

Sygn. akt VI ACa 223 /12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 czerwca 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA Aldona Wapińska (spr.)

Sędziowie – SA Ewa Klimowicz - Przygódzka

– SA Ewa Śniegocka

Protokolant: -- sekr.sąd . Katarzyna Kędzierska

po rozpoznaniu w dniu 19 czerwca 2012 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa (...) Spółki z o.o. (poprzednio (...) S.A.) w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

z udziałem zainteresowanego (...) Spółki z o.o. w W.

o zmianę umowy

na skutek apelacji powoda

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

z dnia 8 lipca 2011 r. , sygn. akt XVII AmT 45/10

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od (...) Spółki z o.o. w W. na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 270 (dwieście siedemdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu za drugą instancję.**

VI ACa 223/12

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Prezes UKE) – po rozpatrzeniu wniosku (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. ((...)) o wydanie decyzji w sprawie zmiany Umowy z dnia 21 marca 2007 r. o współpracy i zasadach rozliczeń z tytułu świadczenia usług dostępu dla abonentów (...) S.A. z siedzibą w W. ((...)) na numery sieci inteligentnej (...), zawartej pomiędzy (...) a (...), w zakresie stawek wnoszonych przez (...) na rzecz (...) za połączenia przychodzące z sieci ruchomej(...) do sieci (...) na numery(...)oraz (...) w sieci (...) wydał w dniu 29 czerwca 2010 r. decyzję (...), orzekając w następujący sposób:

I. zmienił postanowienia Umowy w ten sposób, że:

1. § 8 Umowy ust. 1 otrzymał następujące brzmienie:

„1. Opłata na rzecz (...)wnoszona przez (...) za minutę połączenia przychodzącego z sieci ruchomej (...) do Sieci (...) na numery Usług(...) w Sieci (...) wynosi 0,1677 zł/min i jest symetryczna do stawki (...), jaką jest zobowiązany stosować (...) w rozliczeniach za zakańczanie połączeń we własnej sieci ruchomej. Każdorazowa zmiana stawki (...) powoduje

zmianę stawki wnoszonej przez (...) za minutę połączenia do usług informacyjnych świadczonych na numeracji (...), zgodnie z zasadą określoną w zdaniu poprzedzającym."

2. § 8 Umowy ust. 2 otrzymał następujące brzmienie:

„2. Opłata na rzecz (...) wnoszona przez (...) za minutę połączenia przychodzącego z sieci ruchomej (...) do Sieci (...) na numery Usług (...) w Sieci (...) wynosi 0,0839 zł/min i stanowi 50% stawki (...), jaką jest zobowiązany stosować (...) w rozliczeniach za zakańczanie połączeń we własnej sieci ruchomej. Każdorazowa zmiana stawki (...) powoduje zmianę stawki wnoszonej przez (...) za minutę połączenia do usług informacyjnych świadczonych na numeracji(...), zgodnie z zasadą określoną w zdaniu poprzedzającym."

3. § 8 Umowy ust. 8 otrzymał następujące brzmienie:

„8. Opłata na rzecz (...), wnoszona przez (...) za minutę połączenia przychodzącego z sieci ruchomej (...) do Sieci (...) na numery Usług (...) w Sieci (...) wynosi 0,0839 zł/min i stanowi 50% stawki (...), jaką jest zobowiązana stosować (...) w rozliczeniach za zakańczanie połączeń we własnej sieci ruchomej. Każdorazowa zmiana stawki (...) powoduje zmianę stawki wnoszonej przez (...) za minutę połączenia do usług informacyjnych świadczonych na numeracji(...), zgodnie z zasadą określoną w zdaniu poprzedzającym."

II. pozostałe postanowienia Umowy pozostawił bez zmian.

Jako podstawę prawną decyzji Prezes UKE wskazał art. 28 ust. 1 w zw. z art. 30 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (PT), Dz. U. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm. Wydając powyższą decyzję, Prezes UKE dokonał następujących ustaleń i ocen.

Pismem z dnia 17 lutego 2010 r. (...) złożyła do Prezesa UKE, na podstawie art. 27 ust. 2 oraz art. 28 ust. 1 w związku z art. 30 Pt, wniosek o wydanie decyzji zmieniającej Umowę w zakresie stawek wnoszonych przez (...) na rzecz (...) za połączenia przychodzące z sieci ruchomej (...) do sieci (...) na numery(...)oraz(...)w sieci (...), zgodnie z załączonym projektem aneksu, dotyczącym zmiany opłat na numeracji (...), (...) oraz(...). Złożenie powyższego wniosku zostało poprzedzone wystąpieniem (...) do (...) w sierpniu 2009 r. o podjęcie negocjacji w opisanym wyżej zakresie dotyczącym zmiany Umowy. Strony jednak nie uzgodniły proponowanych przez (...) zmian do Umowy.

Po wszczęciu postępowania przez Prezesa UKE w sprawie wniosku (...) z 17 lutego 2010 r., (...) zajął stanowisko w sprawie, w którym uznał, że obowiązki wynikające z art. 79 Pt w zakresie dostępu z sieci ruchomej (...) do numeracji (...) w sieci stacjonarnej (...) zostały już przez (...) zrealizowane poprzez zawarcie Umowy. Prezes UKE nie powinien ingerować w treść łączącej strony Umowy, gdyż rynek dostępu z sieci ruchomych do komercyjnych usług informacyjnych na numerach niegeograficznych operatorów sieci stacjonarnych nie jest rynkiem regulowanym. Prezes UKE powinien, zdaniem (...), mieć na uwadze, że stawki rozliczeniowe w Umowie zostały wypracowane w ramach wspólnych ustaleń między stronami. W opinii przedsiębiorcy, powołanie się przez (...) w złożonym wniosku na zmianę stawek (...) dokonaną przez Prezesa UKE jest nieuzasadnione. Ponadto, w opinii (...), ewentualna decyzja Prezesa UKE w niniejszej sprawie powinna obejmować zmianę Umowy w zakresie innych warunków - nie przewidzianych w Umowie - z którymi (...) wystąpił do (...) w trakcie negocjacji.

Prezes UKE zgodnie z art. 15 pkt 3 Pt przeprowadził w dniach 16 kwietnia do 17 maja 2010 r. postępowanie konsultacyjne odnośnie projektu rozstrzygnięcia w sprawie. (...) wskazała, że nie wnosi uwag i akceptuje treść projektu decyzji Prezesa UKE. (...) powołał się na dyrektywę 2002/19/WE z 24 kwietnia 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz połączeń międzysieciowych (Dz. U. UE. L. 02.108.33 z późn. zm) - „dyrektywę o dostępie" - oraz na stanowisko Komisji Europejskiej z 7 czerwca 2007 r., dotyczące projektu decyzji w sprawie nałożenia obowiązku dostępu do sieci ruchomej (...) sp. z o.o. dla (...) sp. z o.o. Komisja wypowiedziała się tam przeciwko możliwości wydawania wobec operatora sieci ruchomej, który nie został wyznaczony jako podmiot zajmujący znaczącą pozycję na żadnym rynku telekomunikacyjnym podlegającym analizie Prezesa UKE, decyzji o dostępie telekomunikacyjnym, nakładającej obowiązek realizacji takiego dostępu. Zdaniem (...), projekt

decyzji został przygotowany z pominięciem wymogu wzięcia pod uwagę wszystkich przesłanek z art. 28 ust. 1 PT - zwłaszcza kryterium obowiązków nałożonych na przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Przedsiębiorca powołał się także na art. 28 ust. 8 PT, zgodnie z którym decyzja o dostępie wydawana jest w sprawach, w których jedną ze stron jest przedsiębiorca telekomunikacyjny, na którego został nałożony obowiązek na podstawie art. 34 i art. 45 PT. (...) podniósł, że z wydanych w stosunku do niego decyzji wyznaczających go jako przedsiębiorcę zajmującego znaczącą pozycję na rynku (usługi zakańczania połączeń w ruchomej oraz stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej) nie wynika, aby wśród nałożonych obowiązków regulacyjnych znajdował się dostęp z sieci (...) do usług informacyjnych w sieciach inteligentnych innych operatorów. Jest to bowiem rodzaj usługi detalicznej, tymczasem (...) nie został uznany za podmiot zajmujący znaczącą pozycję na żadnym rynku detalicznym (art. 46 - 48 Pt). Nie jest też, zdaniem (...), prawidłowe powołanie się przez Prezesa UKE w projekcie decyzji na przepisy o zmianie umowy o połączeniu sieci, gdyż przedmiot Umowy nie stanowi o połączeniu sieci. Narzucenie przez Prezesa (...) dla usług (...) świadczonych przez tego przedsiębiorcę w sieci (...) stawek (...) opartych wyłącznie o ponoszone przez (...) koszty sieciowe jest nieprawidłowe, gdyż koszty te są jedynie składową wszystkich kosztów. Z kolei (...) będzie uprawniona do swobodnego ustalania marży pobieranej od usługodawcy dla usługi(...) co dyskryminuje (...). Przedsiębiorca ten uznał także za bezpodstawny obowiązek automatycznej zmiany stawek dla usług zakańczania połączeń do numerów(...)w sieci (...) w zależności od wysokości stawki (...) w sieci (...). W kwestii wysokości stawki rozliczeniowej dla usług (...) (...) wskazał na brak zasadności łączenia tej usługi ze stawką (...) oraz na niezasadność podziału przychodów między operatorami w proporcji 50/50.

Prezes UKE w uzasadnieniu decyzji z dnia 29 czerwca 2010 r., wskazał, że (...) uprawniony był do złożenia wniosku w oparciu o art. 27 ust. 2 Pt w zw. z art. 30 ust. 1 PT, skoro w 90-dniowym terminie określonym w art. 27 ust. 2 strony nie zawarły aneksu do Umowy. Prezes UKE powołał się na treść art. 28 PT, udzielającego Prezesowi kompetencji do rozstrzygania spraw spornych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, przy uwzględnieniu wymienionych w tym przepisie przesłanek. Zdaniem Prezesa przepisy art. 26-28 i art. 33 PT stosuje się - na mocy art. 30 PT - odpowiednio do zmian umów o dostępie telekomunikacyjnym.

