

Sygn. akt VIA Ca 1493/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 czerwca 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA– Irena Piotrowska (spr.)

Sędzia SA– Ewa Stefańska

Sędzia SA– Małgorzata Kuracka

Protokolant– sekr. sąd. Agnieszka Janik

po rozpoznaniu w dniu 4 czerwca 2013 r. w Warszawie

na rozprawie

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

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

przy udziale zainteresowanego (...) Sp. z o.o. w W.

o zmianę umowy

na skutek apelacji pozwanego i uczestnika

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

z dnia 28 czerwca 2012 r., sygn. akt XVII AmT 224/09

I oddala obie apelacje;

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

Sygn. akt VI ACa 1493/12

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 13 lipca 2009r. nr (...) wydaną na podstawie art. 29 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo Telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 ze zm., dalej Pt) oraz art. 104 §1 k.p.a. w zw. z art. 206 ust 1 Pt., Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej Prezes UKE) w punkcie I. - zmienił postanowienia Umowy o połączeniu sieci i wzajemnych zasadach rozliczeń, zawartej w dniu 5 sierpnia 2004 r., pomiędzy (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. a (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W., zmienioną następnie Aneksem nr (...) z dnia 22 grudnia 2004 r., Aneksem nr (...) z dnia 10 marca 2008 r., Aneksem nr (...) z dnia 30 kwietnia 2008 r. oraz decyzją Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 12 lutego 2009 r., nr (...) w zakresie zmiany stawki z tytułu zakańczania połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci (...) (stawki MTR) zgodnie z decyzją Prezesa UKE z dnia 22 października 2008 r., znak (...) zwanej Decyzją MTR, w następujący sposób:

1. W Załączniku Finansowym, w Rozdziale 2 w §2, ust 1 po punkcie 1 Umowy, dodaje się punkt 1a w brzmieniu:

„1a) stawki należne (...) za ruch telekomunikacyjny zakańczany w sieci mobilnej (...) określa Tabela A.1a.

Tabela A.1a

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

1 Zakończenie w okresie T1, T2, T3 od dnia 6 sierpnia 2009 r. 0,1677

2. W Załączniku Finansowym, w Rozdziale 2, w §2 ust 1 po punkcie 1a Umowy dodaje się punkt 1b w brzmieniu: „1b) Od dnia 6 sierpnia 2009 r., nie stosuje się opłat określonych w Rozdziale 2, w §2 ust 1) punkt 1 Umowy-Tabela A.1. (stawki należne (...) za ruch telekomunikacyjny zakańczany w sieci mobilnej (...) Tabela A.1.). Jeżeli jakiegokolwiek postanowienia Umowy odnoszą się do opłat określonych w Rozdziale 2, w §2 ust 1) punkt 1 Umowy-Tabela A.1. (stawki należne (...) za ruch telekomunikacyjny zakańczany w sieci mobilnej (...) Tabela A.1.) od dnia 6 sierpnia 2009 r. postanowienia te należy odnosić wyłącznie do opłaty określonej w Rozdziale 2, w §2 ust 1) punkt 1a Umowy-Tabela A.1a. (stawki należne (...) za ruch telekomunikacyjny zakańczany w sieci mobilnej (...) Tabela A.1a.)”

w punkcie II. - pozostałe postanowienia Umowy pozostawił bez zmian.

oraz na podstawie art. 206 ust 2a w związku z art. 206 ust. 2 Pt stwierdził, iż niniejsza Decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu.

Od powyższej decyzji powódka - (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. obecnie (...) SA w W. złożyła odwołanie, wraz z wnioskiem o wstrzymanie wykonania decyzji oraz wnioskiem o ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego. Zaskarżonej Decyzji powódka zarzuciła naruszenie:

1. art. 3 ust. 2 i 3 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 roku w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej w zw. z art. 146 ust. 4 pkt. 4, art 148 pkt 2 i 7 Konstytucji RP, art. 37 ust. 3 ustawy z dnia 8 sierpnia 1996 r. o Radzie Ministrów, art. 190 ust 4 Pt, poprzez wydanie Zaskarżonej Decyzji przez organ, który nie spełniał kryteriów niezależnego organu regulacyjnego w rozumieniu ww. przepisów;

2. art. 29 Pt poprzez wszczęcie z urzędu postępowania zakończonych wydaniem Zaskarżonej Decyzji, w sytuacji w której postępowanie to winno być kontynuowane, jako postępowanie z wniosku (...) Sp. z o.o., rozstrzygniętego jedynie częściowo decyzją Prezesa UKE z dnia 125 lutego 2009 r.;

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 (...) oraz art. 28 ust. 1 pkt 5 lit c) Pt w zw. z art. 30 Pt poprzez błędne przyjęcie, iż obniżenie stawek MTR sprzyjać będzie rozwojowi konkurencyjnego rynku telekomunikacyjnego, a także art. 29 Pt poprzez błędne przyjęcie, iż wydanie Zaskarżonej Decyzji uzasadnione jest potrzebą zapewnienia ochrony interesów użytkowników końcowych, skutecznej konkurencji lub interoperacyjności usług;

