożony został na nią obowiązek wynikające z art. 40 Pt polegający na ustalaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o koszty ponoszone przez (...). Oceniając zaś wykonanie tego obowiązku Prezes UKE doszedł do przekonania, że istnieją rozbieżności w wysokości opłat stosowanych przez (...) i w dniu 22 października 2008r. wydał decyzję MTR (...), mocą której nałożył na (...) obowiązek dostosowania stawki z tytułu zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) do poziomu 0.1677 zł/min od 1 lipca 2009r., z pośrednią stawką 0,2162 zł/min obowiązującą w okresie od 1 stycznia 2009r. do 30 czerwca 2009r. Uznając więc, że (...) ma obowiązek stosowania stawek MTR zgodnie z harmonogramem i stwierdzając, że strony niniejszej umowy nie doszły do porozumienia, Prezes UKE decyzją z dnia 13 lutego 2009r. zmienił wyżej wskazaną umowę stosownie do decyzji MTR, powołując się na uprawnienie wynikające z art. 17 Pt.

W odwołaniu od powyższej decyzji powódka – (...) wniosła o jej uchylenie w całości, bądź zmianę w części obejmującej pkt I poprzez nadanie jej brzmienia określonego przez skarżącą. Zarzuty powódki obejmowały naruszenie:

- art. 3 ust 2 i 3 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej w zw. z art. 146 ust 4 pkt 4, art. 148 pkt 2 i 7 Konstytucji RP, art. 37 ust 3 ustawy z dnia 8 sierpnia 1996r. o Radzie Ministrów i art. 190 ust 4 Pt;

- art. 28 ust. 1 pkt 3, 4, 5A i 6-8 Pt w zw. z art. 30 Pt;

- art. 28 ust 1 pkt 1 Pt w zw. z art. 30 Pt;

- art. 17 Pt i art. 15 pkt 3 Pt;

- art. 62 k.p.a., względnie art. 104 § 1 i 2 k.p.a. w zw. z art. 206 ust 1 Pt.

W uzasadnieniu odwołania (...) zarzuciła Prezesowi UKE brak niezależności i bezstronności, a także naruszenie prawa polegające na pominięciu procedury konsultacji, jaka winna poprzedzać wydanie spornej decyzji i wydanie decyzji w trybie określonym w art. 17 Pt, pomimo braku ku temu podstaw.

W odpowiedzi na odwołanie Prezes UKE wniósł o jego oddalenie i podkreślił, że żądanie uchylenia decyzji nie jest zasadne, albowiem istniała podstawa prawna jej wydania, a także wskazał, że zarzuty naruszenia przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego są w tym postępowaniu niedopuszczalne, a zarzuty naruszenia Prawa telekomunikacyjnego, niezasadne.

Zainteresowany –(...) nie ustosunkował się do odwołania.

Wyrokiem z dnia 30 marca 2010r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił zaskarżoną decyzję i obciążył Prezesa UKE kosztami procesu. Powyższe rozstrzygnięcie zapadło w oparciu o następujące ustalenia faktyczne i rozważania prawne:

W dniu 23 września 2002r. (...) zawarła ze (...) Umowę o Połączeniu Sieci i Wzajemnych Zasadach Rozliczeń, która była następnie zmieniana aneksami.

W dniu 26 kwietnia 2007r. Prezes UKE wydał decyzję (...) nakładającą na (...) obowiązek obniżenia stawki MTR w sposób w niej opisany, wskazując m.in., że od dnia 1 maja 2009r. ma ona wynosić 27,75 gr/min, a od dnia 1 maja 2010r. – 21,62 gr/min.

Następnie, w dniu 22 października 2008r., Prezes UKE decyzją(...) nałożył na (...) obowiązek dostosowania stawek z tytułu zakańczania połączeń głosowych w publicznej sieci telefonicznej (...) do poziomu 0.1677 zł/min, zgodnie z przedstawionym harmonogramem. Obie w/w decyzje zostały zaskarżone przez (...). Niemniej jednak w dniach 28 listopada 2008r. i 24 grudnia 2008r. (...) przedstawiła (...) kolejne propozycje aneksu do umowy z 23 września 2002r., dotyczącego wysokości stawek MTR. W dniu 8 grudnia 2008r. (...) zwróciła się do Prezesa UKE o wydanie postanowienia w sprawie określenia terminu zakończenia negocjacji co do treści aneksu. Termin ten został określony postanowieniem Prezesa UKE z dnia 7 stycznia 2009r. na 12 stycznia 2009r.

Wobec niezakończenia negocjacji do tej daty, w dniu 13 stycznia 2009r. (...) i (...) złożyły do Prezesa UKE wnioski o wydanie decyzji w sprawie treści aneksu.

W dniu 13 lutego 2009r. Prezes UKE, po rozpoznaniu wniosku (...), w oparciu o art. 17 Pt, wydał decyzję będącą przedmiotem niniejszego postępowania. Decyzja ta nie została poprzedzona postępowaniem konsultacyjnym. Wniosek (...) pozostał nierozpoznany.

