

Sygn. akt VIA Ca 937/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 stycznia 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA– Jerzy Paszkowski

Sędzia SA– Urszula Wiercińska (spr.)

Sędzia SA– Agata Wolkenberg

Protokolant: st. sekr. sąd. Agnieszka Janik

po rozpoznaniu w dniu 15 stycznia 2013 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółki z o.o. w W. (poprzednio (...) S.A. w W.)

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

przy udziale zainteresowanej (...) S.A. w W.

o ustalenie warunków współpracy

na skutek apelacji powódki

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

z dnia 15 marca 2012 r., sygn. akt XVII AmT 230/09

I. oddala apelację,

II. zasądza od (...) spółki z o.o. w W. na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej oraz (...) S.A. w W. kwoty po 270 (dwieście siedemdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego za drugą instancję.

Sygn. akt VI ACa 937/12

UZASADNIENIE

W dniu 6 maja 2009 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wydał decyzję nr (...), w której na podstawie art. 28 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz. 1800 ze zm., dalej Pt) ustalił warunki współpracy oraz zasady rozliczeń za usługi dostępu użytkowników sieci (...) S.A. do usług sieci inteligentnej realizowanych za pośrednictwem sieci (...) SA. w zakresach numeracji:

- (...) = (...);

- (...) = 0 (...);

- (...) = 0 (...).

Prezes UKE w pkt I decyzji określił wzajemne zobowiązania stron, warunki techniczne wykonywania decyzji, zasady postępowania reklamacyjnego oraz zasady rozliczeń za świadczone usługi informacyjne.

Prezes UKE ustalił opłatę na rzecz (...) S.A., wnoszoną przez (...) S.A. za minutę połączenia przychodzącego z sieci (...) S.A. do (...) S.A. na numery usług (...) w sieci (...) S.A. w wysokości 0,2162 zł/min, symetryczną do stawki (...), jaką jest zobowiązany stosować (...) S.A. w rozliczeniach za zakańczanie połączeń we własnej sieci. Każdorazowa zmiana stawki MTR powoduje zmianę stawki wnoszonej przez (...) S.A. za minutę połączenia do usług informacyjnych świadczonych na numeracji (...), zgodnie z zasadą określoną w zdaniu poprzedzającym. Prezes UKE ustalił opłatę na rzecz (...) S.A., wnoszoną przez (...) S.A. za minutę połączenia przychodzącego z sieci (...) S.A. do sieci (...) S.A. na numery usług (...) oraz (...) w sieci (...) S.A. w wysokości 0,1081 zł/min, stanowiącą 50% stawki MTR, jaką jest zobowiązany stosować (...) S.A. w rozliczeniach za zakańczanie połączeń we własnej sieci. Każdorazowa zmiana stawki MTR powoduje zmianę stawki wnoszonej przez (...) S.A. za minutę połączenia do usług informacyjnych świadczonych na numeracji (...) oraz (...), zgodnie z zasadą określoną w zdaniu poprzedzającym.

Prezes UKE w pkt II decyzji rozstrzygnął, że zmiana wysokości obowiązującej stawki MTR nie powoduje konieczności zmiany decyzji.

Powyższą decyzję w całości zaskarżyła (...) S.A, wnosząc o:

1. uchylenie decyzji w całości;
2. w razie nieuchylenia decyzji, o zmianę decyzji przez nadanie jej w pkt I art. 6 ust. 1 i 2 brzmienia:
 1. Opłata na rzecz (...), wnoszona przez (...) na minutę połączenia przychodzącego z sieci (...) do sieci (...) na numery Usług (...) w sieci (...) wynosi 0,2800 zł/min.;
 2. Opłata na rzecz (...), wnoszona przez (...) na minutę połączenia przychodzącego z sieci (...) do sieci (...) na numery Usług (...) oraz (...) w sieci (...) wynosi 0,1400 zł/min.;
3. zasądzenie kosztów procesu.

Powódka zarzuciła naruszenie:

1. art. 27 ust. 2 Pt w zw. z art. 28 ust. 1 pkt 2 Pt oraz art. 4 ust. 1 oraz 5-8 dyrektywy o dostępie przez prowadzenie postępowania i wydanie decyzji w sprawie, która nie należy do kompetencji Prezesa UKE,
2. art. 79 ust. 1 Pt przez niezasadne uznanie, że przepis stanowi podstawę istnienia obowiązku operatora publicznej sieci telefonicznej do zawarcia umowy o dostępie telekomunikacyjnym z innym przedsiębiorcą telekomunikacyjnym,
3. art. 15 pkt 1-3 oraz art. 18 Pt przez wydanie decyzji, która może być interpretowana jako nakładająca na (...) S.A. obowiązek zapewnienia innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym dostępu telekomunikacyjnego w zakresie rozpoczynania połączeń w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...) S.A., bez uprzedniego przeprowadzenia analizy rynku właściwego oraz bez przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego,
4. art. 28 ust. 1 w zw. z art. 30 Pt przez ich niezastosowanie pomimo, że przedmiotowy zakres współpracy stron, opisany w decyzji, powinien zostać ujęty w decyzji o zmianie umowy z dnia 17 grudnia 2004 r., zawartej przez (...) S.A. i (...) S.A.,
5. art. 31 ust. 2 pkt 1 i 2 oraz art. 28 ust. 1 Pt przez nieustalenie warunków technicznych współpracy stron z uwagi na:
 - a. niesprecyzowanie odesłania do „warunków technicznych” określonych w umowie o połączeniu sieci (...) S.A. z siecią (...) S.A. z dnia 17 grudnia 2004 r. (wraz z późniejszymi zmianami), które strony powinny stosować przy wykonywaniu skarżonej decyzji,

b. odwołanie w skarżonej decyzji do pojęć niezdefiniowanych ani w skarżonej

decyzji, ani w umowie z dnia 17 grudnia 2004 r., wobec czego skarżona decyzja jest niewykonalna,

6. art. 29 Pt przez jego niezastosowanie i nałożenie na strony obowiązku dokonywania w przyszłości zmian w zakresie stosowanych stawek rozliczeniowych, w sytuacji, gdy na strony nie został nałożony, w odrębnym postępowaniu prowadzonym na podstawie tego przepisu, obowiązek dokonywania zmian treści łączącego je stosunku prawnego, co oznacza wydanie decyzji bez podstawy prawnej,

7. art. 28 ust. 3 i 4 w zw. z art. 31 ust. 2 pkt 6 lit. e oraz ust. 3 pkt 5 oraz art. 127 i art. 128 Pt przez niewskazanie w sposób jednoznaczny, o dostępie do jakiej numeracji w sieci inteligentnej (...) S.A. miałyby rozstrzygać skarżona decyzja,

8. art. 28 ust. 1 pkt 2 i 4 oraz art. 79 ust. 1 Pt przez ustalenie stawki należnej (...) S.A. od (...) S.A. w związku ze współpracą przewidzianą w decyzji bez uwzględnienia aspektów ekonomicznych, z narzuceniem (...) S.A. stawki równej stawce za zakończenie połączenia w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...) S.A. (będącej stawką regulowaną) jako stawki właściwej za rozpoczynanie połączenia w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...) S.A., pomimo braku po stronie (...) S.A. obowiązków regulacyjnych związanych z usługą rozpoczynania połączeń w tej sieci,

9. art. 27 ust. 3 Pt w zw. z art. 64 § 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. k.p.a. (Dz.U. z 2000 r., nr 98, poz. 1071 ze zm.) przez wszczęcie postępowania na podstawie wniosku (...) S.A., który nie spełniał wymagań formalnych,

10. art. 31 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. b i c Pt polegające na ustaleniu zasad rozliczeń w sposób prowadzący do naruszenia zasad konkurencji i dyskryminujący (...) S.A., co uzasadnia wniosek o zmianę decyzji.

W odpowiedzi na odwołanie Prezes UKE wniósł o jego oddalenie i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

(...) S.A. w piśmie procesowym z 25 listopada 2011 r. wniosła o oddalenie odwołania w całości.

Wyrokiem z dnia 15 marca 2012 r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił odwołanie oraz postanowił o kosztach procesu.

Powyższe rozstrzygnięcie zostało oparte o następujące ustalenia faktyczne i rozważania.

W dniu 28 czerwca 2007 r. (...) S.A. zwróciła się do (...) S.A. (dalej (...) S.A.) o rozpoczęcie negocjacji w sprawie współpracy międzyoperatorskiej oraz zasad rozliczeń w zakresie świadczenia usług dostępu dla abonentów (...) S.A. na numery sieci inteligentnej (...) S.A. (k. 180 akt adm.). W dniu 6 lipca 2007 r. (...) S.A. przesłała (...) S.A. projekt umowy określający warunki współpracy w powyższym zakresie. Wobec braku osiągnięcia porozumienia (...) S.A. wystąpiła w dniu 12 marca 2008 r. do Prezesa UKE o wydanie decyzji w sprawie określenia warunków współpracy oraz zasad rozliczeń w zakresie świadczenia usług dostępu do sieci ruchomej (...) S.A. na numery sieci inteligentnej (...) S.A. (k. 176- 178 akt adm.).

