

*Sygn. akt VI A Ca 68/13*

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 12 września 2013 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:*

*Przewodniczący - Sędzia SA – Aldona Wapińska (spr.)*

*Sędzia SA – Agata Wolkenberg*

*Sędzia SO del. – Marcin Strobel*

*Protokolant: sekr. sądowy Katarzyna Kędzierska*

*po rozpoznaniu w dniu 12 września 2013r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa (...) S.A. w W. (poprzednio (...) S.A. w W.)*

*przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej*

*z udziałem zainteresowanego Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

*o nałożenie obowiązków regulacyjnych*

*na skutek apelacji pozwanego*

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

*z dnia 2 października 2012 r., sygn. akt XVII AmT 225/09*

**I. oddała apelację;**

**II. zasądza od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz (...) S.A. w W. kwotę 270 (dwieście siedemdziesiąt) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

#### **VIACa 68/13 UZASADNIENIE**

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej na podstawie art. 24 ust. 1 i 2 w związku z art. 25 ust. 2 i 4, art. 34, art. 36, art. 37 i art. 40 ustawy z dnia 16 lipca 2004r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2004r. nr 171, poz. 1800 z późn. zm., dalej PT) oraz § 2 pkt 9 i § 4 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dn. 25 października 2004 r. w sprawie określenia rynków właściwych podlegających analizie przez Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty (DZ. U. z 2004r. nr 242, poz. 2420 - dalej rozporządzenie Ministra Infrastruktury) oraz w związku z art. 13 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 24 kwietnia 2009r. o zmianie ustawy PT oraz niektórych innych ustaw, wydał w dniu 29 września 2009r. decyzję nr (...), w której:

I ustalił, że na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. (obecnie (...) SA - dalej (...), powód) zgodnym z obszarem sieci, w której następuje zakończenie połączenia, nie występuje skuteczna konkurencja;

II wyznaczył (...) jako przedsiębiorcę zajmującego pozycję znaczącą na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej sieci telefonicznej (...) zgodnym z obszarem sieci, w którym następuje zakończenie połączenia;

III utrzymał nałożone na (...) decyzją z dnia 17 lipca 2006r. (znak (...)) następujące obowiązki regulacyjne w celu świadczenia przedsiębiorcom telekomunikacyjnym usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...)

1. obowiązek, o którym mowa w art. 36 PT polegający na równym traktowaniu przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, w szczególności przez oferowanie jednakowych warunków w porównywalnych okolicznościach, a także oferowaniu usług oraz udostępnianiu informacji na warunkach nie gorszych od stosowanych w ramach własnego przedsiębiorstwa lub w stosunkach z podmiotami zależnymi;

2. obowiązek, o którym mowa w art. 37 PT polegający na ogłaszaniu informacji w sprawach zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego, dotyczących specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci, a także opłat, przy czym:

- zakres informacji obejmuje wszystkie informacje dotyczące specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci a także opłat, niezbędne do przygotowania przez zainteresowanych operatorów wniosku w sprawie zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego,

- publikacja wskazanych powyżej informacji nastąpi w formie elektronicznej na oficjalnej stronie internetowej (...),

- informacje należy ogłosić niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie dwóch miesięcy od dnia doręczenia niniejszej decyzji; w przypadku zmiany zakresu bądź treści publikowanej informacji należy ją ogłosić niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 1 tygodnia od dnia wprowadzenia zmiany;

3. obowiązek, o którym mowa w art. 40 PT polegający na ustalaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty przez (...). zmienił obowiązek nałożony na (...) decyzją z dnia 17 lipca 2006r. (znak (...), o którym mowa w art. 34 PT nadając mu następujące brzmienie: obowiązek uwzględnienia uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego, w tym użytkownika elementów sieci oraz udogodnień towarzyszących, w celu świadczenia usługi zakańczania połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) poprzez:

- zapewnienie określonych elementów sieci telekomunikacyjnej, w tym linii i łączy, niezbędnych do zapewnienia dostępu do sieci;

- przyznawanie dostępu dla interoperacyjności usług, w tym usług sieci wirtualnych;

- zapewnienie infrastruktury telekomunikacyjnej, kolokacji oraz innych form wspólnego korzystania z budynków;

- zapewnienie funkcji sieci niezbędnych do zapewnienia pełnej interoperacyjności usług, w tym świadczenia usług w sieciach inteligentnych;

- zapewnienie połączenia sieci lub urządzeń telekomunikacyjnych oraz udogodnień z nimi związanych;

- prowadzenie negocjacji w sprawie dostępu telekomunikacyjnego w dobrej wierze oraz utrzymanie uprzednio ustanowionego dostępu telekomunikacyjnego do określonych sieci telekomunikacyjnych, urządzeń lub udogodnień towarzyszących, oraz przez zapewnienie każdej innej formy korzystania z urządzeń telekomunikacyjnych, udogodnień towarzyszących lub usług świadczonych przez innego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, w celu świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...).

Na podstawie art. 206 ust. 2a w związku z art. 206 ust. 2 PT Prezes UKE ustalił, że wydana decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu.

Powyższą decyzję Prezesa UKE w całości zaskarżyła odwołaniem (...) sp. z o.o. zarzucając naruszenie:

- art. 24 ust. 1 PT poprzez ustalenie, że na rynku zakańczania połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) nie występuje skuteczna konkurencja, a (...) zajmuje na tym rynku pozycję znaczącą mimo, że w ramach wszczętego postępowania Prezes UKE nie przeprowadził analizy rynku, lecz została ona przeprowadzona w odrębnym, nieprzewidzianym w PT postępowaniu, którego (...) nie była uczestnikiem;

- art. 2, art. 88 ust. 1 Konstytucji RP i art. 6 kpa oraz art. 58 Aktu akcesyjnego w zw. z art. 6 TUE i art. 254 TWE a także art. 23 ust. 2 Pt, poprzez oparcie zaskarżonej decyzji na wytycznych Komisji Europejskiej nr (...) w sprawie analizy rynku i oceny znaczącej pozycji rynkowej zgodnie z ramami regulacyjnymi Wspólnoty dotyczącymi sieci i usług (dalej-wytyczne), które nie zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w języku polskim;

- art. 25 ust. 2 PT poprzez wydanie zaskarżonej decyzji, pomimo, że jej treść nie została uzgodniona z Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej Prezes UOKiK) lub co najmniej uzgodnienie to jest w istotnym stopniu wadliwe, w tym wydanie zaskarżonej decyzji w sytuacji, gdy zaskarżone postanowienie nie zawiera odpisu oraz nie wskazuje imienia i nazwiska oraz stanowiska służbowego osoby uprawnionej do wydania tego aktu (art. 124 § 1 kpa);

- art. 15 pkt 1 PT w zw. z art. 15 pkt 2 w zw. z art. 18 PT oraz art. 7 ust. 3 i ust. 4 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 roku w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dalej - Dyrektywa ramowa) poprzez zaniechanie poddania ostatecznego kształtu zaskarżonej decyzji postępowaniu konsultacyjnemu oraz postępowaniu konsolidacyjnemu oraz niedopuszczalne ograniczenie kompetencji Komisji Europejskiej przewidzianych w dyrektywie ramowej;

- art. 18 PT oraz art. 7 ust. 3 dyrektywy ramowej poprzez to, iż Prezes UKE nie przekazał projektu zaskarżonej decyzji organom regulacyjnym innych państw członkowskich;

- art. 24 ust. 1, 2 i 3 PT w zw. z art. 25 ust. 2 i ust. 4 PT poprzez ustalenie, że na rynku właściwym nie występuje skuteczna konkurencja, wyznaczenie (...) jako przedsiębiorcę o znaczącej pozycji na rynku właściwym oraz utrzymanie, względnie zmianę obowiązków regulacyjnych, pomimo że okoliczności sprawy wykazane przez Prezesa UKE w zaskarżonej decyzji nie stanowią dostatecznej podstawy podjętych działań regulacyjnych;

- art. 34 PT, art. 36PT, art. 37 PT w zw. z art. 25 ust. 4 PT oraz art. 40 ust. 1 PT w zw. z art. 24 pkt 2 lit a) PT poprzez utrzymanie, względnie zmianę, w stosunku do (...) nieproporcjonalnych i nieadekwatnych obowiązków regulacyjnych oraz niewystarczające i nieprecyzyjne skonkretyzowanie utrzymanych, względnie zmienianych, obowiązków, w tym niewłaściwe określenie zakresu urządzeń, udogodnień i usług objętych zaskarżoną decyzją;

