

*Sygn. akt VI ACa 1653/15*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 8 grudnia 2016 r.*

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

*Przewodniczący - Sędzia SA – Ewa Stefańska*

*Sędzia SA – Marek Kolasiński (spr.)*

*Sędzia SA – Ksenia Sobolewska - Filcek*

*Protokolant: – sekretarz sądowy Paulina Czajka*

*po rozpoznaniu w dniu 8 grudnia 2016 r. w Warszawie*

*na rozprawie sprawy z powództwa (...) S.A. w W. (dawniej (...) Sp. z o.o. w W.)*

*przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej*

*z udziałem zainteresowanych: Krajowej Izby (...) w W. oraz (...) S.A. w W.*

*o zmianę umowy*

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

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

*z dnia 15 lipca 2015 r.*

*sygn. akt XVII AmT 56/10*

*uchyla zaskarżony wyrok w całości i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Warszawie – Sądowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.*

*Sygn. akt VI ACa 1653/10*

## UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 30 września 2010 r., znak: (...), na podstawie art. 28 ust. 1 w zw. z art. 30 ust. 1 ustawy z 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne oraz art. 104 § 1 k.p.a. w zw. z art. 206 ust. 1 Pt, po rozpatrzeniu wniosku (...) S.A. z siedzibą w W. (obecnie: (...) S.A.) z 25 czerwca 2010 r. o wydanie przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej decyzji zmieniającej Umowę z 22 maja 2007 r. o dostępie do lokalnej pętli abonenckiej poprzez dostęp do węzłów sieci telekomunikacyjnej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych pomiędzy (...), a (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. (obecnie (...) S.A.) zmienioną aneksem nr (...) z 2 października 2009 r. oraz aneksem nr (...) z 19 listopada 2009 r., a także Porozumieniem z 3 grudnia 2009 r. oraz decyzjami Prezesa UKE z 9 listopada 2007 r. (...), z 11 lutego 2008 r. (...) oraz z 22 lutego 2008 r. (...), Prezes UKE zmienił postanowienia Umowy, w sposób określony szczegółowo w decyzji (pkt I) i stwierdził, że pozostałe postanowienia Umowy pozostają bez zmian (pkt II). Organ stwierdził jednocześnie, że na podstawie art. 206 ust. 2a w zw. z art. 206 ust. 1 Pt, decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu (k. 5-32).

Odwołanie od powyższej decyzji w dniu 14 października 2010 r. wniósł powód, zaskarżając ją w całości.

Zaskarżonej decyzji zarzucono naruszenie:

1. art. 4 ust. 1 w zw. z art. 8 oraz art. 12 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2002/19/WE z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (dyrektywa o dostępie) oraz art. 26a Pt w zw. z art. 30 ust. 1 Pt, art. 27 ust. 2a i ust. 2b Pt w zw. z art. 30 ust. 1 Pt oraz art. 28 ust. 1 w zw. z art. 30 Pt poprzez przyjęcie, iż na (...) ciążył obowiązek prowadzenia negocjacji w sprawie zmiany Umowy, a tym samym (...) była uprawniona do wystąpienia z wnioskiem o wydanie przez Prezesa UKE zaskarżonej decyzji, zaś Prezes UKE mógł prowadzić postępowanie zakończone wydaniem zaskarżonej decyzji pomimo, iż na (...) nie ciąży obowiązek świadczenie usługi dostępu szerokopasmowego, w tym szerokopasmowej transmisji danych;
2. art. 21 Pt, art. 22 ust. 1 pkt 4 Pt art. 24 pkt 2 lit. c) Pt oraz art. art. 16 ust. 1 i 2 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 roku w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej poprzez wydanie decyzji, która zmienia w istocie obowiązki regulacyjne (...) bez uprzedniego przeprowadzenia wymaganej analizy rynku;
3. art. 25c pkt 1 Pt poprzez wydanie decyzji zmieniającej obowiązki regulacyjne (...) bez uprzedniej opinii Prezesa Urzędu Konkurencji i Konsumentów;
4. art. 15 pkt 2 i 3 Pt i art. 16 ust. 1 Pt poprzez udostępnienie do konsultacji projektu decyzji o istotnie odmiennej treści, w tym w szczególności odmiennej treści rozstrzygnięcia, niż zaskarżona decyzja, uniemożliwienie stronom postępowania wypowiedzenia się co do wszystkich kwestii objętych zaskarżoną decyzją, a tym samym wadliwe przeprowadzenie postępowania konsultacyjnego;
5. art. 15 pkt 2 i 3 Pt w zw. z art 18 Pt oraz art. 7 ust 3 i ust. 4 Dyrektywy ramowej poprzez zaniechanie poddania projektu zaskarżonej decyzji postępowaniu konsolidacyjnemu oraz niedopuszczalne ograniczenie kompetencji Komisji Europejskiej przewidzianych w Dyrektywie ramowej;
6. art. 18 Pt oraz art. 7 ust. 3 Dyrektywy ramowej poprzez to, iż Prezes UKE nie przekazał projektu zaskarżonej decyzji organom regulacyjnym innych państw członkowskich;
7. art. 24 pkt 2 lit c) Pt poprzez wydanie decyzji zmieniającej obowiązki regulacyjne (...) bez wykazania, iż warunki na rynku właściwym uzasadniają taką zmianę;
8. art. 28 ust. 1 Pt w zw. z art. 30 ust 1 Pt poprzez wydanie zaskarżonej decyzji bez przeprowadzenia analizy wszystkich kryteriów wymienionych w tym przepisie, która to analiza poprzedzać musi zmianę umowy o dostępie, w tym w szczególności z pominięciem: obowiązków regulacyjnych nałożonych na (...) (art. 28 ust. 1 pkt 2 Pt) oraz konieczności zapewnienia niedyskryminujących warunków dostępu telekomunikacyjnego (art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. b);
9. art. 39 ust. 1 Pt i art. 40 ust. 1 Pt, poprzez uregulowanie opłat z tytułu dostępu do lokalnej pętli abonenckiej poprzez dostęp do węzłów sieci telekomunikacyjnej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych w sposób sprzeczny z wynikającymi z ww. przepisów obowiązkami ciążącymi na (...) mocą decyzji Prezesa UKE z dnia 14 lutego 2007 r. nr (...), a w każdym razie bez należytego wykazania zgodności wprowadzonych opłat z tymi obowiązkami;
10. art. 1 ust. 2 pkt 1 Pt, art. 24 pkt 2 lit. c) Pt oraz art. 189 ust. 2 pkt 1 Pt poprzez wydanie zaskarżonej decyzji o treści sprzecznej z wymogami równoprawnej skutecznej konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych oraz sprzecznej z wymogiem wspierania konkurencji, a także zmieniającej obowiązki regulacyjne (...) w sposób sprawiający, iż nie są one adekwatne i proporcjonalne do istniejących problemów rynkowych, a to w szczególności wskutek nieuwzględnienia w mechanizmie (...), mającym zapobiec dyskryminacji cenowej, ofert detalicznych (...) Sp. z o.o., wchodzącej wraz z (...) w skład jednej grupy kapitałowej;

