

Sygn. akt VI ACa 1499/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 kwietnia 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Maciej Kowalski

Sędzia SA – Ewa Śniegocka (spr.)

Sędzia SA – Marzena Miąskiewicz

Protokolant: – sekr. sądowy Ewelina Murawska

po rozpoznaniu w dniu 23 kwietnia 2013 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) S.A. z siedzibą w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

przy udziale zainteresowanej (...) S.A. z siedzibą w G.

o zmianę umowy

na skutek apelacji pozwanego i zainteresowanego

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

z dnia 25 czerwca 2012 r., sygn. akt XVII AmT 226/09

I oddala obie apelacje;

II zasądza od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej i (...) S.A. z siedzibą w G. na rzecz (...) S.A. z siedzibą w W. kwoty po 270 zł (dwieście siedemdziesiąt) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI A Ca 1499/12

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił zaskarżoną decyzję; zasądził od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W. kwotę 288,50 zł tytułem kosztów postępowania; zasądził od (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w G. na rzecz (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W. kwotę 188,50 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

Wyrok ten zapadł na podstawie następujących ustaleń i rozważań prawnych:

Decyzją z dnia 1 lipca 2009 roku nr (...) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej działając na podstawie art. 29 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne oraz art. 104 §1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego w związku z art. 206 ust. 1 Pt zmienił postanowienia umowy o wzajemnej współpracy i zasadach rozliczeń zawartej w dniu 15 września 2003 r. pomiędzy (...) SA z siedzibą w G. a (...) Sp. z o.o. z siedzibą w

W. w zakresie zmiany stawki z tytułu zakańczania połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...) zgodnie z decyzją Prezesa UKE z dnia 22 października 2008 r. nr (...) w ten sposób, że:

W Rozdziale 2 w §2 ust. 1 Załącznika Finansowego, w punkcie a) dodał pozycję C) w następującym brzmieniu:

„a) opłata na rzecz (...) wnoszona przez (...) za ruch telekomunikacyjny przychodzący z sieci telekomunikacyjnej (...) i kierowany do sieci telekomunikacyjnej (...), jest niezależna od wielkości ruchu i dla poszczególnych okresów taryfikacyjnych odpowiednio wynosi:

C) od dnia 28 lipca 2009 r.

a. 0,1677 zł/min w okresie taryfikacyjnym Tk1,

b. 0,1677 zł/min w okresie taryfikacyjnym Tk2,

c. 0,1677 zł/min w okresie taryfikacyjnym Tk3."

Ponadto w Rozdziale 2 w §2 ust. 1 Załącznika Finansowego Umowy, dodał ust. 1a o następującym brzmieniu:

„1a Od dnia 28 lipca 2009 r. nie stosuje się opłat określonych w Rozdziale 2 w §2 ust. 1 Załącznika Finansowego Umowy w pozycji A i B. Jeśli jakiegokolwiek postanowienia umowy odnoszą się do opłat określonych w Rozdziale 2 w § 2 ust. 1 Załącznika Finansowego Umowy w pozycji A i B, od dnia 28 lipca 2009 r. należy odnosić wyłącznie do opłaty określonej w ust. 1 w pozycji C.".

Powyższa decyzja na podstawie art. 206 ust. 2a w związku z art. 206 ust. 2 Pt podlegała natychmiastowemu wykonaniu.

Odwołaniem z dnia 20 lipca 2009 r. (...) zaskarżyła w całości decyzję Prezesa UKE z dnia 1 lipca 2009 r. nr (...) wnosząc o jej uchylenie oraz zasądzenie kosztów sądowych alternatywnie o zmianę poprzez skreślenie całej treści pkt 1 decyzji następującego po pierwszym akapicie tekstu kończącym się słowami „w następujący sposób" i wprowadzenie w miejsce wykreślonej treści nowego tekstu.

Zaskarżonej decyzji odwołująca się zarzuciła:

I. naruszenie art. 3 ust. 2 i 3 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej w związku z art. 146 ust. 4 pkt 4, art. 148 pkt 2 i 7 Konstytucji RP, art. 37 ust. 3 ustawy z dnia 8 sierpnia 1996 r. o Radzie Ministrów, art. 190 ust. 4 Pt poprzez wydanie zaskarżonej decyzji przez organ, który nie spełniał kryteriów niezależnego organu regulacyjnego w rozumieniu ww. przepisów;

II. naruszenie art. 29 Pt poprzez wszczęcie z urzędu postępowania zakończonego wydaniem zaskarżonej decyzji, w sytuacji, w której postępowanie winno być kontynuowane jako postępowanie z wniosku (...) rozstrzygniętego jedynie częściowo decyzją Prezesa UKE z dnia 4 lutego 2009 r.,

III. naruszenie art. 28 ust. 1 pkt 1 Pt w związku z art. 30 Pt poprzez przyjęcie, iż obniżenie stawek MTR jest uzasadnione interesem użytkowników sieci telekomunikacyjnych, podczas gdy w rzeczywistości obniżenie stawek MTR w zaskarżanej decyzji uwzględnia wyłącznie interes (...) SA oraz art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. c) Pt w związku z art. 30 Pt poprzez błędne przyjęcie, iż obniżenie stawek MTR sprzyjać będzie rozwojowi konkurencyjnego rynku telekomunikacyjnego, a także art. 29 Pt poprzez błędne przyjęcie, że wydanie zaskarżonej decyzji uzasadnione jest potrzebą zapewnienia ochrony interesów użytkowników końcowych, skutecznej konkurencji lub interoperacyjności usług,

IV. naruszenie art. 28 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 30 Pt poprzez uwzględnienie jedynie obowiązków nałożonych na (...) przy pominięciu sytuacji (...) w tym zakresie oraz art. 28 ust. 1 pkt 3, pkt 4, pkt 5 lit. a) i b) w związku z art. 30 Pt

poprzez wydanie zaskarżonej decyzji bez analizy wszystkich kryteriów, które winny być uwzględnione przy wydawaniu takiego rozstrzygnięcia,

V. naruszenie art. 15 pkt 3 Pt i art. 16 ust. 1 Pt poprzez udostępnienie do konsultacji projektu decyzji o węższym zakresie rozstrzygnięcia niż zawarty w zaskarżonej decyzji, uniemożliwienie stronom postępowania wypowiedzenia się, co do wszystkich objętych nim kwestii, w tym niewłaściwe przeprowadzenie postępowania konsultacyjnego,

VI. naruszenie art. 18 Pt w związku z art. 15 pkt 3 Pt poprzez wydanie zaskarżonej decyzji bez uprzedniego przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego, pomimo że poczynione rozstrzygnięcie może mieć wpływ na stosunki handlowe pomiędzy państwami członkowskimi w rozumieniu Pt.

Prezes UKE wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania podtrzymując w całości argumentację przedstawioną w uzasadnieniu decyzji. Zainteresowany wnosił o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania.

Sąd Okręgowy ustalił, że (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W. świadczy w ramach prowadzonej działalności gospodarczej usługi telekomunikacyjne. Prezes UKE, po przeprowadzonej analizie rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...), wydał decyzję z dnia 17 lipca 2006 r. nr (...) (tzw. (...)), w której uznał (...) za przedsiębiorcę telekomunikacyjnego posiadającego znaczącą pozycję rynkową 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 15 września 2003 r. (...) (poprzednie nazwy (...) Sp. z o.o., (...) sp. z o.o.) oraz (...) zawarły umowę o połączeniu sieci i wzajemnych zasadach rozliczeń, która była zmieniana kolejnymi aneksami.