- art. 40 ust. 1 PT w zw. z art. 1 ust. 2 pkt 1 PT, art. 189 ust. 2 pkt 1 i art. 25 ust. 4 PT, poprzez tworzenie warunków niesprzyjających rozwojowi równoprawnej i skutecznej konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych, wskutek nierównego traktowania przedsiębiorców telekomunikacyjnych pomimo zdiagnozowania analogicznych problemów konkurencyjnych związanych z ich działalnością;

- art. 13 ust. 1 i ust. 3 dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 roku w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz połączeń międzysieciowych (dalej Dyrektywa o dostępie), w zw. z art. 40 ust. 1 PT poprzez utrzymanie w stosunku do (...) obowiązku regulacyjnego wskazanego w pkt III ppkt 3 zaskarżonej decyzji w oparciu o przepis PT (art. 40 ust. 1 ), który jest sprzeczny z art. 13 ust. 1 i ust. 3 Dyrektywy o dostępie, albowiem umożliwia Prezesowi UKE prowadzenie kontroli opłat stosowanych przez (...) w sposób całkowicie arbitralny, w oderwaniu od kosztów ponoszonych przez nią w związku ze świadczeniem usługi zakańczania połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...);

III Na podstawie art. 142 kpa w zw z art. 206 ust. 1 Pt oraz z art. 206 ust. 2 (...) zaskarżył również w całości postanowienie Prezesa UOKiK z dnia 7 lipca 2009r. nr (...) (dalej: zaskarżone postanowienie) oraz postanowienie Prezesa UOKiK z dnia 20 sierpnia 2009r., nr (...) zmieniające zaskarżone postanowienie (dalej: postanowienie zmieniające), zarzucając mu naruszenie: Art. 24 ust. 1 i art. 25 ust. 2 Pt poprzez stwierdzenie w zaskarżonym postanowieniu, iż na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) zgodnym z obszarem sieci, w której następuje zakończenie połączeń nie występuje skuteczna konkurencja, (...) posiada pozycję znaczącą na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) zgodnym z obszarem tej sieci, oraz, że zasadne jest utrzymanie w stosunku do (...) obowiązków regulacyjnych określonych w art. 36, 37 i 40 Pt oraz zmiana obowiązku regulacyjnego określonego w art. 34 Pt, a także stwierdzenie w postanowieniu zmieniającym, iż dalsza zmiana obowiązku z art. 34 Pt jest zasadna pomimo, że kompetencja w tym zakresie przysługuje Prezesowi UKE, a rolą Prezesa UOKiK jest jedynie wyrażenie stanowiska co do projektu decyzji przedłożonego przez Prezesa UKE.

Ponadto, z ostrożności procesowej, mając na uwadze, że zaskarżone postanowienie Prezesa UOKiK oraz postanowienie zmieniające rozstrzygają we własnym zakresie kwestie, o których mowa w art. 24 ust. 1 PT, (...) podtrzymał w stosunku do tych postanowień Prezesa UOKiK zarzuty wskazane w pkt I ppkt (ii) i (iv)-(ix). Zaskarżonemu postanowieniu (...) zarzucił także naruszenie art. 124 § 1 kpa poprzez brak podpisu z podaniem imienia i nazwiska oraz stanowiska służbowego osoby upoważnionej do wydania zaskarżonego postanowienia, co skutkuje również wadliwością postanowienia zmieniającego, którym zmieniono petitum zaskarżonego postanowienia,

W oparciu o przedstawione zarzuty powód wniósł o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości, względnie o zmianę zaskarżonej decyzji w całości poprzez ustalenie, że na rynku zakańczania połączeń w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...) występuje skuteczna konkurencja; a co najmniej zmianę w części, poprzez uchylenie pkt III ppkt 3 zaskarżonej decyzji oraz dodanie pkt V w brzmieniu:

„V. znosi nałożony na (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. obowiązek regulacyjny, o którym mowa w art. 40 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na ustalaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty przez (...) Sp. z o.o. oraz nakłada na (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. obowiązek regulacyjny w oparciu o art. 44 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na zakazie stosowania przez (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) SP. z o.o.” a także:

- uchylenie zaskarżonego postanowienia w całości,
- uchylenie postanowienia zmieniającego w całości;

oraz o zasądzenie od Prezesa UKE na rzecz (...) kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 PT powód podniósł, że Prezes UKE, wbrew dyspozycji powołanego przepisu w brzmieniu wprowadzonym ustawą z dnia 29 kwietnia 2005 r. i obowiązującym w czasie prowadzenia postępowania zakończonym wydaniem zaskarżonej decyzji, zamiast jednego postępowania obejmującego trzy elementy tj:

- analiza konkurencyjności,
- ustalenie przedsiębiorców o pozycji znaczącej,
- ustalenie ich obowiązków regulacyjnych,

najpierw przeprowadził analizę rynku a dopiero ponad pół roku później (19 lutego 2009r.) wszczął postępowanie w sprawie wyznaczenia (...) jako przedsiębiorcy zajmującego pozycję znaczącą na rynku zakańczania połączeń w ruchomej publicznej sieci (...) i nałożenia na (...) obowiązków regulacyjnych. Zdaniem powoda przyjęta przez Prezesa

UKE chronologia działań spowodowała wyłączenie (...) z udziału w pierwszym etapie postępowania, mimo, iż zgodnie z obowiązującymi przepisami (...) powinno mieć możliwość udziału we wszystkich etapach postępowania.

Powód wskazał, że oprócz Dyrektywy Ramowej podstawowym aktem wspólnotowym, na którym oparta była zaskarżona decyzja, są Wytyczne Komisji (...). Wytyczne te jednak nie zostały opublikowane w języku polskim wbrew obowiązki wynikającemu z art. 58 Aktu akcesyjnego. Podkreślił, że wymóg publikacji aktów prawnych w języku urzędowym stanowi gwarancję zasady pewności prawa w państwie prawa. Wydanie decyzji przez polski organ administracyjny w oparciu o nieopublikowane w języku polskim akty normatywne powód uznał za niedopuszczalne i uzasadniające postawienie zarzutów wymienionych w pkt II odwołania.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 25 ust. 2 PT powód podnosił, że wydane w toku postępowania postanowienie Prezesa UOKiK, dotyczące projektu zaskarżonej decyzji nie zawiera podpisu wskazującego imię, nazwisko oraz stanowisko służbowe osoby uprawnionej do jego wydania. Stanowi to naruszenie art. 124 § 1 kpa i daje podstawę do uznania, że dotknięte brakiem jest również postanowienie zmieniające postanowienie wydane przez Prezesa UOKiK. Powód powołał się na stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dn. 30 grudnia 1993r. sygn. Akt III CZP 146/03.

Zdaniem powoda przedstawione braki postanowienia powinny uzasadniać uznanie go za nieistniejące. Powód wskazał ponadto, że współdziałanie organów dotyczące wydania przez Prezesa UKE w porozumieniu z Prezesem UOKiK decyzji regulacyjnej zgodnie z art. 25 ust. 2 PT należy rozumieć w ten sposób, że Prezes UOKiK ma obowiązek wydać postanowienie, w którym przedstawia swoje stanowisko w przedmiocie przekazanego mu w trybie art. 106 kpa projektu decyzji Prezesa UKE. Oznacza to konieczność uzyskania zgody (akceptacji) Prezesa UOKiK na treść decyzji Prezesa UKE. Powód zarzucił, że w wydanym postanowieniu Prezes UOKiK nie odniósł się do przedłożonego mu projektu zaskarżonej decyzji lecz samodzielnie rozstrzygnął sprawę, o której mowa w art. 24 ust. 1 PT. W ocenie powoda z treści zaskarżonego w odwołaniu postanowienia (str. 16 i str. 14 postanowienia) wynika, że Prezes UOKiK prowadził równoległe, odrębne własne postępowanie z art. 21 PT analogiczne do prowadzonego przez Prezesa UKE. Według powoda wynika z tego, że do porozumienia obu organów, o którym mówi art. 25 ust. 2 PT nie doszło lub było ono wadliwe. Prezes UKE nie mógł więc prawidłowo wydać zaskarżonej decyzji w porozumieniu, co stanowi podstawę do wznowienia postępowania zakończonego decyzją ostateczną.

Powód podkreślił, że po zapoznaniu się z materiałem dowodowym, (...) postulował powtórzenie uzgodnienia projektu zaskarżonej decyzji jednak pozwany wydał zaskarżoną decyzję mając świadomość naruszenia art. 25 ust. 2 PT. Zdaniem powoda wskazane uchybienia rzutują również na ocenę i prawidłowość postanowienia zmieniającego.

