

Sygn. akt VI ACa 916/11

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 grudnia 2011 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący Sędzia SA– Małgorzata Manowska

Sędzia SA– Ewa Śniegocka (spr.)

Sędzia SA– Aldona Wapińska

Protokolant– sekr. sąd. Edyta Kaczmarek- Kępińska

po rozpoznaniu w dniu 16 grudnia 2011 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) SA w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

z udziałem (...) SA w likwidacji w W.

o zmianę umowy

na skutek apelacji pozwanego

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

z dnia 9 lutego 2011 r.

sygn. akt XVII AmT 122/09

1. oddała apelację,

2. zasądza od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz (...) SA w W. kwotę 270 zł (dwieście siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI A Ca 916/11

UZASADNIENIE

Decyzją nr (...) z dnia 13 lutego 2009 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej po rozpatrzeniu wniosku (...) sp. z o.o. w W. o wydanie decyzji zmieniającej umowę w sprawie warunków współpracy i zasad rozliczeń zawartą w dniu 21 października 2004r. pomiędzy (...) a (...) S.A. w W., zmienioną kolejnymi aneksami zmienił - w zakresie zmiany stawki rozliczeniowej za ruch zakańczany w Sieci Mobilnej (...) postanowienia umowy przez ustalenie nowego brzmienia rozdziału 2 w § 2 ust 1 tabela numer 2 załącznika finansowego do umowy w ten sposób, że za zakończenie w okresie T1, T2, T3 (obowiązujących w okresie do 30 czerwca 2009r.) wysokość stawki rozliczeniowej określono na 0,2162 zł, zaś w okresie T1, T2 i T3 (od 1 lipca 2009r.) określono na 0,1677; pozostawił pozostałe postanowienia umowy bez zmian; określił okres obowiązywania decyzji do dnia 6 sierpnia 2009 r. Na podstawie art. 206 ust. 2a w zw. z art. 206 ust. 2 Pt nadano decyzji rygor natychmiastowej wykonalności. W uzasadnieniu Prezes UKE stwierdził, że zostały spełnione

przesłanki z art. 27 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego, pozwalające na wydanie decyzji w przedmiocie zmiany umowy o połączeniu sieci.

W zakresie obowiązków nałożonych na (...), Prezes UKE wskazał na okoliczność, że po przeprowadzonej analizie rynku usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...), wydał decyzję z dnia 17 lipca 2006r. nr (...) (Decyzja SMP) w której uznał (...) za przedsiębiorcę telekomunikacyjnego posiadającego znaczącą pozycję rynkową na wyżej wymienionym rynku właściwym i nałożył na (...) m.in. obowiązek wynikający z art. 40 prawa telekomunikacyjnego, polegający na ustalaniu opłat z tytułu usługi dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty jej świadczenia. Dokonując oceny wykonania przez (...) powyższego obowiązku, Prezes UKE zgodnie z art. 40 ust. 3 prawa telekomunikacyjnego, ocenił prawidłowość wysokości opłat za zakańczanie połączeń w publicznej ruchomej sieci (...), co wykazało rozbieżności w stosunku do opłat stosowanych przez operatora. W związku ze stwierdzonymi rozbieżnościami, w dniu 22 października 2008r. Prezes UKE wydał Decyzję MTR, mocą której nałożył na (...) obowiązek dostosowania stawki z tytułu zakańczania połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...) do poziomu 0,1677 zł/min., zgodnie z harmonogramem, gdzie w okresie od 1 stycznia 2009r. do 30 czerwca 2009r. wysokość stawki miała wynosić 0,2162 zł/min, zaś od 1 lipca 2009r. 0,1677 zł/min. Zdaniem Prezesa UKE na (...) spoczywał od 1 stycznia 2009r., wynikający z Decyzji MTR obowiązek stosowania stawki MTR zgodnie ze wskazanym harmonogramem. W związku z tym, iż strony nie doszły do porozumienia, Prezes UKE zmienił umowę w zakresie stawki MTR, stosownie do postanowień Decyzji MTR.