W dniu 26 kwietnia 2007 r. Prezes UKE decyzją nr (...) 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 w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...) niezróżnicowanej ze względu na porę i rodzaj dnia, do poziomu 0,4000 zł/min od dnia 1 maja 2007 r.; 2) dostosowania stawki MTR do poziomu 0,3387 zł/min od dnia 1 maja 2008 r. do dnia 30 kwietnia 2009 r., do poziomu 0,2775 zł/min od dnia 1 maja 2009 r. do dnia 30 kwietnia 2010 r. oraz do poziomu 0,2162 zł/min od dnia 1 maja 2010 r.

W dniu 22 października 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 zł/min od dnia 1 stycznia 2009 r. do 30 czerwca 2009 r. oraz do poziomu 0,1677 zł/min od dnia 1 lipca 2009 r.

W dniu 4 lutego 2009 r. Prezes UKE po rozpatrzeniu wniosku (...) na podstawie art. 28 ust. 1 w związku z art. 30 Pt, wydał decyzję nr (...), mocą której zmienił w zakresie stawki MTR postanowienia umowy o wzajemnej współpracy i zasadach rozliczeń dostosowując je do decyzji MTR 2008. Wydając powyższą decyzję, Prezes UKE ze względu na wystąpienie przypadku wyjątkowego, powodującego bezpośrednio 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 27 lipca 2009 r.

Ze względu na tymczasowość decyzji z dnia 4 lutego 2009 r., Prezes UKE wypełniając dyspozycję art. 61 § 4 k.p.a. wszczął z urzędu w dniu 5 stycznia 2009 roku postępowanie administracyjne w sprawie decyzji zmieniającej umowę o wzajemnej współpracy i zasadach rozliczeń zawartą dnia 15 września 2003 r. w zakresie zmiany stawki z tytułu zakańczania połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...). Strony zostały zawiadomione o wszczęciu postępowania i w okresie od 27 kwietnia 2009 r. do 27 maja 2009 r. zgodnie z art. 15 pkt 3 Pt zostało przeprowadzone postępowanie konsultacyjne odnośnie projektu rozstrzygnięcia. W ramach stanowiska konsultacyjnego do Prezesa UKE wpłynęło stanowisko (...) z dnia 27 maja 2009 r., w którym spółka podniosła zarzuty, co do wysokości stawki MTR w swojej sieci.

Prezes UKE nie uwzględniając zarzutów (...), w dniu 1 lipca 2009 roku wydał na podstawie art. 29 Pt oraz art. 104 §1 k.p.a. w związku z art. 206 ust. 1 Pt decyzję (...) zmieniającą postanowienia umowy z dnia 15 września 2003 r. w zakresie dostosowania stawek rozliczeniowych z tytułu zakańczania połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...) do poziomu określonego w decyzji Prezesa UKE z dnia 22 października 2008 r. nr (...).

Decyzja z dnia 22 października 2008 r. nr (...) (Decyzja MTR 2008) została prawomocnie uchylona wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 10 maja 2010 r.

Sąd Okręgowy uznał, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem oceny Sądu Okręgowego było zagadnienie, czy istniały przesłanki do wydania w dniu 1 lipca 2009 roku decyzji nr (...), mocą której Prezes UKE na podstawie art. 29 Pt w związku z art. 104 §1 k.p.a. w związku z art. 206 ust. 1 Pt zmienił zawartą pomiędzy (...) oraz (...) umowę o połączeniu sieci i wzajemnych zasadach rozliczeń. Ocena ta musi uwzględniać zasadę wynikającą z art. 316 k.p.c.

W świetle utrwalonego orzecznictwa wszystkich sądów rozpoznających sprawy z odwołania od decyzji regulatorów, postępowanie przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest postępowaniem rozpoznawczym, pierwszoinstancyjnym, prowadzonym na zasadach postępowania kontrydiktoryjnego. Oznacza to, że odwołanie wszczyna postępowanie, w którym strony mogą przedstawiać swoje twierdzenia i zarzuty zgodnie z zasadami prawa postępowania cywilnego. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów jako sąd pierwszoinstancyjny analizuje z kolei sprawę merytorycznie uwzględniając taki stan rzeczy, który zgodnie z art. 316 § 1 k.p.c. istnieje w chwili zamknięcia rozprawy. Przepis ten określa właściwy moment dla oceny przez sąd stanu sprawy obejmującego okoliczności faktyczne i przepisy prawa (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 2006 r., II CSK 153/05 LEX nr 192012, wyrok Sądu Najwyższego - Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych z dnia 5 listopada 2009 r. II UK 103/2009 LexPolonica nr 2378311). Stosowanie art. 316 k.p.c. do spraw wszczynanych przez odwołanie od decyzji organu stanowiło przedmiot wypowiedzi judykatury trafnie podkreślającej odmienną rolę takiego rodzaju postępowania, które ma na celu zweryfikowanie stanowiska organu wyrażonego w decyzji. Ze swej istoty weryfikacja ta nie powinna uwzględniać stanu istniejącego w dacie późniejszej niż data jej wydania. W judykaturze Sądu Najwyższego przewija się myśl o stosowaniu art. 316 §1 k.p.c. do postępowania wszczętego wniesieniem odwołania w przypadku zmian stanu prawnego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2011 r., III SK 39/10 LEZ nr 901644), zmian okoliczności faktycznych (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 marca 2010 r., III SK 40/09 OSNP 2011/19-20/266, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 września 2011 r., III SK 55/10). Ostatecznie z tych wypowiedzi wynika, że przepis art. 316 § 1 k.p.c. znajduje zastosowanie w sprawach z zakresu regulacji telekomunikacji, aczkolwiek z pewnymi ograniczeniami wynikającymi ze specyfiki spraw tego rodzaju (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2011 r., III SK 52/10, LEX nr 1001322).

Zasadniczo należy kierować się więc tym, aby odwołanie się do art. 316 § 1 k.p.c. nie wypaczało charakteru postępowania i nie prowadziło do jaskrawego pominięcia jego odrębności poprzez całkowite pozbawienie znaczenia postępowania administracyjnego poprzedzającego postępowanie sądowe. Niebezpieczeństwa takiego nie ma w sytuacji, kiedy w dacie orzekania przez Sąd pojawiły się nowe okoliczności faktyczne, wcześniej nieistniejące i nieznanne stronom, a mające wpływ na ukształtowanie stosunku prawnego między nimi. Taką okolicznością jest prawomocne uchylenie w trakcie niniejszego postępowania decyzji MTR 2008. Wielokrotne podkreślanie w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji wagi decyzji MTR 2008 dla niniejszego rozstrzygnięcia oraz określenie w komparacji „zmieniam (...) zgodnie z Decyzją Prezesa UKE z dnia 22 października 2008 r. nr (...) (...)” powoduje, że nie może zostać pominięte jej uchylenie przy ocenie stanowisk stron.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu należy wskazać, że jest uzasadniony zarzut naruszenia art. 29 Pt oraz art. 15 pkt 3 Pt i art. 16 ust. 1 Pt.

