

Sygn. akt VI ACa 1112/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 lipca 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA Agata Zając

Sędziowie: SA Aldona Wapińska

SO (del) Marcin Łochowski (spr.)

Protokolant: Izabela Nowak

po rozpoznaniu w dniu 14 lipca 2015 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

przy udziale zainteresowanego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

o zmianę umowy

na skutek apelacji powoda

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

z dnia 25 kwietnia 2014 r.

sygn. akt XVII AmT 25/12

I. oddala apelację;

II. zasądza od (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W. na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej i (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. kwoty po 270 zł (dwieście siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI ACa 1112/14

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej decyzją z dnia 9 sierpnia 2011 r. nr (...) zmienił postanowienia decyzji z dnia 16 kwietnia 2008 r. w zakresie rozliczeń za ruch telekomunikacyjny pomiędzy (...) S.A. w W. i (...) S.A. w W., w ten sposób, że:

1) w Załączniku Finansowym w Rozdziale 2 „Zasady rozliczeń za ruch telekomunikacyjny” w postanowieniu § 2 ust. 1 po pkt 2. dodał pkt 2a. w brzmieniu: „Oplata wnoszona na rzecz (...) przez (...) za minutę połączenia przychodzącego z sieci telekomunikacyjnej (...) i zakańczanego w sieci ruchomej (...) wynosi, niezależnie od okresu taryfikacyjnego, 100% opłaty określonej w Rozdziale 2 § 2 ust. 1 pkt 3a. Załącznika Finansowego do Decyzji z dnia 16 kwietnia 2008 r. W przypadku zmiany wysokości opłat wnoszonych na rzecz (...) za minutę połączenia zakańczanego w sieci ruchomej (...), zobowiązuje się strony do dokonania odpowiedniej zmiany obowiązujących stawek za zakańczanie połączeń w

sieci (...), nie później niż w dniu wprowadzenia w życie na podstawie odpowiednich decyzji Prezesa UKE lub umów nowych opłat za minutę połączenia zakańczanego w sieci ruchomej (...), bez konieczności zmiany niniejszej decyzji lub Decyzji z dnia 16 kwietnia 2008 r.”;

2) w Załączniku Finansowym w Rozdziale 2 „Zasady rozliczeń za ruch telekomunikacyjny” w postanowieniu § 2 ust. 1 po pkt 2a. dodał pkt 2b. w brzmieniu: „Nie stosuje się opłat określonych w ust. 1 pkt 2. (opłata na rzecz (...) wnoszona przez (...) za minutę połączenia przychodzącego z sieci (...), w tym z sieci ruchomej (...) i z sieci (...) oraz sieci stacjonarnej (...) i zakańczanego w sieci (...)). Jeżeli jakiegokolwiek postanowienia Decyzji z dnia 16 kwietnia 2008 r. odnoszą się do opłat określonych w ust. 1 pkt 2. (opłata na rzecz (...) wnoszona przez (...) za minutę połączenia przychodzącego z sieci (...), w tym sieci ruchomej (...) i sieci (...) oraz sieci stacjonarnej (...) i zakańczanego w sieci (...)) postanowienia te należy odnosić wyłącznie do odpowiednich opłat określonych w ust. 1 pkt 2a. „Opłata wnoszona na rzecz (...) przez (...) i zakańczanego w sieci ruchomej (...).”

Pozostałe postanowienia decyzji z dnia 16 kwietnia 2008 r. pozostały bez zmian.

(...) S.A. w W. wniósł odwołanie, zaskarżając ww. decyzję w całości i zarzucając jej naruszenie:

- art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz art. 28 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz.U. z 2014 r., poz. 243 ze zm. – dalej, jako: „p.t.”) z zw. art. 28 ust. 6 p.t., tj. złamanie konstytucyjnej zasady proporcjonalności i wynikającego z niej zakazu nadmiernej ingerencji oraz nieuwzględnienie obowiązków regulacyjnych ciążących na stronach przez ustalenie wadliwej i nieproporcjonalnie uciążliwej dla powoda stawki MTR (...) w relacjach z (...);