Prezes UKE wszczął postępowanie w powyższym zakresie w dniu 17 marca 2008 r. W dniu 10 kwietnia 2008 r. (...) S.A. przedstawiła swoje stanowisko w sprawie (k. 141 - 149 akt adm.), w którym podkreśliła, że strony powinny osiągnąć porozumienie w drodze negocjacji, a interwencja regulatora jest zbędna. (...) S.A. obowiązek zapewnienia użytkownikom końcowym możliwości połączeń na numery niegeograficzne z art. 79 ust. 1 Pt musi odbyć się przy uwzględnieniu jego technicznej i ekonomicznej wykonalności. (...) S.A. zaproponowała stawki na swoją rzecz od (...) S.A. za minutę połączenia na numerację (...) w wysokości 33,87 gr oraz na numeracje (...) i (...) w wysokości 17 gr. W ocenie (...) S.A., (...) S.A. powinna zostać zobowiązana do nieaktywowania na numeracjach (...) usług służących przekierowaniom połączeń do sieci innych operatorów telekomunikacyjnych. (...) S.A. wskazała również, że (...) S.A. powinna być odpowiedzialna za zapewnienie zgodności usług świadczonych na numeracji (...) z zawieraną umową oraz przepisami prawa. W dniach od 24 listopada 2008 r. do 24 grudnia 2008 r. Prezes UKE przeprowadził postępowanie konsultacyjne w sprawie określenia warunków współpracy oraz zasad rozliczeń świadczenia usług dostępu do sieci ruchomej (...) S.A. na numery sieci inteligentnej (...) S.A. W dniu 23 grudnia 2008 r. (...) S.A. przedstawiła swoje

stanowisko w sprawie (k. 99 - 108 adm.), w którym zaproponowała rozliczanie przez operatora sieci ruchomej połączeń do numeracji (...) i (...) jak połączeń do numerów geograficznych oraz uiszczanie przez (...) S.A. na rzecz (...) S.A. stawek za zakończenie połączenia w sieci (...) S.A. w wysokości takiej jak z tytułu realizacji połączeń do abonentów sieci stacjonarnej (...) S.A. (...) S.A. nie uzyskiwałyby dodatkowego przychodu z tytułu realizacji połączeń do numeracji o charakterze informacyjnym. (...) S.A. zgłosiła również szereg uwag dotyczących warunków technicznych świadczenia usług. W dniu 23 grudnia 2008 r. (...) S.A. przedstawiła swoje stanowisko w sprawie (k. 75 - 85 akt adm.), w którym zarzuciła, że Prezes UKE nie ma kompetencji do wydania decyzji, ponieważ rozstrzygnięcie w sprawie obowiązku wynikającego z art. 79 Pt nie może nastąpić w trybie art. 28 Pt. Ponadto zarzuciła, że dostęp do usług sieci inteligentnej (...) S.A. ma charakter usługi detalicznej, a (...) S.A. nie została wyznaczona jako przedsiębiorca posiadający znaczącą pozycję na rynku tych usług, wobec czego w tym zakresie nie podlega regulacji ze strony Prezesa UKE. Zdaniem (...) S.A. brak również podstaw do rozliczania tych usług o charakterze komercyjnym według stawek MTR, które ustalane są wyłącznie w oparciu o ponoszone koszty sieciowe. (...) S.A. zarzuciła także szereg błędów merytoryczno-technicznych uniemożliwiających w jej ocenie wykonanie decyzji.

(...) S.A. z (...) S.A. łączy umowa o połączeniu sieci z dnia 17 grudnia 2004 r. W związku z wyznaczeniem (...) S.A. operatorem o znaczącej pozycji na rynku rozpoczynania połączeń w ruchomej sieci nałożone zostały na niego obowiązki regulacyjne w związku z którymi (...) S.A. musi stosować w hurtowych rozliczeniach bilateralnych z innymi operatorami opłaty z tytułu dostępu telekomunikacyjnego oparte na stawkach MTR ustalonych w oparciu o ponoszone koszty. Stawka MTR została ustalona przez Prezesa UKE decyzją z dnia 26 kwietnia 2007 r. (decyzja MTR 2007). W dniu 30 września 2008 r. Prezes UKE wydał decyzję (Decyzja MTR 2008) zawierającą harmonogram zgodnie, z którym od 1.01.2009 r. stawka MTR powinna wynosić 21,62 gr/min, a od dnia 1.07.2009 r. - 16,77 gr/min. W decyzji z dnia 30 grudnia 2008 r. Prezes UKE stwierdził wygaśnięcie z dniem 1.01.2009 r. decyzji MTR 2007. Decyzja MTR 2008 została prawomocnie uchylona. W chwili wyrokowania obowiązujące powódkę stawki MTR były określone w decyzji Prezesa UKE z dnia 25 maja 2011 r. (dalej decyzja inwestycyjna). Stawki te zostały wprowadzone do umowy (...) i (...) o połączeniu sieci aneksem nr (...).

Strony są w sporze co do przepisu art. 79 Pt, w myśl którego operator publicznej sieci telefonicznej zapewnia użytkownikom końcowym swojej sieci oraz użytkownikom końcowym z innych państw członkowskich możliwość, w przypadku, gdy jest to technicznie i ekonomicznie wykonalne, zrealizowania połączenia do numeru niegeograficznego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, z wyjątkiem przypadków, gdy wywoływany abonent ograniczył połączenia przychodzące od użytkowników końcowych zlokalizowanych w poszczególnych obszarach geograficznych. Prezes UKE, na wniosek operatora publicznej sieci telefonicznej, może w drodze decyzji, na czas określony, zawiesić realizacją lub ograniczyć zakres realizacji obowiązku, o którym mowa w ust. 1, jeżeli ze względów technicznych lub ekonomicznych wnioskodawca nie ma możliwości realizacji tego obowiązku w całości lub części, określając harmonogram przystosowania sieci wnioskodawcy do realizacji obowiązku objętego wnioskiem.

W sprawie niniejszej występuje sytuacja, gdy numery niegeograficzne (...) S.A. (...) nie są obsługiwane z sieci (...), gdyż obaj przedsiębiorcy telekomunikacyjni nie mogli dojść do porozumienia w tej kwestii, głównie z powodu rozbieżności w zasadach rozliczeń za połączenia wychodzące z sieci (...). Niewątpliwie numery sieci inteligentnej (...) są numerami niegeograficznymi, a zatem (...) ma co do zasady obowiązek zapewnienia swoim abonentom możliwość zrealizowania połączenia do tych numerów. Obowiązek ten dotyczy także użytkowników końcowych z innych państw członkowskich, którzy realizują usługi połączeń na numery niegeograficzne z wykorzystaniem sieci (...). Z obowiązkiem nałożonym na operatorów telefonicznych zapewnienia możliwości połączenia z numerami niegeograficznymi nie zostało wprost powołanym przepisie skorelowane uprawnienie Prezesa UKE do wyegzekwowania tego obowiązku, stąd spór między stronami, czy Prezes w trybie nadzorczym może ten obowiązek wyegzekwować przez wydanie decyzji zastępującej umowę stron.

Powołany art. 79 Pt stanowi implementację art. 28 dyrektywy o usłudze powszechnej, która w dacie wydania przedmiotowej decyzji brzmiała następująco: Państwa Członkowskie zapewniają użytkownikom końcowym z innych Państw Członkowskich możliwość dostępu do numerów niegeograficznych na ich terytorium w przypadku, gdy jest to technicznie i ekonomicznie możliwe, z wyjątkiem przypadków, gdy wywołany abonent zdecydował, z powodów

handlowych, ograniczyć wywołania przychodzące z określonych obszarów geograficznych. Obecnie dyrektywa ta, na skutek zmian dokonanych w 2009 r. stanowi, że państwa członkowskie zapewniają, aby – w przypadku, gdy jest to technicznie i ekonomicznie wykonalne, z wyjątkiem sytuacji, gdy wywoływany abonent postanowił ze względów handlowych ograniczyć dostęp stron wywołujących z poszczególnych obszarów geograficznych – odpowiednie krajowe organy podejmowały wszelkie niezbędne kroki w celu zapewnienia użytkownikom końcowym możliwości:

a) dostępu we Wspólnocie do usług wykorzystujących numery niegeograficzne oraz możliwość korzystania z takich usług; oraz

b) dostępu, niezależnie od technologii i urządzeń wykorzystywanych przez operatora, do wszystkich numerów we Wspólnocie, również numerów uwzględnionych w krajowych planach numeracji, numerów należących do (...) i do powszechnej międzynarodowej sieci bezpłatnych numerów telefonicznych (...). 2. Państwa członkowskie zapewniają, aby właściwe organy mogły wymagać od przedsiębiorstw zapewniających publiczne sieci łączności lub publicznie dostępne usługi łączności elektronicznej zablokowania w indywidualnych przypadkach dostępu do numerów lub usług, w przypadku, gdy jest to uzasadnione ze względu na oszustwo lub nadużycie, oraz wymagać, aby w takich przypadkach dostawcy usług łączności elektronicznej wstrzymali dochody z odpowiednich połączeń wzajemnych lub innych usług.