Przepis art. 29 Pt wymienia trzy sytuacje: (i) konieczność zapewnienia ochrony interesów użytkowników końcowych; (ii) potrzeba zapewnienia skutecznej konkurencji; (iii) zapewnienie interoperacyjności usług. Przesłanki te nie muszą

wystąpić łącznie. Każda z tych przesłanek może wystąpić samodzielnie i jest wystarczająca do podjęcia decyzji o zmianie umowy. Uzasadnienie decyzji nie powinno poprzestawać tylko na wskazaniu konkretnej przesłanki, ale wyjaśniać, na czym polega w konkretnym przypadku konieczność zapewnienia ochrony wskazanych w tym przepisie interesów.

Istotą trybu art. 29 Pt jest jego zastosowanie tylko w ściśle określonych sytuacjach. Oznacza to, że wyjaśnienie podstawy wszczęcia postępowania z urzędu musi mieć odniesienie do przesłanek określonych tym przepisem, a wynik oddziaływania tych przesłanek na strukturę i sposób określenia wzajemnych praw i obowiązków stron umowy doprowadza do zmiany umowy. Innymi słowy, do zmiany umowy w trybie art. 29 Pt nie stosuje się przepisu art. 28 Pt i przesłanek w nim określonych. Jedynymi czynnikami wpływającymi na kształt umowy są czynniki wymienione w art. 29 Pt. Stąd nietrafne są zarzuty naruszenia art. 28 ust. 1 pkt 1 Pt w związku z art. 30 Pt, art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. c) Pt w związku z art. 30 Pt, art. 28 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 30 Pt, art. 28 ust. 1 pkt 3, pkt 4, pkt 5 lit. a) i b) w związku z art. 30 Pt, albowiem wymienione przepisy dotyczą zmiany umowy przez Prezesa UKE w innym trybie.

Z uzasadnienia decyzji (...) wynika, że procedurę z art. 29 Pt wszczęto w celu dostosowania stawek ustalonych decyzją MTR 2008. Wielokrotnie Prezes UKE podkreślał, że wszczęte z urzędu w dniu 4 marca 2009 roku postępowanie administracyjne o wydanie decyzji zmieniającej umowę w zakresie zmiany stawki MTR zgodnie z decyzją MTR 2008 miało na celu doprowadzenie do wykonania przez (...) nałożonego na niego decyzją MTR 2008 obowiązku regulacyjnego. Tymczasem treść art. 29 Pt stanowi, że „Prezes UKE może z urzędu, w drodze decyzji, zmienić treść umowy o dostępie telekomunikacyjnym lub zobowiązać strony umowy do jej zmiany, w przypadkach uzasadnionych potrzebą zapewnienia ochrony interesów użytkowników końcowych, skutecznej konkurencji lub interoperacyjności usług”. Zasadne staje się pytanie, czy gdyby nie funkcjonowanie w obrocie wskazanej decyzji, to nastąpiłoby wszczęcie postępowania z urzędu. Przebieg postępowania administracyjnego nasuwa odpowiedź negatywną. Toczące się postępowanie przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumenta umożliwiło Prezesowi UKE wykazanie, że niezależnie od bytu prawnego decyzji MTR 2008 istniały przesłanki do wszczęcia postępowania z urzędu. Tymczasem Prezes UKE wykazuje istnienie przesłanek poprzez odwołanie do stawek ustalonych decyzją MTR 2008, zamiast udowodnienia zasadności ich wprowadzenia w zaskarżonej decyzji w takiej wysokości z punktu widzenia ochrony interesów użytkowników końcowych, skutecznej konkurencji lub interoperacyjności usług.

Prezes UKE wydając zaskarżoną decyzję podkreślał, że przedmiotem postępowania jest jedynie odpowiednie dostosowanie postanowień umowy w zakresie stawki MTR do decyzji MTR 2008 i zgodnie z art. 28 ust. 1 pkt 2 Pt był on zobowiązany wziąć decyzję pod uwagę przy rozstrzygnięciu sporu pomiędzy (...) a (...). Natomiast prawidłowość wysokości stawki MTR przyjętej w decyzji MTR 2008 była analizowana przez Prezesa UKE w trakcie postępowania nakładającego na (...) zgodnie z art. 40 Pt obowiązek stosowania określonej stawki MTR.

Prezes UKE wskazał, że stosowanie przez (...) po dniu 27 lipca 2009 r. stawki MTR niezgodnej z nałożonymi na (...) obowiązkami może spowodować poważne zaburzenie konkurencyjności na całym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych. Bezsporne jest, że wydając zaskarżoną decyzję Prezes wziął pod uwagę obowiązki nałożone na (...) decyzją MTR 2008. Sąd Okręgowy uznaje, iż uchylenie decyzji MTR 2008 oznacza, że stawki w niej przewidziane nie mogą być wprost implementowane do kolejnych decyzji, a po wtóre odpada cel wszczęcia postępowania z urzędu. Nie ma w niniejszym postępowaniu dowodu uzasadniającego przyjęcie stawek w umowie pomiędzy stronami na podanym poziomie i w konsekwencji dowodu prowadzącego do uznania, że stawki uwzględniają koszty ponoszone przez operatora, promocje efektywności i zrównoważonej konkurencji, zapewnienie maksymalnej korzyści dla użytkowników. Już w stanowisku konsultacyjnym (...) podkreślała nieprawidłowość przyjęcia stawki MTR na poziomie 0,1677 zł/min.

Prezes UKE odwołał się do argumentacji przedstawionej w uzasadnieniu decyzji mającej uzasadnić skorzystanie z trybu art. 29 Pt. Twierdzenia Prezesa UKE dotyczące bezpośredniego i oczywistego zagrożenia dla użytkowników końcowych, którzy na skutek bezczynności (...) nie mogliby skorzystać z nowych, atrakcyjnych stawek za połączenia do sieci mobilnych pozostają w sferze przyjętego modelowego wzorca rynku, logicznie umotywowanego, lecz pozostającego hipotetycznym założeniem co do zachowań jego uczestników. W takim modelu każda zmiana stawek

przyjęta przez strony umowy wpływałaby na sytuację rynkową (...) i pociągałaby za sobą korzyść użytkownika końcowego (atrakcyjne oferty, obniżki cen detalicznych za połączenia do sieci mobilnych, konkurencja między operatorami). Omawiając kwestię zagrożenia konkurencyjności Prezes UKE podkreślił, że „w przypadku, w którym przedsiębiorca o znaczącej pozycji rynkowej nie wykonuje nałożonych na niego obowiązków regulacyjnych, czy też decyzji, których celem jest doprowadzenie do wykonania przez tego przedsiębiorcę nałożonych na niego obowiązków, mamy do czynienia z sytuacją zagrożenia konkurencyjności na rynku telekomunikacyjnym”. Jednakże teza, że po okresie obowiązywania decyzji tymczasowej nastąpiłby powrót do stawek sprzed decyzji nie została udowodniona.