- art. 32 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. b) p.t. w zw. z art. 28 ust. 6 p.t. oraz art. 28 ust. 1 pkt 6 p.t. w zw. z art. 28 ust. 6 p.t. przez zmianę decyzją warunków dostępu telekomunikacyjnego w sposób dyskryminujący dla (...), nieuwzględniający różnic w pozycjach rynkowych stron;

- art. 1 ust. 2 pkt 1 p.t. oraz art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. c) p.t. w zw. z art. 28 ust. 6 p.t. przez zmianę decyzją warunków dostępu telekomunikacyjnego w sposób niezapewniający skutecznej konkurencji oraz rozwoju konkurencyjnego rynku usług telekomunikacyjnych;

- art. 1 ust. 2 pkt 4 p.t. oraz art. 28 ust. 1 pkt 1 p.t. w zw. z art. 28 ust. 6 p.t. przez zmianę decyzją warunków dostępu telekomunikacyjnego w sposób nieuzasadniony potrzebą zapewnienia ochrony interesów użytkowników końcowych oraz prowadzący do naruszenia tego interesu;

- art. 7, art. 8, art. 11, art. 77 § 1 oraz art. 107 § 1 i 3 k.p.a. przez oparcie rozstrzygnięcia na niepopartych dowodami, gołosłownych twierdzeniach, powołanych wybiórczo okolicznościach z pominięciem innych, istotnych w sprawie okoliczności, mających znaczenie dla prawidłowego rozstrzygnięcia.

W oparciu o te zarzuty skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonej decyzji, ewentualnie o jej zmianę w sposób określony w odwołaniu.

W odpowiedzi na odwołanie Prezes UKE wniósł o oddalenie odwołania oraz zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania.

(...) sp. z o.o. w W. wniósł o oddalenie odwołania.

Wyrokiem z dnia 25 kwietnia 2014 r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił odwołanie i obciążył skarżącego kosztami postępowania.

Sąd Okręgowy ustalił, że decyzją z dnia 16 kwietnia 2008 r. nr (...) o dostępie telekomunikacyjnym, zastępującą umowę stron, Prezes UKE uregulował warunki współpracy pomiędzy (...) S.A. w W. a (...) S.A. w W.. Decyzja ta została

następnie zmieniona porozumieniem z dnia 5 sierpnia 2008 r. oraz decyzjami Prezesa UKE z dnia 23 lutego 2009 r. (...) i z dnia 21 lipca 2009 r. (...).

W dniu 11 marca 2009 r. Prezes UKE wydał decyzję nr (...), w której uznał, iż (...) zajmuje znaczącą pozycję na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) S.A. oraz nałożył na niego określone obowiązki regulacyjne.

W dniu 27 marca 2009 r. (...) złożył do (...) wnioski o zmianę warunków współpracy, domagając się ustalenia symetrycznych stawek rozliczeniowych za zakańczanie połączeń w sieci ruchomej (...) oraz sieci (...). Strony nie doszły do porozumienia. W dniu 13 maja 2009 r. (...) złożył wniosek do Prezesa UKE o wydanie decyzji zastępującej umowę.

W dniu 8 października 2009 r. Prezes UKE rozpoczął postępowanie konsultacyjne odnośnie projektu decyzji, w wyniku którego swe stanowisko przedstawiło (...) sp. z o.o. i (...) S.A. W dniu 10 listopada 2010 r. zostało opublikowane stanowisko Prezesa UKE dotyczące wysokości stawek za zakańczanie połączeń w sieciach ruchomych nowych operatorów.

W dniu 19 kwietnia 2011 r. prezes UKE wydał decyzję nr (...) (dalej, jako: (...)), w której ustalił, iż na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) nie występuje skuteczna konkurencja, wyznaczył (...) jako przedsiębiorcę zajmującego znaczącą pozycję na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) oraz zmienił nałożony decyzją z dnia 11 marca 2009 r. obowiązek regulacyjny, o którym mowa w art. 44 p.t. przez nadanie mu brzmienia: „obowiązek polegający na zakazie stosowania zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...) S.A. z siedzibą w W.. Przez stosowanie zawyżonych stawek MTR rozumie się ustalanie przez (...) S.A. stawek MTR wyższych niż stawki MTR zasiedziałego operatora (...).