Prezes UKE wydając przedmiotową decyzję, zdecydował się skorzystać z uprawnienia, wynikającego z art. 17 prawa telekomunikacyjnego, pozwalającego mu na wydanie decyzji w sprawach dotyczących dostępu telekomunikacyjnego na okres nieprzekraczający 6 miesięcy bez przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego, uznając, że w przedmiotowym przypadku zachodzą przesłanki określone w tym przepisie. W ocenie Prezesa UKE przedłużanie się negocjacji w sprawie zawarcia aneksu do umowy, wprowadzającego stawki MTR zgodne z Decyzją MTR, a co się z tym wiąże niewykonywanie przez (...) nałożonego mocą Decyzji MTR obowiązku, stanowi przypadek wyjątkowy oraz powoduje bezpośrednio i poważne zagrożenie zarówno dla konkurencyjności, jak i interesów użytkowników. Stosowanie przez (...) w stosunkach z (...) stawki MTR niezgodnej z nałożonymi na (...) obowiązkami powoduje poważne zaburzenia w konkurencyjności na całym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych. W ocenie Prezesa UKE wyznaczenie okresu obowiązywania niniejszej decyzji na dzień 6 sierpnia 2009r. umożliwi, w sytuacji gdyby strony postępowania nadal nie osiągnęły porozumienia, bezterminowe uregulowanie kwestii objętych niniejszą decyzją po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego w trybie normalnym.

Zdaniem Prezesa UKE, zmiany wprowadzone niniejszą decyzją, mają na celu zapewnienie dostępu telekomunikacyjnego w zakresie objętym wnioskiem (...) oraz stanowiskiem (...), a jednocześnie przyczynią się do zapewnienia rozwoju konkurencji na rynku usług telekomunikacyjnych poprzez rozszerzenie i poprawę oferty kierowanej przez (...) do użytkowników sieci telekomunikacyjnych.

Od powyższej decyzji (...) złożył odwołanie, zarzucając jej naruszenie:

1. art. 3 ust. 2 i 3 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dalej jako :Dyrektywa Ramowa) w zw. z art. 146 ust. 4 pkt 4, art. 148 pkt 2 i 7 Konstytucji RP, art. 37 ust. 3 ustawy z dnia 8 sierpnia 1996r. o Radzie Ministrów, art. 190 ust. 4 Pt, poprzez przyjęcie, że Prezes UKE spełniał kryteria niezależnego organu regulacyjnego w rozumieniu w/w przepisów
2. art. 28 ust. 1 pkt 3, pkt 4, pkt 5 lit.a), pkt 6-8 Pt w zw. z art.30 Pt poprzez wydanie zaskarżonej decyzji bez uwzględnienia wszystkich kryteriów, których analiza musi poprzedzać wydanie przez Prezesa UKE decyzji o dostępie telekomunikacyjnym tj. kryterium promocji nowoczesnych usług telekomunikacyjnych, kryterium charakteru zaistniałych kwestii spornych oraz praktycznej możliwości

wdrożenia rozwiązań dotyczących technicznych i ekonomicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego, zarówno zaproponowanych przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych będących stronami negocjacji, jak też mogących stanowić rozwiązania alternatywne, kryterium zapewnienia integralności sieci oraz interoperacyjności usług, kryterium pozycji rynkowej przedsiębiorców telekomunikacyjnych, których sieci są łączone, kryterium interesu publicznego, w tym ochrony środowiska oraz kryterium utrzymania ciągłości świadczenia usługi powszechnej

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

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

W związku z powyższym powód wniósł o uchylenie zaskarżonej decyzji względnie o jej zmianę w sposób określony w odwołaniu.

Zainteresowany - (...) S.A. w likwidacji w W. nie zajął stanowiska w sprawie.

Sąd Okręgowy- Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił i zważył, co następuje:

Powód (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. i (...) Spółka Akcyjna w (...) w W. są przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi w rozumieniu art. 2 pkt 27 ustawy z dnia 16 lipca 2004r. Prawo telekomunikacyjne.

Podmioty te w dniu 21 października 2004r. zawarły umowę o połączeniu sieci i wzajemnych zasadach rozliczeń, zmienioną późniejszymi aneksami z dnia 20 grudnia 2004r., 19 lipca 2006r., 2 listopada 2006r., 6 czerwca 2007r., 26 listopada 2007r. 7 grudnia 2007r., 30 kwietnia 2008r. Prezes UKE wydał w dniu 22 października 2008r decyzję MTR 2008 nr (...), mocą której nałożył na (...) następujące obowiązki:

- obowiązek dostosowania stawki z tytułu zakańczania połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...) do poziomu 0,1677 zł/min, zgodnie ze wskazanym harmonogramem tj. od dnia 1 stycznia 2009r. do dnia 30 czerwca 2009r.- 0,216 zł/min, od dnia 1 lipca 2009r.- 0,1677 zł/min

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

Pismem z dnia 28 listopada 2008r. (...) wystąpiła do (...) o zmianę umowy w zakresie dostosowania stawek rozliczeniowych za zakańczanie połączeń w ruchomej sieci telefonicznej (...), w dniu 23 grudnia 2008r przedstawiła inną, korzystniejszą propozycję.

W dniu 8 grudnia 2008r. (...) zwróciła się do Prezesa UKE o wydanie postanowienia w sprawie określenia terminu zakończenia negocjacji umowy.