Po wprowadzeniu zmian w projekcie decyzji Prezes UKE nie poddał projektu po zmianach procedurze konsolidacyjnej przy udziale Komisji Europejskiej, a także ponownej konsultacji krajowej, ponieważ uznał, że charakter zmian wprowadzonych w wyniku konsultacji i konsolidacji nie zobowiązywał go do ponownego przeprowadzenia tej procedury. W ocenie powoda brak ponownego przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego i konsolidacyjnego stanowi naruszenie przepisów art. 15 i 18 Pt oraz art. 7 ust. 3 i ust. 4 Dyrektywy ramowej.

Powód zarzucił również, że Prezes UKE nie udostępnił projektu decyzji (po zakończeniu postępowania) krajowym organom regulacyjnym wraz z uzasadnieniem zastosowania środków regulacyjnych. Według (...) okoliczności wymienione w zaskarżonej decyzji nie stanowią dostatecznej podstawy do stwierdzenia, że uzasadnione jest podjęcie określonych w tej decyzji działań regulacyjnych. Powód zarzucił, że Prezes UKE nie dysponował stosownym materiałem dowodowym pozwalającym na ustalenie okoliczności, faktów i zdarzeń, które uzasadniałyby wydanie decyzji regulacyjnej. Stwierdził, że działania pozwanego cechowała zbytnia dowolność, ponieważ braki w zakresie postępowania dowodowego uniemożliwiają prawidłowe ustalenie stanu faktycznego. Stawiane w zaskarżonej decyzji tezy i twierdzenia dotyczące sytuacji rynkowej i jej rozwoju nie zostały – zdaniem (...) udowodnione, więc są wyrazem dowolnej interpretacji poglądów Prezesa UKE. Powód zarzucił, że następstwem takiego działania było błędne zdiagnozowanie przez Prezesa UKE problemów konkurencyjnych na badanym rynku i nieprawidłowe rozstrzygnięcie w przedmiocie nałożonych na (...) obowiązków regulacyjnych. Stwierdził, że nałożone obowiązki nie spełniają wymogu

proporcjonalności i są nadmierne w stosunku do zamierzonego celu. Zdaniem powoda przemawiało to za uznaniem, że Prezes UKE wydając zaskarżoną decyzję naruszył przepisy art. 34, art. 36, art. 37 w zw. z art. 25 ust. 4 Pt oraz art. 40 ust. 1 w zw. z art. 24 pkt 2 lit a Pt.

W ocenie (...) po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego i dokonaniu ustaleń dotyczących problemów konkurencyjnych związanych z działalnością przedsiębiorców telekomunikacyjnych, Prezes UKE – wskutek nierównego traktowania występujących na rynku przedsiębiorców – wydając zaskarżoną decyzję naruszył art. 40 ust. 1 PT w zw. z art. art. 1 ust. 2 pkt 1, art. 189 ust. 2 pkt 1 i art. 25 ust. 4 PT poprzez stworzenie warunków niesprzyjających rozwojowi równoprawnej i skutecznej konkurencji na rynku usług telekomunikacyjnych. Nałożył bowiem na (...) obowiązek określony w art. 40 ust. 1 PT a w przypadku (...) poprzestał na nałożeniu obowiązku opartego na art. 44 PT, zakazującym stosowania zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń w należącej do (...) publicznej ruchomej sieci telefonicznej. Powód wskazał także, iż utrzymanie obowiązku, o którym mowa w art. 40 PT, polegającym na ustalaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone przez (...) koszty, narusza art. 13 ust. 1 i ust. 3 Dyrektywy o dostępie, ponieważ umożliwia Prezesowi UKE prowadzenie kontroli opłat stosowanych przez (...) w sposób arbitralny, w oderwaniu od kosztów ponoszonych przez powoda w związku ze świadczeniem usługi zakańczania połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...). Powód argumentował, że obowiązująca od dnia 6 lipca 2009r. nowelizacja art. 40 PT, mająca zastosowanie do przedmiotowego postępowania, pozwala Prezesowi UKE w oderwaniu od kosztów ponoszonych przez operatorów o znaczącej pozycji rynkowej, w sposób arbitralny prowadzić kontrolę wysokości opłat pobieranych za świadczone przez tych operatorów usługi. Pierwszym etapem kontroli jest właśnie nałożenie obowiązku określonego w art. 40 ust. 1 PT. Według powoda przepis art. 40 Pt w nowym brzmieniu jest sprzeczny z art. 13 Dyrektywy o dostępie. Pozwala bowiem Prezesowi UKE na ustalenie wysokości opłat na poziomie niższym od kosztów świadczenia usługi z uwagi na wyłączenie z procesu weryfikacji opłat przesłanki kosztów świadczenia usługi. Powód stwierdził, że wobec sprzeczności art. 40 PT po nowelizacji z art. 13 Dyrektywy o dostępie, na zasadzie pierwszeństwa przepisów prawa wspólnotowego, Sąd winien uznać, że wydanie zaskarżonej decyzji w zakresie w jakim została oparta na przepisie art. 40 PT było pozbawione podstawy prawnej co uzasadnia jej uchylenie co najmniej w tym zakresie.

Zdaniem powoda ze względu na rażące uchybienia zaistniałe w postępowaniu administracyjnym, polegające na braku prawidłowego przeprowadzenia procedury konsultacyjnej i konsolidacyjnej, zaskarżona decyzja powinna zostać uchylona. Powód dodał, że wskutek niewłaściwie przeprowadzonej analizy rynku i błędnego zdiagnozowania problemów konkurencyjnych brak jest możliwości należytej weryfikacji prawidłowości zaskarżonej decyzji w zakresie nałożonych w niej obowiązków regulacyjnych, co również uzasadnia żądanie jej uchylenia.

Uzasadniając wniosek ewentualny o zmianę zaskarżonej decyzji powód stwierdził, że Prezes UKE nie wykazał, iż na określonym w decyzji rynku nie występowała skuteczna konkurencja. Zdaniem powoda w odwołaniu wykazano, że rynek jest dostatecznie konkurencyjny z uwagi na występowanie na nim równoważącej siły nabywczej po stronie pozostałych operatorów.

Powód uzasadnił też wniosek o zmianę decyzji w zakresie obowiązku wynikającego z art. 40 ust. 1 Pt.

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej w odpowiedzi wniósł o odrzucenie odwołania w części dotyczącej obu zaskarżonych przez (...) postanowień wydanych przez Prezesa Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów i oddalenie odwołania w pozostałej części, ewentualnie o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od powoda kosztów zastępstwa procesowego. Jednocześnie Prezes UKE podniósł, że Prezes UOKiK nie może być (jak to uważa powód) zainteresowanym w prowadzonym postępowaniu, ponieważ byłoby to niezgodne z przepisem art. 479<sup>(61)</sup> § 2 k.p.c., w myśl którego zainteresowanym może być tylko ten, kto uczestniczył w postępowaniu przed Prezesem UKE na prawach strony a jego prawa i obowiązki zależą od rozstrzygnięcia procesu. Pozwany wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy i przekazanych Sądowi Okręgowemu nr (...) powołanych na okoliczność prawidłowego prowadzenia postępowania administracyjnego oraz dokonania właściwych ustaleń faktycznych i oddalenie wniosku (...) o dopuszczenie dowodów wskazanych w odwołaniu. Zarzuty

powoda podniesione w uzasadnieniu odwołania Prezes UKE ocenił jako nieuzasadnione i nie dające podstaw do uchylenia lub zmiany zaskarżonej decyzji.

Uzasadniając swoje stanowisko Prezes UKE stwierdził, że zaskarżona decyzja została wydana na podstawie obowiązujących przepisów prawa. Nie zgodził się z zarzutem, że niedopuszczalne było wydanie zaskarżonej decyzji w oparciu o wytyczne Komisji Europejskiej, które nie zostały opublikowane w języku polskim. Wskazał, że przepisy unijne zostały implementowane do ustawy Prawo Telekomunikacyjne a decyzja została wydana na podstawie przepisów tej ustawy. Podkreślił, że wytyczne mają charakter wyłącznie pomocniczy a obowiązki regulacyjne nałożone na (...) zostały określone na podstawie obowiązujących przepisów PT, wobec tego zarzut oparcia zaskarżonej decyzji na niepublikowanych wytycznych nie ma znaczenia dla jej mocy obowiązującej. Pozwany nie zgodził się też z zarzutem naruszenia art. 25 ust.2 PT poprzez wydanie zaskarżonej decyzji bez prawidłowego uzgodnienia z Prezesem UOKiK z naruszeniem trybu współdziałania organów.

