

*Sygn. akt VI ACa 1300/14*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 14 lipca 2015 r.*

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

*Przewodniczący - Sędzia SA Agata Zajac (spr.)*

*Sędziowie: SA Aldona Wapińska*

*SO (del) Marcin Łochowski*

*Protokolant: Izabela Nowak*

*po rozpoznaniu w dniu 14 lipca 2015 r. w Warszawie*

*na rozprawie sprawy z powództwa Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w W.*

*przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej*

*przy udziale zainteresowanego (...) Sp. z o.o. w P.*

*o ustalenie warunków dostępu*

*na skutek apelacji powoda*

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

*z dnia 26 czerwca 2014 r.*

*sygn. akt XVII AmT 19/12*

**I. oddala apelację;**

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

*Sygn. akt VI ACa 1300/14*

## UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 28 listopada 2011 r. wydaną na podstawie art. 22 ust. 1 w zw. z art. 30 ust. 1 i 5 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych na wniosek zainteresowanego (...) sp. z o.o. w W. z 26 kwietnia 2011 r. w sprawie dostępu do budynków znajdujących się w zasobie Spółdzielni Mieszkaniowej (...) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej zobowiązał Spółdzielnię Mieszkaniową (...) w W. (udostępniający) do zapewnienia zainteresowanemu (operator) dostępu do budynków i nieruchomości wymienionych w decyzji w celu zapewnienia telekomunikacji na warunkach określonych w decyzji i umorzył postępowanie w pozostałym zakresie.

Odwołanie od powyższej decyzji wniosła Spółdzielnia Mieszkaniowa (...) w W., podnosząc, że nie został skutecznie złożony wniosek przez operatora, wniosek został rozpoznany z przekroczeniem 90-dniowego terminu na wydanie decyzji, decyzja jest przedwczesna, gdyż między operatorem a zainteresowaną trwały negocjacje, a Prezes UKE

nie wyznaczył terminu dla ich sfinalizowania, postanowienia decyzji uwzględniają wyłącznie interes jednej strony prowadząc do rażącego pokrzywdzenia interesu udostępniającego, a także interesu odbiorców usług i interesu użytkowników sieci telekomunikacyjnych. W szczególności powódka podniosła, że brak określenia sieci objętej decyzją, warunki dostępu naruszają zasadę ekwiwalentności, w tym zarówno z uwagi na brak odpłatności, jak i treść postanowień zgodnie z którymi Spółdzielnia ma ponieść koszt projektu wykonawczego sieci przygotowanego dla operatora i przenieść prawa do niego nieodpłatnie na operatora, rażąco niską kaucję, nie uwzględniającą milionowych zysków operatora i możliwych strat dla Spółdzielni, nałożenie na Spółdzielnię obowiązku stałego nieodpłatnego pilnowania i monitorowania sieci operatora.

Pozwany Prezes UKE wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów procesu.

Wyrokiem z dnia 26 czerwca 2014 r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie i zasądził od powoda na rzecz pozwanego 720 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Okręgowy ustalił, że zainteresowany jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym wpisanym do rejestru prowadzonego przez Prezesa UKE i złożył wniosek o wydanie decyzji zastępującej umowę o dostępie w dniu 2 maja 2011 r.

Pismem z 19 maja 2011 r. Prezes UKE wezwał wnioskodawcę do uzupełnienia braków formalnych i sprecyzowania złożonego wniosku przez wyjaśnienie, czy żąda zmiany porozumienia z 2005 r. załączonego do wniosku czy wydania decyzji zastępującej umowę o dostępie oraz wskazanie podstawy prawnej żądania- art. 28 ustawy prawo telekomunikacyjne czy art. 30 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych.

Pismem z 1 czerwca 2011 r. wnioskodawca usunął braki formalne wniosku i wyjaśnił, że wnosi o wydanie decyzji zastępującej umowę o dostępie telekomunikacyjnym opartej na przepisach art. 27 i 28 prawa telekomunikacyjnego umożliwiającej świadczenie usługi dostępu do Internetu, telewizji kablowej cyfrowej i telefonii, ponieważ dotychczasowe porozumienie ograniczało działalność tylko do Internetu, dostęp telekomunikacyjny do kanalizacji kablowej łączącej budynki spółdzielni, gdyż brak było zgody Spółdzielni na fizyczny dostęp do kanalizacji oraz udostępnienie jednej pary włókna światłowodu łączącego budynki mieszkalne będące w gestii spółdzielni. Wnioskodawca wskazał też, że gdyby Prezes UKE uznał, że lepszym rozwiązaniem sporu ze Spółdzielnią byłoby wydanie decyzji na podstawie art. 22 ustawy o wspieraniu rozwoju, pozostawia taką możliwość do decyzji organu.

Prezes UKE zawiadomił strony o wszczęciu postępowania w sprawie wydania decyzji zastępującej umowę o dostępie telekomunikacyjnym do budynków i kanalizacji Spółdzielni w dniu 16 czerwca 2011 r.

