

Sygn. akt VIA Ca 1229/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 marca 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA– Krzysztof Tucharz

Sędzia SA– Agata Wolkenberg (spr.)

Sędzia SA – Aldona Wapińska

Protokolant– sekr. sąd. Agnieszka Janik

po rozpoznaniu w dniu 21 marca 2013 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) S.A. w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

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

o zmianę umowy

na skutek apelacji pozwanego i zainteresowanego

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

z dnia 5 czerwca 2012 r., sygn. akt XVII AmT 204/09

I oddala obie apelacje;

II zasądza od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej i (...) Sp. z o.o. w W. na rzecz (...) S.A. w W. kwoty po 180 zł (sto osiemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI ACa 1229/12

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 29.06.2009r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, działając na podstawie art. 29 ustawy z 16.07.2004r. Prawo telekomunikacyjne oraz art. 104 kpa w zw. z art. 206 ust 1 Pt zmienił postanowienia umowy o połączeniu sieci z dnia 20.07.2006r. pomiędzy (...) sp. z oo w W. i (...) S.A. w W. w zakresie dostosowania stawek rozliczeniowych za zakończenie połączeń w ruchomej sieci telefonicznej (...) (stawka MTR) do poziomu określonego w decyzji Prezesa URE z 22.10.2008r.(znak (...)), zwaną decyzją MTR. Zmiana wprowadzona przez Prezesa UKE dotyczyła Załącznika Finansowego do umowy łączącej (...) i (...), do którego w Rozdziale 2 w § 2 ust 1 dodano:

- punkt a 1) – opłata na rzecz (...) uiszczona przez (...) za minutę połączenia przychodzącego z sieci telekomunikacyjnej (...) i zakończonego w sieci ruchomej (...) od dnia 22.07.2009r. wynosi 0,1677 zł/min w okresach taryfikacyjnych T1, T2, T3;

- punkt a 2) – od dnia 22.07.2009r. nie stosuje się opłat określonych w § 2 ust 1 pkt a (opłata na rzecz (...) wnoszona przez (...) za minutę połączenia przychodzącego z sieci telekomunikacyjnej (...) i zakańczanego w sieci ruchomej (...)). Jeżeli jakiegokolwiek postanowienia Umowy odnoszą się do opłat określonych w §2 ust 1 pkt a(...) od dnia 22.07.2009r. postanowienia te należy odnosić wyłącznie do opłaty określonej w §2 ust 1 pkt a1(...). Decyzji nadano rygor natychmiastowej wykonalności.

(...) S.A. złożyła odwołanie od tej decyzji, zaskarżając ją w całości i zarzucając naruszenie:

- art. 3 ust 2 i 3 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7.03.2002r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej w zw. z art. 146 ust 4 pkt 4, art. 148 pkt 2 i 7 Konstytucji RP, art. 37 ust 3 ustawy z dnia 8.08.1996r. o Radzie Ministrów i art. 190 ust 4 Pt poprzez przyjęcie, że Prezes UKE spełnił kryteria niezależnego organu regulacyjnego;

- art. 29 Pt poprzez wszczęcie z urzędu postępowania zakończonego wydaniem zaskarżonej decyzji;

- art. 28 ust 1 pkt 1 Pt w zw. z art. 30 Pt poprzez przyjęcie, że obniżenie stawek MTR jest uzasadnione interesem użytkowników sieci telekomunikacyjnych;

- art. 28 ust 1 pkt 2 Pt w zw. z art. 30 Pt poprzez uwzględnienie jedynie obowiązków nałożonych na (...), art. 28 ust 1 pkt 3, pkt 4, pkt 5 lit a oraz 5 lit b w zw. z art. 30 Pt poprzez wydanie decyzji bez analizy wszystkich kryteriów;

- art. 15 pkt 3 Pt i art. 16 ust 1 Pt poprzez udostępnienie do konsultacji projektu decyzji o węższym zakresie rozstrzygnięcia niż zawarty w zaskarżonej decyzji;

- art. 18 Pt w zw. z art. 15 pkt 3 Pt poprzez wydanie decyzji bez uprzedniego przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego.