W dniu 21 kwietnia 2011 r. ponownie wszczęto postępowanie konsultacyjne dotyczące projektu decyzji, zmieniającej decyzję z dnia 16 kwietnia 2008 r., w zakresie zmiany stawki MTR w sieci (...). W dniu 28 kwietnia 2011 r. Prezes UKE notyfikował Komisji Europejskiej projekt decyzji w niniejszej sprawie. Komisja Europejska przedstawiła swe stanowisko w dniu 16 maja 2011 r.

Sąd Okręgowy oddalił wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu rachunkowości regulacyjnej i księgowości z uwagi na to, że okoliczności, na które dowód miałby zostać przeprowadzony, nie były pomiędzy stronami sporne.

Sąd Okręgowy uznał, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Wskazał, że zaskarżona decyzja stanowi realizację Decyzji (...) 2011, w której Prezes UKE wyznaczył (...) jako podmiot o znaczącej pozycji rynkowej na rynku zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...). Na powoda nałożono obowiązki regulacyjne, w tym zakaz stosowania zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...), zaś przez stosowanie zawyżonych stawek MTR rozumie się ustalanie przez (...) stawek MTR wyższych niż stawki MTR zasiedziałego operatora (...). Sąd I instancji zauważył, że decyzja ta w swej zasadniczej części stała się prawomocna, natomiast odnośnie punktu V ppkt 2, jest przedmiotem odrębnego postępowania sądowego. Z tych względów, zarzuty powoda dotyczące naruszenia art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz art. 28 ust. 1 pkt 2 p.t. w zw. z art. 28 ust. 6 p.t., tj. naruszenia konstytucyjnej zasady proporcjonalności i wynikającego z niej zakazu nadmiernej ingerencji oraz nieuwzględnienie obowiązków regulacyjnych ciążyących na stronach, Sąd Okręgowy uznał za chybione i nieodnoszące się do zaskarżonej w niniejszej sprawie decyzji. Przedmiotowa decyzja nie nakłada bowiem na powoda żadnych obowiązków regulacyjnych, dlatego brak jest możliwości badania, czy nałożone na powoda obowiązki regulacyjne są zbyt uciążliwe oraz czy wskazane byłoby stosowanie w stosunku do (...) obowiązku określonego w art. 40 p.t.

Na mocy zaskarżonej decyzji Prezes UKE wprowadził symetryczne stawki MTR do rozliczeń pomiędzy (...) a (...), uwzględniając przy tym obowiązki regulacyjne wprowadzone na mocy Decyzji (...). Decyzja (...) nie została

wyeliminowana z obrotu prawnego, podlega natychmiastowemu wykonaniu, wobec czego Prezes UKE mógł się na niej oprzeć, wydając zaskarżoną decyzję.

Podobnie za bezzasadny Sąd Okręgowy uznał zarzut naruszenia art. 32 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, art. 28 ust. 1 pkt 5 lit b) p.t. w zw. z art. 28 ust. 6 p.t. oraz art. 28 ust. 1 pkt 6 p.t. w zw. z art. 28 ust. 6 p.t. przez zmianę warunków dostępu telekomunikacyjnego w sposób dyskryminujący dla powoda, nieuwzględniający różnic w pozycjach rynkowych stron. Sąd I instancji zauważył, że wprowadzana przez Prezesa UKE asymetria stawek za zakańczanie połączeń miała na celu wyrównanie pozycji konkurencyjnej danego operatora względem operatorów funkcjonujących od lat, tzw. operatorów zasiedziałych. Zgodnie z zaleceniami Komisji Europejskiej w sprawie stawek MTR, środki uzyskane przez operatora z dopuszczonej asymetrii stawek, mogą być przeznaczone na zwrot tych wyższych efektywnie ponoszonych kosztów związanych ze świadczeniem usługi zakańczania połączeń. Powód nie wykazał – a do tego był obowiązany na mocy art. 6 k.c. – aby takie zwiększone koszty ponosił. Chodzi o koszty przyrostowe, związane z usługą zakańczania połączeń głosowych w jego sieci, które są możliwe do uniknięcia, gdy usługa nie jest świadczona. Powód nie udowodnił, iż ponosi koszty specjalnie dedykowane usłudze zakańczania połączenia głosowego.

