

Sygn. akt VI ACa 1207/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 kwietnia 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Ksenia Sobolewska – Filcek

Sędzia SA – Aldona Wapińska (spr.)

Sędzia SA – Małgorzata Manowska

Protokolant: – sekr. sądowy Beata Pelikańska

po rozpoznaniu w dniu 23 kwietnia 2013 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

z udziałem zainteresowanego (...) S.A. w W.

o zmianę umowy

na skutek apelacji pozwanego i zainteresowanego (...) S.A. w W.

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

z dnia 14 czerwca 2012 r.

sygn. akt XVII AmT 106/09

I oddała obie apelacje;

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

VI ACa 1207/12 U Z A S A D N I E N I E

W dniu 23 lutego 2009 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wydał decyzję nr (...) w której, na podst. art. 28 ust. 6 oraz art. 17 w związku z art. 28 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.) oraz art. 104 §1 w zw. z art. 163 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego w zw. z art. 206 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne zmienił w części Decyzję Prezesa UKE nr (...) z dnia 16 kwietnia 2008 r., zastępując Umowę o połączeniu sieci, pomiędzy (...) S.A. z siedzibą w W. i (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. w ten sposób, że w załączniku nr 1 do Decyzji - Załączniku Finansowym, zawartej w ust. 4 Art. 3 Tabeli nr 10 Opłaty za zakończenie połączenia w sieci (...) nadał brzmienie:

Zakończenie połączenia w sieci (...) [zł/min]

1 Zakończenie w okresie T1, T2, T3 * 0,2162

2 Zakończenie w okresie T1, T2, T3** 0,1677

*obowiązuje do 30 czerwca 2009 r.

** obowiązuje od 1 lipca 2009 r.

Pozostałe postanowienia decyzji pozwany Prezes pozostawił bez zmian i na podst. art. 17 Pt określił okres obowiązywania decyzji do dnia 13 sierpnia 2009 r., jednocześnie na podst. art. 206 ust. 2a w zw. z art. 206 ust. 2 PT stwierdzając, że decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu.

W uzasadnieniu decyzji Prezes UKE wskazał, że (...) w oparciu o przepis art. 28 ust. 6 Pt wystąpił do Prezesa UKE z wnioskiem o zmianę Decyzji z dnia 16 kwietnia 2008 r. W ocenie Prezesa UKE przesłankę do wszczęcia postępowania stanowiła konieczność zapewnienia skutecznej konkurencji na rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych i przedmiotem postępowania było dostosowanie decyzji z dnia 16 kwietnia 2008 r. do postanowień decyzji MTR nakładającej na (...) obowiązek stosowania określonych stawek MTR. Wydając decyzję Prezes UKE kierował się przesłankami wskazanymi przez ustawodawcę w art. 28 ust. 1 Pt. W ocenie organu wydającego decyzję (...) nie wywiązywał się z obowiązków nałożonych na niego decyzją z dnia 20 lipca 2006 r. nr (...), a wynikających m. in. z art. 40 ust. 4 PT, polegających na ustalaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty jej świadczenia. Wobec powyższego Prezes UKE w dniu 30 września 2008 r. wydał decyzję (...), mocą której nałożył na (...) obowiązek dostosowania stawki z tyt. zakańczania połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci telefonicznej do poziomu 0,1677 zł/min. zgodnie z harmonogramem, wg którego w okresie od 1 stycznia 2009 r. do 30 czerwca 2009 r. wysokość stawki MTR miała by wynosić 0,2162 zł/min., natomiast w okresie od 1 lipca 2009 r. 0,1677 zł/min. Wobec faktu, że pomiędzy (...) a (...) nie doszło do porozumienia co do stosowanych stawek MTR, Prezes UKE zmienił zaskarżoną decyzją umowę, którą powyższe podmioty zawarły w zakresie stawki MTR, ustalając ją na poziomie, który (...) winien stosować w oparciu o powyższą decyzję (...).

Jednocześnie wydając zaskarżoną decyzję Prezes UKE skorzystał z uprawnień wynikających z art. 17 Pt, i wydał ją z pominięciem postępowania konsultacyjnego, ponieważ w jego ocenie zachodził wyjątkowy przypadek, wymagający pilnego działania ze względu na bezpośrednie i poważne zagrożenie konkurencyjności lub interesów użytkowników. Z uzasadnia decyzji wynika, że motywem powyższego działania Prezesa UKE była okoliczność przedłużających się negocjacji pomiędzy (...) a (...) i brak porozumienia co do wprowadzenia we wzajemnych rozliczeniach stawki wynikającej z decyzji MTR - a więc zachodził przypadek niewykonania przez (...) obowiązku stosowania stawek MTR zgodnych z wydaną przez Prezesa UKE decyzją MTR - co stanowi przypadek wyjątkowy i powoduje bezpośrednie i poważne zagrożenie zarówno dla konkurencyjności, jak i dla interesów użytkowników. W ocenie Prezesa UKE wyznaczenie obowiązywania decyzji wydanej z wykorzystaniem art. 17 Pt na okres do 13 sierpnia 2009 r., umożliwić miało osiągnięcie pomiędzy przedsiębiorcami trwałego porozumienia w kwestiach objętych tą decyzją, a w przypadku braku porozumienia, dało by również czas dla organu na przeprowadzenie postępowania konsultacyjnego i wydanie decyzji bezterminowej.