W rezultacie powód wnosił o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości ewentualnie o zmianę decyzji w pkt 1 w sposób przedstawiony w odwołaniu.

Pozwany Prezes UKE oraz zainteresowany (...) spółka z oo wnosili o oddalenie odwołania.

Sąd Okręgowy w Warszawie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrokiem z 5.05.2012r. uchylił zaskarżoną decyzję w całości i zasądził od Prezesa UKE na rzecz (...) S.A. w W. kwotę 820 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania.

Rozstrzygnięcie to oparł na następujących ustaleniach i rozważaniach:

Decyzją z 17.07.2006r. Prezes UKE ustalił, że na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...), zgodnym z obszarem sieci, w której następuje zakończenie połączenia nie występuje skuteczna konkurencja oraz wyznaczył (...) jako przedsiębiorcę zajmującego pozycję znaczącą na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w sieci telefonicznej (...), zgodnym z obszarem sieci, w której następuje zakończenie połączenia i nałożył na (...) obowiązki regulacyjne. (...), wykonując nałożone decyzją (...) obowiązki regulacyjne, opublikowała w dniu 25.09.2006r. informacje niezbędne do przygotowania przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego wniosku w sprawie zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego przez (...), w tym dotyczące wysokości opłaty za minutę zakończenia połączenia w sieci ruchomej (...). Stawka tej opłaty została przez (...) obniżona w celu realizacji obowiązku regulacyjnego, polegającego na stosowaniu stawek MTR w oparciu o wysokość ponoszonych przez operatora kosztów. Uzasadnienie ustalonej stawki MTR przekazano Prezesowi UKE, który wszczął z urzędu postępowanie administracyjne w przedmiocie oceny prawidłowości ustalenia przez (...) tej stawki, a następnie decyzją z 26.04.2007r. (decyzja MTR 2007), nałożył na (...) obowiązek obniżenia w terminie 3 lat stawki MTR według ustalonego harmonogramu.

Na skutek wniosku (...) o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej wydaniem decyzji MTR 2007, Prezes UKE wydał w dniu 26.11.2007r. decyzję utrzymującą decyzję MTR 2007, od której (...) wniosła odwołanie do SOKiK.

Po przeprowadzeniu wszczętego z urzędu postępowania, Prezes UKE wydał w dniu 22.10.2008r. decyzję MTR 2008, którą nałożył na (...) obowiązki:

- dostosowania stawki z tytułu zakańczania połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...) (stawki MTR) do poziomu określonego według harmonogramu tj. od 1.01.2009r. do 30.06.2009r. – 0,2162 zł/min i od 1.07.2009r. – 0,1677 zł/min;

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

W dniu 30.12.2009r. Prezes UKE wydał decyzję, w której stwierdził wygaśnięcie decyzji MTR 2007. Po rozpatrzeniu wniosku (...) z dnia 30.12.2008r., Prezes UKE wydał w dniu 29.01.2009r., na podstawie art. 28 ust 1 w zw. z art. 30 Pt decyzję, w której zmienił postanowienia umowy (...) z (...) w zakresie stawki MTR zgodnie z decyzją MTR 2008 i określił termin jej obowiązywania do dnia 21.07.2009r.

W związku z tym, że (...) i (...) nie doszły do porozumienia w zakresie wysokości stawki MTR od dnia 22.07.2009r., Prezes UKE wszczął z urzędu w dniu 2.02.2009r., postępowanie administracyjne o wydanie decyzji zmieniającej umowę między (...) i (...) w zakresie stawki MTR po dniu 21.07.2009r. W okresie od 23.04.2009r. do 23.05.2009r. Prezes UKE przeprowadził postępowanie konsultacyjne. W ramach tego postępowania (...) zaproponowała stawkę MTR na poziomie 0,2162 zł/min oraz przedstawiła kalkulację swoich kosztów. Prezes UKE stwierdził, że stawka ta jest niezgodna z Decyzją MTR 2008 i wydał zaskarżoną decyzję, w której zmienił umowę między powodem i zainteresowanym poprzez dostosowanie jej do Decyzji MTR 2008.