11. art. 10 § 1 kpa i art 73 § 1 kpa w zw. z art 206 ust. 1 Pt, poprzez uniemożliwienie zrealizowania przez (...) w pełni przysługującego jej prawa do czynnego udziału wprowadzonym postępowaniu, a w szczególności uniemożliwienie wypowiedzenia się co materiałów i dowodów oraz uniemożliwienie zapoznania się z aktami sprawy, w tym sporządzenia z nich odpisów i notatek, a to wskutek ukształtowania treści zaskarżonej decyzji w sposób uwzględniający decyzję Prezesa UKE z dnia 29 września 2010 r. nr (...), a więc wydaną jeden dzień przed wydaniem zaskarżonej decyzji, przy czym decyzja (...) miała istotny wpływ na zaskarżoną decyzję.

Wskazując na powyższe powód wniósł o zmianę zaskarżonej decyzji w całości poprzez odmówienie dokonania zmian ww. Umowy; ewentualnie o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości; ewentualnie o zmianę zaskarżonej decyzji w części poprzez:

- skreślenie z pkt I 5 petitum zaskarżonej decyzji, zmieniającego załącznik nr (...) do Umowy, tj. cennik wprowadzanego pkt VI, tj. pkt określającego zasady ustalenia wysokości opłat oraz przeprowadzania testu zawężania marży (MS) i testu zawężania ceny (PS);

- ustalenie opłat hurtowych pobieranych przez (...) w zakresie objętym zaskarżoną decyzją w sposób odpowiadający wynikom kalkulacji kosztów oraz korekcie biegłego rewidenta, zgodnie z opublikowanymi sprawozdaniami z kalkulacji kosztów usług na rok 2011 r.;

- doprecyzowanie postanowień pkt I 5 petitum zaskarżonej decyzji zmieniającego załącznik nr (...) do Umowy, tj. cennik, poprzez dodanie, do każdego punktu opisującego sposób wyznaczania ceny sformułowania: „uwzględniając realizację zamówień użytkowników sieci (...) z liniami abonenckimi, będącymi w zasięgu (...) i (...);

- zmianę postanowienia pkt I 5 petitum zaskarżonej decyzji, zmieniającego załącznik nr (...) do Umowy, tj. cennik, poprzez zmianę w tabeli nr (...), znajdującej się w zmienionym pkt III cennika (str. 11 zaskarżonej decyzji) opłaty za zmianę opcji usługi (poz. 2) z kwoty 45,22 zł na kwotę 18,7173 zł oraz opłaty za wywiad techniczny na łączu abonenckim (poz. 4) z kwoty 130,60 zł na kwotę 57,2035 zł. (...) wnosi także o wprowadzenie zastrzeżenia, iż opłata z tytułu „Zmiany opcji usługi” nie powinna być pobierana w przypadku otrzymania przez (...) kodu (...)w Modelu Wymiany Danych.

Strona powodowa wniosła także o zasądzenie od Prezesa UKE na swoją rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwany Prezes UKE w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego odrzucenie jako wniesionego po terminie; ewentualnie o jego odrzucenie jako niedopuszczalnego w części, w jakiej wniesiono je od postanowienia Prezesa UKE z 8 lutego 2010 r. nr (...); ewentualnie - na wypadek nieuwzględnienia powyższych wniosków - o oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych z uwzględnieniem wynagrodzenia pełnomocnika według tzw. stawki maksymalnej.