Dokonana zmiana art. 28 dyrektywy wyraźniej akcentuje, że korelatem obowiązku nałożonego na operatorów sieci publicznej jest uprawnienie organu regulacyjnego danego państwa do podjęcia wszelkich niezbędnych kroków w celu zapewnienia użytkownikom końcowym możliwości dostępu we Wspólnocie do usług wykorzystujących numery niegeograficzne oraz możliwość korzystania z takich usług. W ocenie Sądu Okręgowego takim środkiem jest wydanie przez organ regulacyjny decyzji zastępującej umowę o warunkach dostępu do numerów niegeograficznych w sytuacji, gdy negocjacje operatorów nie doprowadziły do wykonania nałożonego obowiązku.

Co do zasady uprawnienia regulacyjne krajowych organów regulacyjnych określone w dyrektywach telekomunikacyjnych z 2002 r. oparte są na zasadzie nakładania obowiązków regulacyjnych ex ante jedynie w sytuacji braku skutecznej konkurencji, po przeprowadzeniu przez krajowe organy regulacyjne okresowej analizy rynkowej i okresowego przeglądu obowiązków, które prowadzą do nałożenia obowiązków ex ante na operatorów wskazanych jako posiadających znaczącą pozycję rynkową. Proces ten obejmuje: zdefiniowanie właściwych rynków zgodnie z zaleceniem Komisji Europejskiej w sprawie właściwych rynków produktów i usług sektora łączności elektronicznej podlegających regulacji ex ante, zgodnie z dyrektywą 2002/21/WE (dalej „zalecenie”), analizę zdefiniowanych rynków zgodnie z wytycznymi Komisji w sprawie analizy rynkowej i oceny znaczącej pozycji rynkowej, zgodnie ze wspólnotowymi ramami regulacyjnymi sieci i usług łączności elektronicznej, wyznaczenie operatorów posiadających znaczącą pozycję rynkową oraz nałożenie obowiązków ex ante na tak wyznaczonych operatorów (pkt 5 rozporządzenia 717/2007 Parlamentu Europejskiego z 27.06.2007 r. w sprawie roamingu w publicznych sieciach telefonii ruchomej wewnątrz Wspólnoty. Dz.U.U.E.L. 2007.171.32).

Jednak powyższy tryb nie może dotyczyć sytuacji, gdy obowiązek nałożony jest na każdego operatora niezależnie od zajmowanej pozycji i wynika wprost z przepisu ustawy, jak ma to miejsce w przypadku art. 79 Pt. Oznacza to zdaniem Sądu Okręgowego, że brak obowiązków regulacyjnych nałożonych na (...) S.A. na rynku rozpoczynania połączeń nie stanowi podstawy do uznania, że Prezes UKE nie ma możliwości w ramach uprawnień regulacyjnych do wydania decyzji regulacyjnej w tym przedmiocie, gdyż ten obowiązek operatora wynika wprost z przepisu ustawy. Jednak dla zapewnienia wykonalności nałożonego art. 79 Pt obowiązku należy w drodze wykładni celowościowej stosować na zasadzie analogii przepisy dotyczące tzw. arbitrażu Prezesa UKE. Z art. 5 dyrektywy 2002/19/WE o dostępie do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (dalej dyrektywa o dostępie) wynika, że krajowe organy regulacyjne w zakresie dostępu i wzajemnych połączeń dla realizacji celów określonych w art. 8 dyrektywy 2002/21/WE (dyrektywy ramowej) wspierają i w razie potrzeby zapewniają odpowiedni dostęp oraz wzajemne połączenia, jak również interoperacyjne usługi oraz wykonują swoje zadania w taki sposób, by promować wydajność, zrównoważoną konkurencję oraz zapewnić maksymalne korzyści dla użytkowników końcowych. W szczególności i niezależnie od środków, które mogłyby zostać podjęte w stosunku do przedsiębiorstw dysponujących

znaczącą pozycją rynkową, zgodnie z art. 8 krajowe organy regulacyjne mogą nakładać w granicach tego, co niezbędne dla zapewnienia możliwości połączenia typu koniec-koniec, obowiązki na przedsiębiorstwa, które kontrolują dostęp do użytkowników końcowych, w tym w uzasadnionym przypadku obowiązek wzajemnych połączeń ich sieci, w sytuacji, kiedy nie zostało to jeszcze zrealizowane. Uprawnienia organów regulacyjnych, o których mowa w tym przepisie nie są uzależnione od pozycji przedsiębiorcy na rynku i są to inne uprawnienia od tych, które mu i przysługują w stosunku do przedsiębiorstw dysponujących znaczącą pozycją.

Implementację powyższej dyrektywy do prawa polskiego zawiera art. 28 Pt, który w sposób podobny określa uprawnienie Prezesa UKE, przyznając mu prawo do wydawania decyzji w przedmiocie dostępu telekomunikacyjnego. Wydanie decyzji, o której mowa w art. 28 poprzedzone jest postępowaniem określonym w art. 26 i 27 Pt (w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania decyzji). Stosownie do reguł wytyczonych powołanym przepisem przedsiębiorcy telekomunikacyjni mają obowiązek negocjowania umów o dostępie telekomunikacyjnym, a w przypadku (...) niezawarcia umowy w terminie 90 dni licząc od dnia wystąpienia z wnioskiem o zawarcie umowy o dostępie telekomunikacyjnym, każda ze stron może zwrócić się do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji w sprawie rozstrzygnięcia kwestii spornych lub określenia warunków współpracy. Analiza krajowych rozwiązań i treści dyrektywy dostępowej uzasadnia, zdaniem Sądu Okręgowego, przyjęcie, że określenia „połączenie sieci” użyte w ustawie Prawo telekomunikacyjne jest odpowiednikiem użytego w dyrektywie dostępowej określenia „wzajemnych połączeń”. Zgodnie bowiem z art. 4 powołanej dyrektywy o dostępie operatorzy publicznych sieci łączności mają prawo, a na wniosek innego uprawnionego przedsiębiorstwa obowiązek negocjowania wzajemnych połączeń celem świadczenia usług łączności elektronicznej i publicznie dostępnych, w sposób zapewniający świadczenie tych usług oraz ich interoperacyjności w obrębie Wspólnoty. Operatorzy zapewnią dostęp i wzajemne połączenia innym przedsiębiorstwom na zasadach i warunkach zgodnych z wymogami nałożonymi przez krajowy organ regulacyjny na podstawie art. 5, 6, 7 oraz art. 8.

Reasumując Prezes UKE jest uprawniony do władczych rozstrzygnięć w odniesieniu do przedsiębiorstw, które na danym rynku nie posiadają znaczącej pozycji, co znajduje także potwierdzenie w treści art. 8 ust. 3 dyrektywy dostępowej, który powołując się na art. 28 dyrektywy o usłudze powszechnej, której implementację stanowi art. 79 Pt, wskazuje, że przepis ów nakłada obowiązki na przedsiębiorstwa inne aniżeli te, które zostały wskazane jako wynikające ze znaczącej pozycji rynkowej. Tym samym dla wydania decyzji w przedmiotowej sprawie nie było konieczne badanie czy na danym rynku usług strona umowy ma pozycję znaczącą i związane z tym obowiązki regulacyjne.

Nie można się także zgodzić z formułowaną przez powódkę tezą że Polska dokonała niewłaściwej implementacji art. 5 dyrektywy o dostępie. Powoływany przez (...) S.A. wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 13 listopada 2008 r. w sprawie C 227/07 Komisji Europejskiej przeciwko Polsce nie dowodzi słuszności tezy. Komisja taki zarzut postawiła (teza 50 i 51), jednak Trybunał zarzutu nie potwierdził i oddalił go, uzasadniając, że Komisja nie dowiodła w sposób wystarczający, że przepisy art. 26-30 Pt nie zapewniają prawidłowej transpozycji art. 5 ust. 1 akapit 1 dyrektywy o dostępie i skargę Komisji Europejskiej w tym zakresie oddalił (k.70-83).