Pismem z 29 czerwca 2011 r. (...) sp. z o.o. oświadczyła, że wnosi o wydanie decyzji na podstawie art. 21 ust. 2 ustawy o wspieraniu rozwoju, zastępującej umowę o dostępie do nieruchomości, o której mowa w art. 30 ust. 1 tej ustawy wyjaśniając, że chce świadczyć usługi telekomunikacyjne z wykorzystaniem własnych urządzeń i kabli, które są już zainstalowane lub zostaną w przyszłości zainstalowane w budynkach oraz wskazując, iż Spółdzielnia także jest operatorem usług do Internetu i telewizji kablowej, a jej działania polegające na odkładaniu w czasie zawarcia umowy i proponowaniu bardzo niekorzystnych warunków umowy zmierzają do eliminacji innych operatorów z rynku, którym jest teren zarządzany przez Spółdzielnię.

Pismem z dnia 29 czerwca 2011 r. Spółdzielnia Mieszkaniowa (...) wniosek złożony przez operatora oceniła jako wywieranie presji w kwestii związanej z ukształtowaniem treści i warunków dalszej współpracy stron.

Pismem z dnia 10 sierpnia 2011 r. operator sprecyzował wniosek wskazując, iż wnosi o dostęp do budynków wymienionych w załączniku nr 2 w trybie art. 30 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju i cofa wniosek w pozostałym zakresie

W dniu 15 września 2011 r. do Prezesa UKE wpłynęło pismo Spółdzielni Mieszkaniowej z projektem umowy o współpracy, który Prezes UKE potraktował jako stanowisko Spółdzielni w sprawie.

W piśmie z dnia 22 listopada 2011 r., stanowiącym odpowiedź na wezwanie Prezesa UKE do złożenia wyjaśnień, Spółdzielnia Mieszkaniowa wskazała, że pierwotnie umowę określającą zasady dostępu do budynków Spółdzielni zawarto z R. S., prowadzącym działalność gospodarczą. W wyniku przekształceń po stronie przedsiębiorcy, porozumienie to per facta concludentia przeszło na następców prawnych tego przedsiębiorcy, tj. (...) s.c. R. S., O. S., a następnie (...) sp. z o.o. Umowa ta została wypowiedziana udostępniającemu i uległa rozwiązaniu z dniem 10 sierpnia 2011 r. Spółdzielnia oświadczyła, że ze względu na konieczność stosowania jednolitych warunków umów z przedsiębiorcami świadczącymi jednego rodzaju usługi nie widzi innej możliwości jak odpłatne korzystanie przez (...) sp. z o.o. z budynków będących w jej zasobie, określając zaproponowaną opłatę na 20 zł od lokalu mieszkalnego, zgodnie ze stosowanym przez nią cennikiem. Spółdzielnia wskazała, że współpracuje też z drugim operatorem, (...) sp. j. K. S., F. B. (1), na identycznych warunkach jak (...), tj. przedsiębiorca ten ponosi tylko koszty zużytej energii elektrycznej. Spółdzielnia poinformowała, że temu przedsiębiorcy również zaproponowano podpisanie nowej umowy zawierającej identyczne jak dla (...) warunki w zakresie odpłatności. Żadna z tych umów nie została podpisana.

W odpowiedzi na to pismo R. S. jako członek zarządu (...) sp. z o.o. złożył oświadczenie, że spółka ta nie stała się nigdy stroną umowy nr (...) z 30 listopada 2005 r.

Sąd Okręgowy stwierdził, że z informacji znajdujących się w aktach administracyjnych wynika, że:

- na podstawie oświadczenia Spółdzielni Mieszkaniowej (...) z 7 kwietnia 2011 r. o rozwiązaniu umowy za miesięcznym wypowiedzeniem, porozumienie nr (...) z 30 listopada 2005 r. zawarte pomiędzy Spółdzielnią a R. S. i O. S. prowadzącymi działalność gospodarczą zostało skutecznie rozwiązane z dniem 10 sierpnia 2011 r.

- powódka i zainteresowany nie zawarli aneksu do tej umowy przed wydaniem decyzji i nie podpisali umowy o dostępie do zasobów mieszkaniowych Spółdzielni Mieszkaniowej

- budynki wymienione przez zainteresowanego w załączniku nr 2 w całości znajdują się w zarządzenie Spółdzielni Mieszkaniowej (...).

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał za bezzasadne zarzuty naruszenia art. 22 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych wskazując, że z uwagi na częściowe cofnięcie wniosku składanie załączników powołanych we wniosku pierwotnym było zbędne, wskazane w wezwaniu Prezesa UKE braki formalne wniosku zostały usunięte w terminie, wobec czego nie było podstaw do zwrotu wniosku. Sąd Okręgowy wskazał też, że termin 90 dni na wydanie decyzji ma charakter instrukcyjny, a jego przekroczenie nie ma znaczenia dla oceny merytorycznej zaskarżonej decyzji, zwłaszcza że Prezes UKE powiadomił strony o przedłużeniu terminu rozpoznania wniosku.

W ocenie Sądu Okręgowego nie doszło też do naruszenia interesu Spółdzielni Mieszkaniowej ani odbiorców usług i użytkowników sieci telekomunikacyjnych, decyzja zapewnia bowiem odbiorcom swobodę wyboru oferty większej grupy przedsiębiorców, dostęp do szerszej gamy usług i przyczyni się do rozwoju konkurencji na rynku obejmującym zasoby powodowej Spółdzielni, co wpłynie na podniesienie poziomu oferowanych usług i obniżenie ich ceny.