Powyższe ustalenia dały Sądowi OKIK podstawę do uznania, że odwołanie (...) zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie podniesione zarzuty są trafne. Za nietrafne sąd ten uznał:

- zarzut naruszenia art. 3 ust 2 i 3 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej w zw. z art. 146 ust 4 pkt 4, art. 148 pkt 2 i 7 Konstytucji RP, art. 37 ust 3 ustawy z dnia 8 sierpnia 1996r. o Radzie Ministrów i art. 190 ust 4 Pt, prowadzący do uznania Prezesa UKE za jednostkę nie spełniającą kryterium niezależnego organu regulacyjnego. Powódka nie wykazała bowiem zasadności prezentowanego przez siebie poglądu;

- zarzut naruszenia art. 62 k.p.a., względnie art. 104 § 1 i 2 k.p.a. w zw. z art. 206 ust 1 Pt., jako pozbawiony doniosłości w postępowaniu przed sądem powszechnym i nie stanowiący samoistnej podstawy uchylenia decyzji w tym postępowaniu.

W ocenie Sądu OKIK uzasadnione były zarzuty:

- naruszenia art. 17 Pt, który stanowi wyjątek od zasady określonej w art. 15 Pt. i dotyczy sytuacji wyjątkowych, wymagających pilnego działania w celu ochrony konkurencji i użytkowników. W sprawie niniejszej Prezes UKE nie wykazał bowiem, aby skarżona decyzja musiała być wydana natychmiast z uwagi na zagrożenie konkurencyjności lub interesów użytkowników, a także, by decyzja o zmianie stawek MTR dla (...) wobec (...) miała jakikolwiek związek z interesami użytkowników i miała przełożenie na stawki połączeń klientów (...). W wyniku obniżenia stawek MTR zainteresowany mógł oczywiście obniżyć stawki opłat za połączenia, ale w żaden sposób nie wynika to z treści decyzji. Decyzja nie oddziałuje bowiem na stawki (...) i nie określa stawek maksymalnych stosowanych przez ten podmiot wobec użytkowników. Możliwe jest przy tym również założenie pogorszenia interesów użytkowników (...), która nie może obniżyć stawek detalicznych swoich usług. Sąd OKIK dostrzegł także, że czas obowiązywania decyzji (6 miesięcy) wyklucza, by (...) mogła w sposób odczuwalny dla użytkowników obniżyć stawki połączeń, a także stwierdził, że w uzasadnieniu decyzji Prezes UKE przedstawił słownikowe definicje pojęć „wyjątkowy” i „pilny”, nie określił jednak, by w sprawie niniejszej zaszły wyjątkowe wypadki wymagające pilnego działania, usprawiedliwiające pominięcie postępowania konsultacyjnego. W szczególności w sprawie tej nie zaszło niebezpieczeństwo nieodwracalnych skutków braku wydania spornej decyzji dla konkurencyjności, czy interesu użytkownika;

- naruszenia art. 28 Pt poprzez nieuwzględnienie wszystkich kryteriów opisanych w tym przepisie. Przyjmując bowiem nawet, że nie wszystkie abstrakcyjne przesłanki podjęcia decyzji były ważne dla zmiany opłat ponoszonych przez (...), żaden wywód Prezesa UKE w tym zakresie nie znalazł się w uzasadnieniu spornej decyzji. Nie sposób przy tym zgodzić się z twierdzeniem Prezesa UKE, jakoby zmiana stawek MTR nie stanowiła wdrożenia rozwiązania dotyczącego ekonomicznego aspektu dostępu telekomunikacyjnego. Przedsiębiorca telekomunikacyjny jest bowiem także przedsiębiorcą, który ma przede wszystkim dbać o interes ekonomiczny prowadzonego przedsiębiorstwa,

a każda zmiana stawek wdraża nowe rozwiązania powodujące zmianę dochodowości i powoduje potrzebę przewartościowania celów przedsiębiorcy.

W ocenie Sądu OKIK Prezes UKE, wydając sporną decyzję, naruszył zatem obowiązujące przepisy Prawa telekomunikacyjnego, a w szczególności art. 17 Pt w zw. z art. 15 Pt oraz art. 28 Pt. Tym samym decyzja ta nie może się ostać. Wobec treści art. 479⁽⁶⁴⁾ § 2 k.p.c., nie jest przy tym uzasadnione stanowisko Prezesa UKE, jakoby sąd nie miał prawa uchylania jego decyzji.