Zainteresowany (...) S.A. z siedzibą w W. w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości oraz o zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Zainteresowana Krajowa Izba (...) w W., w odpowiedzi na odwołanie, wniosła o uwzględnienie odwołania w zakresie, w którym powód żądał uchylenia decyzji w całości, a także o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 15 lipca 2015 rok Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w punkcie pierwszym sentencji uchylił zaskarżoną decyzję w całości; w punkcie drugim sentencji zasądził od Prezesa UKE na rzecz powoda kwotę 477 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu; zaś w punkcie trzecim sentencji zasądził od Prezesa UKE na rzecz (...) S.A. w W. kwotę 377 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu (k. 1011).

Powyższe rozstrzygnięcie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oparł na przedstawionych niżej ustaleniach faktycznych.

W dniu 22 maja 2007 r. (...) S.A. z siedzibą w W. (obecnie: (...) S.A. z siedzibą w W.) i (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. zawarły umowę o dostępie do lokalnej pętli abonenckiej poprzez dostęp do węzłów sieci telekomunikacyjnej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych, która to umowa została zmieniona aneksem nr (...) z 2 października 2009 r. oraz aneksem nr (...) z 19 listopada 2009 r., jak również Porozumieniem z 3 grudnia 2009 r.

Pismem z 9 grudnia 2009 r., (...) zwróciła się do (...) z wnioskiem o zmianę ww. umowy w związku z wystąpieniem przez (...) 6 listopada 2009 r. z wnioskiem o zatwierdzenie zmiany Oferty (...) dostępu szerokopasmowego, w tym usługi szerokopasmowej transmisji danych (dalej: Oferta (...)), zatwierdzonej decyzją Prezesa UKE z 6 maja 2008 r. (znak: (...), zmienioną w części decyzją Prezesa UKE z 4 listopada 2008 r. (znak: (...), w zakresie części 8 Oferty - Cennika.

Dnia 13 stycznia 2010 r. (...) zwróciła się do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie postanowienia, określającego termin zakończenia negocjacji w przedmiocie zmiany umowy o dostępie do lokalnej pętli abonenckiej. Postanowieniem z dnia 8 lutego 2010 r. (znak: (...)) Prezes Urzędu określił termin zakończenia negocjacji na 19 lutego 2010 r.

Decyzją z 12 kwietnia 2010 r. (znak: (...)) Prezes UKE zmienił przedłożony przez (...) projekt Oferty (...) i zatwierdził zmianę tej Oferty w zakresie części 8, tj. cennika.

Wobec niezakończenia ww. negocjacji w terminie, w piśmie z 25 czerwca 2010 r., (...) wystąpiła do Prezesa UKE o wydanie decyzji zmieniającej umowę o dostępie do lokalnej pętli abonenckiej, zgodnie z załączonym projektem aneksu.

Pismem z 30 czerwca 2010 r. Prezes UKE zawiadomił (...) i (...) o wszczęciu 25 czerwca 2010 r. postępowania administracyjnego ws. wydania decyzji zmieniającej umowę o dostępie do lokalnej pętli abonenckiej poprzez dostęp do węzłów sieci telekomunikacyjnej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych, zgodnie z załączonym projektem aneksu.

(...) przedstawiła swoje stanowisko co do wniosku (...) w piśmie z 30 lipca 2010 r. wskazując, że sprzeciwia się wdrażaniu mechanizmu testów (...).

W okresie od 30 lipca 2010 r. do 29 sierpnia 2010 r., w oparciu o art. 15 pkt 3 PT, Prezes UKE przeprowadził postępowanie konsultacyjne odnośnie do projektu decyzji ws. o wydanie decyzji zmieniającej umowę o dostępie do lokalnej pętli abonenckiej. W ramach tego postępowania swoje stanowiska przedstawiły następujące podmioty: (...) w piśmie z 27 sierpnia 2010 r., (...) – w pismach z 30 sierpnia 2010 r. i 13 września 2010 r. oraz Krajowa Izba (...) – w piśmie z 30 sierpnia 2010 r. (...) podtrzymała swoje stanowisko przedstawione w piśmie z 30 lipca 2010 r. (...) wniosła o wprowadzenie do decyzji zróżnicowanych wzorów wyliczenia stawek - przy wyliczaniu ich w oparciu o metodologię retail minus – z uwzględnieniem różnego poziomu opustu hurtowego w zależności od technologii, a także wprowadzenie opłat za dzierżawę łączy, zgodnych z Ofertą (...). Z kolei (...) wniosła, m.in. o przesunięcie terminu implementacji do umów międzyoperatorskich w relacjach (...) – operator korzystający warunków rozliczeń opartych o wartości nominalne do czasu przekazania przez operatorów korzystających danych do modelu testów MS/PS.

Dnia 17 września 2010 r. Prezes UKE wydał postanowienie o dopuszczeniu (...) do postępowania w przedmiotowej sprawie.

W pismach z 6 września 2010 r. oraz 17 września 2010 r., Prezes UKE poinformował strony o przysługującym im, na podstawie art. 10 k.p.a., prawie do zapoznania się z materiałem zgromadzonym w sprawie, a także do wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań.

