

Sygn. akt VI ACa 484/13

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 grudnia 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Agata Zając

Sędzia SA – Wanda Lasocka

Sędzia SA – Aldona Wapińska

Protokolant: – sekr. sądowy Beata Pelikańska

po rozpoznaniu w dniu 11 grudnia 2013 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) S.A. w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

z udziałem zainteresowanego (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.

o zmianę umowy

oraz z powództwa (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

z udziałem zainteresowanego (...) S.A. w W.

o zmianę umowy

na skutek apelacji powoda (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.

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

z dnia 27 listopada 2012 r., sygn. akt XVII AmT 9/11

I oddala apelację;

II zasądza od (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 270 (dwieście siedemdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

UZASADNIENIE

Decyzją z 15 listopada 2010 r. Nr (...) pozwany - Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej - po przeprowadzeniu z urzędu postępowania administracyjnego o wydanie decyzji zmieniającej „Umowę hurtowego dostępu do sieci (...)”, zawartą w dniu 4 stycznia 2010 r. pomiędzy (...) S.A. z siedzibą w W. (dalej jako: (...)) a (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. w zakresie wprowadzenia postanowień umożliwiających realizację migracji usługi Hurtowego Dostępu do sieci

(...), zmienił postanowienia przedmiotowej Umowy sposób określony w Decyzji i na podstawie art. 17 Pt określił okres obowiązywania niniejszej Decyzji do dnia 15 maja 2011 r.

Wyrokiem z 27 grudnia 2012 r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił odwołania: (...) S.A. i (...) sp. z o.o. od powyżej Decyzji i zasądził od odwołujących się na rzecz Prezesa UKE kwoty po 360 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Wyrok zapadł w oparciu o następujące ustalenia i wywody Sądu Okręgowego:

(...) S.A. z siedzibą w W. jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym zarejestrowanym w Krajowym Rejestrze Sądowym pod numerem (...), natomiast (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. przedsiębiorcą telekomunikacyjnym zarejestrowanym w Krajowym Rejestrze Sądowym pod numerem (...).

6 czerwca 2007 r. pozwany wydał decyzję nr (...) w sprawie zmiany postanowień umowy o połączeniu sieci (...) oraz (...), zawartej 26 czerwca 2003 r. (Decyzja (...)) w zakresie implementacji usługi hurtowego dostępu do sieci telekomunikacyjnej (...) (usługa (...)).

15 stycznia 2008 r. (...) oraz (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. zawarły Umowę o Współpracy, na podstawie której (...) odsprzedaże usługę (...) na rzecz (...). W oparciu o usługę (...), odsprzedawaną przez (...) na rzecz (...), (...) świadczy usługi detaliczne dla własnych abonentów, z którymi ma podpisaną umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych.

6 października 2009 r. pozwany wydał decyzję nr (...), zastępującą umowę o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie ustalenia warunków hurtowego dostępu do sieci (...) dla (...) (Decyzja (...)).

Na podstawie Decyzji (...), (...) uzyskało możliwość korzystania z usługi (...) bez konieczności pośrednictwa ze strony (...).

W październiku 2009 r. (...) wystąpiło do (...) z wnioskiem o dokonanie migracji abonentów (...) obsługiwanych na podstawie usługi (...) odsprzedawanej przez (...) na rzecz (...), na skutek której usługa (...) w zakresie łączy objętych przedmiotowym procesem migracji będzie świadczona przez (...) bezpośrednio na rzecz (...), w oparciu o Decyzję (...).

4 stycznia 2010 r. (...) oraz (...) zawarły Umowę hurtowego dostępu do sieci (...), która zastąpiła Decyzję (...). Nie został jednak zrealizowany proces migracji usługi hurtowej (...) w odniesieniu do abonentów (...) obsługiwanych na podstawie usługi (...) odsprzedawanej przez (...) na rzecz (...), w wyniku którego (...) mogłoby świadczyć usługi dla swoich abonentów w oparciu o Decyzję (...). Z trójstronnych spotkań negocjacyjnych 22 września 2010 r. i 28 września 2010 r., w których uczestniczyli również przedstawiciele Urzędu Komunikacji Elektronicznej, negocjujące Strony sporządziły notatki, natomiast 30 września 2010 r. (...), (...) oraz (...) podpisały protokół rozbieżności.