Ponadto Sąd Okręgowy uznał, że powód nie ma pozycji „nowego operatora” na rynku usług telekomunikacyjnych. (...) rozpoczął działalność w dniu 30 czerwca 2008 r. – do chwili wydania decyzji działał już przez okres trzech lat. Co więcej, przed wydaniem zaskarżonej decyzji pobierał on od (...) wyższe, asymetryczne stawki MTR, co pozwoliło mu odzyskać poniesione koszty. Brak jest podstaw (w postaci obiektywnych różnic kosztów pozostających poza kontrolą operatorów), aby nadal powód korzystał z uprzywilejowania w postaci asymetrycznych stawek MTR. Wprowadzenie symetrycznych stawek stanowi przejaw jednakowego traktowania dwóch przedsiębiorców telekomunikacyjnych, w sytuacji gdy brak jest różnic kosztowych. Pozycje rynkowe stron były przedmiotem oceny przez Prezesa UKE w toku postępowania przed wydaniem decyzji (...) i brak podstaw do przyjęcia, iż prezes UKE przedmiotowych różnic nie uwzględnił.

Powód nie wykazał również zasadności zarzutu naruszenia art. 1 ust. 2 pkt 1 p.t. oraz art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. c) p.t. w zw. z art. 28 ust. 6 p.t. poprzez zmianę warunków dostępu telekomunikacyjnego w sposób niezapewniający skutecznej konkurencji oraz rozwoju konkurencyjnego rynku usług telekomunikacyjnych.

Komisja Europejska w swych zaleceniach uznaje, że zasadą winna być symetria stawek MTR na rynku telefonii mobilnej. Wyjątkiem jest sytuacja, gdy dany nowy operator może udowodnić, że ponosi wyższe jednostkowe koszty przyrostowe niż operator standardowy. Stanowisko Komisji Europejskiej jest jednak takie, że „(...) okres przejściowy nie powinien przekraczać czterech lat.” Biorąc to pod uwagę, Sąd I instancji przyjął, że to powód winien udowodnić swą szczególną sytuację pozwalającą na dalsze ustalenie dla niego, w stosunku do (...), preferencyjnej stawki MTR.

Powód nie wykazał również naruszenia interesu użytkowników końcowych (zarzut naruszenia art. 1 ust. 2 pkt 4 p.t. oraz art. 28 ust. 1 pkt 1 p.t. w zw. z art. 28 ust. 6 p.t.), natomiast zarzut naruszenia art. 7, art. 8, art. 11, art. 77 § 1 oraz art. 107 § 1 i 3 k.p.a. z uwago na charakter postępowania przez Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie miał znaczenia. Jest to bowiem postępowanie pierwszoinstancyjne, merytoryczne, kontradiktoryjne, w którym strony mogą zgłaszać wnioski dowodowe i wykazywać swe racje.

Z tego względu, Sąd Okręgowy na podstawie art. 28 ust. 1 i 6 p.t. oddalił odwołanie i w oparciu o art. 98 § 1 i 3 k.p.c. obciążył skarżącego kosztami postępowania.

W apelacji (...) S.A. zaskarżył wyrok w całości, zarzucając zaskarżonemu orzeczeniu naruszenie:

- art. 328 § 2 k.p.c., które to naruszenie mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy przez sporządzenie uzasadnienia niespełniającego warunków wskazanych w tym przepisie, co w konsekwencji uniemożliwia odniesienie się przez skarżącego do motywów, jakimi kierował się Sąd Okręgowy wydając wyrok; zatem z powodu sporządzenia uzasadnienia niespełniającego wymogów wskazanych w tym przepisie doszło do naruszenia zasady instancyjności;