Odpowiadając na zarzut naruszenia art. 15 PT w zw. z art. 18 PT oraz art. 7 ust. 3 i ust. 4 Dyrektywy ramowej poprzez niepoddanie ostatecznego kształtu zaskarżonej decyzji postępowaniu konsultacyjnemu i konsolidacyjnemu Prezes URE oświadczył, że w jego opinii charakter zmiany dokonanej w projekcie decyzji po przeprowadzeniu procesu konsultacji i konsolidacji nie zobowiązywał do poddania projektu decyzji ponownemu procesowi konsolidacji. Zdaniem pozwanego zniesienie obowiązków regulacyjnych określonych w art. 34 ust. 2 pkt 1, 3 i 8 Pt nie wpływa na handel między Państwami Członkowskimi. Z przeprowadzonej przez Prezesa UKE analizy rynku wynikało, że (...) nie świadczy usług które wskazywałyby na wykonywanie obowiązków określonych w art. 34 ust. 2 pkt 1, 3 i 8 PT, wobec braku zainteresowania rynku tymi usługami. Z tego względu zniesienie obowiązków w zakresie powiązanych z nimi form dostępu nie mogło mieć – zdaniem Prezesa UKE – wpływu na stosunki handlowe między Państwami Członkowskimi.

Wyrokiem z dnia 2 października 2012 r. Sąd Okręgowy W Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił zaskarżoną decyzję i zasądził od Skarbu Państwa Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz (...) S.A. z siedzibą w W. kwotę 837 zł tytułem kosztów postępowania. Podstawą rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego były następujące ustalenia:

(...) odpowiadając na pismo Prezesa UKE z dn. 11 lipca 2008r., pismem z dn. 21 sierpnia 2008 r. przekazała Prezesowi UKE dane potrzebne do analizy rynku zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej tego operatora.

W dniu 19 lutego 2009r. Prezes UKE zawiadomił (...) o wszczęciu postępowania w sprawie wyznaczenia tego operatora jako przedsiębiorcy zajmującego znaczącą pozycję na rynku zakańczania połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) i nałożenia obowiązków regulacyjnych. W dniu 15 kwietnia 2009r. rozpoczęło się postępowanie konsultacyjne w przedmiocie projektu decyzji Prezesa UKE, której dotyczyło prowadzone z udziałem (...) postępowanie. W ramach konsultacji trwających do dnia 15 maja 2009r. swoje stanowiska złożyły (...) oraz (...) Sp. z o.o. – operator sieci (...).

Również w dniu 15 kwietnia 2009r. Prezes UKE notyfikował projekt decyzji dotyczącej (...) Komisji Europejskiej, która pismem z dnia 15 maja 2009r. przedstawiła swoje uwagi odnoszące się do projektu decyzji.

Dnia 9 czerwca 2009r. Prezes UKE przekazał projekt decyzji Prezesowi UOKiK w ramach współdziałania celem przedstawienia stanowiska. W postanowieniu z dnia 7 lipca 2009r. Prezes UOKiK stwierdził, że na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych zgodnym z obszarem ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) nie występuje skuteczna konkurencja, (...) zajmuje na tym rynku znaczącą pozycję i zasadne jest utrzymanie nałożonych na (...) decyzją z dn. 17 lipca 2006r. nr (...) obowiązków, o których mowa w art. 36, 37 i 40 Pt (Decyzja (...) 2006) oraz zmiana obowiązku, o którym mowa w art. 34 Pt w sposób wskazany w projekcie decyzji.

(...) w piśmie z dn. 17 lipca 2009r. przedstawiła końcowe stanowisko w sprawie, wskazując, że w projekcie decyzji nie został uwzględniony postulat (...) dotyczący usunięcia obowiązku wynikającego z art. 34 PT oferowania usług na

warunkach hurtowych w celu ich dalszej odsprzedaży. Prezes UKE po uwzględnieniu uwagi (...), w dniu 6 sierpnia 2009r. przekazał zmieniony projekt decyzji Prezesowi UOKiK, wskazując na konieczność ponownego przedstawienia stanowiska Prezesa UOKiK. W dniu 20 sierpnia 2009r. Prezes UOKiK wydał Postanowienie Zmieniające, w którym zgodził się z treścią decyzji Prezesa UKE po wprowadzeniu zmian.

W ramach prowadzonego postępowania konsolidacyjnego Komisja Europejska pismem z dnia 24 kwietnia 2009r. wezwała Prezesa UKE do przedstawienia dodatkowych informacji. Żądane informacje Prezes UKE przedstawił Komisji Europejskiej w piśmie z dnia 29 kwietnia 2009r.

Pismem z dnia 18 sierpnia 2009 r. (...), po zapoznaniu się z zebrany w postępowaniu materiałem, wskazała na potrzebę ponownego poddania projektu decyzji, zawierającego wprowadzone zmiany dotyczące zakresu obowiązku z art. 34 PT, procedurze konsultacyjnej.

W dniu 20 września 2009r. Prezes UKE wydał zaskarżoną decyzję, utrzymując nałożone na (...) decyzją (...) 2006 obowiązki, o których mowa w art. 36, 37 i art. 40 Pt i zmieniając częściowo katalog obowiązków określonych w art. 34 Pt.

Sąd Okręgowy podkreślił, iż okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu postępowania administracyjnego poprzedzającego wydanie przez Prezesa UKE zaskarżonej decyzji są bezsporne.

Odnosząc się do podniesionego w odwołaniu zarzutu, iż Prezes UKE nie przedstawił Komisji Europejskiej projektu decyzji, mimo że po zakończeniu postępowania konsultacyjnego wprowadził w tym projekcie zmiany w porównaniu z wersją przedstawioną uprzednio Komisji Europejskiej w ramach postępowania konsolidacyjnego, Sąd pierwszej instancji nie zgodził się ze stanowiskiem przedstawionym przez Prezesa UKE, iż ze względu na charakter wprowadzonych do projektu decyzji zmian ponowne prowadzenie procedury konsolidacyjnej nie było konieczne. Sąd ten wskazał, że zgodnie z treścią art. 18 PT, jeśli rozstrzygnięcia, o których mowa w art. 15 PT mogą mieć wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi, Prezes UKE równocześnie z postępowaniem konsultacyjnym rozpoczyna postępowanie konsolidacyjne przesyłając Komisji Europejskiej oraz organom regulacyjnym innych państw członkowskich projekty rozstrzygnięć wraz z ich uzasadnieniem. Sąd Okręgowy podkreślił, że art. 18 PT stanowi implementację art. 7 ust. 3 Dyrektywy 2002/21/WE zwanej Dyrektywą ramową, który również przewiduje obowiązek przesyłania Komisji Europejskiej i organom regulacyjnym innych państw członkowskich projektu decyzji z uzasadnieniem. W ocenie Sądu pierwszej instancji z akt sprawy nie wynika, że Prezes UKE przesłał choćby za pierwszym razem projekt decyzji w ramach konsolidacji organom regulacyjnym innych państw członkowskich. Pozwany poprzestał jedynie na przesłaniu projektu decyzji z uzasadnieniem Komisji Europejskiej. Bezsporne jest natomiast, że po wprowadzeniu zmian do projektu po zakończeniu konsultacji krajowych Prezes UKE nie przesłał Komisji Europejskiej i organom regulacyjnym państw członkowskich nowej wersji projektu decyzji.

Sąd pierwszej instancji zauważył, iż prawo telekomunikacyjne nie określa, jakie rozstrzygnięcia Prezesa UKE zawarte w decyzjach regulacyjnych mogą mieć znaczący wpływ na stosunki handlowe państw członkowskich. Zgodnie zaś z pkt 38 preambuły do Dyrektywy ramowej środki, które mogą oddziaływać na stosunki handlowe pomiędzy państwami członkowskimi, to takie środki, które mogą mieć wpływ pośredni albo bezpośredni, rzeczywisty lub potencjalny na strukturę wymiany handlowej między państwami członkowskimi w sposób stwarzający bariery w funkcjonowaniu jednolitego rynku. Są to środki, które mają znaczący wpływ na operatorów i użytkowników w innych państwach członkowskich. Musi istnieć oddziaływanie na działalność gospodarczą transgraniczną związaną co najmniej z dwoma państwami członkowskimi (Komisja Europejska, Wytyczne w sprawie pojęcia wpływu na handel, pkt 21). Są to więc środki, które oddziałują na zdolność świadczenia usług łączności elektronicznej przedsiębiorstwa mającego siedzibę w innym państwie członkowskim, oddziałują na strukturę i dostęp do rynku ze skutkiem dla przedsiębiorstw w innych państwach członkowskich.