Dnia 29 września 2010 r. Prezes UKE wydał decyzję (znak: (...), zatwierdzającą „Ofertę ramową określającą ramowe warunki dostępu telekomunikacyjnego w zakresie rozpoczynania i zakańczania połączeń, hurtowego dostępu do sieci (...), dostępu do łączy abonenckich w sposób zapewniający dostęp pełny lub współdzielony, dostępu do łączy

abonenckich poprzez węzły sieci telekomunikacyjnej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych” (dalej: decyzja (...)).

W dniu 30 września 2010 r. Prezes UKE wydał decyzję, która została zaskarżona w niniejszym postępowaniu sądowym.

Dnia 16 grudnia 2013 r. pomiędzy (...) a (...) została zawarta „Umowa o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie rozpoczynania i zakańczania połączeń hurtowego dostępu do sieci (...) dostępu łączy abonenckich w sposób zapewniający dostęp pełny lub współdzielony dostępu do łączy abonenckich poprzez węzły sieci telekomunikacyjnej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych” nr (...), natomiast w dniu 18 grudnia 2013 r. ww. podmioty zawarły „Porozumienie w zakresie współpracy międzyoperatorskiej” nr (...).

Zdaniem Sądu Okręgowego, w niniejszej sprawie postępowanie dowodowe wykazało, że pomiędzy zainteresowanym a powodem w dniu 16 grudnia 2013 r. została zawarta umowa, której przedmiotem było m.in. uregulowanie kwestii dostępu do sieci telekomunikacyjnej zainteresowanego na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych. W ocenie Sądu był to przedmiot analogiczny do uregulowanego zaskarżoną decyzją.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji, na gruncie niniejszej sprawy znalazł zastosowanie przepis art.28 ust. 5 Pt, zgodnie z którym w przypadku zawarcia przez zainteresowane strony umowy o dostępie telekomunikacyjnym, decyzja o dostępie telekomunikacyjnym wygasa z mocy prawa.

W kontekście powyższego Sąd Okręgowy wskazał, że w pierwszej kolejności należało zbadać, w jakiej części zawarta umowa odnosiła się do zaskarżonej decyzji, jakiego rodzaju było to odniesienie (przeniesienie rozwiązań z umowy, ich zmiana, czy wyeliminowanie), a w związku z tym, czy zawarcie umowy powodowało wygaśnięcie decyzji oraz jaki miało to wpływ na rozstrzygnięcie niniejszej sprawy, zarówno w aspekcie procesowym, jak i merytorycznym.

W ocenie Sądu pierwszej instancji treść przedmiotowej umowy (objętej tajemnicą przedsiębiorstwa) wskazywała, że kwestię dostępu telekomunikacyjnego do łączy abonenckich poprzez węzły sieci telekomunikacyjnej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych, uregulowano w sposób kompleksowy, począwszy od definicji użytych pojęć. Zdaniem Sądu Okręgowego przyjęte rozwiązania były częściowo odmienne, niż w zaskarżonej decyzji, zastępującej umowę. Przykładowo Sąd pierwszej instancji wskazał m.in. na odmienne zdefiniowanie awarii oraz częściowo odmienne ustalenie opłat. Sąd Okręgowy zważył jednocześnie, iż w pewnej części umowa przenosiła rozwiązania z decyzji, np. w zakresie zapewnienia transmisji w VC (w dowolnej klasie ruchu) na porcie (...) lub (...) dla dostępu na poziomie (...) (technologia (...)). Umowa – jak wskazał Sąd pierwszej instancji – obejmowała jednak cały zakres przedmiotowy regulacji, zawartej w decyzji. Okoliczność ta, zdaniem Sądu Okręgowego, skutkowałą wygaśnięciem przedmiotowej decyzji z mocy prawa w całości.

Sąd pierwszej instancji zaznaczył jednocześnie, że zaskarżona decyzja wygasła w chwili zawarcia przez zainteresowane strony umowy, tj. 16 grudnia 2013 r. Odwołanie zaś zostało wniesione w październiku 2010 r., a więc przez okres 3 lat nieprawomocna decyzja istniała w obrocie prawnym i była wykonalna. Sąd Okręgowy zadeklarował, że miał na względzie treść przepisu art. 316 § 1 k.p.c., z którego wynika, że po zamknięciu rozprawy, sąd wydaje wyrok, biorąc za podstawę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy; w szczególności zasądzeniu roszczenia nie stoi na przeszkodzie okoliczność, że stało się ono wymagalne w toku sprawy.

Uwzględniając powyższe, Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, że skoro na chwilę zamknięcia rozprawy, decyzja wygasła z mocy prawa, to brak było rozstrzygnięcia, od którego powód wniósł odwołanie.

W tej sytuacji, zdaniem Sądu pierwszej instancji, wykluczonym była analiza poszczególnych zarzutów odwołania, odmienne niż w przypadku, gdyby decyzja została zmieniona kolejną decyzją Prezesa UKE lub upłynąłby okres, na który została wydana. Sąd Okręgowy zważył, iż powyższa różnica wynika z odmiennego uregulowania, zawartego w ust. 5 i 6 art. 28 Pt. Zdaniem Sądu pierwszej instancji, tylko zastąpienie decyzji umową stron powoduje wygaśnięcie decyzji z mocy prawa. Specyfika postępowania przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w ocenie Sądu pierwszej instancji, wykluczała także możliwość zastosowania w niniejszym przypadku art. 355 § 1 k.p.c., nawet przez analogię.