- art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. i w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. przez uznanie, że wniosek powoda o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu rachunkowości regulacyjnej, na okoliczność oceny wiarygodności, rzetelności i prawidłowości wyników kalkulacji kosztów zakończenia połączenia głosowego w sieci powoda, dotyczy okoliczności, która nie jest pomiędzy stronami sporna, a w konsekwencji odmowę przeprowadzenia dowodu, przy jednoczesnym uznaniu, iż skarżący nie wykazał, iż ponosi wyższe koszty usługi zakańczania połączenia, niż stawka wskazana w decyzji;

- art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. b) p.t. oraz art. 28 ust. 1 pkt 6 p.t. przez ich niewłaściwe zastosowanie i uznanie, iż decyzja zapewnia niedyskryminacyjne warunki dostępu telekomunikacyjnego i uwzględnia pozycję rynkową powoda, podczas gdy inni operatorzy sieci ruchomych, niebędący operatorami zasiedziałyymi, korzystali w okresie wydania decyzji z możliwości stosowania wyższych stawek MTR, niż przewidziane decyzją;

- art. 15 pkt 3 p.t. (w brzmieniu na dzień wydania decyzji) w zw. z art. 18 ust. 1 p.t. przez ich niewłaściwe zastosowanie i nieuwzględnienie faktu nieprzeprowadzenia ponownie postępowania konsultacyjnego i konsolidacyjnego pomimo wprowadzenia w projekcie decyzji zmian po jego przedstawieniu do konsultacji i konsolidacji.

W konsekwencji, (...) S.A. wniósł o zmianę na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. wyroku w pkt I. i uchylenie decyzji Prezesa UKE z dnia 9 sierpnia 2011 r. oraz zmianę wyroku w pkt II. i III. i zasądzenie na rzecz powoda kosztów postępowania przed Sądem I instancji lub uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje:

Apelacja (...) S.A. jest bezzasadna.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego szczegółowo opisane w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku i przyjmuje je za własne. Sąd Okręgowy dokonał również, co do zasady, trafnej oceny prawnej prawidłowo ustalonego stanu faktycznego, którą należy w przeważającej części zaaprobować.

W apelacji skarżący powtórzył większość zarzutów sformułowanych w odwołaniu od decyzji Prezesa UKE, które były już przedmiotem wnikliwej analizy zarówno Prezesa UKE, jak i Sądu Okręgowego. Zbędne jest zatem ponowne przytaczanie całości argumentacji Sądu I instancji, w szczególności z uwagi na to, że Sąd Apelacyjny nie przeprowadził postępowania dowodowego, ani nie zmienił ustaleń faktycznych Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, a w apelacji nie zgłoszono zarzutów dotyczących tych ustaleń. W tym stanie rzeczy uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego „może zawierać jedynie wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa” (art. 387 § 2¹ k.p.c.).

Chybiony jest przede wszystkim zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. W ocenie Sądu Apelacyjnego, uzasadnienie zaskarżonego wyroku odpowiada wszystkim wymaganiom określonym w powołanym przepisie, zarówno w części dotyczącej ustaleń Sądu Okręgowego, jak również w części odnoszącej się do prawnej oceny ustalonych okoliczności i wyjaśnienia podstawy prawnej zaskarżonego wyroku. Możliwe jest w związku z tym odtworzenie rozumowania, jakie doprowadziło Sąd I instancji do wydania kwestionowanego orzeczenia.

Należy wskazać, iż w orzecznictwie przyjmuje się, że mankamenty dotyczące treści uzasadnienia orzeczenia podlegającego zaskarżeniu apelacją z reguły nie należą do tego rodzaju uchybień, które mogą mieć wpływ na wynik sprawy (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 stycznia 2010 r., II UK 148/09), zaś naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. może być uznane za uzasadniony zarzut apelacji tylko w skrajnych wypadkach, gdy uzasadnienie sądu I instancji jest na tyle wadliwie, że uniemożliwia przeprowadzenie instancyjnej kontroli prawidłowości zaskarżonego wyroku (por. także postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 2009 r. III UK 52/09 i wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 marca 2006 r., II CK 428/05).