Postanowieniem z dnia 7 stycznia 2009r. Prezes UKE określił termin zakończenia negocjacji pomiędzy (...) i (...) na dzień 12 stycznia 2009r.

Pismem z dnia 13 stycznia 2009r. (...) złożyła wniosek do Prezesa UKE o wydanie decyzji w sprawie zmiany umowy w zakresie określenia warunków współpracy oraz zasad rozliczeń w zakresie usługi dostępu do sieci ruchomej (...).

Wyrokiem z dnia 10 maja 2010r. w sprawie XVII AmT 40/09 Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił decyzję Prezesa UKE z dnia 22 października 2008r. nr (...) (Decyzję MTR 2008), wyrok ten jest prawomocny.

Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznał, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie przede wszystkim ze względu na zasadność podniesionego w pkt 4 zarzutu naruszenia art. 17 i 15 prawa telekomunikacyjnego.

Stwierdził przede wszystkim, iż zaskarżona decyzja wydana została w oparciu o decyzję MTR 2008 w zakresie dostosowania stawek rozliczeniowych za zakańczanie połączeń w ruchomej sieci telefonicznej (...) do poziomu określonego w Decyzji MTR, stanowi ona realizację obowiązku określonego w Decyzji MTR w zakresie stawek, co jednoznacznie wynika z uzasadnienia decyzji. Decyzja MTR 2008 została prawomocnie uchylona przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Wylimitowanie jej z obrotu prawnego odnosi bezpośredni skutek w stosunku do zaskarżonej decyzji. Zdaniem Sądu Okręgowego decyzja stanowiąca realizację obowiązku nie może dalej funkcjonować bez decyzji nakładającej na (...) ten obowiązek. Tak istotna wada zaskarżonej decyzji nie podlega konwalidacji w toku postępowania przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów, dlatego decyzję tę należało uchylić.

Sąd przeprowadził dowód z odpisów wyroków dotyczących Decyzji MTR 2008, uznając iż nie były one sprekludowane. Dowody te nie mogły być zgłoszone w odwołaniu, jako wówczas nieistniejące, co powód w sposób właściwy wykazał. Pozwany nie skorzystał z przysługującego mu prawa złożenia zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c.

Zaskarżona decyzja dotyczyła zmiany umowy o dostępie telekomunikacyjnym, a więc w myśl art. 15 pkt 3 Pt Prezes UKE przed podjęciem decyzji winien przeprowadzić postępowanie konsultacyjne, umożliwiając zainteresowanym podmiotom wyrażenie na piśmie w określonym terminie stanowiska co do projektu rozstrzygnięcia. Jak wynika z samej decyzji Prezes UKE nie przeprowadził takiego postępowania, powołując się na treść art. 17 Pt stanowiącego, że w wyjątkowych przypadkach, wymagających pilnego działania ze względu na bezpośrednie i poważne zagrożenie konkurencyjności lub interesów użytkowników, Prezes UKE może bez przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego wydać decyzję w sprawach, o których mowa w art.15, na okres nieprzekraczający 6 miesięcy. Wydanie kolejnej decyzji w tej samej sprawie poprzedza się postępowaniem konsultacyjnym.

Niewątpliwie Prezes UKE określił okres obowiązywania zaskarżonej decyzji na 6 miesięcy, nie wykazał natomiast zaistnienia pozostałych przesłanek określonych w cytowanym przepisie tj. zaistnienia sytuacji wyjątkowej, konieczności pilnego działania w celu ochrony konkurencyjności lub interesów użytkowników. Prezes UKE podniósł, że przedłużanie się negocjacji i brak zawartego aneksu do umowy pomiędzy (...) i (...) a co się z tym wiąże niewykonywanie przez (...) nałożonego na nią mocą Decyzji MTR 2008 obowiązku stanowi przypadek wyjątkowy i powoduje bezpośrednie i poważne zagrożenie zarówno dla konkurencyjności, jak i interesów użytkowników. Twierdzenia te nie zostały poparte żadnymi dowodami, zaś zdaniem Sądu należało konkretnie wykazać, jakie interesy użytkowników mogą być zagrożone, jakie skutki mogą nastąpić wskutek niewydania decyzji. Może to polegać np. na wykazaniu nieodwracalności skutków.

Zasadny jest również zarzut odwołującego się dotyczący braku analizy w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji wszystkich przesłanek określonych w art. 28 Pt, co jednoznacznie wynika z uzasadnienia zaskarżonej decyzji i prowadzi do niemożności prześledzenia toku rozumowania Prezesa UKE w zakresie tych przesłanek, jednak z uwagi na to, że decyzja posiada wady powodujące konieczność jej uchylenia, uchybienia te nie mają zasadniczego znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Powód nie wykazał natomiast zasadności pierwszego zarzutu z odwołania, a więc że Prezes UKE nie spełnia kryterium niezależności organu regulacyjnego. Zarzut ten nie jest poparty żadnymi dowodami świadczącymi, że Prezes UKE naruszył zasadę niezależności i że miało to wpływ na zaskarżoną decyzję.