4. art. 28 ust 1 pkt 2 Pt w zw. z art. 30 Pt poprzez uwzględnienie jedynie obowiązków nałożonych na (...), przy pominięciu sytuacji (...) w tym zakresie oraz art. 28 ust. 1 pkt. 3, pkt. 4, pkt 5 lit. a) oraz pkt 5 lit b) w zw. z art. 30 Pt poprzez wydanie Zaskarżonej Decyzji bez analizy wszystkich kryteriów, które winny być uwzględnione przy wydawaniu takiego rozstrzygnięcia, w szczególności w sytuacji, w której wnioski z takiej analizy podważałyby zasadność wydania Zaskarżonej Decyzji, a to: promocji nowoczesnych usług telekomunikacyjnych; 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; zapewnienia integralności sieci oraz interoperacyjności usług; zapewnienia niedyskryminujących

warunków dostępu telekomunikacyjnego oraz pozycji rynkowych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, których sieci są łączone;

5. art. 15 pkt. 3 Pt i art. 16 ust. 1 Pt poprzez udostępnienie do konsultacji projektu decyzji o węższym zakresie rozstrzygnięcia niż zawarty w Zaskarżonej Decyzji, uniemożliwienie stronom postępowania wypowiedzenia się co do wszystkich objętych nim kwestii, a tym samym niewłaściwe przeprowadzenie postępowania konsultacyjnego;

6. art. 18 Pt w zw. z art. 15 pkt. 3 Pt poprzez wydanie Zaskarżonej Decyzji bez uprzedniego przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego, pomimo iż poczynione rozstrzygnięcie może mieć wpływ na stosunki handlowe pomiędzy państwami członkowskimi w rozumieniu Pt;

Powódka wniosła o uchylenie zaskarżonej Decyzji w całości, względnie o jej zmianę w pkt I poprzez skreślenie ppkt 1 oraz ppkt 2 i wprowadzenie w ich miejsce następującej treści:

§1 W Załączniku Finansowym Umowy, w Rozdziale 2, w §2 ust 1 pkt 1) otrzymuje następujące brzmienie:

„1) stawki należne (...) za ruch telekomunikacyjny zakańczany w sieci mobilnej (...) za minutę połączenia są równe:

a) stawce w wysokości wynikającej z aktualnie obowiązującej decyzji Prezesa UKE ustalającej wysokość stawek MTR w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) w okresie taryfikacyjnym T1,

b) stawce w wysokości wynikającej z aktualnie obowiązującej decyzji

c) stawce w wysokości wynikającej z aktualnie obowiązującej decyzji

Prezesa UKE ustalającej wysokość stawek MTR w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) w okresie taryfikacyjnym T3, a gdy stosowna decyzja Prezesa UKE, tj. decyzja Prezesa UKE nr (...) z dnia 22 października 2008 roku („Decyzja MTR 2008”) lub decyzja Prezesa UKE nr (...) z dnia 26 kwietnia 2007 roku („Decyzja MTR 2007”), utraci z jakichkolwiek przyczyn moc wiążącą lub w przypadku, gdy wykonanie którejkolwiek z tych decyzji zostanie wstrzymane - w wysokości 24,70 gr./min, chyba że w oparciu o ponoszone koszty świadczenia przedmiotowej usługi zakańczania połączenia (...) wskaże niższą stawkę MTR. W takim przypadku stawka MTR wskazana przez (...) w oparciu o ponoszone koszty zostanie potwierdzona przez strony w odrębnym aneksie.”

§2

1) W przypadku, gdyby z przyczyn wskazanych w §1 brak było podstaw prawnych do zastosowania stawek MTR w wysokości ustalonej przez Prezesa UKE w Decyzji MTR 2008 oraz w wysokości ustalonej przez Prezesa UKE w Decyzji MTR 2007, z tytułu usług zakańczania połączeń w sieci (...) świadczonych od dnia 10 marca 2008 roku (...) będzie przysługiwało od (...) dodatkowe wynagrodzenie, w kwocie różnicy pomiędzy stawkami i opłatami w wysokości obowiązującej w dniu 9 marca 2008 roku oraz stawkami i opłatami wg których dokonywano rozliczeń. (...) przysługuje prawo naliczenia odsetek od tej kwoty za okres od dnia upływu terminów płatności za poszczególne okresy rozliczeniowe począwszy od dnia 10 marca 2008 do dnia faktycznej zapłaty przez (...).

2) W przypadku, gdyby z przyczyn wskazanych w §1 brak było podstaw prawnych do zastosowania stawek MTR w wysokości ustalonej przez Prezesa UKE w Decyzji MTR 2008 przy zachowaniu podstawy prawnej do stosowania stawek MTR w wysokości ustalonej przez Prezesa UKE w Decyzji MTR 2007, z tytułu usług zakańczania połączeń w sieci (...) świadczonych od dnia 1 stycznia 2009 roku (...) będzie przysługiwało od (...) dodatkowe wynagrodzenie, w kwocie różnicy pomiędzy stawkami i opłatami w wysokości obowiązującej w dniu 31 grudnia 2008 roku oraz stawkami i opłatami wg których dokonywano rozliczeń. (...) przysługuje prawo naliczenia odsetek od tej kwoty za okres od dnia upływu terminów płatności za poszczególne okresy rozliczeniowe począwszy od dnia 1 stycznia 2009 do dnia faktycznej zapłaty przez (...).