Według Sądu Apelacyjnego, w zasadzie żadne uchybienia w zakresie uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia nie mogą stanowić skutecznej podstawy apelacji. Trzeba przypomnieć, że „tradycyjną oraz nieodłączną cechą i celem

postępowania apelacyjnego jest orzekanie co do meritum przez sąd odwoławczy, a zatem nieograniczanie się do sprawdzania legalności i zasadności zaskarżonego wyroku sądu pierwszej instancji” (tak Sąd Najwyższy w uchwale 7 sędziów z dnia 23 marca 1999 r., III CZP 59/98). Innymi słowy, rolą sądu odwoławczego jest w pierwszej kolejności ocena zasadności żądania wszczynającego postępowania, w kontekście rozstrzygnięcia sądu I instancji, natomiast funkcja kontrolna przy rozpoznawaniu apelacji jest drugorzędna.

Sąd odwoławczy – w zasadzie niezależnie do treści uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia – zawsze może przecież poczynić ustalenia faktyczne w oparciu o zgromadzone w toku postępowaniu materiały dowodowe oraz dokonać kwalifikacji prawnej tak ustalonej podstawy faktycznej, a następnie zestawić wynik takiego rozumowania z treścią orzeczenia I instancji, dokonując w ten sposób oceny jego prawidłowości i w efekcie – zasadności środka odwoławczego. Nie sposób zatem zgodzić się ze skarżącym, że naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. może prowadzić do naruszenia zasady dwuinstancyjności. Nie negując znaczenia uzasadnienia Sądu I instancji dla sprawowania kontroli instancyjnej, taka kontrola może być w zdecydowanej większości przypadków dokonana niezależnie od treści uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia.

Częściowo zasady jest natomiast zarzut naruszenia art. 227 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. Sąd Okręgowy przyjął bowiem, że dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu rachunkowości regulacyjnej i księgowości na okoliczność ustalenia wysokości ponoszonych przez powoda kosztów związanych z usługą zakańczania połączeń głosowych w jego sieci było zbędne, z uwagi na to, że okoliczności, na które dowód miałby zostać przeprowadzony, nie były pomiędzy stronami sporne. Jednocześnie Sąd I instancji uznał, iż powód nie wykazał, do czego był obowiązany na mocy art. 6 k.c., aby takie zwiększone koszty ponosił. Chodzi przy tym o koszty przyrostowe, związane z usługą zakańczania połączeń głosowych w jego sieci, które są możliwe do uniknięcia, gdy usługa nie jest świadczona.

Rację ma skarżący wskazując na wadliwość przedstawionego rozumowania Sądu I instancji. Bez wątplenia kwestia ponoszenia przez powoda większych niż w przypadku zainteresowanego kosztów przyrostowych nie była bezsporna. Co więcej, Sąd Okręgowy nie mógł z jednej strony uznać przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego za zbędne, a z drugiej – stwierdzić, że skarżący wbrew treści art. 6 k.c. nie wykazał, że ponosi wyższe koszty dedykowane usłudze zakańczania połączenia głosowego w jego sieci. Skoro ciężar dowodu spoczywał w tym zakresie na powodzie, to nie sposób uznać przeprowadzenie dowodu na tę okoliczność za zbędne.