Biorąc powyższe pod uwagę Sąd Okręgowy uznał, iż doszło do naruszenia art.17 w zw. z art. 15 oraz art. 28 Prawa telekomunikacyjnego i dlatego należało decyzję uchylić na mocy art. 479⁶⁴ § 2 kpc.

Od tego wyroku pozwany Prezes UKE złożył apelację.

Zarzucił wyrokowi:

1. obrazę przepisów postępowania, tj.

a) art. 479 § 1 kpc, poprzez jego niezastosowanie, w sytuacji, gdy odwołanie nie zawierało zarzutów uzasadniających jego uwzględnienie oraz gdy istniała podstawa prawna do wydania decyzji, oraz art. 419⁽⁶⁴⁾ § 2 kpc, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na uchyleniu decyzji, gdy nie było ku temu przesłanek oraz poprzez nie rozpoznanie przez SOKiK istoty sprawy oraz zaniechanie wszechstronnego rozważenia zarzutów podniesionych przez powoda w odwołaniu;

b) art. 479⁽⁶⁴⁾ § 2 kpc w związku z art. 316 § 1 kpc poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na uchyleniu decyzji z wybiórczym uwzględnieniem okoliczności zaistniałych już po jej wydaniu, tj. faktu późniejszego uchylenia Decyzji MTR 2008, nie wzięcie natomiast przez SOKiK pod uwagę, że w chwili wyrokowania decyzja nie obowiązywała;

c) art. 479¹² § 2 kpc, polegające na jego niezastosowaniu, w sytuacji gdy powód uchybił zasadom prekluzji dowodowej, rozszerzając tym samym stan faktyczny sprawy

- które to uchybienia miały istotny wpływ na wynik sprawy.

2. obrazę przepisów prawa materialnego, tj.

a) art. 17 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne w zw. z art. 7 ust. 6 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 roku w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej i art. 20 ust. 1 i 2 Dyrektywy ramowej w brzmieniu obowiązującym w chwili wydania zaskarżonej decyzji poprzez błędną wykładnię i uznanie przez SOKiK, iż w przypadku wydania decyzji nie zachodził wyjątkowy przypadek wymagający pilnego działania ze względu na bezpośrednie i poważne zagrożenie konkurencyjności lub interesów użytkowników oraz art. 15 Pt poprzez błędną wykładnię i uznanie przez SOKiK, iż w przypadku wydania decyzji doszło do uniemożliwienia zainteresowanym podmiotom wyrażenie na piśmie w określonym terminie stanowiska do projektu rozstrzygnięcia;

b) art. 28 Pt poprzez jego błędną wykładnię i uznanie przez SOKiK, że Prezes UKE w decyzji nie dokonał analizy wszystkich przesłanek określonych w tym przepisie.

W konkluzji pozwany wniósł o:

1. zmianę wyroku w całości poprzez oddalenie w całości odwołania (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. od decyzji oraz

2. zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych;

ewentualnie o:

3. uchylenie wyroku SOKiK w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji oraz

4. zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Dokonane przez sąd I instancji ustalenia faktyczne są prawidłowe i Sąd Apelacyjny przyjmuje je za własne.

Za niesłuszne uznał Sąd Apelacyjny zarzuty naruszenia prawa procesowego.

Zarzut zaniechania wszechstronnego rozważenia wszystkich argumentów zawartych w odwołaniu mógłby być podnoszony przez stronę, której odwołanie nie zostało uwzględnione, nie zaś w sytuacji, z którą mamy do czynienia w niniejszej sprawie, natomiast nieodniesienie się w sposób wyczerpujący do argumentacji przedstawionej przez Prezesa UKE w żadnym razie nie oznacza nierozpoznania istoty sprawy. Zrozumiałym jest, że pozwany pragnąłby wdania się przez Sąd w polemikę z jego argumentami, jednak nie zawsze jest to potrzebne do prawidłowego rozstrzygnięcia sprawy. Skoro Sąd orzekający stwierdził, że zaskarżona decyzja jest wadliwa z przytoczonych względów, to niecelowym było odnoszenie się do argumentów pozwanego dotyczących zupełnie innych kwestii.

Pogląd, iż nie było przesłanek do uchylenia zaskarżonej decyzji jest subiektywnym poglądem pozwanego, który nie znalazł uznania w oczach Sądu Apelacyjnego; z uwagi na swą ogólnikowość nie wymagał szczegółowego odniesienia się do niego.

