

*Sygn. akt VI ACa 1148/11*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 20 marca 2012 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie Wydział Cywilny w składzie:*

*Przewodniczący – Sędzia SA– Małgorzata Manowska*

*Sędzia SA– Teresa Mróz*

*Sędzia SA– Marek Podogrodzki*

*Protokolant– st. sekr. sądowy Julia Gotówka*

*po rozpoznaniu w dniu 06 marca 2012 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

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

*przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej*

*o ustalenie zasad współpracy*

*na skutek apelacji powódki (...) S.A. z siedzibą w W.*

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

*z dnia 13 czerwca 2011 r.*

*sygn. akt XVII AmT 150/09*

*I zmienia zaskarżony wyrok w punktach 1, 3 i 5 w ten sposób, że nadaje mu treść:*

*1. uchyla zaskarżoną decyzję ;*

*2. zasądza od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz (...) S.A. z siedzibą w W. kwotę 460 (czterysta sześćdziesiąt) zł tytułem zwrotu kosztów procesu;*

*II zasądza od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz (...) S.A. z siedzibą w W. kwotę 370 (trzysta siedemdziesiąt) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.*

*Sygn. akt VI A Ca 1148/11*

## UZASADNIENIE

Decyzją z dnia z dnia 22 czerwca 2009 roku Nr (...) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej działając na podstawie art. 28 ust. 1 oraz art. 104 § 1 k.p.a. w zw. z art. 206 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego, po rozpatrzeniu wniosku (...) S.A. w W. z dnia 7 lipca 2008 roku o wydanie decyzji zastępującej umowę z (...) Sp. z o.o. w W. o współpracy i zasadach rozliczeń w zakresie dostępu do usług sieci inteligentnych w sieci N. ustalił zasady współpracy i rozliczeń za usługi dostępu użytkowników ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) do usług (...) oraz usług informacyjnych sieci inteligentnej, realizowanych za pośrednictwem sieci N..

Od decyzji odwołanie wniosła zainteresowana - (...) S.A. zaskarżając ją w części, zarzuciła:

1. naruszenie przepisu prawa materialnego tj. art. 28 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego, poprzez nie wzięcie pod uwagę przy wydawaniu decyzji kryteriów w nim określonych,
2. naruszenie przepisu prawa materialnego tj. art. 159 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego, poprzez nałożenie na N. obowiązku nadzorowania wiadomości, informacji lub jakiejkolwiek treści przekazywanej w ramach świadczonych usług.

Powódka wniosła o:

1. zmianę zaskarżonej decyzji w części, polegającą na:

- a) usunięciu w art. 3 decyzji ust. 4,
- b) usunięciu w art. 3 decyzji ust 15 lit b i c,
- c) usunięciu w art. 3 decyzji ust 24,
- d) zmianie w art. 3, 4 decyzji dotychczasowego ust. 10 i nadanie mu treści wskazanej w odwołaniu
- e) wstrzymania się z zapłatą wynagrodzenia z tytułu niedozwolonych usług i reklam do momentu wyjaśnienia pomiędzy Stronami dokonanego naruszenia;
- f) żądania zwrotu zapłaconego wynagrodzenia z tytułu niedozwolonych usług i reklam;
- g) zablokowania ruchu do niedozwolonych usług, po uprzednim poinformowaniu N. o stwierdzonych naruszeniach.

Pozwany wniósł o

1. oddalenie odwołania w całości,
2. zobowiązanie powódki do usunięcia braku formalnego odwołania poprzez wskazanie, czy zaskarża decyzję w całości, czy też w części, a jeśli tak to jakiej, a w przypadku nie usunięcia tego braku odrzucenie odwołania,
3. zasądzenie od powódki kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Od decyzji odwołanie wniosła również powódka - (...) Sp. z o.o. W.. Zaskarżając ją w całości zarzuciła naruszenie

1. art. 3 ust. 2 i 3 dyrektywy 2002/21 AA/E Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 roku 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 1996 r. o Radzie Ministrów, art. 190 ust. 4 Prawa telekomunikacyjnego, poprzez przyjęcie, iż Prezes UKE spełniał kryteria niezależnego organu regulacyjnego w rozumieniu ww. przepisów,
2. art. 4 ust. 1 dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń poprzez wydanie decyzji o dostępie bez wcześniejszej analizy rynku właściwego i ustalenia pozycji (...) oraz (...) S.A. na tym rynku, a w szczególności bez ustalenia, że (...) posiada pozycję znaczącą na tym rynku,
3. art. 28 ust. 1 pkt. 4 i pkt. 5 lit. b) Pt poprzez uregulowanie wzajemnych praw i zobowiązań stron w sposób nieadekwatny do przyjętego modelu rozliczeń,
4. art. 79 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego w zw. z art. 18 Prawa telekomunikacyjnego w zw. z art. 15 Prawa telekomunikacyjnego poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego w niniejszej sprawie,

pomimo wydania decyzji nakładającej obowiązki regulacyjne na (...) oraz dotyczącej dostępu telekomunikacyjnego, mogącej mieć wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi,

5. art. 79 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego w zw. z art. 28 Dyrektywy 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników poprzez nałożenie na (...) obowiązku zapewniania użytkownikom końcowym swojej sieci oraz użytkownikom końcowym z innych państw członkowskich możliwości zrealizowania połączeń do numeru niegeograficznego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej na warunkach, które sprawiają, że jest to ekonomicznie niewykonalne

6. art 27 ust. 2, ust. 3 i ust. 4 oraz art. 28 ust. 1 pkt. 1 i pkt. 4 i pkt. 5 lit. b), ust. 4 i ust. 5 w zw. z art. 31 ust. 2 Pt a także art. 8, art. 9 oraz art. 10 § 1 k.p.a. w zw. z art. 206 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego, poprzez wydanie decyzji z pominięciem stanowisk stron postępowania w zakresie zasad współpracy międzyoperatorskiej a tym samym wydanie decyzji, co do kwestii, które nie były między stronami sporne,

7. art. 15, art. 16, art. 18, art. 19, art. 21 ust. 1, art. 22 ust. 1, 24 ust. 1- 3, 25 ust 2 i 4, art. 46 ust. 1, ust. 3 pkt. 1 Prawa telekomunikacyjnego oraz art. 6, art. 7 w zw. z art. 15 ust. 4, art. 14 i 16 Dyrektywy Ramowej, poprzez objęcie regulacją rynku telekomunikacyjnego usług detalicznych w drodze decyzji administracyjnej wydanej z pominięciem wszelkich procedur przewidzianych przepisami Prawa telekomunikacyjnego oraz Dyrektywą Ramową, określających zasady obejmowania rynków telekomunikacyjnych regulacją.