Powyższą decyzję w całości zaskarżył odwołaniem powód (...) Sp. z o.o. w W. zarzucając jej:

1. naruszenie art. 17 ustawy Prawo telekomunikacyjne, które polegało na wydaniu jej bez przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego pomimo niezastnienia obligatoryjnych przesłanek w postaci bezpośredniego i poważnego zagrożenia konkurencyjności lub interesów użytkowników;
2. naruszenie art. 40 ust. 1 i 4 ustawy Prawo telekomunikacyjne polegające na ustaleniu opłat w oparciu o koszty przedsiębiorcy innego niż (...), czego skutkiem było ustalenie opłat, które nie zapewniają (...) zwrotu ponoszonych kosztów świadczenia usług;
3. naruszenie art. 40 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne polegające na dostosowaniu zaskarżoną decyzją warunków współpracy pomiędzy (...) i (...), tj. wysokości opłat, do warunków określonych w decyzji Prezesa UKE z dnia 30 września 2008 r. nr (...)o nałożeniu na (...) obowiązku dostosowania opłat, która narusza m. in. następujące przepisy prawa:

3.1 art. 20 ust. 1 Pt w związku z art. 17 Pt, które polega na wydaniu decyzji MTR 2008 na czas nieoznaczony bez przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego, podczas gdy bez przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego jest możliwe wydanie decyzji jedynie na okres nieprzekraczający 6 miesięcy;

3.2 art. 18 Pt w zw. z art. 15 pkt 2 Pt, które polega na nieprzeprowadzeniu przed wydaniem decyzji MTR 2008 obligatoryjnego postępowania konsolidacyjnego, którego celem jest dążenie do zachowania jednolitego rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej;

3.3 art. 17 Pt, które polega na wydaniu decyzji MTR 2008 na czas nieoznaczony bez przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego, podczas gdy bez przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego jest możliwe wydanie decyzji jedynie na okres nieprzekraczający 6 miesięcy;

3.4 art. 156 §1 pkt 3 k.p.a. oraz art. 8 k.p.a. w związku z art. 40 ust. 4 Pt, które polega na wydaniu decyzji MTR 2008 r. w sprawie, która została już wcześniej rozstrzygnięta decyzją ostateczną, tj. decyzją Prezesa UKE z dnia 26 kwietnia 2007 r., znak: (...);

3.5 art. 155 k.p.a. które polega na zmianie decyzji, na podstawie której (...)nabył prawo, bez zgody (...);

3.6 art. 40 ust. 4 Pt, które polega na bezpodstawnym określeniu harmonogramu dostosowania opłat.

4. naruszenie art. 105 §1 k.p.a. w zw. z art. 28 ust. 5 Pt, które polegało na zmianie zaskarżoną decyzją wcześniejszej decyzji Prezesa UKE, która wygasła z mocy prawa.

Wobec powyższych zarzutów powód wniósł o uchylenie zaskarżonej decyzji ewentualnie o jej zmianę w całości poprzez umorzenie postępowania administracyjnego w całości.

Pozwany Prezes UKE wniósł o oddalenie odwołania w całości, ewentualnie zmianę zaskarżonej decyzji z dnia 23 lutego 2009 r. nr (...) w części, poprzez wpisanie w miejscu podstawy prawnej, tj. „art. 28 ust. 6 oraz art. 17 w zw. z art. 28 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne z dnia 16 lipca 2004 r. (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm. zwanej dalej Pt)” podstawę prawną „art. 28 ust. 1 w zw. z art. 30 w zw. z art. 17 ustawy Prawo telekomunikacyjne z dnia 16 lipca 2004 r. (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm. zwanej dalej Pt)”, oraz oddalenie odwołania w pozostałym zakresie. Pozwany podniósł, że niedopuszczalnym jest w toku postępowania przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów wnioski o uchylenie zaskarżonej decyzji z uwagi na fakt, że istniała i nadal istnieje podstawa prawna do jej wydania, a więc Sąd w takiej sytuacji może jedynie oddalić odwołanie lub zmienić decyzję zgodnie z żądaniem strony; ponadto wskazał, że niedopuszczalne są w postępowaniu przez SOKIK zarzuty naruszenia w toku postępowania administracyjnego przepisów regulujących to postępowanie, albowiem SOKIK nie przeprowadza kontroli postępowania administracyjnego, tylko osądza sprawę ex novo, wykorzystując materiał dowodowy przedłożony przez strony. Pozwany podtrzymał argumentację zaskarżonej decyzji dotyczącą zasadności zastosowania art. 17 PT, ponadto wskazał, że podnoszone w odwołaniu (...) zarzuty skierowane wobec decyzji MTR 2008 r. powinny być przez Sąd pominięte, z uwagi na fakt, że nie była ona zaskarżona w niniejszym postępowaniu, natomiast przedmiotem postępowania jest decyzja z 23 lutego 2009 r. - jednakże z ostrożności procesowej, pozwany przeprowadził szeroką argumentację, uzasadniającą bezpodstawność zarzutów odwołującego się.

Zainteresowany (...) S.A. wniósł o oddalenie odwołania, podnosząc, że wydanie przez Prezesa UKE decyzji z dnia 23 lutego 2009 r. było konieczne, pilne oraz dopuszczalne i wskazał na zasadność zastosowania przepisu art. 17 Pt i uwagi na fakt, że powód, uchylając się od stosowania w praktyce opłat MTR w wysokości określonej decyzją MTR 2008 r. stworzył sytuację bezpośredniego i poważnego zagrożenia konkurencyjności. Jednocześnie uczestnik wskazał na niedopuszczalność podniesienia zarzutów odnoszących się do decyzji MTR 2008 r. z uwagi na to, że nie była ona w niniejszym postępowaniu zaskarżona.

Ostatecznie na rozprawie w dniu 4 czerwca 2012 r. powód cofnął zarzut odwołania odnoszący się do naruszenia art. 17 ustawy Pt, natomiast podtrzymał pozostałe zarzuty oraz dodatkowo podniósł zarzut naruszenia art. 28 ust. 6 ustawy

Pt, które polegało na zmianie zaskarżoną decyzją wcześniejszej decyzji Prezesa UKE, która była niezgodna z przepisami prawa i która została uchylona prawomocnym wyrokiem.

Wyrokiem z dnia 14 czerwca 2012 r. Sąd Okręgowy w Warszawie, Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił zaskarżoną decyzję oraz zasądził od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. kwotę 460 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym kwotę 360 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego. Podstawą rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego były następujące ustalenia:

Decyzją z dnia 16 kwietnia 2008 r. nr (...) Prezes UKE ustalił warunki dostępu do sieci telekomunikacyjnej w zakresie połączenia sieci oraz zasady rozliczeń pomiędzy spółkami (...) S.A. i (...) Sp. z o.o. W załączniku nr 1 do powyższej decyzji - Załączniku Finansowym, w art. 3 ust. 4 tabela nr 10 zostały uregulowane stawki opłat za zakończenie połączenia w sieci (...) w następujący sposób:

Zakończenie połączenia w sieci (...) [zł/min.]