Decyzją z 29 września 2010 r. nr (...) pozwany zatwierdził „Ofertę ramową określającą ramowe warunki dostępu telekomunikacyjnego w zakresie rozpoczynania i zakańczania połączeń hurtowego dostępu do sieci (...), dostępu do łączy abonenckich w sposób zapewniający dostęp pełny lub współdzielony, dostępu do łączy abonenckich poprzez węzły sieci telekomunikacyjnej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych” (Oferta (...)) dotyczącej migracji.

Pozwany pismem z 4 października 2010 r. zawiadomił (...) Sp. z o.o. i (...) o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego o wydanie decyzji zmieniającej wyżej wskazaną Umowę w zakresie wprowadzenia postanowień umożliwiających realizację migracji usługi Hurtowego Dostępu do Sieci (...) ((...)) oraz zwrócił się do nich na podstawie art. 27 ust. 4 Pt do o przedstawienie stanowiska w w/w sprawie.

W pismach z 18 października 2010 r. (...) i (...) przedstawiły własne stanowiska w sprawie.

Pismem z 25 października 2010 r. pozwany poinformował Przedsiębiorców o możliwości zapoznania się z materiałem zgromadzonym w sprawie, a także o możliwości wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań.

Uprawnienie to zrealizowała (...), składając pismo z 29 października 2010 r.

W tak ustalonym stanie faktycznym spawy oba odwołania Sąd Okręgowy uznał za nieuzasadnione, a zaskarżoną Decyzję pozwanego za prawidłową i słuszną.

Sąd nie podzielił poglądu (...) Sp. o.o., iż zaskarżona Decyzja narusza przepisy art. 29 Pt, art. 28 Pt ust. 1 Pt w zw. z art. 43 ust. 6 Pt oraz art. 17 Pt, albowiem w przedmiotowej sprawie istniała podstawa prawna do jej wydania.

Przede wszystkim zauważył, iż zgodnie z treścią art. 29 ustawy Pt pozwany 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. Z przepisu tego wynika, że Prezes UKE posiada kompetencje do zmiany umowy o dostępie telekomunikacyjnym w sytuacji zaistnienia co najmniej jednej ze wskazanych przesłanek.

Sąd zgodził się z pozwanym, iż w przedmiotowej sprawie ziściła się przesłanka konieczności zapewnienia ochrony skutecznej konkurencji, a zatem Prezes UKE był uprawniony do wydania Decyzji w tym trybie. Ingerencja Prezesa UKE była potrzebna, ponieważ w ustalonym stanie faktycznym, pomimo, że przedsiębiorca telekomunikacyjny uzyskał na mocy decyzji (...) sp. z o.o. możliwość samodzielnego korzystania z usługi (...), faktycznie nie mógł realizować tego uprawnienia w stosunku do grupy swoich abonentów, którym wcześniej świadczył usługę detaliczną w oparciu o usługę (...) odsprzedawaną mu przez (...) i z którymi łączyły go umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych. Sąd podzielił stanowisko pozwanego, że brak istnienia odpowiedniej procedury umożliwiającej przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu migrację własnych abonentów na poziomie hurtowym z usługi świadczonej w oparciu o umowę odsprzedaży usługi (...) na usługę świadczoną w oparciu o umowę (...) zawartą bezpośrednio z (...) (lub też decyzję o dostępie telekomunikacyjnym zastępującą taką umowę) umożliwia w rzeczywistości blokowanie przez (...)przeprowadzenia takiego procesu, tym bardziej, że (...) nie ma interesu faktycznego w przeprowadzeniu procesu migracji, którego efektem byłaby utrata przychodów z tytułu odsprzedażania usługi (...) danemu przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu. Prezes UKE zasadnie zatem uznał za zaprzeczenie zasad wolnej konkurencji brak możliwości świadczenia usług w oparciu o usługi (...) dla całej bazy abonenckiej danego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego przez blokowanie migracji przez innego przedsiębiorcę. Rozwiązanie wprowadzone do Decyzji odnośnie do umowy (...) z (...) Sp. z o.o. umożliwi rozwój tym podmiotom, które po początkowym okresie świadczenia usług jedynie w oparciu o usługę (...) odsprzedawaną przez innego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, zdecydują się na świadczenie usługi samodzielnie bez udziału pośredników, a w oparciu o usługę (...) nabywaną już bezpośrednio przez (...). Umożliwienie przedsiębiorcom telekomunikacyjnym, którzy mogą korzystać z usługi (...) kupowanej bezpośrednio od (...), dokonania migracji usługi (...), spowoduje obniżenie kosztów po stronie tych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, co ma wpływ na inwestycje przedsiębiorców telekomunikacyjnych oraz stworzenie konkurencyjnej oferty detalicznej. Czynnikiem ograniczającym możliwość kreowania konkurencyjnej oferty detalicznej są bowiem dodatkowe koszty związane z odkupywaniem usługi (...) od pośrednika, których unika się w przypadku nabywania usługi (...) bezpośrednio od (...).