3) W przypadku, gdyby z przyczyn wskazanych w §1 brak było podstaw prawnych do zastosowania stawek MTR w wysokości ustalonej przez Prezesa UKE w Decyzji MTR 2007 przy zachowaniu podstawy prawnej do stosowania stawek MTR w wysokości ustalonej przez Prezesa UKE w Decyzji MTR 2008, z tytułu usług zakańczania połączeń w sieci (...) świadczonych od dnia 10 marca 2008 roku (...) do dnia wejścia w życie niniejszego aneksu, (...) będzie przysługiwało od (...) dodatkowe wynagrodzenie, w kwocie różnicy pomiędzy stawkami i opłatami w wysokości obowiązującej w dniu 9 marca 2008 roku oraz stawkami i opłatami wg których dokonywano rozliczeń. (...) przysługuje prawo naliczenia odsetek od tej kwoty za okres od dnia upłynięcia terminów płatności za poszczególne okresy rozliczeniowe począwszy od 10 marca 2008 do dnia faktycznej zapłaty przez (...).

4) W przypadkach o których mowa w ust. 1, 2 i 3 powyżej (...) wystawi faktury korygujące za okres w którym będzie jej przysługiwało od (...) dodatkowe wynagrodzenie. Faktury będą miały termin płatności 14 dni, co nie wyłącza obowiązku zapłaty odsetek zgodnie z ust. 1, 2 i 3.

§3

Powyższy aneks wchodzi w życie z chwilą wejścia w życie ostatniej z decyzji Prezesa UKE zmieniających umowy pomiędzy (...) a innymi operatorami stacjonarnych sieci telefonicznych korzystających z usługi zakańczania połączeń w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...), w taki sposób, że stawki MTR obowiązujące na mocy tych umów dostosowane zostają do stawek określonych w Decyzji MTR 2008."

Powódka wniosła ponadto zasądzenie od Prezesa UKE na rzecz swoją kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych oraz o wstrzymanie wykonania zaskarżonej Decyzji do czasu prawomocnego rozstrzygnięcia sprawy.

Powódka wniosła również o ograniczenie prawa wglądu do wskazanych dokumentów.

W odpowiedzi na odwołanie Prezes UKE wniósł o jego oddalenie w całości, o oddalenie wniosku o wstrzymanie wykonania Decyzji, o zasądzenie od powódki na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, a także o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z decyzji Prezesa UKE nr (...) z dnia 22 października 2008 r. („Decyzja MTR”) - na okoliczność wydania przez Prezesa UKE tej decyzji oraz skutków prawnych z niej wynikających,

W odpowiedzi na odwołanie Zainteresowany - (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. wniósł o jego oddalenie w całości, o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych oraz o oddalenie wniosku powódki o wstrzymanie wykonania decyzji.

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił zaskarżoną decyzję oraz orzekł w przedmiocie kosztów procesu .

W motywach tego rozstrzygnięcia wskazano na następujące ustalenia faktyczne i ich ocenę prawną.

Powódka oraz zainteresowany są przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi w rozumieniu art. 2 pkt 27 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne. Powyższe podmioty wiązała Umowa o połączeniu sieci i wzajemnych zasadach rozliczeń, zawarta w dniu 5 sierpnia 2004 r., z późniejszymi aneksami.

W dniu 17 lipca 2006 r., po przeprowadzeniu analizy rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...), Prezes UKE wydał decyzje nr (...), w której uznał (...) za przedsiębiorcę telekomunikacyjnego posiadającego znaczącą pozycję rynkową na wyżej wymienionym rynku właściwym i nałożył na spółkę m in. obowiązek wynikający z art. 40 ustawy Pt, polegający na ustalaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty jej świadczenia - tzw. Decyzja (...).

Ponieważ Prezes UKE w wyniku przeprowadzonej oceny stwierdził, iż wysokość stawek MTR stosowanych przez (...) budzi istotne zastrzeżenia, uznał za konieczne wydanie na podstawie art. 40 ust 4 ustawy Pt decyzji nakładającej na powoda obowiązek odpowiedniego dostosowania opłat. Decyzją z dnia 26 kwietnia 2007 r. nr (...), Prezes UKE

określił obowiązki (...) w zakresie dostosowania stawki za zakańczanie połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...) ustalając harmonogram dostosowania wysokości stawki MTR za wskazaną usługę - decyzja MTR 2007. Z decyzji tej wynikało, iż wysokość stawki MTR od dnia 1 maja 2008r. miała wynosić 33,87 gr./min., od dnia 1 maja 2009 r. 27,75 gr./min., a od 1 maja 2010 r. 21,62 gr./min. Decyzji tej na podstawie art. 108 k.p.a. w zw. z art. 206 ust 1 ustawy Pt został nadany rygor natychmiastowej wykonalności.

Następnie decyzją z dnia 22 października 2008 r. nr (...) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej nałożył na (...) obowiązek dostosowania stawki z tytułu zakańczania połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...) do poziomu 0,1677 zł/min. zgodnie z harmonogramem, w którym w okresie obowiązywania od 01.01.2009 r. do 30.06.2009 r., wysokość stawki MTR miała wynosić 0,2162 zł/min., natomiast od 01.07.2009 r., miała wynosić 0,1677 zł/min.

Decyzją z dnia 30 grudnia 2008r. nr (...) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej stwierdził wygaśnięcie z dniem 1 stycznia 2009 r. decyzji z dnia 26 kwietnia 2007 r. nr (...) (decyzji MTR 2007) i nadał jej rygor natychmiastowej wykonalności.