Zarzut powódki związany z ustaleniem w umowie stawki za połączenie w określonej wysokości odpowiadającej obowiązującej w dacie wydania decyzji stawce MTR ustalonej dla (...), jest również bezzasadny. Sąd I instancji stwierdził, że decyzja określa konkretną kwotowo określoną stawkę, a dodatkowo umowa określa, jaki jest jej wielkościowy stosunek do obowiązującej (...) S.A. stawki MTR 2008. Zatem fakt uchylecia decyzji Prezesa UKE ustalającej tę stawkę pozostaje bez wpływu na treść niniejszej decyzji i w dalszym ciągu może być ona wykonywana. Należy także zaznaczyć, że zaproponowana dobrowolnie w toku negocjacji - 10 kwietnia 2008 r., przez (...) S.A stawka, która w świetle doświadczenia życiowego i powszechnie znanych zasady ekonomii rynkowej musiała zapewniać (...) S.A. ekonomiczną zasadność realizacji połączeń na numerację (...), odpowiadała ówczesnie obowiązującej stawce MTR. Zatem uprawnione jest twierdzenie, że jest to stawka, która z punktu widzenia rachunku opłacalności jest adekwatna do kosztów związanych ze świadczeniem tej usługi na rzecz abonentów sieci (...) S.A.. Jest to logicznie, mając na uwadze fakt, że taki poziom wynagrodzenia był satysfakcjonujący w toku negocjacji. Jeśli więc (...) S.A. twierdzi w odwołaniu, że stawka ta nie jest obecnie adekwatna do kosztów, jakie musi ponosić w związku z realizacją obowiązku określonego w art. 79 Pt to winna to w postępowaniu sądowym udowodnić, czego nie uczyniła, a nawet

nie podjęła próby w tym kierunku. Stawki wskazane w zawartym w wyniku negocjacji porozumieniu powoda z (...) S.A. z dnia 22 kwietnia 2008 r. w sprawie połączeń na numerację (...) także zostały powiązane z obowiązującą na moment podpisywania porozumienia stawką MTR, co pozwala na przyjęcie, że stawki te nie stanowią przeszkody natury ekonomicznej do wywiązania się z nałożonego obowiązku, a są adekwatne do ponoszonych kosztów i zawierają satysfakcjonujący zysk. Jeśli więc przyjęta w decyzji stawka, która zgodnie z pierwotnym stanowiskiem powódki była odpowiednia i nie stanowiła przeszkody ekonomicznej dla wykonania obowiązku z art. 79 Pt uległa zmianie po wydaniu decyzji, to powód zawsze może w trybie art. 28 ust. 6 Pt wystąpić do Prezesa UKE o zmianę decyzji przez zmianę stawki na odpowiadającą ponoszonym aktualnie kosztom lub też w oparciu o ust. 5 powołanego artykułu doprowadzić do wygaśnięcia decyzji z mocy prawa w wyniku zawarcia przez zainteresowane strony umowy o dostępie telekomunikacyjnym odmiennie regulującej stawki. Ten sam argument odnosi się do sytuacji, w której w wyniku zmiany stawki MTR, stawka ustalona w decyzji symetrycznie do stawki MTR nie będzie odzwierciedlała kosztów operatora związanych z dostępem do usług sieci inteligentnej (...) S.A. W tym kontekście błędne jest także stanowisko (...) S.A. dotyczące obowiązku zbadania możliwości technicznych, jak i ekonomicznych dotyczących wykonania obowiązku nałożonego w art. 79 Pt na operatorów. Operator publiczny może się zwolnić z obowiązku nałożonego w przepisie i to tylko na czas określony, jeśli brak możliwości realizacji połączeń na numery niegeograficzne wynika ze względów technicznych realizacji takich połączeń lub względów ekonomicznych. W sytuacji, gdy strona w postępowaniu przed Prezesem nie dowiedzie braku możliwości technicznych lub ekonomicznych organ regulacyjny jest zwolniony z obowiązku badania tego bez stosownego wniosku. Podobnie rzecz się ma na etapie postępowania sądowego wywołanego wniesieniem odwołania od decyzji Prezesa UKE, gdzie w postępowaniu kontradiktoryjnym w granicach przedstawionych zarzutów i w oparciu o przedstawione dowody sąd ocenia żądania stron. (...) S.A. z innymi operatorami, w wyniku negocjacji, uzyskała stawki wyższe niż w zaskarżonej decyzji (umowa z (...) S.A.), co nie jest jednoznaczne z tym, że stawki określone w decyzji nie pokrywają kosztów, bo równie dobrze może to świadczyć o tym, że w innych umowach powódka zagwarantowała sobie większy zysk.

W konsekwencji w kluczowej dla podniesionego zarzutu kwestii, czyli braku ekonomicznych możliwości operatora dla świadczenia usługi na numery niegeograficzne nie zostały zgłoszone przez odwołującego się żadne dowody. Trudno zatem przyjąć, że po stronie powodowej Spółki istnieją przeszkody, które zwalniają ją od obowiązku nałożonego w art. 79 Pt lub, że przeszkodę taką stanowią stawki określone w decyzji Prezesa UKE. Natomiast fakt, że (...) S.A. przystąpił do wykonywania zaskarżonej decyzji jednoznacznie wskazuje, że po jego stronie istnieją także warunki techniczne do wykonania obowiązku. W tym kontekście bez znaczenia jest, podnoszony przez powódkę argument, że decyzja była obłożona rygiem natychmiastowej wykonalności. Zarzuty braku korelacji pomiędzy postanowieniami przedmiotowej umowy a postanowieniami umowy o połączeniu sieci w odniesieniu do warunków technicznych, które w ocenie powódki powodowały niewykonalność umowy, należy uznać za chybione, skoro jednak umowa jest wykonywana i nie istnieją na tym tle wątpliwości stron. Także chybiony jest zarzut niewskazania w sposób jednoznaczny, o dostępie do jakiej numeracji sieci inteligentnej (...) S.A., miałyby rozstrzygać zaskarżona decyzja. Należy podkreślić, że każda umowa, w tym także ta, którą decyzja zastępuje podlega wykładni oświadczeń woli, zaś interpretacja przedmiotu umowy nie nastrocza najmniejszych wątpliwości.

W ocenie Sądu Okręgowego także nietrafny okazał się zarzut nieprzeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego, gdyż takie postępowanie w niniejszej sprawie nie było konieczne. Postępowanie to jest wdrażane w myśl art. 18 Pt, jeżeli regulacyjne rozstrzygnięcia Prezesa UKE, mogą mieć wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi. Niewątpliwie jest, że wynikający z art. 79 Pt obowiązek operatora nie ogranicza się do zapewnienia dostępu do numerów niegeograficznych własnym abonentom, ale nakłada obowiązek umożliwienia takich połączeń także użytkownikom końcowym z innych państw członkowskich. Jeśli więc operator publiczny ma zawarte umowy o połączeniu sieci z operatorami z innych państw członkowskich, to musi abonentom końcowym tych operatorów zapewnić dostęp do numerów niegeograficznych, w takim samym zakresie, jak własnym abonentom. Należy zaznaczyć, że obowiązek realizacji połączenia do numeru niegeograficznego jest ograniczony do terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. W doktrynie prezentowane jest stanowisko, że dla wykonania obowiązku, o którym mowa w art. 79 w odniesieniu do użytkowników końcowych z innych państw członkowskich zasadnicze znaczenie ma zawarcie umowy o połączeniu sieci z operatorami innych państw członkowskich, w których zostaną uregulowane