Powódka wniosła o:

1. uchylenie zaskarżonej decyzji w całości, względnie jej zmianę w całości i umorzenie postępowania, lub:
2. zmianę zaskarżonej decyzji w pkt I w sposób określony w odwołaniu oraz zasądzenia od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych, dopuszczenie dowodów wskazanych w odwołaniu, przeprowadzenie rozprawy, w tym także pod nieobecność (...), wstrzymanie wykonania Zaskarżonej decyzji do czasu prawomocnego rozstrzygnięcia sprawy.

Wyrokiem z dnia 13 czerwca 2011 r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zmienił zaskarżoną decyzję w ten sposób, że w art. 4 ust. 3 po słowach „lub usunięcia nieprawidłowości” dodał „w terminie 7 dni roboczych od dnia doręczenia wezwania”, oddalił odwołanie (...) S.A. w pozostałej części, w całości oddalił odwołanie (...) spółki z o.o. i rozstrzygnął o kosztach postępowania.

Orzeczenie powyższe zapadło na podstawie następujących ustaleń faktycznych i rozważań prawnych Sądu Okręgowego:

Pismem z dnia 20 marca 2008 r. (...) S.A. wystąpiła do (...) z wnioskiem o rozpoczęcie negocjacji w przedmiocie ustalenia zasad współpracy i rozliczeń w zakresie dostępu do usług (...) oraz usług sieci inteligentnych w sieci N.. (...) doręczono w/w wniosek N. w dniu 27 marca 2008 roku.

Z uwagi na fakt, że strony nie doszły do porozumienia w przedmiotowym zakresie, w terminie dziewięćdziesięciu dni od dnia rozpoczęcia negocjacji, pismem z dnia 7 lipca 2008 r., N. wystąpiła z wnioskiem do Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej o wydanie decyzji o dostępie telekomunikacyjnym zastępującej umowę o współpracy i zasadach rozliczeń w zakresie dostępu do usług (...) oraz usług sieci inteligentnej w sieci N.. Zdaniem N., brak współpracy z (...) we wskazanym wyżej zakresie powoduje, iż N. nie może stworzyć kompletnej oferty dla swoich klientów biznesowych.

Prezes UKE pismem z dnia 11 lipca 2008 r. zawiadomił strony o wszczęciu w dniu 9 lipca 2008 r. postępowania w sprawie wydania decyzji zastępującej umowę o współpracy i zasadach rozliczeń w zakresie dostępu do usług audiotekstowych oraz w zakresie dostępu do usług sieci inteligentnych w sieci N. oraz zwrócił się do (...) o

przedstawienie stanowiska oraz wszelkich dokumentów w przedmiocie wniosku N., w terminie 14 dni od dnia otrzymania zawiadomienia o wszczęciu postępowania.

Pismem z dnia 11 lipca 2008 r., (...) odpowiedziała na zawiadomienie o wszczęciu postępowania z dnia 11 lipca 2006 r. oraz odniosła się szczegółowo do wniosku N., jednocześnie załączając propozycję aneksu oraz stanowisko w sprawie realizacji połączeń na numery usług inteligentnych.

Jak wskazała (...) w swoim stanowisku z dnia 11 lipca 2008 r., sposób działania prowadzony przez N., który polega na pisemnym złożeniu wniosku o rozpoczęcie negocjacji, a następnie nie odpowiadaniu na propozycję spotkania i omówienia przedmiotu negocjacji, nie jest równoznaczny z podjęciem negocjacji i ich prowadzeniem. (...) przedstawiła model rozliczeń, który powinien być, jej zdaniem, uwzględniony przez Prezesa UKE w ramach przedmiotowego postępowania jako zapewniający możliwość osiągnięcia ekonomicznej wykonalności w zakresie połączeń do numerów niegeograficznych.

Pismem z dnia 19 września 2008 r. N. przedstawiła stanowisko, w którym wskazała, że w pełni akceptuje model zaprezentowany w postępowaniu konsultacyjnym dotyczącym projektu rozstrzygnięcia w sprawie toczącej się przed Prezesem UKE z wniosku (...) S.A. z siedzibą we W. odnośnie ustalenia zasad współpracy z (...) w zakresie połączeń na numerację sieci inteligentnej (...).

Pismem z dnia 18 listopada 2008 r. (...) przedstawiła dodatkowe wyjaśnienia stanu prawnego sprawy. (...) odniosła się do wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie o numerze C-227/07 dotyczącej niewłaściwej transpozycji do polskiego porządku prawnego dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. (dyrektywa o dostępie), w zakresie art. 4 ust. 1 tej dyrektywy. (...) podkreśliła, że ETS uznał, że jedynym zakresem kompetencyjnym, w jakim Prezes UKE może rozpatrywać toczący się spór, jest zakres obowiązków regulacyjnych N., dotyczący rynku zakańczania połączeń w sieci N. tzw. (...). (...) wskazała, iż przedstawiony przez Prezesa UKE projekt decyzji w postępowaniu konsultacyjnym nie spełnia norm prawnych wyznaczonych przez wydany przez ETS wyrok.

W dniach od 13 marca 2009 r. do 12 kwietnia 2009 r., zgodnie z treścią art. 15 pkt 3 Pt, Prezes UKE przeprowadził postępowanie konsultacyjne dotyczące projektu rozstrzygnięcia w mniejszej sprawie.