1 Zakończenie w okresie T1 i T2 0,40

2 Zakończenie w okresie T3 0,40

Porozumieniem z dnia 14 listopada 2008 r. (...) Sp. z o.o. oraz (...) S.A. zmieniły treść powyższej decyzji Prezesa UKE w zakresie wysokości opłat za zakończenie Połączenia w sieci (...) w następujący sposób:

Zakończenie połączenia w sieci (...) [zł/min.]

Zakończenie w okresie T1, T2, T3 0,3387

Ponadto w §2 Porozumienia strony ustaliły harmonogram stopniowego obniżania opłaty na rzecz (...) wnoszonej przez (...) za minutę połączenia przychodzącego z sieci (...) i zakańczanego w sieci ruchomej (...) - z zastrzeżeniem, że będą one obowiązywały, o ile wcześniej nie zostaną wydane stosowne decyzje organów regulacyjnych w zakresie obniżenia tej stawki.

Wyrokiem z dnia 18 marca 2011 r. Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił decyzję Prezesa UKE z dnia 16 kwietnia 2008 r. nr (...). Powyższy wyrok jest prawomocny.

Pismem z dnia 5 grudnia 2008 r. (...) wystąpił do (...) z wnioskiem o zawarcie porozumienia regulującego zmianę wysokości stawek za zakańczanie połączeń głosowych w sieci (...) zgodnie z decyzją Prezesa UKE nr (...).

Na podstawie art. 27 Pt, w dniu 22 grudnia 2008 r. (...) zwrócił się do Prezesa UKE z wnioskiem o wyznaczenie terminu zakończenia negocjacji w sprawie zawarcia umowy o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie stawek za zakańczanie połączeń w ruchomej sieci (...).

Postanowieniem nr (...) z dnia 13 stycznia 2009 r. Prezes UKE określił termin zakończenia negocjacji w przedmiocie zawarcia umowy dot. stawek za zakańczanie połączeń w ruchomej sieci (...) na dzień 19 stycznia 2009 r.

Wobec nieosiągnięcia przez strony porozumienia w wyznaczonym terminie, (...) pismem z dnia 20 stycznia 2009 r. zwrócił się do Prezesa UKE, na podstawie art. 27 ust. 2 Pt w związku z art. 30 Pt, z wnioskiem o wydanie decyzji w przedmiocie zmiany decyzji z dnia 16 kwietnia 2008 r. zgodnie z załączonym do wniosku projektem aneksu. (...) wskazał, że strony negocjacji nie doszły do porozumienia w terminie wskazanym przez Prezesa UKE w postanowieniu z dnia 19 stycznia 2009 r., wobec czego wniósł o wydanie decyzji w sprawie zmiany decyzji w zakresie nowych stawek za zakańczanie połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...).

Pismem z dnia 23 stycznia 2009 r. Prezes UKE zawiadomił strony o wszczęciu w dniu 20 stycznia 2009 r. postępowania administracyjnego o wydanie decyzji w sprawie zmiany decyzji z dnia 16 kwietnia 2008 r. w zakresie wskazanym we wniosku (...) oraz zwrócił się do (...) na podst. art. 27 ust. 4 Pt o przedstawienie stanowiska w przedmiocie

wniosku (...) w terminie 14 dni od dnia otrzymania zawiadomienia o wszczęciu postępowania. Pismem z dnia 28 stycznia 2009 r. (...) przedstawił stanowisko w sprawie podnosząc, że z jego punktu widzenia wprowadzenie stawki MTR zgodnej z decyzją MTR jest dla niego bardzo niekorzystne i w przypadku usunięcia z obrotu prawnego decyzji MTR - która w jego ocenie jest wydana bez podstawy prawnej - będzie powodowało to nieuzasadnione obniżenie przychodów (...) i jednocześnie przysporzy znaczne korzyści (...). W takiej sytuacji uzasadnione będzie żądanie zwrotu uzyskanych przez (...) kosztem (...) korzyści związanych z wykonaniem decyzji MTR. Natomiast zapis aneksu, zgodnie z którym strony postanawiają, że w przypadku, gdy (...) stosować będzie w danym czasie w rozliczeniach z innym przedsiębiorcą telekomunikacyjnym opłaty za zakańczanie połączeń w swojej sieci niższe, niż opłaty za zakańczanie połączeń sieci (...) obowiązujące w rozliczeniach pomiędzy stronami, (...) zobowiązuje się nie kierować ruchu telekomunikacyjnego do sieci (...) za pośrednictwem sieci innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, ma na celu zapewnić sieci (...) bezpieczeństwo, integralność, jakość świadczonych połączeń, jak również przepustowość istniejących punktów styku sieci (...) i innych operatorów. (...) wskazał, że skierowanie przez (...) ruchu do (...) za pośrednictwem innego operatora mogłoby doprowadzić do zablokowania możliwości wymiany ruchu z tym operatorem. Podobne postanowienia są zawarte w propozycjach aneksów przedstawionych przez (...) innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym.

Pismem z dnia 9 lutego 2009 r. Prezes UKE zawiadomił strony postępowania o możliwości zapoznania się z materiałem zgromadzonym w sprawie i wypowiedzenia co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłaszania żądań w terminie pięciu dni od otrzymania zawiadomienia. (...) podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko oraz wskazał, że zgodnie z art. 15 Pt koniecznym jest przeprowadzenie postępowania konsultacyjnego w przedmiotowym postępowaniu. (...) zwróciło się także z wnioskiem o zmniejszenie stawek MTR za zakańczanie połączeń w sieci (...), wskazując, że zwrócił się do (...) w dniu 11 lutego 2009 r. z wnioskiem o rozpoczęcie negocjacji w przedmiocie zmiany stawek za zakończenie połączenia w publicznej sieci telefonicznej (...).

W wyniku powyższego postępowania administracyjnego Prezes UKE wydał zaskarżoną w niniejszym postępowaniu decyzję z dnia 23 lutego 2009 r. nr (...).