Wprowadzenie takiej procedury umożliwi zatem przeprowadzenie tego rodzaju migracji usługi (...) nie tylko (...), ale wszystkim innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym, którzy znajdują się w analogicznej sytuacji. Z tego względu konieczna była ingerencja właśnie w treść umowy, której stronami są (...) i (...) Sp. z o.o., aby odpowiednia procedura w relacji (...) — (...) umożliwiała przeprowadzenie migracji usługi (...) wszystkim przedsiębiorcom, którym (...) odsprzedaży usługę (...).

Odnosząc się do twierdzeń (...), iż (...) nie wyłączało możliwości przeprowadzenia migracji abonentów (...), Sąd wskazał, że toczące się między przedsiębiorcami rozmowy nie doprowadziły do definitywnego porozumienia, a wobec

tę, że (...) Sp. z o.o. nie łączy żadna relacja z (...) Sp. z o.o., podstawowe znaczenie ma fakt, iż abonent ma zawartą umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych z danym przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, który chce skorzystać z procedury przewidzianej w Decyzji, bez pośrednictwa (...).

Sąd nie podzielił poglądu (...) odnośnie do braku konkurencji pomiędzy uczestniczącymi w sporze podmiotami z uwagi na różny przedmiot działalności tychże podmiotów, gdyż zdaniem Sądu podmioty te konkurują na tożsamym rynku telekomunikacyjnym, różny jest jedynie profil ich działalności.

Pozwany wydając Decyzję wziął pod uwagę kryteria zgodnie z obowiązkiem wyrażonym w art. 28 ust. 1 Pt, tj. w szczególności interes użytkowników sieci telekomunikacyjnych, charakter zaistniałych kwestii spornych oraz praktyczną możliwość wdrożenia rozwiązań dotyczących technicznych i ekonomicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego, a także zapewnienie niedyskryminujących warunków dostępu telekomunikacyjnego oraz rozwoju konkurencyjnego rynku usług telekomunikacyjnych.

Sąd zauważył, iż pozwany implementował do Umowy uzgodnioną co do zasady przez przedsiębiorców procedurę migracji usługi hurtowej (...). Decyzja reguluje jednak dodatkowo kwestie sporne wobec tego, że mimo podjętych trójstronnych negocjacji między przedsiębiorcami i braku ostatecznego całkowitego trójstronnego porozumienia, uniemożliwiły one wdrożenie procedury realizacji migracji. Sąd zważył, iż wprawdzie Decyzja nie nakłada na podmiot trzeci, jak np. (...) sp. z o.o. żadnych obowiązków, a jedynie reguluje zasady postępowania przez (...) i (...), jednakże pozwany słusznie wziął pod uwagę, zmieniając postanowienia Umowy hurtowego dostępu do sieci (...), iż ma ona zastosowanie w przypadku, gdy proces zostanie zainicjowany przez ten podmiot czyli innego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego.