(...) podkreślił, że praktyka rynkowa dowodzi, iż obniżka stawek (...) nie oznacza automatycznego obniżenia przez operatorów cen detalicznych, a wręcz w wyniku wydania zaskarżonej decyzji sytuacja użytkowników końcowych nie ulegnie zmianie, zaś korzyści będzie czerpał operator stacjonarny. Prezes UKE nie odniósł się do zachowań innych operatorów, z których jeden jest stroną niniejszego postępowania. Nie ma przełożenia na niniejsze postępowanie komunikat z dnia 17 marca 2009 r, gdyż dotyczy pre-paidów, a nie telefonii stacjonarnej. Podobnie Prezes UKE nie wykazał, aby (...) można było przypisać odpowiedzialność za generowanie bądź pogłębianie zjawiska (...). Wreszcie poprzez uchylene decyzji MTR 2008 odpadała przesłanka potrzeby zapewnienia skutecznej konkurencji przejawiająca się jako obawa niewykonania przez (...) nałożonych na niego obowiązków, co mogłoby prowadzić do sytuacji zagrożenia konkurencyjności na rynku telekomunikacyjnym. Ponadto nie ma dowodu wskazującego, że (...) nie wykonywała nałożonych obowiązków.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 15 pkt 3 Pt i art. 16 ust. 1 Pt należy przypomnieć, iż zasadniczym celem procedury konsultacji treści decyzji z zainteresowanymi jest umożliwienie im zajęcia stanowiska odnośnie proponowanego projektu rozstrzygnięcia, co stanowi przejaw szerszego obowiązku organów administracyjnych do zapewnienia stronom czynnego uczestnictwa w postępowaniu. Poprzez konsultacje strony mają sposobność wpływania na ostateczny kształt decyzji tak, aby uwzględniała ona nie tylko interesy użytkowników, ale również uzasadnione interesy ekonomiczne stron. Ostateczna decyzja Prezesa UKE powinna w możliwie najszerszym zakresie odzwierciedlać wyniki konsultacji z zainteresowanymi, przy czym opinia stron w toku konsultacji nie stoi na przeszkodzie wydania przez organ rozstrzygnięcia, którego treść odbiega nie tylko od pierwotnego projektu, ale uwzględnia jedynie część postulatów podnoszonych przez strony.

Wymaga podkreślenia stanowisko prezentowane w doktrynie, iż w przypadku zmiany, szczególnie zmiany o charakterze istotnym, pierwotnego projektu decyzji będącego przedmiotem konsultacji, Prezes UKE nie może wydać ostatecznego rozstrzygnięcia bezpośrednio po zakończeniu konsultacji, ale powinien ponownie zainicjować konsultacje między stronami, tak aby mogły one zająć stanowisko odnośnie wprowadzonych zmian, (tak m.in. Maciej Rogalski w komentarzu do art. 16 ustawy Prawo telekomunikacyjne, Komentarz LEX oraz Stanisław Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarzy Warszawa 2005, str. 207). Dokonując porównania pierwotnego brzmienia projektu decyzji z treścią ostatecznego rozstrzygnięcia, Sąd Okręgowy stwierdza, iż zakres zmian wprowadzonych do wstępnego projektu jest istotny, bowiem nie mamy tu do czynienia tylko z uporządkowaniem redakcyjnym Rozdziału 2 §2 ust. 1 Załącznika Finansowego. Wprowadzenie do rozdziału 2 w §2 ust. 1 Załącznika Finansowego Umowy ust. 1a z jednej strony jest logiczną konsekwencją zastąpienia stawek obowiązujących do 28 lipca 2009 r. z pozycji A i B, ale jednocześnie dotyczy „postanowień umowy”. Strony zostały pozbawione możliwości przeanalizowania, w jaki sposób wprowadzony zapis wpływa na ich wzajemne prawa i obowiązki oraz rozliczenia. Dodatkowo należy zaznaczyć, że (...) inaczej interpretuje skutki decyzji MTR 2007. Wprowadzenie od 28 lipca 2009 r. opłaty 0,1677 zł/min mogło istotnie wpływać na stosunki handlowe stron ukształtowane na podstawie decyzji MTR 2007.

Nietrafne są zarzuty odwołującego oparte na naruszeniu art. 18 Pt w związku z art. 15 pkt 3 Pt.

Postępowanie konsolidacyjne jest prowadzone w tych przypadkach, w których rozstrzygnięcia, o których mowa w art. 15 Pt, mogą mieć wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi. Przedmiotem postępowania konsolidacyjnego są więc po pierwsze te wszystkie sprawy, które wymienia art. 15 Pt, a po drugie sprawy, których rozstrzygnięcia mogą mieć wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi. Prezes UKE jest obowiązany wszcząć postępowanie konsolidacyjne, gdy zaistnieją warunki wymienione w art. 18 Pt i zgodnie

z powołanym przepisem Prezes UKE równocześnie z postępowaniem konsultacyjnym rozpoczyna postępowanie konsolidacyjne.

Prezes UKE nie przeprowadzał postępowania konsolidacyjnego bowiem stał na stanowisku, że wydana decyzja nie nakłada obowiązków regulacyjnych, a według posiadanych informacji nie miała ona wpływu na stosunki handlowe między państwami członkowskimi.

O ile chybione jest zdaniem Sądu Apelacyjnego stanowisko w zakresie obowiązków regulacyjnych, to słuszny jest pogląd o wpływie na stosunki handlowe między państwami członkowskimi.

Niniejsza decyzja należy do decyzji, o których mowa w art. 15 w pkt 3 Pt „decyzji dotyczących dostępu telekomunikacyjnego, o których mowa w art. 28-30” a nie w pkt 2 tegoż art. Prezes UKE wydając decyzję dał wyraz swemu pogładowi opartemu na braku informacji o prowadzeniu przez spółki działalności gospodarczej w zakresie telekomunikacji poza terytorium RP oraz pominięciu problematyki rozliczeń roamingu.

W ocenie Sądu Okręgowego na odwołującej się spoczywał ciężar wykazania wpływu niniejszej umowy na stosunki handlowe pomiędzy krajami członkowskimi. W postępowaniu sądowym nie jest wystarczające przedstawienie twierdzeń ogólnych bez udowodnienia ich środkami dowodowymi przewidzianymi prawem.

Sąd Okręgowy pominął analizę zarzutu nr 1, mając na uwadze, iż niniejszy zarzut zgłaszany był w sprawach XVII AmT 229/09, XVII AmT 40/09, XVII AmT XVII AmT 121/09, gdzie dokonano jego szczegółowej analizy. Sąd orzekający przyjmuje za Sądem Najwyższym (uchwała z dnia 20 lutego 2008 r., III SZP 1/08), iż stwierdzenie niezgodności z prawem aktu powołania na stanowisko Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej nie należy do kognicji sądu powszechnego. Nie stoi to jednak, zdaniem sądu na przeszkodzie, aby tę okoliczność brać pod uwagę dla oceny wydawanych przez ten organ decyzji, szczególnie w kontekście dochowania ustawowych gwarancji niezależności regulatora. Podkreślić jednak należy, że powód nie zarzucił pozwanemu braku niezależnego działania przy wydawaniu zaskarżonej decyzji, a w szczególności, aby była ona przejawem wpływu na regulatora innych organów, co w konsekwencji naruszałoby prawa podmiotowe powoda.

Mając na uwadze naruszenie art. 29 Pt odwołanie należało uwzględnić i decyzję (...) uchylić.

Postępowanie zostało zainicjowane na skutek wydania przez Prezesa UKE decyzji uchybiającej art. 29 Pt, Sąd Okręgowy uznał więc za zasadne obciążenie Prezesa UKE w całości kosztem opłaty od odwołania oraz połową kosztów zastępstwa procesowego, pozostałą część kosztów zastępstwa procesowego zasądzając od zainteresowanego.

