

Sygn. akt VI A Ca 551/11

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 października 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Ewa Klimowicz-Przygódzka (spr.)

Sędzia SA – Ewa Zalewska

Sędzia SO (del.) – Beata Waś

Protokolant: – sekr. sądowy Katarzyna Kędzierska

po rozpoznaniu w dniu 11 października 2012 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółki z o.o. z siedzibą w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

z udziałem zainteresowanego (...) spółki z o.o. z siedzibą w W.

o zmianę umowy

na skutek apelacji pozwanego i zainteresowanego

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

z dnia 17 stycznia 2011 r., sygn. akt XVII AmT 109/09

I. oddała obie apelacje,

II. zasądza od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej i (...) spółki z o.o. z siedzibą w W. na rzecz (...) spółki z o.o. z siedzibą w W. kwoty po 270 zł (dwieście siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

VI ACa 551/11

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK) uchylił decyzję Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (UKE) z dnia 17 II 2009 r. wydaną na podstawie art. 28 ust 1 w zw. z art. 30 i 17 prawa telekomunikacyjnego (p.t.), zmieniającą umowę w sprawie warunków współpracy i zasad rozliczeń, zawartą w dniu 8 XI 2006 r. pomiędzy zainteresowanym (...) Sp. z o.o. w W. a powodem - (...) S.A. w W., w zakresie wysokości stawek rozliczeniowych za zakańczanie połączeń głosowych w ruchomej sieci telefonicznej (...), dostosowując te stawki do stawek jakie(...) obowiązany był stosować od dnia 1 I 2009 r. na podstawie decyzji tego samego organu regulacyjnego z dnia 30 IX 2008 r. . Uchylona decyzja miała charakter tymczasowy, Prezes UKE określił okres jej obowiązywania do dnia 10 VIII 2009 r.

Rozstrzygnięcie SOKiK było wynikiem uwzględnienia jednego z licznie przedstawionych przez (...) S.A. w odwołaniu zarzutów, a mianowicie zarzutu naruszenia art. 17 oraz 15 ust 3 ustawy prawo telekomunikacyjne poprzez pominięcie obligatoryjnego postępowania konsultacyjnego, w sytuacji gdy nie występowały przesłanki do wydania decyzji tymczasowej. Przedmiotem rozpoznania sądu I instancji było także wydane przez Prezesa UKE w dniu 17 XII 2008 r. postanowienie, określające na dzień 24 XII 2008 r. termin zakończenia pomiędzy powodem a zainteresowanym negocjacji w sprawie zmiany łączącej ich umowy. Przedstawionej jednak w tym zakresie argumentacji strony powodowej nie podzielił.

Rozstrzygnięcia powyższe oparte zostały na następujących ustaleniach faktycznych i rozważaniach prawnych:

W dniu 30 IX 2008 r. Prezes UKE wydał na podstawie art. 40 ust. 4 w związku z art. 40 ust. 3 oraz art. 40 ust. 2 prawa telekomunikacyjnego decyzję, mocą której nałożył na (...) S.A. obowiązek dostosowania stawki z tytułu zakańczania połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...) do poziomu 0,1677 zł/min., zgodnie ze wskazanym w tej decyzji harmonogramem. Decyzji tej został nadany rygor natychmiastowej wykonalności.

W dniu 16 I 2009 r. Sp. z o.o. (...) wystąpiła do pozwanego organu regulacyjnego z wnioskiem o zmianę umowy w sprawie warunków współpracy i zasad rozliczeń, zawartej w dniu 8 XI 2006 r. z powodowa spółką (...) S.A., podnosząc, iż prowadzone pomiędzy stronami negocjacje w terminie wyznaczonym postanowieniem Prezesa UKE z dnia 17 XII 2008 r., nie doprowadziły do zawarcia aneksu.

W ramach wszczętego w ten sposób postępowania administracyjnego organ regulacyjny uznał, że zaistniały przesłanki uprawniające go do zastosowania art. 17 prawa telekomunikacyjnego tj. pominięcia trybu konsultacyjnego z uwagi na „przedłużanie się negocjacji i brak zawartego Aneksu do Umowy wprowadzającego stawki MTR zgodne z Decyzją MTR, a co się z tym wiąże niewykonywanie przez (...) nałożonego na niego, mocą Decyzji MTR, obowiązku”, które to okoliczności wskazują na przypadek wyjątkowy i powodują bezpośrednie i poważne zagrożenie zarówno dla konkurencyjności, jak i dla interesów użytkowników, gdyż „stosowanie przez (...) w stosunkach z (...) stawki MTR niezgodnej z nałożonymi na (...) obowiązkami powoduje poważne zaburzenia w konkurencyjności na całym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych”.

SOKiK mając na uwadze okoliczność, iż zaskarżona decyzja dotyczyła dostępu telekomunikacyjnego uznał, że na podstawie art. 15 prawa telekomunikacyjnego jej wydanie powinno było zostać poprzedzone przeprowadzeniem postępowania konsultacyjnego. Takie postępowanie nie zostało jednak przeprowadzone, nie zaistniały także w ocenie sądu I instancji przesłanki z art. 17 p.t. uprawniające organ regulacyjny do pominięcia tego obowiązku.