W związku z treścią rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 28 stycznia 2009 r., zmieniającego rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 28 lutego 2008 r. w sprawie planu numeracji krajowej dla publicznych sieci telefonicznych (Dz. U. Nr 24, poz. 147), Prezes UKE postanowił w wydanej decyzji uwzględnić docelowy schemat wybierania numerów i określić w decyzji numerację 80(x) zamiast 0-80(x).

Prezes UKE oparł się zarówno na stanowiskach stron, jak i na kryteriach określonych w art. 28 ust. 1 PT. Wskazał, że z przepisu art. 79 ust. 1 PT wynika, że podmiotem zobowiązanym do zapewnienia użytkownikom końcowym swojej sieci możliwości zrealizowania połączenia do numeru niegeograficznego jest operator publicznej sieci telefonicznej, z którego sieci inicjowane są połączenia do tego numeru, czyli w niniejszej sprawie - (...). Warunki połączenia sieci określa Umowa między stronami. Prezes UKE utrzymał w drodze wydanej decyzji możliwość realizacji przez abonentów (...) połączeń na numery usług informacyjnych w sieci (...), wprowadził natomiast zmianę opłat międzyoperatorskich. Uwzględnił przy tym interesy użytkowników sieci telekomunikacyjnych (art. 28 ust. 1 pkt 1 PT), poprzez utrzymanie możliwości korzystania z usług sieci inteligentnych świadczonych na numeracji (...) przy jednoczesnym obniżeniu opłat międzyoperatorskich. W przypadku bowiem braku ingerencji Prezesa UKE i niedostosowania opłat międzyoperatorskich do zmian stawek (...), istniało ryzyko zerwania współpracy międzyoperatorskiej w tym zakresie, celem rozpoczęcia negocjowania nowej umowy o współpracy dotyczącej usług sieci inteligentnych. Spowodowałoby to przerwę w świadczeniu tych usług. W decyzji Prezes UKE uwzględnił również obowiązki nałożone na przedsiębiorców telekomunikacyjnych (art. 28 ust. 1 pkt 2 PT), w szczególności obowiązek z art. 79 PT.

Organ w uzasadnieniu decyzji wskazał ponadto, że większość z przesłanek wymienionych w art. 28 ust. 1 PT nie dotyczy przedmiotu wydanej decyzji. Jednak te kryteria z art. 28 ust. 1, które mają zastosowanie, zostały przez Prezesa UKE uwzględnione. Poza wspomnianymi przesłankami z art. 28 ust. 1 pkt 1 i 2 PT, Prezes UKE uwzględnił także praktyczną możliwość wdrożenia rozwiązań dotyczących ekonomicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego (art. 28 ust. 1 pkt 4 PT) oraz konieczność zapewnienia niedyskryminujących warunków dostępu telekomunikacyjnego (art. 28 ust.

I pkt 5 b PT). To ostatnie kryterium wiąże się z przyjętą przez Prezesa UKE praktyką w zakresie ustalania - także dla innych podmiotów - opłat za połączenia na numerację (...) gdzie opłaty te są ściśle powiązane z aktualną stawką (...) (jak w niniejszej decyzji). Zmiana Umowy przez Prezesa UKE była więc konieczna w celu ustalenia we współpracy (...) i (...) analogicznych (niedyskryminujących) warunków, jakie uzyskują inne podmioty, zwracając się do Prezesa UKE o rozstrzygnięcie sporu z zakresu warunków dostępu do numeracji (...).

Ustalając w wydanej decyzji taką samą stawkę za rozpoczęcie połączenia w ruchomej sieci (...), jak za zakończenie połączenia w tej sieci Prezes UKE uzasadniał to także faktem, iż w przypadku rozpoczęcia połączenia, zaangażowane są te same zasoby sieciowe, co w przypadku zakończenia połączenia. Opłata, jaką jest zobowiązany pobierać (...) z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w zakresie stawki z tytułu zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) została ustalona przez Prezesa UKE decyzją(...) z dnia 9 grudnia 2009 r. (zwaną dalej „Decyzja (...)\"). Zgodnie z tą Decyzją wysokość stawki (...) została ustalona na poziomie 0,1677 zł/min.

Prezes UKE wskazał, że połączenia na usługi informacyjne świadczone na numeracji(...) z założenia są darmowe dla użytkowników końcowych. Usługodawca wykupuje numer od przedsiębiorcy telekomunikacyjnego i to on ponosi koszty połączenia przychodzącego do usług informacyjnych. Operator telekomunikacyjny obsługujący usługodawcę rozlicza się z innymi przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi płacąc im za wykonywane połączenia.

Przy połączeniach do usług informacyjnych świadczonych na numeracji(...) i (...)opłatę za nie ponosi usługodawca razem z użytkownikiem końcowym wykonującym połączenie. Przyjęty jest podział 50/50 czyli usługodawca zwraca przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu połowę kosztów rozpoczęcia połączenia, a druga połowa jest dopłacana z opłaty uiszczanej przez użytkownika. Stawka 0,0839 zł/min jaką jest zobowiązana (...) uiszczać na rzecz (...) za każdą minutę połączenia przychodzącego do usług informacyjnych świadczonych na numeracji(...)i(...), stanowi zwrot współdzielonych kosztów związanych z rozpoczęciem połączenia w ruchomej sieci (...). Zdaniem Prezesa UKE powiązanie w wydanej decyzji wszelkich zmian wysokości stawki (...) z wysokością opłat za dostęp do usług informacyjnych pozwoli uniknąć zaangażowania stron w długie i kosztowne negocjacje.

Odnosząc się do stanowiska (...), Prezes UKE podniósł, że przedmiotem negocjacji zapoczątkowanych wnioskiem (...) z 19 sierpnia 2009 r. była jedynie zmiana stawek za połączenia na numerację (...), (...) i (...), a nie zmiana zasad współpracy w innym zakresie. Oprócz tego Prezes UKE jest ograniczony zakresem postępowania wynikającym z wniosku (...) z 17 lutego 2010 r., dlatego nie mógł uwzględnić stanowiska (...) dotyczącego współpracy stron Umowy w zakresie numeracji (...), (...) i (...). Prezes UKE nie stwierdził też zależności pomiędzy zmianą opłat na numeracji(...), (...) i (...), a zmianą warunków współpracy w zakresie numeracji (...).

Prezes UKE wskazał, że stosownie do art. 4 ust. 1 dyrektywy o dostępie – na którą powołuje się (...) – obowiązek negocjowania wzajemnych połączeń celem świadczenia usług łączności elektronicznej publicznie dostępnych, ciąży na wszystkich operatorach publicznych sieci łączności, a więc na przedsiębiorstwach udostępniających lub upoważnionych do udostępniania publicznych sieci łączności albo urzędzeń towarzyszących. Dlatego dostęp użytkowników sieci (...) do usług sieci inteligentnej realizowanych za pośrednictwem (...), uregulowany w decyzji Prezesa UKE, jest zgodny z przepisami dyrektywy o dostępie.

Prezes UKE stanął także na stanowisku, że kwestia ewentualnego uprzedniego uznania (...) za podmiot zajmujący znaczącą pozycję na odpowiednim rynku, nie ma znaczenia z punktu widzenia kompetencji Prezesa UKE do rozstrzygnięcia niniejszego sporu. Skoro bowiem zakres decyzji mieści się w pojęciu „wzajemnych połączeń” w rozumieniu dyrektywy o dostępie oraz w pojęciu „połączenia sieci” w rozumieniu PT, to wobec tego na mocy art. 26a PT na (...) ciąży obowiązek negocjowania w tym zakresie, a Prezes UKE jest uprawniony do rozstrzygnięcia sporu. Podany zaś przez (...) przykład odmowy uregulowania zasad współpracy w zakresie świadczenia usług (...) przez (...) sp. z o.o. na rzecz (...) sp. z o.o. jest nieadekwatny do niniejszej sprawy. Usługi hostingu (...) z reguły nie ograniczają się bowiem do połączenia sieci, lecz mieszczą się w ramach szerszego pojęcia dostępu telekomunikacyjnego. Usług tych dotyczy ponadto regulacja na rynku konkurencyjnym. W niniejszej natomiast sprawie na (...) ciąży obowiązek wynikający z art. 79 ust. 1 PT.

Odnosząc się do stanowiska (...) w sprawie wykładni art. 28 ust. 8 PT, Prezes UKE argumentował, że przepis ten nie stanowi, iż decyzja o dostępie wydawana jest w sprawach, w których jedną ze stron jest przedsiębiorca, na którego został nałożony obowiązek na podstawie art. 34 i art. 45 PT. Przepis ten natomiast przesądza o szerszym zakresie decyzji, jeżeli jedną ze stron jest przedsiębiorca telekomunikacyjny, na którego zostały nałożone takie obowiązki.

Od powyższej decyzji Prezesa UKE odwołanie wniósł (...), zaskarżając ją w całości i wnosząc o jej uchylenie. W przypadku niepodzielenia przez Sąd zarzutów uzasadniających uchylenie zaskarżonej decyzji w całości, powód wniósł o uchylenie decyzji w zakresie pkt I ppkt 3 z uwagi na podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 27 ust. 3 PT w zw. z art. 61 § 1 i § 4 oraz art. 104 § 1 i 2 kpa.