Rzecz jednak w tym, że to uchybienie nie miało wpływu na wynik sprawy. Trzeba bowiem zauważyć, iż wyrokiem z dnia 22 grudnia 2014 r., sygn. akt VI ACa 333/14 Sąd Apelacyjny oddalił apelację od wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 października 2013 r., sygn. akt XVII AmT 34/11, oddalającego odwołanie od decyzji (...). Tym samym, decyzja ta stała się prawomocna, a zawarty w apelacji wniosek o zawieszenie postępowania do czasu zakończenia postępowania w ww. sprawie – bezprzedmiotowy. Skoro decyzja (...) nakładająca na powoda obowiązek stosowania niezawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych w sieci (...) stała się prawomocna, to oznacza, że jest wiążąca zarówno dla Prezes UKE, jak i Sądu Apelacyjnego. Przy czym zgodnie z treścią decyzji przez stosowanie zawyżonych stawek MTR rozumie się ustalenie przez (...) S.A. stawek MTR wyższych niż stawki MTR zasiedziałego operatora (...). W konsekwencji, powód nie może stosować stawek MTR wyższych niż stawki MTR zainteresowanego. Inaczej rzecz ujmując, skutkiem decyzji (...) 2011 jest ustalenie dla powoda górnego pułapu stawek MTR, które nie mogą przekraczać stawek MTR stosowanych przez operatorów zasiedziałych, w tym zainteresowanego (...). Z tego punktu widzenia zaskarżona decyzja jest jedynie bilateralnym doprecyzowaniem decyzji (...) 2011 w relacjach między powodem a (...). Z tej przyczyny, koszty ponoszone przez skarżącego związane ze świadczeniem usługi zakańczania połączeń są prawnie irrelevantne, skoro prawomocna decyzja (...) 2011 wyznacza i tak maksymalny poziom stawek MTR, które może stosować skarżący.

Powód nie przytoczył przy tym żadnych argumentów, które dawałyby podstawę do uznania, że w relacjach między nim a (...) konieczne byłoby odwołanie się do wyższych stawek MTR stosowanych ewentualnie przez innego operatora zasiedziałego. Słusznie Sąd Okręgowy podkreślił, iż stosowanie stawek symetrycznych jest zasadą, od której wyjątkowo mogą zostać wprowadzone odstępstwa. To jednak na powodzie spoczywał ciężar wskazania takich okoliczności, które uzasadniałyby – zgodnie z decyzją (...) 2011 – posługiwanie się przez powoda w relacjach z zainteresowanym stawką

asymetryczną, ustaloną w oparciu o stawki MTR innego operatora zasiedziałego. Takich okoliczności jednak powod nie przytoczył.

Z tych samych względów nietrafny jest zarzut naruszenia art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. b) p.t. oraz art. 28 ust. 1 pkt 6 p.t. Odwoływanie się przez powoda do sytuacji innych operatorów sieci ruchomych, którzy mogli stosować wyższe stawki MTR – w kontekście decyzji (...) 2011 – jest bezprzedmiotowe. Wymaga podkreślenia, że decyzja (...) 2011 kształtuje wskazany w niej zakres uprawnień i obowiązków powoda, który nie może być skutecznie kontestowany przez odwołanie się do sytuacji innych operatorów. Nie można wykluczyć, że tego rodzaju argumenty mogły mieć znaczenie w sprawie odwołania od decyzji (...) 2011, ale nie w sprawie niniejszej.

Bezasadny jest także zarzut naruszenia art. 15 pkt 3 p.t. (w brzmieniu na dzień wydania decyzji) w zw. z art. 18 ust. 1 p.t. polegającego na nieprzeprowadzeniu ponownie postępowania konsultacyjnego i konsolidacyjnego pomimo wprowadzenia w projekcie decyzji zmian po jego przedstawieniu do konsultacji i konsolidacji.

Odnosnie postępowania konsultacyjnego należy zwrócić uwagę, że przepis art. 15 pkt 3 p.t., zakładający konieczność przeprowadzenia w niniejszej sprawie postępowania konsultacyjnego, został uchylony z dniem 21 stycznia 2013 r. przez art. 1 pkt 10 ppkt a) ustawy z dnia 16 listopada 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2012 r., poz. 1445). Ustawa z dnia 16 listopada 2012 r. nie zawiera przy tym przepisów intertemporalnych przedłużających stosowanie art. 15 pkt 3 p.t. po dniu 21 stycznia 2013 r. (por. art. 24 i 26 tej ustawy). Oznacza to, że po tym dniu nie ma już obowiązku przeprowadzania postępowania konsultacyjnego w sprawach, o których mowa w art. 28 – 30 p.t. Tym samym, po wejściu w życie ustawy z dnia 16 listopada 2012 r. nie jest możliwe uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 15 pkt 3 p.t. już tylko z tego względu, że uchylene zaskarżonej decyzji nie mogłoby zostać powiązane z koniecznością przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego przed ponownym jej wydaniem.