Przebieg procedury konsolidacji określa art. 19 PT. Komisja Europejska i organy państw członkowskich mają określone terminy na przedstawienie swojego stanowiska lub wystąpienia z żądaniem udzielenia wyjaśnień. Jeżeli Komisja Europejska nie ma żadnych wątpliwości odnośnie treści projektu decyzji – nie ma obowiązku przedstawienia

swej pozytywnej opinii, może poprzestać na milczącym wyrażeniu aprobaty. Zdaniem Sądu Okręgowy z treści przywołanych przepisów nie wynika jednak, że Prezesowi UKE służy w jakimkolwiek przypadku uprawnienie do samodzielnego decydowania, czy projektowana decyzja będzie lub nie będzie wywierała wpływ na stosunki handlowe państw członkowskich. Z tego względu Sąd pierwszej instancji uznał, iż na Prezesie UKE ciąży bezwzględny obowiązek notyfikowania Komisji Europejskiej każdorazowo projektu decyzji po wprowadzeniu zmian obejmujących obowiązki regulacyjne. Jakkolwiek Prezes UKE nie jest związany przedstawionym Komisji Europejskiej projektem wraz z uzasadnieniem, to jednak jeśli dokona następnie zmian w treści rozstrzygnięcia wraz z uzasadnieniem – szczególnie w zakresie obowiązków regulacyjnych – ma obowiązek ponownie przedstawić treść nowego projektu rozstrzygnięcia z uzasadnieniem Komisji Europejskiej. Zdaniem Sądu Okręgowego obowiązek taki nie powstaje tylko wówczas, gdy po notyfikacji rozstrzygnięcie pozostało niezmienione. Jeżeli jednak treść rozstrzygnięcia została następnie zmieniona, choćby w takim zakresie, jak miało to miejsce w analizowanej sprawie, decyzja co do tego, czy istnieje konieczność ponownego przedstawienia Komisji Europejskiej projektu w nowym brzmieniu, nie należy do Prezesa UKE. Decydując bowiem samodzielnie o tym, czy istnieje konieczność ponownej notyfikacji projektu decyzji, Prezes UKE naraża się na zarzut naruszenia art. 18 PT.

Sąd Okręgowy nie uznał za słuszną argumentacji Prezesa UKE, że zmiana dotyczyła postulowanego przez (...) ograniczenia obowiązków, o których mowa w art. 34 PT, nałożonych na powoda Decyzją (...) 2006. Skoro bowiem Decyzja (...) 2006 również podlegała procedurze konsultacyjnej to wprowadzone zmiany również powinny być taką procedurą objęte. Zdaniem Sądu pierwszej instancji prawidłowe przeprowadzenie postępowania konsolidacyjnego stanowi warunek sine qua non wydania decyzji regulacyjnej, zaś jego pominięcie musi prowadzić do uznania, że zaskarżona decyzja została wydana z naruszeniem obowiązujących przepisów prawa materialnego i w związku z tym zasługuje na uchylenie na podstawie art. 479<sup>64</sup> § 2 k.p.c. Z uwagi na doniosłość przedstawionego zarzutu Sąd Okręgowy uznał, iż nie było konieczności rozpatrywania innych zarzutów odwołania, również odnoszących się do wydanych w sprawie postanowień Prezesa UOKiK. O kosztach postępowania Sąd pierwszej instancji orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. stosownie do wyniku sporu. Sąd na zasadzie art. 102 k.p.c. nie obciążył Prezesa UOKiK obowiązkiem zwrotu na rzecz powoda kosztów postępowania, mając na uwadze, że udział tego organu w postępowaniu odwoławczym był znikomy i został wywołany przez samego powoda, który w odwołaniu określił Prezesa UOKiK jako zainteresowanego.

Powyższy wyrok Sądu Okręgowego w całości zaskarżył apelacją pozwany Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, zarzucając:

### **1. naruszenie przepisów postępowania, tj.**

a) art. 479<sup>(64)</sup> § 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 29 września 2009 r. nr (...) (dalej jako „Decyzja”), oraz art. 479<sup>(64)</sup> § 2 k.p.c., 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;

b) art. 233 § 1 k.p.c. polegające na dowolnej ocenie dowodów w sposób niewszechstronny poprzez wybiórcze odniesienie się dowodu w postaci przedstawienia do konsolidacji krajowym organom regulacyjnym (dalej jako (...)) innych Państw Członkowskich skarżonej Decyzji Prezesa UKE;

c) art. 328 § 2 k.p.c., poprzez wadliwe uzasadnienie wyroku,

- które to naruszenia miały wpływ na wynik sprawy.

**2. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.** art. 18 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 ze zm.), poprzez jego wadliwą wykładnię i:

- uznanie, że Prezes UKE nie dokonał procedury konsolidacji z KOR innych Państw Członkowskich;

- uznanie, iż Prezes UKE powinien dokonywać ponownej konsolidacji w sytuacji, gdy zmniejszył w projekcie decyzji zakres obowiązków regulacyjnych nałożonych na (...), a ten zmieniony zakres nie miał wpływu na stosunki handlowe pomiędzy Państwami Członkowskimi.

Wskazując na powyższe zarzuty pozwany wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez oddalenie w całości odwołania (...) S.A. z siedzibą w W. od skarżonej Decyzji oraz zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji oraz zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

W toku postępowania apelacyjnego z dniem 27 maja 2013 r. uległa zmianie firma powoda z (...) S.A. na (...) S.A.

Powód (...) S.A. wnosił o oddalenie apelacji w całości i zasądzenie od Prezesa UKE na rzecz powoda kosztów procesowych, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

***Apelacja nie zasługiwała na uwzględnienie, bowiem ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd pierwszej instancji w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia sprawy są prawidłowe, zaś argumentacja prawna – poprawna. Sąd Apelacyjny w pełni je podziela i przyjmuje za własne, uzupełniając je w niewielkim zakresie.***

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 479<sup>(64)</sup> § 1 i 2 k.p.c. zważyć należy, iż w szczególnym postępowaniu, jakie jest przeprowadzane w sprawach o charakterze regulacyjnym, Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów 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<sup>(64)</sup> § 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. Uzupełniając 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<sup>(31a)</sup> § 3 k.p.c. i art. 479<sup>(64)</sup> § 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 dalej 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. Analizując problem pozycji sądu powszechnego w postępowaniu z odwołania od decyzji Prezesa UKE pamiętać trzeba o faktycznych możliwościach działania Sądu i odmienności jego kompetencji od kompetencji organu administracyjnego. Niektórych czynności z zakresu postępowania administracyjnego Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie ma bowiem możliwości przeprowadzić. Odnosi się to zwłaszcza do możliwości przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego (art. 15 PT) lub postępowania konsolidacyjnego (art. 18 PT), które należą do wyłącznej kompetencji organu regulacyjnego. Zasadnie wskazuje się w literaturze, iż „Wyrok uchylający decyzję Prezesa Urzędu jest orzeczeniem kończącym tylko postępowanie sądowe i może zostać wydany np. w przypadku, gdy sprawa nie należała w ogóle do kompetencji Prezesa albo dotknięta jest wadą formalną wymagającą ponownego (w całości lub części) przeprowadzenia postępowania administracyjnego" (M. Manowska, *Postępowanie sądowe w sprawach gospodarczych*, Warszawa 2008 r., s. 234). Skoro więc przed Sądem pierwszej instancji nie było możliwe usunięcie wadliwości postępowania administracyjnego – słuszne było zatem uchylenie zaskarżonej decyzji.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., wskazać należy iż zgodnie z tym przepisem sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Przepis ten przyznaje więc sądowi swobodę w ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a zarzut naruszenia tego uprawnienia tylko wtedy może być uznany za usprawiedliwiony, jeżeli sąd zaprezentuje rozumowanie sprzeczne z regułami logiki bądź z doświadczeniem życiowym. Dla skuteczności zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie wystarcza zatem jedynie stwierdzenie o wadliwości dokonanych ustaleń faktycznych, odwołujące się do stanu faktycznego, który w przekonaniu skarżącego odpowiada rzeczywistości. Konieczne jest tu wskazanie przyczyn dyskwalifikujących postępowanie sądu w tym zakresie.

