

Sygn. akt VIA Ca 1219/11

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 marca 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA Urszula Wiercińska

Sędzia SA Małgorzata Manowska

Sędzia SA Ewa Śniegocka (spr.)

Protokolant st. sekr. sądowy Julia Gotówka

po rozpoznaniu w dniu 27 marca 2012 r. w Warszawie

na rozprawie

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

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

z udziałem zainteresowanej (...) S.A. z siedzibą w W.

o zmianę umowy

na skutek apelacji pozwanego i zainteresowanej

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

z dnia 15 czerwca 2011 r.

sygn. akt XVII AmT 104/09

I. oddała obie apelacje;

II. zasądza od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej i (...) S.A. z siedzibą w W. na rzecz (...) S.A. z siedzibą w W. kwoty po 270 (dwieście siedemdziesiąt) zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu apelacyjnym.

Sygn. akt VI A Ca 1219/11

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił decyzję Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej nr (...) zmieniającą załącznik finansowy umowy o wzajemnej współpracy w zakresie połączenia sieci i zasadach rozliczeń zawartej w dniu 1.10.200r. pomiędzy (...) a (...) sp. z o.o. z/s w W..

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej na podstawie art. 28 ust. 1 w zw. z art. 30 i art. 17 ustawy z dn. 16.07.2004r. Prawo telekomunikacyjne oraz art. 104 § 1 kpa w zw. z art. 206 ust. 1 Pt po rozpatrzeniu wniosku (...) SA z/s w W. o wydanie decyzji zmieniającej Umowę o wzajemnej współpracy w zakresie połączenia sieci i zasadach rozliczeń zawartą w dniu 1.10.200r. pomiędzy (...) a (...) sp. z o.o. z/s w W. w zakresie zmiany stawki z tytułu zakańczania połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...) (stawka MTR) zgodnie z decyzją Prezesa UKE z dn.

22.10.2008r. nr (...) (Decyzja MTR 2008) wydał w dniu 13.02.2009r. decyzję nr (...) zmieniającą, ustalając stawkę za zakańczanie połączeń w sieci (...) we wszystkich okresach taryfikacyjnych do dnia 30 czerwca 2009r. w wysokości 0,2162 zł/min, a od dnia 1 lipca 2009r. - 0,1677 zł/min. Pozostałe postanowienia umowy nie zostały zmienione. Na podstawie art. 17 Pt Prezes UKE określił czas obowiązywania decyzji do dnia 6.08.2009r. oraz ustalił, że na podstawie art. 206 ust. 2a w zw. z art. 206 ust. 2 Pt decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu.

W uzasadnieniu decyzji Prezes UKE wskazał, że:

-Decyzją nr (...) z dnia 17.07.2006r. uznał (...) za przedsiębiorcę telekomunikacyjnego posiadającego znaczącą pozycję rynkową na rynku zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) (Decyzja SMP) i nałożył na (...) obowiązki regulacyjne, w tym obowiązek ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone przez (...) koszty.

-Decyzją MTR z 22.10.2008r. nałożył na (...) obowiązek dostosowania stawki z tytułu zakańczania połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...) do poziomu 0,1677 zł/min, dopuszczając w okresie od 1.01.2009r. do 30.06.2009r. stawkę MTR w wysokości 0,2162 zł/min,

-mimo wydania Decyzji MTR 2008 (...)i (...) nie doszły do porozumienia w zakresie ustalenia stawki MTR, co skutkowało niewykonaniem przez (...) nałożonego na nią obowiązku,

-działanie (...) stwarzało zagrożenie konkurencyjności na rynku telekomunikacyjnym, więc istniała sytuacja wyjątkowa uzasadniająca wydanie decyzji bez przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego,

-decyzja ustala stawkę MTR obowiązującą pomiędzy (...)a (...) w okresie w niej zakreślonym i obowiązuje ze skutkiem ex nunc od dnia doręczenia stronom umowy.