Co więcej, należy zgodzić się ze stanowiskiem Prezesa UKE, że nie ma potrzeby prowadzenia ponownego postępowania konsultacyjnego, jeżeli decyzja w sposób nieistotny odbiega od przedstawionego projektu decyzji. W szczególności jeżeli nie zmieniono w niej istoty, charakteru i zakresu obowiązku regulacyjnego, a poprawki – jak w niniejszej sprawie – mają charakter wyłącznie redakcyjny. Wymaga podkreślenia, że wskazywane przez skarżącego zmiany – w stosunku do poddanego postępowaniu konsultacyjnemu projektu – dotyczą daty decyzji, co było związane z czasem trwania postępowania oraz wskazania, iż zmiany stawek MTR mogą nastąpić również w drodze umowy stron, a nie tylko na podstawie decyzji Prezesa UKE. Oczywiście jest, że te zagadnienia te nie dotyczą istoty obowiązku regulacyjnego. Nie powinno przy tym budzić wątpliwości, że strony uwzględniając treść decyzji (...) 2011 oraz ewentualnych analogicznych decyzji dotyczących (...) mogą we wzajemnych relacjach kształtować stawki MTR w drodze umownej.

Podobna zasada dotyczy postępowania konsolidacyjnego. Sąd Apelacyjny podziela pogląd, że „nie ma potrzeby przedstawiania projektu decyzji w ramach postępowania konsolidacyjnego, jeżeli krajowy organ regulacyjny dostosowuje się do zawartych w pierwotnej opinii sugestii lub zastrzeżeń, i konsekwencją tego dostosowania jest odpowiednia zmiana treści decyzji. Dotyczy to zarówno sytuacji, w których uwzględnienie stanowiska Komisji prowadzi do zmiany obowiązków przewidzianych w zaopiniowanym projekcie decyzji jak i rezygnacji z niektórych z nich. Analogicznie jest w przypadku rozbudowania analitycznej części uzasadnienia decyzji. Jeżeli jednak krajowy organ regulacji, wydając właściwą decyzję, zamierza odstąpić od jej wersji przedstawionej do zaopiniowania Komisji w innym zakresie, niż wynikający ze stanowiska tego organu unijnego, w szczególności jeżeli nakłada nowe obowiązki regulacyjne, co do których Komisja nie miała okazji się wypowiedzieć, wówczas konieczne jest ponowne przedstawienie projektu decyzji do konsultacji przez Komisję w trybie określonym w art. 8 ust. 4 dyrektywy ramowej. Rolą sądu rozpatrującego sprawę z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu jest zaś ocena, czy zmiany dokonane w stosunku do objętego postępowaniem konsolidacyjnym wynikają jedynie z uwzględnienia stanowiska Komisji lub uzupełnienia analiz rynkowych o kwestii sugerowane przez Komisję, czy też cechują się wspomnianą wyżej „nowością” w zakresie elementów rozstrzygnięcia sprawy przez organ regulacyjny.” (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 lutego 2011 r., II SK 18/10). Zdaniem Sądu Apelacyjnego, przede wszystkim ze względu na nienałożenie na powoda nowych obowiązków regulacyjnych w ostatecznej wersji decyzji, nie było potrzeby przeprowadzenia ponownego postępowania

konsolidacyjnego. Powtórzenia wymaga, że zmiany treści decyzji w stosunku do projektu poddanego postępowaniu konsolidacyjnemu miały wyłącznie charakter redakcyjny, nierzutujący na treść nałożonego na skarżącego obowiązku regulacyjnego. Z tego względu chybiony jest również zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 p.t.

W świetle powyższych rozważań należy uznać, że zaskarżony wyrok – wbrew zarzutom apelacji – odpowiada prawu. Dlatego też, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił apelację (...) S.A., jako bezzasadną.

Nadto, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. oraz § 12 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 14 ust. 3 pkt 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. Nr 163 z 2002 r., poz. 1349 ze zm.) zasądził od (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W. na rzecz Prezesa UKE i (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. kwoty po 270 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Wobec powyższego Sąd Apelacyjny orzekł, jak w sentencji.