Z uzasadnienia apelacji wynika, iż zdaniem pozwanego Sąd pierwszej instancji dopuścił się naruszenia powyżej wskazanego przepisu z tego względu, że ani w ramach ustaleń faktycznych, ani też w ramach podstawy prawnej wyroku, nie wziął pod uwagę faktu, iż skarżona Decyzja została przesłana w ramach konsolidacji krajowym organom regulacyjnym innych Państw Członkowskich. Pozwany powołał się na swoje pismo z dnia 15 kwietnia 2009 r., adresowane zarówno do Komisji Europejskiej, jak i do KOR innych Państw Członkowskich. Ponadto pozwany podniósł, iż zgodnie z Zaleceniem Komisji z dnia 15 października 2008 r. w sprawie notyfikacji, terminów i konsultacji przewidzianych w art. 7 dyrektywy 2002/21 /WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej: „Notyfikacje należy przysyłać drogą elektroniczną za potwierdzeniem odbioru. Uznaje się, że dokumenty przesłane za pośrednictwem poczty elektronicznej odbierane są przez adresata w dniu ich wysłania. Notyfikacje będą rejestrowane w kolejności odbioru. Notyfikacje staną się skuteczne w dniu ich zarejestrowania przez Komisję (dalej: „data rejestracji”). Data rejestracji będzie datą otrzymania przez Komisję kompletnej notyfikacji.

Na stronie internetowej Komisji zostanie opublikowane ogłoszenie, które zostanie przesłane także drogą elektroniczną wszystkim krajowym organom regulacyjnym, dotyczące daty rejestracji notyfikacji jej przedmiotu oraz otrzymanej dokumentacji uzupełniającej.” Zdaniem Prezesa, zawiadamiając Komisję drogą elektroniczną (potwierdzenie zarejestrowania notyfikacji pod nr (...) dnia 15 kwietnia 2009 r.), zawiadomił on jednocześnie organy regulacyjne innych państw członkowskich, wypełniając tym samym dyspozycje wspomnianego Zalecenia oraz ustawy Prawo telekomunikacyjne, gdyż zawiadomienie innych KOR następuje za pośrednictwem Komisji, która po zarejestrowaniu danej notyfikacji informuje dalej pozostałe krajowe organy regulacyjne o dacie i przedmiocie notyfikacji, a także otrzymanej dokumentacji. Powyższa procedura była zastosowana również w niniejszej sprawie, zaś Sąd pierwszej instancji w uzasadnieniu wyroku w ogóle nie odniósł się do tej kwestii, pomijając zarówno procedurę wynikającą z

Zalecenia KE, jak i fakt, iż pismo Prezesa UKE z dnia 15 kwietnia 2009 r. kierowane było zarówno do Komisji, jak i do KOR innych Państw Członkowskich. Za niezasadne więc uznał pozwany twierdzenia Sądu pierwszej instancji, że przedmiotowy projekt decyzji dla rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) nie został przekazany innym organom regulacyjnym. Zdaniem apelującego dokładna analiza akt sprawy przekazanych przez Prezesa UKE do SOKiK wraz z odwołaniem, wnikliwe zapoznanie się z treścią pisma Prezesa UKE z dnia 15 kwietnia 2009 r., adresowanego zarówno do Komisji Europejskiej, jak i do KOR innych Państw Członkowskich, doprowadziłaby Sąd pierwszej instancji do innych wniosków. Skoro więc Sąd Okręgowy nie odniósł się do dokumentu urzędowego – tj. wyżej wymienionego pisma Prezesa UKE – tym samym naruszył przepis art. 233 § 1 k.p.c.

W ocenie Sądu Apelacyjnego powyższy zarzut jest częściowo zasadny. Niewątpliwie bowiem pismo Prezesa UKE z dnia 15 kwietnia 2009 r., adresowane było zarówno do Komisji Europejskiej, jak i do KOR innych Państw Członkowskich, na co Sąd pierwszej instancji powinien był zwrócić uwagę. Zalecenie Komisji z dnia 15 października 2008 r. w sprawie notyfikacji, terminów i konsultacji przewidzianych w art. 7 dyrektywy 2002/21 /WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej jest aktem prawa wspólnotowego służącym prawidłowemu wykonywaniu postanowień tej dyrektywy, opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 listopada 2008 r. (Dz.U.UE.L.2008.301.23), zatem powinien być znany Sądowi Państwa Członkowskiego stosującemu to prawo, w tym sposób zgłaszania KE notyfikacji i jej rejestracji przez Komisję oraz wynikających z tego faktu skutków. Pogląd Sądu pierwszej instancji, iż brak jest dowodu powiadomienia krajowych organów regulacyjnych (KOR) o pierwotnym projekcie decyzji jest zatem błędny, co jednak nie wpływa na prawidłowość rozstrzygnięcia. Przyczyną uchylecia zaskarżonej decyzji nie było bowiem błędne przekonanie Sądu pierwszej instancji o zaistnieniu takiego rzekomego uchybienia, ale uznanie, iż zmieniony projekt decyzji powinien być ponownie poddany procedurze konsolidacyjnej, co bezspornie nie miało miejsca.

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. Zarzut taki może być skutecznie podniesiony jedynie wyjątkowo, gdy z powodu istotnych braków uzasadnienia całkowicie uniemożliwiona jest kontrola instancyjna (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 października 20120 r., sygn.. akt I UK 111/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 lutego 2008 r., sygn. akt III CSK 264/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 czerwca 2009 r. sygn.. akt I UK 403/08, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 października 2009 r., sygn. akt I UK 129/09). O uchybieniu przepisowi art. 328 § 2 k.p.c. można więc mówić jedynie wtedy, gdyby uzasadnienie zaskarżonego orzeczenia nie zawierało danych pozwalających na kontrolę tego orzeczenia (A. Zieliński, [w:] Kodeks postępowania cywilnego, T I, A. Zieliński (red.), Warszawa 2005, s. 791). W sprawie niniejszej Prezes UKE podnosił, że „Sąd nie wyjaśnił motywów podjętego rozstrzygnięcia”, a przedstawione motywy „nie pozwalają na przeprowadzenie kontroli zaskarżonego orzeczenia i odczytania rzeczywistych motywów wydanego wyroku”. Wbrew tym twierdzeniom SOKiK jasno przedstawił motywy rozstrzygnięcia wskazując na naruszenie art. 18 w zw. z art. 15 PT. Sąd pierwszej instancji uznał, że zmiana sentencji decyzji jest zmianą istotną – dotyczy bowiem usunięcia obowiązków regulacyjnych. Proces konsolidacji powinien więc być przeprowadzony ponownie co do zmienionego projektu rozstrzygnięcia, bowiem dotychczas przeprowadzone postępowanie konsolidacyjne dotyczyło innego projektu rozstrzygnięcia. Uzasadnienie zaskarżonego wyroku poddaje się tym samym kontroli instancyjnej, bowiem można prześledzić tok argumentacji Sądu pierwszej instancji i poddać ją ocenie w świetle zasad logicznego rozumowania.

Przechodząc do oceny zarzutu naruszenia prawa materialnego, tj. art. 18 w zw. z art. 15 pkt 1 i 2 PT, wskazać należy, iż uchybienia temu przepisowi pozwany upatrywał w jego błędnej wykładni tj.:

- uznaniu przez Sąd pierwszej instancji, że Prezes UKE nie dokonał procedury konsolidacji Decyzji z krajowymi organami regulacyjnymi innych Państw Członkowskich oraz
- uznaniu, iż Prezes UKE powinien dokonywać ponownej konsolidacji w sytuacji, gdy zmniejszył w projekcie decyzji zakres obowiązków regulacyjnych nałożonych na (...), a ten zmieniony zakres nie miał wpływu na stosunki handlowe pomiędzy Państwami Członkowskimi.

Pierwszy z tych zarzutów został błędnie sformułowany. Uznanie bowiem, iż pozwany nie dokonał procedury konsolidacji decyzji z krajowymi organami regulacyjnymi innych Państw Członkowskich nie należy do sfery wykładni prawa, ale stanowi kwestię ustaleń faktycznych, bowiem przepis art. 18 PT nie pozostawiał wątpliwości co do tego, czy projekt decyzji powinien być notyfikowany organom regulacyjnym innych państw członkowskich i nie wymagał w tym zakresie wykładni. Artykuł ten stanowił (w brzmieniu obowiązującym w dacie wydawania zaskarżonej decyzji), iż : „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”. Z kolei w myśl art. 15 PT (również w brzmieniu poprzednio obowiązującym) 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 uchylenia 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.”