W dniu 10.05.2010r. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił Decyzję MTR 2008 po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez (...) a wyrokiem z 10.11.2010r., Sąd Apelacyjny w Warszawie, oddalił apelację od tego rozstrzygnięcia. W efekcie wyrok eliminujący Decyzję MTR 2008 stał się prawomocny.

Sąd Okręgowy zważył, że Decyzja MTR 2008, którą Prezes UKE nałożył na (...) określone obowiązki, miała charakter regulacyjny i generalny. Stanowiła ona podstawę do wydania decyzji indywidualnych kształtujących wysokość stawki MTR w stosunkach (...) z poszczególnymi operatorami. Zaskarżona w tym postępowaniu decyzja została wydana w oparciu o Decyzję MTR 2008 i jest bezpośrednio z tą decyzją związana. Sąd Okręgowy przyznał również, że funkcjonowanie w obrocie nieprawomocnej decyzji MTR 2008 legitymowało Prezesa UKE do wydania decyzji indywidualnie kształtujących stawkę MTR w umowach (...) z innymi operatorami. W ocenie Sądu I instancji jednak, oddalenie przez Sąd Apelacyjny apelacji Prezesa UKE od wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 10.05.2010r. uchylającego decyzję MTR 2008, skutkuje prawomocnym usunięciem tej decyzji z obrotu ze skutkiem wstecznym ex tunc. Zaskarżona decyzja była wydana w oparciu o Decyzję MTR 2008 w celu dostosowania Umowy o Połączeniu Sieci łączącej (...) z (...) w zakresie stawki (...) i wyeliminowanie Decyzji MTR 2008 nie pozostaje bez wpływu na przedmiotową decyzję. Skoro została ona uchylona, odpadła również jedna z określonych w art. 28 ust 1 Pt przesłanek stanowiących podstawę do wydania zaskarżonej decyzji.

Sąd Okręgowy wskazał również, że (...) jest przedsiębiorcą posiadającym znaczącą pozycję rynkową na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (decyzja (...)) i ciąży na nim obowiązek wynikający z art. 40 Pt ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty. Realizując ten obowiązek, (...) przedstawiła Prezesowi UKE wysokość stawki MTR wraz z uzasadnieniem, a Prezes UKE stawki tej nie zaakceptował i wydał decyzję MTR 2008 ustalającą wysokość stawki oraz harmonogram jej wprowadzenia.

Wyeliminowanie decyzji MTR 2008 nie zdejmuje z (...) obowiązku wynikającego z art. 40 Pt jednak prowadzi do wniosku, że dalsze funkcjonowanie w obrocie zaskarżonej decyzji, wydanej na podstawie i w celu realizacji Decyzji MTR 2008, jest niemożliwe i bezpodstawne. Wydając zaskarżoną decyzję Prezes UKE opierał się na ustaleniach

poprzedzających wydanie decyzji MTR 2008. Wobec prawomocnego uchylenia tej decyzji poczynione w związku z nią ustalenia przestały również obowiązywać.

Sąd Okręgowy ponadto stwierdził, że bez przeprowadzenia stosownej analizy ponoszonych przez (...) kosztów świadczenia usługi MTR nie można przyjąć a priori stawki MTR określonej uprzednio przez Prezesa UKE w uchylonej ze skutkiem ex tunc decyzji MTR 2008. Z materiału dowodowego nie wynika, że przy wydawaniu zaskarżonej decyzji, Prezes UKE przeprowadził analizę kosztów świadczenia usługi MTR w ramach realizacji umowy zawartej z (...). Brak ustaleń w tym zakresie prowadzi zdaniem Sądu I instancji do wniosku, że przyjęta w decyzji stawka MTR nie została oparta na ponoszonych przez (...) kosztach, a więc nie można wykluczyć, że została ustalona z naruszeniem obowiązku wynikającego z art. 40 ust 1 Pt. Utrzymywanie stawki MTR w wysokości nie znajdującej uzasadnienia w rzeczywistych kosztach, sztucznie zaniżonej, prowadzi do zatarcia prawdziwego obrazu konkurencyjności na rynku telekomunikacyjnym, efektem czego byłoby pogłębienie zagrożenia konkurencyjności. Sąd Okręgowy zgodził się więc z zarzutem odwołania dotyczącym wydania decyzji bez uwzględnienia wszystkich kryteriów, których analiza musi poprzedzać wydanie przez Prezesa UKE decyzji. Nawet jeśli wydanie zaskarżonej decyzji byłoby uzasadnione spełnieniem innych wymienionych w art. 28 ust 1 Pt kryteriów, to jednak niespełnienie kryterium realizacji obowiązków nałożonych na (...), jako operatora o znaczącej pozycji rynkowej oraz kryterium rozwoju konkurencyjnego rynku telekomunikacyjnego, co wiąże się z brakiem działania w interesie publicznym, musi skutkować uznaniem, że zaskarżona decyzja jest nieprawidłowa i zasługuje na uchylenie zgodnie z żądaniem odwołania. W tej sytuacji również rozpoznawanie pozostałych zarzutów odwołania nie było w ocenie Sądu Okręgowego konieczne.