W ocenie Sądu Okręgowego odwołanie (...) Sp. z o.o. w W. zasługiwało na uwzględnienie.

Sąd pierwszej instancji skupił się przede wszystkim na kwestii ustalenia wzajemnych relacji pomiędzy Decyzją Prezesa UKE nr (...) z dnia 16 kwietnia 2008 r., porozumieniem (...) Sp. z o.o. oraz (...) S.A. z dnia 14 listopada 2008 r. i zaskarżoną w niniejszym postępowaniu decyzją Prezesa UKE z dnia 23 lutego 2009 r. (...), przypominając, że decyzją z dnia 16 kwietnia 2008 r. Prezes UKE w oparciu o przepisy art. 28 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne ustalił warunki dostępu do sieci telekomunikacyjnej w zakresie połączenia sieci oraz zasady rozliczeń pomiędzy (...) i (...). W załączniku nr 1 do tej decyzji - Załączniku Finansowym, w art. 3 ust. 4 tabela 10 zostały uregulowane stawki opłat za zakończenie połączenia w sieci (...). Natomiast Porozumieniem z dnia 14 listopada 2008 r. (...) i (...), jako strony umowy, zmieniły wskazany wyżej załącznik do decyzji Prezesa UKE w zakresie wysokości opłaty za zakończenie połączenia w sieci (...).

Sąd Okręgowy wskazał, iż w myśl przepisu art. 28 ust. 4 ustawy Prawo telekomunikacyjne „decyzja o dostępie telekomunikacyjnym zastępuje umowę o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie objętym decyzją”. Przepis ten stwarza Prezesowi UKE możliwość ukształtowania w drodze administracyjno- prawnej stosunków cywilno- prawnych pomiędzy przedsiębiorcami. Jednocześnie ustęp 5 tego artykułu stanowi, że w przypadku zawarcia przez zainteresowane strony umowy o dostępie telekomunikacyjnym, decyzja o dostępie telekomunikacyjnym wygasa z mocy prawa w części objętej umową. W ocenie Sądu pierwszej instancji z analizy obu wskazanych wyżej przepisów wynika jednoznacznie, że ustawodawca w regulacji stosunków cywilno- prawnych pomiędzy przedsiębiorcami, przyznał prymat zawierającym przez nich umowom, czego konsekwencją jest przewidziane art. 28 ust. 5 in fine ustawy wygaśnięcie decyzji administracyjnej w zakresie w jakim przedsiębiorcy uregulowali pomiędzy sobą zasady dostępu telekomunikacyjnego w drodze umów. Umowa zastępuje więc decyzję administracyjną w części objętej umową. Zastąpienie postanowień decyzji administracyjnej postanowieniami umowy następuje z mocy samego prawa, z chwilą zawarcia umowy. W ocenie Sądu pierwszej instancji oznacza to, że nie jest konieczne wydawanie przez Prezesa UKE

kolejnej decyzji zmieniającej decyzję w zakresie określonym umową albo stwierdzającej wygaśnięcie decyzji. Prezes UKE może ewentualnie, o ile wystąpi o to strona, stwierdzić wygaśnięcie decyzji w całości lub w części na podstawie art. 162 k.p.a. (vide Maciej Rogalski Komentarz do art. 28 ustawy Prawo telekomunikacyjne, LEX).

Odnosząc powyższe rozważania do okoliczności niniejszej sprawy Sąd pierwszej instancji stwierdził, że decyzja Prezesa UKE z dnia 16 kwietnia 2008 r. ustalająca połączenie sieci oraz zasady rozliczeń pomiędzy (...) a (...), wygasła z mocy samego prawa z dniem 14 listopada 2008 r., tj. z dniem zawarcia pomiędzy (...) a (...) porozumienia, w zakresie w jakim regulowała stawki opłat za zakończenie połączenia w sieci (...). Wobec powyższego oczywistym jest, że decyzja Prezesa UKE z dnia 16 kwietnia 2008 r. nie mogła być zmieniona w zakresie objętym porozumieniem z dnia 14 listopada 2008 r., ponieważ przestała w tym zakresie istnieć. Pomimo tego, w następstwie przeprowadzonego postępowania administracyjnego Prezes UKE w dniu 23 lutego 2009 r. wydał decyzję (...) w której zmienił swoją decyzję z dnia 16 kwietnia 2008 r. w zakresie załącznika nr 1 - Załącznika Finansowego, art. 3 ust. 4 tabela 10 Opłaty za zakończenie połączenia w sieci (...) a więc w zakresie objętym porozumieniem pomiędzy przedsiębiorcami dnia 14 listopada 2008 r. W podstawie prawnej wydanej decyzji Prezes UKE wskazał art. 28 ust. 6 ustawy Prawo telekomunikacyjne a w treści decyzji wskazał, że zmienia nią właśnie swoją wcześniejszą decyzję. Prezes całkowicie pominął fakt, że jego decyzja, w zakresie objętym wnioskiem (...) z dnia 20 stycznia 2009 r. nie istnieje, a więc nie ma możliwości jej zmiany. W ocenie Sądu pierwszej instancji zachowanie Prezesa UKE polegające na wydaniu zaskarżonej decyzji stanowiło rażące naruszenie przez niego przepisu art. 28 ust. 6 ustawy Prawo telekomunikacyjne i w istocie stanowiło wydanie rozstrzygnięcia bez podstawy prawnej.

Sąd Okręgowy podkreślił, iż wyrok zapadły w postępowaniu wszczętym odwołaniem od decyzji Prezesa UKE, winien rozstrzygać o bycie prawnym zaskarżonej decyzji, tzn. wyeliminowaniu jej z obrotu prawnego, utrzymaniu jej w obrocie prawnym lub utrzymaniu jej w obrocie w zmienionej treści. Zdaniem tego Sądu – z uwagi na to, że katalog rozstrzygnięć sądu ma charakter zamknięty, to nie jest możliwym wydanie wyroku zastępującego decyzję Prezesa i regulującego bezpośrednio sporną materię, bowiem sąd nie jest organem regulacyjnym i nie może kreować polityki regulacyjnej w zastępstwie Prezesa UKE. Zatem stwierdzenie zaistnienia przesłanek wydania decyzji bez podstawy prawnej, z rażącym naruszeniem art. 28 ust 5 ustawy prawo telekomunikacyjne musiało – w ocenie Sądu pierwszej instancji – skutkować jej uchynieniem.