Nie wiadomo też, dlaczego pozwanemu zdaje się, że „przyjęty został przez Sąd I instancji brak podstawy do wydania Decyzji...”. Sytuacja taka nie miała miejsca, nic takiego nie zostało napisane w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, zaś sugestie pozwanego służyć mają wyłącznie jego celom (lepszemu uzasadnieniu apelacji) i stanowią zupełnie nietrafną insynuację pod adresem Sądu. Należy jednak podkreślić, że nawet, gdyby taka właśnie koncepcja została przyjęta przez Sąd Okręgowy, to nie byłoby to błędem, albowiem brak podstawy faktycznej do wydania zaskarżonej decyzji w postaci stawek ustalonych w decyzji MTR 2008, następnie uchylonej, oznaczał wadliwość zaskarżonej decyzji i konieczność jej uchylenia.

Należy przyznać rację pozwanemu co do tego, iż Sąd Okręgowy nie powinien ograniczyć się do badania legalności zaskarżonej decyzji. W orzecznictwie Sądu Najwyższego utrwalony jest pogląd, że celem postępowania sądowego nie jest przeprowadzenie kontroli postępowania administracyjnego, ale merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy, której przedmiotem jest spór między stronami powstający dopiero po wydaniu decyzji przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Do sądu ostatecznie należy zastosowanie odpowiedniej normy prawa materialnego, po wyjaśnieniu podstawy faktycznej, obejmującej wszystkie elementy przewidziane w hipotezie tej normy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2003 r., sygn. I CK 81/02). Ponadto w doktrynie i orzecznictwie jednolicie przyjmuje się, że przepisy zezwalają, aby Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w istocie wydał nową decyzję w formie wyroku sądowego, wchodząc niejako w miejsce organu administracji. Oznacza to jednocześnie, że sąd nie powinien ograniczać się do wskazywania na wadliwość decyzji administracyjnej, lecz jest władny i obowiązany, jeżeli tylko znajduje to uzasadnienie w okolicznościach sprawy i zebranych materiale faktycznym i dowodowym, usunąć wady tej decyzji (zob. K. Weitz w: Postępowanie sądowe w sprawach gospodarczych, pod red. T. Wiśniewskiego. System prawa handlowego, tom 7, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 152 oraz uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 1991 r., sygn. art. III CRN 120/91). Natomiast wadliwość w postępowaniu administracyjnym prowadzonym przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej mogą być brane pod uwagę przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów jedynie wówczas, gdy są to uchybienia tego rodzaju, że nie mogą zostać konwalidowane w postępowaniu sądowym. W ocenie Sądu Apelacyjnego taka właśnie wadliwość wystąpiła w przedmiotowej sprawie, co podkreślił Sąd Okręgowy; uzasadniało to uchylenie zaskarżonej decyzji na podstawie art. 479⁽⁶⁴⁾ § 2 k.p.c. Sąd Apelacyjny nie kwestionuje słusznego stanowiska, iż Sąd Okręgowy jest władny zmienić zaskarżoną decyzję, może to jednak nastąpić jedynie wówczas, gdy istnieją ku temu podstawy, nie zaś w sytuacji, gdy Sąd I instancji nie może (z powodu braku uprawnień) naprawić stwierdzonych przez niego wadliwości zaistniałych na etapie postępowania administracyjnego. Nie jest więc prawdziwym twierdzenie, że Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów może uchylić decyzję tylko w przypadku, gdy została ona wydana bez podstawy prawnej. Nie można w tej sytuacji uznać za słuszny

zarzut naruszenia art. 479⁽⁶⁴⁾ § 2 kpc w zw. z art. 4 Dyrektywy ramowej, skoro, jak wyżej wskazano, zmiana decyzji nie była możliwa.

Dodatkowo należy zaznaczyć, iż poszczególne argumenty powoda nie są spójne z wnioskami apelacyjnymi; nie wiadomo w rezultacie, czy apelujący dąży do zmiany zaskarżonego wyroku przez oddalenie powództwa czy też przez zmianę decyzji Prezesa UKE.

Fakt uchylenia decyzji MTR 2008 był niezwykle istotny w sprawie niniejszej, w której zaskarżona została decyzja wydana w ścisłym związku z tą właśnie uchyloną decyzją MTR 2008r. Prawdą jest, że w dacie wydania spornej decyzji decyzja MTR 2008 funkcjonowała w obrocie prawnym i mogła być podstawą wydania zaskarżonej decyzji, jednak w toku postępowania w niniejszej sprawie, a zatem przed uprawomocnieniem się tej decyzji, decyzja MTR 2008 została uchylona, straciła swoją moc prawną, co sąd orzekający musiał wziąć pod uwagę chociażby ze względu na treść art. 316 kpc, który nakazuje mu uwzględniać stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy. Zgodzić trzeba się z sądem I instancji, iż nie wolno mu było pozostawić w obrocie prawnym decyzji zmieniającej umowę przez wprowadzenie do niej stawek MTR, które – jak orzekł sąd – zostały ustalone nieprawidłowo.