W apelacji od powyższego wyroku Prezes UKE domagał się jego zmiany poprzez oddalenie odwołania w całości, ewentualnie uchylenia zaskarżonego orzeczenia w całości i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji. Wyrokowi z dnia 30 marca 2010r. Prezes UKE zarzucił:

- naruszenie przepisów postępowania, t.j. art. 479⁶⁴ § 1 i 2 k.p.c., art. 321 § 1 k.p.c., art. 233 § 1 k.p.c., art. 223 § 1 k.p.c., art. 6 k.c. w zw. z art. 232 zd. 1 i z art. 244 § 1 k.p.c., art. 309 k.p.c., art. 479¹² § 1 k.p.c. w zw. z art. 233 § 1 k.p.c. oraz art. 328 § 2 k.p.c.;

- naruszenie przepisów prawa materialnego, t.j. art. 17 Pt i art. 28 Pt.

W uzasadnieniu apelacji Prezes UKE wywiódł, że z ustawowego upoważnienia do uchylenia zaskarżonej decyzji sąd może skorzystać wyłącznie wówczas, gdy brak jest podstawy prawnej do wydania tej decyzji. Natomiast w niniejszej sprawie taka podstawa była, a powód jej nie kwestionuje. Zatem Sąd OKIK winien był, rozważając całokształt materiału dowodowego, dokonać własnych ustaleń w zakresie zastosowania w sprawie art. 17 i 28 Pt z powołaniem dowodów, na których się oparł, a następnie zmienić zaskarżoną decyzję stosownie do tych ustaleń. Tymczasem orzekając w tej sprawie Sąd OKIK dokonał jedynie kontroli legalności decyzji i jej uzasadnienia, co jest niedopuszczalne i sprzeczne z zasadą rozpoznania sprawy na zasadach kontradiktoryjnego pierwszoinstancyjnego postępowania dowodowego.

Skarżący zakwestionował także ustalenie Sądu OKIK, iż zaskarżona decyzja wydana została bez podstawy prawnej. Uzasadniając zarzut rozstrzygnięcia w kwestii nie objętej żądaniem, skarżący wywiódł, że przedmiotem decyzji były relacje międzyoperatorskie, a nie relacje operatorów z użytkownikami końcowymi, czy ingerencje w rynek detaliczny, a treść decyzji Prezesa UKE wydawanych w takim wypadku, wbrew temu, co twierdzi Sąd OKIK, nie może mieć prostego przełożenia na stawki połączeń klientów (...). Przesłanki, na których Sąd OKIK oparł swoje rozstrzygnięcie pozostają więc bez związku z tą sprawą. Zaskarżone orzeczenie jest także wadliwe z tej przyczyny, że Sąd OKIK w sposób niezrozumiały uzasadnił zarzut naruszenia art. 17 Pt. Nadto, zebrany w sprawie materiał dowodowy został potraktowany pobieżnie, a sąd I instancji podszedł do niego bezkrytycznie oraz ocenił w sposób sprzeczny z wnioskami logiki formalnej. Nie jest bowiem zrozumiała ocena, że sześciomiesięczny okres obowiązywania decyzji jest zbyt krótki, aby (...) mogła w sposób odczuwalny dla użytkowników obniżyć stawki połączeń. Skarżący wyjaśnił, też, że w dniu 13 lipca 2009r., już po przeprowadzeniu postępowania konsultacyjnego, Prezes UKE wydał decyzję (...)mocą której dokonał bezterminowej zmiany stawek MTR w sieci (...) w relacjach ze (...).

W ocenie skarżącego ciężar dowodu w sprawie niniejszej spoczywa na (...), jako na powódce, tymczasem nie udowodniła ona, że w sprawie nie istniały przesłanki z art. 17 Pt, jak również pozostałych przesłanek odwołania. Skarżący zaprezentował także tezę, że zaskarżona decyzja jest dokumentem urzędowym w rozumieniu art. 244 § 1 k.p.c., a zatem stanowi dowód tego, co zostało w niej urzędowo zaświadczone oraz zakwestionował legalność (naruszenie art. 309 k.p.c. , art. 162 k.p.c. i art. 380 k.p.c.) dopuszczenia dowodu w postaci „analizy polskiego rynku zakańczania połączeń głosowych w sieciach ruchomych (...)”, który w jego ocenie jest dowodem pozaustawowym, a także przedstawił polemikę z wnioskami Sądu OKIK wywiedzionymi z jego treści. W ocenie skarżącego o wadliwości zaskarżonego wyroku świadczy również to, że Sąd OKIK nie poczynił żadnych własnych ustaleń w sprawie, a rozstrzygnięcie oparł na niejednoznacznych i nieprecyzyjnych stwierdzeniach, których intencje trudno odczytać, nie wyjaśnił też podstawy prawnej swego rozstrzygnięcia ograniczając się do sformułowania określonego stanowiska, co nie odpowiada wymogom art. 328 § 2 k.p.c.