Wobec ustalenia przez Sąd Okręgowy, że decyzja dotyczy zmiany decyzji administracyjnej w części wyeliminowanej z obrotu prawnego, co skutkuje jej uchynieniem, Sąd ten nie uznał za konieczne dokonywanie rozważań dotyczących pozostałych podniesionych przez strony postępowania zarzutów.

Z powyższych przyczyn Sąd Okręgowy uchylił zaskarżoną decyzję, i orzekł o kosztach postępowania w oparciu o art. 108 § 1 k.p.c., obciążając nimi w całości pozwanego stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. Zgodnie z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. do kosztów tych zaliczono opłatę od odwołania w wysokości 100 zł oraz koszty zastępstwa procesowego w wysokości 360 zł określonej w § 14 ust. 3 pkt 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2002 r., nr 163, poz. 1349 ze zm.).

Powyższy wyrok Sądu Okręgowego w całości zaskarżyli apelacjami pozwany Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej oraz zainteresowany (...) S.A.

Pozwany Prezes UKE zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. naruszenie przepisów postępowania, tj.

a) art. 479⁽⁶⁴⁾ § 1 k.p.c., poprzez jego niezastosowanie, w sytuacji, gdy odwołanie nie zawierało zarzutów uzasadniających jego uwzględnienie oraz gdy istniała podstawa prawna do wydania decyzji Prezesa UKE z dnia 23 lutego 2009 r. nr (...) oraz art. 479⁽⁶⁴⁾ § 2 k.p.c., poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na uchynieniu 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;

b) art. 328 § 2 k.p.c., poprzez wadliwe uzasadnienie wyroku, - które to naruszenia miały wpływ na wynik sprawy.

2. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.

c) art. 28 ust. 6 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800, późn. zm., zwanej dalej „Pt”) w związku z art. 28 ust. 1 Pt i art. 30 Pt poprzez błędne uznanie, że wydanie Decyzji stanowiło wydanie rozstrzygnięcia bez podstawy prawnej, pomimo tego, że podstawa prawna do wydania Decyzji istniała.

Pozwany podniósł, iż dopuszczalna jest zmiana przez SOKiK decyzji Prezesa UKE wyłącznie w zakresie jej podstawy prawnej w sytuacji, gdy podstawa prawna do wydania Decyzji istniała, gdyż spełnione zostały przesłanki uprawniające Prezesa UKE do wydania decyzji na podstawie art. 28 ust. 1 Pt w związku z art. 30 PT. Pozwany dokonał bowiem zmiany Załącznika Finansowego - art. 3 ust. 4 Tabela nr 10 Opłaty za zakończenie połączenia w sieci (...) poprzez obniżenie stawek za zakańczanie połączeń obowiązujących w relacjach pomiędzy Powodem a (...) S.A. i wprowadzenie stawek z Decyzji MTR 2008, czyli w zakresie, który strony objęły porozumieniem z dnia 14 listopada 2008 r. Postanowienia te uległy zmianie w ten sposób, że Prezes UKE w Decyzji wprowadził nowe stawki za zakańczanie połączeń („MTR”), które strony miały stosować w swoich relacjach. Stawki te zostały obniżone w stosunku do stawek obowiązujących w stosunkach pomiędzy stronami przed wydaniem Decyzji. Uznać zatem należy, że całość argumentacji Prezesa UKE w zakresie powodów, celów i skutków wprowadzenia do rozliczeń pomiędzy stronami stawek z Decyzji MTR 2008 jest jak najbardziej prawidłowa i aktualna. A zatem SOKiK mógł dokonać merytorycznej oceny zaskarżonej Decyzji i argumentów Prezesa UKE w niej zawartych, uzasadniających jej wydanie, gdyż miały one pełne zastosowanie w sprawie, pomimo nawet uchybienia o charakterze proceduralnym popełnionego przez Prezesa UKE. Sprostowaniu winna zatem podlegać jedynie podstawa prawna zaskarżonej decyzji.

Wskazując na powyższe zarzuty pozwany wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez orzeczenie oddalenia w całości odwołania (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. od zaskarżonej Decyzji ewentualnie poprzez zmianę Decyzji w części poprzez wpisanie w miejscu podstawy prawnej, tj. „art. 28 ust. 6 oraz art. 17 w związku z art. 28 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne z dnia 16 lipca 2004 r. (Dz. U. Nr 171, poz. 1800, z późn. zm., zwanej dalej „Pt”)” poniższą podstawą prawną: „art. 28 ust. 1 w zw. z art. 30 w zw. z art. 17 ustawy Prawo telekomunikacyjne z dnia 16 lipca 2004 r. (Dz. U. Nr 171, poz. 1800, z późn. zm., zwanej dalej „Pt”)” oraz oddalenie odwołania w pozostałym zakresie”. Ponadto pozwany wnosił o zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych. Pozwany sformułował również wniosek ewentualny – o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji oraz zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Zainteresowany (...) S.A. w W. zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

A. Naruszenie art. 65 § 2 k.c. w zw. z art. 28 ust. 5 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne poprzez błędną wykładnię woli stron i uznanie, że porozumienie zawarte pomiędzy (...) a (...) z dnia 14 listopada 2008 r. stanowi umowę o dostępie telekomunikacyjnym;

B. Naruszenie art. 28 ust. 5 PT poprzez jego zastosowanie, podczas gdy Porozumienie nie stanowi umowy o dostępie telekomunikacyjnym;

C. Naruszenie art. 28 ust. 6 PT poprzez jego niezastosowanie, podczas gdy zostały spełnione przesłanki do zmiany decyzji o dostępie telekomunikacyjnym;