W ramach postępowania konsultacyjnego do Prezesa UKE wpłynęły stanowiska konsultacyjne N. z dnia 31 marca 2009 r. oraz z dnia 10 kwietnia 2009 r., a także stanowisko (...) z dnia 9 kwietnia 2009 r. W stanowisku konsultacyjnym z dnia 31 marca 2009 r. N. wskazała, że akceptuje co do zasady model współpracy i rozliczeń zaproponowany przez Prezesa UKE w projekcie decyzji. Zdaniem N., model w sposób zrównoważony uwzględnia prawa oraz obowiązki N. i (...). N. przedstawiła szereg uwag, które jej zdaniem mogą spowodować niewykonalność decyzji, w szczególności dotyczą one Porozumienia Wykonawczego, określenia terminu w którym (...) poinformuje N. o gotowości do świadczenia usług, wprowadzenia sankcji za przekroczenie przez (...) wprowadzonych terminów, sytuacji wystąpienia nadużycia telekomunikacyjnego, reklamacji oraz zasad świadczenia Usług (...) dla sieci stacjonarnej (...).

W swoim stanowisku konsultacyjnym z dnia 10 kwietnia 2009 r. N. przedstawiła uwagi do poszczególnych zapisów projektu Decyzji, odnoszących

się do zobowiązań i uprawnień stron. Ponadto N. wskazała, iż decyzja w niniejszej sprawie powinna określać maksymalną wysokość opłat detalicznych

za korzystanie przez abonentów (...) z usług audiotekstowych oraz usług sieci inteligentnych w sieci N.. W przeciwnym wypadku, według N., istnieje ryzyko, że (...) poprzez ustalanie opłat detalicznych za korzystanie przez swoich abonentów z usług audiotekstowych oraz usług sieci Inteligentnych w sieci N. na nadmiernie wysokim poziomie, w praktyce będzie dążyć do faktycznego uniemożliwienia korzystania przez nich z tych usług. Zdaniem N. istnieje także ryzyko, iż (...) może próbować kontaktować się bezpośrednio z usługodawcą z pominięciem N., co oznaczałoby, że w takim przypadku (...) płaciłaby jedynie standardową opłatę za zakończenie połączenia w jej sieci.

(...) w stanowisku konsultacyjnym z dnia 9 kwietnia 2009 r. odniosła się ponownie do wyroku ETS. (...) szeroko cytując fragmenty wyroku, stwierdziła, że Polska nie dokonała prawidłowej transpozycji art. 4 ust. 1 dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (tzw. dyrektywy o dostępie). Zdaniem (...), proponowany przez Prezesa UKE sposób rozliczeń zakłada nałożenie na (...) obowiązku regulacyjnego świadczenia usługi rozpoczęcia połączenia w sieci (...), co jest niespójne z obowiązkami regulacyjnymi nałożonymi na (...). (...) podniosła również, że przed wydaniem przedmiotowej Decyzji Prezes UKE powinien przeprowadzić postępowanie konsolidacyjne na podstawie art. 18 Pt. Dodatkowo (...) wskazała, iż projekt decyzji reguluje zagadnienia znajdujące się poza zakresem negocjacji prowadzonych pomiędzy stronami. Zdaniem (...), z projektu decyzji poddanego konsultacjom powinny zostać usunięte zapisy odnoszące się do regulacji połączeń inicjowanych w sieci stacjonarnej (...).

Pismem z dnia 5 maja 2009 r. N. przedstawiła dodatkowe stanowisko w niniejszej sprawie. N. wskazała, iż jej wniosek z dnia 7 lipca 2008 r. dotyczy dostępu wyłącznie w stosunku do abonentów sieci ruchomej (...) do usług audiotekstowych i usług sieci inteligentnych w sieci N.. Ponadto N. przedstawiła uwagi uzupełniające stanowiska konsultacyjne.

W tym stanie faktycznym Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznał, że

odwołanie N. jest zasadne częściowo. Wskazał, że bezzasadny jest zarzut naruszenia art. 28 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne w odniesieniu do art.3 ust. 4 Decyzji. Wbrew wywodom skarżącej, obowiązek nadzorowania wiadomości i informacji nałożony tą częścią decyzji został ograniczony do działań mieszczących się w granicach „należytej staranności”. W tych granicach nie mieszczą się działania niewykonalne. Należyta staranność oznacza staranność ogólnie wymaganą w stosunkach danego rodzaju, a za takie trudno uznać działania niewykonalne.

Brak jest również podstaw do uznania, że przedmiotowy zapis decyzji jest sprzeczny z art. 159 ust. 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne. Powołany przepis stanowi, że zakazane jest zapoznawanie się, utrwalanie, przechowywanie, przekazywanie lub inne wykorzystywanie treści lub danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną przez osoby inne niż nadawca i odbiorca komunikatu, chyba że będzie to konieczne z innych powodów przewidzianych ustawą lub przepisami odrębnymi.

Zarzut ten Sąd Okręgowy uznał za bezzasadny również w odniesieniu do art. 3 ust. 15 lit. b i c decyzji. Zdaniem sądu zapis ten chroni interes użytkowników sieci telekomunikacyjnych przed niekontrolowanym zadłużaniem się na skutek nieuczciwych działań oferentów usług audiotekstowych. Potrzeby przeciwdziałania temu zjawisku skarżąca nie kwestionuje, nie proponując w zamian innego rozwiązania w postaci konkretnych zapisów, a jedynie wskazując, że osiągnięcie tego rezultatu innymi metodami jest możliwe. Bezsprzecznie wykonanie tego obowiązku wiąże się z kosztami i pewną uciążliwością, co jednak samo w sobie nie stanowi dostatecznego argumentu by w tej kwestii nie czynić nic, wykreślając art. 3 ust. 15 lit. b i c decyzji.