W ocenie Sądu Okręgowego brak określenia sieci objętej umową o dostępie nie ma znaczenie, bo jest to umowa o dostępie do zasobów mieszkaniowych Spółdzielni Mieszkaniowej.

Zdaniem Sądu Okręgowego umowa zawiera szereg postanowień nakładających obowiązki na operatora i chroniących interesy udostępniającego, w szczególności określa zasady ryczałtowych rozliczeń za zużytą przez operatora energię elektryczną, a także dopuszcza możliwość zawarcia przez operatora odrębnej umowy z zakładem energetycznym, w związku z czym w umowie znalazły się postanowienia przewidujące udzielenie przez Spółdzielnię odpowiedniej zgody i udostępnienie nieruchomości. Pozwany nałożył też na operatora obowiązek realizacji wszelkich inwestycji na własny koszt z jednoczesnym wymogiem wpłacenia Spółdzielni kaucji zabezpieczającej należyte wykonanie prac.

Sąd Okręgowy wskazał, że kaucja ma charakter akcesoryjny i zwrotny, a jej wysokość nie uzasadnia zarzutu rażącego naruszenia interesu powódki.

Sąd Okręgowy uznał, że obowiązek z § 2 ust. 5 decyzji ma znaczenie jedynie alternatywne w wypadku, gdyby strony nie doszły do porozumienia na zasadach określonych w ust. 4, który przewiduje ponoszenie wszelkich kosztów przez operatora oraz możliwość zgłoszenia uwag przez udostępniającego

Zapis § 8 ust. 2 decyzji dotyczy w ocenie Sądu Okręgowego wyłącznie inwestycji nie wymagających zmiany decyzji zastępującej umowę i projektu wykonawczego, a zatem zapis ten nie stwarza zagrożenia w postaci naruszenia interesu udostępniającego.

Za bezzasadne Sąd Okręgowy uznał także zarzuty dotyczące zapisów § 3 ust. 11 i 16 decyzji stwierdzając, że na operatora został nałożony obowiązek ponoszenia pełnej odpowiedzialności za działania przedsiębiorców, którym powierzył wykonanie prac lub udostępnił sieć.

Zdaniem Sądu Okręgowego postanowienia § 4 ust. 5 decyzji nie nakładają na powoda szczególnych obowiązków monitorowania sieci, zobowiązują jedynie do informowania o przypadkach naruszenia sieci bez żadnej sankcji.

Treść § 6 decyzji została w ocenie Sądu Okręgowego oparta na zasadzie wzajemności i nie jest krzywdząca dla żadnej ze stron umowy.

Za bezzasadne Sąd Okręgowy uznał zarzuty powoda odnoszące się do kwestii wiarygodności kontrahenta stwierdzając, że w świetle przepisów ustawy o wspieraniu rozwoju zastrzeżenia związane z terminowością regulowania należności przez konkretnego przedsiębiorcę nie mogą wpływać na obiektywną ocenę obowiązku nałożonego na podmiot zarządzający nieruchomością, zaś dochodzenie ewentualnych roszczeń od zainteresowanego możliwe jest na gruncie przepisów prawa cywilnego.

Za bezzasadne Sąd Okręgowy uznał też zarzuty naruszenia art. 22 ust. 1 w zw. z art. 21 ust. 2 ustawy o wspieraniu rozwoju stwierdzając, iż istniały ustawowe przesłanki wydania przedmiotowej decyzji.

Sąd Okręgowy wskazał, że nie jest sporny fakt nie zawarcia umowy o dostępie do nieruchomości i budynków Spółdzielni, zaś informacja o niepobieraniu opłat od innego przedsiębiorcy została podana przez powoda w piśmie z 22 listopada 2011 r. Sąd Okręgowy podzielił stanowisko Prezesa URE, że brak porozumienia stron mimo prowadzenia negocjacji należało uznać za odmowę Spółdzielni przyznania zainteresowanemu dostępu do nieruchomości na warunkach niedyskryminujących, zaś potwierdzenie przez powoda faktu nie pobierania od firmy (...) sp.j. K. S., F. B. (2) innych opłat poza kosztami energii elektrycznej uzasadnia zdaniem Sądu Okręgowego przyjęcie w decyzji nieodpłatnego modelu dostępu zainteresowanego do budynków powoda.

Sąd Okręgowy wskazał, że podstawą decyzji był art. 30 ustawy o wspieraniu rozwoju, a nie art. 33 ustawy i nie ma podstaw do łącznego stosowania obu powyższych przepisów.

Zdaniem Sądu Okręgowego powód nie przedstawił w odwołaniu uzasadnienia zarzutu naruszenia art. 30 pkt 1 ustawy o wspieraniu rozwoju i nie wyjaśnił, jakie określone w tej normie przesłanki nie miały zastosowania do stanu faktycznego sprawy.