W złożonym odwołaniu (...) zaskarżyła decyzję Prezesa UKE w całości zarzucając jej naruszenie:

1. art. 3 ust. 2 i 3 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dn. 7.03.2002r. 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 dn. 8.08.1996r. o Radzie Ministrów, art. 190 ust. 4 Pt poprzez przyjęcie, że Prezes UKE spełniał kryteria niezależnego organu regulacyjnego w rozumieniu w/w przepisów,

2. art. 28 ust. 1 pkt 3, pkt 4, pkt 5 lit a, pkt 6-8 w zw. z art. 30 Pt poprzez wydanie zaskarżonej decyzji bez uwzględnienia wszystkich kryteriów, których analiza musi poprzedzać wydanie przez pozwanego decyzji o dostępie telekomunikacyjnym,

3. art. 27 ust. 2, ust. 3 i ust. 4 oraz art. 28 ust. 1 pkt 1, pkt 4 i pkt 5 lit b), ust 4 i ust. 5 w zw. z art. 31 ust. 2 Pt w zw. z art. 30 Pt a także art. 8, art. 9 oraz art. 10 § 1 kpa w zw. z art. 206 ust. 1 Pt poprzez wydanie zaskarżonej decyzji z pominięciem zgodnej woli stron co do wybranych postanowień aneksu do umowy o połączeniu sieci

4. art. 28 ust. 1 pkt 1 Pt w zw. z art. 30 Pt poprzez przyjęcie, iż obniżenie stawek MTR jest uzasadnione interesem użytkowników sieci telekomunikacyjnych, podczas gdy w rzeczywistości obniżenie stawek MTR w decyzji uwzględnia wyłącznie interes (...),

5. art. 17 Pt i art. 15 pkt 3 Pt poprzez wydanie decyzji w sprawie dostępu telekomunikacyjnego bez uprzedniego przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego mimo, że nie zachodzą przesłanki do wydania decyzji w takim trybie, ponieważ nie istnieje przypadek wymagający pilnego działania ze względu na bezpośrednie i poważne zagrożenie konkurencyjności lub interesów użytkowników,

6. art. 62 kpa względnie art. 104 § 1 i 2 kpa w zw. z art. 206 ust. 1 Pt poprzez niepołączenie do wspólnego rozpoznania sprawy wszczętej z wniosku (...)z dn. 13.01.2009r. o zmianę umowy i sprawy wszczętej z wniosku (...) z dn. 8.01.2009r. o wydanie decyzji w sprawie określenia warunków współpracy oraz zasad rozliczeń w zakresie usługi dostępu do

sieci ruchomej (...), prowadzenie dwóch postępowań zamiast jednego i rozstrzygnięcie wniosku (...) bez rozpoznania wniosku (...).

W związku z przedstawionymi zarzutami powód wniosł o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości lub o zmianę decyzji w pkt I.

Prezes UKE w odpowiedzi wniosł o oddalenie odwołania w całości.

(...) wykonując nałożone Decyzją SMP obowiązki regulacyjne, opublikowała w dniu 25.09.2006r. informacje niezbędne do przygotowania przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego wniosku w sprawie zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego przez (...). Informacje te dotyczyły m.in. wysokości opłaty za minutę połączenia w sieci ruchomej (...). Stawka opłaty za minutę zakończenia połączenia została przez (...) obniżona w celu realizacji obowiązku regulacyjnego polegającego na stosowaniu stawek MTR w oparciu o wysokość ponoszonych przez operatora kosztów. Po opublikowaniu przez (...) informacji obejmującej m.in. wysokość stawki MTR Prezes UKE wszczął z urzędu postępowanie administracyjne w przedmiocie oceny prawidłowości ustalenia przez (...) tej stawki. Po zakończeniu postępowania Prezes UKE nałożył na (...) obowiązek obniżenia w terminie 3 lat stawki MTR według następującego harmonogramu:

-od 1.05.2007r. - 40 gr/min,

-od 1.05.2008r. - 33, 87 gr/min

-od 1.05.2009r. - 27, 5 gr/min,

-od 1.05.2010r. - 21, 62 gr/min

Na skutek wniosku (...) o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej wydaniem Decyzji MTR 2007 Prezes UKE wydał decyzję utrzymującą w mocy Decyzję MTR 2007. (...) wniosła do SOKiK odwołanie od Decyzji MTR 2007. Prezes UKE po przeprowadzeniu wszczętego z urzędu postępowania wydał w dniu 22.10.2008r. decyzję nr (...) tj. Decyzję MTR 2008, którą nałożył na (...) obowiązek:

1. dostosowania stawki z tytułu zakańczania połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...) (stawki MTR) do poziomu określonego według harmonogramu tj. od 1.01.2009r. do dn. 30.06.2009r. - 0,2162 zł/min i od 1.07.2009r. - 0,1677zł/min

2. corocznego przedstawiania Prezesowi UKE uzasadnienia opłat, o których mowa w art. 40 ust. 2 Pt wyznaczonych na podstawie danych kosztowych za ostatni zakończony rok obrotowy w terminie 120 dni kalendarzowych od zakończenia danego roku.