Od tego wyroku apelacje złożyli pozwany i zainteresowany.

Zainteresowany zaskarżył wyrok w całości zarzucając Sądowi I instancji:

A. naruszenie przepisu postępowania, tj. art. 316 § 1 k.p.c., które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, poprzez uwzględnienie stanu faktycznego i prawnego z chwili orzekania, podczas gdy charakter postępowania prowadzonego w wyniku wniesienia odwołania od decyzji Prezesa UKE uzasadnia orzekanie na podstawie stanu faktycznego i prawnego z chwili wydania tej decyzji;

B. [z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu A.] naruszenie przepisu postępowania, tj. art. 316 § 1 k.p.c., które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, poprzez nieuwzględnienie faktu, iż w dniu orzekania obowiązywała decyzja MTR 2009, z której wynikał obowiązek stosowania stawki MTR w wysokości identycznej jak w decyzji MTR 2008;

C. naruszenie przepisu postępowania, tj. art. 479⁽⁶⁴⁾ § 2 k.p.c., które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, poprzez uchylenie decyzji Prezesa UKE podczas, gdy istniały podstawy prawne do jej wydania;

D. naruszenie przepisu prawa materialnego, tj. art. 6 k.c. w zw. z art. 40 ust. 4 Pt poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na uznaniu, że to na Prezesie UKE ciąży obowiązek dowiedzenia, że stawki określone w decyzji spełniają przesłanki określone w art. 40 ust 4 Pt, podczas gdy zgodnie z zasadą ciężaru dowodu okoliczność niespełnienia tych przesłanek powinna być wykazana przez powoda;

E. naruszenie przepisu postępowania, tj. art. 233 § 1 k.p.c., które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, przez brak wyciągnięcia wniosków, które wynikają ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, tj. że w prowadzonym postępowaniu wykazano, że przyjęcie stawek na poziomie określonym w zaskarżonej decyzji uwzględnia ponoszone przez (...) koszty, promuje efektywność i zrównoważoną konkurencję oraz zapewnia maksymalne korzyści dla użytkowników;

F. naruszenie przepisu prawa materialnego, tj. art. 15 pkt 3 Pt w zw. z art. 16 ust. 1 Pt poprzez błędną jego wykładnię polegającą na uznaniu, iż zmiana treści projektu decyzji polegająca na doprecyzowaniu postanowień wymaga ponownego przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego.

W konkluzji zainteresowany wniósł o:

1. zmianę wyroku w pkt 1 i oddalenie odwołania (...) S.A.;
2. zmianę wyroku w pkt 2 i 3 i zasądzenie od powódki na rzecz zainteresowanej kosztów postępowania przed Sądem I instancji według norm przepisanych;

Pozwany zaskarżył wyrok w całości i zarzucił mu:

naruszenie przepisów postępowania, tj.

1. art. 233 § 1 kpc oraz art. 16 kpa 110 kpa, a także 145 1 pkt 8 kpa poprzez błędne uznanie, że prawomocne usunięcie z obrotu prawnego decyzji MTR 2008 skutkowało koniecznością uchylecia zaskarżonej decyzji
2. art. 233 § 1 kpc w związku z art. 15 i 16 Pt poprzez błędne uznanie, że zmiany wprowadzone do pierwotnego projektu po przeprowadzeniu postępowania konsultacyjnego były zmianami istotnymi i wymagały poddania ich ponownie procedurze konsultacji
3. art. 316 § 1 kpc, poprzez błędne uznanie, że przy wyrokowaniu w przedmiotowej sprawie Sąd winien wziąć pod uwagę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy

- które to naruszenia miały wpływ na wynik sprawy

naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.

4. art. 29 ustawy Pt poprzez błędne uznanie, iż zaskarżona decyzja została wydana mimo niezastnienia przesłanek określonych w art. 29 Pt.

W konkluzji pozwany wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez oddalenie w całości odwołania (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W.
2. zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych;

ewentualnie o:

3. uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji oraz
4. zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacje nie zasługują na uwzględnienie.

Ustalony w zaskarżonym wyroku stan faktyczny nie był sporny między stronami, a Sąd Apelacyjny nie zgłasza do niego żadnych zastrzeżeń i przyjmuje go za własny.

Orzeczenie Sądu Okręgowego – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest prawidłowe, a Sąd Apelacyjny w pełni je akceptuje.

Przede wszystkim podkreślić należy, iż decyzja Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej nr (...) z dnia 1 lipca 2009r wydana została w ścisłym związku z decyzją z dn. 22.10.2008r. nr (...) (Decyzja MTR 2008), gdyż stawki ustalone w zaskarżonej obecnie decyzji zostały ustalone w taki sam sposób, jak w decyzji MTR 2008. Nie miało miejsca odrębne badanie prawidłowości tych stawek ani analiza ich zasadności. Decyzja MTR 2008 została zaskarżona. W dniu 10.05.2010r Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił tę decyzję. Od wyroku Sądu Okręgowego została wniesiona apelacja, którą to apelację Sąd Apelacyjny w Warszawie oddalił wyrokiem z dnia 10.11.2010r, sygn. akt VI A Ca 899/10. W ten sposób decyzja MTR 2008, w oparciu o którą zapadła decyzja będąca przedmiotem rozpoznania w niniejszej sprawie, przestała istnieć. Wyeliminowanie tejże decyzji z obrotu prawnego nie może budzić wątpliwości, zwłaszcza wobec postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 29.06.2011r, sygn. akt III SK 11/11, który rozpoznając skargę kasacyjną złożoną przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej od wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 10.11.2010r w sprawie VI A Ca 899/10 odmówił przyjęcia tej skargi kasacyjnej do rozpoznania. Słusznie zatem uznał Sąd Okręgowy, iż nie może się ostać decyzja oparta na treści innej, nieistniejącej już decyzji. Sąd Apelacyjny w pełni podziela to stanowisko. Uchylenie decyzji MTR 2008 powoduje skutek ex nunc, co oznacza, iż brak było podstawy faktycznej do wydania zaskarżonej decyzji. Sąd rozstrzygający sprawę obowiązany jest brać pod uwagę stan istniejący w chwili zamknięcia rozprawy, czyli stan, w którym zaskarżona decyzja ustala stawki z tytułu zakańczania połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...) wyłącznie na podstawie nieistniejącej już decyzji MTR, bez przytoczenia analizy kosztów prowadzącej do takich właśnie ustaleń. Całkowicie niesłuszne są twierdzenia pozwanego, jakoby fakt uchylecia decyzji MTR 2008 pozostawał bez jakiegokolwiek znaczenia dla oceny prawidłowości zaskarżonej decyzji. Okoliczność ta jest jedną z kilku przesłanek decydujących o niezasadności apelacji i uznaniu za prawidłowy wyrok Sądu I instancji. Owszem, każda ostateczna decyzja administracyjna korzysta z domniemania prawidłowości, jednak domniemanie to można obalić i tak właśnie stało się w niniejszym przypadku z decyzją MTR 2008. Wydając przedmiotową decyzję Prezes UKE obowiązany był uwzględnić istnienie decyzji MTR 2008 i jej ustalenia i wnioski, natomiast w dacie orzekania przez Sąd Okręgowy decyzji tej już nie było i to z kolei musiał uwzględnić Sąd przy ferowaniu wyroku. Argumenty pozwanego zawarte w apelacji na str. 4 dotyczą postępowania administracyjnego, a nie sądowego, z jakim mamy do czynienia od dłuższego już czasu, tj. od chwili zaskarżenia decyzji.