techniczne i ekonomiczne sprawy związane z realizacją tych połączeń (tak Stanisław Piątek Prawo telekomunikacyjne. Komentarz do art. 79). Oczywiście jest także, że z określonej w umowie możliwości połączeń na numery (...) i (...) w sieci (...) będą mogli korzystać także użytkownicy innych sieci ruchomych, korzystających z usług świadczonych w sieci (...) w ramach usługi roamingu międzynarodowego. W grupie tej znajdują się więc również obywatele państw członkowskich UE korzystający z usługi roamingu w sieci (...) (zalogowani w sieci (...)). Jednakże w odniesieniu do klientów korzystających z roamingu, w celu ochrony ich interesów Parlament Europejski i Rada Europejska w rozporządzeniu nr 717/2007 z dnia 27 czerwca 2007 r. w sprawie roamingu w publicznych sieciach łączności ruchomej wewnątrz Wspólnoty określiła maksymalne stawki cen hurtowych i detalicznych. W myśl art. 4 ust. 2 rozporządzenia opłata detaliczna (bez podatku VAT) na podstawie eurotaryfy, którą operator macierzysty może pobierać od swojego klienta korzystającego z roamingu za połączenie realizowane w roamingu regulowanym, może być różna dla różnych połączeń w roamingu, lecz nie może przekraczać 0,49 EUR za minutą każdego wykonanego połączenia lub 0,24 EUR za minutą każdego odebranego połączenia. Maksymalne ceny połączeń wykonanych zostają obniżone do 0,46 EUR i 0,43 EUR, a połączeń odebranych do 0,22 EUR i 0,19 EUR odpowiednio od 30 sierpnia 2008 r. i 1 lipca 2009 r. Maksymalne ceny połączeń wykonanych zostają dalej obniżone do 0,39 EUR i 0,35 EUR, a dla połączeń przychodzących do 0,15 EUR i 0,11 EUR odpowiednio od 1 lipca 2010 r. i od 1 lipca 2011 r. Ze skutkiem od dnia 1 lipca 2010 r. operatorzy macierzyści nie pobierają od swoich klientów korzystających z roamingu żadnych opłat z tytułu odbierania przez nich wiadomości głosowych dostarczanych w roamingu. Nie ma to wpływu na inne odnośne opłaty, takie jak opłaty z tytułu odsłuchiwania takich wiadomości. Ze skutkiem od dnia 1 lipca 2009 r. każdy operator macierzysty pobiera od swoich klientów korzystających z roamingu opłaty z tytułu świadczenia wszelkich połączeń realizowanych w roamingu regulowanym, do których stosuje się eurotaryfę zarówno wykonanych, jak i odebranych, w oparciu o naliczanie sekundowe. Skoro (...) S.A. w myśl powołanego rozporządzenia stosuje stawki hurtowe i detaliczne określone w rozporządzeniu, to treść niniejszej umowy pozostaje bez wpływu na stosunki handlowe pomiędzy państwami członkowskimi, gdyż stawka opłaty określonej w umowie będącej przedmiotem badania Sądu Okręgowego nie może wpłynąć na te stosunki. Jeśli się zaś weźmie pod uwagę połączenia międzynarodowe – usługę połączenia telefonicznego realizowanego pomiędzy użytkownikiem końcowym w kraju a użytkownikiem końcowym poza granicami kraju, które realizowane są na podstawie umów z operatorami sieci ruchomej w innych państwach członkowskich, to kwestię opłat regulują umowy, a więc także w tym przypadku przedmiotowa umowa pozostaje bez wpływu na stosunki handlowe pomiędzy państwami Unii. Zdaniem Sądu Okręgowego zaskarżona decyzja a pośrednio treść umowy, którą decyzja zastępuje nie może sama w sobie wpłynąć na stosunki handlowe pomiędzy państwami członkowskimi, o ile się weźmie pod uwagę specyfikę połączeń na numery niegeograficzne będące przedmiotem umowy. Dla rozliczeń połączeń na numerację (...), koszty z założenia ponoszą usługodawcy w całości, a zatem abonent z innego państwa Wspólnoty nie poniesie kosztów związanych z tym połączeniem poza opłatą roamingową. Z kolei połączenia na numery (...) i (...) rozliczane są według stawek operatora sieci macierzystej, czego przedmiotowa umowa w żadnej mierze nie reguluje. Podkreślenia wymaga fakt, że zarzut braku postępowania konsolidacyjnego, jak każdy inny, podlega regułom dowodowym wyrażonym w art. 6 k.c. Skoro więc powódka z faktu braku postępowania konsolidacyjnego wywodzi skutki prawne, to powinna wykazać, że przeprowadzenie postępowania w okolicznościach niniejszej sprawy było wymagane, czyli dowieść, że niniejsza decyzja mogłaby chociażby potencjalnie wywrzeć wpływ na stosunki handlowe państw członkowskich. Powódka nie wykazała jakiegokolwiek inicjatywy dowodowej. Natomiast, jak wynika z pkt 38 preambuły dyrektywy ramowej środki, które mogą oddziaływać na wymianę handlową pomiędzy Państwami Członkowskimi, to środki, które mogą mieć wpływ pośredni albo bezpośredni, rzeczywisty lub potencjalny, na strukturę wymiany handlowej pomiędzy Państwami Członkowskimi w taki sposób, że będzie to pociągało za sobą bariery w funkcjonowaniu jednolitego rynku. Są to środki, które mają znaczący wpływ na operatorów i użytkowników w innych Państwach Członkowskich, w tym m.in. środki wpływające na cenę dla użytkowników w innych Państwach Członkowskich, środki, które oddziałują na zdolność świadczenia usług w zakresie łączności elektronicznej przedsiębiorstwa mającego siedzibę w innym Państwie Członkowskim oraz w szczególności środki, które oddziałują na zdolność świadczenia usług transgranicznych oraz środki, które oddziałują na strukturę i dostęp do rynku ze skutkiem dla przedsiębiorstw w innych Państwach Członkowskich. Zatem nie każda decyzja powinna być poprzedzona postępowaniem konsolidacyjnym, a tylko taka, która może mieć znaczący wpływ na operatorów i użytkowników w innych Państwach. Skoro z dokonanej wyżej analizy wpływu decyzji na ceny dla użytkowników w innych państwach wynika brak takiego znaczącego oddziaływania, a powód innej zależności nie wykazał, to zarzut

ten jest chybiony. Ciężar dowodu nawet w kwestii nieważności czynności prawnej, spoczywa na stronie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 listopada 2010 r., V C K 142/10 (LEX nr 37290) stwierdził, że podnosząc zarzut nieważności czynności prawnej strona powinna przytoczyć fakty oraz dowody, mające być podstawą stwierdzenia nieważności i uczynić to zgodnie z regułami określonymi w przepisach prawa procesowego. Sąd Okręgowy ma bowiem obowiązek wziąć pod uwagę nieważność czynności prawnej, jednak tylko na podstawie materiału zebranego zgodnie z regułami obowiązującymi w prawie procesowym, w tym z uwzględnieniem prekluzji przewidzianej w art. 479⁽¹²⁾ i 479⁽¹⁴⁾ k.p.c., a także w art. 495 § 3 k.p.c. Powódka w niniejszym postępowaniu nie wykazała, że istnieją obiektywne czynniki prawne lub faktyczne, które pozwalają z dużym prawdopodobieństwem przewidywać, że decyzja może mieć wpływ na wymianę handlową między członkami UE, a zatem nie dowiodła konieczności przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego poprzedzającego wydanie zaskarżonej decyzji.

Sąd Okręgowy uznając, że nie ma podstaw do uwzględnienia odwołania, w na podstawie art. 479⁶⁴ § 1 k.p.c. oddalił odwołanie.

Powyższy wyrok został zaskarżony w całości przez powódkę, która wniosła o zmianę orzeczenia przez uchylenie decyzji Prezesa UKE z dnia 7 maja 2009 r., Nr (...) w całości; względnie – zgodnie z alternatywnym żądaniem odwołania – zmianę powyższej decyzji w części, tj. w zakresie pkt I art. 6 ust. 1 i 2, zgodnie z treścią odwołania, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Zaskarżonemu wyrokowi powódka zarzuciła naruszenie:

I. art. 27 ust. 2 w zw. z art. 28 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz.1800, z późn. zm.; dalej: „upt”) oraz art. 4. ust. 1 oraz art. 5-8 dyrektywy 2002/19AA/E z dnia 24 kwietnia 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz połączeń międzysieciowych (OJ L 108) (dalej: „dyrektywa o dostępie”) w zw. z art. 28 dyrektywy 002/22/WE z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (dalej: „dyrektywa o usłudze powszechnej”), przez utrzymanie w mocy decyzji w sprawie, w której brak podstawy prawnej do wydania przez Prezesa UKE decyzji administracyjnej, w tym domniemanie kompetencji do wydania decyzji administracyjnej z przepisów powyższych dyrektyw;

II. art. 79 ust.1 upt przez niezasadne uznanie, że przepis ten stanowi podstawę istnienia obowiązku operatora publicznej sieci telefonicznej do zawarcia umowy o dostępie telekomunikacyjnym z innym przedsiębiorcą telekomunikacyjnym;

III. art. 18 upt w zw. z art. 15 upt, a także art. 7 ust. 2-4 dyrektywy 2002/21/WE z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dalej „dyrektywa ramowa”) w zw. z art. 6 k.c., przez utrzymanie w mocy decyzji, nakładającej na (...) S.A. obowiązek zapewnienia innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym dostępu telekomunikacyjnego w zakresie rozpoczynania połączeń w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...) S.A., bez uprzedniego przeprowadzenia analizy rynku właściwego oraz bez przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego, a także bezpodstawne uznanie, że to na adresacie decyzji administracyjnej spoczywa ciężar udowodnienia konieczności poddania jej postępowaniu konsolidacyjnemu;