W dniu 30.12.2008r. Prezes UKE wydał decyzję, w której stwierdził wygaśnięcie Decyzji MTR 2007 (decyzja wygaszająca).

Pismem z dn. 28.11.2008r. (...) wystąpiła do (...) z wnioskiem o zmianę łączącej strony umowy w zakresie opłat za usługę zakańczania połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci (...) w sposób zgodny z przedstawionym aneksem do umowy. W dniu 10.12.2008r. do Prezesa UKE wpłynął wniosek (...) o określenie terminu zakończenia negocjacji zmiany umowy w zakresie zmiany warunków rozliczeń ruchu międzyoperatorskiego kończonego w sieci (...). W dniu 15.12.2009r. również (...) złożyła do Prezesa wnioski o określenie tego terminu. Prezes UKE określił termin zakończenia negocjacji w sprawie zmiany warunków rozliczeń między (...) i (...) na dzień 12.01.2009r. Z uwagi na nieosiągnięcie przez strony porozumienia i upływ terminu zakończenia negocjacji pismem z dnia 13.01.2009r. (...) wystąpiła do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji w przedmiocie zmiany umowy zgodnie z załączonym do wniosku projektem aneksu.

W dniu 15.01.2009r. Prezes UKE wszczął postępowanie na podstawie i w zakresie wskazanym we wniosku (...). Po rozpatrzeniu wniosku (...) Prezes UKE wydał w dniu 13.02.2009r. zaskarżoną decyzję, w której zmienił umowę łączącą (...) i (...) w ten sposób, że dostosował stawkę MTR do harmonogramu terminowego oraz wysokości ustalonej w Decyzji MTR 2008r. z dn. 22.10.2008r. i ustalił czas obowiązywania wydanej decyzji do dn. 6.08.2009r.

W dniu 10.05.2010r. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wydał wyrok uchylający Decyzję MTR 2008 po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez (...). Wyrokiem z dn. 10.11.2010r. Sąd Apelacyjny w Warszawie oddalił apelację Prezesa UKE od wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylającego Decyzję MTR 2008. Na skutek rozstrzygnięcia Sądu Apelacyjnego wyrok eliminujący z obrotu Decyzję MTR 2008 stał się prawomocny.

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów mając na uwadze, że okoliczności faktyczne poprzedzające wydanie zaskarżonej decyzji nie są między stronami sporne, zważył, co następuje:

Zaskarżoną decyzją Prezes UKE zmienił postanowienia łączącej (...) i (...) umowy w zakresie stawki MTR, której wysokość została dostosowana do postanowień Decyzji MTR 2008. Podstawą do wydania zaskarżonej decyzji kształtującej treść umowy regulującej indywidualne zasady współpracy między (...) i (...) była Decyzja MTR 2008. W decyzji MTR 2008 Prezes UKE nałożył na (...) określone obowiązki polegające m.in. na dostosowaniu stawki MTR w wyznaczonym czasie do określonej wysokości. Decyzja ta miała więc charakter generalny i była decyzją regulacyjną. Nie określała indywidualnych zasad współpracy pomiędzy (...) a innymi operatorami. Stanowiła jednak podstawę do wydania decyzji indywidualnych kształtujących wysokość stawki MTR w stosunkach (...) z poszczególnymi operatorami. W sentencji zaskarżonej decyzji Prezes UKE wskazał, iż dotyczy ona zmiany umowy o wzajemnej współpracy i zasadach rozliczeń z dnia 1.10.2001r. łączącej (...) i (...) w zakresie zmiany stawek rozliczeniowych MTR zgodnie z Decyzją MTR 2008. Zaskarżona decyzja została więc wydana w oparciu o Decyzję MTR 2008 i jest bezpośrednio z tą decyzją powiązana. Zgodnie z przepisem art. 17 Pt w przypadkach wyjątkowych, 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 Pt - w tym w sprawach dotyczących dostępu telekomunikacyjnego (jak w przedmiotowej sprawie) na okres nieprzekraczający 6 miesięcy. Z powołanego przepisu wynika, iż w przypadku zaistnienia sytuacji szczególnej, wyjątkowej, wymagającej niezwłocznego działania z uwagi na konieczność przeciwdziałania bezpośrednio i poważnemu zagrożeniu konkurencyjności i interesów użytkowników Prezes UKE może przed wydaniem po raz pierwszy decyzji, o której mowa w art. 15 Pt, odstąpić od przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego. Powyższe oznacza, że Prezes UKE ma obowiązek przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego w każdym postępowaniu dotyczącym wydania decyzji określającej zasady dostępu telekomunikacyjnego, o ile nie zachodzą przesłanki szczególne wymienione w art. 17 Pt. Jednocześnie w przypadku wydania decyzji o dostępie telekomunikacyjnym bez przeprowadzenia konsultacji, to na Prezesie UKE ciąży obowiązek wykazania, że w okresie poprzedzającym podjęcie rozstrzygnięcia wystąpiły nadzwyczajne przesłanki wymienione w art. 17 Pt legitymujące organ administracji do takiego działania. W uzasadnieniu zaskarżonej decyzji Prezes UKE wskazał, że podstawą do wydania decyzji w trybie art. 17 Pt było przedłużanie się negocjacji i brak zawartego aneksu do umowy pomiędzy (...) i (...) wprowadzającego stawkę MTR zgodnie z Decyzją MTR 2008, co wiązało się z niewykonywaniem przez (...) nałożonego Decyzją MTR 2008 obowiązku. W ocenie Prezesa UKE istniejąca sytuacja stanowiła przypadek wyjątkowy, powodujący bezpośrednio i poważne zagrożenie konkurencyjności oraz interesów konsumentów. Zdaniem Sądu przedstawione przez Prezesa UKE okoliczności nie stanowią wystarczającego uzasadnienia do wydania zaskarżonej decyzji z pominięciem postępowania konsultacyjnego. Podkreślić wypada, że w dacie wydania zaskarżonej decyzji (13.02.2009r.) Decyzja MTR 2008 występowała w obrocie. Ponadto decyzji tej nadano rygor natychmiastowej wykonalności, co oznacza, że mimo nieprawomocności, na (...) ciążył obowiązek niezwłocznego wprowadzenia w życie wynikających z niej ustaleń. W przedstawionych okolicznościach trudno w ocenie Sądu zgodzić się z pozwanym, że przed wydaniem zaskarżonej decyzji istniało bezpośrednio i poważne zagrożenie konkurencyjności i interesów konsumentów stanowiące wyjątkowy przypadek uprawniający Prezesa UKE do podejmowania działań o charakterze nadzwyczajnym. Również wyjaśnienia pozwanego nie dają podstaw do uznania, że zachodziły przesłanki ustawowe do zastosowania przy wydawaniu

zaskarżonej decyzji art. 17 Pt. Prezes UKE nie wykazał wystąpienia przesłanek wymienionych w art. 17Pt, wobec tego wydając zaskarżoną decyzję z pominięciem postępowania konsultacyjnego naruszył art. 15Pt.

Również twierdzenie, że zaskarżona decyzja ma znaczenie dla interesów konsumentów nie zasługuje na uwzględnienie. Brak bowiem dowodów, że zmiana stawek należnych z tytułu zakańczania połączeń w sieci (...) będzie miała bezpośrednie przełożenie na obniżenie przez (...) opłat pobieranych od abonentów. Bardziej prawdopodobne jest pogorszenie sytuacji abonentów (...) ponieważ wpływy uzyskiwane przez tego operatora, na skutek obniżenia stawki MTR mogą ulec obniżeniu. Narzucenie (...) obniżonej stawki MTR może mieć również negatywny wpływ na poziom konkurencji panującej na danym rynku, ponieważ przyczyni się do osłabienia jednego z ważnych uczestników tego rynku. Zgodzić należy się także z zarzutem powoda, iż przy wydawaniu zaskarżonej decyzji Prezes (...) nie uwzględnił wszystkich kryteriów określonych w art. 28 Pt. Obok nieprawidłowego rozumienia interesu użytkowników można tu wskazać kryterium praktycznej możliwości wdrożenia rozwiązań dotyczących technicznych i ekonomicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego. Nałożenie na operatora obowiązku stosowania niższych stawek z tytułu dostępu telekomunikacyjnego mieści się bowiem, zdaniem Sądu w pojęciu aspektu ekonomicznego tego dostępu. Pominięcie przez Prezesa UKE części przesłanek wskazanych w art. 28 Pt uniemożliwia skuteczną kontrolę zaskarżonej decyzji i nie daje podstaw do uznania, że jest prawidłowa.