Sąd I instancji nie podzielił poglądu Prezesa UKE o możliwości skorzystania przez powoda z instytucji wznowienia postępowania administracyjnego w trybie art. 145 § 1 kpa w przypadku prawomocnego uchylenia Decyzji MTR 2008 uznając, że oddalenie odwołania narażałoby (...) na konieczność prowadzenia dalszego, długotrwałego, uciążliwego i nieuzasadnionego ekonomicznie postępowania. Sąd Okręgowy wskazał również, że choć przedmiotem tego postępowania była decyzja niezależnie funkcjonująca w obrocie prawnym, zmieniająca umowę o połączeniu sieci zawartą przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych, wydana w okresie obowiązywania Decyzji MTR 2008, a w odwołaniu powód nie przedstawił zarzutu wadliwości stawki MTR wprowadzonej zaskarżoną decyzją do umowy (...) z (...), to jednak w zaskarżonej decyzji wyraźnie stwierdzono, że określone w niej stawki prowadzą do dostosowania zasad rozliczeń między stronami do stanu prawnego określonego w Decyzji MTR 2008. Okoliczność, że (...) nie kwestionował wysokości stawki określonej w zaskarżonej decyzji nie oznacza, że ją akceptował. Świadczy o tym fakt zaskarżenia decyzji MTR 2008, w której stawka MTR została ustalona w sposób generalny. Z kolei uchylenie decyzji MTR 2008 z przyczyn proceduralnych nie oznacza również, że sama wysokość stawki MTR była zgodna z art. 40 ust 1 Pt. Prezes UKE nie przeprowadził przy wydawaniu zaskarżonej decyzji odrębnego badania celem sprawdzenia zgodności przyjętej stawki MTR z art. 40 ust 1 Pt, więc podnoszenie przez pozwanego zarzutu wydania decyzji na podstawie art. 29 Pt nie ma, w ocenie Sądu Okręgowego, również znaczenia w sprawie zaś pogląd Prezesa UKE, że wyeliminowanie z obrotu Decyzji MTR 2008 nie ma wpływu na zaskarżoną decyzję, ponieważ ustalona w niej stawka znajduje podstawę obowiązywania w art. 40 Pt, jest nieuprawniony. Sąd I instancji podkreślił również, że Prezes UKE uwzględnił w zaskarżonej decyzji jedynie wybrane kryteria wymienione w art. 28 ust 1 Pt. Z akt nie wynika, aby wydając zaskarżoną decyzję, Prezes UKE uwzględnił kryterium praktycznej możliwości wdrożenia rozwiązań dotyczących ekonomicznych oraz technicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego.

Powyższy wyrok apelacją zaskarżyli pozwany Prezes UKE oraz zainteresowany (...) spółka z o.o. w W..