Za niezasadne Sąd Okręgowy uznał też zarzuty dotyczące naruszenia przepisów postępowania administracyjnego stwierdzając, że zebrany w sprawie materiał dowodowy pozwala na dokonanie ustaleń umożliwiających ocenę zaskarżonej decyzji w świetle zarzutów odwołania.

Sąd Okręgowy wskazał, że oddalił wniosek o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka – pracownika Spółdzielni – uznając, że informacje dotyczące przebiegu negocjacji i stanowisk stron wynikają ze złożonych dokumentów i są na tyle wyczerpujące, że dopuszczenie kolejnego dotyczącego tych okoliczności jest zbędne i nie ma wpływu na treść wyroku w sprawie.

Mając powyższe na względzie Sąd Okręgowy oddalił odwołanie jako bezzasadne, orzekając o kosztach postępowania na zasadzie art. 98 k.p.c.

Apelacje od wyroku Sądu Okręgowego wniosła powódka, zaskarżając wyrok w całości i wnosząc o jego zmianę przez uwzględnienie odwołania w całości ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Powódka zarzuciła:

1. nierozpoznanie istoty sprawy poprzez nie odniesienie się do części zarzutów odwołania i tylko formalne, bo bez merytorycznego uzasadnienia swojego stanowiska, odniesienie do pozostałych;

2. naruszenie przepisów postępowania:

- art. 227 w zw. z art. 233 k.p.c. poprzez błędną ocenę materiału dowodowego i uznanie, że powód odmówił ostatecznie zainteresowanemu dostępu do sieci i zerwał bądź zakończył negocjacje w tym zakresie w oparciu o interpretacje wiadomości mailowej wysłanej ze skrzynki mailowej jednego z pracowników Spółdzielni;

- art. 227 w zw. z art. 233 k.p.c. poprzez błędną ocenę materiału dowodowego i zabronione konkludentny wywodzenie z jednych faktów innych faktów, tj. wskazywanie, że w związku z odmową podpisania przez powoda aneksu do porozumienia nr (...) per facta concludentia powód zerwał negocjacje z zainteresowanym;

- art. 227 w zw. z art. 233 k.p.c. poprzez błędne uznanie, że pomimo prowadzenia negocjacji pomiędzy stronami nastąpiła ostateczna odmowa udostępnienia nieruchomości na warunkach niedyskryminujących;

- art. 227 w zw. z art. 233 k.p.c. poprzez błędne uznanie, że negocjacje dotyczyły tego samego zakresu, w jakim została wydana zaskarżona decyzja w sytuacji, gdy treść negocjowanej umowy dotyczyła nie tylko dostępu do budynków, ale także do infrastruktury i sieci;

- art. 227 w zw. z art. 233 k.p.c. poprzez błędną ocenę materiału dowodowego i uznanie, że korespondencja mailowa między powoda a zainteresowanym, w której pracownik spółdzielni odmawia podpisania porozumienia „na podstawie przedstawionych warunków” jest równoważne ze złożeniem oświadczenia woli przez Spółdzielnię w sytuacji, gdy pracownik ten nie ma i nigdy nie miał pełnomocnictwa do składania tego typu oświadczeń woli;

- art. 217 § 2 w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez zaniechanie przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka L. K. głoszonego m.in. celem ustalenia przebiegu negocjacji stron oraz oświadczeń przez nie składanych, co ma tym większe znaczenie, że wiadomość mailowa, którą Sąd uznał za równoważną z odmową Spółdzielni, miałyby być wysłana ze skrzynki mailowej świadka;

3. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

- naruszenie art. 22 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych poprzez błędne zastosowanie skutkujące utrzymaniem w mocy decyzji Prezesa UKE w sytuacji, gdy brak było podstaw do wydania decyzji jako przedwczesnej i regulującej prawa i obowiązki stron z naruszeniem zasady równości stron;

- naruszenie art. 22 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych poprzez błędne zastosowanie skutkujące utrzymaniem w mocy decyzji Prezesa UKE w sytuacji, gdy decyzja ta rażąco narusza interes strony postępowania, tj. SM (...), interes odbiorców usług i interes użytkowników sieci telekomunikacyjnych;

- naruszenie art. 30 ust. 4 w zw. z art. 22 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych poprzez błędne ich zastosowanie skutkujące utrzymaniem w mocy decyzji Prezesa UKE w sytuacji, gdy brak było przesłanek do wydania decyzji zastępującej umowę między stronami.

Pozwany wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów.

**Sąd Apelacyjny zważył co następuje:**

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności konieczne jest odniesienie się do najdalej idącego zarzutu zawartego w apelacji, jakim jest zarzut nierozpoznania istoty sprawy

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie ma podstaw do uznania, iż Sąd Okręgowy nie rozpoznał istoty sprawy. Wskazane przez skarżącego uchybienia dotyczące – w ocenie powoda – braku odniesienia się przez Sąd do wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu i brak merytorycznego uzasadnienia stanowiska, niezależnie od oceny ich zasadności, nie uzasadniają uznania, że doszło do nierozpoznania istoty sprawy.