Nie można zgodzić się również z pozwanym, że ustalona w zaskarżonej decyzji stawka MTR znajduje swoje uzasadnienie w przepisie art. 40 ust. 1 Pt. Z akt sprawy nie wynika, że przed wydaniem zaskarżonej decyzji Prezes UKE przeprowadził odrębną analizę kosztów (...) w stosunkach z (...) Wydanie decyzji indywidualnej jedynie w oparciu o ustalenia poczynione przy wydaniu Decyzji MTR, wyeliminowanej z obrotu prawnego nie może być uznane za działanie prawidłowe.

Uchybienia zaistniałe w związku z wydaniem zaskarżonej decyzji, świadczące o braku przesłanek do jej wydania prowadzą do wniosku, że na uwzględnienie nie zasługuje również argumentacja przedstawiona w odpowiedzi na odwołanie przez zainteresowanego, która w znacznej mierze pokrywa się z argumentacją pozwanego.

Mając na uwadze przedstawione okoliczności Sąd Okręgowy uznając odwołanie (...) za uzasadnione, uchylił zaskarżoną decyzję.

Od tego wyroku apelację wnieśli pozwany i zainteresowany.

Pozwany Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

-obrazę przepisów postępowania, tj.

1. art. 479⁽⁶⁴⁾ § 1 kpc poprzez jego niezastosowanie, w sytuacji, gdy odwołanie nie zawierało zarzutów uzasadniających jego uwzględnienie oraz gdy istniała podstawa prawna do wydania decyzji, oraz art. 479⁽⁶⁴⁾ § 2 kpc, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na uchyleniu zaskarżonej decyzji, gdy nie było ku temu przesłanek oraz na wadliwym działaniu SOKiK, który w niniejszej sprawie rozstrzygał jako sąd formalnie kontrolujący wydanie decyzji przez Prezesa UKE, a nie jak sąd merytorycznie badający sprawę;

2. art. 479 § 2 kpc poprzez jego błędną wykładnię i orzeczenie przez SOKiK o uchyleniu decyzji ze względu na rzekome wady w jej uzasadnieniu;

3. art. 233 § 1 kpc polegające na błędnej ocenie dowodów, a wskutek tego nieprawidłowej rekonstrukcji stanu faktycznego, poprzez uznanie przez SOKiK, iż Prezes UKE nie wskazał w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji przesłanek z art. 17 Pt, co wpłynęło na rozstrzygnięcie Sądu I instancji w tej sprawie;

4. art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny w zw. z art. 232 zd. 1 w zw. z art. 244 § 1 kpc poprzez naruszenie norm dotyczących ciężaru dowodu w postępowaniu przed SOKiK toczącym się z odwołania od decyzji Prezesa UKE i uznanie, iż to na Prezesie UKE spoczywa ciężar dowodu w sprawie;

5. art. 328 § 2 kpc poprzez wadliwe uzasadnienie wyroku;

- które to uchybienia miały istotny wpływ na wynik sprawy.

- obrazę przepisów prawa materialnego, tj.

6. art. 17 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne poprzez błędną wykładnię i uznanie przez Sąd I instancji, iż w przypadku wydania zaskarżonej decyzji nie wystąpiły przesłanki wskazane w tym przepisie;

7. art. 28 ust. 1 pkt 1 i 4 Pt poprzez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu przez SOKiK, że przy wydaniu decyzji nie zostały uwzględnione przez Prezesa UKE kryteria w postaci interesu użytkowników sieci telekomunikacyjnych oraz praktycznej możliwości wdrożenia rozwiązań dotyczących ekonomicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego.

W konkluzji pozwany wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku przez oddalenie odwołania (...) od decyzji.