Odnosząc zarzutów naruszenia prawa materialnego skarżący ponownie przedstawił przyjętą przez siebie wykładnię art. 17 Pt i stwierdził, że przedłużanie się negocjacji między (...), a (...) i brak zawartego aneksu do umowy z roku 2002 wprowadzającego stawki MTR zgodnie z decyzją MTR, a więc również niewykonywanie decyzji MTR przez (...), stanowi przypadek wyjątkowy i powoduje bezpośrednie i poważne zagrożenie zarówno dla konkurencyjności, jak i dla interesów użytkowników. Zaburza bowiem konkurencyjność na całym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych. Blokowanie przez powódkę obniżenia stawki MTR powoduje bowiem sytuację, w której operatorzy stacjonarni napotykać znaczne trudności przy tworzeniu oferty konkurencyjnej w stosunku do oferty operatorów sieci mobilnych, co powoduje w sposób oczywisty i bezpośredni poważne zagrożenie dla użytkowników końcowych, którzy nie będą mieli możliwości skorzystania z nowych, atrakcyjniejszych finansowo stawek za połączenia do sieci mobilnych. Dla zabezpieczenia interesów użytkowników końcowych oraz zapobieżenia zaburzeniom konkurencyjności i zneutralizowania negatywnych skutków w/w zaburzeń działanie Prezesa UKE musiało być natychmiastowe. Zdaniem pozwanego wydanie decyzji w trybie art. 17 Pt nie naruszyło przepisów krajowych, ani unijnych. Nadto, nie może budzić wątpliwości, że kwestia wysokości stawek MTR ma bezpośrednie przełożenie na oferty detaliczne kreowane przez operatorów telekomunikacyjnych. Nie mniej oczywisty jest fakt, że obniżki cen hurtowych, choćby ze względu na konkurencję między poszczególnymi operatorami, wywołują następnie obniżenie cen detalicznych, co niewątpliwie leży w interesie użytkowników końcowych.

Skarżący zarzucił również, że Sąd OKIK nie pokusił się nawet o analizę przesłanek wskazanych w art. 28 ust 1 Pt, choć na etapie postępowania przed tym sądem wszystkie kwestie związane ze stosowaniem art. 28 ust 1 Pt zostały wyjaśnione.

Wyrok z dnia 30 marca 2010r. został również zaskarżony przez zainteresowanego – (...) S.A. w W., który zarzucił:

- naruszenie prawa materialnego, t.j. art. 15 w zw. z art. 17 Pt poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że Prezes UKE miał obowiązek przeprowadzić postępowanie konsultacyjne, bowiem nie wykazał, że zachodzą przesłanki opisane w art. 17 Pt, a także art. 28 Pt poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że Prezes UKE nie uwzględnił wszystkich kryteriów opisanych w tym przepisie;

- naruszenie przepisów postępowania, t.j. art. 355 § 1 k.p.c. poprzez nieuwzględnienie, że wydanie wyroku w sprawie stało się zbędne wobec wygaśnięcia decyzji, gdy tymczasem wydanie orzeczenia w oparciu o art. 479⁶⁴ k.p.c. jest możliwe wyłącznie w wypadku istnienia decyzji.

Wobec powyższych zarzutów skarżący wniósł o umorzenie postępowania na zasadzie art. 386 § 3 w zw. z art. 355 k.p.c., ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie odwołania, bądź też jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania oraz o zasądzenie od powoda na rzecz zainteresowanego kosztów postępowania.

Skarżący wyraził opinię, iż niedookreślenie pojęć w art. 17 Pt w intencji ustawodawcy miało na celu zapewnienie organowi regulacyjnemu swobody w ocenie potrzeb odstąpienia od przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego. W niniejszej sprawie zaś procedura odstąpienia nie została naruszona ponieważ wniosek o wydanie decyzji został złożony w dniu 13 stycznia 2009r., a więc niemal 2 tygodnie po upływie dnia, w którym winny zacząć obowiązywać obniżone stawki MTR. Rolą organu było zatem jak najszybsze zakończenie postępowania tak, by zminimalizować negatywne skutki tego opóźnienia. MTR ma bowiem bezpośredni wpływ na ceny detaliczne, a jej obniżenie jest równoznaczne z obniżeniem detalicznej opłaty za połączenie. Z drugiej strony – utrzymanie wysokich stawek MTR nie pozwala operatorom sieci stacjonarnych na stworzenie oferty konkurencyjnej wobec operatorów sieci ruchomych, czego przyczyną jest zjawisko Fix-mobile substitution. Przeprowadzenie postępowania konsultacyjnego znacznie opóźniłoby moment wprowadzenia niższych stawek MTR, a więc spowodowałoby osłabienie pozycji (...) na rynku usług telekomunikacyjnych, stąd konieczność pilnego działania organu.

Skarżący wywiódł również, że kryteria wskazane w art. 28 Pt mają charakter wytycznych i byłoby nieracjonalne wymaganie, aby przy rozpatrywaniu niniejszej sprawy organ analizował tę część z nich, dla których decyzja była obojętna.