SOKiK podnosił, iż przepis art. 17 p.t. jako wyjątek od wyrażonej w art. 15 p.t. reguły może mieć zastosowanie tylko w wyjątkowym przypadku, z uwagi na swój skutek polegający na ograniczeniu praw podmiotowych strony w postępowaniu administracyjnym. Tym samym uznał, że obowiązkiem Prezesa UKE było wykazanie, że wydanie decyzji w sprawie niniejszej, w terminie późniejszym o okres postępowania konsultacyjnego, spowodowałyby bezpośrednio i poważne zagrożenie konkurencyjności lub interesów użytkowników o czym mowa we wskazanym przepisie. Wobec treści art. 16 p.t. bezpośrednio i poważne zagrożenie konkurencyjności lub interesów użytkowników musiałoby występować zatem w okresie nieco ponad 30 dniowym od daty wydania decyzji w trybie określonym w art. 17 ustawy prawo telekomunikacyjne.

Pozwany jednak w ocenie SOKiK nie skonkretyzował na czym w istocie miałyby polegać zagrożenie konkurencyjności lub interesów użytkowników we wskazanym okresie, które uzasadniałoby odstąpienie od przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego. Zawarte w uzasadnieniu twierdzenia organu regulacyjnego, iż „przedłużanie się negocjacji i brak zawartego Aneksu do Umowy wprowadzającego stawki MTR zgodne z Decyzją MTR, a co się z tym wiąże niewykonywanie przez (...) nałożonego na niego, mocą Decyzji MTR, obowiązku, stanowi przypadek wyjątkowy i powoduje bezpośrednio i poważne zagrożenie zarówno dla konkurencyjności, jak i dla interesów użytkowników”, gdyż „stosowanie przez (...) w stosunkach z (...) stawki MTR niezgodnej z nałożonymi na (...) obowiązkami

powoduje poważne zaburzenia w konkurencyjności na całym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych" uznał za gołosłowne.

Sąd Okręgowy podnosił, że „stawki rozliczeń pomiędzy operatorami należą do cywilnoprawnych relacji dwustronnych pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, a zmiana stawek MTR stanowi jedynie przesłankę do podjęcia działań w celu ich zmiany. Naturalną zatem rzeczą jest to, że zmiany tych stosunków cywilnoprawnych nie będą przebiegać w jednym czasie, a zatem przez pewien okres operatorzy będą stosować różne stawki w rozliczeniach. Nie można zatem w tym zjawisku doszukiwać się nadzwyczajności.” Zwracał uwagę, że ustawodawca przewidział dla regulatora rynku inne środki prawne służące egzekwowaniu obowiązków regulacyjnych, wskazując na art. 209 p.t.

Wyrażone zostało także przez SOKiK stanowisko, że „samo ogłoszenie konsultacji, a ściślej przedstawienie projektu decyzji umożliwia operatorom telefonii stacjonarnej podjęcie działań dla utworzenia oferty konkurencyjnej w stosunku do oferty operatorów sieci mobilnych”.

Poza tym w ocenie sądu I instancji wydanie decyzji tymczasowej na okres 6 miesięcy musi być uzasadnione wyższymi racjami, z uwagi na naruszenie w ten sposób zasady pewności obrotu gospodarczego. Wywodził, że taki stan niepewności także stanowi zagrożenie dla konkurencyjności, gdyż „Podmiot działający w otoczeniu niepewności co do kształtu stosunku prawnego zmuszony jest do tworzenia rezerw związanych z występującym ryzykiem, kosztem swoich kontrahentów.”

Reasumując swoje rozważania SOKiK stwierdził, że nie przeprowadzenie postępowania konsultacyjnego czyni zaskarżoną decyzję przedwczesną, a zatem niedopuszczalną, co uzasadnia jej uchylenie na podstawie art.479⁶⁴ § 2 k.p.c.

Rozpoznając z kolei na podstawie art. 142 k.p.a. w zw. z art. 206 ustawy p.t. zarzuty strony powodowej dotyczące postanowienia Prezesa UKE z dnia 17 XII 2008 r. określającego termin zakończenia przez powoda i zainteresowanego negocjacji, sąd I instancji uznał je za niezasadne. W szczególności podnosił, że określenie terminu zakończenia negocjacji na datę, w której na powodzie nie ciążył jeszcze obowiązek stosowania nowej stawki MTR było dopuszczalne. Nie wykluczona jest bowiem możliwość zawarcia umowy ze skutkiem na przyszłość.

Wyrok powyższy został zaskarżony przez pozwanego jak i zainteresowanego.