D. z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów A., B. i C. - Naruszenie art. 479⁶⁴ § 2 KPC w związku z art. 28 ust. 1 PT w zw. z art. 30 ust. 1 PT poprzez uchylenie zaskarżonej Decyzji pomimo, że istniała podstawa prawna do wydania decyzji o zmianie umowy o dostępie telekomunikacyjnym i zostały spełnione przesłanki warunkujące dopuszczalność drogi administracyjnej w sprawie;

E. Naruszenie art. 4 ust. 1 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. 479⁶⁴ KPC poprzez brak wydania merytorycznego rozstrzygnięcia w sprawie;

F. Zarzut nierozpoznania istoty sprawy poprzez pominięcie merytorycznych zarzutów i twierdzeń (...) względem zarzutów (...) wobec Decyzji; skutkiem powyższego jest pozbawianie zainteresowanego jednej merytorycznej instancji

Wskazując na powyższe zainteresowany wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie odwołania (...) oraz o zasądzenie od powoda na rzecz zainteresowanego kosztów postępowania przed SOKiK według norm przepisanych, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji oraz o zasądzenie od powoda na rzecz zainteresowanego kosztów postępowania apelacyjnego, w tym zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Zainteresowany powołał także nowy dowód w postaci porozumienia tymczasowego zawartego pomiędzy (...) a (...) w zakresie współpracy w ramach dostępu telekomunikacyjnego z dnia 6 lipca 2012 r. wraz z porozumieniami zawartymi pomiędzy (...) a (...), do których porozumienie się odnosi.

Powód (...) wnosił o oddalenie obu apelacji i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Obie apelacje nie zasługiwały na uwzględnienie, bowiem treść zaskarżonego wyroku odpowiada prawu.

Przede wszystkim zauważyć należy, iż stan faktyczny w niniejszej sprawie nie był sporny. Tytułem uzupełnienia należało jedynie zwrócić uwagę stronom na fakty znane sądowi z urzędu, tj. iż wyrokiem z dnia 18 marca 2011 r., w sprawie o sygn.. akt XVII AmT 60/10, Sąd Okręgowy w Warszawie uchylił decyzję Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 16 kwietnia 2008 r., nr (...), wydaną w sprawie dostępu do sieci telekomunikacyjnej w zakresie połączenia sieci oraz zasad rozliczeń pomiędzy (...) S.A. z siedzibą w W. i (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W., a zastępującą Umowę o połączeniu sieci pomiędzy tymi spółkami. Apelacje Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej oraz apelacja (...) S.A. od powyższego wyroku zostały oddalone wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 14 lutego 2012 r., wydanym w sprawie VI ACa 917/11, zaś Sąd Najwyższy odmówił w tej sprawie przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania. Natomiast wyrokiem z dnia 8 marca 2010 r., w sprawie o sygn.. akt XVII AmT 10/09, Sąd Okręgowy w Warszawie uchylił decyzję Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 30 września 2008 r., nr (...) nakładającą na (...) obowiązek dostosowania stawki z tyt. zakańczania połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (MTR 2008). Apelacja Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej od powyższego wyroku została oddalona wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 12 stycznia 2011 r., wydanym w sprawie VI ACa 591/10, zaś Sąd Najwyższy odmówił w tej sprawie przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania. Zdaniem Sądu Apelacyjnego powyższe fakty mają decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie.

Co do zasady bowiem należałoby się zgodzić z apelującymi, iż w sprawie niniejszej na podstawie art. 29 w zw. z art. 30 i art. 28 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego Prezes UKE był uprawniony do wydania decyzji zmieniającej w całości lub w części umowę o dostępie telekomunikacyjnym, nawet w takiej szczególnej sytuacji, gdy umowa zawarta pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi zmieniała jedynie w niewielkim zakresie uprzednio wydaną decyzję zastępującą umowę o dostępie telekomunikacyjnym. Brak wskazania prawidłowej podstawy prawnej takiej decyzji może – zdaniem Sądu Apelacyjnego – zostać usunięty poprzez sprostowanie decyzji Prezesa UKE w ten sposób, iż zamiast wadliwie powołanej podstawy prawnej zostanie powołana prawidłowa podstawa prawna. Byłoby to jednak dopuszczalne jedynie w sytuacji, gdyby samo postępowanie przed Prezesem UKE było przeprowadzone z zachowaniem wszelkich wymagań formalnych. Zważyć bowiem należy, iż w szczególnym postępowaniu, jakie jest przeprowadzane w sprawach o charakterze regulacyjnym, SOKiK winien działać dwuetapowo i dokonać nie tylko kontroli (oceny) legalności decyzji organu, ale także dążyć do ustalenia okoliczności faktycznych sprawy, a następnie

dokonać ich prawnej oceny w zakresie zasadności odwołania (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 września 2005 r., III SZP 2/05). Podkreśla się, iż Sąd sprawuje „kontrolę legalności, a także zasadności i celowości decyzji” (tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 1991 r., III CRN 120/91). Zakres działania sądu nie powinien ograniczać się jedynie do oceny legalności decyzji, ale Sąd też nie może tej czynności w ogóle pominąć. Jeżeli Sąd nie poweźmie wątpliwości co do legalności wydanej decyzji, wówczas bada jej zasadność i celowość, oczywiście w granicach wyznaczonych zarzutami powoda. Poczynienie ustaleń podważających zasadność i celowość decyzji stanowi przesłankę do zmiany tejże decyzji. Z kolei jeżeli Sąd na etapie badania legalności decyzji stwierdzi, iż została ona wydana z naruszeniem przepisów procedury, a więc jest bezprawna, to wówczas musi poddać analizie charakter uchybień organu i ustalić, czy działając jako sąd powszechny ma możliwość konwalidowania tychże naruszeń. Negatywny wynik takiej analizy skutkować musi uchyleniem aktu administracyjnego. W jednym z nowszych orzeczeń Sąd Najwyższy wskazał (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 września 2011 r., III SK 55/10, LEX nr 1106752), iż „1. Przepis art. 316 § 1 k.p.c. znajduje zastosowanie w sprawach z zakresu regulacji telekomunikacji, aczkolwiek z pewnymi ograniczeniami wynikającymi ze specyfiki spraw tego rodzaju. **Rozpoznając sprawę z odwołania od decyzji Prezesa UKE sądy weryfikują prawidłowość decyzji pod względem merytorycznym, ale także formalnym, z możliwością skorygowania niektórych uchybień Prezesa UKE popełnionych w toku postępowania administracyjnego. 2. Wyrok Sądu drugiej instancji uchylający decyzję regulatora rynku tylko z pozoru - w zakresie samej formuły "uchylenia decyzji" - jest wyrokiem o charakterze kasatoryjnym.**