Powódka – (...) Sp. z o.o. w W. wniosła o oddalenie obu apelacji oraz powołała wyrok Sądu OKIK z dnia 10 maja 2010r. wydany w sprawie XVII AmT 40/09 i wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie wydany w sprawie VI ACa 899/10, mocą których decyzja Prezes UKE z dnia 22 października 2008r. nr (...) została uchylona z uwagi na nieprzeprowadzenie postępowania konsultacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Żadna z wniesionych w sprawie apelacji nie zasługiwała na uwzględnienie, a zarzuty podniesione przez Prezesa UKE i (...) okazały się chybione.

W pierwszym rzędzie wskazać należy, że nie zachodziły podstawy do umorzenia postępowania w sprawie. Choć bowiem okres obowiązywania decyzji Nr (...) z dnia 13 lutego 2009r. upłynął z dniem 6 sierpnia 2009r., wywarła ona określone skutki prawne i faktyczne, których konsekwencje trwają nadal. Począwszy od 13 lutego 2009r. zaskarżona decyzja ukształtowała bowiem zasady rozliczeń między stronami z tytułu świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci (...) w sposób odmienny, niż dotychczas ustalony umową, co wynika z kopii faktur złożonych przez (...) przy odpowiedzi na apelację zainteresowanego (k. 911 – 920). Należy przy tym wskazać, że okoliczność ta nie była przedmiotem sporu na etapie postępowania przed Sądem OKIK, stąd dopuszczalne było uzupełnienie materiału dowodowego w postępowaniu apelacyjnym. Nadto, jak trafnie podniósł powód, zaakceptowanie stanowiska zainteresowanego czyniłoby iluzoryczną sądową kontrolę działalności Prezesa UKE w przypadku niemal każdej decyzji wydanej w trybie art. 17 Pt, z uwagi na długotrwałość postępowania przed sądami powszechnymi. Tymczasem prawo strony do poddania takiej decyzji sądowej kontroli jej legalności, zasadności i celowości wynika wprost z ustawy (art. 479⁽⁵⁷⁾ k.p.c.).

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie sposób także podzielić poglądu (...) S.A., jakoby niedookreślenie pojęć w art. 17 Pt w intencji ustawodawcy miało na celu zapewnienie organowi regulacyjnemu swobody w ocenie potrzeb odstąpienia od przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego. Już bowiem w treści tego przepisu podkreślona jest wyjątkowość jego zastosowania. Skoro reguluje on przypadki dopuszczalnego odstąpienia od zasady, jaką jest postępowanie określone w art. 15 Pt, jego zastosowanie wymaga w każdym wypadku rozważenia, czy sytuacja rzeczywiście wymaga pilnego działania ze względu na bezpośrednie i poważne zagrożenie konkurencyjności lub interesów użytkowników. Nie jest przy tym wystarczające stwierdzenie, że przeprowadzenie postępowania konsultacyjnego znacznie opóźniłoby moment wprowadzenia niższych stawek MTR, a więc spowodowałoby osłabienie pozycji (...) na rynku usług telekomunikacyjnych, stąd konieczność pilnego działania organu regulacyjnego. Potrzeba pilnego działania jest bowiem okolicznością towarzyszącą niemal każdej ingerencji tego organu, dokonanej w trybie art. 27 i nast. Pt. Nie może zatem usprawiedliwiać dowolności odstępstw od zasad wskazanych w art. 15 Pt.

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie zasługują również na uwzględnienie zarzuty apelacji Prezesa UKE dotyczące naruszenia przepisów postępowania cywilnego. Przede wszystkim wyjaśnienia wymaga, iż wbrew wywiodom apelacji, ciężar dowodu w sprawie niniejszej, w zakresie okoliczności uzasadniających wydanie decyzji w trybie art. 17 Pt, spoczywał, nie na odwołującej się, a na Prezesie UKE. Jak trafnie wywiódł pozwany, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego postępowanie z odwołania od decyzji Prezesa UKE jest postępowaniem rozpoznawczym, prowadzonym na zasadach postępowania kontradyktoryjnego (wyrok SN z dnia 29 maja 1991 r., III CRN 120/91, OSNCP 1992 nr 5, poz. 87; postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 28 czerwca 2002 r., I CKN 753/00, LexPolonica nr 1610015; z dnia 11 sierpnia 1999 r., I CKN 351/99, OSNC 2000 nr 3, poz. 47; z dnia 7 października 1998 r. I CKN 265/98, OSP 2000 nr 5, poz. 68; z 25 lutego 2004 r., III SK 42/04, niepublikowane). Nadto ma ono charakter postępowania odrębnego w sprawach gospodarczych, co decyduje o zastrzonym rygorystycznym dowodowym. Należy równocześnie zaznaczyć, że sąd powszechny rozpoznający odwołanie przedsiębiorcy telekomunikacyjnego od decyzji Prezesa UKE nie ma możliwości nadania tej właśnie decyzji rangi dowodowej dokumentu urzędowego (jak tego domagał się pozwany w apelacji). W tym postępowaniu stanowi ona jedynie istotny element twierdzeń strony pozwanej, jej stanowczą wypowiedź w granicach umocowania prawnego, której zasadność i konsekwencje są przedmiotem rozpoznania przez sąd. W sprawie niniejszej istotnym jest także fakt, że zaskarżona decyzja zapadła w