Sąd wskazał, że ogólnikowe są także zarzuty w odniesieniu do art.3 ust. 24 decyzji. Skarżąca sama przyznaje fakt potrzeby ochrony interesów ekonomicznych (...), kwestionując jedynie, że zapis ten jest zbyt ogólny. Ponieważ N. nie przedstawia żadnych propozycji odnośnie konkretyzacji kwestionowanego zapisu brak jest podstaw do kwestionowania jego obecnego brzmienia. Nie zostało też wykazane, że istnieje uzasadnione przypuszczenie, że (...) będzie nadużywać tego zapisu, niewłaściwie interpretując określenie „uzasadnione podejrzenie”.

Zdaniem Sądu należy mieć na względzie, że w interesie ekonomicznym zarówno N. jak i (...) jest świadczenie jak największej liczby usług i uzyskanie za nie wynagrodzenia. Przypisywanie zatem każdemu z tych podmiotów woli bezzasadnego ograniczenia świadczonych usług jest bezzasadne.

Sąd podzielił natomiast zarzut naruszenia art. 28 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne w odniesieniu do art. 4 ust. 3 decyzji. Brak sprecyzowanych terminów zawarcia Porozumienia Wykonawczego jak również udzielenia wyjaśnień powoduje, że zapisy te mogą być odmiennie interpretowane i stanowić źródło przyszłych sporów, co nie leży interesie

użytkowników sieci telekomunikacyjnych. Równocześnie, w ocenie Sądu ten sam zarzut w odniesieniu do zapisów art. 3 ust. 10 jest w chwili obecnej bezprzedmiotowy, gdyż obecnie umowa jest wykonywana, a zatem precyzowanie warunków rozpoczęcia świadczenia usług jest w tej chwili zbędne.

Odwołanie (...) Sąd Okręgowy w całości uznał za bezzasadne.

Zdaniem Sądu bezzasadny jest w szczególności zarzut naruszenia art. 3 ust. 1 i 2 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej w zw. z art. 146 ust. 4 pkt 4 i art. 148 pkt 2 i Konstytucji RP, art. 37 ust. 3 ustawy z dnia 8 sierpnia 1996 r. o Radzie Ministrów oraz art. 190 ustawy Prawo telekomunikacyjne poprzez przyjęcie, że Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej spełniał kryteria niezależnego organu regulacyjnego w rozumieniu tych przepisów.

W dniu 8 maja 2006 roku Prezes Rady Ministrów wyłącznie w oparciu o art. 22 ust. 2 ustawy z dnia 29 grudnia 2005 o przekształceniach i zmianach w podziale zadań i kompetencji organów państwowych właściwych w sprawach łączności, radiofonii i telewizji ( D. U. Nr 267, poz.2258) powołał na stanowisko Prezesa UKE Panią A. S.. Stosownie do powyższego przepisu Prezes Rady Ministrów po zaproponowaniu przez Krajową Radę Radiofonii i Telewizji trzech kandydatów powoła osobę, która obejmie stanowisko Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Przepis ten nie zawiera wprawdzie dosłownego sformułowania, że Prezes Rady Ministrów powołuje na stanowisko Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej osobę spośród kandydatów zaproponowanych przez Krajową Radę Radiofonii i Telewizji, jednak zdaniem Sądu, wynika to w sposób oczywisty z art. 22 ust. 1 i art. 13 pkt 23 ustawy z dnia 29 grudnia 2005 r. o przekształceniach i zmianach w podziale zadań i kompetencji organów państwowych właściwych w sprawach łączności, radiofonii i telewizji. Trudno, bowiem uznać, że racjonalny ustawodawca nakłada na Krajową Radę Radiofonii i Telewizji obowiązek niezwłocznego, po powołaniu jej nowych członków, zaproponowania Prezesowi Rady Ministrów trzech kandydatów na stanowisko Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej i nie nadaje temu aktowi żadnego praktycznego znaczenia. Zwłaszcza w kontekście równoczesnej nowelizacji treści art. 190 ust. 4 ustawy Prawo telekomunikacyjne, wiążąc Prezesa RM w wyborze osoby do objęcia stanowiska Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej do kandydatów przedstawionych przez KRRiT. Sąd podkreślił, że Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji jest organem apolitycznym (art. 214 ust. 2 Konstytucji RP), a zatem intencją ustawodawcy było stworzenie mechanizmu apolitycznego powoływania osób na stanowisko Prezesa UKE.

Zdaniem Sądu, brak jest podstaw do traktowania art. 22 ustawy z dnia 29 grudnia 2005 r. o przekształceniach i zmianach w podziale zadań i kompetencji organów państwowych właściwych w sprawach łączności, radiofonii i telewizji jako normy incydentalnej, stwarzającej wyjątek dla powołania pierwszego Prezesa UKE od trybu określonego w art. 190 ustawy Prawo telekomunikacyjne w brzmieniu obowiązującym od 30.12.2005 r.

Po pierwsze wyjątek taki musiałby być sformułowany w sposób wyraźny, gdyż niedopuszczalne jest stosowanie wobec wyjątków wykładni rozszerzającej.

Po drugie, oczekiwanie na uzupełnienie składu KRRiT i przedstawienie kandydatów byłoby pozbawione sensu, gdyby przyjąć, że na urząd Prezesa UKE w pierwszej kadencji, Prezes Rady Ministrów może powołać kogo chce.

Norma art. 22 ustawy z dnia 29 grudnia 2005 r. o przekształceniach i zmianach w podziale zadań i kompetencji organów państwowych właściwych w sprawach łączności, radiofonii i telewizji ma zatem charakter przejściowy, ale jedynie sankcjonujący okresowy wakat na tym stanowisku.