W orzecnictwie Sądu Najwyższego utrwalony jest pogląd, że nierozpoznanie istoty sprawy nie może polegać na nieprawidłowym ustaleniu podstawy faktycznej rozstrzygnięcia będącej następstwem zaniechania prowadzenia postępowania dowodowego w całości lub w części, uchybień związanych z przeprowadzeniem tego postępowania bądź oceny dowodów (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 6 grudnia 2012 r. IV CZ 124/12), gdyż jeżeli sąd drugiej instancji stwierdzi niedostatki lub uchybienia w postępowaniu dowodowym, jego obowiązkiem jest, zgodnie z art. 382 k.p.c., uzupełnienie postępowania dowodowego w zakresie, jaki uznaje za niezbędny do prawidłowego rozpoznania i rozstrzygnięcia sprawy (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2013 r. I CZ 16/13).

Niewyjaśnienie okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, niewłaściwa ocena dowodów czy ewentualna błędna subsumcja nie są równoznaczne z nierozpoznaniem istoty sprawy, gdyż pojęcie to odnosi się do niezbadania podstawy merytorycznej dochodzonego roszczenia (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2013 r. I CZ 12/13).

Do nierozpoznania istoty sprawy dochodzi zatem wtedy, gdy rozstrzygnięcie sądu pierwszej instancji nie odnosi się do tego, co było przedmiotem sprawy, gdy zaniechał on zbadania materialnej podstawy żądania albo merytorycznych zarzutów strony, bezpodstawnie przyjmując, że istnieje przesłanka materialnoprawna lub procesowa unicestwiająca roszczenie, np. w razie oddalenia powództwa ze względu na przyjęcie braku legitymacji procesowej po którejś ze stron albo z uwagi na wygaśnięcie lub przedawnienie roszczenia, jeżeli sąd pierwszej instancji sformułuje takie wnioski na podstawie samych tylko twierdzeń stron, czy po przeprowadzeniu ograniczonego postępowania dowodowego, a sąd drugiej instancji oceny tej nie podzieli (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2013 r. I CZ 186/12).

Pod pojęciem „nierozpoznania istoty sprawy” nie można więc rozumieć wad rozstrzygnięcia dotyczących naruszeń prawa materialnego czy też procesowego, gdyż tego rodzaju braki mogą być usunięte w ramach postępowania apelacyjnego.

W sprawie niniejszej Sąd Okręgowy odniósł się do wszystkich zarzutów powoda, sformułowanych w treści odwołania, dotyczących zasadności wydanej przez pozwanego decyzji, tym samym odniósł się do tego, co było istotą sporu między stronami.

Niewątpliwie w orzecnictwie Sądu Najwyższego utrwalony jest pogląd, że Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów rozpoznając odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej orzeka jako sąd pierwszej instancji i obowiązany jest do merytorycznego rozpoznania sprawy, a więc dokonania ustaleń faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia oraz ich oceny prawnej według stanu faktycznego i prawnego istniejącego w chwili orzekania (m.in. wyrok Sądu Najwyższego z 17 marca 2010 r., III SK 40/09, LEX 585389).

Konstrukcja uzasadnienia zaskarżonego wyroku wskazuje, że Sąd Okręgowy nie ograniczył rozpoznania sprawy do zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, gdyż dokonał także ustaleń faktycznych w zakresie niezbędnym dla oceny zasadności stanowiska prezentowanego przez obie strony.

Sąd Okręgowy dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych, które Sąd Apelacyjny w pełni przyjmuje za własne i trafnie uznał, iż nie było podstaw do uwzględnienia odwołania powódki.

Sąd Apelacyjny za zasadne uznaje jedynie uporządkowanie faktów istotnych dla rozstrzygnięcia, które częściowo nie są sporne, w zakresie stwierdzenia, że:

- nie doszło do zmiany strony umowy z 2005 r. zawartej między powódką w (...) spółki cywilnej (...) i stroną tej umowy nie stała się nigdy zainteresowana Spółka (...) sp. z o.o.
- porozumienie zawarte przez powódkę ze współnikami spółki cywilnej zostało skutecznie wypowiedziane
- (...) s.c. dysponuje siecią telekomunikacyjną w budynkach i ma umowy zawarte z abonentami, zatem w budynkach jest co najmniej jedna publiczna sieć telekomunikacyjna
- umowa zawarta między (...) s.c. a (...) sp. z o.o. uprawnia operatora do korzystania z sieci telekomunikacyjnej spółki cywilnej,
- (...) sp. z o.o. została zarejestrowana w KRS w październiku 2010 r., po tej dacie były składane przez tę Spółkę wnioski o przeprowadzenie negocjacji w sprawie zawarcia umowy zapewniającej Spółce dostęp do budynków Spółdzielni,
- doszło do rozpoczęcia między powódką a zainteresowanym negocjacji w sprawie zawarcia umowy o współpracy i negocjacje te nie zakończyły się podpisaniem umowy.

Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 227 k.p.c. w zw. z art. 233 § 1 k.p.c.

Przede wszystkim przepisy te nie pozostają ze sobą w związku.