Powód zarzucił zaskarżonej decyzji naruszenie:

1) art. 27 ust. 2 w zw. z art. 28 ust. 1 pkt 2 PT oraz art. 4 ust. 1 i art. 5-8 dyrektywy o dostępie, poprzez prowadzenie postępowania i wydanie skarżonej decyzji w sprawie, która nie należy do kompetencji Prezesa UKE, a więc występuje wada decyzji uzasadniająca stwierdzenie nieważności tej decyzji w świetle art. 156 § 1 pkt 2 kpa, co jest wnioskiem najdalej idącym,

2) art. 79 ust. 1 PT poprzez niezasadne uznanie, że przepis ten 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 poprzez wydanie zaskarżonej 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 pkt 2 PT w zw. z art. 79 ust. 1 PT oraz w zw. z art. 7, 77 § 1 kpa w zw. z art. 107 § 1 i 3 kpa - poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż wydanie decyzji było konieczne z uwagi na fakt, iż niedokonanie zmiany stawek ustalonych w Porozumieniu mogło skutkować rozwiązaniem Porozumienia,

5) art. 31 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. b i c PT; art. 28 ust. 1 pkt 2 i 4 oraz art. 79 ust. 1 PT; art. 28 ust. 1 i ust. 2 pkt 2-4 oraz pkt 5 lit. b i c; art. 27 ust. 3 i art. 28 ust. 2 pkt 4 PT w zw. z art. 7, 77 § 1 kpa w zw. z art. 107 § 1 i 3 kpa poprzez:

a) ustalenie stawki należnej (...) S.A. od (...) sp. z o.o. w związku ze współpracą przewidzianą w zaskarżonej 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,

b) bezpodstawne przyjęcie, iż (...) S.A. w negocjacjach z (...) sp. z o.o. wyraził zgodę na zastosowanie w odniesieniu do usług, polegających na połączeniach do numerów (...), stawki równej stawce (...) S.A.,

c) ustalenie zasad rozliczeń w sposób prowadzący do naruszenia zasad konkurencji i dyskryminujący (...) S.A., poprzez powoływanie się przez Prezesa UKE na „otoczenie rynkowe”, będące efektem wydania uprzednio przez Prezesa UKE innych decyzji administracyjnych, dotyczących usług, do jakich odnosi się zaskarżona decyzja,

d) przyjęcie w zaskarżonej decyzji rozwiązania polegającego na stałym, „automatycznym” podążaniu stawki należnej (...) S.A. z tytułu wykonywania usług objętych zaskarżoną decyzją - za stawką (...) S.A., bez względu na zmiany tej stawki,

6) art. 27 ust. 3 PT w zw. z art. 61 § 1 i § 4 oraz art. 104 § 1 i 2 kpa - poprzez rozstrzygnięcie sprawy administracyjnej w zakresie wykraczającym poza zakres przedmiotowy prowadzonego przez Prezesa

UKE postępowania administracyjnego, określony w skierowanym do (...) S.A. zawiadomieniu o wszczęciu tego postępowania, tj. w zakresie zmiany stawki rozliczeniowej za połączenia kierowane do numeracji o prefiksie (...),

7) art. 27 ust. 3 oraz art. 28 ust. 1 pkt 2 PT w zw. z art. 61 § 1 oraz art. 104 § 1 i 2 kpa - poprzez rozstrzygnięcie sprawy administracyjnej w sposób, który nie wynika z treści wniosku (...) sp. z o.o., tj. poprzez ustalenie stawek za połączenia do numerów (...) w sieci (...) sp. z o.o. w odniesieniu do stawki (...) S.A, w sytuacji, gdy we wniosku (...) sp. z o.o. stawki za te połączenia zostały określone kwotowo,

8) naruszenie art. 28 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 30 PT - poprzez ustalenie treści zaskarżonej decyzji w oparciu o decyzję Prezesa UKE z dnia 9 grudnia 2009 r., nr(...) która:

a) jest niezgodna z obowiązującymi przepisami prawa, a także

b) jest sprzeczna z inną decyzją Prezesa UKE, tj.: decyzją z dnia 26 kwietnia 2007 r. nr(...) oraz z decyzją z dnia 30 września 2008 r., nr (...), co stanowi również o naruszeniu art. 110 kpa,

a w związku z tym decyzja Prezesa UKE z dnia 9 grudnia 2009 r. nie mogła stanowić źródła dla kluczowego kryterium wydania i treści decyzji w zakresie objętym zaskarżeniem, tj. ustalenia wysokości stawki rozliczeniowej przyjętej w zaskarżonej decyzji.

Pozwany - Prezes UKE w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie, podtrzymując stanowisko zawarte w zaskarżonej decyzji i odnosząc się do zarzutów powoda.

Zainteresowany (...) Sp. z o.o. w W. - który w toku postępowania został przejęty przez (...) Sp. z o.o. w W., występując dalej już pod tą nazwą - wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Wyrokiem z dnia 8 lipca 2011 roku Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie oraz zasądził od (...) Spółki Akcyjnej w W. na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej i zainteresowanego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. kwoty po 360 zł tytułem zwrotu kosztów procesu. Podstawą rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego były następujące ustalenia:

Prezes UKE, po przeprowadzonej analizie rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...), wydał decyzję z dnia 19 lipca 2006 r. nr (...) (tzw. „Decyzja (...)"), w której uznał (...) za przedsiębiorcę telekomunikacyjnego posiadającego znaczącą pozycję rynkową (ang. Significant Market P. (...)) na wyżej wymienionym rynku właściwym i nałożył na spółkę m.in. obowiązek wynikający z art. 40 Pt, polegający na ustalaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty.

W dniu 21 marca 2007r. (...) (poprzednio - (...)) oraz (...) zawarły umowę o współpracy i zasadach rozliczeń z tytułu świadczenia usług dostępu dla abonentów (...) na numery sieci inteligentnej (...).

W dniu 26 kwietnia 2007r. decyzją nr (...) Prezes UKE wyznaczył (...) S.A. jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego zajmującego znaczącą pozycję na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej sieci (...) S.A., zgodnym z obszarem sieci, w której następuje zakończenie połączenia i nałożył na niego obowiązki regulacyjne.

Decyzją nr (...) z tej samej daty Prezes UKE na podstawie art. 40 ust. 4 w zw. z art. 40 ust. 3 oraz art. 40 ust. 2 PT nałożył na (...) obowiązki: 1) dostosowania stawki z tytułu zakańczania połączeń głosowych (ang. Mobile Termination Rate - „(...)") w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...) niezróżnicowanej ze względu na porę i rodzaj dnia, do poziomu 40,00 gr/min od dnia 1 maja 2007 r.; 2) dostosowania stawki (...) do poziomu 33,87 gr/min od dnia 1 maja 2008 r. do dnia 30 kwietnia 2009 r., do poziomu 27,75 gr/min od dnia 1 maja 2009 r. do dnia 30 kwietnia 2010r. oraz do poziomu 21,62 gr/min od dnia 1 maja 2010 r.

W dniu 30 września 2008 r. Prezes UKE wydał na podstawie art. 40 ust. 4 w związku z art. 40 ust. 3 oraz art. 40 ust. 2 Pt decyzję nr (...), mocą której nałożył na (...) obowiązek dostosowania stawki z tytułu zakańczania połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...) do poziomu 0,2162 od dnia 1 stycznia 2009 r. do 30 czerwca 2009 r. oraz do poziomu 0,1677 zł/min od dnia 1 lipca 2009 r. (dalej „Decyzja(...)").

W dniu 21 stycznia 2009 r. Prezes UKE, po rozpatrzeniu wniosku (...) z dnia 16 grudnia 2008 r., na podstawie art. 28 ust. 1 w związku z art. 30 PT, wydał decyzję nr (...), mocą której zmienił w zakresie stawki (...) postanowienia umowy w sprawie warunków współpracy i zasad rozliczeń zawartej pomiędzy (...) a (...) w dniu 24 sierpnia 2004 r. Wydając powyższą decyzję, Prezes UKE ze względu na wystąpienie przypadku wyjątkowego, powodującego bezpośrednie i poważne zagrożenie zarówno dla konkurencyjności jak i dla interesów użytkowników, skorzystał z uprawnienia wynikającego z art. 17 PT i odstąpił od przeprowadzania postępowania konsultacyjnego, określając okres jej obowiązywania do dnia 13 lipca 2009 r.

Ze względu na tymczasowość decyzji z dnia 21 stycznia 2009 r. Prezes UKE decyzją nr (...) z dnia 24 czerwca 2009 r. zmienił postanowienia umowy w sprawie warunków współpracy i zasad rozliczeń zawartej w dniu 24 sierpnia 2004 r. pomiędzy (...) a (...) określając wysokość stawki (...) na poziomie 0,1677 zł/min, w okresie od dnia 14 lipca 2009 r.

W dniu 29 września 2009 r. Prezes UKE wydał decyzję nr(...) (tzw. „Decyzja(...)”), w której uznał (...) za przedsiębiorcę telekomunikacyjnego posiadającego znaczącą pozycję rynkową na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...), zgodnym z obszarem sieci, w którym następuje zakończenie połączenia i utrzymał obowiązki regulacyjne nałożone decyzją z dnia 19 lipca 2006 r.

Prezes UKE decyzją znak: (...)z dnia 9 grudnia 2009 r. (zwaną dalej „Decyzja (...)”) ustalił wysokość opłaty, jaką jest zobowiązany pobierać (...) z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w zakresie stawki z tytułu zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) (dalej stawka (...)) na poziomie 0,1677 zł/min.

Na podstawie aneksu z dnia 30 czerwca 2009 r. do umowy o współpracy, zawartej 21 marca 2007r., (...) i (...) ustaliły, że wysokość stawek za połączenia na numery sieci inteligentnej w sieci (...) będzie wynosiła 0,2800 zł/min dla połączeń na numery (...) oraz 0,1400 zł/min dla połączeń na numery(...).

Pismem nr (...) z dnia 19 sierpnia 2009 r. doręczonym w dniu 25 sierpnia 2009 r., (...) w związku z dokonaną przez Prezesa UKE zmianą stawki (...) wystąpiła do (...) z wnioskiem o zmianę Umowy

poprzez modyfikację wysokości opłaty wnoszonej przez (...) na rzecz (...) za minutę połączenia przychodzącego z sieci ruchomej (...) do Sieci (...) na numery Usług(...) w Sieci (...) na stawkę 0,1677 zł/min oraz wysokości opłaty wnoszonej przez (...) na rzecz (...) za minutę połączenia przychodzącego z sieci ruchomej (...) do Sieci (...) na numery Usług (...) w Sieci (...) na stawkę 0,0838 zł/min. Do wymienionego wniosku (...) załączyła projekt aneksu wprowadzającego proponowane zmiany.