Decyzją z dnia 14 lutego 2009 r., Nr (...), na podstawie art. 28 ust 1 w zw. z art. 30 i art. 17 Pt. oraz art. 104 §1 k.p.a. w zw. z art. 106 ust 1 Pt., po rozpatrzeniu wniosku (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. z dnia 13 stycznia 2009 r., o wydanie decyzji zmieniającej Umowę o połączeniu sieci i zasadach rozliczeń, zawartą dnu 5 sierpnia 2004 r., pomiędzy (...) a (...), w zakresie zmiany stawek rozliczeniowych z tytułu zakańczania połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci (...), Prezes UKE zmienił postanowienia Umowy w zakresie zmiany stawki MTR, zgodnie z Decyzją MTR. Wydając powyższą decyzję, Prezes UKE ze względu na wystąpienie przypadku wyjątkowego i powodującego bezpośrednie i poważne zagrożenie zarówno dla konkurencyjności jak i dla interesów użytkowników, skorzystał z uprawnienia wynikającego z art. 17 Pt. i odstąpił od przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego, określając okres jej obowiązywania do dnia 5 sierpnia 2009 r.

Pismem z dnia 12 marca 2009 r., Prezes UKE zawiadomił strony o wszczęciu z urzędu w dniu 12 marca 2009 r., postępowania administracyjnego w sprawie wydania decyzji zmieniającej Umowę o połączeniu sieci i zasadach rozliczeń w zakresie dostosowania stawek MTR, zgodnie z Decyzją MTR oraz zwrócił się o przedstawienie stanowiska w w.w sprawie.

Zgodnie z obwieszczeniem Prezesa UKE z dnia 27 kwietnia 2009 r., z dniem 8 maja 2009 r. rozpoczęto postępowanie konsultacyjne dotyczące projektu decyzji Prezesa UKE zmieniającej Umowę o połączeniu sieci i wzajemnych zasadach rozliczeń zawartą w dniu 5 sierpnia 2004 r. pomiędzy (...) a (...), w zakresie zmiany stawki z tytułu zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) Sp. z o.o. Postępowanie konsultacyjne zostało przeprowadzone w dniach od 8 maja 2009 r. do 8 czerwca 2009 r.

Prezes UKE nie uwzględniając zarzutów (...), w dniu 13 lipca 2009 roku wydał na podstawie art. 29 Pt oraz art. 104 §1 k.p.a. w związku z art. 206 ust. 1 Pt decyzję (...) zmieniającą postanowienia umowy z dnia 5 sierpnia 2004r. w zakresie dostosowania stawek rozliczeniowych z tytułu zakańczania połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...) do poziomu określonego w decyzji Prezesa UKE z dnia 22 października 2008 r. nr (...).

Decyzja z dnia 22 października 2008 r. nr (...) (Decyzja MTR 2008) została prawomocnie uchylona wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 10 listopada 2010 r. sygn. akt VI ACa 899/10.

W ocenie Sądu Okręgowego odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Podniesiono, że w dacie orzekania pojawiły się nowe okoliczności faktyczne, wcześniej nieistniejące i nieznanne stronom a mające wpływ na ukształtowanie stosunku prawnego między nimi(art.316 k.p.c.). Taką okolicznością jest prawomocne uchylenie w trakcie niniejszego postępowania Decyzji MTR 2008. Wskazano , że wielokrotne podkreślanie w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji wagi Decyzji MTR 2008 dla niniejszego rozstrzygnięcia oraz wprost powołanie się w sentencji zaskarżonej decyzji na zmianę postanowień umowy stron,, (...) zgodnie z Decyzją Prezesa

UKE z dnia 22 października 2008 r. nr (...) (...)” powoduje, że jej uchylenie nie może zostać pominięte przy ocenie stanowisk stron (art. 365 k.p.c.).

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu uznano, że uzasadniony jest zarzut naruszenia art. 29 Pt oraz art. 15 pkt 3 Pt i art. 16 ust. 1 Pt. Podkreślono, że z uzasadnienia decyzji (...) wynika, że procedurę z art. 29 Pt wszczęto w celu dostosowania stawek ustalonych Decyzją MTR 2008. Wszczęte z urzędu w dniu 12 marca 2009 roku postępowanie administracyjne o wydanie decyzji zmieniającej umowę w zakresie zmiany stawki MTR zgodnie z Decyzją MTR 2008 miało na celu doprowadzenie do wykonania przez (...) nałożonego na niego Decyzją MTR 2008 obowiązku regulacyjnego. Tymczasem treść art. 29 Pt stanowi, że „Prezes UKE może z urzędu, w drodze decyzji, zmienić treść umowy o dostępie telekomunikacyjnym lub zobowiązać strony umowy do jej zmiany, w przypadkach uzasadnionych potrzebą zapewnienia ochrony interesów użytkowników końcowych, skutecznej konkurencji lub interoperacyjności usług”. Podano, że skoro kompetencja do zmiany umowy z urzędu najdalej ogranicza zasadę umownego kształtowania współpracy między przedsiębiorcami, to ingerencja administracyjna powinna być podejmowana tylko w najpoważniejszych i nagłych przypadkach zagrożenia celów wymienionych w art. 29 Pt.

W ocenie Sądu pierwszej instancji Prezes UKE nie wykazał, iż niezależnie od bytu prawnego Decyzji MTR 2008 istniały przesłanki do wszczęcia postępowania z urzędu.

Zaznaczono, że Prezes UKE wykazał istnienie tych przesłanek tylko poprzez odwołanie się do stawek ustalonych Decyzją MTR 2008, a nie udowodnił zasadności ich wprowadzenia z punktu widzenia ochrony interesów użytkowników końcowych, skutecznej konkurencji lub interoperacyjności usług.