Zainteresowany zarzucił zaskarżonemu wyrokowi:

1. naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy tj. art. 233 k.p.c. poprzez ustalenie, iż to na pozwanym spoczywa obowiązek wykazania istnienia przesłanek umożliwiających pominięcie postępowania konsultacyjnego,

2. naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy tj. art. 328 § 2 k.p.c., poprzez sformułowanie uzasadnienia wyroku w sposób uniemożliwiający kontrolę prawidłowości dokonanej przez Sąd oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego,

3. naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy tj. art. 355 §1 k.p.c., poprzez zaniechanie umorzenia postępowania w sytuacji, gdy stało się ono bezprzedmiotowe z uwagi na fakt wygaśnięcia zaskarżonej decyzji,

4. naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 17 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne poprzez uznanie, iż wydając zaskarżoną decyzję Prezes UKE nie był uprawniony do zastosowania wskazanego przepisu i zaniechania przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego,

5. naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 28 ust 1 Pt poprzez uznanie, iż wydając zaskarżoną decyzję Prezes UKE nie wziął pod uwagę wszystkich kryteriów opisanych w tym przepisie, a których analiza musi poprzedzać wydanie decyzji.

W konkluzji wniósł o zmianę wyroku poprzez oddalenie odwołania powoda ewentualnie z ostrożności procesowej o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Obie apelacje są niezasadne.

Ustalony w zaskarżonym wyroku stan faktyczny nie był sporny między stronami, a Sąd Apelacyjny przyjmuje go za własny.

Orzeczenie Sądu Okręgowego – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest prawidłowe, a Sąd Apelacyjny w pełni je akceptuje.

Przede wszystkim podkreślić należy, iż decyzja Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej nr(...) z dnia 13.02.2009r wydana została w ścisłym związku z decyzją z dn. 22.10.2008r. nr (...) (Decyzja MTR 2008), gdyż stawki ustalone w zaskarżonej obecnie decyzji z 13.02.2009r zostały ustalone w taki sam sposób, jak w decyzji MTR 2008. Nie

miało miejsca odrębne badanie prawidłowości tych stawek ani analiza ich zasadności. Decyzja MTR 2008 została zaskarżona. W dniu 10.05.2010r Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił tę decyzję. Od wyroku Sądu Okręgowego została wniesiona apelacja, którą to apelację Sąd Apelacyjny w Warszawie oddalił wyrokiem z dnia 10.11.2010r, sygn. akt VI A Ca 899/10. W ten sposób decyzja MTR 2008, w oparciu o którą zapadła decyzja będąca przedmiotem rozpoznania w niniejszej sprawie, przestała istnieć. Wylimitowanie tejże decyzji z obrotu prawnego nie może budzić wątpliwości, zwłaszcza wobec postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 29.06.2011r, sygn. akt III SK 11/11, który rozpoznając skargę kasacyjną złożoną przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej od wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 10.11.2010r w sprawie VI A Ca 899/10 odmówił przyjęcia tej skargi kasacyjnej do rozpoznania. Słusznie zatem uznał Sąd Okręgowy, iż nie może się ostać decyzja oparta na treści innej, nieistniejącej już decyzji. Sąd Apelacyjny w pełni podziela to stanowisko. Okoliczność ta jest jedną z kilku przesłanek decydujących o niezasadności apelacji i uznaniu za prawidłowy wyrok Sądu I instancji.

Odrębną kwestią jest wadliwość zaskarżonej decyzji z powodu nieprzeprowadzenia przed jej podjęciem postępowania konsultacyjnego. Zgodnie z art. 15 Pt Prezes UKE przed podjęciem rozstrzygnięcia w sprawach:

„1) określenia rynku właściwego, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1, a także jego analizy i wyznaczenia przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą, lub uchylecia decyzji w tej sprawie,

2)nałożenia, zniesienia, utrzymania lub zmiany obowiązków regulacyjnych w stosunku do przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji lub nieposiadającego takiej pozycji,