W dniu 21 października 2009 r. (...) i (...) odbyły spotkanie negocjacyjne, na którym nie uzgodniły proponowanych przez (...) zmian do Umowy. Pismem z dnia 18 listopada 2009 r. (...) poinformowała (...) o trwających w (...) uzgodnieniach mających na celu przedstawienie (...) całościowych zmian do umowy.

W związku z tym, iż (...) i (...) nie doszły do porozumienia w przedmiocie wnioskowanej przez (...) zmiany umowy, pismem z dnia 17 lutego 2010 r. (...) na podstawie art. 27 ust. 2 oraz art. 28 ust. 1 w związku z art. 30 PT – wystąpiła do Prezesa UKE o wydanie decyzji zmieniającej umowę w zakresie określonym w załączonym projekcie aneksu do umowy. W art. 2 aneksu przedmiotem negocjacji między (...) i (...) była również zmiana stawki za połączenia na numerację (...)

Prezes UKE po wszczęciu i przeprowadzeniu postępowania administracyjnego z wniosku (...) o wydanie decyzji zmieniającej Umowę, w dniu 29 czerwca 2010 r. wydał decyzję nr (...) zaskarżoną przez powoda w niniejszej sprawie.

W ocenie Sądu Okręgowego odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu powoda, iż Prezes UKE przeprowadził postępowanie administracyjne i wydał decyzję w sprawie, która nie należy do jego kompetencji, Sąd pierwszej instancji wskazał, iż zaskarżona decyzja została wydana na podstawie art. 27 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego, w brzmieniu po nowelizacji z dnia 24 kwietnia 2009 r., która weszła w życie 6 lipca 2009 r. oraz na podstawie art. 28 ust. 1 w zw. z art. 30 PT. Zgodnie z art. 27 ust. 2 w przypadku niepodjęcia negocjacji o zawarcie umowy o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci, odmowy połączenia sieci telekomunikacyjnych przez podmiot do tego obowiązany lub niezawarcia umowy o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci w terminie, o którym mowa w ust. 1, lub 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.

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów podzielił stanowisko Prezesa UKE, że powoływany przez powoda wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 listopada 2008r. w sprawie C-227/07, gdzie stwierdzono nieprawidłową transpozycję do krajowego porządku prawnego dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (dyrektywy o dostępie), dotyczył poprzedniego brzmienia powołanego wyżej art. 27 ust. 2 PT, jak również art. 26 PT. Przepisy te nie uwzględniały dualizmu w zakresie dostępu t.j. dostępu w zakresie wzajemnych połączeń i innych form dostępu do sieci. Zgodnie bowiem z dyrektywą wzajemne połączenia stanowią specyficzny rodzaj dostępu realizowanego pomiędzy operatorami sieci publicznych. Nowelizacja PT z 24 kwietnia 2009r. uwzględniła zastrzeżenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, gdyż m.in. w dodanym art. 26a wyróżniono dostęp telekomunikacyjny w zakresie połączenia sieci i inne rodzaje dostępu telekomunikacyjnego. Umowa, która była negocjowana pomiędzy powodem a (...) dotyczyła połączenia sieci, co jest bezsporne. W takim wypadku art. 27 ust. 2 PT daje Prezesowi UKE kompetencję do wydania decyzji zastępującej umowę o połączeniu sieci lub zmiany takiej umowy. Postępowanie dowodowe wykazało, że negocjacje trwały od 25 sierpnia 2009 r. i umowy nie zawarto do czasu, gdy 17 lutego 2010r. (...) wystąpił z wnioskiem do Prezesa UKE o wydanie decyzji.

Powód podniósł, że nie jest dopuszczalne wydanie przez Prezesa UKE w ramach tzw. arbitrażu, decyzji dotyczącej określonego zakresu działalności telekomunikacyjnej wobec podmiotu, który nie został wyznaczony jako podmiot posiadający znaczącą pozycję na rynku właściwym, którego zakres produktowy obejmuje dany rodzaj usług telekomunikacyjnych i w związku z powyższym - nie został obciążony przez Prezesa UKE żadnym szczególnym obowiązkiem (tzw. obowiązkiem regulacyjnym), w tym zwłaszcza obowiązkiem uwzględniania uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego (art. 34 ust. 1 Pt) czy obowiązkiem stosowania stawek „regulowanych” (art. 40ust. 1 lub art. 40 ust. 4 Pt). Powód wywodził, że brzmienie art. 4 ust. 1 i art. 8 dyrektywy o dostępie skutkuje tym, że fakt, iż na danym podmiocie ciąży obowiązek prowadzenia negocjacji, nie powoduje automatycznie, że ma on również obowiązek zawarcia umowy i ustalając, czy istnieją podstawy do wydania w ramach tzw. arbitrażu decyzji zastępującej umowę o dostępie telekomunikacyjnym, należy brać pod uwagę wymogi nałożone na przedsiębiorcę. Zarzucił również, że mimo dokonanej nowelizacji prawa telekomunikacyjnego, transpozycja dyrektywy o dostępie nie została przeprowadzona prawidłowo, ewentualnie że należałoby w tym zakresie dokonywać właściwej tzw. wykładni prowsópnotowej.

Odnosząc się do tego zarzutu Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wskazał, iż wykładnia prounijna jest dopuszczalna w następujących przypadkach:

1. dotyczy tych przepisów krajowych, które zostały ustanowione celem implementacji dyrektywy
2. dotyczy przepisów krajowych, które nienależycie implementują dyrektywy
3. dotyczy przepisów krajowych, które nienależycie implementują przepisy dyrektyw niewywołujących skutku bezpośredniego.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji prawo telekomunikacyjne niewątpliwie należy do kategorii przepisów krajowych, które zostały ustanowione celem implementacji dyrektywy, zatem należało zbadać, czy kwestionowane przez powoda przepisy PT należycie implementują przepisy dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (dyrektywy o dostępie). Sąd Okręgowy dokonał więc analizy, czy poprzez nowelizację prawa telekomunikacyjnego osiągnięto rezultat zakładany przez dyrektywę (art. 4 ust. 1 dyrektywy o dostępie), przy uwzględnieniu zasady, że państwa członkowskie mają swobodę w wyborze formy i metod osiągnięcia rezultatu zakładanego przez dyrektywę.

Sąd pierwszej instancji wskazał, iż w myśl art. 4 ust. 1 dyrektywy o dostępie „Operatorzy publicznych sieci łączności mają prawo, a na wniosek innego uprawnionego przedsiębiorstwa zgodny z art. 4 dyrektywy 2002/20/WE (dyrektywa o zezwoleniach) - obowiązek negocjowania wzajemnych połączeń w celu świadczenia publicznie dostępnych usług łączności elektronicznej, w celu zapewnienia świadczenia usług i ich interoperacyjności w obrębie całej Wspólnoty. Operatorzy zapewniają dostęp i wzajemne połączenia innym przedsiębiorstwom na zasadach i warunkach zgodnych z obowiązkami nałożonymi przez krajowy organ regulacyjny zgodnie z art. 5-8.” Powód wskazując na drugie zdanie tego przepisu podnosił, iż uregulowanie wzajemnego połączenia pomiędzy operatorami przez Prezesa UKE może mieć miejsce tylko wtedy, gdy uprzednio organ ten nałożył w innej decyzji obowiązki regulacyjne na operatora. Zdaniem Sądu Okręgowego prawidłowe odczytanie art. 4 ust. 1 dyrektywy o dostępie nie może się jednak opierać tylko na samym brzmieniu zdania 2 ustępu 1 tego artykułu, lecz musi uwzględniać odesłanie, jakie znajduje się w końcowej części tego przepisu, tj. do przepisów art. 5-8 dyrektywy o dostępie. Chodzi bowiem o „obowiązki nałożone przez krajowy organ regulacyjny zgodnie z art. 5-8.” Z powołanych art. 5-8, jedynie w art. 5 dyrektywy o dostępie dopuszczone jest nakładanie przez krajowe organy regulacyjne na operatorów obowiązków w zakresie wzajemnych połączeń, nawet jeśli dany operator nie został wskazany jako posiadający znaczącą pozycję rynkową. W zdaniu drugim bowiem wspomnianego art. 5 wskazuje się, że „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: a) 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 (...)” Zdaniem Sądu sformułowanie „w szczególności i niezależnie od środków, które mogłyby zostać podjęte w stosunku do przedsiębiorstw dysponujących znaczącą pozycją rynkową” oznacza, że obowiązek opisany w tym artykule pod lit. a) może być nakładany także wobec przedsiębiorstw nie dysponujących znaczącą pozycją rynkową. Jednak mimo takiej możliwości, przepis ten nie dotyczy sytuacji rozpatrywanej w niniejszej sprawie, gdyż stanowi on wyraźnie o połączeniach typu „koniec- koniec”, umowa zaś pomiędzy powodem ((...) S.A) a zainteresowanym (...) Sp. o.o. nie normuje zapewnienia możliwości połączenia tego typu.

Sąd pierwszej instancji rozważał zatem, czy w którejkolwiek z innych norm zawartych w art. 5-8 dyrektywy o dostępie – do których odsyła art. 4 ust. 1 tej dyrektywy - dopuszcza się możliwość nałożenia przez krajowy organ regulacyjny obowiązku zapewnienia wzajemnych połączeń, mimo że dany operator nie został wskazany jako posiadający znaczącą pozycję na danym rynku. Zdaniem tego Sądu analiza treści art. 8 dyrektywy o dostępie, zatytułowanego „Nakładanie, zmiana albo uchycenie obowiązków”, prowadzi do wniosku, że zasadą jest nakładanie przez krajowy organ regulacyjny na operatorów obowiązków, o których mowa w art.9-13 dyrektywy, jedynie w sytuacji, gdy uprzednio w wyniku analizy rynku przeprowadzonej zgodnie z art. 16 dyrektywy 2002/21/WE (dyrektywy ramowej), dany operator został wskazany jako posiadający znaczącą pozycję na danym rynku (art. 8 ust. 2 dyrektywy o dostępie). Pewne powtórzenie i podkreślenie tej zasady znajduje się w art. 8 ust. 3 dyrektywy o dostępie, gdzie – za wyjątkiem niektórych przepisów dyrektywy 2002/21/WE (dyrektywy ramowej), dyrektywy 2002/20/WE (dyrektywy o zezwoleniach), dyrektywy 2002/22/WE (dyrektywy o usłudze powszechnej), dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej) – wprowadza się ogólną regułę, zgodnie z którą

krajowe organy regulacyjne nie będą nakładały obowiązków określonych w art. 9-13 na operatorów, którzy nie zostali wskazani zgodnie z ust. 2. (czyli jako posiadający znaczącą pozycję na danym rynku).