Jeśli chodzi o dzienne limity zamówień migracji w kontekście rozwiązań dotyczących technicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego Sąd stwierdził, że kwestia ta nie była uzgodniona między (...) S.A. a (...) Sp. z o.o. Wprowadzenie takiego limitu przez pozwanego nie było konieczne, gdyż postanowienie w tym zakresie może zostać uzgodnione między (...) a danym przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, który chce skorzystać z procedury migracji usługi (...) przewidzianej w zaskarżonej Decyzji. Ponadto oprócz tego, że przewidziany w ofercie (...) model współpracy międzyoperatorskiej nie określa precyzyjnych zasad migracji dla przedmiotowego przypadku, dzienny limit zamówień nie jest przewidziany dla żadnego innego procesu Modelu Współpracy Międzyoperatorskiej przewidzianego w ofercie (...).

Sąd zważył, iż nie można uznać za trafny zarzut (...) Sp. z o.o., że pozwany przyjął w zaskarżonej Decyzji gorsze warunki niż w zatwierdzonej ofercie ramowej — ofercie (...), gdyż zatwierdzoną decyzją pozwanego oferta (...) nie przewidywała dedykowanej procedury dla zaistniałego przypadku dotyczącego migracji usługi (...) bez zmian na poziomie detalicznym, tj. bez zmiany dostawcy usług dla abonenta. Ponieważ w przedmiotowej sprawie zaistniał przypadek wymagający interwencji Prezesa UKE, a z drugiej strony był to przypadek zasadniczo nieprzewidziany w ofercie (...), niezbędne było zatem opracowanie rozwiązania nieprzewidzianego w ofercie (...). Wobec powyższego, zdaniem Sądu, pozwany nie naruszył art. 43 ust. 6 ustawy Prawo telekomunikacyjne, zgodnie z którym operator, na którego został nałożony obowiązek omówiony w art. 42 ust. 1, jest obowiązany do zawierania umów o dostępie telekomunikacyjnym na warunkach nie gorszych dla pozostałych stron umowy, niż określone w zatwierdzonej ofercie ramowej lub ustalonej decyzją Prezesa UKE. Skoro bowiem Prezes UKE unormował w umowie stron rozwiązania nieprzewidziane w ofercie ramowej, nie można uznać, jako podnosi (...), że są one gorsze niż określone w zatwierdzonej ofercie ramowej.

Powyższe nie oznacza jednak, że pozwany pominął w ogóle ofertę (...). Pozwany uwzględnił ją zgodnie z obowiązkiem wynikającym z art. 28 ust. 1 pkt 2 Pt, w ramach którego podejmuje on decyzję o dostępie telekomunikacyjnym biorąc pod uwagę obowiązki nałożone na przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Sąd zwrócił przy tym uwagę, że pozwany podejmując decyzję o dostępie telekomunikacyjnym, musiał mieć na względzie nie tylko ofertę ramową, ale także inne kryteria wskazane w art. 28 ust. 1 Pt.

W opinii Sądu pozwany był uprawniony w niniejszej sprawie do zaniechania przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego. Stosownie bowiem do treści art. 17 Pt 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. Dopiero wydanie kolejnej decyzji w tej samej sprawie poprzedza się postępowaniem konsultacyjnym.

Tymczasem przedłużanie się między (...) sp. z o.o. a (...) negocjacji i brak zmiany umowy w zakresie wprowadzenia postanowień umożliwiających realizację migracji usługi hurtowego dostępu do sieci (...) stanowi przypadek wyjątkowy i powoduje bezpośrednie zagrożenie dla konkurencyjności, ale też dla interesów użytkowników. Niemożliwość zmigrowania usługi (...) stawia przedsiębiorcę telekomunikacyjnego (w przedmiotowej sprawie (...) Sp. z o.o.) w niekorzystnej pozycji konkurencyjnej w stosunku do (...) sp. z o.o. Sąd zwrócił uwagę, iż dany przedsiębiorca telekomunikacyjny, który odkupywał usługę (...) od (...), dotychczas był zmuszony do korzystania z usług odsprzedawcy przynajmniej do czasu, gdy abonent nie rozwiąże umowy abonenckiej całkowicie rezygnując z usługi. Przedsiębiorca telekomunikacyjny mógł zatem obsługiwać w oparciu o własną relację z (...) jedynie swoich nowych abonentów, a więc tych, z którymi zawarł umowy abonenckie już po rozpoczęciu bezpośredniej współpracy z (...) natomiast w stosunku do pozostałych abonentów możliwość ich obsługi w oparciu o własną relację z (...) w praktyce była zablokowana. Powyższe wpływa na zachwianie pozycji konkurencyjnej pomiędzy (...) i przedsiębiorcą telekomunikacyjnym odkupującym od (...) usługę (...), wynikające ze zmniejszenia poziomu rentowności usługi świadczonej przez przedsiębiorcę własnym abonentom, kosztem (...), a więc pośrednika, z którego usług w zaistniałym stanie faktycznym zmuszony jest korzystać ten przedsiębiorca telekomunikacyjny.