Po trzecie Sąd Okręgowy wskazał, że art. 22 ustawy z dnia 29 grudnia 2005 r. o przekształceniach i zmianach w podziale zadań i kompetencji organów państwowych właściwych w sprawach łączności, radiofonii i telewizji podobnie jak i art. 190 ustawy Prawo telekomunikacyjne (w brzmieniu obowiązującym od 30.12.2005 r.) należy postrzegać jako implementację Dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. Urz. L. 108, P. 0033- 0050). Dyrektywa ta akcentuje konieczność zapewnienia przez Państwa członkowskie bezstronności (art.3 ust. 3). Dlatego też procedura ograniczająca swobodę Prezesa Rady Ministrów w powoływaniu Prezesa UKE miała wyraźny cel uniezależnienia tego

ostatniego od ewentualnych wpływów tego pierwszego, wynikających z administrowania gospodarką narodową, na podmioty działające na rynku telekomunikacyjnym (bezpośredni np. jako akcjonariusza spółki telekomunikacyjnej lub pośredni, poprzez spółki Skarbu Państwa będące udziałowcami lub akcjonariuszami takich podmiotów). Sąd podniósł, że trudno w tej sytuacji uznać, że racjonalny ustawodawca, uznając za konieczne wprowadzenie rygorów określonych w art. 190 ustawy Prawo telekomunikacyjne ( w brzmieniu obowiązującym od 30.12.2005 r.) ze skutkiem od 30.12.2005 r. zawieszały ich stosowanie przez okres nominacji pierwszej osoby na ten urząd.

Bezspornym jest, że uchwałą z dnia 24 kwietnia 2006 roku nr 191/2006 KRRiT wyłoniła trzech kandydatów, których następnie przedstawiła Prezesowi Rady Ministrów. Wśród nich nie było kandydatury A. S.. W rezultacie Sąd Okręgowy uznał, że powołanie A. S. na stanowisko Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej nastąpiło z rażącem naruszeniem 22 ust. 2 ustawy z dnia 29 grudnia 2005 o przekształceniach i zmianach w podziale zadań i kompetencji organów państwowych właściwych w sprawach łączności, radiofonii i telewizji.

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, podzielił jednak pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uchwale z dnia 20 lutego 2008 r. (III SZP 1/08), że stwierdzenie niezgodności z prawem aktu powołania na stanowisko Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej nie należy do kognicji sądu powszechnego. Nie stoi to jednak, zdaniem sądu na przeszkodzie, aby tę okoliczność brać pod uwagę dla oceny wydawanych przez ten organ decyzji, szczególnie w kontekście dochowania ustawowych gwarancji niezależności regulatora.

W przedmiotowej sprawie, rola Prezesa UKE ograniczyła się do rozstrzygnięcia spornych kwestii i w tym zakresie rozstrzygnięcie podlega kontroli sądowej, a zatem kwestia braku gwarancji niezależności regulatora nie ma istotnego znaczenia, tym bardziej, że powód nie wskazuje żadnych faktów świadczących, że wydanie zaskarżonej decyzji było rezultatem wpływu na Prezesa UKE osób trzecich.

W ocenie Sądu nietrafny jest również zarzut naruszenia art. 4 ust. 1 dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń poprzez wydanie decyzji o dostępie bez wcześniejszej analizy rynku właściwego i ustalenia pozycji (...).

Po pierwsze, przepis art. 26 ustawy Prawo telekomunikacyjne który zdaniem skarżącego miałby być sprzeczny z art. 4 ust. 1 dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady nie stanowił podstawy wydania zaskarżonej Decyzji.

Po drugie, przeprowadzenie przeglądu rynku dotyczy obowiązków nałożonych przez organ regulacyjny innymi decyzjami regulacyjnymi i bezsprzecznie dotyczy on operatorów posiadających znacząca pozycję na rynku po uprzednim jego przeglądzie. Nie dotyczy to zatem przedmiotowej decyzji jako wydanej na podstawie art. 28 ustawy Prawo telekomunikacyjne, gdyż przepis ten nie nakłada na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego obowiązków regulacyjnych lecz określa zasady dostępu telekomunikacyjnego z uwzględnieniem wcześniej nałożonych obowiązków. Przepis art. 4 ust. 1 dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady nie wprowadza obowiązku dokonania uprzedniej analizy rynku właściwego, stanowiąc, że operatorzy publicznych sieci łączności mają prawo, a na wniosek innego uprawnionego przedsiębiorstwa obowiązek negocjowania wzajemnych połączeń celem świadczenia usług łączności elektronicznej publicznie dostępnych, w sposób zapewniający świadczenie tych usług oraz ich interoperacyjności w obrębie Wspólnoty. Operatorzy zapewnią dostęp i wzajemne połączenia innym przedsiębiorstwom na zasadach i warunkach zgodnych z wymogami nałożonymi przez krajowy organ regulacyjny zgodnie z art. 5, 6, 7 oraz 8, a więc nałożonymi przed datą zawarcia umowy o dostępie.

Z tych też względów Sąd uznał za bezzasadne zarzuty naruszenia art. 15, art. 16, art. 18, art. 19, art. 21 ust. 1, art.22 ust. 1, art.24 ust. 1-3, art.25 ust. 2 i 4, art.46 ust. 1, ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo Telekomunikacyjne oraz art. 6, art. 7 w zw. z art. 15 ust. 4, art. 14 i 16 Dyrektywy Ramowej.

Za bezzasadny uznał też zarzut naruszenia art. 28 ust. 1 pkt 4 i 5 lit b ustawy Prawo telekomunikacyjne poprzez uregulowanie wzajemnych praw i zobowiązań stron w sposób nieadekwatny do przyjętego modelu rozliczeń. Zarzut ten w istocie jest ogólnikowy i pozbawiony oparcia w dowodach. Należy, zdaniem Sądu I instancji, mieć na względzie,

że wydając decyzję w trybie art. 27 ust. 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne Prezes UKE obowiązany jest przy określaniu treści umowy uwzględniać w równym stopniu wszystkie przesłanki wskazane w art. 28 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, a nie wyłącznie pkt 4 i 5 lit b tego przepisu.

Sąd Okręgowy nie znalazł żadnych uzasadnionych przyczyn, dla których możliwości połączenia na numer (...) nie miałyby być dostępne w ramach roamingu oraz użytkownikom (...) w ramach umowy (...). Podkreślił, że w słusznym interesie konsumentów jest możliwość korzystania usług telekomunikacyjnych w najszerszym z możliwych zakresie. Konieczność podjęcia działań w postaci konieczności zmian zawartych umów nie uzasadnia dyskryminowania części abonentów w dostępie do określonych połączeń.