IV. art. 31 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. b i c upt; art. 28 ust.1 pkt 2 i 4 oraz art. 79 ust.1 upt; art. 28 ust.1 ust. 2 pkt. 2-4 oraz pkt 5 lit. b i c; art. 27 ust. 3 i art. 28 ust. 2 pkt 4 upt w zw. z art. 227 i 233 § 1 k.p.c., w zw. z art. 6 k.c. przez:

a) akceptację ustalenia w decyzji stawki należnej (...) S.A. od (...) S.A. bez uwzględnienia aspektów ekonomicznych, w tym narzucenie (...) S.A. stawki równej stawce za zakończenie połączenia w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...) S.A. (będącej stawką regulowaną) dla numeracji z zakresu (...) oraz stawki równej połowie stawki za zakończenie połączenia w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...) S.A. dla numeracji z zakresu (...) i (...), jako stawki właściwej za rozpoczynanie połączenia w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...) S.A., pomimo braku po stronie (...) S.A. obowiązków regulacyjnych związanych z usługą rozpoczynania połączeń w tej sieci,

b) akceptację zasad rozliczeń ustalonych przez Prezesa UKE w sposób prowadzący do naruszenia zasad konkurencji i dyskryminujący (...) S.A.,

c) akceptację rozwiązania polegającego na stałym, „automatycznym” podążaniu stawki należnej (...) S.A. z tytułu wykonywania usług objętych decyzją - za stawką MTR (...) S.A. (stawką należną za inną usługę niż objęta decyzją), bez względu na zmiany tej stawki;

d) uznanie, że Prezes UKE jest uprawniony do wydania decyzji administracyjnej (rozstrzygnięcia, w tym w zakresie stawek rozliczeniowych) opartej na twierdzeniach, które nie znajdują potwierdzenia w materiale dowodowym, tj. przez uznanie, że brak odpowiednich dowodów, analiz ekonomicznych i wyliczeń nie stanowi wady decyzji administracyjnej,

V. art. 28 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 30 upr, przez utrzymanie w mocy decyzji ustalającej kluczowe warunki współpracy (stawki rozliczeniowe) w oparciu o decyzję Prezesa UKE z dnia 30 września 2008 r. nr (...), która jako decyzja wadliwa nie mogła stanowić źródła dla kluczowego kryterium wydania i treści decyzji w zakresie objętym odwołaniem, tj. ustalenia wysokości stawki rozliczeniowej przyjętej w decyzji.

VI. art. 227 i art. 233 § 1 k.p.c. przez:

a) dokonanie błędnej oceny umów zawartych pomiędzy (...) S.A. oraz innymi przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, wskazanymi w odwołaniu i uzasadnieniu skarżonego wyroku przywołanych na okoliczność ekonomicznie wykonalnego (w rozumieniu art. 79 ust. 1 upr), sposobu ukształtowania rozliczeń w zakresie usług dostępu telekomunikacyjnego objętych decyzją,

b) zaniechanie dokonania ustaleń stanu faktycznego w zakresie niedopuszczalności wydania przez Prezesa UKE decyzji w sytuacji, gdy (...) S.A. nie został wyznaczony jako podmiot posiadający znaczącą pozycję na rynku obejmującym usługi dostępu telekomunikacyjnego, których dotyczy decyzja, tj. w szczególności przez pominięcie wskazanych w odwołaniu i dalszych pismach procesowych dowodów na okoliczność odmiennego podejścia Prezesa (...) do powyższej kwestii w odrębnych sprawach administracyjnych oraz dokumentów Komisji Europejskiej i orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazujących na dopuszczalność ingerencji regulatora krajowego w porozumienia przedsiębiorców telekomunikacyjnych tylko, gdy zostały na tych przedsiębiorców nałożone w powyższym zakresie obowiązki regulacyjne, skutkujące brakiem właściwego wyjaśnienia podstawy faktycznej i prawnej rozstrzygnięcia w rozumieniu art. 328 § 2 k.p.c.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie. Sąd II instancji uznając trafność ustaleń faktycznych i dokonanej przez Sąd Okręgowy oceny prawnej – przyjmuje je za własne.

W analogicznej sprawie o sygn. VI ACa 223/12 Sąd Apelacyjny w Warszawie wyraził stanowisko, które Sąd Apelacyjny w tym składzie w całości podziela i odwołuje się poglądów prawnych wyrażonych w uzasadnieniu orzeczenia wydanego w powołanej sprawie.

Zasadnicze znaczenie dla oceny prawidłowości zaskarżonego orzeczenia ma odpowiedź na pytanie - czy Prezes UKE był uprawniony do wydania niniejszej decyzji, pomimo że przepisy ustawy Prawo telekomunikacyjne w sposób wyraźny takiej kompetencji dla Prezesa nie przewidują. Sąd Okręgowy na tak sformułowane pytanie udzielił odpowiedzi pozytywnej i Sąd odwoławczy odpowiedź tę akceptuje. Sąd I instancji wskazał, że (...) S.A. (obecnie spółka z o.o.) i (...) S.A. łączy umowa o połączeniu sieci z dnia 17 grudnia 2004r. (z późniejszymi zmianami). Stosowną decyzją Prezesa UKE (...) została wyznaczona operatorem o znaczącej pozycji na rynku rozpoczynania połączeń w ruchomej sieci i nałożone zostały na operatora obowiązki regulacyjne, w związku z którymi (...) musi stosować w hurtowych rozliczeniach bilateralnych z innymi operatorami opłaty z tytułu dostępu telekomunikacyjnego oparte na stawkach MTR ustalonych w oparciu o ponoszone koszty. Trafnym jest pogląd, że zaskarżona decyzja kreuje stosunek prawny stanowiący element umowy o połączeniu sieci. Przedmiotowa umowa

o warunkach współpracy oraz zasadach rozliczeń z tytułu świadczenia przez (...) S.A. na rzecz (...) dostępu do usług informacyjnych w sieci (...) S.A. w zakresie numeracji (...), jest umową o dostępie w zakresie połączenia sieci. Zgodnie z definicją połączenia sieci zawartą w art. 2 pkt 25 Pt, jest to „fizyczne i logiczne połączenie publicznych sieci telekomunikacyjnych użytkowanych przez tego samego lub równych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, celem umożliwienia użytkownikom korzystającym z usług lub sieci jednego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego komunikowania się z użytkownikami korzystającymi z usług lub sieci tego samego lub innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego albo dostępu do usług dostarczanych przez innego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego; połączenie sieci stanowi szczególny rodzaj dostępu telekomunikacyjnego realizowanego pomiędzy operatorami”.

Z kolei artykuł 2 lit. a oraz lit. b Dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (dyrektywa o dostępie) Dz.U.UE.L.2002.108.7 stanowi, iż:

a) „dostęp” oznacza udostępnianie urządzeń lub usług innemu przedsiębiorstwu na określonych warunkach, na zasadzie wyłączności lub braku wyłączności, na potrzeby świadczenia usług łączności elektronicznej, w tym świadczenia za ich pomocą usług społeczeństwa informacyjnego lub usług nadawania treści. Obejmuje on między innymi: dostęp do elementów sieci i urządzeń towarzyszących, co może się wiązać z podłączeniem urządzeń za pomocą środków stacjonarnych lub niestacjonarnych (w szczególności obejmuje to dostęp do pętli lokalnej oraz urządzeń i usług niezbędnych do obsługi pętli lokalnej); dostęp do infrastruktury fizycznej, w tym budynków, kanałów i masztów; dostęp do odpowiednich systemów oprogramowania, w tym do systemów wsparcia operacyjnego; dostęp do systemów informacyjnych lub baz danych na potrzeby przygotowywania zamówień, dostaw, zamawiania, konserwacji i reklamacji oraz fakturowania; dostęp do translacji numerów lub systemów o równoważnych funkcjach; dostęp do sieci stacjonarnych i ruchomych, w szczególności na potrzeby roamingu; dostęp do systemów warunkowego dostępu na potrzeby usług telewizji cyfrowej oraz dostęp do sieciowych usług wirtualnych;

b) „wzajemne połączenia” oznacza fizyczne i logiczne połączenia pomiędzy publicznymi sieciami łączności użytkowanymi przez jedno i to samo albo inne przedsiębiorstwo, celem umożliwienia użytkownikom jednego przedsiębiorstwa porozumiewania się z użytkownikami tego samego lub innego przedsiębiorstwa albo zapewnienia dostępu do usług innego przedsiębiorstwa. Usługi mogą być świadczone przez powyższe podmioty albo inne podmioty, które mają dostęp do sieci. Wzajemne połączenia stanowią specyficzny rodzaj dostępu realizowanego pomiędzy operatorami sieci publicznych;