Zagrożenie konkurencyjności ma charakter bezpośredni, gdyż dotyczy realnie zaistniałej sytuacji, której skutkiem jest niemożność dokonania migracji w określonym stanie faktycznym, ale również charakter poważny choćby z uwagi na ilość abonentów podawaną przez Prezesa UKE, tj. ponad 55 tys. abonentów, co do których brak jest możliwości migracji usługi (...). Tym samym Sąd przyjął, iż wystąpił wyjątkowy przypadek wymagający pilnego działania.

W ocenie Sądu podniesione przez (...) Sp. z o.o. zarzuty wobec zaskarżonej Decyzji w istocie stanowią polemikę z argumentacją pozwanego przedstawioną w jej uzasadnieniu i jako takie nie mogą prowadzić do uwzględnienia wniosku powoda o uchylenie zaskarżonej Decyzji w całości, albowiem nie dowodzą wydania Decyzji bez podstawy prawnej.

Pomijając fakt nieskuteczności w niniejszym postępowaniu podniesionych przez powodów zarzutów naruszenia przepisów postępowania administracyjnego, w tym art. 6, 7, 8, 9, 77 § 1, 107 §1 w zw. z art. 206 ust. 1 Pt, 107 § 3 kpa, albowiem celem postępowania sądowego nie jest przeprowadzenie kontroli postępowania administracyjnego prowadzonego przez Prezesa UKE (wyrok SN z dn. 13 maja 2004 r. III SK 44/04 opublik. OSNP 2005/9/136), Sąd stwierdził, że Prezes UKE zebrał istotny w sprawie materiał dowodowy i wyczerpująco go rozpatrzył. W ocenie Sądu zarzut wadliwego i lakonicznego uzasadnienia Decyzji jest zupełnie chybiony, natomiast zarzut (...) odnośnie do nieuwzględnienia całości materiału dowodowego oraz niewyjaśnienia w treści uzasadnienia rozstrzygnięć zawartych w petitum Decyzji - niesprecyzowany.

Uzasadnienie Decyzji zawiera wprawdzie błędnie oznaczony przedział dla realizacji migracji, ponieważ jak wynika z dalszej treści Decyzji przedział dla realizacji migracji został zaczerpnięty z oferty (...), jednakże w petitum Decyzji przedział dla realizacji migracji został określony prawidłowo zgodnie z ofertą ramową - od 14 dni roboczych do 120 dni. Powyższe bez wątpienia wskazuje na zwykłą omyłkę, co przyznał sam pozwany, wobec czego nie może dojść do mylnego rozumienia i wykonania Decyzji. Przy czym Sąd zgodził się z pozwanym, że ustalony przedział nie uniemożliwia realizacji migracji. Ponadto rozwiązanie zaczerpnięte z oferty (...) potwierdza oparcie się pozwanego również o ofertę ramową i zmierzanie do unifikacji obowiązujących na rynku telekomunikacyjnym rozwiązań. Nie ma zatem, zdaniem Sądu, potrzeby zmiany Decyzji w powyższym zakresie. Niezasadne są zatem twierdzenia (...) o braku możliwości zrozumienia zaskarżonej Decyzji i w konsekwencji jej wykonania.