Podano, że Prezes UKE w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że stosowanie przez powoda w relacji z zainteresowanym po dniu 5 sierpnia 2009 r. stawki MTR niezgodnej z nałożonymi obowiązkami może spowodować poważne zaburzenie konkurencyjności na całym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych. Skoro wydając zaskarżoną decyzję Prezes wziął pod uwagę obowiązki nałożone na powoda Decyzją MTR 2008r. to uznano, iż uchylenie Decyzji MTR 2008 oznacza, że stawki w niej przewidziane nie mogą być wprost implementowane do kolejnych decyzji, a po wtóre odpadł cel wszczęcia postępowania z urzędu. Podkreślono, że w niniejszym postępowaniu brak dowodu uzasadniającego przyjęcie stawek w umowie pomiędzy stronami na podanym poziomie i w konsekwencji dowodu prowadzącego do uznania, że stawki uwzględniają koszty ponoszone przez operatora, promocje efektywności i zrównoważonej konkurencji, zapewnienie maksymalnej korzyści dla użytkowników końcowych (art. 40 ust. 4 Pt). Zauważono, że już w stanowisku konsultacyjnym powód podkreślał nieprawidłowość przyjęcia stawki MTR na poziomie 0,1677 zł/min.

Ponadto poprzez uchylenie Decyzji MTR 2008 odpadła przesłanka potrzeby zapewnienia skutecznej konkurencji przejawiająca się jako obawa niewykonania przez powoda nałożonych na niego obowiązków (stawki MTR 2008), co mogłoby prowadzić do sytuacji zagrożenia konkurencyjności na rynku telekomunikacyjnym. Tylko bowiem istnienie stawek MTR 2008 może być uznane za kształtowanie konkurencyjności z poziomu zastanego rynku do poziomu określonego stawkami (tu 0,1677 zł/min). Podniesiono, że wyrok prawomocnie uchylający Decyzję MTR 2008 wiąże Sąd i inne organy, więc rolą Prezesa UKE jest uzasadnienie wprowadzenia stawki 0,1677 zł/min do umowy z (...) Sp z o.o. przy uwzględnieniu przesłanek z art. 29 Pt.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 15 pkt 3 Pt i art. 16 ust. 1 Pt wskazano, iż zasadniczym celem procedury konsultacji treści decyzji z zainteresowanymi jest umożliwienie im zajęcia stanowiska odnośnie proponowanego projektu rozstrzygnięcia, a ostateczna decyzja Prezesa UKE powinna w możliwie najszerszym zakresie odzwierciedlać wyniki konsultacji z zainteresowanymi, przy czym opinia stron w przedmiocie konsultacji nie stoi na przeszkodzie wydania przez organ rozstrzygnięcia, którego treść odbiega nie tylko od pierwotnego projektu, ale uwzględnia jedynie część postulatów podnoszonych przez strony. Odwołując się do stanowiska prezentowanego w doktrynie wskazano, iż w przypadku zmiany, szczególnie zmiany o charakterze istotnym, pierwotnego projektu decyzji będącego przedmiotem konsultacji, Prezes UKE nie może wydać ostatecznego rozstrzygnięcia bezpośrednio po zakończeniu konsultacji, ale powinien ponownie zainicjować konsultacje między stronami, tak aby mogły one zająć stanowisko odnośnie

wprowadzonych zmian. Dokonując porównania pierwotnego brzmienia projektu decyzji z treścią ostatecznego rozstrzygnięcia uznano, iż zakres zmian wprowadzonych do wstępnego projektu jest istotny.

Jako nietrafne uznano zarzuty oparte na naruszeniu art. 18 Pt w związku z art. 15 pkt 3 Pt. Podano, że niniejsza decyzja należy do decyzji, o których mowa w art. 15 w pkt 3 Pt „decyzji dotyczących dostępu telekomunikacyjnego, o których mowa w art. 28-30” a nie w pkt 2 Pt. Uznano, że zagadnienie wpływu decyzji na stosunki handlowe między państwami członkowskimi jest domeną ciężaru dowodu. Prezes UKE wydając decyzję nie miał informacji o prowadzeniu przez spółki działalności gospodarczej w zakresie telekomunikacji poza terytorium RP oraz o rozliczaniu roamingu.

Odnosnie do pierwszego zarzutu odwołania, Sąd Okręgowy przyjął za Sądem Najwyższym (uchwała z dnia 20 lutego 2008 r. (III SZP 1/08), iż stwierdzenie niezgodności z prawem aktu powołania na stanowisko Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej nie należy do kognicji sądu powszechnego. Podkreślono, że powód nie zarzucił pozwanemu braku niezależnego działania przy wydawaniu zaskarżonej Decyzji, a w szczególności aby była ona przejawem wpływu na regulatora innych organów, co w konsekwencji naruszałoby prawa podmiotowe powoda".

Jako podstawę rozstrzygnięcia powołano art. 479⁶⁴§2 k.p.c.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 98 i 99 k.p.c.