3)decyzji dotyczących dostępu telekomunikacyjnego, o których mowa w art. 28-30,

4)innych wskazanych w ustawie

- przeprowadza postępowanie konsultacyjne, umożliwiając zainteresowanym podmiotom wyrażenie na piśmie w określonym terminie stanowiska do projektu rozstrzygnięcia.” Zaskarżona decyzja zmieniała umowę zawartą w 2001r pomiędzy (...) i (...) w zakresie wysokości stawek za zakańczanie połączeń głosowych, była więc decyzją dotyczącą zmiany obowiązków regulacyjnych w stosunku do przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji (taką pozycję (...) ustalono w decyzji (...)) i jej wydanie powinno zostać poprzedzone postępowaniem konsultacyjnym. Przepis art. 17 Pt stanowi, że: „ W wyjątkowych przypadkach, wymagających pilnego działania ze względu na bezpośrednie i poważne zagrożenie konkurencyjności lub interesów użytkowników, Prezes (...) 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.” Rację ma Sąd Okręgowy, iż Prezes (...) (który nie przeprowadził postępowania konsultacyjnego i napisał o tym w uzasadnieniu decyzji) nie wykazał zaistnienia przesłanek z art. 17 Pt. W ocenie Sądu Apelacyjnego nie zaistniały w niniejszym przypadku przesłanki do pominięcia trybu konsultacji i nie można uznać, że uzasadnienie tego pominięcia jest wystarczające. Zasadą jest przeprowadzenie postępowania konsultacyjnego, a odstąpienie od tej zasady zawsze wymaga szczegółowego uzasadnienia. Sama ustawa Prawo telekomunikacyjne (art. 27 i nast.) przewiduje przypadek, który miał miejsce w niniejszej sprawie, tj. sytuację, gdy nie doszło do zawarcia nowej umowy i zaistniała konieczność wydania przez Prezesa (...) stosownej decyzji, trudno więc uznać, iż jest to sytuacja wyjątkowa, bowiem do wyjątkowych nie sposób zaliczać sytuacji dokładnie przewidzianych stosownymi przepisami. Ponadto w dacie wydania zaskarżonej decyzji obowiązywała decyzja (...) 2008, a skoro (...) się do niej nie stosowała, to należało ją do tego skłonić innymi metodami niż wydawanie kolejnej, wadliwej decyzji.

Niezasadne są poszczególne zarzuty obu apelacji.

W szczególności pozbawiony jest racji zarzut dotyczący nieprawidłowego, zdaniem apelujących, uchylecia zaskarżonej decyzji zamiast dokonania jej zmiany. Sąd Apelacyjny podziela stanowisko, zgodnie z którym Sąd Okręgowy nie był w stanie sam naprawić wadliwości postępowania przed Prezesem UKE, bowiem uprawnienie do przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego przysługuje temuż Prezesowi, a nie Sądowi i dlatego Sąd, uznając zarzuty odwołania

w tym zakresie za słuszne, musiał uchylić zaskarżoną decyzję. Całkowicie niesłusznym jest twierdzenie, że tylko w przypadku wydania decyzji administracyjnej bez podstawy prawnej można uchylić taką decyzję, zaś w pozostałych przypadkach Sąd winien decyzję zmienić w całości lub części. Uchylenie decyzji administracyjnej jest rozstrzygnięciem merytorycznym. Sąd Okręgowy nie mógł zmienić zaskarżonej decyzji nie znając wyników postępowania konsultacyjnego, które mogły mieć wpływ na treść tej decyzji; sam zaś Sąd – o czym mowa była już wcześniej – nie był w stanie konwalidować błędnej decyzji Prezesa UKE przeprowadzając postępowanie konsultacyjne, do czego uprawnienie przysługuje tylko Prezesowi UKE. Okoliczności powyższe są tak oczywiste, iż nie wymagają szczegółowego uzasadnienia.

Sąd Okręgowy wbrew zarzutom apelacji rozważył całość zebranego w sprawie materiału dowodowego i prawidłowo go ocenił. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 233 k.p.c. należy stwierdzić, iż zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie poglądem z naruszeniem art. 233 § 1 k.p.c. mamy do czynienia wtedy, gdy Sąd oceniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, uchybia podstawowym regułom służącym ocenie wiarygodności i mocy poszczególnych dowodów tzn. regułom logicznego rozumowania, zasadom doświadczenia życiowego i właściwego kojarzenia faktów. Tylko zatem w przypadku wykazania przez skarżącego braku logiki w rozumowaniu sądu w świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego lub gdy rozumowanie to jest ewidentnie sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych związków przyczynowo-skutkowych, wtedy przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona. Z taką sytuacją Sąd Apelacyjny nie miał do czynienia w sprawie niniejszej.