(...), podnosząc zarzut naruszenia art. 28 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 30 Pt, nie przedstawiła żadnych dowodów na okoliczność nieistnienia praktycznej możliwości wdrożenia rozwiązań dotyczących technicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego. Nie przedstawiła również zasługującej na poparcie argumentacji, iż termin na realizację migracji, wskazany w pkt. 22.1 pkt. 8 zaskarżonej Decyzji, jest zbyt krótki, a ponadto Sąd wskazał, iż termin ten wynika z pkt. 5.2.1 c oferty ramowej (...). Odnośnie natomiast do kwestii limitów zamówień Sąd zważył, iż z protokołu rozbieżności z 30 września 2010 r. wynika, że kwestia ta była uzgodniona jedynie pomiędzy (...) a (...). Nie jest konieczne, aby proponowany zapis odnośnie do dziennego limitu migracji znalazł się w Decyzji, ponieważ strony mogą ustalić dzienny limit zamówień, natomiast w ofercie (...) nie jest przewidziany limit. Twierdzenie (...), iż brak dziennych limitów zamówień uniemożliwia dotrzymanie przez nią terminów przewidzianych w Decyzji jest gołosłowne, niepoparte dowodami. W ocenie Sądu dokonana przez pozwanego zmiana „Umowy hurtowego dostępu do sieci (...)” uwzględniała inne postanowienia tejże umowy i zapewniła przedmiotowej umowie spójność i wykonalność.

Sąd zauważył też, że pozwany odniósł się w uzasadnieniu Decyzji m.in. do stanowiska (...), złożonego w niniejszej sprawie w zakresie, w jakim odnosi się ono do projektu Decyzji. Nie stanowiły natomiast odniesienia się do projektu Decyzji zarzuty stawiane ofercie (...) oraz decyzji ją wprowadzającej. Kwestia postanowień (...) oraz decyzji ją wprowadzającej nie była bowiem przedmiotem postępowania zakończonego wydaniem zaskarżonej Decyzji.

Z powyższych względów, wobec tego, że Decyzja w sposób prawidłowy i pełny reguluje wskazany w niej zakres, nie znajdując podstaw do uwzględnienia odwołań na podstawie art. 479⁶⁴ § 1 k.p.c. podlegały one oddaleniu.

O kosztach postępowania Sąd rozstrzygnął na podstawie art. 98 i art. 99 k.p.c.

W apelacji od powyższego wyroku, skarżąc go w całości w części odnoszącej się do (...) sp. z o.o. - (...) zarzuciła mu naruszenie przepisów art.: 17, 28 u.1 p.2 i 4, 29 i 43 u. 6 Pt (ustawa z 16 lipca 2004 r., Dz. U. 2004 p. 1800, ze zm.) oraz 479⁽⁶⁴⁾ k.p.c. i wносиła o jego zmianę poprzez uchylenie w całości zaskarżonej Decyzji, z zasądzeniem kosztów, ewentualnie o jego uchylenie i przekazanie sprawy Sądowi I instancji od ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Apelacyjny popiera ustalony przez Sąd Okręgowy stan faktyczny sprawy i uznaje go za własny, a skarżony wyrok uznaje za trafny w jego treści z przyczyn obszernie zaskarżonych w pisemnym jego uzasadnieniu.

Na wstępie Sąd Apelacyjny zauważa, z mocy przepisu art. 9.7 ustawy z 16 września 2011 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2011 p. 1381) w odniesieniu do skarżącego – jako odwołującego się – znajduje w niniejszej sprawie zastosowanie przepis art. 479⁽¹²⁾ § 1 k.p.c., w brzmieniu uprzednio obowiązującym, który nakładał na powoda obowiązek podania w pozwie wszystkich twierdzeń i dowodów na ich poparcie pod rygorem utraty prawa powoływania ich w toku postępowania, chyba że wykaże, że ich powołanie w pozwie nie było możliwe albo że potrzeba powołania wynikła później. Odwołanie od decyzji pozwanego jest specyficznym pismem procesowym, które podobnie jak pozew inicjuje postępowanie sądowe i zarzuty z odwołania pełnią – w aspekcie treści przepisu art. 479⁽¹²⁾ § 1 k.p.c. – taką samą funkcję jak twierdzenia w pozwie. W treści odwołania odwołujący nie zgłosił zarzutów: naruszenia przepisu art. 28 u.1 p. 2 Pt przez uznanie, że pozwany wydając skarżoną Decyzję wziął pod uwagę obowiązki nałożone na przedsiębiorców telekomunikacyjnych w sytuacji, gdy takowe nie zostały nałożone ani na (...), ani na (...), ponieważ nie przewidują ich ani oferta ramowa, ani powszechnie obowiązujące przepisy prawa; przepisu art. 28 u.1 p. 4 Pt poprzez uznanie, iż wydając skarżoną Decyzję pozwany mógł nie wprowadzać dziennych limitów zamówień migracji, gdyż kwestia ta może być uzgodniona pomiędzy (...) i konkretnym przedsiębiorcą oraz przepisu art. 29 Pt przez niezbadanie, czy dokonanie migracji rzeczywiście spowoduje obniżenie kosztów działalności biorcy usługi – czym skutecznie pozbawił się możliwości podnoszenia ich w dalszych toku postępowania, a nie wykazał w apelacji, aby ich powołanie w odwołaniu nie było możliwe lub że potrzeba taka