Prezes UKE zarzucił rozstrzygnięciu sądu I instancji:

-naruszenie art. 479⁶⁴ § 1 k.p.c. poprzez nie oddalenie odwołania, w sytuacji gdy nie zawierało ono zarzutów uzasadniających jego uwzględnienie oraz gdy istniała podstawa prawna do wydania decyzji,

- naruszenie art. 479⁶⁴ § 2 k.p.c. w zw. z art. 4 dyrektywy ramowej, polegające na uchyleniu decyzji, w sytuacji gdy nie została rozpoznana istota sprawy oraz na tym, że SOKiK działał w niniejszej sprawie jako sąd kontrolujący wydanie zaskarżonej decyzji, a nie sąd merytorycznie badający sprawę,

- naruszenie art. 479⁶⁴ § 2 k.p.c. poprzez uchylenie decyzji z uwagi na rzekome wady jej uzasadnienia,

- naruszenie art. 233§1 k.p.c. poprzez błędną ocenę dowodów, pominięcie dowodów wnioskowanych z odpowiedzi pozwanego na odwołanie,

-naruszenie art. 6 k.c. w zw. z art. 232 zd.1 w zw. z art. 244 §1 k.p.c. oraz art. 20 dyrektywy ramowej poprzez uznanie, że na pozwanym ciążył ciężar dowodu w sprawie,

-naruszenie art. 328§2 k.p.c. poprzez nie wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia,

- naruszenie art. 479⁶⁴ § 2 k.p.c. w zw. z art. 4 dyrektywy ramowej poprzez zaniechanie zmiany decyzji gdy istniała podstawa prawna rozstrzygnięcia,

- obrazę art. 17 p.t. w zw. z art. 7 ust 6 i 20 ust 2 i 3 dyrektywy ramowej poprzez uznanie braku przesłanek do zastosowania pierwszego z w/w przepisów,

- obrazę art. 27 ust 1 w zw. z art. 15,16 , 17 p.t. oraz art. 20 ust 1 i 2 dyrektywy ramowej poprzez uznanie, że okres 3 miesięcy od rozpoczęcia negocjacji i 55 dni od daty wydania postanowienia o skróceniu terminu negocjacji nie stanowi dostatecznej podstawy do wydania decyzji tymczasowej,

- obrazę art. 28 ust 1 pkt 2 oraz pkt 5lit. c p.t. w zw. z art. 26,37 i 40 ust 1 i 4 p.t. polegającej na pominięciu tych przepisów podczas orzekania.

Tym samym Prezes UKE wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie odwołania w całości ewentualnie o uchylenie orzeczenia i przekazanie sprawy SOKiK do ponownego rozpoznania.

Spółka (...) z kolei w swojej apelacji zarzucała zaskarżonemu rozstrzygnięciu naruszenie:

- art. 17 p.t. w zw. z art. 7 ust 6 dyrektywy ramowej poprzez jego niezastosowanie, w skutek błędnego przyjęcia, że stosowanie przez powoda w rozliczeniu z zainteresowanym stawki niezgodnej z nałożonym na niego przez organ regulacyjny obowiązkiem, nie powoduje bezpośredniego i poważnego zagrożenia konkurencyjności lub interesów użytkowników; poprzez wadliwe przyjęcie, iż Prezes UKE nie skonkretyzował w swojej decyzji na czym polega bezpośrednio i poważne zagrożenie konkurencyjności lub interesów użytkowników; poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż zastosowanie art. 17 p.t. skutkuje ograniczeniem bliżej nie określonego prawa podmiotowego strony w postępowaniu administracyjnym,
- art. 189 ust 2 p.t. w zw. z art. 17 p.t. poprzez pominięcie okoliczności, iż zaskarżona decyzja stanowiła jeden z elementów polityki regulacyjnej Prezesa UKE,
- art. 28 p.t. poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji brak kompleksowej oceny podstaw prawnych wydanej decyzji , w tym pominięcie okoliczności, iż Prezes UKE wydał decyzję nie tylko na podstawie art. 17 p.t. , ale również z zastosowaniem takich m.in. kryteriów jak: interes użytkowników sieci telekomunikacyjnej, obowiązki nałożone na przedsiębiorców telekomunikacyjnych , zapewnienie niedyskryminujących warunków dostępu telekomunikacyjnego ,
- art. 209 w zw. z art. 28 i 189 p.t. poprzez błędne przyjęcie, iż pierwszy z w/w przepisów jest właściwym środkiem prawnym służącym egzekwowaniu realizacji obowiązków regulacyjnych jakimi dysponuje Prezes URE,
- art. 224§ 1 w zw. z 316§1 k.p.c. poprzez nieprzeprowadzenie dowodów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy w postaci decyzji Prezesa URE z 19 VII 2006 r. uznającej powoda za podmiot zajmujący znaczącą pozycję na rynku 16, decyzji z 30 IX 2008 r. nakładającej na powoda obowiązek stosowania odpowiedniej wysokości stawki MTR, decyzji z 18 XII 2008 r. wyznaczającej zainteresowanego przedsiębiorcą zajmującego znaczącą pozycję na rynku 16 , stanowiska Prezesa UKE z 1 X i 16 XII 2008 r. w sprawie symetrii stawek na rynku zakańczania połączeń głosowych w publicznych ruchomych sieciach telefonicznych,
- art. 233 §1 k.p.c. skutkujące wyprowadzeniem błędnych wniosków, iż brak dobrowolnego wykonywania przez powoda obowiązku dostosowania stawek MTR oraz przedłużające się negocjacje , nie powodują bezpośredniego i poważnego zagrożenia konkurencyjności lub interesów użytkowników,
- art. 227§ 1 w zw. z art. 236 i 328§1 k.p.c. poprzez brak jakiegokolwiek odniesienia się w uzasadnieniu wyroku do pominiętych wniosków dowodowych wcześniej wymienionych.