Apelacje od powyższego wyroku złożyli zainteresowany (...) sp. z o.o. w W. i pozwany Prezes UKE

Zainteresowany zaskarżył wyrok w całości i podniósł następujące zarzuty:

1. naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, tj. art. 479⁶⁴ § 1 k.p.c. poprzez nieoddalenie odwołania,
2. naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, tj. art. 328 § 2 k.p.c., poprzez sporządzenie uzasadnienia zawierającego wewnętrznie sprzeczne wnioski w zakresie uznania konieczności prowadzenia ponownego postępowania konsultacyjnego w sytuacji gdyby organ zmienił decyzję, która poddana była konsultacjom.
3. naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 15 ust 3 w zw. z art. 16 Pt poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż przepis ten obliguje organ do prowadzenia ponownego postępowania konsultacyjnego w sytuacji gdyby organ zmienił decyzję, która poddana była konsultacjom.
4. Naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 29 Pt poprzez:
 - a) uznanie, iż zaskarżona Decyzja została wydana z naruszeniem art. 29 Pt, mimo, że zostały spełnione wszelkie przesłanki wymienione w w/w przepisie i mogła być ona wydana z urzędu;
 - b) uznanie, że Decyzja została wydana mimo braku przesłanek do jej wydania, mimo że takie przesłanki w chwili wydawania Decyzji istniały, ponieważ obowiązywała decyzja administracyjna stanowiąca taką przesłankę.

Wskazując na powyższe zarzuty zainteresowany wnosił o zmianę w całości zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie odwołania

ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji .

Zasądzenie od Powoda na rzecz Zainteresowanego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych,

Prezes UKE zaskarżył wyrok w całości i podniósł następujące zarzuty:

1. naruszenie przepisów postępowania, tj.

a) art. 328 § 2 k.p.c. poprzez sporządzenie uzasadnienia wyroku w sposób uniemożliwiający przeprowadzenie kontroli instancyjnej wobec braku ustaleń faktycznych oraz rozważań odnośnie mocy dowodowej poszczególnych dowodów, co do faktów dotyczących:

- zapewnienia interoperacyjności usług, potrzeby zapewnienia ochrony interesów użytkowników końcowych, skutecznej konkurencji lub interoperacyjności usług,

- różnic powodujących istnienie istotnych rozbieżności pomiędzy projektem decyzji poddanym postępowaniu konsultacyjnemu, a ostatecznym rozstrzygnięciem skarżonej decyzji

- analizy stanowisk konsultacyjnych podnoszonych w postępowaniu przez strony,

oraz poprzez sporządzenie uzasadnienia zawierającego wewnętrzne sprzeczności.

b) art. 316 § 1 k.p.c. polegające na uznaniu, że w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa UKE z dnia 13 lipca 2009 r. nr (...), Sąd miał obowiązek wziąć pod uwagę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy, w tym okoliczność, iż po wydaniu Decyzji została prawomocnie uchylona decyzji Prezesa UKE z dnia 22 października 2008 r. nr (...),

- które to naruszenia miały wpływ na wynik sprawy.

2. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj

c) art. 15 pkt. 3 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800, z późn. zm., zwanej dalej „Pt”) i art. 16 Pt w zw. art. 29 w zw. z art. 6 Dyrektywy ramowej i art. 20 ust. 1 i 2 Dyrektywy ramowej oraz w zw. z art. 5 ust. 4 Dyrektywy o dostępie w brzmieniu obowiązującym w chwili wydania zaskarżonej decyzji poprzez przyjęcie, iż zaskarżona decyzja powinna zostać poddana ponownemu postępowaniu konsultacyjnemu, w sytuacji gdy Prezes UKE przeprowadził uprzednio jedno postępowanie konsultacyjne, a zmiany dokonane przez niego wynikały z stanowisk konsultacyjnych stron,

d) art. 36, 40 ust. 1 i 4 Pt w zw. art. 29 Pt oraz art. 13 ust. 3 dyrektywy o dostępie i art. 6 k.c. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, polegające na pominięciu tych przepisów podczas orzekania oraz poprzez uznanie, iż stawki określone w zaskarżonej decyzji nie odpowiadają ponoszonym przez powoda kosztom zakończenia połączenia, bez przeprowadzenia postępowania dowodowego w tym zakresie,

e) art. 29 Pt poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż Prezes UKE nie miał podstaw do wszczęcia z urzędu postępowania w przedmiocie zmiany umowy łączącej Powoda i Zainteresowanego, gdy wspomniany przepis nie dotyczy wszczęcia postępowania, a jedynie podstaw do wydania z urzędu decyzji administracyjnej zmieniającej umowę o dostępie z uwagi na potrzebę zapewnienia ochrony interesów użytkowników końcowych, skutecznej konkurencji lub interoperacyjności usług, zwłaszcza, iż przesłanki wskazane w tym przepisie zaistniały.

Wskazując na powyższe zarzuty Prezes UKE wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez oddalenie odwołania oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania za pierwszą instancję

i zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych;

ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach procesu.

Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje.

Apelacje pozwanego i zainteresowanego nie są zasadne i dlatego nie mogły odnieść skutku.

Ustalenia faktyczne poczynione w sprawie Sąd Apelacyjny w pełni podziela i przyjmuje za podstawę dla własnych rozważań.

Odnosząc się do podniesionych w obu apelacjach zarzutów naruszenia prawa procesowego Sąd Apelacyjny zważa, że kwestionowany przez stronę pozwaną i zainteresowanego sposób sporządzenia uzasadnienia nie mógł mieć wpływu na wynik sprawy.

Z natury rzeczy uzasadnienie wyraża jedynie motywy wcześniej podjętego rozstrzygnięcia.

Z tego względu zarzut naruszenia art.328§2 k.p.c. może znaleźć zastosowanie tylko w tych wyjątkowych sytuacjach, w których treść uzasadnienia orzeczenia sądu uniemożliwia całkowicie dokonanie oceny toku wywodu, który doprowadził do wydania orzeczenia (por. wyrok SN z dnia 7 stycznia 2010r. II UK 148/09).