Zaskarżona decyzja obowiązywała – zgodnie z jej treścią – tylko do 6 sierpnia 2009r, a zatem w dacie wydania zaskarżonego wyroku nie mogła już stanowić podstawy do zawierania nowych umów, jednak jej skutki nadal trwały. Podkreślenia wymaga fakt, że zaskarżonej decyzji Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej nadał rygor natychmiastowej wykonalności, co spowodowało, że decyzja podlegała wykonaniu pomimo wniesienia przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego odwołania do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Podlegająca wykonaniu decyzja wywoływała skutki prawne i była podstawą działań powoda i jego kontrahentów. Dlatego fakt wyeliminowania decyzji z obrotu prawnego już po wniesieniu odwołania nie może skutkować koniecznością umorzenia postępowania w sprawie, skoro funkcją sądu powszechnego jest merytoryczna ocena zaskarżonej decyzji, a nie, tak jak w przypadku sądów administracyjnych, wyłącznie eliminacja zaskarżonej decyzji z obrotu prawnego w razie jej niezgodności z prawem. Przy tym istotne jest, że do wygaśnięcia decyzji dochodzi ze skutkiem *ex nunc*, nie powoduje to więc zniesienia wcześniejszych skutków prawnych wywołanych zaskarżoną decyzją, której nadany był rygor natychmiastowej wykonalności. Ponieważ adresat decyzji administracyjnej wydanej przez regulatora ma ustawowo zagwarantowane prawo weryfikacji nie tylko legalności, ale także zasadności tej decyzji, fakt wyeliminowania z obrotu prawnego przez regulatora zaskarżonej decyzji nie może być przeszkodą w dokonaniu jej oceny przez sąd powszechny, gdyż kontrola sądowa byłaby wówczas iluzoryczna, a jej możliwość wynika przecież z ustawy. Innymi słowy, wraz z utratą mocy obowiązującej decyzji nie zniknął przedmiot postępowania, a wydanie orzeczenia nie stało się zbędne. Podobne stanowisko zajął Sąd Apelacyjny w Warszawie (postanowienie VI A Ca 1401/10 z 8 października 2010r oraz wyrok VI A Ca 784/10 z 11 stycznia 2011r).

Pozwany jest poza tym niekonsekwentny, skoro bowiem uważa, że Sąd Okręgowy powinien brać pod uwagę stan prawny i faktyczny istniejący w dacie wydania decyzji, to nie powinien jednocześnie podnosić, że w dacie orzekania przez Sąd I instancji zaskarżona decyzja już nie obowiązywała, wygasła bowiem z dniem 6 sierpnia 2009r.

Decyzja MTR miała skutek *ex tunc* (wstecz) zgodnie z prawem unijnym (art. 4 ust 1 Dyrektywy ramowej). Nie można uznać, że wywołała ona nieodwracalne (niemożliwe do usunięcia) skutki, które nadal trwają mimo wyeliminowania decyzji z obrotu prawnego. Skutek *ex tunc* wywołuje stwierdzenie nieważności decyzji zarówno w trybie administracyjnym, jak i sądowym. Uchylenie decyzji administracyjnej z powodu jej wadliwości przewidziane w przepisach dotyczących postępowania w sprawach gospodarczych z zakresu regulacji telekomunikacji i poczty ma taki sam skutek, nie sposób bowiem przyjąć, że strona kwestionująca daną decyzję nie miałaby żadnej możliwości uchylenia jej następstw zaistniałych od momentu jej wydania do chwili jej uchylenia. Skuteczna ochrona interesów strony, o której mowa w art. 4 ust 1 Dyrektywy ramowej polega przecież m.in. na możliwości likwidacji skutków wadliwej decyzji. Skoro zatem decyzja MTR 2008 została uchylona ze skutkiem *ex tunc*, to znaczy, że nie istniała w chwili wydawania zaskarżonej decyzji, która tym samym została wydana bezpodstawnie, ustalając stawki nie mające żadnego uzasadnienia faktycznego ani prawnego.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut zbyt późnego przedłożenia przez powoda dowodów dodatkowo uzasadniających uchylenie decyzji Prezesa UKE, a konkretnie odpisu wyroku uchylającego decyzję MTR 2008. Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w sprawie XVII AmT 40/09 zapadł w dniu 10 maja 2010r, a więc po złożeniu odwołania od decyzji Prezesa UKE, co nastąpiło w lutym 2009r. Wyrok ten został zaskarżony apelacją oddaloną przez Sąd Apelacyjny w dniu 10 listopada 2010r i dopiero w tym dniu wyrok Sądu I instancji stał się prawomocny. Powód mógł złożyć odpis tego wyroku dopiero po otrzymaniu go z Sądu Apelacyjnego, co też uczynił i nie można mu zarzucić jakiegokolwiek opóźnienia w tym zakresie. Słusznie też zostało podniesione, iż pozwany nie zgłosił w odpowiednim czasie zastrzeżenia w trybie art. 162 kpc.