Tym samym zainteresowany wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie odwołania.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Rozpoznanie wniesionych w niniejszej sprawie apelacji sprowadzało się do dwóch kwestii. Po pierwsze do ustalenia czy sąd I instancji prawidłowo uznał, że w niniejszej sprawie nie zachodziły przesłanki do wydania decyzji tymczasowej, określone w art. 17 p.t. a jeżeli tak, to po drugie, czy w takiej sytuacji zasadnym było uchylene zaskarżonej decyzji organu regulacyjnego, w szczególności z uwagi na nieprzeprowadzenie wymaganego art. 15 ust. 3 p.t. postępowania konsultacyjnego.

Podzielić należy zarzut apelacyjny Prezesa UKE, iż sąd I instancji wyszedł z błędnego założenia, iż to na stronie pozwanej spoczywał ciężar wykazania okoliczności uzasadniających wydanie decyzji tymczasowej. Jak wyjaśnił to Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 19 VIII 2009 r. , III SK 5/09 w sprawach prowadzonych na skutek odwołania wniesionego od decyzji organu regulacyjnego powód „powołuje dowody wskazujące na to, że nie naruszył przepisów ustawy lub, że Prezes Urzędu błędnie zastosował przepisy ustawy (np. brak podstaw do wydania decyzji tymczasowej, nadania rygoru wykonalności, nałożenia kary pieniężnej w takiej, a nie innej wysokości). Natomiast pozwany Prezes Urzędu przedstawia dowody wskazujące na naruszenie przepisów ustawy oraz prawidłowość kwalifikacji zachowania przedsiębiorcy.”

W niniejszym jednak przypadku kwestia wykazania braku zasadności zastosowania art. 17 prawa telekomunikacyjnego wiązała się nie z podważeniem ustaleń faktycznych Prezesa UKE poczynionych w tym względzie w zaskarżonej decyzji, tylko z podważeniem zasadności wniosków wyciągniętych z tych okoliczności, o istnieniu bezpośredniego i poważnego zagrożenia konkurencyjności lub interesów użytkowników. Okoliczności faktyczne sprawy, w istotnym zresztą, ale niepełnym zakresie przedstawione w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku były bowiem bezsporne, na co zwracała uwagę strona powodowa odnosząc się do przedstawionych w odpowiedzi na odwołanie wniosków dowodowych pozwanego (k 634).(Stąd zarzut naruszenia art. 328 §2 k.p.c. uznać należało jedynie częściowo za zasadny.)

Bezspornym w szczególności było, że negocjacje pomiędzy powodem a zainteresowanym w sprawie podpisania aneksu do umowy o połączeniu sieci z dnia 8 XI 2006 r. rozpoczęły się wnioskiem Sp. z o.o. (...), który (...) S.A. otrzymał w dniu 28 XI 2008 r. (k 117). Jego złożenie podyktowane zostało wydaniem przez Prezesa UKE decyzji z dnia 30 IX 2008 r. nakładającej na powoda obowiązek regulacyjny dostosowania stawki z tytułu zakańczania połączeń głosowych w publicznej sieci telefonicznej (...) S.A. do poziomu 0,1677 zł/m.in. według następującego harmonogramu: od dnia 1 I 2009 r. do 30 VI 2009 r. -0,2162 zł/min, od 1 VII 2009 - 0,1677zł/ min (k 81), co też ustalił SOKiK, za wyjątkiem wskazania w/w dat. Nałożenie powyższego obowiązku było możliwe wobec uznania powoda za podmiot zajmujący znaczącą pozycję na rynku świadczenia usług zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) S.A. i nałożeniem w związku z tym na powoda obowiązku regulacyjnego z art. 40 p.t.(k 185).

Postanowieniem z dnia 17 XII 2008 r. Prezes UKE określił termin zakończenia negocjacji na dzień 24 XII 2008 r. (pouczając obie strony, iż jest to postanowienie niezaskarżalne k 400) . Wobec niedojścia stron do porozumienia, w dniu 16 I 2009 r. zainteresowany wystąpił do organu regulacyjnego z wnioskiem o wydanie decyzji zmieniającej postanowienia łączącej strony umowy w zakresie dotyczącym stawek MTR, wobec niepowodzenia prowadzonych negocjacji, co też wynika z uzasadnienia wyroku SOKiK.