Rozpoznanie "sprawy" w granicach apelacji oznacza, że Sąd Apelacyjny nie koncentruje się jedynie na ocenie zasadności zarzutów apelacyjnych, lecz ponownie rozstrzyga o zasadności zgłoszonych roszczeń procesowych, Sąd ten ma pełną swobodę jurysdykcyjną ograniczoną jedynie granicami zaskarżenia (por. wyrok SN z dnia 24.08.2009r. I PK 32/09). W świetle powyższych rozważań Sąd Apelacyjny stwierdza, że uzasadnienie wyroku Sądu pierwszej instancji spełnia wymogi konstrukcyjne przewidziane w art.328§2 k.p.c., zawiera wystarczające ustalenia faktyczne oraz wyjaśnia podstawę prawną rozstrzygnięcia i w związku z tym poddaje się kontroli instancyjnej.

Podniesiony w apelacjach brak należytego wyjaśnienia przyczyn uznania, że uchylenie Decyzji MTR 2008 nastąpiło ze skutkiem wstecznym stanowi w istocie polemikę z prawidłowymi ustaleniami Sądu pierwszej instancji i dokonana przez ten Sąd oceną prawną. W niniejszej sprawie skarżący w istocie kwestionuje dokonaną przez Sąd Okręgowy ocenę skutku wyeliminowania z obrotu prawnego Decyzji MTR 2008 nie wskazując wystarczającej argumentacji dla prezentowanej odmiennej oceny prawnej niż ocena dokonana przez Sąd pierwszej instancji. Sąd Apelacyjny zważa, że zaskarżona decyzja została wydana między innymi na podstawie decyzji Prezesa Urzędu z dnia 22 października 2008r. znak (...) zwaną jako Decyzja MTR 2008. Poza sporem jest, że na skutek wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 10 listopada 2010r. sygn. akt VI ACA 899/10 oddalającego apelację od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów mocą którego uchylono Decyzję MTR 2008 decyzja ta została prawomocnie wyeliminowana z obrotu. Oznacza to, że Decyzja MTR 2008 nigdy nie obowiązywała. Zasadnie zatem uznano, że w tym stanie rzeczy, odpadła jedna z zasadniczych podstaw wydania zaskarżonej decyzji.

W przekonaniu Sądu Apelacyjnego zarzut naruszenia przepisu art.479⁶⁴§2 k.p.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na uchyleniu zaskarżonej decyzji Prezesa Urzędu, podczas gdy nie było przesłanek do jej uchylenia oraz przez nierozpoznanie istoty sprawy i zaniechanie wszechstronnego rozważenia pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu nie jest trafny.

Zgodnie z brzmieniem tego przepisu Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w razie uwzględnienia odwołania zaskarżoną decyzję albo uchyla, albo zmienia w całości lub w części i orzeka co do istoty sprawy. 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. 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. 479⁶⁴ § 2 k.p.c. .

Sąd Apelacyjny zważa, że uchylenie decyzji możliwe jest tylko w razie stwierdzenia braku podstaw do jej wydania lub w przypadku takich uchybień, które nie mogą być sanowane w drodze zmiany decyzji Prezesa Urzędu na etapie postępowania sądowego. Jak wykazano we wcześniejszych rozważaniach trafne są ustalenia Sądu Okręgowego- Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, że w niniejszej sprawie wobec prawomocnego wyeliminowania z obrotu

Decyzji MTR 2008 odpadła podstawa do wydania zaskarżonej decyzji, uchybienie to nie mogło być usunięte poprzez zmianę tej decyzji w toku postępowania sądowego, a zatem należało zaskarżoną decyzję uchylić.

Odnosząc się do zawartych w obu apelacjach zarzutów naruszenia przepisów prawa materialnego tj. art. 29 Pt poprzez uznanie, iż zaskarżona Decyzja została wydana z naruszeniem tego przepisu oraz poprzez uznanie, iż stawki określone w zaskarżonej decyzji nie odpowiadają ponoszonym przez powoda kosztom zakończenia połączenia, bez przeprowadzenia postępowania dowodowego w tym zakresie Sąd Apelacyjny stwierdza, że nie zasługują one na uwzględnienie. Stanowisko skarżących sprowadza się do prezentowania poglądu, że stawki MTR wynikające z uchylonej Decyzji MTR 2008 były poprawne bowiem decyzja ta została uchylona z powodu braku przeprowadzenia przez Prezesa Urzędu postępowania konsultacyjnego przed jej wydaniem. Zdaniem Sądu Apelacyjnego taka argumentacja nie jest trafna. Po pierwsze Decyzja MTR 2008 została uchylona w całości i dla oceny skutków tego uchylenia nie ma znaczenia jego konkretna przyczyna. Po drugie jak wynika z uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 10 listopada 2010r. sygn.akt.VI A Ca 899/10 brak przeprowadzenia obowiązkowego postępowania konsultacyjnego przed wydaniem Decyzji MTR 2008 stanowił wystarczającą podstawę do uchylenia tej decyzji i dlatego pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu od tej decyzji stały się bezprzedmiotowe, a zatem nie były przedmiotem oceny sądowej. Po trzecie proponowane przez skarżących swoiste domniemanie poprawności stawek ustalonych u prawomocnie uchylonej Decyzji MTR 2008 nie ma żadnego prawnego uzasadnienia.