odpowiedzi na wniosek (...) S.A. złożony z powołaniem się na art. 27 ust 2 w zw. z art. 30 Pt, a zatem po rozważeniu przez Prezesa UKE jedynie argumentów i propozycji zainteresowanego, z pominięciem stanowiska powódki, której wniosek pozostał nierozpoznany. Nadto, Prezes UKE wydał zaskarżoną decyzję w trybie określonym w art. 17 PT, to jest z pominięciem postępowania konsultacyjnego, uznając, iż zachodzi tu wymóg pilnego działania ze względu na bezpośrednie i poważne zagrożenie zarówno konkurencyjności, jak i interesów użytkowników. Powyższe okoliczności wskazują na to, że Sąd OKIK prawidłowo określił obowiązujący w sprawie niniejszej rozkład ciężaru dowodów oraz dostrzegł różnicę pomiędzy twierdzeniem strony co do faktów, a ich wykazaniem za pośrednictwem dowodów. W sytuacji bowiem, gdy Prezes UKE decyduje się na wydanie decyzji ingerującej we wzajemne stosunki między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, w trybie wyjątkowym, z pominięciem procedury określonej w art. 15 Pt, na nim spoczywa ciężar udowodnienia, że zastosowanie tego trybu jest uzasadnione. Szczególnie, gdy powódka zaprzecza konieczności podjęcia działań nadzwyczajnych i powołuje się na wdrożenie trybu określonego w art. 27 i nast. Pt.

Należy w tym miejscu także podnieść, że również w ocenie Sądu Apelacyjnego sporny w tej sprawie dowód w postaci wydruku sporządzonego przez firmę (...) dla (...) Izby (...) pt. „Analiza polskiego rynku zakańczania połączeń głosowych w sieciach ruchomych (...)” stanowił jedynie wzmocnienie i szerokie umotywowanie twierdzeń powódki, iż brak jest podstaw do przyjęcia, by istniało bezpośrednie przełożenie wysokości stawek MTR na wysokość stawek detalicznych stosowanych przez (...). Tak też został oceniony przez Sąd OKIK, co nie stanowi naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. Nie jest to wprawdzie dokument prywatny w rozumieniu art. 245 k.p.c., nie sposób jednak odmówić mu znaczenia środka dowodowego w rozumieniu art. 309 k.p.c. Wbrew zarzutom apelacji pozwanego, Sąd OKIK nie przypisał też temu dowodowi doniosłości dokumentu prywatnego, czy urzędowego. W ocenie Sądu Apelacyjnego chybiony jest też zarzut Prezesa UKE, jakoby dowód ten zgłoszony został z uchybieniem art. 469⁽¹²⁾ k.p.c. Powódka powołała go bowiem w piśmie z dnia 30 października 2009r. po zapoznaniu się z odpowiedzią na pozew i w reakcji na twierdzenie Prezesa UKE, znacznie poszerzone w stosunku do uzasadnienia decyzji, iż będzie ona wywierać korzystne skutki dla użytkowników usług telekomunikacyjnych. Należy w tym miejscu również wskazać, że powyższe stanowisko pozwanego uzasadniało odniesienie się do tej kwestii przez Sąd OKIK. Zarzut apelacji pozwanego, jakoby sąd ten wykroczył poza granice odwołania, jest więc chybiony.

W tym stanie rzeczy, wobec równości stron w postępowaniu przed sądem powszechnym i równoważności ich twierdzeń, samo zaprzeczenie stanowisku powódki, że wydanie decyzji winno być poprzedzone postępowaniem konsultacyjnym określonym w art. 15 Pt i powołanie się na moc dowodową decyzji, nie było wystarczające. Jak słusznie podkreślił Sąd OKIK, pozwany winien był zastosować się na tym etapie postępowania do reguł określonych w art. 227 - 232 k.p.c., to jest przytoczyć fakty, z których wywiódł skutki prawne negatywne dla powódki i wskazać dowody na ich poparcie. Tymczasem pozwany ograniczył się w postępowaniu przed Sądem OKIK do powtórzenia zaprezentowanego w uzasadnieniu decyzji wyводу dotyczącego definicji pojęć „konieczności pilnego działania”, oraz „bezpośredniego i poważnego zagrożenia konkurencyjności lub interesów użytkowników”. Zgadzając się co do zasady z tymi definicjami podzielić trzeba ocenę Sądu OKIK, że pozwany nie wykazał, by w okolicznościach tej sprawy zachodziły przesłanki zastosowania nadzwyczajnego trybu postępowania. Dowody na powyższe okoliczności zgłoszone w postępowaniu apelacyjnym nie zostały uwzględnione, jako spóźnione.