Tym samym za niezasadne uznał Sąd Apelacyjny zarzuty apelacji pozwanego i zainteresowanego kwestionujące konieczność uwzględnienia przez Sąd Okręgowy stanu istniejącego w chwili orzekania, czyli niewystępowania w obrocie prawnym decyzji MTR z 2008 roku, a więc stosowania przy orzekaniu art. 316 § 1 kpc. Zarzuty te zostały zgłoszone w apelacji zainteresowanego w pkt A i w apelacji pozwanego w pkt 3. Słusznie stwierdził Sąd Okręgowy, iż z orzecnictwa Sądu Najwyższego wynika, że art. 316 kpc ma zastosowanie także w sprawach z zakresu regulacji telekomunikacji z pewnymi ograniczeniami w przypadkach nie mających miejsca w niniejszej sprawie. Podkreślić należy, iż w 2009 roku nastąpiła zmiana stanu prawnego (Prawa telekomunikacyjnego). Ponadto, sprawy z zakresu ubezpieczeń społecznych nie są aż tak podobne, mają jednak swoją specyfikę i nie można orzecnictwa w tych sprawach stosować do spraw takiego typu, jak obecnie rozstrzygana. Ostatni (w tym fragmencie apelacji) przykład (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2009r, sygn. akt II UK 102/09) jest chybiony chociażby dlatego, że uchylenie decyzji MTR 2008 miało miejsce dawno temu - 10 listopada 2010r), w żadnym razie nie w toku postępowania apelacyjnego.

Nieuzasadniony jest pogląd, iż we wszystkich sprawach wszczynanych na skutek odwołania od decyzji Prezesa UKE należy uwzględnić stan faktyczny i prawny z chwili wydania decyzji. Nie można przyjmować, że to w istocie od (...) zależało, czy wyeliminowanie decyzji MTR z obrotu prawnego miało skutek ex nunc bądź ex tunc.

Pozwany przytacza obszernie fragmenty uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8.03.2012r, sygn. akt VI A Ca 1150/11, w związku z czym przypomnieć należy, iż uzasadnienie to nie wiąże Sądu Apelacyjnego orzekającego w niniejszej sprawie. Wskazany w apelacji pozwanego na k-1157, 1158 przykład nie ma zastosowania w sprawie niniejszej i służy wyłącznie zwiększeniu objętości apelacji. Zwrócić należy też uwagę na to, że pozwany przytacza wyłącznie fragmenty uzasadnień wyroków w sprawach wygranych przez niego (gdzie mimo oddalenia apelacji strony przeciwnej Prezes UKE składał wnioski o sporządzenie uzasadnień). Pozwany powołując się na dotychczasową linię orzeczniczą SOKiK przytacza fragmenty uzasadnienia jednego wyroku z 1999 roku i zapomina o tym, że jeden wyrok to jeszcze nie linia orzecznicza, poza tym linia ta mogła ulec zmianie przez kilkanaście lat, zwłaszcza wobec zmiany stanu prawnego (zmiany Prawa telekomunikacyjnego).

Odrębną kwestią jest wadliwość zaskarżonej decyzji z powodu nieprzeprowadzenia przed jej podjęciem postępowania konsultacyjnego. Zgodnie z art. 15 Pt Prezes UKE przed podjęciem rozstrzygnięcia w sprawach:

„1) określenia rynku właściwego, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1, a także jego analizy i wyznaczenia przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą, lub uchylecia decyzji w tej sprawie,

2)nałożenia, zniesienia, utrzymania lub zmiany obowiązków regulacyjnych w stosunku do przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji lub nieposiadającego takiej pozycji,

3)decyzji dotyczących dostępu telekomunikacyjnego, o których mowa w art. 28-30,

4)innych wskazanych w ustawie

- przeprowadza postępowanie konsultacyjne, umożliwiając zainteresowanym podmiotom wyrażenie na piśmie w określonym terminie stanowiska do projektu rozstrzygnięcia.” Zaskarżona decyzja zmieniała umowę zawartą w 2001r pomiędzy (...) i (...) w zakresie wysokości stawek za zakańczanie połączeń głosowych, była więc decyzją dotyczącą zmiany obowiązków regulacyjnych w stosunku do przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji (taką pozycję (...) ustalono decyzji (...)) i jej wydanie powinno zostać poprzedzone postępowaniem konsultacyjnym. Przepis art. 17 Pt stanowi, że: „ W wyjątkowych przypadkach, wymagających pilnego działania ze względu na bezpośrednie i poważne zagrożenie konkurencyjności lub interesów użytkowników, Prezes UKE może bez przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego wydać decyzję w sprawach, o których mowa w art. 15, na okres nieprzekraczający 6 miesięcy. Wydanie kolejnej decyzji w tej samej sprawie poprzedza się postępowaniem konsultacyjnym.” Maciej Rogalski w komentarzu do art. 16 Prawa telekomunikacyjnego napisał: „Istotną kwestią jest wpływ konsultacji na projekt rozstrzygnięcia. Przepisy o konsultacjach nie regulują tej kwestii. Obowiązek przeprowadzenia konsultacji oznacza jednak, że Prezes UKE powinien zapoznać się z wynikami konsultacji. Nie oznacza to oczywiście, że musi uwzględnić w projekcie rozstrzygnięcia stanowiska uczestników konsultacji. Wprawdzie wyniki konsultacji i stanowiska uczestników nie stanowią materiału postępowania administracyjnego, co oznacza, że Prezes UKE nie ma obowiązku umożliwiania uczestnikom postępowania zajmowania stanowiska co do wyników konsultacji, to jednak może umożliwić zajęcie stanowiska uczestnikom postępowania co do wyników konsultacji. Wskazane to może być zwłaszcza w sytuacji istnienia rozbieżnych stanowisk uczestników konsultacji. Zebrane w ten sposób dodatkowe stanowiska mogą ułatwić przygotowanie prawidłowego projektu rozstrzygnięcia przez Prezesa UKE. Uznać także należy, że w przypadku ujawnienia w wyniku konsultacji istotnych okoliczności dla sprawy, organ prowadzący postępowanie administracyjne może podjąć postępowanie dowodowe (S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne..., s. 206). W przypadku zmiany projektu rozstrzygnięcia po zakończeniu konsultacji, uznać należy, że Prezes UKE nie może wydać rozstrzygnięcia bezpośrednio po zakończeniu konsultacji, ale umożliwić uczestnikom zajęcie stanowiska. Ustawa nie przesądza wprawdzie, czy w takiej sytuacji należy ponownie przeprowadzić postępowanie konsultacyjne.