Mając powyższe okoliczności na uwadze Prezes UKE uznał, że „przedłużenie się negocjacji i brak zawartego aneksu do Umowy wprowadzającego stawki MTR zgodne z Decyzją MTR (z 30 IX 2008 r.) a co się z tym wiąże niewykonywanie przez (...) nałożonego na niego, mocą decyzji MTR obowiązku stanowi przypadek wyjątkowy i powoduje bezpośrednie i poważne zagrożenie dla konkurencyjności, jak i dla interesów użytkowników. Nie może ulegać wątpliwości, że stosowanie przez (...) w stosunkach z (...) stawki MTR niezgodnej z nałożonymi na (...) obowiązkami powoduje poważne zaburzenia w konkurencyjności na całym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych. Należy wskazać, że działanie (...) może doprowadzić do sytuacji, w której stawka jaką (...) obowiązana jest uiszczać (...) za zakańczanie

połączeń w ruchomej sieci (...) będzie niższa niż stawki MTR, które (...) stosuje w relacjach z innymi przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi” (str. 11/12 decyzji).

Wskazane powyżej okoliczności wbrew stanowisku organu regulacyjnego jak słusznie podnosił powód i SOKiK nie wypełniały jednak przesłanek z art. 17 p.t.

Nie trzeba było prowadzić postępowania dowodowego aby te bezsporne okoliczności faktyczne podważać. Prezes UKE dokonał bowiem wadliwej subsumcji tak określonego przez siebie stanu faktycznego pod normę w/w przepisu i oceny tej nie zmienia dodatkowo przywołana w odpowiedzi na pozew argumentacja (str. 25/26 – dotycząca korzyści jakie odnieśliby użytkownicy końcowi na skutek obniżenia cen hurtowych).

Art. 17 p.t. stanowi, że „W wyjątkowych przypadkach, wymagających pilnego działania ze względu na bezpośrednie i poważne zagrożenie konkurencyjności lub interesów użytkowników, Prezes UKE może bez przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego wydać decyzję w sprawach, o których mowa w art. 15, na okres nieprzekraczający 6 miesięcy. Wydanie kolejnej decyzji w tej samej sprawie poprzedza się postępowaniem konsultacyjnym.”.

Jako wyjątek od art. 15 p.t. zgodnie z podstawowymi regułami interpretacyjnymi przepis powyższy nie może podlegać wykładni rozszerzającej. Warunkiem jego zastosowania jest wyjątkowość sytuacji, wymagająca podjęcia przez organ regulacyjny pilnego działania z uwagi na :

-bezpośrednie i poważne zagrożenie konkurencyjności lub

-bezpośrednie i poważne zagrożenie interesów użytkowników.

Rację przyznać należy stronie powodowej jak i SOKiK, że przedłużające się negocjacje i brak zawartego aneksu do umowy wprowadzającej stawki MTR zgodne z Decyzją MTR z dnia 30 IX 2008 r. , nie stanowiły przypadku wyjątkowego, zagrażającego dodatkowo w sposób bezpośredni i poważny konkurencyjności jak i interesom użytkowników. W ocenie Sądu Apelacyjnego powyższe okoliczności należą bowiem do typowych przesłanek warunkujących wdrożenie trybu określonego w art. 27 i nast. p.t.

Nie sposób uznać ponadto, że skrócone postanowieniem z dnia 17 XII 2008 r. negocjacje (...) z (...) , trwające co najwyżej od dnia 28 XI 2008 r. (data doręczenia wniosku zainteresowanego powodowi k 117) , a więc przez okres 26 dni przedłużały się, jeżeli weźmie się pod uwagę okoliczność wynikającą z art. 27 ust 1 p.t., iż mogły maksymalnie być prowadzone przez okres 90 dni. Błędne jest także stanowisko pozwanego, że za jego natychmiastową interwencją przemawiał art. 20 ust 2 dyrektywy 2002/21/WE z 7 III 2002 w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dz.Urz. WE L 108 z 24 IV 2002 r. , zwana dalej dyrektywą ramową). Okres 4 miesięczny o jakim mowa w w/w przepisie w ocenie sądu II instancji należy bowiem liczyć nie od dnia podjęcia przez strony negocjacji tylko od dnia wystąpienia jednej z nich z wnioskiem do organu regulacyjnego o wydanie decyzji rozstrzygającej nierozwiązany spór. Taka wykładni zgodna jest zresztą z postanowieniami prawa krajowego, wdrażającego powyższe postanowienia prawa wspólnotowego, na co wskazuje art. 27 ust 2 oraz art. 28 ust 1 p.t. Niezależnie od powyższego , nawet przy interpretacji przepisu art. 20 ust 2 dyrektywy ramowej przedstawionej przez stronę pozwaną należało mieć na uwadze, że 4 miesięczny termin liczony od momenty wszczęcia sporu upływał w dniu 28 III 2009 r., co stwarzało możliwość przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego.

Również fakt nie osiągnięcia porozumienia pomiędzy powodem a zainteresowanym nie czynił sytuacji wyjątkowej, gdyż idąc tym tokiem rozumowania należałoby przyjąć, iż w każdym przypadku kiedy strony nie osiągną kompromisu w prowadzonych negocjacjach i zwrócą się do organu regulacyjnego o wydanie decyzji zastępującej umowę (aneksu) , Prezes UKE mógłby zastosować przepis art. 17 p.t. . Prawo telekomunikacyjne w takiej sytuacji proponuje natomiast inne rozwiązania , wskazane w jego art. 27 ust 2 w zw. z art. 28 ust 1 .