Ta reguła doznaje jednak wyjątku, poprzez odesłanie do wymienionych wyżej dyrektyw. Zdaniem Sądu pierwszej instancji jako wprowadzenie wyłomu od tej zasady należy rozumieć następujące sformułowanie art. 8 ust. 3: „3. Nie naruszając: przepisów art. 5 ust. 1 oraz art. 6, przepisów art. 12 oraz 13 dyrektywy 2002/21/WE (dyrektywy ramowej), wymogu nr 7 z części B Załącznika do dyrektywy 2002/20/WE (dyrektywy o zezwoleniach), stosowanego na mocy art. 6 ust. 1 wspomnianej dyrektywy, oraz art. 27, 28 i 30 dyrektywy 2002/22/WE (dyrektywy o usłudze powszechnej), a także stosownych przepisów dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej)(17), które nakładają obowiązki na przedsiębiorstwa inne aniżeli te, które zostały wskazane jako posiadające znaczącą pozycję rynkową, albo zobowiązań wynikających z prawa międzynarodowego, (...)”. Posłużenie się przez prawodawcę unijnego zwrotem, iż określona zasada (nakładania obowiązków tylko na podmioty o określonej pozycji na rynku) obowiązuje „nie naruszając” innych określonych przepisów, oznacza zdaniem Sądu sformułowanie wyjątku od tej zasady. Jednoznaczne potwierdzenie takiej wykładni znajduje się w końcowej części art. 8 ust. 3 tiret 2 dyrektywy o dostępie, gdzie wyraźnie określono, że powołane przepisy kilku dyrektyw „nakładają obowiązki na przedsiębiorstwa inne, aniżeli te, które zostały wskazane jako posiadające znaczącą pozycję rynkową”.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji treść powołanych w art. 8 ust. 3 tiret 2 dyrektywy o dostępie przepisów: art. 12 oraz 13 dyrektywy 2002/21/WE (dyrektywy ramowej), wymogu nr 7 z części B Załącznika do dyrektywy 2002/20/WE (dyrektywy o zezwoleniach), stosowanego na mocy art. 6 ust. 1 wspomnianej dyrektywy, oraz art. 27, 28 i 30 dyrektywy 2002/22/WE (dyrektywy o usłudze powszechnej) - wskazuje na to, że przepisy te przewidziały możliwość nakładania na operatorów określonych obowiązków, niezależnie od tego jaką pozycję na danym rynku zajmują.

W ocenie tego Sądu istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy ma treść 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 nim, „Państwa członkowskie zapewniają, aby - w przypadku gdy jest to technicznie i ekonomicznie wykonalne oraz 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, 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 powołanym wcześniej 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 pozwanego Prezesa UKE przy wydaniu zaskarżonej decyzji.

Powyższe, zdaniem Sądu pierwszej instancji, oznacza, że dyrektywa o dostępie w art. 8 ust. 3 tiret 2 w zw. z art. 28 dyrektywy o usłudze powszechnej udziela krajowemu organowi regulacyjnemu kompetencji do nałożenia obowiązków określonych w art. 9-13 dyrektywy o dostępie na przedsiębiorstwa inne aniżeli te, które zostały wskazane jako posiadające znaczącą pozycję rynkową – pod warunkiem, że nałożenie tego obowiązku zmierzać będzie do zapewnienia użytkownikom końcowym dostępu do usług wykorzystujących numery niegeograficzne. Wśród art. 9-13 dyrektywy o dostępie obowiązkiem, który może zrealizować ten wymóg, jest wymieniony w art. 12 ust. 1 lit. i) dyrektywy o dostępie obowiązek „zapewnienia wzajemnych połączeń pomiędzy sieciami”. Zapewnienie wzajemnych połączeń między sieciami operatorów jest bowiem jednym z warunków umożliwienia dostępu abonentom jednego

operatora do usług w zakresie numerów niegeograficznych, świadczonych przez innego operatora. Taka sytuacja zachodziła w ocenie Sądu Okręgowego w niniejszej sprawie.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji przedstawiona wyżej wykładnia przepisów dyrektywy o dostępie, na którą to dyrektywę powoływał się powód oraz dyrektywy o usłudze powszechnej prowadzi do wniosku, że przepisy polskiego Prawa telekomunikacyjnego nie dokonały implementacji w sposób niezgodny z przepisami unijnymi. W szczególności przewidziana na mocy art. 27 ust. 2 i art. 28 PT kompetencja Prezesa UKE do wydania decyzji w zakresie połączenia sieci – w tym także w celu realizacji obowiązku z art. 79 PT - bez względu na to, czy dany operator został wyznaczony uprzednio jako posiadający znaczącą pozycję, jest zgodna z powołanymi uregulowaniami dyrektywy o dostępie i dyrektywy o usłudze powszechnej.

Sąd pierwszej instancji odniósł się także do zarzutu powoda dotyczącego błędnej wykładni przepisu art. 79 Pt dokonanej przez pozwanego Prezesa UKE. Powód argumentował, że przepis ten dotyczy świadczenia usługi detalicznej (zapewnienie przez operatora zrealizowania połączenia do numeru niegeograficznego użytkownikom końcowym), a nie hurtowej (usługi świadczone pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi), a tylko w odniesieniu do tej ostatniej usługi (regulowanej przepisami art. 27 ust. 2 i art. 28 PT) Prezes UKE może nakładać na operatorów obowiązki określone w art. 28 PT.

Zdaniem Sądu Okręgowego, nakaz uwzględnienia - przy wydawaniu przez Prezesa UKE decyzji o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci - „obowiązków nałożonych na przedsiębiorców telekomunikacyjnych" (art. 28 ust. 1 pkt 2 PT) nie jest ograniczony tylko do obowiązków nałożonych w drodze indywidualnego aktu (np. decyzji administracyjnej). Również przepisy PT mogą nakładać na operatorów określone obowiązki, zaś jednym z nich jest przepis art. 79 PT, który nakłada na operatora publicznej sieci telefonicznej obowiązek zapewnienia użytkownikom końcowym swojej sieci (oraz użytkownikom końcowym z innych państw członkowskich) możliwości zrealizowania połączenia do numeru niegeograficznego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Taka wykładnia przepisu art. 28 ust. 1 w zw. z art. 79 PT jest, zdaniem Sądu pierwszej instancji, zarówno zgodna z przytoczonymi wcześniej regulacjami prawa unijnego, jak i uwzględnia fakt, że w konkretnym przypadku zapewnienie realizacji obowiązku z art. 79 PT może zostać dokonane tylko w drodze wzajemnego połączenia sieci dwóch operatorów, z których jeden – jak zainteresowany (...) w niniejszej sprawie – posiada w swojej sieci dostęp do numerów niegeograficznych. Inna interpretacja pozbawiałaby art. 79 PT znaczenia normatywnego, skoro nałożony w nim obowiązek nie mógłby być faktycznie egzekwowany.

Z tych względów Sąd Okręgowy uznał, że skoro w świetle art. 28 w zw. 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 spornych dot. zmiany zawartej między stronami umowy w zakresie połączenia sieci.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Prezesa UKE art. 15 ust. 1-3 oraz art. 18 PT, tj. braku przeprowadzenia przed wydaniem zaskarżonej decyzji postępowania konsolidacyjnego, Sąd Okręgowy zauważył, iż zaskarżona decyzja zmienia umowę stron o dostępie telekomunikacyjnym, gdyż połączenie sieci – zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 25 PT – stanowi szczególny rodzaj dostępu telekomunikacyjnego realizowanego pomiędzy operatorami. Decyzja o dostępie telekomunikacyjnym została wymieniona w art. 15 pkt 3 PT (decyzja dotycząca dostępu telekomunikacyjnego, o których mowa w art. 28-30), jako jedna z decyzji, przed podjęciem rozstrzygnięcia, w których Prezes UKE przeprowadza postępowanie konsultacyjne, umożliwiając zainteresowanym podmiotom wyrażenie na piśmie w określonym terminie stanowiska do projektu rozstrzygnięcia. W sprawie niniejszej postępowanie konsultacyjne odbyło się. Natomiast zgodnie z art. 18 PT jeżeli rozstrzygnięcia, o których mowa w art. 15, mogą mieć wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi, Prezes UKE, równocześnie z postępowaniem konsultacyjnym, rozpoczyna postępowanie konsolidacyjne, przesyłając Komisji Europejskiej i organom regulacyjnym innych państw członkowskich projekty rozstrzygnięć wraz z ich uzasadnieniem. W myśl art. 20 ust. 1 w zw. z art. 17 Pt w wyjątkowych sytuacjach, wymagających pilnego działania ze względu na bezpośrednie lub poważne zagrożenie

konkurencyjności lub interesów użytkowników, Prezes UKE może bez przeprowadzenia konsolidacyjnego wydać decyzję na okres nieprzekraczający 6 miesięcy.