Art. 227 k.p.c. nie przewiduje, ani nie określa uprawnień sądu związanych z rozpoznawaniem sporu, lecz wyznacza granice, w jakich podawane fakty mogą być przedmiotem dowodu w postępowaniu cywilnym.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 15 maja 2014 r. IV CSK 503/13 (LEX nr 1467131) Sąd nie może dopuścić się naruszenia art. 227 k.p.c., który określa jedynie, jakie fakty mogą być przedmiotem dowodu.

Z kolei art. 233 k.p.c. odnosi się przede wszystkim do oceny dowodów przeprowadzonych przez Sąd (§ 1) oraz oceny odmowy przedstawienia dowodu przez jedną ze stron (§ 2 k.p.c.).

Formułując w apelacji zarzuty naruszenia art. 227 k.p.c. w zw. z art. 233 k.p.c. skarżący zmierza do zakwestionowania przeprowadzonej przez Sąd Okręgowy oceny dowodów, a w konsekwencji – podważenia ustaleń faktycznych dotyczących zakończenia negocjacji prowadzonych przez powódkę z zainteresowanym i stanowczej odmowy dostępu do sieci zainteresowanemu.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego zarzuty te są bezzasadne.

Dokonane przez Sąd Okręgowy ustalenia faktyczne znajdują oparcie w wynikach przeprowadzonego postępowania dowodowego obejmującego złożone do akt sprawy, w tym w toku postępowania administracyjnego, dokumenty, a dokonana przez ten Sąd ocena dowodów nie przekracza granic swobodnej oceny wskazanych w art. 233 § 1 k.p.c.

Zasada swobodnej oceny dowodów określona powyższym przepisem wyraża się w jej ocenie według własnego przekonania Sądu, opartego na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego. Jej istotną cechą jest bezstronność, brak arbitralności i dowolności, przestrzeganie zasad logicznego rozumowania i zasad doświadczenia życiowego w wyciąganiu wniosków.

Sąd Najwyższy wielokrotnie wskazywał, że postawienie zarzutu obrazy art. 233 § 1 k.p.c. nie może polegać na zaprezentowaniu przez skarżącego stanu faktycznego przyjętego przez niego na podstawie własnej oceny dowodów;

skarżący może tylko wykazywać, posługując się wyłącznie argumentami jurydycznymi, że Sąd rażąco naruszył ustanowione w wymienionym przepisie zasady oceny wiarygodności i mocy dowodów i że naruszenie to miało wpływ na wynik sprawy (por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2000 r., I CKN 1169/99, OSNC 2000/7-8 poz. 139 i z dnia 10 kwietnia 2000 r., V CKN 17/2000, OSNC 2000/10 poz. 189). Jeżeli zatem z materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dawały się wysnuć wnioski odmienne.

Należy wskazać, że Sąd Okręgowy oparł swoje ustalenia przede wszystkim na dokumentach składanych przez powódkę i zainteresowaną Spółkę oraz treści oświadczeń stron.

Z treści tych wyjaśnień jednoznacznie wynika, że prowadzone przez strony negocjacje nie zakończyły się zawarciem umowy ani do dnia wydania zaskarżonej decyzji, ani w czasie postępowania przed Sądem Okręgowym.

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie ma w niniejszej sprawie znaczenia kwestia zerwania przez strony negocjacji czy też ich kontynuowania w trakcie postępowania administracyjnego, wobec czego podniesione w apelacji zarzuty procesowe zmierzające do wykazania, że powódka nadal gotowa jest do podjęcia rozmów dotyczących zawarcia z zainteresowanym umowy, nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Z uwagi na powyższe za bezzasadny Sąd Apelacyjny uznaje też zarzut naruszenia art. 217 § 2 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. odniesiony do oddalenia przez Sąd Okręgowy wniosku o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka L. K.. Zeznania tego świadka miały dotyczyć przebiegu negocjacji i stanowisk stron, w tym rozmów prowadzonych od czerwca do października 2011 r., nie zmierzały zaś ani do wykazania, że strony umowę zawarły, ani do podważenia zasadności rozwiązań przyjętych w zaskarżonej decyzji zastępującej taką umowę.

Zgodnie bowiem z art. 30 ust. 5 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych umowa między właścicielem, użytkownikiem wieczystym lub zarządcą nieruchomości z przedsiębiorcą telekomunikacyjnym powinna być zawarta w terminie 30 dni od wystąpienia przez przedsiębiorcę z wnioskiem o jej zawarcie. Skoro zainteresowany taki wniosek złożył powodowej Spółdzielni w październiku 2010 r., nie ulega wątpliwości, że w dacie wydania zaskarżonej decyzji spełnione były przesłanki wydania decyzji zastępującej umowę przez Prezesa UKE wskazane w art. 22 ust. 1 i art. 30 ust. 1 i 5 ustawy.