Sąd pierwszej instancji podniósł w tym zakresie, iż rodzaje rozstrzygnięć SOKiK w sprawach z zakresu regulacji telekomunikacji i poczty reguluje art.479<sup>(64)</sup> k.p.c. W sytuacji, gdy jest było podstaw do umorzenia postępowania, decyzja podlega uchyleniu, przy czym uchylenie to stwierdza jedynie istniejący w chwili orzekania stan rzeczy.

Biorąc powyższe pod uwagę na mocy art. 479<sup>64</sup> § 2 k.p.c. Sąd Okręgowy orzekł, jak w punkcie pierwszym wyroku.

O kosztach procesu Sąd pierwszej instancji orzekł na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku wywiódł zainteresowany (...) S.A. w W., zaskarżając go w całości.

Przedmiotowemu orzeczeniu skarżący zarzucił:

I. naruszenia przepisów postępowania, które miały wpływ na wynik sprawy, tj.:

1. art. 355 § 1 k.p.c. poprzez uznanie, że przepis ten nie ma zastosowania w niniejszej sprawie, podczas gdy przepis ten powinien być zastosowany;

2. art. 479<sup>64</sup> § 1 k.p.c. poprzez zaniechanie oddalenia odwołania w sytuacji, gdy odwołanie nie zawierało zarzutów uzasadniających jego uwzględnienie oraz art. 479<sup>64</sup> § 2 k.p.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na uchyleniu decyzji w sytuacji, gdy nie została rozpoznana istota sprawy, w szczególności nie zostały rozpoznane zarzuty zgłoszone przez (...), wskutek czego (...) został pozbawiony prawa do sądu w zakresie skutków prawnych, które decyzja wywoływała w okresie do czasu jej wygaśnięcia w wyniku zawarcia umowy, jak też gdy nie było ku temu podstaw;

3. art. 227 k.p.c., art. 233 § 1 k.p.c. poprzez uchylenie się od poczynienia istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy ustaleń faktycznych i związane z tym rozważenie w sposób niewszechstronny (wybiórczy) materiału zgromadzonego w sprawie, w szczególności przez pominięcie części dowodów zgłoszonych przez (...), tj.:

(1) „Analiza cen usług dostępu do stacjonarnego Internetu w Polsce” (sporządzonej przez Prezesa UKE);

(2) wydruku maila od (...) do (...) z dnia 17 grudnia 2014 roku;

(3) wydruku decyzji Prezesa UKE z dnia 10 maja 2006 roku;

(4) wydruku decyzji Prezesa UKE z dnia 4 listopada 2008 roku;

(5) pisma (...) do Prezesa UKE z dnia 9 lipca 2010 roku;

(6) pisma (...) do Prezesa UKE z dnia 30 czerwca 2011 roku;

(7) pisma (...) do Prezesa UKE z dnia 28 sierpnia 2012 roku;

(8) pisma (...) do Prezesa UKE z dnia 9 sierpnia 2013 roku;

a w zakresie dowodów uwzględnionych – wzięcie ich pod uwagę w zbyt ograniczonym zakresie;

4. art. 210 § 3 i art. 236 k.p.c. poprzez dokonanie ustaleń faktycznych w oparciu o dowody, które nie zostały przeprowadzone na rozprawie, co uniemożliwia ustalenie, dlaczego Sąd ten nie uznał części dowodów wnioskowanych przez (...);

5. art. 328 § 2 k.p.c. poprzez wadliwe uzasadnienie wyroku, które jest niespójne i niepełne, w szczególności nie zawiera rozważań w przedmiocie wszystkich zarzutów, twierdzeń i dowodów zgłoszonych przez (...) w toku postępowania, co uniemożliwia kontrolę instancyjną wyroku przez Sąd drugiej instancji;

6. art. 316 § 1 k.p.c. poprzez wydanie rozstrzygnięcia nieuwzględniającego stanu rzeczy z daty orzekania;

7. art. 244 § 1 k.p.c. i art. 217 § 1 k.p.c. poprzez uznanie, iż sąd nie jest związany decyzją administracyjną, tutaj: Prezesa UKE, zmieniającą ofertę ramową (...) i nadającą tej ofercie brzmienie obowiązujące w dacie wydania decyzji;

II. naruszenie przepisów materialnych, tj.:

1. art. 28 ust. 5 Pt poprzez uznanie, że wyeliminowanie z obrotu prawnego decyzji wydanej w sprawie spornej, wskutek zawarcia przez strony umowy obejmującej zakresem decyzję, następuje z mocą wsteczną od momentu wydania decyzji (ex tunc), a nie z mocą na przyszłość, począwszy od momentu zawarcia umowy (ex nunc), podczas gdy co do zasady umowa powoduje wygaśnięcie decyzji z mocą na przyszłość, a nie z mocą wsteczną;

2. art. 28 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 42 ust. 2 i art. 43 ust. 6 Pt poprzez nieuwzględnienie obowiązków (regulacyjnych) nałożonych na (...), w ten sposób, że odmówiono utrzymania w mocy decyzji, która realizowała ciężący na (...) obowiązek stosowania rozwiązań przewidzianych w (...);

3. art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. c) Pt poprzez uchylenie decyzji powodujące powrót do stosowania mechanizmu niezapewniającego rozwoju konkurencyjnego rynku usług telekomunikacyjnych.