Z uwagi na to, że zaskarżona decyzja została wydana bez określenia terminu jej obowiązywania, należało rozważyć, czy wydanie tej decyzji Prezes UKE winien poprzedzić postępowaniem konsolidacyjnym. Sąd pierwszej instancji wskazał, iż pojęcie „wpływu na stosunki handlowe między państwami członkowskimi”, jako przesłance zastosowania trybu postępowania konsolidacyjnego, nie zostało uregulowane w przepisach prawa polskiego. Natomiast pkt 38 preambuły do Dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002r. (dyrektywa ramowa) stanowi, że środki, które mogą oddziaływać na stosunki handlowe między państwami członkowskimi, to takie, które mogą mieć wpływ, pośredni albo bezpośredni, rzeczywisty lub potencjalny, na strukturę wymiany handlowej między państwami członkowskimi w sposób stwarzający 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 trans granicznych oraz środki, które oddziałują na strukturę i dostęp do rynku ze skutkiem dla przedsiębiorstw w innych państwach członkowskich. Stanisław Piątek w „Prawie telekomunikacyjnym. Komentarz” Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2005 podał, że: „wpływ na handel między państwami członkowskimi występuje w przypadkach, w których zastosowanie określonego instrumentu przez władzę regulacyjną może mieć wpływ na osiąganie celów w zakresie rynku wewnętrznego w stosunkach pomiędzy państwami członkowskimi, w szczególności poprzez rozdrabnianie tego rynku, osłabianie jego jednolitości lub ograniczanie konkurencji. Nawet środki, których zasięg jest ograniczony do jednego rynku lub jego części, jeżeli mają chronić ten rynek przed konkurencją z innych państw, wpływają na handel między państwami członkowskimi. Wpływ na handel między państwami członkowskimi wystąpi w każdym przypadku stosowania środków regulacyjnych w odniesieniu do sieci i usług międzynarodowych, usług które mogą być świadczone transgranicznie, usług, które świadczone w jednym państwie członkowskim wywierają wpływ na warunki świadczenia w innych państwach”.

Ponieważ sprawa dotyczy stawek hurtowych za rozpoczynanie połączeń, które (...) jest obowiązany uiszczać (...), to – zdaniem Sądu pierwszej instancji – nie zachodzi tutaj przypadek oddziaływania tej stawki na stosunki handlowe między krajami Unii Europejskiej. Powód wskazał na możliwość „obsługiwania” użytkowników końcowych załogowanych w sieci (...) S.A., a więc np. użytkowników końcowych operatorów zagranicznych korzystających z tzw. roamingu. Jednakże w ocenie Sądu Okręgowego dostępność przedmiotowych usług jest ograniczona, gdyż przedmiotowa decyzja dopuszcza możliwość świadczenia usług abonentom partnerów roamingowych (...) tylko w przypadku, gdy abonenci tych partnerów mają dostęp do tych usług i nie zostały one im zablokowane, zaś taka sytuacja może mieć miejsce w przypadku, gdy (...) i jego partner roamingowy zawrą odpowiednie umowy na świadczenie im usług. W takim przypadku nie można mówić o tym, że przedmiotowa stawka ma taki wpływ na strukturę wymiany handlowej pomiędzy państwami członkowskimi, że stworzy bariery w funkcjonowaniu jednolitego rynku.

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznał także, iż brak jest podstaw do przyjęcia, że zaskarżona decyzja może być interpretowana, jako nakładająca na (...) obowiązek zapewnienia innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym dostępu telekomunikacyjnego w zakresie połączeń w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...), bez przeprowadzenia analizy rynku właściwego i z tego powodu może mieć wpływ na stosunki handlowe z państwami członkowskimi. Przedmiotowa decyzja dotyczy bowiem zmiany umowy pomiędzy powodem a zainteresowanym w rozumieniu art. 30 PT. Nie może więc być interpretowana inaczej, niż wyłącznie jako wiążąca strony tej umowy. Nie ma zastosowania do innych podmiotów, nie nakłada na (...) obowiązków regulacyjnych, o czym świadczy jednoznacznie treść jej sentencji i uzasadnienia. Prezes UKE nie powołał art. 40 PT jako podstawy rozstrzygnięcia, nie można się również doszukać nałożenia takich obowiązków dokonując jej wykładni literalnej. Nie został zachowany tryb związany z nakładaniem takich obowiązków. Biorąc powyższe pod uwagę Sąd Okręgowy uznał zarzut powoda zawarty w pkt 3 odwołania jako całkowicie bezzasadny.

Odnosząc się z kolei do zarzutu bezpodstawnego przyjęcia przez Prezesa UKE, iż wydanie decyzji było konieczne z uwagi na fakt, iż niedokonanie zmiany stawek ustalonych w porozumieniu mogło skutkować jego rozwiązaniem, Sąd

pierwszej instancji uznał ten zarzut za bezzasadny i w pełni podzielił argumentację zawartą w odpowiedzi na odwołanie złożonej przez pozwanego. Prezes UKE podnosił w niej, że brak porozumienia w zakresie rozliczeń za połączenia na numery (...) mógł prowadzić do rozwiązania umowy, łączącej (...) i (...), gdyż było to na tyle istotne postanowienie umowne, wpływające na konkurencyjność oferty zainteresowanego, zwłaszcza w sytuacji obniżenia stawki (...) od 1 lipca 2009 r., że skoro zainteresowany skorzystał z uprawnień określonych w art. 27 PT, to należy przypuszczać że istniało duże zagrożenie rozwiązania umowy.

W ocenie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie sposób się zgodzić również z zarzutem zawartym w pkt 5 odwołania powoda, kwestionującym zasadność odniesienia stawki należnej (...) do stawki lub części stawki (...) oraz jej automatyczną zmianę – w związku ze zmianą stawki (...) bowiem zasadne jest uznanie, że w przypadku rozpoczęcia połączenia zaangażowane są te same zasoby sieciowe, co w przypadku zakończenia połączenia. Stawki (...) to stawki za zakańczanie połączeń, czyli symetria jest w tym wypadku uzasadniona, gdyż rozpoczęcie połączenia stanowi jak gdyby „lustrzane odbicie” jego zakończenia. Powód kwestionując wydanie decyzji bez przeprowadzenia analizy dotyczącej kosztów tych usług, również nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność, że koszty obu usług różnią się oraz ile wynoszą, zaś w niniejszym postępowaniu sądowym, na mocy art. 6 k.c., to na nim spoczywał w tym zakresie ciężar dowodu. Zdaniem Sądu pierwszej instancji bez znaczenia jest okoliczność, że (...) nie został wyznaczony jako posiadający znaczącą pozycję na rynku rozpoczynania połączeń w publicznej ruchomej sieci telefonicznej oraz w związku z tym nie nałożono na niego obowiązków regulacyjnych. Wobec braku porozumienia między (...) a zainteresowanym, Prezes UKE był obowiązany ustalić wysokość stawki i zdaniem Sądu Okręgowego ustalił ją w oparciu o obiektywne kryterium, jakim jest stawka (...), w sytuacji, gdy wykazał istnienie podobieństwa w zakresie rozpoczynania i zakańczania połączeń. Stawka (...) stanowi pewien punkt odniesienia, logiczne jest więc, że gdy następuje jej zmiana winna zmieniać się również stawka za rozpoczęcie połączenia, w innym przypadku wraz ze zmianą stawki (...) dla (...), strony musiałyby ponownie negocjować stawkę i ewentualnie wnioskować do Prezesa UKE o wydanie decyzji zastępującej zmianę umowy. Sąd pierwszej instancji uznał, iż Uzasadnione jest przyjęcie 50% stawki (...) za połączenia na numery (...)i (...), co Prezes UKE wyjaśnił w uzasadnieniu decyzji i odpowiedzi na odwołanie. Odmienne twierdzenia powoda winny być przez niego udowodnione, jak również winien on udowodnić, że przyznane stawki nie pokrywają jego kosztów.

Odnośnie zarzutu wyjścia przez Prezesa UKE poza zakres wniosku (...) Sąd Okręgowy zauważył, że dołączony do wniosku projekt aneksu wskazuje ze strony prowadziły również negocjacje dotyczące zmiany stawki za połączenia na numery (...). Prawidłowe było więc objęcie przez Prezesa UKE rozstrzygnięciem również tej opłaty, jako wskazanej w projekcie. Jednak nawet gdyby przyjąć, że pierwotnie w postępowaniu administracyjnym Prezes UKE wyszedł poza - ściśle określony w samym piśmie zainteresowanego - zakres wnioskowanego rozstrzygnięcia, to uwzględniając stanowisko zainteresowanego prezentowane już w toku niniejszego postępowania sądowego, okoliczność ta nie mogłaby skutkować zmianą zaskarżonej decyzji. Jest tak dlatego, ponieważ odwołanie od decyzji Prezesa UKE uruchamia przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów nowe postępowanie, którego celem jest rozstrzygnięcie sprawy niezależnie od ewentualnych błędów proceduralnych popełnionych przez organ na etapie postępowania administracyjnego. Jeżeli zatem w toku postępowania przed Sądem Okręgowym w Warszawie - Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zainteresowany (...) tym razem określa zakres wniosku złożonego w trybie art. 27 ust. 2 w sposób jednoznaczny - a jednocześnie szerszy, obejmujący stawki dotyczące także numeracji(...) - to dla Sądu wiążące jest aktualne stanowisko zainteresowanego.

Podobnie za niezasadny ocenił Sąd pierwszej instancji zarzut zawarty w pkt 7 odwołania powoda, uznając, iż rację ma Prezes UKE twierząc że zakres wniosku określony jest przez przedmiot negocjacji prowadzonych między stronami, a były to stawki za połączenia na numeru (...). Prezes UKE nie był obowiązany ustalić stawek kwotowo, mógł uzależnić przedmiotowe stawki od stawki (...), gdyż nie jest on ściśle uzależniony od propozycji stron i w żaden sposób nie stanowi to wyjścia poza granice wniosku.

W ocenie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie znalazł także potwierdzenia zarzut powoda dotyczący oparcia przedmiotowej decyzji na decyzji (...) 2009, która zdaniem powoda, jest dotknięta nieważnością. Prezes UKE nie oparł skarżonej decyzji na decyzji (...) 2009, a jedynie odniósł się do stawki (...), jaką jest obowiązany stosować (...) w

rozliczeniach za zakańczanie połączeń we własnej sieci ruchomej oraz uzależnił zmianę stawki wnoszonej przez (...) od zmiany stawki (...). Nie ma więc znaczenia wadliwość tamtej decyzji oraz jej ewentualne uchylene.