Wydaje się jednak, że proces konsultacji powinien być przeprowadzony ponownie odnośnie do zmienionego projektu rozstrzygnięcia, w szczególności w przypadku istotnej zmiany projektu rozstrzygnięcia. Przeprowadzony proces konsultacji dotyczył bowiem innego projektu rozstrzygnięcia. Celem procesu konsultacji jest natomiast zebranie stanowisk uczestników co do projektu rozstrzygnięcia. Wcześniej zebrane stanowiska dotyczyły natomiast innego rozstrzygnięcia niż zmienione. Oznaczałoby to, że nie będzie zrealizowany główny cel postępowania konsultacyjnego, a mianowicie zebranie stanowisk uczestników postępowania co do projektu rozstrzygnięcia (zebrane zostały bowiem stanowiska uczestników tylko co do poprzedniego projektu rozstrzygnięcia). Obowiązek konsultacji powinien być zrealizowany przed podjęciem projektu rozstrzygnięcia oraz rozstrzygnięcia.”, z czego można by wnosić, iż postępowaniu konsultacyjnemu powinien podlegać konkretny projekt rozstrzygnięcia, a nie tak, jak było w niniejszym przypadku - już po przeprowadzeniu konsultacji dodano pewien fragment nowego rozstrzygnięcia. Wprawdzie, zdaniem Sądu Apelacyjnego, fragment ten nie wnosił żadnych nowych treści do tego rozstrzygnięcia, stanowił jedynie dodatkowe wyjaśnienie, doprecyzowywał zawarte w nim już wcześniej ustalenia, jednak był zupełnie nowym elementem decyzji, być może nie mającym istotnego merytorycznego znaczenia, ale nie poddany konsultacjom, a zatem będącym nowością dla zainteresowanych. Rację miał więc Sąd Okręgowy twierdząc, że projekt decyzji nie został poddany konsultacjom. Sąd Apelacyjny nie dopatrywał się naruszenia art. 233 § 1 kpc w zw. z art. 15 i 16 Prawa telekomunikacyjnego poprzez błędne uznanie, że zmiany wprowadzone do pierwotnego projektu były zmianami istotnymi. Skoro, zdaniem pozwanego, zmiany umowy miały wyłącznie charakter wyjaśniający, to Prezes powinien wprowadzić je już w projekcie poddanym konsultacjom.

Trzeba też zwrócić uwagę, że Sąd Okręgowy nie musiał badać, czy nieprzeprowadzenie postępowania konsultacyjnego mogło mieć wpływ na treść decyzji - samo nieprzeprowadzenie takiego postępowania oznacza uchybienie przepisom ustawy i czyni decyzję wadliwą.

Rację ma Sąd Okręgowy, iż Prezes UKE (który nie przeprowadził postępowania konsultacyjnego i napisał o tym w uzasadnieniu decyzji) nie wykazał zaistnienia przesłanek z art. 17 Pt. Obowiązek wykazania, że zaistniały przesłanki z art. 17 Pt do zaniechania przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego ciąży na pozwanym Prezesie UKE jako autorze zaskarżonej decyzji, gdyż on to właśnie zastosował ten przepis. Ustawa Prawo telekomunikacyjne stosowana jest przez Prezesa UKE przy wydawaniu decyzji i to on powinien uzasadnić zastosowanie poszczególnych jej przepisów. Prezes UKE będący w niniejszej sprawie pozwanym winien zatem udowodnić, że istniały warunki do postąpienia zgodnie z art. 17 Pt. Trudno zresztą wymagać od powoda udowadniania okoliczności negatywnych, tj. faktu nieistnienia przesłanek z art. 17 Pt. Niewątpliwie postępowanie w sprawach z odwołania od decyzji Prezesa UKE jest postępowaniem rozpoznawczym, nadto jest postępowaniem gospodarczym. Strony w takim postępowaniu powinny wykazywać Sądowi zasadność swoich stanowisk. W ocenie Sądu Apelacyjnego nie zaistniały w niniejszym przypadku przesłanki do pominięcia trybu konsultacji i nie można uznać, że uzasadnienie tego pominięcia jest wystarczające. Zasadą jest przeprowadzenie postępowania konsultacyjnego, a odstąpienie od tej zasady zawsze wymaga szczegółowego uzasadnienia. Sama ustawa Prawo telekomunikacyjne (art. 27 i nast.) przewiduje przypadek, który miał miejsce w niniejszej sprawie, tj. sytuację, gdy nie doszło do zawarcia nowej umowy i zaistniała konieczność wydania przez Prezesa UKE stosownej decyzji, trudno więc uznać, iż jest to sytuacja wyjątkowa, bowiem do wyjątkowych nie sposób zaliczać sytuacji dokładnie przewidzianych stosownymi przepisami.

Trafnie uznał Sąd I instancji, że przedmiotowa decyzja została wydana z naruszeniem art. 29 Prawa telekomunikacyjnego. Przepis ten mówi, że „Prezes UKE może z urzędu, w drodze decyzji, zmienić treść umowy o dostępie telekomunikacyjnym lub zobowiązać strony umowy do jej zmiany, w przypadkach uzasadnionych potrzebą zapewnienia ochrony interesów użytkowników końcowych, skutecznej konkurencji lub interoperacyjności usług.” Prezes UKE nie wykazał mianowicie, że zaistniał przypadek uzasadniony potrzebą zapewnienia ochrony interesów użytkowników końcowych, skutecznej konkurencji lub interoperacyjności usług. Jak to już wcześniej zostało powiedziane, to Prezes UKE wydając tę i inne decyzje posługuje się ustawą Prawo telekomunikacyjne, na tę ustawę się powołuje i dlatego powinien uzasadnić jej użycie. W uzasadnieniu przedmiotowej decyzji Prezes UKE zawarł być może obszerną podstawę prawną, brak jednakże podstawy faktycznej. Mowa jest tylko ogólnie o korzyściach płynących dla użytkowników końcowych z obniżenia stawek MTR, nie ma jednak przekonującego stanowiska na temat tego, jaka ma

być ta obniżona stawka - dlatego właśnie w takiej wysokości, jak ustalona w decyzji. W apelacji pozwanego twierdzi się, że „nie sposób oczekiwać od Prezesa UKE” podania szczegółowego wyczenia kosztów, nie jest to jednak prawda - niewystarczające jest w tym względzie powołanie się na inną decyzję.

Należy też stwierdzić, że nie jest przedmiotem niniejszej sprawy ustalanie celu wydania spornej decyzji, ani też rozumienie zjawiska fix-mobile substitution, co jest wyrazem podejścia ekonomicznego oraz wysoce specjalistycznego w zakresie połączeń telefonicznych, co jednak nie wchodzi w zakres zainteresowań Sądu przy rozstrzygnięciu niniejszej sprawy, Sąd rozstrzyga bowiem wyłącznie kwestie prawne.

Niezasadne są poszczególne zarzuty obu apelacji.