W apelacji Prezesa UKE zarzucono:

- naruszenie art. 479 (64)§ 1 kpc poprzez jego niezastosowanie w sytuacji gdy odwołanie nie zawierało zarzutów uzasadniających jego uwzględnienie oraz gdy istniała podstawa prawna do wydania decyzji oraz art. 479 (64) § 2 kpc poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na uchyleniu zaskarżonej decyzji gdy nie było ku temu przesłanek oraz na wadliwym działaniu SOKiK-u, rozstrzygającym jedynie formalnie zamiast merytorycznie;

- art. 233 §1 kpc poprzez błędną ocenę zgromadzonego materiału dowodowego, błędne ustalenie stanu faktycznego i przyjęcie, że uchylenie Decyzji MTR 2008 miało skutek ex tunc a nie ex nunc;

- art. 233 § 1 kpc oraz art. 16 kpa, 110 kpa i art. 145 § 1 pkt 8 kpa poprzez błędne uznanie, że prawomocne usunięcie z obrotu prawnego Decyzji MTR 2008 skutkowało koniecznością uchylenia zaskarżonej decyzji;

- art. 28 ust 1 Prawa telekomunikacyjnego poprzez błędne uznanie, że uchylenie decyzji MTR 2008 skutkowało tym, że odpadła jedna z przesłanek do wydania zaskarżonej decyzji.

Wskazując powyższe zarzuty skarżący Prezes UKE wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Zainteresowany (...) spółka z o.o. w W. w swojej apelacji zarzucił naruszenie:

- art. 28 ust 1 pkt 2 w zw. z art. 28 ust 1 pkt 6 Prawa telekomunikacyjnego poprzez brak analizy kryteriów obowiązków nałożonych na powoda i zainteresowanego, których dotyczyła decyzja Prezesa UKE czego skutkiem było wadliwe przyjęcie, że stawka MTR w zaskarżonej decyzji nie znajduje uzasadnienia w rzeczywistych kosztach usługi zakańczania połączenia świadczonej przez powoda, jest sztucznie zaniżona i prowadzi do zatarcia prawdziwego obrazu konkurencyjności na rynku telekomunikacyjnym;

- art. 28 ust 1 pkt 5 c w zw. z art. 28 ust 1 pkt 7 Prawa telekomunikacyjnego poprzez brak analizy kryteriów zapewnienia rozwoju konkurencyjności rynku usług telekomunikacyjnych i interesu publicznego;

- art. 28 ust 1 pkt 1 Prawa telekomunikacyjnego poprzez brak analizy kryterium interesu użytkowników sieci telekomunikacyjnych i pominięcie okoliczności, że brak dobrowolnego wykonywania przez powoda obowiązków regulacyjnych w zakresie stosowania stawki MTR w wysokości zgodnej z nałożonymi obowiązkami regulacyjnymi skutkuje bezpośrednim zagrożeniem interesu użytkowników;

- art. 29 Prawa telekomunikacyjnego poprzez jego niezastosowanie i pominięcie okoliczności, że interwencja Prezesa UKE w postaci wydania decyzji spowodowana była koniecznością zapewnienia ochrony interesów użytkowników końcowych i potrzebą zapewnienia skutecznej konkurencji;

- art. 40 ust 1 Prawa telekomunikacyjnego poprzez jego wadliwe zastosowanie i błędne przyjęcie, że Prezes UKE przy wydawaniu decyzji miał obowiązek przeprowadzenia postępowania celem ustalenia jaka jest wysokość kosztów zakańczania połączenia w sieci powoda w ramach realizacji umowy o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci między powodem a zainteresowanym;

- art. 1 ust 2 w zw. z art. 189 ust 2 Prawa telekomunikacyjnego poprzez jego niezastosowanie oraz brak analizy szczegółowego zakresu uprawnień Prezesa UKE i pominięcie okoliczności, że decyzja Prezesa UKE stanowiła jeden z elementów jego polityki regulacyjnej;

- art. 479(64) § 2 kpc poprzez uchylenie zaskarżonej decyzji w oparciu jedynie o stwierdzoną przez Sąd przesłankę formalną bez merytorycznego rozpoznania sprawy;

- art. 224 § 1 kpc w zw. z art. 227 kpc poprzez nie przeprowadzenie dowodów mających istotne znaczenie, m.in. decyzji Prezesa UKE z 19.07.2006r. (decyzji (...));

- art. 228 § 2 kpc poprzez oddalenie wszystkich złożonych przez strony wniosków dowodowych jako dotyczących faktów wzajemnie przez strony znanych i niekwestionowanych lub znanych sądowi z urzędu;

- art. 233 §1 kpc poprzez brak dokonania wszechstronnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego i przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów.