W szczególności nie uzasadnia zastosowania nadzwyczajnej procedury wskazana przez pozwanego okoliczność, że powódka – uznana za podmiot o znaczącej pozycji rynkowej, nie wykonywała nałożonych na nią obowiązków regulacyjnych i decyzji, której celem było doprowadzenie do ich wykonywania. Należy bowiem przypomnieć, że powódka w odpowiednim czasie podjęła ze(...) negocjacje o zawarcie aneksu do umowy w zakresie nałożonych na nią obowiązków, a następnie wszczęła procedurę wskazaną w art. 27 ust 1 i 2 i nast. PT (w brzmieniu aktualnym do dnia 6 lipca 2009r.). Zatem dostrzeżone przez pozwanego zagrożenie konkurencyjności na rynku telekomunikacyjnym mogło być usunięte poprzez wdrożenie w/w procedury, przy uwzględnieniu art. 15 pkt Pt (w brzmieniu aktualnym do dnia 6 lipca 2009r.). Ta sama ocena dotyczy podniesionej przez pozwanego kwestii zagrożenia interesów użytkowników. Stanowisko przeciwne prowadziłoby bowiem do zakwestionowania celowości wprowadzenia przez ustawodawcę tej właśnie procedury. Tymczasem jest ona wyrazem dążenia ustawodawcy do maksymalnego zapewnienia przedsiębiorcom telekomunikacyjnym swobody negocjacji umów o dostępie telekomunikacyjnym,

przy uwzględnieniu nałożonych na nie obowiązków, nawet w sytuacji zagrożenia konkurencyjności lub interesów użytkowników. Swoboda ta ma zatem znaczenie priorytetowe, a jej naruszenia nie usprawiedliwia dążenie Prezesa UKE do zapewnienia szybkich skutków podjętych działań regulacyjnych.

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie sposób też podzielić oceny Prezesa UKE, że w sprawie niniejszej zachodzi wypadek wyjątkowy, wymagający pilnego działania. Argumenty zaprezentowane przez pozwanego w tym zakresie (przedłużanie się negocjacji, niewykonywanie decyzji MTR i związane z tym negatywne skutki rynkowe) należą bowiem do typowych przesłanek wdrożenia trybu określonego w art. 27 i nast. Pt. Twierdzenia Prezesa UKE dotyczące bezpośredniego i oczywistego zagrożenia dla użytkowników końcowych, którzy na skutek opieszałości powódki nie będą mieli możliwości skorzystania z nowych, atrakcyjnych stawek za połączenia do sieci mobilnych i pogłębienia zjawiska Fix-mobile, pozostały zaś jedynie w sferze deklaracji i założeń, logicznie umotywowanych lecz nie popartych żadnymi dowodami. Jak słusznie dostrzegł Sąd OKIK, twierdzenia te, w zakresie bezpośrednio i nagłości relacji między stawkami przyjętymi przez strony umowy, a sytuacją rynkową zainteresowanego oraz bezpośrednimi skutkami dla abonentów, zostały zakwestionowane przez powódkę przy użyciu argumentów równie logicznych i nacechowanych fachowością. Stąd nie sposób uznać, by pozwany zdołał wykazać, że w tej sprawie zachodziła potrzeba natychmiastowego zapobieżenia negatywnym skutkom wynikającym z niezastosowania przez (...) w stosunkach ze (...) stawek wynikających z decyzji MTR, usprawiedliwiająca naruszenie trybu wskazanego w art. 15 Pt.

W tym stanie rzeczy nie sposób podzielić stanowiska Prezesa UKE, jakoby o niezasadności wyroku świadczyło to, że Sąd OKIK nie poczynił żadnych własnych ustaleń w sprawie i nie wyjaśnił podstawy prawnej swego rozstrzygnięcia ograniczając się do sformułowania określonego stanowiska, co nie odpowiada wymogom art. 328 § 2 k.p.c. W pisemnym uzasadnieniu wyroku Sąd OKIK powołał bowiem przepisy prawa materialnego istotne z punktu widzenia motywów rozstrzygnięcia, wyjaśnił ich zastosowanie w okolicznościach tej sprawy i wskazał skutki materialnoprawne dostrzeżonego uchybienia przez pozwanego tym przepisom, co odpowiada wymogom art. 328 § 2 k.p.c.