W szczególności pozbawiony jest racji zarzut dotyczący nieprawidłowego, zdaniem apelujących, uchylecia zaskarżonej decyzji zamiast dokonania jej zmiany. Sąd Apelacyjny podziela stanowisko, zgodnie z którym Sąd Okręgowy nie był w stanie sam naprawić wadliwości postępowania przed Prezesem UKE, bowiem uprawnienie do przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego przysługuje temuż Prezesowi, a nie Sądowi i dlatego Sąd, uznając zarzuty odwołania w tym zakresie za słuszne, musiał uchylić zaskarżoną decyzję. Całkowicie niesłusznym jest twierdzenie, że tylko w przypadku wydania decyzji administracyjnej bez podstawy prawnej można uchylić taką decyzję, zaś w pozostałych przypadkach Sąd winien decyzję zmienić w całości lub części. Uchylenie decyzji administracyjnej jest rozstrzygnięciem merytorycznym. Sąd Okręgowy nie mógł zmienić zaskarżonej decyzji nie znając wyników postępowania konsultacyjnego, które mogły mieć wpływ na treść tej decyzji; sam zaś Sąd – o czym mowa była już wcześniej – nie był w stanie konwalidować błędnej decyzji Prezesa UKE przeprowadzając postępowanie konsultacyjne, do czego uprawnienie przysługuje tylko Prezesowi UKE. Okoliczności powyższe są tak oczywiste, iż nie wymagają szczegółowego uzasadnienia. Sąd Okręgowy - wbrew twierdzeniom apelującego - nie mógł zmienić zaskarżonej decyzji ani też uchylić jej w części, uznał bowiem, że decyzja taka w ogóle nie powinna być wydana. Sąd Okręgowy nie mógł sanować braków zaistniałych przy jej wydaniu, gdyż leżą one w kompetencji wyłącznie Prezesa UKE. Uchylenia, jakie miały miejsce w postępowaniu administracyjnym nie mogły być konwalidowane w postępowaniu sądowym - cywilnym, zaś uchylenie zaskarżonej decyzji wcale nie należy do sytuacji wyjątkowych. W cytowanym przez apelującego fragmencie mowa jest o „braku podstaw” do wydania decyzji - tak właśnie było w niniejszym przypadku, o czym pisał w uzasadnieniu Sąd I instancji. Chodziło o wyeliminowanie z obrotu skarżonej decyzji, dlatego Sąd Okręgowy słusznie ją uchylił.

Sąd Okręgowy wbrew zarzutom apelacji rozważył całość zebranego w sprawie materiału dowodowego i prawidłowo go ocenił. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. należy stwierdzić, iż zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie poglądem z naruszeniem art. 233 § 1 k.p.c. mamy do czynienia wtedy, gdy Sąd oceniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, uchybia podstawowym regułom służącym ocenie wiarygodności i mocy poszczególnych dowodów tzn. regułom logicznego rozumowania, zasadom doświadczenia życiowego i właściwego kojarzenia faktów. Tylko zatem w przypadku wykazania przez skarżącego braku logiki w rozumowaniu sądu w świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego lub gdy rozumowanie to jest ewidentnie sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych związków przyczynowo-skutkowych, wtedy przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona. Z taką sytuacją Sąd Apelacyjny nie miał do czynienia w sprawie niniejszej i dlatego zarzut naruszenia art. 233 § 1 kpc jest niezasadny. Wbrew zarzutom apelacji, zdaniem Sądu Apelacyjnego ocena dowodów w niniejszej sprawie została dokonana w pełni prawidłowo. Sąd Apelacyjny nie dostrzegł żadnej sprzeczności z doświadczeniem życiowym i z zasadami logiki.

Niezasadny jest zarzut pozwanego dotyczący rzekomego naruszenia art. 328 § 2 kpc, a więc wadliwości uzasadnienia zaskarżonego wyroku. Uzasadnienie zaskarżonego wyroku zostało sporządzone zgodnie z wymogami art. 328 § 2 kpc i poddaje się weryfikacji Sądu II instancji, który był w stanie odtworzyć tok rozumowania Sądu Okręgowego. Uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego zawiera wszystkie niezbędne elementy, łatwo poddaje się weryfikacji i kontroli instancyjnej, nie przeszkadza w sporządzeniu rzeczowej apelacji. Sąd Apelacyjny bez specjalnych trudności był w stanie prześledzić tok rozumowania Sądu Okręgowego, zapewne był to także w stanie uczynić skarżący. Należy zaznaczyć, że nawet ewentualne uchybienia w sporządzeniu uzasadnienia zaskarżonego wyroku nie musiałyby

świadczyć o wadliwości samego wyroku, bowiem treść uzasadnienia sporządzanego po wydaniu wyroku z zasady nie ma wpływu na jego treść. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 5.11.2009r, II UK 102/09 „Uzasadnienie wyroku wyjaśnia przyczyny, dla jakich orzeczenie zostało wydane i jest sporządzane już po wydaniu wyroku. Zatem wynik sprawy z reguły nie zależy od tego, jak napisane zostało uzasadnienie i czy zawiera ono wszystkie wymagane elementy. W konsekwencji zarzut naruszenia art. 328 § 2 w związku z art. 391 § 1 k.p.c. może być usprawiedliwiony tylko w tych wyjątkowych okolicznościach, w których treść uzasadnienia orzeczenia Sądu drugiej instancji uniemożliwia całkowicie dokonanie oceny toku wyводу, który doprowadził do wydania orzeczenia lub w przypadku zastosowania prawa materialnego do niedostatecznie jasno ustalonego stanu faktycznego.”, zaś zgodnie z postanowieniem Sądu Najwyższego z dnia 29.06.1999r, I CKN 683/99 „Przepis art. 328 § 2 k.p.c. traktujący o technice sporządzenia uzasadnienia nie stanowi zmaterializowania wcześniejszych rozważań sądu, których zakres i treść mogła mieć wpływ na wynik sprawy.”

Niezasadnym byłoby umarzanie niniejszego postępowania wobec wygaśnięcia mocy obowiązującej zaskarżonej decyzji, gdyż skutki wywołane przez tę decyzję nadal trwają. Decyzja, obecnie już nieistniejąca, a wygaszona z upływem okresu jej obowiązywania ukształtowała sposób rozliczeń z tytułu świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci (...) w sposób odmienny, niż ustalony w umowie z 2001r.

Poza tym zaakceptowanie stanowiska o konieczności umorzenia postępowania czyniłoby iluzoryczną sądową kontrolę działalności Prezesa UKE w przypadku niemal każdej decyzji wydanej w trybie art. 17 Pt, z uwagi na długotrwałość postępowania przed sądami powszechnymi. Tymczasem prawo strony do poddania takiej decyzji sądowej kontroli jej legalności, zasadności i celowości wynika wprost z ustawy (art. 479⁽⁵⁷⁾ k.p.c.).

Nie zaistniały zatem przesłanki z art. 355 kpc (powód nie cofnął pozwu, zaś wydanie wyroku nie stało się zbędne lub niedopuszczalne) i dlatego postępowanie w niniejszej sprawie nie mogło być umorzone.

Powyższe względy przesądziły o uznaniu bezzasadności obu apelacji i oddaleniu ich na mocy art. 385 kpc.

Na koniec przytoczyć należy tezę wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9.01.2012r, II UK 74/11, która brzmi: „ Art. 328 § 2 k.p.c. zastosowany odpowiednio do uzasadnienia orzeczenia sądu drugiej instancji (art. 391 § 1 k.p.c.) oznacza, że uzasadnienie to nie musi zawierać wszystkich elementów uzasadnienia wyroku sądu pierwszej instancji, ale takie elementy, które ze względu na treść apelacji i zakres rozpoznawanej sprawy wyznaczone przepisami ustawy są potrzebne do rozstrzygnięcia sporu przez sąd.” Z tego względu Sąd Apelacyjny odniósł się do zarzutów apelacyjnych wyjaśniając powody ich nieuwzględnienia.

Z powyższych przyczyn Sąd Apelacyjny uznając obie apelacje za niezasadne, oddalił je na podstawie art. 385 kpc orzekając o kosztach z mocy art. 98 kpc w zw. z art. 108 kpc.