Wydaje się, iż głównym motywem zastosowania przez Prezesa UKE trybu przewidzianego w art. 17 p.t. był fakt nie dostosowania się przez (...) S.A. do nałożonego na niego decyzją tego organu regulacyjnego z dnia 30 IX 2008 r. obowiązku obniżenia od dnia 1 I 2009 r. stawek MTR za połączenia głosowe zakończone w jego sieci ruchomej .

Nie jest to jednak wystarczająca przesłanka do uruchomienia trybu nadzwyczajnego działania organu regulacyjnego, a przynajmniej w zakresie dotyczącym rozstrzygania sporów pomiędzy tymże podmiotem a innymi operatorami telekomunikacyjnymi, z którymi wiąże go umowy o dostępie. Przyjęcie takiej koncepcji ograniczałoby prawo podmiotu zajmującego znaczącą pozycję do prowadzenia swobodnych negocjacji. Oznaczałoby bowiem w praktyce, że w przypadku nie osiągnięcia przez strony porozumienia do momentu , w którym mają wejść w życie nowe , wynikające z decyzji organu regulacyjnego stawki MTR , organ ten ma prawo do interwencji natychmiastowej. Z postanowień przepisów ustawy prawa telekomunikacyjne taka zaś wola ustawodawcy nie wynika. Nie wprowadzone zostało jakiegokolwiek rozwiązanie umożliwiające automatyczne dostosowywanie warunków umów łączących podmiot zajmujący znaczącą pozycję na rynku z innymi przedsiębiorstwami telekomunikacyjnymi , do stawek MTR wynikających z decyzji wydanej na podstawie art. 40 p.t. . W takiej sytuacji zastosowanie znajduje również tryb określony w art. 27 ust 2.

Stąd też zarzut naruszenia art. 28 ust 1 pkt 2 oraz pkt 5 c , 36, 37 i 40 ust 1 i 4 nie można było podzielić. Uznanie powoda za podmiot zajmujący znaczącą pozycję na rynku świadczenia usług zakańczania połączeń głosowych w mobilnej sieci (...) oraz nałożenie na niego decyzją z dnia 19 VI 2006 r. obowiązków regulacyjnych wskazanych w /w przepisach, nie uprawniało samo przez się Prezesa UKE do odmiennego traktowania powoda, z pominięciem podstawowej regulacji z art. 15 p.t.

Poza tym jak słusznie podnosił sąd I instancji na wypadek niewykonywania przez podmiot zajmujący znaczącą pozycję na rynku obowiązków dotyczących dostępu telekomunikacyjnego i zasad jego rozliczania, prawo telekomunikacyjne wyposaża organ regulacyjny w inne możliwe środki oddziaływania takie chociażby jak nałożenie kary pieniężnej , o jakiej mowa w art. 209 ust 1 pkt 6 .

Przede wszystkim jednak nie sposób było uznać, iż nie wykonywanie przez pozwanego obowiązku obniżenia stawki MTR za zakańczanie połączeń głosowych w jego sieci mobilnej stwarzało bezpośrednie i poważne zagrożenie konkurencyjności czy też interesów użytkowników .

Pozwany jak i zainteresowany zagrożenie konkurencyjności upatrywali w tym, że może dojść do sytuacji, w której stawka za zakańczanie połączeń jaką spółka (...) obowiązana jest uiszczać za zakańczanie połączeń głosowych w mobilnej sieci (...) będzie inna niż stawki MTR , które powód stosuje w relacjach z innymi podmiotami, co zagrażałoby zasadzie równości i niedyskryminacji użytkowników sieci. Strona powodowa twierdziła jednak, że ze wszystkimi operatorami telekomunikacyjnymi, z którymi prowadziła negocjacje przedstawiała takie same warunki zmiany umowy oraz , że w stosunku do każdego operatora stosuje nadal nieobniżone decyzją MTR 2008 r. stawki opłat za zakańczanie połączeń głosowych w swojej sieci ruchomej, co znajdowało potwierdzenie w okoliczności znanej Sądowi Apelacyjnemu z urzędu, a polegającej na prowadzeniu przez (...) licznych spraw sądowych związanych właśnie z wydaniem przez Prezesa UKE decyzji zastępujących aneksy do zawartych umów .

Nie powstał zatem stan zagrożenia konkurencyjności związany z naruszeniem przez powoda wskazywanego przez apelujących obowiązku z art. 36 p.t. Z wadliwości przedstawionej argumentacji zdawał sobie sprawę Prezes UKE podnosząc w apelacji , iż nawet jeżeli powód nie różnicuje przedsiębiorców telekomunikacyjnych i w relacjach z wszystkimi odmawia przyjęcia warunków wynikających z decyzji z dnia 30 IX 2008 r. to prowadzi to do negatywnych skutków dla całego segmentu telefonii stacjonarnej. W takiej bowiem sytuacji operatorzy stacjonarni napotykaliby znaczne trudności przy tworzeniu oferty konkurencyjnej w stosunku do oferty operatorów sieci mobilnych. Takie działanie z kolei powoduje poważne zagrożenie dla użytkowników końcowych , którzy nie będą mogli skorzystać z nowych , atrakcyjniejszych stawek za połączenie do sieci mobilnych (k 785).