wynikała później. Wywody pozwanego w odniesieniu powyższych kwestii zawarte Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu skarżonej Decyzji (odpowiednio m. in. k. 25, 26-7, 31 – 32 akt sprawy).

Za nieuzasadniony Sąd Apelacyjny uznaje zarzut skarżącego naruszenia przepisu art. 28 u. 1 p. 2 w zw. z art. 43 u. 6 Pt poprzez uznanie przez Sąd Okręgowy, iż wydając zaskarżoną Decyzję pozwany nie wprowadził w umowie stron warunków gorszych niż określone w zatwierdzonej ofercie ramowej, a ona nie zawiera wprowadzonych przez pozwanego rozwiązań.

Sąd Apelacyjny w całości popiera wywody Sądu Okręgowego w tym zakresie, przytoczone powyżej, których apelacja skutecznie nie zwalcza. Brak było uprzednio dedykowanej procedury dotyczącej migracji usługi (...) bez zmian na poziomie detalicznym, stąd zaistniała praktyczna – rynkowa – potrzeba jej wprowadzenia. Zatwierdzona decyzją pozwanego oferta (...) w ogóle nie przewidywała takiej procedury i z tego też powodu nie można uznać, że skarżona Decyzja wprowadzająca stosowną procedurę migracji przewiduje warunki gorsze niż w zatwierdzonej ofercie ramowej. Z tego punktu widzenia oraz z uwagi na cel wydania skarżonej Decyzji – jw. – trudno też przyjąć, iż są to rozwiązania niekorzystne dla (...). Stanowisko skarżącej wyraża jej pogląd na omawianą kwestię, którego Sąd Apelacyjny nie podziela, identyfikując się z argumentacją Sądu Okręgowego.

Za nieuzasadniony Sąd Apelacyjny uznaje także zarzut apelacyjny naruszenia przepisu art. 28 u. 1 p. 4 Pt poprzez uznanie, iż skarżona Decyzja mogła być wydana pomimo braku kwestii spornych pomiędzy stronami. Ze względu na swoją treść decyzja ta ma charakter wyjątkowy. Reguluje wzajemne prawa i obowiązki stron umowy w sytuacji, gdy inny podmiot zainicjuje procedurę migracji.

Trójstronne (strony oraz (...) sp. z o.o.) negocjacje prowadzone w nn. sprawie nie doprowadziły ani do zawarcia trójstronnego porozumienia, ani też zmiany umowy stron. Już powyższe wskazuje na zaistnienie kwestii spornych w rozumieniu przepisu art. jw. i w ustalonych okolicznościach faktycznych sprawy uzasadnia ingerencję pozwanego z urzędu w treść umowy stron.