W myśl powołanych wyżej definicji nie ulega wątpliwości, że (...) jest podmiotem obowiązany do negocjacji umowy o dostępie w zakresie połączenia sieci zgodnie z ustawą Prawo telekomunikacyjne. Obowiązek ten wynika z obecnie obowiązującego art. 26a Pt stanowiącego, iż „Operator publicznej sieci telekomunikacyjnej jest obowiązany do prowadzenia negocjacji o zawarcie umowy o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci oraz w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, którego obowiązek zapewnienia wynika z nałożonych na tego operatora obowiązków regulacyjnych, na wniosek innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego lub podmiotów, o których mowa w art. 4 pkt 1, 2, 4, 5, 7 i 8, w celu świadczenia publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych oraz zapewnienia interoperacyjności usług”. Postanowienia art. 26a Pt wyraźnie wskazują na rozróżnienie dwóch typów umów o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci oraz w zakresie dostępu telekomunikacyjnego. Zatem dodany zmianą Pt z 2009 r. art. 26a Pt nie pozostawia żadnych wątpliwości interpretacyjnych, co do obowiązku powodowej Spółki prowadzenia negocjacji.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego fakt istnienia ustawowego obowiązku prowadzenia negocjacji, uprawnia Prezesa UKE, w razie nie podjęcia stosownych negocjacji lub nie dojścia do porozumienia, do wydania decyzji administracyjnej. Przedmiotowe uprawnienie Prezesa UKE istnieje niezależnie od tego, czy dany operator został wyznaczony jako podmiot posiadający pozycję dominującą na danym rynku i czy nałożono na niego obowiązki regulacyjne. Twierdzenia, iż samo zobowiązanie do negocjacji nie implikuje uprawnienia Prezesa UKE do wydania decyzji, nie znajduje uzasadnienia. Gdyby tak odczytywać postanowienia przywołanego artykułu, ustawa Prawo

telekomunikacyjne nie przewidywałyby żadnej „sankcji” za brak podjęcia negocjacji pomiędzy operatorami (por. wyrok SA w Warszawie z dn. 26.06.2012 r., sygn. VI ACa 223/12).

Uzasadniając kompetencję Prezesa UKE do rozstrzygnięcia powyższych kwestii spornych w drodze decyzji Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów przeprowadził wyczerpujący i trafny wywód, opierający się tak na przepisach prawa krajowego, jak i dokonujący prowsólnotowej wykładni tych przepisów, odnosząc się do dyrektyw regulujących przedmiotowe kwestie, tj.: dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (dyrektywa o dostępie), dyrektywy 2002/21/WE (dyrektywy ramowa), dyrektywy 2002/22/WE (dyrektywy o usłudze powszechnej). Słusznym jest wniosek, iż treść powołanych w art. 8 ust. 3 tiret 2 dyrektywy o dostępie przepisów: art. 12 oraz 13 dyrektywy 2002/21/WE (dyrektywy ramowej) oraz art. 27, 28 i 30 dyrektywy 2002/22/WE (dyrektywy o usłudze powszechnej) - wskazuje na to, że przepisy te przewidywały możliwość nakładania na operatorów określonych obowiązków, niezależnie od tego jaką pozycję na danym rynku zajmują. Natomiast w przypadku interpretacji, którą proponuje powodowa Spółka, zalecenia zawarte w tych aktach prawa unijnego nie byłyby transponowane do krajowego porządku prawnego, co pozostawałoby w niezgodzie z obowiązkami Państwa Członkowskiego. Chodzi tu przede wszystkim o art. 28 dyrektywy 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (dyrektywa o usłudze powszechnej - Dz.U.UE L z dnia 24 kwietnia 2002 r.), zgodnie z którym „Państwa Członkowskie zapewniają, aby - w przypadku, gdy jest to technicznie i ekonomicznie wykonalne oraz z wyjątkiem sytuacji, gdy wywołujący abonent postanowił ze względów handlowych ograniczyć dostęp stron wywołujących z poszczególnych obszarów geograficznych - odpowiednie krajowe organy podejmowały wszelkie niezbędne kroki w celu zapewnienia, aby użytkownicy końcowi mieli możliwość: a) dostępu we Wspólnocie do usług wykorzystujących numery niegeograficzne oraz możliwość korzystania z takich usług (...)” (art. 28 ust. 1 lit. a dyrektywy o usłudze powszechnej). Z przepisu tego - odczytanego łącznie z art. 4 ust. 1 i art. 8 ust. 3 dyrektywy o dostępie - wynika, że krajowe organy powinny podjąć niezbędne kroki do zapewnienia użytkownikom końcowym dostępu do usług wykorzystujących numery niegeograficzne (co w praktyce będzie oznaczać nałożenie na operatora określonego obowiązku) bez względu na to czy uprzednio dany operator został wskazany jako posiadający znaczącą pozycję na rynku, czy nie. Omawiany art. 28 dyrektywy o usłudze powszechnej został implementowany w polskim ustawodawstwie w treści art. 79 Pt, który stanowi jedną z podstaw prawnych, uwzględnionych przez Prezesa UKE przy wydaniu zaskarżonej decyzji.

W żadnym razie nie można zgodzić się ze stanowiskiem, iż jest to jedynie norma prawa materialnego adresowana do operatorów sieci, nie dająca Prezesowi UKE uprawnienia do władczeo wkraczania w tę sferę. Należy podzielić stanowisko Sądu I instancji, iż przewidziana na mocy art. 27 ust. 2 i art. 28 Pt kompetencja Prezesa UKE do wydania decyzji w zakresie połączenia sieci obejmuje także uprawnienie do wydania decyzji w celu realizacji obowiązku wynikającego z art. 79 Pt. W innym przypadku przepis ten pozostawałby „martwy”. Skoro więc w świetle art. 28 w związku z art. 79 Pt Prezes UKE posiada uprawnienie do wydania decyzji o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci, to zgodnie z art. 30 ust. 1 Pt posiadał w niniejszej sprawie kompetencję do rozstrzygnięcia kwestii dotyczących współpracy oraz zasad rozliczeń z tytułu świadczenia dostępu do usług informacyjnych.

W konsekwencji rozstrzygnięcie zawarte w zaskarżonej decyzji uwzględnia jedynie ustawowy obowiązek (...) określony w przepisie art. 79 ust. 1 Pt. Natomiast przepis art. 28 ust. 1 pkt 2 Pt nie ogranicza obowiązków, jakie powinien uwzględnić Prezes UKE przy podejmowaniu decyzji o dostępie, jedynie do obowiązków regulacyjnych. W tym kontekście trafną jest także ocena Sądu Okręgowego wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-227/07 Komisja Europejska przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej. Z przedmiotowego orzeczenia nie wynika, by nałożenie obowiązku połączenia sieci w myśl art. 5 ust. 1 dyrektywy 2002/19/WE ograniczone było tylko do przypadków, gdy jedna ze stron jest podmiotem o znaczącej pozycji rynkowej i ciąży na niej obowiązek regulacyjny zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego. Trybunał Sprawiedliwości nie uwzględnił skargi Komisji w tym zakresie, z uwagi na zbyt ogólnikowe uzasadnienie zarzutu i niesprostanie rozkładowi ciężaru dowodu. Nie można w konsekwencji uznać, by wątpliwości w przedmiocie zgodności art. 28 Pt z prawem unijnym,

zostały rozstrzygnięte wiążącym sądy krajowe wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W systemie prawa Unii Europejskiej to Trybunał Sprawiedliwości a nie Komisja, ustala znaczenie przepisów prawa unijnego oraz stwierdza naruszenie tego prawa przez Państwa Członkowskie. Samo postawienie Państwu Członkowskiemu odpowiednich zarzutów przez Komisję nie przesądza, że do takiego naruszenia faktycznie doszło. Zatem zarzut sprzeczności art. 28 Pt z przepisami dyrektywy 2002/19/WE nie znajduje dostatecznego uzasadnienia.

Zdaniem Sądu odwoławczego zaskarżona decyzja nie narusza przepisów wymienionych przez skarżącą w pkt I i II zarzutów apelacji.