Powyższe twierdzenia Prezesa UKE jak i twierdzenia zawarte w odpowiedzi na odwołanie dotyczące zagrożenia interesów użytkowników końcowych poprzez nieuzyskanie możliwości obniżenia cen detalicznych świadczeń telekomunikacyjnych na skutek obniżenia stawek za połączenia głosowe pomiędzy operatorami sieci mobilnych pozostawały jedynie w sferze deklaracji i założeń, logicznie umotywowanych lecz nie popartych żadnymi dowodami. Abstrahując jednak od kwestii niewykazania powyższej okoliczności (nie podnoszonej w decyzji) nie sposób mówić jest o zagrożeniu interesów użytkowników końcowych w związku z niezawarciem przez strony aneksu do umowy, które to zagrożenie miałyby charakter bezpośredni jak i poważny, wymagający interwencji natychmiastowej organu regulacyjnego. Wprowadzenie nawet ewentualnych obniżek cen hurtowych po upływie kolejnego 1,5 miesiąca przeznaczonego na przeprowadzenie postępowania konsultacyjnego nie wpłynęłoby w sposób istotny na wysokość świadczeń użytkowników końcowych, tym bardziej, że zmiana cen hurtowych nie przekłada się automatycznie na zmianę wysokości i to w tym samym stopniu cen detalicznych. Poza tym nie sposób mówić jest tu o zagrożeniu bezpośrednim interesów użytkowników, a co najwyżej o zagrożeniu pośrednim.

Nie ma także racji zainteresowany, iż sąd I instancji niezasadnie pominął art. 189 ust 2 p.t. nie dokonując szczegółowej analizy zakresu uprawnień Prezesa UKE, w tym nie uwzględniając okoliczności, że do obowiązków tego organu należy prowadzenie polityki regulacyjnej z uwzględnieniem wspierania konkurencji w tym zapewnienia użytkownikom osiągnięcia maksymalnych korzyści w zakresie cen, zapobiegania zniekształceniu lub ograniczeniu konkurencji, a w konsekwencji pominięcie okoliczności, że zaskarżona decyzja stanowiła jeden z elementów polityki regulacyjnej Prezesa UKE (k 738). Oczywistym jest, że na pozwanym ciążyą w/w obowiązki, których jednak realizacja powinna następować w formie przewidzianej przepisami prawa telekomunikacyjnego. Podzielenie toku rozumowania apelującego byłoby równoznaczne z tym, że w każdej sprawie dotyczącej realizacji uprawnień i obowiązków wynikających z art. 189 ust 2 p.t. mógłby on wydawać decyzje tymczasowe, co czyniłoby zapis art. 17 tej ustawy zbędnym.

Reasumując tę część rozważań podnieść należy, że SOKiK prawidłowo uznał, że w niniejszej sprawie brak było podstaw do zastosowania przez Prezesa UKE art. 17 p.t., co oznaczało konieczność przeprowadzenia przez ten organ postępowania konsultacyjnego przed wydaniem zaskarżonej decyzji, zgodnie z postanowieniami art. 15 pkt 3 p.t. Nie sposób jest podzielić przy tym dywagacji strony pozwanej, iż przepis powyższy w sposób wadliwy wdraża postanowienia art. 6 dyrektywy ramowej, z którego nie wynika obowiązek prowadzenia konsultacji w każdej sprawie, a tylko wówczas gdy organ regulacyjny zmierza do podjęcia środków mogących mieć znaczący wpływ na relewantny rynek. Jak podnosiła słusznie strona powodowa fakt, że art. 15 ust 3 p.t. nakazuje poddawanie wszystkich projektów decyzji o dostępie telekomunikacyjnym konsultacji i nie wiąże tego z koniecznością analizy, czy rozstrzygnięcie to będzie miało znaczący wpływ na rynek relewantny, nie oznacza sprzeczności tego przepisu z art. 6 dyrektywy ramowej. Oznacza to bowiem tylko tyle, iż ustawodawca polski z góry założył, iż każde rozstrzygnięcie organu regulacyjnego o dostępie telekomunikacyjnym będzie miało taki wpływ. Implementacja art. 6 dyrektywy do porządku krajowego nie wyszła zatem poza ramy określone w art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U. 2004.90.864/2).