Sąd Apelacyjny podziela też stanowisko Sądu Okręgowego w zakresie odnoszącym się do treści przepisów art. 29 i 17 Pt. Uznaje za Sądem Okręgowym, iż ingerencję pozwanego w stosunki stron umowy z 4 stycznia 2010 r. w formie wydania skarżonej Decyzji uzasadniała potrzeba zapewnienia ochrony skutecznej rynkowej konkurencji. Rację ma pozwany twierdząc, że dalsze wykonywanie przez strony umowy z 4 stycznia 2010 r. w niezmienionej wersji prowadzi do zagrożenia skutecznej konkurencji. (...) na podstawie decyzji pozwanego z 26 czerwca 2003 r. i umowy z (...) z 4 stycznia 2010 r. uzyskała możliwość korzystania z usługi (...), którą następnie odsprzedaży innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym (np. (...) sp. z o.o.), którzy następnie w oparciu o te usługi świadczą usługi własnym abonentom. Jednakże spółka (...) na podstawie decyzji pozwanego z 6 października 2009 r. uzyskała możliwość korzystania z usługi (...) bez konieczności odkupowania jej od (...). Powyższe spowodowało konieczność przeprowadzenia rozmów w zakresie przeprowadzenia migracji bazy abonentów (...) z usługi hurtowej świadczonej za pośrednictwem (...) na usługę hurtową świadczoną bezpośrednio przez (...). Wobec bezskuteczności negocjacji migracja została zablokowana, stąd potrzeba ingerencji pozwanego w treść umowy dla zapewnienia skutecznej konkurencji na rynku telekomunikacyjnym. Doszło bowiem do sytuacji, w której (...) (a więc podmiot trzeci) pomimo uzyskania możliwości samodzielnego korzystania z usługi (...), nie mogła jej zrealizować w stosunku do grupy swoich abonentów, którym wcześniej świadczyła usługę detaliczną w oparciu o usługę (...) odsprzedaną mu przez (...). Rację ma pozwany, że brak stosownej procedury umożliwiającej przedsiębiorcy migrację własnych abonentów na poziomie hurtowym z usługi świadczonej w oparciu o usługę odsprzedaży usługi (...) na świadczoną w oparciu o umowę (...) zawartą bezpośrednio z (...), umożliwia (...) blokowanie przeprowadzenia procesu migracji i negatywnie wpływa na utrzymanie zasad konkurencji.

Powyższe jest korzystne dla przedsiębiorców świadczących usługi kupowane bezpośrednio od (...), a wcześniej odkupowane od innych podmiotów, którzy nie mogą świadczyć usług telekomunikacyjnych w oparciu o usługi (...) kupowane bezpośrednio od (...) dla grupy najstarszych abonentów. Wprowadzona procedura migracji umożliwi rozwój podmiotom, które zdecydują się na świadczenie usług samodzielnie, bez pośrednika, w oparciu o usługę (...)

nabywaną bezpośrednio od (...). Zaistniała sytuacja, przy braku stosowanej regulacji, stanowiła realne zagrożenie skutecznej konkurencji, zaś uzasadniona ingerencja pozwanego w omawianym zakresie zapewnia ochronę skutecznej konkurencji rynkowej a tym samym spełnione są wymogi z przepisu art. 29 Pt. Zauważyć przy tym należy, iż niezależnie od szerokości (profilu) prowadzonej działalności (hurtowy, detaliczny) wszystkie zainteresowane podmioty – wbrew stanowisku skarżącego – konkurują na tym samym rynku telekomunikacyjnym.

Sąd Apelacyjny uznaje także za Sądem Okręgowym, iż ustalony stan faktyczny sprawy – brak zmiany umowy stron w zakresie wprowadzenia postanowień umożliwiających realizację migracji usługi hurtowego dostępu do sieci (...) uzasadniał uznanie przez pozwanego n/n sprawy za przypadek wyjątkowy w rozumieniu przepisu art. 17.1 Pt, wymagający pilnego działania ze względu na bezpośrednie i poważne zagrożenie zarówno konkurencyjności, jak i interesów użytkowników, uzasadniający wydanie Decyzji bez przeprowadzenia postępowania konstytucyjnego – z przyczyn obszernie wskazanych przez Sąd I instancji.

Reasumując powyższe i uznając apelację powoda bezzasadną, zaś skarżony wyrok za trafny w jego treści, a więc wydany bez obrazy przepisu art. 479⁶⁴ § 1 k.p.c. – Sąd Apelacyjny w oparciu o przepisy art. 385 oraz 98 § 1 i 3 i 99 k.p.c. orzekł jak na wstępie.