Wskazując na powyższe skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości oraz umorzenie postępowania w sprawie; ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez oddalenie w całości odwołania powoda; ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji. Jednocześnie w każdym przypadku skarżący wniósł o zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Apelację od powyższego wyroku wywiódł również pozwany, zaskarżając go w całości.

Przedmiotowemu orzeczeniu skarżący zarzucił:

I. naruszenie przepisów postępowania, tj.:

a) art. 328 § 2 k.p.c. poprzez niewskazanie podstawy faktycznej wyroku, a mianowicie faktów, które Sąd uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej oraz poprzez niewyjaśnienie podstawy prawnej wyroku, w taki sposób, że:

- uniemożliwia to przeprowadzenie kontroli instancyjnej przez Sąd drugiej instancji;

- uzasadnienie zawiera wewnętrzne sprzeczności;

- uzasadnienie zaskarżonego wyroku nie zawiera dokonania ustaleń w kwestiach istotnych dla rozstrzygnięcia;

- uzasadnienie nie zawiera rzetelnego przytoczenia podstawy prawnej oraz jej wyjaśnienia, a także wyjaśnienia pojęcia „specyfiki postępowania przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów”, w szczególności poprzez zaniechanie wyjaśnienia, czym przejawia się owa „specyfika”, a także, czy i które przepisy postępowania odrębnego z zakresu regulacji telekomunikacji i poczty wyłączają zastosowanie art. 355 § 1 k.p.c.;

b) art. 355 § 1 k.p.c. w zw. z art. 13 § 1 i 2 k.p.c. w zw. z art. 28 ust. 5 Pt, poprzez zaniechanie umorzenia postępowania sądowego, gdy wydanie wyroku stało się zbędne (bezprzedmiotowe lub niedopuszczalne), ewentualnie

c) art. 479<sup>(64)</sup> § 1 k.p.c. poprzez jego niezastosowanie oraz art. 479<sup>(64)</sup> § 2 k.p.c. poprzez jego zastosowanie w sytuacji, gdy odwołanie nie zawierało zarzutów uzasadniających jego uwzględnienie oraz gdy istniała podstawa prawna do wydania przez Prezesa UKE decyzji z dnia 30 września 2010 roku, nr (...) oraz poprzez uchylenie decyzji, która wcześniej wygasła z mocy prawa;

d) art. 233 § 1 k.p.c. polegające na dowolnej ocenie dowodów w sposób niewszechstronny, tj. z pominięciem wszystkich dowodów, sprzeczny z zasadami logiki formalnej i przede wszystkim niezgodnie z zasadami doświadczenia życiowego,

w szczególności pominięcie dokumentów znajdujących się w aktach administracyjnych, a także dokumentów powołanych przez Prezesa UKE w odpowiedzi na odwołanie, a przede wszystkim wyprowadzenie nieprawidłowych wniosków z faktu zawarcia Umowy z dnia 16 grudnia 2013 roku i Porozumienia z dnia 18 grudnia 2013 roku oraz nierozpoznanie istoty sprawy,

- które to naruszenia mogły mieć wpływ na wynik sprawy;

II. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

1. art. 28 ust. 5 Pt oraz art. 206 ust. 2 Pt w zw. z art. 162 k.p.a. poprzez błędne przyjęcie, iż wygaśnięcie decyzji z mocy prawa wymaga przez Sąd wydania rozstrzygnięcia merytorycznego, tj. uchylenia decyzji w sytuacji, gdy decyzja wygasła z mocy prawa; ewentualnie

2. art. 26 - 28 Pt w zw. z art. 30 ust. 1 i 2 Pt i art. 31 ust. 1 – 3 Pt poprzez nierozpoznanie istoty sprawy i przyjęcie, iż zawarcie w umowie innych stawek oraz innych warunków dostępu, niż określonych w zaskarżonej decyzji Prezesa UKE, skutkuje koniecznością uchylenia decyzji.

Wskazując na powyższe pozwany wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i umorzenie postępowania sądowego w całości oraz o zasądzenie kosztów sądowych od powoda na swoją rzecz w wysokości poczwórnej stawki minimalnej za obie instancje; ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie co do kosztów procesu; ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie kosztów postępowania od powoda na swoją rzecz w wysokości poczwórnej stawki minimalnej za obie instancje.

Powód wniósł o oddalenie obu apelacji i zasądzenie na swoją rzecz kosztów postępowania apelacyjnego.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.**

Apelacje zasługują na uwzględnienie w zakresie, w jakim skutkują uchyleniem zaskarżonego wyroku i przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania.

Sąd Okręgowy dokonał prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, a jego ustalenia Sąd Apelacyjny przyjął za własne.