Termin wskazany w art. 30 ust. 5 ustawy ogranicza czas prowadzenia negocjacji umowy o dostępie do 30 dni, co niewątpliwie ma na celu uniemożliwienie bezzasadnego przedłużania stanu niepewności przedsiębiorcy ubiegającego się o zawarcie takiej umowy i ma zapobiegać wykorzystywaniu przez podmiot na którym spoczywa obowiązek udostępnienia nieruchomości swojej pozycji dysponenta prawem dostępu w sposób uniemożliwiający w istocie realizację uprawnień przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Nie ulega przy tym wątpliwości w ocenie Sądu Apelacyjnego, że warunki jakie w trakcie negocjacji oferowała powódka nie zmierzały do równego traktowania zainteresowanego i innych użytkowników sieci. Wysokość opłaty za dostęp jakiej żądała powódka jeszcze w toku postępowania administracyjnego, składając projekt umowy przewidujący stawkę 20 zł od lokalu, nie jest w żaden sposób stawką konkurencyjną, zwłaszcza w sytuacji, gdy inny podmiot korzysta z dostępu uiszczając jedynie koszty zużycia energii elektrycznej.

Bezzasadne są więc zarzuty powódki zmierzające do wykazania, że zaskarżona decyzja została wydana przedwcześnie.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że decyzja została wydana na podstawie art. 30 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, a nie art. 33 tej ustawy, zatem kwestie odpłatności umowy wymagają rozważenia na gruncie przepisów art. 30 ustawy.

Art. 30 ustawy w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania zaskarżonej decyzji nie zawierał regulacji odnoszących się do kwestii odpłatności dostępu. Tym niemniej jak trafnie wskazał w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji Prezes UKE, należało odwołać się do przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Niewątpliwie powodowa



Spółdzielnia posiada pozycję dominującą na lokalnym rynku udostępniania nieruchomości będących w jej zasobach mieszkaniowych w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych, zaś art. 9 ustawy oik zakazuje nadużywania pozycji dominującej. Skoro na Spółdzielni spoczywa, zgodnie z art. 30 ustawy o wspieraniu rozwoju, obowiązek zawarcia umowy o dostępie, zatem zawierane umowy nie mogą zawierać treści które stwarzałyby różnym podmiotom zróżnicowane warunki konkurencji. Bezsportny był fakt, że dacie wydania decyzji sieć w budynkach powódki posiadał jeszcze inny podmiot niż zainteresowany – (...) sp. j. K. S., F. B. (2), który ponosił jedynie koszty zużytej energii elektrycznej, a więc uzyskał dostęp nieodpłatnie. Zasadnie zatem Prezes UKE uznał, że dla zachowania zasad uczciwej konkurencji Spółdzielnia obowiązana jest zawrzeć umowę z kolejnym operatorem na tych samych warunkach. Należy też zwrócić uwagę na teś art. 30 ust. 3a w brzmieniu obowiązującym od 16 grudnia 2012 r., a więc także w dacie wydania zaskarżonego wyroku, zgodnie z którym dostęp, o którym mowa ust. 1 i 3 jest nieodpłatny.

Za bezzasadne Sąd Apelacyjny uznał także zarzuty skarżącej odnoszące się do wadliwości postanowień umowy jako regulującej prawa i obowiązki stron z naruszeniem zasady równości stron, w szczególności z rażącym naruszeniem interesu powódki, a także interesu odbiorców usług i interesu użytkowników sieci.

W treści apelacji skarżąca wprawdzie nie powieliła zarzutów odwołania i nie wskazała, jakie postanowienia umowy i z jakich przyczyn naruszają w sposób rażący jej interesy, tym niemniej Sąd Apelacyjny dokonał oceny także zarzutów odwołania w tym zakresie uznając za prawidłowe stanowisko Sądu Okręgowego, iż umowa uwzględnia w sposób wyważony interesy obu stron, a w szczególności interesy użytkowników sieci.

Podniesione w odwołaniu zarzuty dotyczyły zapisów umowy w zakresie:

- § 2 ust. 5 – zgodnie z którym w razie sporu co do zasadności zgłoszonych przez udostępniającego zmian w projekcie wykonawczym ma on prawo przedstawić w terminie 30 dni od zaistnienia sporu sporządzony na własny koszt alternatywny projekt wykonawczy sieci i w takim wypadku operator będzie zobowiązany do wykonania sieci zgodnie z tym projektem, pod warunkiem nieodpłatnego przeniesienia przez udostępniającego na operatora wszelkich praw do wykorzystania tego projektu; zarzuty skarżącej w tym zakresie dotyczyły naruszenia zasady ekwiwalentności z uwagi na fakt, iż w ocenie skarżącej SM ma ponieść koszt projektu wykonawczego sieci przygotowanego dla operatora i przenieść prawa do niego nieodpłatnie na operatora; stanowisko skarżącej pomija jednak treść § 2 ust. 4 zgodnie z którym operator przedstawi udostępniającemu przygotowany przez osobę mającą niezbędne uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej projekt wykonawczy sieci, w terminie 30 dni udostępniający akceptuje lub zgłasza uwagi albo żąda wyjaśnień, dopiero w wypadku sporu co do zasadności zamian wprowadzonych w projekcie ma zastosowanie regulacja z § 2 ust. 5, upoważniająca udostępniającego do sporządzenia alternatywnego projektu, bez nałożenia takiego obowiązku;