Wskazując na te zarzuty skarżący (...) wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie odwołania, zaś w przypadku nie uwzględnienia powyższego wniosku, a w szczególności przyjęcie, że zachodzi konieczność przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości lub że Sąd I instancji nie rozpoznał istoty sprawy, wnosił o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji oraz zasądzenie kosztów postępowania.

Powód wnosił o oddalenie obu apelacji i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Obie apelacje nie mogą być uwzględnione.

Na wstępie niniejszych rozważań podkreślić należy, że rozstrzygnięcie Sądu I instancji uchylające zaskarżoną decyzję Prezesa UKE oparte zostało przede wszystkim na następujących przesłankach: 1) wpływu Decyzji MTR 2008 na zaskarżoną decyzję w zakresie dostosowania stawek MTR, a w związku z prawomocnym uchyleniem Decyzji MTR 2008, stwierdzenie tym samym odpadnięcia przesłanki wydania zaskarżonej w odwołaniu powoda decyzji z 29.06.2009r.; 2) przyjęciu, że prawomocne uchylenie Decyzji MTR 2008 ma skutek *ex tunc* a nie *ex nunc*. Powyższe ma istotne znaczenie dla oceny zasadności zarzutów obu apelacji, a przede wszystkim apelacji zainteresowanego, która oprócz kwestionowania zaprezentowanego wcześniej stanowiska Sądu I instancji, odnosiły się również do kwestii w istocie nie będących przedmiotem jego ustaleń lub też dotyczyły rozważań tego Sądu, poczynionych jedynie fragmentarycznie, niejako na marginesie podstawowej przyczyny uchylenia zaskarżonej decyzji.

Nie są uzasadnione zarzuty obu apelacji w zakresie naruszenia art. 233 §1 kpc oraz art. 479(64)§ 1 kpc, polegającego na uchyleniu zaskarżonej decyzji podczas gdy nie było ku temu przesłanek oraz wadliwym przyjęciu, że uchylenie Decyzji MTR 2008 po wydaniu zaskarżonej decyzji miało skutek *ex tunc*, co skutkowało również koniecznością jej uchylenia.

Sąd Apelacyjny w tym składzie podziela stanowisko Sądu Okręgowego i innych składów Sądu Apelacyjnego rozstrzygających w podobnych sprawach (VI ACa 1385/11, VI ACa 1017/12), w świetle którego, prawomocne uchylenie decyzji MTR 2008 wywiera skutek *ex tunc*. Oznacza to, że każda decyzja wydana w oparciu o tę decyzję, tak jak to ma miejsce również w sprawie niniejszej, musi być uznana za decyzję podjętą bez podstawy prawnej a w konsekwencji podlega uchyleniu.

Pogląd ten znajduje swoje uzasadnienie w odrębności rozstrzygnięć wydawanych w ramach dwóch różnych postępowań – administracyjnym i cywilnym oraz braku możliwości stwierdzenia przez sąd powszechny nieważności decyzji administracyjnej. W postępowaniu administracyjnym rozróżnia się konsekwencje prawne wadliwości decyzji administracyjnych w zależności od ciężaru naruszenia prawa poprzez zastosowanie dwóch sankcji - sankcji wzruszalności i sankcji nieważności. Sankcja wzruszalności przerywa zdolność wywoływania skutków prawnych wywołanych wadliwą decyzją od momentu wejścia do obrotu decyzji uchylającej wadliwą decyzję, czyli na przyszłość (*ex nunc*) natomiast sankcja nieważności oznacza pozbawienie mocy skutków prawnych wywołanych przez wadliwą decyzję od samego początku (*ex tunc*). W postępowaniu administracyjnym rozróżnienie pomiędzy uchyleniem decyzji a stwierdzeniem jej nieważności ma miejsce zarówno gdy chodzi o skutki tych rozstrzygnięć, jak i tryb ich podejmowania. Uchylenie decyzji administracyjnej powoduje skutek *ex nunc*, natomiast stwierdzenie jej nieważności na podstawie przesłanek wskazanych w art. 156§ 1 kpa, powoduje skutek *ex tunc*. Powoływany w obu apelacjach przepis art. 145 § 1 pkt 8 kpa dotyczy możliwości wznowienia postępowania administracyjnego jedynie w przypadku uchylenia decyzji a nie stwierdzenia jej nieważności. Innymi słowy, stwierdzenie nieważności decyzji, w oparciu o którą wydano inną, przedmiotowo zależną decyzję, może stanowić podstawę do stwierdzenia nieważności decyzji zależnej a nie do wznowienia postępowania na podstawie art. 145 § 1 pkt 8 kpa (por. uchwała 7 sędziów NSA z 13.11.2012r., I OPS 2/12, LEX nr 1225395).