Zaskarżonym orzeczeniem przedmiotowa decyzja została uchylona w całości. Uzasadniając to rozstrzygnięcie, Sąd I Instancji wskazał, że umowa z dnia 16 grudnia 2013 r. „obejmuje (...) cały zakres przedmiotowy regulacji zawartej w decyzji.” SOKiK stwierdził, że „okoliczność ta skutkuje wygaśnięciem przedmiotowej decyzji z mocy prawa w całości”, powołując się na art. 316 k.p.c., zwrócił uwagę, że „na chwilę zamknięcia rozprawy, decyzja wygasła z mocy prawa, brak było więc rozstrzygnięcia, od którego powód wniósł odwołanie” i wywiódł stąd, że „rozważanie poszczególnych zrzutów odwołania jest (...) wykluczone” (k. 1035) .

Badając zasadność zarzutów apelacji, w pierwszej kolejności odnieść się należy do zagadnienia skutków wygaśnięcia przedmiotowej decyzji w wyniku zawarcia wskazanej umowy.

Konsekwencje zawarcia między przedsiębiorcami umów o charakterystyce podobnej do tej, która występuje w niniejszej sprawie przejrzyście opisał Sąd Najwyższy, w postanowieniu z dnia 25 listopada 2014, sygn. akt III SK 17/14. Wskazano w nim, że skoro „decyzja Prezesa UKE (...) zastępuje umowę między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi a wygasa dopiero w następstwie zawarcia przez tych przedsiębiorców stosownego porozumienia, to należy skłaniać się ku pogładowi, zgodnie z którym decyzja Prezesa UKE wygasa (w całości lub części) na podstawie art. 28 ust. 5 Prawa telekomunikacyjnego z chwilą, kiedy można mówić o zawarciu (zmianie) przez zainteresowanych przedsiębiorców umowy o dostępie telekomunikacyjnym.”

W powołanym postanowieniu z dnia 25 listopada 2014 r. Sąd Najwyższy podniósł, iż odwołanie służy „kwestionowaniu przed sądem zasad, według których Prezes UKE ustalił wzajemne prawa i obowiązki uczestników rynku



telekomunikacyjnego, którzy w przewidzianym ustawowo terminie nie zawarli wymaganej umowy.” Stosując te teoretyczne założenia do okoliczności konkretnej sprawy Sąd Najwyższy stwierdził, że „z treści zawartego w sprawie porozumienia (umowy), którego postanowienia zastępują decyzję Prezesa UKE, wynika jednoznacznie, że powódka i zainteresowana zrzekły się wobec siebie wszelkich roszczeń dotyczących okresu, w którym treść łączącego je stosunku prawnego była normowana decyzją Prezesa UKE. To z kolei uzasadnia przyjęcie założenia leżącego u podstaw zaskarżonego postanowienia, że strony uzgodniły, iż we wskazanym przedziale czasowym stosunek prawny między nimi był kształtowany decyzją Prezesa UKE. W rezultacie zasady rozliczeń uzgodnione między powódką a zainteresowaną obowiązują od daty zawarcia porozumienia (umowy), zaś do tego dnia obowiązywały zasady rozliczeń ustalone przez Prezesa UKE. Następstwem tego jest bezprzedmiotowość postępowania sądowego prowadzonego w zakresie rozpoznania odwołania powódki od decyzji Prezesa UKE.”

Z przedstawionego wyводу Sądu Najwyższego wynika, że w badanych sytuacjach, sam fakt wygaśnięcia decyzji regulacyjnej nie przesądza o bezprzedmiotowości dotyczącego jej postępowania sądowego. Zasadność tego stanowiska została pośrednio potwierdzona przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 13 maja 2008 r. III SK 39/07, w sprawie dotyczącej odwołania od decyzji Prezesa UOKiK. W orzeczeniu tym wskazano, że „art. 316 jest irrelevantny dla niniejszej sprawy, obowiązywanie bowiem lub nieobowiązywanie decyzji tymczasowej w dacie wyroku nie ma przesądzającego znaczenia dla orzekania przez Sąd o obowiązkach przedsiębiorcy, nawet gdy zostały one określone decyzją tymczasową. Niewątpliwie jest bowiem, że decyzja tymczasowa wywołała lub mogła wywołać dla powoda niekorzystne skutki o charakterze majątkowym w okresie jej obowiązywania i jest to wystarczający powód by uznać, że wydanie wyroku nie stało się zbędne. Wraz z utratą mocy obowiązującej decyzji nie ustał przedmiot postępowania, a wydanie orzeczenia nie stało się zbędne. Trudności interpretacyjne przepisu art. 479 k.p.c. nie mogą w żadnym razie stanowić podstawy umorzenia postępowania z powodu jego zbędności ”.

Idąc tym torem rozumowania wytyczonym orzecznictwem Sądu Najwyższego, Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 12 stycznia 2011 r., VI ACa 591/10, zwrócił uwagę, że „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*, a więc decyzja nr (...) Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia (...) 2008 r. nie zniósła 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.”

Przedstawioną linię orzeczniczą Sąd Apelacyjny w niniejszym składzie uznaje za właściwą. W jej świetle nietrafne jest stanowisko Sądu I instancji, że wobec wygaśnięcia przedmiotowej decyzji z mocy prawa „rozważanie szczegółowych zarzutów odwołania” było wykluczone. Za bezpodstawny należy w związku z tym uznać, sformułowany przez SOKiK na jego podstawie wniosek, iż konieczne było uchylene zaskarżonej decyzji w całości. Sam fakt wygaśnięcia zaskarżonej decyzji nie przesądza o bezprzedmiotowości postępowania sądowego.