W rzeczywistości jest to rozstrzygnięcie co do istoty sprawy w rozumieniu art. 479⁽⁶⁴⁾ § 2 k.p.c.” . Co do zasady nie jest zatem trafne stanowisko pozwanego, że SOKiK jest władny do uchylenia decyzji jedynie w przypadku gdy została ona wydana bez podstawy prawnej. Uzupełniająco należy także przytoczyć stanowisko Sądu Najwyższego (wyrok z dnia 19 sierpnia 2009 r., sygn. II SK 5/09), który wskazał (odnosząc się wprawdzie do postępowania w sprawach z zakresu ochrony konkurencji, co jednak jest bez znaczenia z uwagi na zbieżność treści art. 479^(31a) § 3 k.p.c. i art. 479⁽⁶⁴⁾ § 2 k.p.c.), iż „Skoro zatem Sąd Okręgowy może - zmieniając odpowiednio decyzję Prezesa Urzędu - usunąć część ze stwierdzonych uchybień, uchylenie decyzji Prezesa Urzędu jest możliwe tylko w przypadku takich uchybień, które nie mogą zostać sanowane w drodze zmiany decyzji Prezesa Urzędu na etapie postępowania sądowego. (...) Uchylenie decyzji w całości powinno nastąpić wówczas gdy wydanie jej nastąpiło bez podstawy prawnej lub z rażącym naruszeniem prawa materialnego (...). Podstawą do uchylenia decyzji Prezesa Urzędu jest także potrzeba dokonania w całości niezbędnych dla rozstrzygnięcia sprawy ustaleń (...)”. Trudno bowiem wymagać, by sąd powszechny czynił w zakresie będącym przedmiotem niniejszej sprawy ustalenia dale idące aniżeli organ regulacyjny.

Pozostawienie zaskarżonej decyzji w obrocie byłoby więc możliwe wówczas, gdyby została ona wydana w oparciu o materialną podstawę prawną – przy spełnieniu jej przesłanek – oraz, gdyby w toku postępowania administracyjnego nie doszło do uchybień, których nie da się naprawić w postępowaniu sądowym.

Pomimo wspomnianej wyżej teoretycznej możliwości sprostowania wadliwie powołanej podstawy prawnej zaskarżonej decyzji i powołania faktu, iż chodzi o decyzję w części zastąpioną Porozumieniem zawartym przez strony, pozostawienie tej decyzji w obrocie byłoby jednak niedopuszczalne z uwagi zaistnienie powołanych w postępowaniu apelacyjnym nowych prawotwórczych faktów, które Sąd drugiej instancji – zgodnie z art. 316 § 1 k.p.c. w zw. z art. 365 k.p.c. – musi uwzględnić przy wyrokowaniu. W myśl bowiem art. 316 § 1 k.p.c. po zamknięciu rozprawy sąd wydaje wyrok, biorąc za podstawę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy. Przy czym art. 316 § 1 k.p.c. ma również zastosowanie w postępowaniu odwoławczym, co oznacza, iż sąd drugiej instancji obowiązany jest brać pod uwagę zmiany w stanie faktycznym i prawnym sprawy, wpływające na treść rozstrzygnięcia (por. wyrok SN z 2010-04-28, I UK 339/09, LEX nr 607444). W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 20 września 2011 r. (III SK 55/10, LEX nr 1106752), jednoznacznie stwierdzono, iż „1. Przepis art. 316 § 1 k.p.c. znajduje zastosowanie w sprawach z zakresu regulacji telekomunikacji, aczkolwiek z pewnymi ograniczeniami wynikającymi ze specyfiki spraw tego rodzaju. (...)” . Stąd też Sąd Apelacyjny miał obowiązek wziąć pod uwagę zmianę stanu rzeczy, jaka nastąpiła na skutek uchylenia zarówno Decyzji o dostępie z dnia 16.04.2008 r., jak i uchylenia Decyzji MTR 2008 z 30.09.2008 r.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego słuszne było uchylenie zaskarżonej decyzji przez Sąd pierwszej instancji. Skoro bowiem zaskarżona Decyzja odwołuje się do decyzji Prezesa UKE z dnia 16 kwietnia 2008 r. o dostępie telekomunikacyjnym,