Uzasadnienie zaskarżonego wyroku zostało sporządzone zgodnie z wymogami art. 328 § 2 kpc i poddaje się weryfikacji Sądowi II instancji, który był w stanie odtworzyć tok rozumowania Sądu Okręgowego. Zauważyć trzeba, iż nawet w przypadku stwierdzenia, że uzasadnienie zaskarżonego wyroku nie jest w pełni prawidłowe (co nie miało miejsca w niniejszej sprawie), to nie byłoby to jednoznaczne ze stwierdzeniem wadliwości samego orzeczenia, bowiem treść uzasadnienia sporządzanego po wydaniu wyroku z zasady nie ma wpływu na jego treść.

Niezasadnym byłoby umarzanie niniejszego postępowania wobec wygaśnięcia mocy obowiązującej zaskarżonej decyzji, gdyż skutki wywołane przez tę decyzję nadal trwają. Decyzja, obecnie już nieistniejąca, a wygaszona z upływem okresu jej obowiązywania ukształtowała sposób rozliczeń z tytułu świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci (...) w sposób odmienny, niż ustalony w umowie z 2001r.

Poza tym zaakceptowanie stanowiska o konieczności umorzenia postępowania 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.).

Nie zaistniały zatem przesłanki z art. 355 kpc (powód nie cofnął pozwu, zaś wydanie wyroku nie stało się zbędne lub niedopuszczalne) i dlatego postępowanie w niniejszej sprawie nie mogło być umorzone.

W dacie wydawania spornej decyzji faktycznie obowiązywała jeszcze decyzja MTR 2008r, ta bowiem została uchylona dopiero 10 listopada 2010r. (wyrok Sądu Apelacyjnego), ale wówczas okazało się, że decyzja MTR była od początku nieważna, a więc nie istniała podstawa prawna do wydania kwestionowanej decyzji. Nie może być mowy w niniejszej sytuacji o powołaniu błędnej podstawy prawnej – z takim przypadkiem Sąd nie miał do czynienia. Bezprzedmiotowe są więc rozważania zawarte na k-6,7 apelacji pozwanego. Pozwany cytuje bogate i skądinąd zasadne orzecznictwo Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego, które nie przystaje jednak do ustalonego w sprawie stanu faktycznego.

Obowiązek wykazania, że zaistniały przesłanki z art. 17 Pt do zaniechania przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego ciąży na pozwanym Prezesie UKE jako autorze zaskarżonej decyzji, gdyż on to właśnie zastosował ten przepis. Ustawa Prawo telekomunikacyjne stosowana jest przez Prezesa UKE przy wydawaniu decyzji i to on powinien uzasadnić zastosowanie poszczególnych jej przepisów. Prezes UKE będący w niniejszej sprawie pozwanym winien zatem udowodnić, że istniały warunki do postąpienia zgodnie z art. 17 Pt. Trudno zresztą wymagać od powoda

udowodnienia okoliczności negatywnych, tj. faktu nieistnienia przesłanek z art. 17 Pt. Niewątpliwie postępowanie w sprawach z odwołania od decyzji Prezesa UKE jest postępowaniem rozpoznawczym, nadto jest postępowaniem gospodarczym. Strony w takim postępowaniu powinny wykazywać Sądowi zasadność swoich stanowisk. Nadmienić należy, iż oddalone przez Sąd Okręgowy wnioski dowodowe nie dotyczyły okoliczności pominięcia postępowania konsultacyjnego w procesie wydawania decyzji.

Twierdzenie, iż odwołanie nie zawierało zarzutów uzasadniających jego uwzględnienie jest wyjątkowo subiektywne i wynika z oceny zastosowanej przez pozwanego, odmiennej od oceny dokonanej przez Sąd Okręgowy, nie może być zatem skutecznym zarzutem apelacyjnym.

Pozbawione jest doniosłości zarzut apelacyjny dotyczący 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 bezprzedmiotowym rozważania co do wypełnienia kryteriów decyzji o dostępie telekomunikacyjnym.

Powyższe względy przesądziły o uznaniu bezzasadności obu apelacji i oddaleniu ich na mocy art. 385 kpc.