Za bezpodstawne Sąd uznał wywody skarżącego o konieczności dokonania w decyzji takich zmian, które pozwolą stronom uwzględnić we wzajemnych rozliczeniach rzeczywiste koszty. Podstawą rozliczenia usług świadczonych na podstawie decyzji zastępującej umowę są ceny (stawki) za poszczególne usługi, a nie koszty ich świadczenia, które powinny być w niej bezpośrednio lub pośrednio określone np. przez przywołanie stawki (...). Ponieważ skarżący nie przywołuje żadnych konkretnych stawek w kontekście nieopłacalności świadczenia usługi Sąd stwierdził brak podstaw do rozważań na temat kosztów.

W ocenie Sądu Okręgowego w żaden sposób nie zostało wykazane, że zasadne byłoby przyjęcie pełnej odpowiedzialności za nadzorowanie wiadomości i informacji przez N., a nie w granicach należytej staranności, tym bardziej, że skarżący nie przyjmuje na siebie takiej odpowiedzialności w odniesieniu do usług przez siebie przekazywanych.

W odniesieniu do pozostałych zastrzeżeń skarżący ogranicza się do kontestacji poszczególnych rozwiązań w odniesieniu do własnych wyobrażeń i oczekiwań co do treści decyzji zastępującej umowę, nie wykazując w jaki sposób przyjęte przez pozwanego rozwiązania naruszają art. 28 ust. 1 pkt 4 i 5 lit b ustawy Prawo telekomunikacyjne.

W ocenie Sądu Okręgowego powód nie udowodnił, że rozstrzygnięcie niniejszej decyzji może mieć wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi, co uzasadniałoby konieczność przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego. Choć klauzula wpływu na handel międzypaństwowy jest interpretowana w sposób bardzo szeroki, to jednak nie zwalnia to strony w wykazaniu w postępowaniu przed sądem ochrony konkurencji i konsumentów możliwego wpływu na stosunki handlowe między państwami członkowskimi. Zdaniem Sądu przesłanka powyższa nie może być jedynie domniemana w oparciu o twierdzenie, że „nie można wykluczyć”.

Za nieudowodniony, zdaniem Sądu I instancji należało uznać zarzut naruszenia art.79 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego w zw. z art. 20 Dyrektywy o usłudze powszechnej poprzez nałożenie na (...) obowiązku zapewniania użytkownikom końcowym z innych państw członkowskich możliwości zrealizowania połączeń do numeru niegeograficznego na terytorium RP na warunkach, które sprawiają, że jest to ekonomicznie niewykonalne. Sąd wskazał, że kwestia ustalenia przez Prezesa UKE stawek (...) nie stanowi przedmiotu niniejszej sprawy, a brak warunków ekonomicznych nie został w żaden sposób wykazany. Uzasadnienie wysokości stawki (...) z dnia 30.04.2009 r. nie ma waloru dowodu z dokumentu, gdyż nie zawiera cech określonych w art. 245 k.p.c. Nadto wynika z tego, że powód w taki a nie inny sposób uzasadniał swoje stanowisko w innej sprawie.

Za bezzasadny Sąd uznał również zarzut naruszenia art. 27 ust. 2, 3 i 4 oraz art. 28 ust. 1 pkt 1, 4 i 5 lit b w zw. z art. 31 ust. 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne. Z treści powołanych przepisów nie wynika obowiązek uwzględnienia woli zainteresowanych stron przy wydawaniu decyzji zastępującej umowę ani że jego rola jest ograniczona wyłącznie do rozstrzygnięcia kwestii spornych. Przeciwnie przepis art. 28 ust. 1 nakazuje Prezesowi uwzględniać kryteria znacznie szersze od woli zainteresowanych stron. W szczególności Prezes UKE jest obowiązany uwzględniać przy wydawaniu decyzji zastępującej umowę m.in. interes publiczny i interes użytkowników sieci telekomunikacyjnych. Charakter zaistniałych kwestii spornych oraz przesłanki art. 28 ust. 1 pkt 1, 4 i 5 lit b są równoprawne z pozostałymi.

Apelację od powyższego wyroku wniosła powódka. Zaskarżając wyrok w części tj. co do punktu 1, 3 i 5, zarzuciła Sądowi Okręgowemu naruszenie:

1. art. 233 § 1, art. 236 i art. 237 kpc poprzez nierozpatrzenie przez Sąd Okręgowy wniosku (...) o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów w sprawie, brak wszechstronnego rozważania materiału dowodowego istotnego dla rozstrzygnięcia sprawy i dokonania oceny z pominięciem jego istotnej części;

2. art. 328 § 2 kpc poprzez sporządzenie uzasadnienia wyroku, które nie spełnia wymogów określonych w tym przepisie, co uniemożliwia kontrolę instancyjną poprzez:

a. brak ustalenia faktów istotnych dla sprawy, na których oparł się Sąd Okręgowy, w szczególności brak wskazania, czy N. oraz (...) podjęły negocjacje, a także brak odniesienia się do kwestii regulowania w zaskarżonej decyzji cen usług detalicznych;

b. brak wyjaśnienia przyczyn, dla których Sąd Okręgowy uznał, iż zaskarżona decyzja nie została wydana z naruszeniem wskazanych przez (...) przepisów prawa;

c. brak wskazania dowodów, na których Sąd Okręgowy się oparł, a którym nie dał wiary;

d. brak wskazania i wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku;

3. art. 245, art. 217 § 1, art. 227, art. 233 i art. 309 k.p.c., poprzez odmowę przyjęcia jako dowodu w sprawie „Uzasadnienia wysokości stawki (...) Sp. z o.o. 30 kwietnia 2009 r. z tego względu, że materiał ten nie stanowi dokumentu w rozumieniu art. 245 kpc;

4. art. 479 ind. 64 § 1 k.p.c. poprzez uznanie, iż w sprawie nie zachodzą podstawy do uwzględnienia odwołania (...) i oddalenie złożonego przez nią odwołania od zaskarżonej decyzji;