zmieniając częściowo jej treść (abstrahując od kwestii, czy w tym zakresie decyzja ta zachowała moc), to jest oczywistym, iż wobec uchylenia decyzji „pierwotnej”, „podstawowej”, Decyzja zmieniająca traci rację bytu. Dzieje się tak z uwagi na to, że uchylenie następuje ze skutkiem *ex tunc*. W tej kwestii Sąd Apelacyjny stoi bowiem na stanowisku, że prawomocne uchylenie decyzji w sprawach telekomunikacyjnych przez sąd powszechny następuje z mocą wsteczną. Taki pogląd wyraził wcześniej Sąd Najwyższy w cytowanym wyżej wyroku z dnia 20 września 2011 r. (III SK 55/10, LEX nr 1106752). Pogląd taki jest obecnie dominujący w orzecznictwie tutejszego Sądu. Nie można bowiem porównywać skutków decyzji uchylanych przez sąd powszechny w ramach postępowania z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, toczącego się według reguł wynikających z kodeksu postępowania cywilnego i decyzji, które są uchylane w postępowaniu administracyjnym toczącym się według przepisów ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. –Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. W postępowaniu administracyjnym tryby przewidziane w art. 145 k.p.a., 154 k.p.a., 155 k.p.a., 161 k.p.a. i 162 k.p.a. prowadzą do uchylenia decyzji z mocą *ex nunc*, natomiast instytucja regulowana art. 156 k.p.a. jest przykładem zastosowania konstrukcji unieważnialności z mocą wsteczną (*ex tunc*). Według poglądów doktryny, w tym zaprezentowanego m. in. w Komentarzu do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (pod red. prof. UW dr hab. Tedeusza Skoczego, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2009, str. 1828), które to poglądy można stosować przez analogię także do kwestii związanych z uchyleniem decyzji Prezesa UKE, SOKiK jest władny wydać wyrok, w którym może decyzję Prezesa organu regulacyjnego uchylić w całości w drodze orzeczenia kasatoryjnego przede wszystkim wtedy, gdy jej wydanie nastąpiło bez podstawy prawnej lub z rażącym naruszeniem prawa materialnego, jak również gdy dotyczy sprawy już poprzednio rozstrzygniętej inną decyzją ostateczną lub została ona skierowana do podmiotu nie będącego stroną w sprawie. Są to więc w zasadzie identyczne przesłanki, jakie dają podstawy nie do uchylenia decyzji administracyjnej, lecz do stwierdzenia nieważności decyzji administracyjnej w oparciu o treść art. 156 k.p.a. Przepis ten stanowi bowiem, iż organ administracji publicznej stwierdza nieważność decyzji m. in., która wydana została bez podstawy prawnej lub z rażącym naruszeniem prawa, dotyczy sprawy już poprzednio rozstrzygniętej inną decyzją ostateczną, została skierowana do osoby nie będącej stroną w sprawie, zawiera wadę powodującą jej nieważność z mocy prawa. Ponadto trzeba zauważyć, iż stwierdzenie nieważności decyzji administracyjnej w ww. trybie następuje co do decyzji ostatecznych, a w postępowaniu jak niniejsze, zaskarżona Decyzja nie była decyzją ostateczną, była nieprawomocna, a jej funkcjonowanie w obrocie wynikało jedynie z faktu, iż nadany jej został rygor natychmiastowej wykonalności. Należy też zauważyć, iż SOKiK nie ma możliwości stwierdzenia nieważności zaskarżonych decyzji w świetle treści art.479⁽⁶⁴⁾ § 2 k.p.c., jednakże jednocześnie uchylenie decyzji w postępowaniu przez SOKiK nie powoduje faktycznie przekazania sprawy Prezesowi UKE celem ponownego rozpoznania, jak to się dzieje przy uchyleniu wyroku przez sąd II instancji, czy przy uchylaniu decyzji administracyjnej. W tym wypadku nie mamy bowiem do czynienia ze skutkiem typowego orzeczenia kasatoryjnego, które poza tym, że uchyla zaskarżone orzeczenie, to jeszcze dodatkowo przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania. Dlatego też – zdaniem Sądu Apelacyjnego – można uznać, iż wyrok prawomocnie uchylający taką decyzję ma skutek *ex tunc* tj. z mocą wsteczną, gdyż eliminuje tę decyzję z obrotu i jednocześnie przesądza tym, iż jej wadliwość z powodu sprzeczności z prawem istniała do początku wydania tej decyzji. Wobec tego każda kolejna decyzja wydana „w oparciu” o tę uchyloną decyzję, nawet jeśli data jej podjęcia wyprzedza orzeczenie sądu uchylające decyzję, musi być uznana za decyzję podjętą bez podstawy prawnej, a zatem podlegającą uchyleniu.

W ocenie Sądu Apelacyjnego skutek *ex tunc* następuje zarówno w przypadku uchylenia decyzji z dnia 16.04.2008 r. o dostępie oraz decyzji z dnia 30.09.2008 r., tzw. decyzji MTR 2008. W obu bowiem sprawach decyzje te zostały uchylone z uwagi na uchybienia występujące w postępowaniu przed regulatorem (brak wyczerpania postępowania konsolidacyjnego i konsultacyjnego), których to uchybień nie można naprawić w postępowaniu sądowym, zaś wobec wagi tych uchybień decyzje nie mogły pozostawać w obrocie. Skoro więc obie decyzje nie wywierały skutków od początku ich wydania, to należy przyjąć, iż brak było podstawy materialnej do wydania również zaskarżonej Decyzji. Nie było bowiem przedmiotu, który mógłby podlegać regulacji Prezesa UKE. Innymi słowy – brak jest podstawy do wydania Decyzji zmieniającej umowę bądź też decyzję zastępującą umowę, skoro nie istnieje ani taka decyzja, ani umowa o dostępie. Ponadto również fakt uchylenia decyzji MTR 2008 musiał prowadzić do uchylenia zaskarżonej Decyzji, w której Prezes UKE ustalił stawki opłaty za zakańczanie połączeń według wysokości wynikającej z decyzji MTR 2008, nie przeprowadzając w niniejszym postępowaniu odrębnej analizy kosztów tych czynności w stosunkach pomiędzy stronami. Prawomocne wyeliminowanie z obrotu prawnego decyzji MTR 2008 spowodowało

więc, że zawarte w zaskarżonej Decyzji rozstrzygnięcie Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej pozbawione zostało podstaw faktycznych, co skutkowało koniecznością jej uchylecia. Sąd powszechny nie może bowiem zastąpić regulatora w przeprowadzeniu przewidzianej prawem procedury, która musi poprzedzić wydanie decyzji, a która należy do wyłącznej kompetencji Prezesa UKE.

Z uwagi na okoliczność, iż obie apelacje nie mogły zostać uwzględnione z przyczyn wyjaśnionych powyżej, zbędne jest ustosunkowanie się do pozostałych zarzutów podniesionych w obu apelacjach. Na marginesie należy jedynie zaznaczyć, iż skoro Sąd pierwszej instancji doszedł do przekonania, iż zaskarżona decyzja została wydana bez podstawy prawnej i z tej przyczyny podlegała uchyleniu, to brak było potrzeby odnoszenia się przez ten Sąd do wszystkich zarzutów podnoszonych w odwołaniu powoda oraz przedstawianych przez pozwanego i zainteresowanego.

Mając na uwadze powyższe Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. orzekł jak w sentencji wyroku o kosztach procesu rozstrzygając adekwatnie do wyniku sporu na podstawie art. 98 § 1 i 3 oraz art. 99 k.p.c.