Sąd pierwszej instancji nie uwzględnił zarzutów związanych z naruszeniem przez Prezesa UKE przepisów k.p.a., z uwagi na charakter postępowania toczącego się przed SOKiK na skutek odwołania od decyzji Prezesa UKE. Sąd ten przypomniał, iż postępowanie przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest postępowaniem pierwszoinstancyjnym, prowadzonym zgodnie z zasadą kontradyktoryjności stron. Strony w jego toku mogą zgłosić wnioski i dowody na ich poparcie. Zdaniem Sądu jedynie wada decyzji wynikająca z naruszenia przepisów procedury administracyjnej, takiego rodzaju, która uniemożliwiałaby funkcjonowanie decyzji w obrocie prawnym, uzasadniałaby jej uchylene.

Sąd pierwszej instancji oddalił wniosek powoda o wstrzymanie wykonania zaskarżonej decyzji, podnosząc, iż instytucja ta ma charakter wyjątkowy. Decyzja w sprawie niniejszej z urzędu podlega natychmiastowemu wykonaniu. W takiej sytuacji na powodzie spoczywał obowiązek wykazania zarówno niezasadności wydania decyzji, jak również negatywne jej skutki, a więc że wykonanie decyzji spowoduje dla niego wysoką i niepowetowaną szkodę. W ocenie Sądu pierwszej instancji powód nie wykazał tych okoliczności, a twierdzenia odnośnie negatywnych konsekwencji, zawarte w odwołaniu, nie zostały poparte dowodami.

Z powyższych przyczyn na mocy art.28 ust. 1 w zw. z art. 30 ust. 1 PT Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie, o kosztach procesu rozstrzygając na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c.

Powyższy wyrok Sądu Okręgowego w całości zaskarżył apelacją powód (...) S.A. w W., który w toku postępowania apelacyjnego zmienił formę działalności ze Spółki Akcyjnej na Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością. Apelujący zaskarżonemu wyrokowi zarzucił :

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.) oraz art. 4. ust. 1 oraz art. 5-8 dyrektywy 2002/19/WE z dnia 24 kwietnia 2002 roku w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz połączeń międzysieciowych (OJ L 108) w zw. z art. 28 dyrektywy 002/22/WE z dnia 7 marca 2002 roku w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (dalej: „dyrektywa o usłudze powszechnej”) poprzez utrzymanie w mocy skarżonej decyzji w sprawie, w której brak było kompetencji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, w tym domniemanie tej kompetencji z przepisów powyższych dyrektyw;

II. art. 79 ust. 1 PT poprzez 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 PT w zw. z art. 15 PT, a także art. 7 ust. 2 -4 dyrektywy 2002/21/WE z dnia 7 marca 2002 roku w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej poprzez utrzymanie w mocy skarżonej 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;

IV. art. 28 ust. 1 pkt 2 PT w zw. z art. 79 ust. 1 PT oraz art. 227 i 233 § 1 k.p.c. - poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż wydanie zaskarżonej decyzji było konieczne z uwagi na fakt, iż niedokonanie zmiany stawek ustalonych w Porozumieniu z dnia 21 marca 2007 roku mogło skutkować rozwiązaniem umowy z dnia 21 marca 2007 roku;

V. art. 31 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 28 ust. 1 pkt 5 lit.b i c PT ; art. 28 ust.1 pkt 2 i 4 oraz art. 79 ust.1 PT ; 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 PT w zw. z art. 227 i 233 § 1 k.p.c. poprzez:

a) akceptację ustalenia w decyzji stawki należnej (...) S.A. od (...) sp. z o.o. bez uwzględnienia aspektów ekonomicznych; narzucenia (...) 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,

b) akceptację zasad rozliczeń ustalonych przez Prezesa UKE w sposób prowadzący do naruszenia zasad konkurencji i dyskryminujący (...) S.A., w tym w wyniku powoływania się przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na „otoczenie rynkowe”, będące efektem wydania uprzednio przez ten organ innych decyzji administracyjnych dotyczących usług, do jakich odnosi się skarżona decyzja,

d) akceptację rozwiązania polegającego na stałym, „automatycznym” podążaniu stawki należnej (...) S.A. z tytułu wykonywania usług objętych skarżoną decyzją - za stawką (...) S.A., bez względu na zmiany tej stawki;

VI. art. 27 ust. 3 PT w zw. z art. 61 § 1 i § 4 oraz art. 104 § 1 i 2 kpa - poprzez rozstrzygnięcie sprawy administracyjnej w zakresie wykraczającym poza zakres przedmiotowy prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej postępowania administracyjnego, określony w skierowanym do (...) S.A. zawiadomieniu o wszczęciu tego postępowania, tj. w zakresie zmiany stawki rozliczeniowej za połączenia kierowane do numeracji o prefiksie(...);

VII. naruszenie art. 28 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 30 PT - poprzez utrzymanie w mocy decyzji ustalającej kluczowe warunki współpracy (stawki rozliczeniowe) w oparciu o decyzję Prezesa UKE z dnia 9 grudnia 2009 r., nr (...) która jako decyzja wadliwa (obarczona wadą nieważności) nie mogła stanowić źródła dla kluczowego kryterium wydania i treści decyzji w zakresie objętym odwołaniem, tj. ustalenia wysokości stawki rozliczeniowej przyjętej w skarżonej decyzji.

VIII. Naruszenie art. 227 i art. 233 § 1 k.p.c. poprzez zaniechanie dokonania ustaleń stanu faktycznego lub dokonanie błędnych ustaleń w istotnych sprawie kwestiach, stanowiących podstawę rozstrzygnięcia, a także pominięcie w uzasadnieniu wyroku istotnej części argumentacji Powoda, skutkujące brakiem właściwego wyjaśnienia podstawy faktycznej i prawnej rozstrzygnięcia w rozumieniu art. 328 § 2 k.p.c.

Wskazując na powyższe apelujący wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez uchylenie decyzji Prezesa UKE z dnia 29 czerwca 2010 roku, Nr (...), w całości; względnie - zgodnie z alternatywnym żądaniem odwołania - uchylenie powyższej decyzji w części, tj. w zakresie pkt I ppkt 3 sentencji Decyzji albo o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania oraz orzeczenie o kosztach postępowania według obowiązujących przepisów prawa.

Pozwany Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wnosił o oddalenie apelacji i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania apelacyjnego.

Zainteresowany (...)Spółka z o.o. w W. wnosił o oddalenie apelacji.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja nie zasługiwała na uwzględnienie, bowiem zarówno ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji, jak i ich ocena prawna są prawidłowe. Sąd Apelacyjny w pełni je podziela i przyjmuje za własne, bez potrzeby ponownego ich przytaczania w części motywacyjnej uzasadnienia.

Podkreślić należy, iż zarzuty podniesione w apelacji stanowią de facto powtórzenie zarzutów zawartych w odwołaniu od zaskarżonej decyzji Prezesa UKE z tą modyfikacją, iż w części zarzutów zamiast przytoczenia odpowiednich przepisów kpa apelujący powołuje naruszenie przepisów art. 227 i 223 § 1 k.p.c., dodatkowo formułując zarzut naruszenia tych przepisów w związku z art. 328 § 2 k.p.c. poprzez zaniechanie dokonywania ustaleń stanu faktycznego lub dokonanie błędnych ustaleń w istotnych kwestiach stanowiących podstawę rozstrzygnięcia. Zauważyć jednak należy, iż ten ostatni zarzut powód uzasadnił tak ogólnikowo, iż nie poddaje się on kontroli instancyjnej. Skuteczne postawienie zarzutu naruszenia przez Sąd art. 233 § 1 k.p.c. wymaga bowiem wykazania, że Sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem może być przeciwstawione uprawnieniu Sądu

do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej niż przyjął Sąd wadze (doniosłości poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie, niż ocena Sądu (por. wyr. Sądu Najwyższego z dnia 8 kwietnia 2009 r., II PK 261/08). Ponadto zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. może być usprawiedliwiony tylko w wyjątkowych okolicznościach, w których treść uzasadnienia orzeczenia Sądu uniemożliwia całkowicie dokonanie oceny toku wyводу, który doprowadził do wydania orzeczenia w sprawie (por. wyrok SN z dnia 16 października 2009 roku, sygn. akt I UK 129/09, LEX nr 558286). W przedmiotowej zaś sprawie Sąd Okręgowy, dokonując w uzasadnieniu istotnych dla sprawy ustaleń faktycznych, szczegółowo wskazał dowody, na których się oparł. Jednocześnie podał, iż stan faktyczny ustalony został na podstawie powołanych i niekwestionowanych przez strony dokumentów. Argumentacja Sądu pierwszej instancji jest ponadto tak szczegółowa i wyczerpująca, iż brak jest jakichkolwiek podstaw do stawiania takiego zarzutu apelacyjnego.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego zarzuty dotyczące powiązania stawek za rozpoczynanie połączenia na numery „niegeograficzne”(…),(…) i (…) ze stawką (…) obowiązującą powoda na podstawie odrębnych decyzji i rozkład procentowy tych stawek pomiędzy obu operatorów sieci, jest o tyle nieuzasadniony, iż w samej umowie z dnia 21 marca 2007 r. strony ustaliły te stawki w takich samych proporcjach (50/50 %), jak wynika to z zaskarżonej decyzji (§ 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 8 umowy), natomiast 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. Powód nie przedstawił żadnego dowodu na poparcie swojej tezy, jednocześnie zarzucając, iż Sąd nie przeprowadził analizy celem wyjaśniania stanu faktycznego. Wbrew twierdzeniom powoda Prezes UKE (a za nim Sąd pierwszej instancji) jasno uzasadnił, jakimi przesłankami kierował się wybierając model rozliczeń określony w Decyzji, szczegółowo opisując, w jaki sposób ustalił koszty, stawki rozliczeń przyjęte w Decyzji, każdy z tych elementów zawiera czytelne uzasadnienie. Powód – kwestionując ustalenia Prezesa UKE, 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 pierwszej instancji. Nie zasługuje również na uwzględnienie pogląd, iż wynagrodzenie ustalone przez Prezesa UKE w zaskarżonej Decyzji jest de facto stawką „regulowaną”. Przyjęty sposób rozliczeń jest zgodny z wnioskiem Zainteresowanego, wynikał ponadto z praktyki rynkowej stosowanej przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych, a także z przeprowadzonej analizy zaangażowania zasobów sieciowych w realizację przedmiotowych usług oraz ekonomicznej zasadności zapewnienia użytkownikom końcowym możliwości świadczenia usług informacyjnych. Słusznie zostało przyjęte, iż w braku zastosowania przedmiotowego powiązania opłat z tytułu realizacji usług (...), (...), (...) ze stawką (...), doszłoby do sytuacji, w której każdorazowa obniżka stawek (...) angażowałaby strony w długie i kosztowne negocjacje, które w praktyce zakończyłyby się brakiem porozumienia stron i kolejnym rozstrzygnięciem Prezesa UKE, gdyż Powód z zasady kwestionuje wszelkie obniżki opłat proponowane przez Zainteresowanego. W świetle powyższego, zarzuty dotyczące ustalenia przez Pozwanego warunków rozliczeń Stron w sposób prowadzący do naruszenia zasad konkurencji i dyskryminujący (...) są bezpodstawne.