5. art. 3 ust. 2 i 3 dyrektywy 2002/21 AA/E Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 roku 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 Rzeczypospolitej Polskiej art. 37 ust. 3 ustawy z dnia 8 sierpnia 1996 r. o Radzie Ministrów, art. 190 ust. 4 Pt, poprzez przyjęcie, iż kwestia braku gwarancji niezależności Prezesa UKE nie ma istotnego znaczenia w sprawie;

6. art. 4 ust. 1 Dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 roku w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urzędzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń poprzez przyjęcie, iż Prezes UKE wydając zaskarżoną decyzję nie miał obowiązku przeprowadzenia uprzednio analizy rynku właściwego i ustalenia pozycji (...) oraz N. na tym rynku, a w szczególności ustalenia, że (...) posiada pozycję znaczącą na tym rynku;

7. art. 15, art. 16, art. 18, art. 19, art. 21 ust. 1, art. 22 ust. 1, 24 ust. 1-3, 25 ust. 2

i 4, art. 46 ust. 1, ust. 3 pkt. 1 Pt oraz art. 6, art. 7 w zw. z art. 15 ust. 4, art. 14 i 16 Dyrektywy Ramowej, poprzez uznanie, że zaskarżona decyzja nie została wydana z naruszeniem tych przepisów pomimo, że wskutek wydania zaskarżonej decyzji doszło do regulacji detalicznego rynku telekomunikacyjnego z pominięciem wszelkich procedur przewidzianych przepisami Pt oraz Dyrektywą Ramową;

8. art. 28 ust. 1 pkt. 4 i pkt. 5 lit. b) Pt poprzez przyjęcie, iż uregulowanie wzajemnych praw i zobowiązań stron w zaskarżonej decyzji jest adekwatne do przyjętego modelu rozliczeń;

9. art. 79 ust. 1 Pt w zw. z art. 18 Pt w zw. z art. 15 Pt oraz art. 7 ust. 3 Dyrektywy Ramowej w zw. z art. 5 Dyrektywy o dostępie poprzez uznanie, że Prezes UKE przed wydaniem zaskarżonej decyzji nie miał obowiązku przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego;

10. art. 79 ust. 1 Pt w zw. z art. 28 Dyrektywy 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników poprzez przyjęcie, że nałożenie na (...) obowiązku zapewniania użytkownikom końcowym swojej sieci oraz użytkownikom końcowym z innych państw członkowskich możliwości zrealizowania połączeń do numeru niegeograficznego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, jak w zaskarżonej decyzji, jest ekonomicznie wykonalne;

11. art. 27 ust. 2, ust. 3 i ust. 4 oraz art. 28 ust. 1 pkt. 1 i pkt. 4 i pkt. 5 lit. b), ust. 4 i ust. 5 w zw. z art. 31 ust. 2 Pt a także art. 8, art. 9 oraz art. 10 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego w zw. z art. 206 ust. 1 Pt, poprzez przyjęcie, iż z treści przywołanych przepisów nie wynika obowiązek uwzględnienia woli zainteresowanych stron przy wydawaniu decyzji zastępującej umowę, ani że rola Prezesa UKE jest ograniczona wyłącznie do kwestii spornych.

W konkluzji apelacji powódka wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku w części, tj. w pkt. 1, pkt. 3 i pkt. 5 i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w tym zakresie, przy pozostawieniu temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach instancji odwoławczej, ewentualnie o zmianę wyroku Sądu Okręgowego w zaskarżonej części, tj. w odniesieniu do pkt. 1 poprzez oddalenie powództwa (...) S.A., z siedzibą w W. w tej części oraz w odniesieniu do pkt. 3 i pkt. 5 poprzez uwzględnienie powództwa (...) oraz uchylenie decyzji Prezesa UKE z dnia 22 czerwca 2009 roku, (...) w całości, względnie zmianę zaskarżonej Decyzji w całości i umorzenie postępowania, lub zmianę decyzji w sposób postulowany w apelacji.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

***Apelacja powódki (...) S.A. jest zasadna i podlega uwzględnieniu, w szczególności uzasadniony jest zarzut naruszenia prawa procesowego – art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego oraz prawa materialnego - art. 79 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 18 w zw. z art. 15 Prawa telekomunikacyjnego oraz art. 7 ust. 3 Dyrektywy Ramowej w zw. z art. 5 Dyrektywy o dostępie.***

Podstawę prawną zaskarżonej w niniejszym postępowaniu decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej o dostępie telekomunikacyjnym stanowił art. 28 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne.

Przepis art. 28 ust. 1 przewiduje rozstrzygnięcie przez Prezesa UKE o dostępie telekomunikacyjnym na podstawie wniosku jednej ze stron negocjacji dotyczących zawarcia umowy o dostępie telekomunikacyjnym, które w ustawowym terminie nie doprowadziły do zawarcia umowy. Podjęcie decyzji o dostępie poprzedza postępowanie konsultacyjne, które w przypadku decyzji o dostępie telekomunikacyjnym jest **obligatoryjne**. Wynika to wprost z treści art. 15 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego, zgodnie z którym Prezes UKE przed podjęciem rozstrzygnięcia w sprawach decyzji dotyczących dostępu telekomunikacyjnego, o których mowa w art. 28-30 prawa telekomunikacyjnego, przeprowadza postępowanie konsultacyjne, umożliwiając zainteresowanym podmiotom wyrażenie na piśmie w określonym terminie stanowiska do projektu rozstrzygnięcia. Z kolei artykuł 18 Prawa telekomunikacyjnego stanowi, że jeżeli rozstrzygnięcia, o których mowa w art. 15, mogą mieć wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi, Prezes UKE równocześnie z postępowaniem konsultacyjnym rozpoczyna postępowanie konsolidacyjne, przesyłając Komisji Europejskiej i organom regulacyjnym innych państw członkowskich projekty rozstrzygnięć wraz z ich uzasadnieniem. Przepis powyższy nie czyni jakichkolwiek wyjątków co do kategorii rozstrzygnięć Prezesa UKE określonych w art. 15 Prawa telekomunikacyjnego, zatem stwierdzić należy, że konieczność przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego, w przypadku, gdy może ono mieć wpływ na stosunki handlowe państwa członkowskich, dotyczy również decyzji o dostępie telekomunikacyjnym. Nie można wobec tego zgodzić się ze stanowiskiem pozwanego zaprezentowanym w odpowiedzi na apelację powódki, że po pierwsze przedmiotowa decyzja nie wymagała poprzedzenia je postępowaniem konsultacyjnym, po drugie również nie wymagałaby przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego. Podkreślenia wymaga, że postępowanie konsolidacyjne jest prowadzone w tych przypadkach, w których rozstrzygnięcia, o których mowa w art. 15 Prawa telekomunikacyjnego, mogą mieć wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi. Przedmiotem postępowania konsolidacyjnego są więc po pierwsze te wszystkie sprawy, które wymienia art. 15, a po drugie sprawy, których rozstrzygnięcia mogą mieć wpływ