Podkreślić należy, iż cytowanie w apelacji (bardzo obszernych fragmentów) Dyrektywy ramowej, innych przepisów prawa unijnego i orzecznictwa ich dotyczącego było zbędne i zapewne służyć miało maksymalnemu zwiększeniu objętości apelacji, nie zapewniło jednak przychylenia się Sądu Apelacyjnego do stanowiska apelującego.

W dacie wydania zaskarżonej decyzji obowiązywał art. 25 ust. 4 ustawy – Prawo telekomunikacyjne w brzmieniu: „ W decyzjach, o których mowa w ust. 2, Prezes UKE nakłada, utrzymuje, zmienia lub znosi jeden lub więcej obowiązków regulacyjnych, o których mowa w art. 34, art. 36-40, art. 42, art. 44-47 i art. 72 ust. 3, biorąc pod uwagę adekwatność danego obowiązku do zidentyfikowanego problemu, proporcjonalność oraz cele określone w art. 1 ust. 2, z uwzględnieniem art. 1 ust. 3”. Treść powyższego przepisu prowadzi do wniosku, że zaskarżona decyzja Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, wydana na podstawie art. 40 ust. 4 w zw. z art. 40 ust. 3 oraz art. 40 ust. 2 ustawy – Prawo telekomunikacyjne, jest decyzją regulacyjną. Stanowisko takie zajmują też konsekwentnie sądy administracyjne (por. m.in. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 2 grudnia 2009 r., sygn. VI SA/Wa 591/09, zaś w uzasadnieniu postanowienia z dnia 6 maja 2008 r. sygn. VI SA/Wa 266/08 Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie uznał, że: określony w art. 40 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne obowiązek polega na ustalaniu opłat w oparciu o ponoszone koszty, zaś obowiązek, o którym mowa w art. 40 ust. 4 polega na pewnej korekcie, a więc zmianie tego obowiązku polegającego na nałożeniu obowiązku odpowiedniego dostosowania opłat. Niewątpliwie, pomimo braku ustawowej definicji pojęcia „obowiązek regulacyjny”, zgodzić się należy z poglądem, iż obowiązki regulacyjne to obowiązki nakładane przez organ regulacyjny na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji na rynku właściwym, które jako wymienione w przepisach wskazanych *expressis verbis* w art. 25 ust. 4 ustawy, zapewnić mają przede wszystkim stworzenie warunków dla wspierania równoprawnej i skutecznej konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych oraz zapewnienia użytkownikom korzyści w zakresie m.in. cen wspomnianych usług.”

W ocenie Sądu Apelacyjnego zarzut naruszenia art. 15 ustawy – Prawo telekomunikacyjne nie zasługuje na uwzględnienie. Art. 15 pkt 2 ustawy – Prawo telekomunikacyjne (w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania zaskarżonej decyzji) przewidywał, że Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej przed podjęciem rozstrzygnięcia w sprawach m.in. nałożenia, zniesienia, utrzymania lub zmiany obowiązków regulacyjnych w stosunku do przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji lub nieposiadającego takiej pozycji, przeprowadzał postępowanie konsultacyjne, umożliwiając zainteresowanym podmiotom wyrażenie na piśmie w określonym terminie stanowiska do projektu rozstrzygnięcia. W przedmiotowej sprawie bezsporne jest, że Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej przed wydaniem przedmiotowej decyzji nie przeprowadził postępowania konsultacyjnego pomimo, że decyzja ta ma charakter regulacyjny, gdyż zmienia obowiązki regulacyjne w stosunku do przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Sąd Okręgowy zasadnie uznał, że pozwany naruszył dyspozycję art. 15 pkt 2 ustawy – Prawo telekomunikacyjne w szczególności, że w przedmiotowej sprawie nie miał zastosowania art. 17 ustawy, nie zachodził bowiem wyjątkowy przypadek wymagający pilnego działania przewidziany w tym przepisie. Sam przepis podkreśla wyjątkowość jego zastosowania, należy więc traktować przypadek nieprzeprowadzenia postępowania konsultacyjnego jako odstępianie od zasady statuującej przeprowadzenie takiego postępowania. Zaznaczyć trzeba, że art. 17 Prawa telekomunikacyjnego nie jest sprzeczny z prawem unijnym, co usiłuje udowodnić powód przedstawiając stosowną (dla jego potrzeb) wykładnię tego przepisu. Brak określonego nakazu w dyrektywie unijnej nie wyklucza nałożenia takiego nakazu w innym przypadku przez prawo krajowe. Sąd Apelacyjny nie stwierdził, aby przepis art. 17 Prawa telekomunikacyjnego był nieprawidłowo zaimplementowany, istnieje też możliwość jego