Nie można wprost porównywać skutków decyzji uchylanych przez sąd powszechny w ramach postępowania z odwołania od decyzji Prezesa UKE przy zastosowaniu przepisów kodeksu postępowania cywilnego z decyzjami

uchylanymi w postępowaniu administracyjnym toczącym się według zasad postępowania administracyjnego. Zgodnie z akceptowanym również przez Sąd Apelacyjny w tym składzie poglądem, Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest uprawniony do wydania wyroku, w którym decyzję Prezesa organu regulacyjnego może uchylić w całości w drodze orzeczenia kasatoryjnego m.in. wtedy, gdy jej wydanie nastąpiło bez podstawy prawnej lub z rażącym naruszeniem prawa materialnego oraz gdy dotyczy sprawy już poprzednio rozstrzygniętej inną decyzją ostateczną lub gdy została ona skierowana do podmiotu nie będącego stroną w sprawie. Wskazane przesłanki uchylenia decyzji przez SOKiK są w zasadzie identyczne z tymi, które stanowią podstawę stwierdzenia nieważności decyzji administracyjnej na podstawie art. 156 § 1 kpa, który stanowi, że organ administracji stwierdza nieważność decyzji, która wydana została m.in. bez podstawy prawnej lub z rażącym naruszeniem prawa, dotyczy sprawy już uprzednio rozstrzygniętej decyzją ostateczną, została skierowana do osoby nie będącej stroną w sprawie, zawiera wadę powodującą jej nieważność z mocy prawa. SOKiK, w świetle przepisów procedury cywilnej, nie ma jednak możliwości stwierdzenia nieważności decyzji a jedynie, jak wcześniej zaznaczono, może ją uchylić. Uchylenie przez SOKiK decyzji administracyjnej nie powoduje przekazania sprawy Prezesowi organu regulacyjnego (w tym przypadku UKE) do ponownego rozpoznania.

W tym stanie rzeczy należy przyjąć, że prawomocne uchylenie przez sądy powszechne decyzji MTR 2008 z powodu nieprzeprowadzenia postępowania konsultacyjnego(okoliczność bezsporna) oznacza pozbawienie mocy skutków prawnych wywołanych przez tę wadliwą decyzję od samego początku (ex tunc), nawet jeśli data jej podjęcia wyprzedza orzeczenie sądu uchylające Decyzję MTR 2008.

Sąd I instancji słusznie też zauważył, że Prezes UKE nie prowadził odrębnej analizy ponoszonych przez (...) S.A. kosztów świadczenia usługi MTR, opierając się na ustaleniach poczynionych przy wydaniu Decyzji MTR 2008 oraz przyjmując wprost w zaskarżonej decyzji stawkę określoną w Decyzji MTR 2008. Decyzja MTR 2008, co należy również podkreślić, nie była decyzją ostateczną, a jej funkcjonowanie w obrocie wynikało z nadania jej rygoru natychmiastowej wykonalności. Zasadnie Sąd Okręgowy uznał, że wyeliminowanie Decyzji MTR 2008 prowadzi do wniosku, że dalsze funkcjonowanie w obrocie zaskarżonej decyzji z 29.06.2009r., wydanej na podstawie i w celu realizacji Decyzji MTR 2008, jest bezpodstawne.