Poczynione przez Sąd I instancji w niniejszej sprawie ustalenia dotyczące relacji między zaskarżoną decyzją a przedmiotową umową nie umożliwiają stwierdzenia tego, czy postępowanie sądowe stało się bezprzedmiotowe. Ograniczają się one bowiem do, nie popartego żadnymi argumentami, stwierdzenia, że umowa z dnia 16 grudnia 2013 r. „obejmuje (...) cały zakres przedmiotowy regulacji zawartej w decyzji”. Sąd I instancji w ogóle nie odniósł się do zagadnienia wpływu zawarcia przedmiotowej umowy na treść stosunków prawnych istniejących między jej stronami w okresie od wydania zaskarżonej decyzji do zawarcia umowy. W tym kontekście zaakcentować należy, iż w apelacji zainteresowanego (...) S.A. wskazano, że „strony Umowy (...) nie zrzekły się wzajemnych roszczeń w zakresie kwestionowania obowiązywania Decyzji w okresie od jej wydania do daty wygaśnięcia wskutek zawarcia umowy (...).

Implikuje to, że wygaśnięcie Decyzji jako następstwo zawarcia Umowy (...) nie spowodowało bezprzedmiotowości merytorycznego orzekania w zakresie obowiązywania Decyzji w powyższym okresie” (k. 1045).

Wskazane uchybienie uznać należy za na tyle poważne, że uprawniony jest podniesiony w obu apelacjach zarzut, iż Sąd Okręgowy nie rozpoznał istoty sprawy. Nie jest też możliwe dokonanie kontroli instancyjnej zaskarżonego wyroku. W tym miejscu podkreślić należy, że SOKiK za wykluczone uznał „rozważenie poszczególnych zarzutów odwołania”. W tej sytuacji przyjąć należało, iż na obecnym etapie postępowania, ustosunkowywanie się przez Sąd Apelacyjny do pozostałych zarzutów apelacji byłoby nieuzasadnione.

Uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu znajduje również uzasadnienie w konieczności zapewnienia stronie dwuinstancyjnego postępowania. Niezbędne jest bowiem poczynienie istotnych dla sprawy ustaleń po raz pierwszy. Niewłaściwe byłoby w szczególności przeprowadzanie po raz pierwszy na etapie postępowania apelacyjnego dowodów wskazanych w apelacji zainteresowanej.

Przy ponownym rozpatrywaniu sprawy Sąd Okręgowy uwzględni fakt, że jak zauważył Sąd Apelacyjny w Warszawie w powołanym wyroku z dnia 12 stycznia 2011 r., „funkcją sądu powszechnego jest merytoryczna ocena zaskarżonej decyzji, a nie, tak jak w przypadku sądów administracyjnych, wyłącznie eliminacja zaskarżonej decyzji z obrotu prawnego”, co prowadzi do tego, iż nie zawsze wyeliminowanie „decyzji z obrotu prawnego już po wniesieniu odwołania” skutkuje bezprzedmiotowością postępowania sądowego. Rozpatrując tę kwestię Sąd Okręgowy weźmie pod uwagę stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w powołanych orzeczeniach z 25 listopada 2014 r. i 13 maja 2008 r.

W razie stwierdzenia, że w niniejszej sprawie wydanie wyroku okazało się zbędne lub niedopuszczalne, SOKiK dokona pogłębionej analizy katalogu rozstrzygnięć, do wydania których jest uprawniony. Nie może ona sprowadzić się do wyrażenia wysoce kontrowersyjnego poglądu, że „specyfika postępowania przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyklucza także możliwość zastosowania w niniejszym przypadku art. 355 k.p.c. § 1, nawet przez analogię”, przy jednoczesnym zaniechaniu uzasadnienia go w jakikolwiek sposób. W razie zaistnienia wskazanej sytuacji, SOKiK odniesie się do treści art. 479<sup>64</sup> § 2 k.p.c., w myśl którego uchylenie decyzji możliwe jest w razie uwzględnienia odwołania i do art. 13 k.p.c., a także do skutków, jakie ewentualne uchylenie decyzji wywiera w sferze kosztów oraz odniesie się do stanowiska judykatury. W przypadku poczynienia przez SOKiK wskazanego ustalenia, odniesie się on m.in. do tego, że w powołanym postanowieniu z 25 listopada 2014 r., Sąd Najwyższy zaaprobował wydanie przez Sąd Apelacyjny postanowienia umarzającego postępowanie na podstawie art. 386 § 3 w zw. z art. 355 § 1 k.p.c., a także do faktu, iż Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 17 stycznia 2003 r., I CK 214/02, które bezpośrednio dotyczyło decyzji Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, podkreślił, że „do postępowania sądowego w sprawach z zakresu regulacji energetyki mają zastosowanie przepisy ogólne o procesie. Jednym z takich przepisów jest art. 355 § 1 k.p.c., stanowiący m.in., że sąd wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania, jeżeli powód cofnął ze skutkiem prawnym pozew.”

Mając powyższe na względzie, Sąd Apelacyjny orzeka jak w sentencji na podstawie art. 386 § 4 k.p.c., pozostawiając Sądowi Okręgowemu rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego zgodnie z art. 108 § 2 k.p.c.