Przechodząc do oceny następnej grupy zarzutów, tj. związanych z nie przeprowadzeniem postępowania konsolidacyjnego, to w ocenie Sądu Apelacyjnego w realiach rozpoznawanej sprawy, nie zaistniały przesłanki do przeprowadzania postępowania konsolidacyjnego. Słusznie Sąd I instancji odwołał się do punktu 38 preambuły do dyrektywy ramowej. W punkcie tym zdefiniowane są środki, które mogą oddziaływać na handel pomiędzy państwami członkowskimi. Z literalnego brzmienia tego fragmentu preambuły do dyrektywy wynika, iż środki, które mogą oddziaływać na handel pomiędzy Państwami Członkowskimi to „środki, które mogą mieć wpływ pośredni albo bezpośredni, rzeczywisty lub potencjalny, na strukturę wymiany handlowej pomiędzy Państwami Członkowskimi w taki sposób, że będzie to za sobą pociągało bariery w funkcjonowaniu jednolitego rynku. Są to środki, które mają znaczący wpływ na operatorów i użytkowników w innych Państwach Członkowskich, w tym m.in. środki wpływające na cenę dla użytkowników w innych Państwach Członkowskich, środki, które oddziałują na zdolność świadczenia usług w zakresie łączności elektronicznej przedsiębiorstwa mającego siedzibę w innym Państwie Członkowskim oraz w szczególności środki, które oddziałują na zdolność świadczenia usług transgranicznych oraz środki, które oddziałują na strukturę i dostęp do rynku ze skutkiem dla przedsiębiorstw w innych Państwach Członkowskich.” Z powołanej regulacji w sposób jednoznaczny wynika, iż dla stwierdzenia, że dane rozstrzygnięcie ma wpływ na stosunki handlowe między Państwami Członkowskimi w rozumieniu art. 18 Pt, konieczne jest wykazanie, jakie czynniki o tym decydują w każdym konkretnym przypadku. Ponadto, by dany środek uznać za oddziałujący na handel pomiędzy Państwami Członkowskimi, wpływ tego środka na stosunki handlowe między państwami musi być znaczący oraz powinien dotyczyć istotnych aspektów rynku, co wprost wynika z powołanej regulacji punktu 38 preambuły do dyrektywy ramowej. W związku z tym, iż w niniejszej sprawie brak było podstaw do stwierdzenia, iż istnieje potencjalny wpływ rozstrzygnięcia Prezesa UKE na stosunki handlowe między Państwami Członkowskimi, sformułowany w apelacji zarzut nie znajduje uzasadnienia, nie zostały bowiem spełnione przesłanki dla przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego określone w art. 18 Pt.

Ponadto trafną jest argumentacja Sądu Okręgowego odwołująca się do art. 6 k.c. Dodatkowo jedynie wskazać należy, że zamknięcie postępowania administracyjnego zakończonym wydaniem decyzji powoduje, że sprawa dotychczas administracyjna (choćby tylko w ujęciu formalnym) z chwilą wniesienia odwołania staje się sprawą cywilną w rozumieniu art. 1 k.p.c., rozpoznawaną zgodnie z przepisami postępowania cywilnego. Wniesienie odwołania powoduje wszczęcie kontradiktoryjnego postępowania sądowego, bowiem poprzedzające je postępowanie administracyjne warunkuje jedynie dopuszczalność drogi sądowej. Na etapie postępowania sądowego możliwe jest powoływanie innych dowodów, niż zebrane w postępowaniu administracyjnym (uprawnienie to jest jedynie ograniczone zakresem samej decyzji i wniesionego od niej odwołania). Do postępowania w sprawach z zakresu regulacji telekomunikacji i poczty stosuje się - co oczywiste - przepisy ogólne postępowania w sprawach gospodarczych - art. 479⁽¹⁾ § 2 k.p.c. (zaskarżona decyzja została wydana w dacie obowiązywania przepisów o postępowaniu w sprawach gospodarczych). Nie ma żadnych podstaw do wyłączenia w tych sprawach z ich zakresu przepisów ogólnych, w tym art. 479⁽¹²⁾ § 1 k.p.c. określającego wymagania pozwu w zakresie twierdzeń i dowodów. Zgodnie z powołanym przepisem powód obowiązany jest w pozwie podać wszystkie twierdzenia oraz dowody na ich poparcie pod rygorem utraty prawa ich powoływania w toku dalszego postępowania, chyba że wykaże, że ich powołanie w pozwie było niemożliwe albo, że potrzeba ich powołania wynikła później. Zatem powódka już w pozwie (tu w odwołaniu) obowiązana była podać wszystkie twierdzenia oraz dowody na ich poparcie. Powódka kwestionując jeden z istotnych elementów zaskarżonej decyzji, tj. przyjęcie braku wpływu rozstrzygnięcia Prezesa UKE na stosunki handlowe między Państwami Członkowskimi i w związku z tym nie przeprowadzenie

postępowania konsolidacyjnego, powinna była, jak przyjął Sąd I instancji, wykazać, że przeprowadzenie postępowania konsolidacyjnego w realiach sprawy było konieczne. Należało wykazać za pomocą środków dopuszczalnych według przepisów kodeksu postępowania cywilnego jako dowody, że przedmiotowa decyzja mogłaby wywrzeć chociażby potencjalny wpływ na stosunki handlowe Państw Członkowskich. Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego samo twierdzenie nie jest dowodem, a twierdzenie dotyczące istotnej dla sprawy okoliczności (art. 227 k.p.c.) powinno być udowodnione przez stronę zgłaszającą to twierdzenie (art. 232 k.p.c. i art. 6 k.c.) (por. wyrok SN z dn. 22.11.2001 r., I PKN 660/00, Wokanda 2002/7- 9/44). Skarżąca nie zainicjowała postępowania dowodowego w tym kierunku.

W konsekwencji zarzuty apelacji dotyczące tego elementu rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego są nietrafne.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego zarzuty dotyczące powiązania stawek za rozpoczynanie połączenia na numery „niegeograficzne” (...) ze stawką MTR obowiązującą powodową Spółkę na podstawie odrębnych decyzji i rozkład procentowy tych stawek pomiędzy obu operatorów sieci, są nieuzasadnione. Przede wszystkim ustalenie wysokości tej stawki tożsamej z wysokością stawki za zakańczanie połączeń uzasadnione jest wykorzystaniem w obu przypadkach tych samych zasobów sieciowych, generujących takie same koszty. Powódka natomiast nie przedstawiła żadnego dowodu na poparcie prezentowanej przez nią tezy przeciwnej oraz tezy o braku ekonomicznych możliwości operatora dla świadczenia usługi na numery niegeograficzne, jednocześnie zarzucając, iż Sąd Okręgowy nie wyjaśnił tych elementów stanu faktycznego. Zachowują zatem aktualność wyżej przedstawione rozważania dotyczące rozkładu ciężaru dowodu, bez potrzeby ich ponawiania. Wbrew twierdzeniom skarżącej zarówno Prezes UKE, jak i Sąd I instancji uzasadnili, jakimi przesłankami kierowali się wybierając model rozliczeń określony w decyzji. Prezes UKE szczegółowo uzasadnił zarówno rozliczenie połączeń na numer (...), jak i na numery (...) i (...) oraz ekonomiczną zasadność zapewnienia użytkownikom końcowym możliwości świadczenia usług informacyjnych. Powódka – kwestionując ustalenia, iż w przypadku rozpoczęcia połączenia, zaangażowane są te same zasoby sieciowe, co w przypadku zakończenia połączenia – nie wskazuje jednak żadnej konkretnej argumentacji w tym zakresie lub jakiegokolwiek różnicy, która mogłaby uzasadnić stwierdzenie o nieprawidłowości powołanych ustaleń Prezesa UKE oraz Sądu Okręgowego. W tym miejscu należy także zwrócić uwagę, że przyjęty sposób rozliczeń jest zgodny ze stawką, która obowiązuje powódkę w analogicznej relacji z (...) S.A. oraz pozostaje w zgodzie z propozycją skarżącej złożoną (...) S.A. w toku negocjacji. Ponadto słusznie zostało przyjęte, iż w braku zastosowania przedmiotowego powiązania opłat z tytułu realizacji usług (...) ze stawką MTR, doszłoby do sytuacji, w której każdorazowa obniżka stawek MTR angażowałaby strony w długie i kosztowne negocjacje, które w praktyce kończyłyby się brakiem porozumienia stron i kolejnym rozstrzygnięciem Prezesa UKE. W świetle powyższego, zarzuty dotyczące ustalenia przez organ regulacyjny warunków rozliczeń stron w sposób prowadzący do naruszenia zasad konkurencji i dyskryminujący (...) są bezpodstawne, a sformułowane w apelacji zarzuty naruszenia prawa materialnego i procesowego dotyczące ustalenia warunków rozliczeń stron są chybione.

Ostatni z zarzutów, tj. naruszenia przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów art. 328 § 2 k.p.c. również nie jest trafny. Argumentacja Sądu I instancji zarówno w sferze faktycznej, jak i prawnej jest tak szczegółowa i wyczerpująca, iż brak jakichkolwiek podstaw do stawiania tego rodzaju zarzutu apelacyjnego. Należy również podnieść, że zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. może okazać się skuteczny jedynie wówczas, gdy uzasadnienie zaskarżonego wyroku posiada tak istotne braki konstrukcyjne i/lub wadliwości, że nie jest możliwa instancyjna kontrola orzeczenia. W ocenie Sądu Apelacyjnego uzasadnienie Sądu I instancji takich braków czy wadliwości nie posiada.

Mając na uwadze powyższe Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. orzekł jak w sentencji, o kosztach procesu rozstrzygając stosownie do treści art. 98 § 1 i 3 i art. 99 k.p.c.