Zgodnie z treścią art.28 ust.1 pkt 2 i pkt.5 lit. c Pt Prezes UKE podejmuje decyzje o dostępie telekomunikacyjnym biorąc pod uwagę obowiązki nałożone na przedsiębiorców telekomunikacyjnych oraz zapewnienie rozwoju konkurencyjnego rynku usług telekomunikacyjnych. Decyzja ta może zostać zmieniona przez Prezesa UKE na wniosek każdej ze stron, której ona dotyczy (art.28 ust.6 Pt) lub z urzędu(art.29 Pt) w przypadkach uzasadnionych potrzebą zapewnienia ochrony interesów użytkowników końcowych, skutecznej konkurencji lub interoperacyjności usług.

Decyzja MTR 2008 określająca obowiązki nałożone na powoda została prawomocnie uchylona, zaś Prezes UKE uznał zawarte w niej obliczenia i analizy za podstawę do obliczenia stawek MTR w zaskarżonej decyzji. W tym stanie rzeczy prawidłowo przyjął Sąd pierwszej instancji, że wyeliminowanie z obrotu Decyzji MTR 2008 spowodowało, że utraciły jakiegokolwiek znaczenie prawne zawarte w niej obowiązki nałożone na powoda oraz analizy i obliczenia.

Niewątpliwie przy wydawaniu zaskarżonej decyzji nie są spełnione kryteria określone w art.29 Pt w związku z art.28 ust.1pkt.2 i pkt.5 lit.c Pt

Także zawarty w apelacji pozwanego zarzut naruszenia art. 316 § 1 k.p.c. polegający na błędnym uznaniu, że w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa UKE z dnia 13 lipca 2009 r. nr (...), Sąd miał obowiązek wziąć pod uwagę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy, w tym okoliczność, iż po wydaniu Decyzji została prawomocnie uchylona decyzja Prezesa UKE z dnia 22 października 2008 r. nr (...), nie jest trafny.

Sąd Apelacyjny zważa, że w art. 316 § 1 k.p.c. chodzi o zasady dotyczące czasu orzekania, które mają za zadanie określenie momentu właściwego dla oceny stanu sprawy przez sąd przy wydaniu wyroku (zasada aktualności), stan sprawy może bowiem w toku procesu ulegać zmianom. "Stanem rzeczy" w rozumieniu tego przepisu są więc zarówno okoliczności faktyczne sprawy jak i przepisy prawa, na podstawie których ma być wydane rozstrzygnięcie (ich zmiana pomiędzy wytoczeniem powództwa lub złożeniem odwołania w sprawach z zakresu ubezpieczeń społecznych a zamknięciem rozprawy). Ponieważ art. 316 § 1 k.p.c. ma również zastosowanie w postępowaniu odwoławczym, to sąd drugiej instancji obowiązany jest brać pod uwagę zmiany w stanie faktycznym i prawnym sprawy, wpływające na treść rozstrzygnięcia. (por. wyrok SN z dnia 18 stycznia 2012 r.II UK 117/11)

Zagadnienie dopuszczalności i ograniczenia w stosowaniu art.316 §1 k.p.c. w sprawach z zakresu regulacji telekomunikacji było już przedmiotem wypowiedzi Sądu Najwyższego. I tak w wyroku z dnia 20 września 2011r. III SK 55/10 uznano, że 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. Te ograniczenia dotyczą zmiany przepisów odnoszących się do nakładania kar pieniężnych, kiedy to należy stosować rozwiązania względniejsze dla sprawcy naruszenia. Sąd Apelacyjny rozpoznający niniejszą sprawę pogląd ten w pełni podziela i jako prawidłowe

uznaje uwzględnienie w niniejszej sprawie skutków wynikających z ostatecznego wyeliminowania z obrotu prawnego Decyzji MTR 2008.

Wobec wskazanej bezzasadności opisanych wyżej zarzutów bezprzedmiotowym stało się rozważanie zawartych w obu apelacjach zarzutów naruszenia art. 15 pkt. 3 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800, z późn. zm., zwanej dalej „Pt”) i art. 16 Pt w zw. art. 29 w zw. z art. 6 Dyrektywy ramowej i art. 20 ust. 1 i 2 Dyrektywy ramowej oraz w. zw. z art. 5 ust. 4 Dyrektywy o dostępie w brzmieniu obowiązującym w chwili wydania zaskarżonej decyzji poprzez przyjęcie, iż zaskarżona decyzja powinna zostać poddana ponownemu postępowaniu konsultacyjnemu, w sytuacji gdy Prezes UKE przeprowadził uprzednio jedno postępowanie konsultacyjne, a zmiany dokonane przez niego wynikały z stanowisk konsultacyjnych stron. Ewentualne wady postępowania konsultacyjnego nie mają żadnego znaczenia w niniejszej sprawie bowiem wystarczającą przyczyną uchylecia zaskarżonej decyzji było naruszenie art.29 Pt w związku z art.281pkt.2 i pkt.5 lit.c Pt

Mając to wszystko na uwadze Sąd Apelacyjny uznał , że obie apelacje jako pozbawione uzasadnionych powodów nie mogły odnieść skutku.

W trym stanie rzeczy , na podstawie art.385 k.p.c. orzeczono , jak na wstępie.

O kosztach procesu postanowiono na podstawie art.98 k.p.c. w związku z art.108§1 k .p. c. zgodnie z zasadą finansowej odpowiedzialności stron za wynik procesu.