W ocenie Sądu Apelacyjnego okoliczność wydania przez organ regulacyjny decyzji tymczasowej, pomimo braku istnienia ku temu przesłanek ustawowych, przy pominięciu tym samym postępowania konsultacyjnego, wbrew zarzutom apelacji, przesądzała o konieczności uchylenia zaskarżonej decyzji jako wadliwej, gdyż uchybienie to mogło mieć wpływ na treść zaskarżonej decyzji, a nadto nie mogło zostać naprawione w toku postępowania przed sądem powszechnym. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie jest bowiem uprawniony do przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego, które należy do wyłącznej właściwości organu administracji – regulatora, jakim jest Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Natomiast możliwość zaistnienia wpływu zaniechania przeprowadzenia tegoż postępowania na treść zaskarżonej decyzji nie podlega dowodzeniu, a wyłącznie logicznemu rozumowaniu, a nadto została założona przez samego ustawodawcę. Wpływ ten może istnieć, gdyż przedstawienie sugestii i argumentacji w postępowaniu konsultacyjnym przez zainteresowane podmioty może przekonać regulatora do zastosowania innych rozwiązań.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego utrwalony jest pogląd, że celem postępowania sądowego nie jest przeprowadzenie kontroli postępowania administracyjnego, ale merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy, której przedmiotem jest spór między stronami powstający dopiero po wydaniu decyzji przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Do sądu ostatecznie należy zastosowanie odpowiedniej normy prawa materialnego, po wyjaśnieniu podstawy faktycznej, obejmującej wszystkie elementy przewidziane w hipotezie tej normy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2003 r., sygn. I CK 81/02, Lex nr 359427). Ponadto w doktrynie i orzecznictwie jednolicie przyjmuje się, że przepisy zezwalają, aby Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w istocie wydał nową decyzję w formie wyroku sądowego, wchodząc niejako w miejsce organu administracji. Oznacza to jednocześnie, że sąd nie powinien ograniczać się do wskazywania na wadliwość decyzji administracyjnej, lecz jest władny i obowiązany, jeżeli tylko znajduje to uzasadnienie w okolicznościach sprawy i zebranych materiale faktycznym i dowodowym, usunąć wady tej decyzji (zob. K. Weitz w: Postępowanie sądowe w sprawach gospodarczych, pod red. T. Wiśniewskiego. System prawa handlowego, tom 7, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 152 oraz uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 1991 r., sygn. art. III CRN 120/91, publ. OSNCP z 1992 r. nr 5 poz. 87). Natomiast wadliwość w postępowaniu administracyjnym prowadzonym przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej mogą być brane pod uwagę przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów jedynie wówczas, gdy są to uchybienia tego rodzaju, że nie mogą zostać konwalidowane w postępowaniu sądowym. W ocenie Sądu Apelacyjnego taka właśnie wadliwość decyzji występowała w przedmiotowej sprawie, co uzasadniało jej uchylenie na podstawie art. 479⁶⁴ § 2 k.p.c.

Dlatego zarzut naruszenia powyższego przepisu przez Sąd Okręgowy ocenić należało jako niezasadny, podobnie jak zarzut nierozpoznania istoty sprawy.

Ustalenie, iż brak było podstaw do wydania spornej decyzji w trybie wskazanym w art. 17 p.t. stanowiło bowiem oczywistą i wystarczającą przesłankę jej uchylenia bez konieczności badania merytorycznej prawidłowości rozwiązania przyjętego przez Prezesa UKE. Decyzja ta miała mieć 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.

Niezależnie od bezzasadności podniesionych zarzutów apelacyjnych, za oddaleniem obu apelacji przemawiały nowe okoliczności sprawy, powstałe po wydaniu zaskarżonego orzeczenia SOKiK. Prawomocnym wyrokiem tutejszego Sądu Apelacyjnego z dnia 30 I 2012 r. (VI ACa 1004/11) oddalona została apelacja od wyroku SOKiK z dnia 23 III 2011 r. uchylającego decyzję MTR z 30 IX 2008 r. nakładającą na (...) S.A. obowiązek dostosowania stawek za zakańczanie połączeń głosowych we własnej sieci ruchomej do wysokości wskazanej w decyzji objętej niniejszym sporem. Przypomnieć należy, co podkreślał sam Prezes UKE, że złożenie przez (...) wniosku inicjującego postępowanie administracyjne w niniejszej sprawie, miało na celu dostosowanie łączącej ten podmiot oraz powoda umowy do nowych warunków w zakresie stawki MTR, określonych w decyzji organu regulacyjnego z dnia 30 IX 2008 r.. Prezes UKE wydając zaskarżoną decyzję wziął przede wszystkim pod uwagę obowiązki nałożone na powoda tą decyzją MTR i do wynikających z niej stawek dostosował zmienione decyzją z 17 II 2009 warunki umowy łączącej (...) z (...). Skoro decyzja nakładająca na powoda obowiązek dostosowania z dniem 1 I 2009 r. stawki z tytułu zakańczania połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...) S.A. została wyeliminowana z obrotu prawnego, prawomocnym rozstrzygnięciem niniejszego Sądu Apelacyjnego (ze skutkiem *ex tunc*), oznacza to, iż brak było podstaw również merytorycznych do zmiany warunków łączącej (...) ze spółką (...) umowy, a przynajmniej takich innych (oprócz istnienia decyzji MTR 2008) podstaw ani zainteresowany ani pozwany nie wykazali w toku całego postępowania administracyjnego jak i sądowego. Mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności, Sąd Apelacyjny z mocy art. 385 oraz 98 § 1 k.p.c. orzekł jak w sentencji.