Wbrew zarzutom obu apelacji niemożliwe jest również wydanie w tej sprawie merytorycznego rozstrzygnięcia zmieniającego zaskarżoną decyzję, a tym samym nie zasługują na uwzględnienie odnoszące się do tej kwestii zarzuty naruszenia prawa procesowego (art. 479 (64)§ 1 kpc, art. 233 § 1 kpc oraz wskazanych w apelacjach przepisów prawa materialnego. Przedmiotem postępowania sądowego wszczętego na skutek odwołania jest rozstrzygnięcie sporu pomiędzy przedsiębiorcą a regulatorem w zakresie określonym w odwołaniu. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów weryfikuje zasadność zarzutów sformułowanych w odwołaniu ale nie ma kompetencji przysługujących wyłącznie regulatorowi (np. nie może przeprowadzić postępowania konsultacyjnego w trybie art. 15 Pt lub konsolidacyjnego w trybie art. 18 Pt, które to czynności powinny być podjęte przez Prezesa UKE w toku postępowania administracyjnego przed wydaniem decyzji). Poza tym w sytuacji, gdy podstawą wydania zaskarżonej decyzji administracyjnej była inna decyzja, którą prawomocnie uchylono w postępowaniu sądowym, nie byłoby uzasadnione rozważanie pozostałych zarzutów odwołania jak również dokonywanie przez SOKiK własnej, odrębnej analizy wszystkich kryteriów wynikających z art. 28 ust 1 Pt. Sąd I instancji zresztą takiej analizy nie przeprowadzał, o czym była mowa na wstępie, choć przyznać trzeba, że krytycznie odniósł się do uwzględnienia przez Prezesa UKE w zaskarżonej decyzji, jedynie wybranych kryteriów wymienionych w tym przepisie. Również ubocznie tylko, Sąd ten zauważył, że w związku z podstawą uchylenia Decyzji MTR 2008 (niewyczerpanie postępowania konsultacyjnego) nie zostało przesądzone, że sama wysokość stawki MTR, ustalona w tej Decyzji, była zgodna z art. 40 ust 1 Pt. W ocenie Sądu I instancji, bez przeprowadzenia stosownej analizy ponoszonych przez (...) kosztów świadczenia usługi MTR, nie można przyjąć a priori stawki MTR określonej uprzednio przez Prezesa UKE w uchylonej ze skutkiem ex tunc Decyzji MTR 2008. Ponieważ w ocenie Sądu I instancji, z zebranego w sprawie materiału dowodowego nie wynikało, aby przy wydawaniu zaskarżonej decyzji Prezes UKE przeprowadził analizę kosztów świadczenia usługi MTR w ramach realizacji Umowy zawartej z (...), Sąd Okręgowy wysnuł wniosek, że przyjęta w decyzji stawka MTR nie została oparta na ponoszonych przez (...) kosztach, a więc nie można wykluczyć, że została ustalona z naruszeniem obowiązku wynikającego z art. 40 ust 1 Pt. Jednakże wobec uchylenia Decyzji MTR 2008, nakładającej na (...)

obowiązek stosowania stawki, w innej, niż proponowana przez (...) stawce, wydanie na jej podstawie decyzji, w ocenie Sądu, nie było możliwe. Uwaga Sądu I instancji, co do braku podstaw do utrzymywania stawki MTR w wysokości nie znajdującej uzasadnienia w rzeczywistych kosztach, sztucznie zaniżonej, prowadzącej do zatarcia prawdziwego obrazu konkurencyjności na rynku telekomunikacyjnym, miała charakter ogólny i nie odnosiła się do realiów tej sprawy. Sąd Okręgowy żadnych własnych ustaleń co do zasadności i zgodności stawki MTR z art. 40 ust 1 Pt w tej sprawie nie czynił. Chybione są w tej sytuacji zarzuty apelacji zainteresowanego odnośnie naruszenia art. 233 § 1 kpc oraz art. 28 ust 1 Pt i art. 40 ust 1 Pt w zakresie podniesionych wyżej kwestii.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny oddalił obie apelacje na podstawie art. 385 kpc. O kosztach postępowania apelacyjnego rozstrzygnięto stosownie do wyniku procesu na podstawie art. 98 kpc.