- § 2 ust. 8 - zgodnie z którym operator ma prawo do zmiany okablowania, elementów sieci oraz technologii bądź budowy kolejnych instalacji abonenckich w miarę pozyskiwania kolejnych abonentów na nieruchomościach, bez konieczności zmiany niniejszej decyzji, jeżeli nie wymaga to zmiany projektu wykonawczego, nie wpłynie negatywnie na walory estetyczne budynku i nie doprowadzi w jakikolwiek sposób do utrudnienia w korzystaniu z nieruchomości; przed przystąpieniem do prac operator powiadomi o nich udostępniającego i uzgodni z nim termin prac – nie wcześniej niż w ciągu 7 dni i nie później niż w ciągu 14 dni od powiadomienia; Sąd Apelacyjny podziela w tym zakresie stanowisko Sądu Okręgowego, iż powyższy zapis umowy w pełni uwzględnia interesy Spółdzielni jako udostępniającego, zwłaszcza że zmiany jakie ma prawo wykonać operator ograniczone są do zmian nie wymagający zmiany umowy i zmiany projektu wykonawczego;

- § 3 ust. 2 – zgodnie z którym przed przystąpieniem do prac operator wpłaci na rzecz udostępniającego kaucję z tytułu zabezpieczenia należytego wykonania prac w kwocie 5 000 zł i § 3 ust. 3 – udostępniający zobowiązuje się zwrócić kaucję w terminie 14 dni od dnia podpisania protokołu odbioru prac przez udostępniającego; zdaniem skarżącej kaucja jest rażąco niska, nie uwzględnia milionowych zysków operatora i możliwych strat dla SM związanych ze zniszczeniami czy uszkodzeniami na budynkach; w tym zakresie Sąd Apelacyjny w pełni podziela stanowisko Prezesa UKE, który w uzasadnieniu decyzji wskazał, iż ustalając wysokość kaucji kierował się tym, aby jej wysokość była na tyle niska,

aby nie stanowił bariery w prowadzeniu inwestycji przez przedsiębiorcę, a z drugiej strony była na tyle wysoka, aby stanowiła dla udostępniającego realne zabezpieczenie; zdaniem Sądu Apelacyjnego skarżąca nie wykazała, ani nawet nie uprawdopodobniła ani wysokości zysków przedsiębiorcy, ani ewentualnych strat Spółdzielni pozwalających na uznanie, że kaucja ta została wadliwie określona, nie wskazała też, w jakiej wysokości kaucja powinna być określona, aby jej interesy były należycie zabezpieczone;

- w § 3 ust. 11 – zgodnie z którym operator może powierzyć wykonywania prac instalacyjnych i konserwacyjnych wybranemu wykonawcy i § 3 ust. 16 – zgodnie z którym zobowiązuje się operatora do każdorazowego informowania udostępniającego o przypadkach udostępnienia sieci innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym w celu świadczenia przez nich usług telekomunikacyjnych w oparciu o udostępnione elementy sieci w terminie 30 dni od zawarcia umowy o to udostępnienie; operator ponosi pełną odpowiedzialność względem udostępniającego za działania przedsiębiorców telekomunikacyjnych, którym udostępnił swoją sieć, chyba że zawarli oni odrębne umowy o dostęp z udostępniającym; zdaniem skarżącej w powyższych zapisach brak warunku powiadomienia Spółdzielni o powierzeniu prac innej firmie czy udostępnieniu sieci innym przedsiębiorcom, ponadto regulacja zawarta w § 3 ust. 16 może posłużyć przejęciu sieci przez inny podmiot, pozostający poza kontrolą Spółdzielni; w ocenie Sądu Apelacyjnego zarzuty skarżącej są oderwane od rzeczywistej treści umowy, zgodnie z którą operator ponosi wszelką odpowiedzialność za działania przedsiębiorców, którym powierzył wykonanie prac lub udostępnił sieć, a nadto zgodnie z treścią § 3 ust. 13 operator ma obowiązek przekazania udostępniającemu każdorazowo dokumentacji wprowadzanych zmian w sieci i przekazania innych dokumentów i decyzji dotyczących budynków związanych z działaniami operatora;

- zapis § 4 ust. 5 – zgodnie z którym zobowiązuje się udostępniającego do niezwłocznego poinformowania operatora o przypadkach naruszenia integralności sieci przez osoby nieuprawnione; zarzuty skarżącej, że zapis ten nakłada na Spółdzielnię obowiązek stałego pilnowania i monitorowania sieci operatora nie są adekwatne do treści postanowień umowy, która nie nakłada na udostępniającego żadnych obowiązków pilnowania czy monitorowania, a jedynie zobowiązuje do informowania o zauważonych nieprawidłowościach;

- § 6 – wprowadzający obowiązek poufności obu stron co do informacji uzyskanych w związku z wykonaniem decyzji, w szczególności obowiązek udostępniającego zachowania w tajemnicy danych dotyczących sieci i urządzeń zainstalowanych przez operatora, chyba że obowiązek przekazania takich informacji wynika z przepisów powszechnie obowiązujących; zarzuty skarżącej dotyczą niewłaściwego sformułowania tego zapisu bez wskazania w jaki sposób treści umowy w tej części narusza interesy Spółdzielni, skoro obowiązek poufności obciąża obie strony.

Mając powyższe na względzie i uznając podniesione w apelacji zarzuty za bezzasadne, na podstawie art. 385 k.p.c. Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji.

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