Z powyższych względów należy też uznać, że zaskarżony wyrok, w zakresie w jakim oparty został na stwierdzeniu braku podstaw do wydania zaskarżonej decyzji z pominięciem trybu konsultacyjnego wskazanego w art. 15 Pt, nie narusza prawa materialnego. Pozwany nie zdołał bowiem wykazać, by zachodziły w tej sprawie wskazane w art. 17 Pt szczególne, wyjątkowe, okoliczności uzasadniające podjęcie pilnego działania. Wydanie zaś decyzji w trybie wskazanym w art. 17 Pt, przy braku ku temu podstaw stanowi również w ocenie Sądu Apelacyjnego poważne naruszenie Prawa telekomunikacyjnego, skutkujące tym, że zaskarżona decyzja winna być wyeliminowana z obrotu. Wbrew zarzutom obu apelacji, nie istniała podstawa faktyczna do jej wydania niezależnie od tego, że obie strony umowy domagały się od Prezesa UKE podjęcia działań określonych w art. 28 Pt. Immanentną cechą zaskarżonej decyzji było bowiem działanie organu regulacyjnego w trybie wyjątkowym, wymagającym doraźnego zaangażowania w stosunki dotyczące dostępu telekomunikacyjnego, co w okolicznościach tej sprawy nie było uzasadnione.

W tym stanie rzeczy już tylko wzmocnienie wyżej przedstawionej oceny zaskarżonej decyzji, jako pozbawionej podstawy prawnej i faktycznej, stanowi fakt (znany Sądowi Apelacyjnemu z urzędu), że wyrokiem z dnia 10 listopada 2010r. wydanym w sprawie VI ACa 899/10 Sąd Apelacyjny w Warszawie oddalił apelację Prezesa UKE od wyroku Sądu OKIK z dnia 10 maja 2010r. (XVII AmT 40/09) uchylającego decyzję MTR z 22 października 2008r. Nr (...), stanowiącą przesłankę uznania przez Prezesa UKE w sprawie niniejszej, że (...) obowiązana jest dostosować stawki z tytułu zakańczania połączeń głosowych we własnej publicznej ruchomej sieci telefonicznej do poziomu 0,1677 zł/min.

W ocenie Sądy Apelacyjnego nie sposób także uznać, jakoby orzekając w tej sprawie Sąd OKIK dokonał jedynie kontroli legalności decyzji i jej uzasadnienia, co miałyby pozostawać w sprzeczności z zasadą rozpoznania sprawy na zasadach kontradyktoryjnego pierwszoinstancyjnego postępowania dowodowego. Ustalenie, iż brak było podstaw do wydania spornej decyzji w trybie wskazanym w art. 17 Pt stanowiło bowiem oczywistą i wystarczającą przesłankę jej uchylenia bez konieczności badania merytorycznej prawidłowości rozwiązania przyjętego przez Prezesa UKE. Miała ona charakter nadzwyczajny, wyjątkowy i tymczasowy. Stwierdzenie braku podstaw do jej wydania wykluczało zatem sanowanie uchybień organu regulacyjnego w drodze orzeczenia sądowego, w szczególności, gdy zachodziła konieczność przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego. Ocenę tę potwierdza fakt, że jak wskazał pozwany we

własnej apelacji, w dniu 13 lipca 2009r., już po przeprowadzeniu postępowania konsultacyjnego, Prezes UKE wydał decyzję (...) mocą której dokonał bezterminowej zmiany stawek MTR w sieci (...) w relacjach ze (...).

W tym stanie rzeczy pozbawione są doniosłości zarzuty obu apelacji dotyczące naruszenia przez Sąd OKIK art. 28 Pt przez jego nienależyte zastosowanie, czy też zaniechanie dokonania własnych ustaleń co do wypełnienia się w tej sprawie wskazanych w w/w przepisie przesłanek wydania decyzji o dostępie telekomunikacyjnym. Konieczność dokonania takiej analizy zachodziłaby bowiem jedynie w sytuacji, gdyby pozwany był uprawniony do wydania spornej decyzji. Brak takiego uprawnienia, wynikający nie z braku stosownego przepisu prawnego, a z nie zaistnienia przesłanek faktycznych jego zastosowania, czyni bezprzedmiotowymi rozważania co do wypełnienia kryteriów decyzji o dostępie telekomunikacyjnym.

Z powyższych przyczyn, w ocenie Sądu Apelacyjnego, nie sposób podzielić zarzuty apelacji, jakoby Sąd OKIK dopuścił się w tej sprawie naruszenia prawa materialnego i procesowego. Należy przy tym podkreślić, iż w sytuacji, gdy pozwany nie udowodnił zaistnienia przesłanek wydania spornej decyzji, co przesądza o merytorycznej zasadności odwołania, w świetle art. 479⁽⁶⁴⁾ § 2 k.p.c. Sąd OKIK zobowiązany był tę decyzję uchylić, co też uczynił. Uznając zatem obie apelacje za niezasadne Sąd Apelacyjny orzekł, jak w sentencji, na zasadzie art. 385 k.p.c. i rozstrzygnął o kosztach postępowania apelacyjnego zgodnie z zasadą wskazaną w art. 98 § 1 i 3 k.p.c. niedokładność w komparacji zaskarżonego wyroku Sąd Apelacyjny sprostował zgodnie z art. 350 § 1 i 3 k.p.c.