na stosunki handlowe między państwami członkowskimi. Postępowanie konsolidacyjne powinno być prowadzone we wszystkich przypadkach, gdy stosowany środek może mieć wpływ na stosunki handlowe państw członkowskich, a nie tylko w tych, w których może on mieć wpływ negatywny. Jak się wskazuje w motywie 38 Dyrektywy Ramowej klauzula wpływu na handel międzypaństwowy winna być rozumiana szeroko. Chodzi więc o wpływ pośredni albo bezpośredni, rzeczywisty lub choćby potencjalny na strukturę wymiany handlowej pomiędzy państwami członkowskimi w taki sposób, że będzie to za sobą pociągało bariery w funkcjonowaniu jednolitego rynku. Nie można wobec tego, w ocenie Sądu Apelacyjnego, oczekiwać od strony powołującej się na możliwy wpływ rozstrzygnięcia Prezesa UKE na stosunki handlowe państw członkowskich, przedstawienia takich dowodów, jakich należy oczekiwać w sprawie cywilnej, której przedmiotem jest np. żądanie zasądzenia odszkodowania z czynu niedozwolonego. Ewentualny wpływ decyzji na wymianę handlową między państwami członkowskimi winien zostać oceniony przez organ mający podjąć decyzję na podstawie określonych w decyzji obowiązków nałożonych na operatorów i uprawnień im przydanych.

Ponadto Prezes UKE jest obowiązany wszcząć postępowanie konsolidacyjne, gdy zaistnieją warunki wymienione w art. 18. A skoro tak, to w ocenie Sądu Apelacyjnego przede wszystkim na Prezesie UKE spoczywa obowiązek dokonania oceny jego rozstrzygnięcia z punktu widzenia zaistnienia przesłanek wszczęcia postępowania konsolidacyjnego. Zwrócić również należy uwagę, że zagadnieniom konsolidacji wewnętrznego rynku w zakresie łączności elektronicznej jest poświęcony art. 7 dyrektywy 2002/21/WE. Zgodnie z art. 7 ust. 1 dyrektywy 2002/21/WE, krajowe organy regulacyjne w jak największym stopniu powinny uwzględniać cele określone w art. 8 dyrektywy 2002/21/WE w zakresie, w jakim dotyczą one funkcjonowania rynku wewnętrznego. Postanowienia art. 8 dyrektywy 2002/21/WE określają cele prowadzonej przez krajowe organy regulacyjne polityki, a także zasady prawne. Zgodnie z art. 7 ust. 2 dyrektywy 2002/21/WE, krajowe organy regulacyjne będą przyczyniać się do rozwoju rynku wewnętrznego poprzez przejrzystą współpracę między sobą, z KE i z BEREC, tak, aby zapewnić jednolite stosowanie przepisów omawianej dyrektywy i dyrektyw szczegółowych we wszystkich państwach członkowskich. W tym celu krajowe organy regulacyjne współpracują w szczególności z KE i BEREC przy określaniu rodzajów instrumentów i środków naprawczych najodpowiedniejszych do zastosowania w określonych sytuacjach rynkowych. Zgodnie natomiast z art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21/WE, o ile zalecenia lub wytyczne przyjęte zgodnie z art. 7b dyrektywy 2002/21/WE nie stanowią inaczej, z chwilą zakończenia konsultacji, o których mowa w art. 6 dyrektywy 2002/21/WE, w przypadku, gdy krajowy organ regulacyjny zamierza podjąć środek, który: a) jest objęty zakresem stosowania art. 15 lub art. 16 dyrektywy 2002/21/WE (definiowanie i analiza rynków telekomunikacyjnych) albo art. 5 lub art. 8 dyrektywy 2002/19/WE (ustalanie warunków dostępu, wymuszanie dostępu do niektórych udogodnień towarzyszących lub elementów sieci, ustanawianie i znoszenie obowiązków w zakresie przejrzystości, niedyskryminacji i systemów rachunkowości regulacyjnej) oraz b) może oddziaływać na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi, udostępnia on projekt planowanego środka KE, BEREC i krajowym organom regulacyjnym w innych państwach członkowskich, jednocześnie, wraz z uzasadnieniem tego środka, zgodnie z art. 5 ust. 3 dyrektywy 2002/21/WE, oraz informuje o tym KE, BEREC i inne krajowe organy regulacyjne.

Wobec powyższego, w ocenie Sądu Apelacyjnego zaniechanie przez Prezesa UKE przed wydaniem zaskarżonej decyzji, postępowania konsolidacyjnego, stanowi uchybienie, które powoduje konieczność uchylenia decyzji.

Wobec podniesionych wyżej okoliczności, mając na uwadze, że wyrok Sądu Apelacyjnego uchylający decyzję z powodu wadliwości tj. nie przeprowadzenia obowiązkowego postępowania konsolidacyjnego, nie powoduje przekazania sprawy Prezesowi UKE do ponownego rozpoznania, bezprzedmiotowe jest odnoszenie się do pozostałych zarzutów apelacyjnych.

***Z tych względów, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. orzekł jak w sentencji wyroku. Orzeczenie o kosztach postępowania apelacyjnego zapadło na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 98 k.p.c. stosownie do jego wyniku.***