Nietrafny jest także zarzut, iż Prezes UKE wydając decyzję rozstrzygnął także o stawkach połączeń na numer (...), pomimo iż wniosek tego numeru nie dotyczył. Jednakże słusznie podnosił pozwany, co potwierdził Sąd pierwszej instancji, iż dołączony do wniosku projekt aneksu wskazuje, że strony prowadziły również negocjacje dotyczące zmiany stawki za połączenia na numery (...), zatem wolą wnioskodawcy była również zmiana umowy w tym zakresie. Prawdopodobnie było więc objęcie przez Prezesa UKE rozstrzygnięciem również tej opłaty, jako wskazanej w projekcie.

Podstawowy spór w sprawie niniejszej sprowadza się zatem do kwestii, czy Prezes UKE był uprawniony do wydania decyzji zmieniającej umowę stron, pomimo iż przepisy PT w sposób wyraźny takiej kompetencji dla Prezesa nie przewidują.

Wychodząc od charakteru umowy łączącej strony, zdaniem Sądu drugiej instancji, uznanie przez Sąd Okręgowy Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów za bezsporne, iż zaskarżona Decyzja dotyczyła zmiany umowy o połączeniu sieci, jest całkowicie uzasadnione. Umowa o współpracy i zasadach rozliczeń z tytułu świadczenia usług dostępu dla Abonentów (...) na numery sieci inteligentnej (...) zawarta w dniu 21 marca 2007 roku pomiędzy (...) a (...) jest

umową o dostępie w zakresie połączenia sieci. Zgodnie z definicją połączenia sieci zawartą w art. 2 pkt 25 PT, stanowi ono „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”.

Umowa łącząca powoda i zainteresowanego – jak trafnie podnosi (...) w odpowiedzi na apelację – wypełnia przesłanki wskazanej definicji połączenia sieci zawartej w PT, o czym świadczą definicje zawarte w tej Umowie, a także załącznik techniczny do Umowy określający zasady połączenia i współpracy sieci Stron:

- „Punkt Styku Sieci ((...)) - miejsce, w którym przyłączona jest Sieć (...) do Sieci (...) służące do wymiany ruchu, sygnalizacji, synchronizacji i innych sygnałów lub wiadomości, w którym następuje rozdzielenie odpowiedzialności Stron;

- Usługa (...) - usługa świadczona przez (...) na rzecz (...) umożliwiająca świadczenie przez (...) na rzecz Abonentów (...) (Abonentów publicznej ruchomej sieci telekomunikacyjnej (...)) usługi dostępu do usług w sieci inteligentnej (...), o formacie(...)

- Usługa(...) – usługa świadczona przez (...) na rzecz (...) umożliwiająca świadczenie przez (...) na rzecz Abonentów (...) (Abonentów publicznej ruchomej sieci telekomunikacyjnej (...)) usługi dostępu do usług w sieci inteligentnej (...), o formacie (...).

- Usługa (...) – usługa świadczona przez (...) na rzecz (...) umożliwiająca świadczenie przez (...) na rzecz Abonentów (...) (Abonentów publicznej ruchomej sieci (...) Sp. z o. o. telekomunikacyjnej (...)) usługi dostępu do usług w sieci inteligentnej (...), o formacie (...)

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.U.E.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 kwestia, iż (...) 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.” Powyższe postanowienia art. 26a PT wyraźnie wskazują na rozróżnienie dwóch typów umów o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci oraz w zakresie dostępu telekomunikacyjnego. Zatem dodaną zmianą PT z 2009 r. art. 26a PT nie pozostawia żadnych wątpliwości interpretacyjnych, co do obowiązku Powoda do negocjacji zmiany Umowy.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego – wbrew twierdzeniom Powoda – 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 Powoda, iż samo zobowiązanie do negocjacji nie implikuje uprawnienia Prezesa UKE do wydania decyzji, nie znajduje uzasadnienia. Gdyby tak odczytywać postanowienia przywołanego artykułu, jak to sugeruje (...), ustawa Prawo telekomunikacyjne nie przewidywałaby żadnej „sankcji” za brak podjęcia negocjacji pomiędzy operatorami.

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 - dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (dyrektywy o dostępie), dyrektywy 2002/20/WE (dyrektywa o zezwoleniach), dyrektywy 2002/21/WE (dyrektywy ramowej), dyrektywy 2002/22/WE (dyrektywy o usłudze powszechnej), dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej). Słuszna jest ostateczna konkluzja Sądu pierwszej instancji, iż treść powołanych w art. 8 ust. 3 tiret 2 dyrektywy o dostępie przepisów: art. 12 oraz 13 dyrektywy 2002/21/WE (dyrektywy ramowej), wymogu nr 7 z części B Załącznika do dyrektywy 2002/20/WE (dyrektywy o zezwoleniach), stosowanego na mocy art. 6 ust. 1 wspomnianej dyrektywy, 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. W przypadku bowiem takiej interpretacji, jak proponuje powód, 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 przepis 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 wywołany 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 pozwanego Prezesa UKE przy wydaniu zaskarżonej decyzji.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego nie można zgodzić się ze stanowiskiem powoda prezentowanym w apelacji, iż jest to jedynie norma prawa materialnego adresowana do operatorów sieci, nie dająca jednak Prezesowi UKE uprawnienia do władczego wkraczania w tę sferę. Należy podzielić stanowisko Sądu pierwszej 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 także w celu realizacji obowiązku wynikającego z art. 79 PT. W innym przypadku przepis ten pozostawałby martwą literą. Skoro więc w świetle art. 28 w zw. 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 spornych dot. zmiany zawartej między stronami umowy w zakresie połączenia sieci.

Biorąc pod uwagę powyższe podkreślić należy, iż rozstrzygnięcie zawarte w Decyzji uwzględnia jedynie ustawy obowiązek (...) określony w przepisie art. 79 ust. 1 Pt. Zaś przepis art. 28 ust 1 pkt 2 Pt, wbrew twierdzeniom Powoda nie ogranicza obowiązków, jakie powinien uwzględnić Prezes UKE przy podejmowaniu decyzji o dostępie, jedynie do obowiązków regulacyjnych.

Zatem nie można się zgodzić z Powodem, iż zaskarżona Decyzja narusza przepis art. 79 ust 1 PT.

W ocenie Sądu Apelacyjnego w sprawie niniejszej brak było podstaw do przeprowadzania postępowania konsolidacyjnego, co szczegółowo wywiódł Sąd pierwszej instancji. Dodać można jedynie, iż rozważając w przedmiotowym stanie faktycznym konieczność przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego, należy sięgnąć 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 winnych 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 w sposób jednoznaczny wynika z powołanej regulacji punktu 38 preambuły do dyrektywy ramowej.

W związku z tym, iż w niniejszej sprawie brak jest podstaw do stwierdzenia, iż istnieje potencjalny wpływ rozstrzygnięcia Prezesa UKE na stosunki handlowe między państwami członkowskimi, zarzut postawiony przez Powoda nie znajduje uzasadnienia, gdyż nie zostały spełnione przesłanki dla przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego określone w art. 18 PT.

Zauważyć ponadto należy, iż przedmiotem rozstrzygnięcia w decyzji jest jedynie zmiana stawek w Umowie, którą Strony uprzednio dobrowolnie zawarły, a nie nałożenie na Powoda obowiązków regulacyjnych. Zakres obowiązków regulacyjnych Powoda został określony odrębnymi decyzjami Prezesa UKE.

Słuszne jest także stanowisko Sądu pierwszej instancji, iż „brak porozumienia mógł prowadzić do rozwiązania umowy.” Fakt podpisania aneksu pomiędzy Stronami przed wystąpieniem (...) do Prezesa UKE, nie może prowadzić

do twierdzeń, iż Zainteresowany nie był uprawniony do żądania zmiany Umowy, dostosowując ją do panujących warunków rynkowych.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego wszelkie zarzuty powoda pod adresem decyzji (...) 2009 r. z dnia 9 grudnia 2009 r. w sprawie niniejszej nie mogły odnieść skutku, bowiem decyzja ta podlegała odrębnemu zaskarżeniu i dopóki nie została uchylona – funkcjonuje w obrocie w takim kształcie, w jakim została wydana.). Ponadto podnieść należy, iż pozwany w sentencji Decyzji nie odwołał się do konkretnej decyzji (...), lecz w sposób ogólny powiązał opłaty za realizację połączeń do usług (...) z aktualnie obowiązującą stawką (...), jaką obowiązana jest stosować (...) na mocy odrębnych decyzji Prezesa UKE.

Mając na uwadze powyższe Sąd Apelacyjny – w pełni podzielając ustalenia faktyczne Sąd pierwszej instancji oraz dokonaną przez ten Sąd ich ocenę prawną – na podstawie art. 385 k.p.c. orzekł jak w sentencji wyroku o kosztach procesu rozstrzygając stosownie do art. 98 § 1 i 3 i art. 99 k.p.c.