Mając więc na uwadze treść powyższych przepisów należało dojść do wniosku, iż skoro Prezes UKE poddał pierwotny projekt decyzji procedurze konsolidacyjnej, to winna ona obejmować nie tylko notyfikację w Komisji Europejskiej, ale także wobec KOR Państw Członkowskich. Kwestia zaś, czy zostało to dokonane należy do sfery faktu, a nie wykładni prawa. Zagadnienie to zostało szczegółowo omówione przy ocenie zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., brak jest zatem potrzeby przeprowadzenia ponownych rozważań w tym zakresie.

Szerszego rozważenia wymaga natomiast drugi ze sformułowanych zarzutów naruszenia prawa materialnego.

Z art. 18 PT wynika, iż obowiązek przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego powstaje wówczas, gdy projektowana decyzja należy do kategorii rozstrzygnięć określonych w art. 15 PT a ponadto rozstrzygnięcie to mogłoby mieć wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi. Jak podnosi się w literaturze (vide: Maciej Rogalski (red.), Krzysztof Kawalek Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, LEX, 2010, Nr 86078, komentarz do art. 18 PT) : „1. 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 (...), 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 (...) 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, (...) 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, (...) i inne krajowe organy regulacyjne. Krajowe organy regulacyjne, (...) i KE mogą przedstawić swoje uwagi danemu krajowemu organowi regulacyjnemu wyłącznie w terminie jednego miesiąca. Termin ten nie może zostać przedłużony.

2. Środki, które mogą oddziaływać na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi, to środki, które mogą mieć wpływ, pośredni albo bezpośredni, rzeczywisty lub potencjalny, na strukturę wymiany handlowej pomiędzy państwami członkowskimi w taki sposób, że będzie to za sobą pociągało bariery w funkcjonowaniu jednolitego rynku. Są to środki, które mają znaczący wpływ na operatorów i użytkowników w innych państwach, w tym m.in. środki wpływające na cenę dla użytkowników w innych państwach członkowskich, środki, które oddziałują na zdolność świadczenia usług w zakresie łączności elektronicznej przedsiębiorstwa mającego siedzibę w innym państwie członkowskim oraz w szczególności środki, które oddziałują na zdolność świadczenia usług transgranicznych oraz na strukturę i dostęp do rynku ze skutkiem dla przedsiębiorstw w innych państwach członkowskich.

3. Na podstawie art. 19 dyrektywy 2002/21/WE zostało wydane zalecenie Urzędu Nadzoru EFTA nr 193/04/ COL z dnia 14 lipca 2004 r. w sprawie powiadomień, terminów i konsultacji przewidzianych w art. 7 dyrektywy 2002/21/WE (Dz. Urz. UE L 113 z 27.04.2006, s. 10). **Celem tego zalecenia jest zapewnienie, aby decyzje podejmowane na szczeblu krajowym nie oddziaływały negatywnie na funkcjonowanie Porozumienia Europejskiego Obszaru Gospodarczego ani na realizację celów określonych w nowych ramach regulacyjnych**. W tym celu krajowe organy regulacyjne muszą powiadomić Urząd Nadzoru EFTA oraz pozostałe krajowe organy regulacyjne w państwach EOG o projektowanych środkach zidentyfikowanych w art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21/WE. Dodatkowym wymogiem dla krajowych organów regulacyjnych jest uzyskanie zezwolenia Urzędu Nadzoru EFTA na nałożenie obowiązków ujętych w art. 8 ust. 3 dyrektywy 2002/19/WE. **Drugim zaleceniem wydanym na podstawie art. 19 dyrektywy 2002/21/WE jest zalecenie KE z dnia 15 października 2008 r. w sprawie notyfikacji, terminów i konsultacji przewidzianych w art. 7 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (notyfikowana jako dokument nr C(2008) 5925) (Dz. Urz. UE L 301 z 12.11.2008, s. 23.). Celem tego zalecenia jest zapewnienie, że decyzje podejmowane na poziomie krajowym nie mają negatywnego wpływu na jednolity rynek ani na cele określone w ramach regulacyjnych.** Krajowe organy regulacyjne muszą powiadomić KE oraz inne organy regulacyjne o projekcie środków przewidzianych w art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21/WE. Dodatkowym wymogiem jest konieczność uzyskania przez krajowe organy regulacyjne zezwolenia KE na nałożenie obowiązków objętych zakresem przepisów art. 8 ust. 3 dyrektywy 2002/19/WE (zob. R. Lipko, Zalecenia Komisji Europejskiej dotyczące art. 7 Dyrektywy Ramowej, Biul. URTiP 2003, nr 6, s. 24 i n.).

4. (...) 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**. Postępowanie konsolidacyjne będzie musiało być stosowane w celu uzyskania zgody KE na nałożenie na przedsiębiorców o znaczącej pozycji rynkowej innych obowiązków niż przewidziane w ustawie (art. 44). **Zgodnie więc z art. 18 w zw. z art. 15 (zob. także art. 8 ust. 4 dyrektywy 2002/19/WE), przed nałożeniem obowiązku regulacyjnego, np. z tytułu dostępu telekomunikacyjnego, Prezes UKE powinien przeprowadzić postępowanie konsolidacyjne.**”

Osią sporu w sprawie niniejszej jest zagadnienie istnienia bądź nieistnienia obowiązku przeprowadzenia ponownego postępowania konsolidacyjnego w przypadku zmiany pierwotnego projektu decyzji. Przepis art. 18 PT ani w brzmieniu

poprzednio obowiązującym, ani w brzmieniu obecnym, kwestii tej nie rozstrzygał. Również art. 19 w brzmieniu obowiązującym w dacie wydawania decyzji, nie określał wprost takiego obowiązku, stanowiąc jedynie w ust. 1, iż: „1. Jeżeli Komisja Europejska i organy regulacyjne innych państw członkowskich wyrażą w terminie, o którym mowa w art. 16 ust. 2, stanowisko do projektu rozstrzygnięcia, Prezes UKE niezwłocznie uwzględni to stanowisko w możliwie najszerszym zakresie.” Od 21 stycznia 2013 r. przepis art. 19 obowiązuje w następującym brzmieniu :

„Art. 19. 1. Prezes UKE przyjmuje rozstrzygnięcie uwzględniając w możliwie najszerszym zakresie przedstawione, w terminie jednego miesiąca od dnia otrzymania projektu rozstrzygnięcia, opinie Komisji Europejskiej, (...) lub organu regulacyjnego innego państwa. O przyjęciu rozstrzygnięcia Prezes UKE zawiadamia Komisję Europejską.

2. Jeżeli w zakresie ustalenia znaczącej pozycji rynkowej oraz w zakresie zamiaru zdefiniowania rynku właściwego różnego od tych, które zdefiniowano w zaleceniu Komisji Europejskiej w sprawie właściwych rynków produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji ex ante, zwanym dalej "zaleceniem Komisji", Komisja Europejska poinformuje Prezesa UKE o swojej opinii, w której stwierdzi, że proponowane rozstrzygnięcie stanowi przeszkodę w funkcjonowaniu jednolitego rynku lub o swoich poważnych wątpliwościach co do zgodności tego środka z przepisami prawa Unii Europejskiej, Prezes UKE zawieszają postępowanie na okres 2 miesięcy. W przypadku gdy w tym okresie Komisja Europejska wyda decyzję, w której wezwie do wycofania w całości lub w części projektu rozstrzygnięcia, Prezes UKE uwzględni stanowisko Komisji Europejskiej i dokonuje zmiany projektu rozstrzygnięcia lub umarza postępowanie w terminie 6 miesięcy od dnia wydania decyzji przez Komisję Europejską.

2a. W przypadku dokonania przez Prezesa UKE zmiany projektu rozstrzygnięcia na podstawie ust. 2 stosuje się przepisy art. 15-20. Nie stanowi zmiany projektu rozstrzygnięcia zmiana uzasadnienia tego projektu.

2b. Prezes UKE przekazuje Komisji Europejskiej i (...) informacje o wszystkich przyjętych ostatecznie rozstrzygnięciach, o których mowa w art. 18.

3. Prezes UKE uwzględnia przy stosowaniu ustawy w największym możliwym stopniu wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie analizy rynku i ustalania znaczącej pozycji rynkowej oraz zalecenie Komisji w ich aktualnym brzmieniu, a w przypadku odstąpienia od ich stosowania powiadamia Komisję Europejską, uzasadniając swe stanowisko.”