interpretacji zgodnej z prawem unijnym, tyle, że nie prowadzi to do zakwestionowania zaskarżonego wyroku. W ocenie Sądu Apelacyjnego okoliczność nieprzeprowadzenia przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej postępowania konsultacyjnego przesądza o konieczności uchylenia zaskarżonej decyzji jako wadliwej, gdyż uchybienia te mogły mieć wpływ na treść zaskarżonej decyzji, a nadto uchybienia te nie mogą zostać naprawione w toku postępowania przed sądem powszechnym. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie jest bowiem uprawniony do przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego, które należy do wyłącznej właściwości organu administracji – regulatora, jakim jest Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Natomiast możliwość zaistnienia wpływu zaniechania przeprowadzenia powyższego postępowania na treść zaskarżonej decyzji nie podlega dowodzeniu, a wyłącznie logicznemu rozumowaniu, a nadto został założony przez samego ustawodawcę. Wpływ ten może istnieć, gdyż przedstawienie sugestii i argumentacji w postępowaniu konsultacyjnym przez zainteresowane podmioty może przekonać regulatora do zastosowania innych rozwiązań. Rozważanie, czy postępowanie konsultacyjne miałoby realny wpływ na treść decyzji nie ma większego sensu w sytuacji, gdy przepisy stanowczo wymagają przeprowadzenia tego rodzaju postępowania w przypadku wydawania decyzji regulacyjnej, a więc takiej, jaka stała się przedmiotem zaskarżenia w niniejszej sprawie. Uregulowania art. 10 § 1 kpa dotyczą innej sytuacji niż art. 15 Prawa telekomunikacyjnego, zakres działania tego przepisu jest węższy niż art. 15 Pt (choćby pod względem podmiotowym), trudno też uznać, że przepis ten jest zbędny wobec wystarczających uprawnień wynikających z art. 10 § 1 kpa.

Rację ma powód, iż przyjmując za słuszne stanowisko pozwanego, decyzja tego rodzaju, jak zaskarżona, przewidziana przecież przepisami prawa, zawsze byłaby wyjątkowa. Jest ona bowiem wydawana wtedy, gdy strony nie dojdą do porozumienia i potrzebna jest interwencja „regulatora”. Taka sytuacja zdarza się bardzo często i nie nosi zdaniem Sądu, znamion wyjątkowości. Przypomnieć trzeba, że ciężar dowodu w zakresie wyjątkowości przypadku, spoczywał na pozwanym, ten jednak ograniczył się do poparcia stanowiska zawartego w decyzji i jej uzasadnieniu.

Zarzut naruszenia przepisu art. 28 Prawa telekomunikacyjnego stanowi polemikę z wnioskami Sądu I instancji, zaś Sąd Apelacyjny akceptuje w tej mierze stanowisko Sądu Okręgowego. Słusznie np. podniósł pozwany, że w decyzji poprzez wprowadzenie nowych stawek wdrożono nowe rozwiązanie ekonomiczne, zaś pozwany przyznał, że w ogóle nie brał pod uwagę przesłanki praktycznej możliwości wdrożenia rozwiązań dotyczących ekonomicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego. Zaniechanie to wynika z innego, nieprawidłowego zdaniem Sądu, rozumienia treści art. 28 Pt. Niezależnie zresztą od słuszności (bądź nie) zarzutów powoda co do naruszenia przepisu art. 28 Pt zauważyć należy, iż są one bezprzedmiotowe w sytuacji, gdy stwierdzono brak uprawnień pozwanego do wydania spornej decyzji. Rozważanie, czy spełnione zostały kryteria wymienione w art. 28 Pt stało się zbędne wobec niewadliwego ustalenia, że Prezes UKE nie mógł wydać zaskarżonej decyzji bez przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego, a ponadto decyzja ta utraciła swą podstawę faktyczną w związku z uchyleniem decyzji MTR 2008.

Z tych wszystkich względów Sąd Apelacyjny uznał apelację za niezasadną i dlatego ją oddalił na podstawie art. 385 kpc. O kosztach procesu Sąd Apelacyjny orzekł na zasadzie art. 98 § 1 i 3 w zw. z art. 108 § 1 kpc.