Jak wynika z powyższego – w obecnym stanie prawnym, zgodnie z ust. 2a tego artykułu 19 PT, w przypadku dokonania zmian projektu decyzji w uwzględnieniu stanowiska Komisji konieczne jest ponowne przeprowadzenie zarówno postępowania konsultacyjnego, jak i postępowania konsolidacyjnego. Jednakże również na tle poprzednio obowiązującego stanu prawnego pogląd o konieczności przeprowadzania ponownej procedury konsolidacyjnej nie był odosobniony. W cytowanym komentarzu do Prawa Telekomunikacyjnego M. Rogalski, rozważając kwestię kolejności przeprowadzenia obu postępowań – konsultacyjnego i konsolidacyjnego – wskazał, iż: „KE w pkt 3.2. zauważa, że większość regulatorów przeprowadza konsultacje krajowe przed konsultacjami wspólnotowymi. Pozwala to uwzględnić przez regulatora opinie graczy rynkowych we wspólnotowej notyfikacji dokonywanej przez regulatora, **a także uniknąć powtórnej notyfikacji wspólnotowej w przypadku, gdy konsultacje krajowe prowadzą do zmiany przez regulatora projektowanego środka.**” Takie stwierdzenie oznacza, iż zarówno dla tego autora, jak i dla Komisji Europejskiej jest oczywistym, że w przypadku wprowadzenia zmian do uprzednio notyfikowanego projektu konieczna jest powtórna notyfikacja, czyli ponowne przeprowadzenie postępowania konsolidacyjnego.

Zdaniem pozwanego wprowadzone przez Prezesa UKE zmiany do projektu decyzji odnosiły się do kwestii, które nie wpływają na stosunki handlowe między Państwami Członkowskimi w rozumieniu art. 18 PT. Odwołując się do cytowanych przepisów art. 7 ust. 3 Dyrektywy w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dyrektywa Ramowa) oraz art. 18 PT, pozwany stanął na stanowisku, iż przepisy te dają Prezesowi UKE prawo do oceny, czy dana regulacja może mieć wpływ na stosunki handlowe pomiędzy państwami członkowskimi, a tym samym czy zachodzi konieczność notyfikowania Komisji projektu danego rozstrzygnięcia. Opierając się zaś na poglądzie wyrażonym w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2011 r. (sygn. akt III SK 18/10, LEX nr 818603) apelujący podnosił, iż te same zasady odnoszą się do zmiany uprzednio notyfikowanych projektów. Dlatego też, w

ocenie pozwanego, Sąd pierwszej instancji naruszył przepis art. 18 PT poprzez przyjęcie, że procesowi notyfikacji Komisji Europejskiej podlegają wszystkie projekty rozstrzygnięć Prezesa UKE bez względu na to, czy mogą mieć wpływ na stosunki handlowe pomiędzy państwami członkowskimi.

Tak przedstawione rozumowanie pomija jednak zasadniczą okoliczność, iż Prezes UKE notyfikując Komisji Europejskiej projekt decyzji określającej stan konkurencji na rynku dostępu do usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) oraz nakładającej na (...) obowiązki regulacyjne w zakresie danego rynku właściwego, uznał tym samym, że może ona mieć wpływ na handel między Państwami Członkowskimi. Prezes UKE nie wykazał natomiast dlaczego zmiana w zakresie tych obowiązków nie ma już wpływu na handel między Państwami Członkowskimi - zmiany swojego podejścia regulacyjnego Prezes UKE nie wyjaśnił i nie poparł stosownymi dowodami. Tymczasem podmiotami zainteresowanymi i uprawnionymi do zakańczania połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) mogą być również podmioty (przedsiębiorcy telekomunikacyjni) z innych Państw Członkowskich. Jeśli więc założymy, że podmiotami uprawnionymi do nabywania usługi zakańczania połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) są przedsiębiorcy telekomunikacyjni z innych Państw Członkowskich, to zakres obowiązku dostępu (a tego dotyczy zmiana Prezesa UKE) nałożonego na (...) ma również dla nich istotne znaczenie. Zakres obowiązku ciążącego na (...) będzie wówczas korelatem ich uprawnienia. A zatem, zmiana polegająca na usunięciu obowiązku „oferowania usług hurtowych w celu ich dalszej sprzedaży przez innego przedsiębiorcę” będzie miała dla nich istotne znaczenie. Obowiązek powyższy został nałożony na (...) decyzją (...) 2006, a zniesiony zaskarżoną decyzją.

Rozważając zatem, czy zmieniony projekt decyzji powinien podlegać ponownej procedurze konsolidacyjnej, ocena organu regulacyjnego nie powinna dotyczyć badania czy wprowadzone zmiany mogą mieć wpływ na stosunki handlowe pomiędzy państwami członkowskimi, ale czy zmiany te są istotne w stosunku do wcześniej notyfikowanego projektu. Taki wniosek wypływa również z cytowanego wyżej wyroku Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2011 r.

W zmienionym projekcie rozstrzygnięcia (sentencja) w stosunku do wcześniej notyfikowanego projektu zmieniono obowiązek, o którym mowa w art. 34 Pt (obowiązek dostępu) poprzez usunięcie trzech tiretów o brzmieniu:

- zapewnienie możliwości zarządzania obsługą użytkownika końcowego przez uprawnionego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego i podejmowania rozstrzygnięć dotyczących wykonywania usług na jego rzecz;
- oferowanie usług na warunkach hurtowych w celu ich dalszej sprzedaży przez innego przedsiębiorcę;
- zapewnienie systemów wspierania działalności operacyjnej lub innych systemów oprogramowania niezbędnych dla skutecznej konkurencji, w tym systemów taryfowych, systemów wystawiania faktur i pobierania należności.

Nie były to zmiany potencjalne (nie jest to zmiana tylko projektu decyzji - wykreślenia zdania), ale rzeczywiste, gdyż zmieniały obowiązki ciążące na (...) od 2006 r.

Biorąc zatem powyższe pod uwagę należało dojść do przekonania, że były to zmiany na tyle istotne, iż wymagały one powtórnej notyfikacji Komisji Europejskiej. Zdaniem Sądu Apelacyjnego pogląd taki znajduje oparcie także w treści Zalecenia Komisji z dnia z dnia 15 października 2008 r. w sprawie notyfikacji, terminów i konsultacji przewidzianych w art. 7 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz.U.U.E.L.2008.301.23). W akcie tym bowiem poddano obowiązkowi notyfikacji nie tylko nałożenie na operatora obowiązków regulacyjnych, ale także ich ograniczenie – pkt 8) lit. „i”. O tym, iż postępowaniu konsolidacyjnemu powinny być poddane zmienione projekty decyzji w jak najszerszym zakresie świadczy również to, iż w punkcie 6) lit. „c” cytowanego Zalecenia Komisja Europejska zastrzega konieczność notyfikacji projektów środków zmieniających szczegóły techniczne poprzednio stosowanych środków naprawczych, **które nie mają znaczącego wpływu na rynek** (np. roczne aktualizacje kosztów i ocen modeli rachunkowości, terminy składania sprawozdań, terminy realizacji).

Podsumowując powyższe rozważania należy dojść do wniosku, iż istotą postępowania konsolidacyjnego jest zapewnienie wszystkim zainteresowanym podmiotom możliwości wypowiedzenia się co do zaprojektowanej przez organ administracyjny decyzji. Postępowanie konsolidacyjne ma zapewnić poznanie przez Prezesa UKE stanowisk wszystkich zainteresowanych podmiotów, które mogą następnie zostać uwzględnione w finalnym brzmieniu decyzji. Aby taka możliwość zachodziła, zainteresowane podmioty muszą móc zająć stanowisko co do końcowego brzmienia projektu. W sytuacji, w której projekt ten zostaje zmieniony w stosunku do wersji konsultowanej/konsolidowanej, zainteresowani nie mają możliwości należytego zrealizowania przysługującego im uprawnienia. Słusznie zatem Sąd pierwszej instancji uznał, że obowiązek notyfikowania Komisji Europejskiej projektu decyzji występuje po wprowadzeniu zmian obejmujących obowiązki regulacyjne, również wówczas, gdy zmiana polega na ich ograniczeniu. O trafności takiego poglądu świadczy też – zdaniem Sądu Apelacyjnego – kierunek zmian legislacyjnych (art. 19 ust. 2a PT).

***Mając na uwadze powyższe Sąd Apelacyjny – dzieląc w przeważającej części ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji oraz dokonaną przez ten Sąd ich ocenę prawną – na podstawie art. 385 k.p.c. orzekł jak w sentencji wyroku o kosztach procesu rozstrzygając stosownie do wyniku sporu – na podstawie art. 98 § 1 i 3 w zw. z art. 99 k.p.c.***