

POSTANOWIENIE

Dnia 8 stycznia 2020 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Ewa Stefańska (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Marcin Łochowski

SSN Krzysztof Wiak

w sprawie z powództwa T. Spółki Akcyjnej w W.
przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej
z udziałem zainteresowanego O. Spółki Akcyjnej w W.
o wydanie decyzji w zakresie dostępu telekomunikacyjnego
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw
Publicznych w dniu 8 stycznia 2020 r.
zażaleń strony pozwanej i zainteresowanego
na wyrok Sądu Apelacyjnego w (...) z dnia 4 kwietnia 2019 r., sygn. akt VII AGa
(...)

**uchyła zaskarżony wyrok w całości i przekazuje sprawę
Sądowi Apelacyjnemu w (...) do ponownego rozpoznania,
pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach
postępowania zażaleniowego przed Sądem Najwyższym.**

UZASADNIENIE

Decyzją (...) z 21 lipca 2015 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, na podstawie art. 28 ust. 1 w związku z art. 30 ust. 1 ustawy z 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (t.j.: Dz.U. z 2013 r., poz. 267, ze zm., dalej: „Pt”) oraz art. 104 § 1 k.p.a. w związku z art. 206 ust. 1 Pt, po rozpatrzeniu wniosku O. S.A. w W. o wydanie decyzji w zakresie dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o „Ofertę ramową określającą ramowe warunki dostępu telekomunikacyjnego w zakresie

rozpoczynania i zakańczania połączeń, hurtowego dostępu do sieci TP, 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” (dalej: „oferta SOR”), zatwierdzoną decyzją Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej nr (...) z 29 września 2010 r. (zmienioną kolejnymi decyzjami), zastępującą dotychczasowe umowy, porozumienia i decyzje wiążące O. T. S.A. w W.: w punkcie I.1 - zmienił postanowienia umowy o połączeniu sieci z 13 lutego 2004 r., zmienionej kolejnymi aneksami i decyzjami, (dalej: „umowę RIO”) w zakresie ustalenia warunków świadczenia usług przez T. na rzecz O. poprzez zmianę stawek należnych T-Mobile za zakończenie połączenia w sieci T. w punkcie I.2 - odmówił zmiany umowy RIO w pozostałym zakresie.

Odwołanie od powyższej decyzji wniósł powód T. S.A. w W. , zaskarżając ją w zakresie punktu I.1 oraz domagając się jej uchylenia w zaskarżonej części. Zaskarżonej decyzji zarzucił naruszenie: (1) art. 21, art. 22 ust. 2 i 3, art. 23 Pt oraz art. 16 ust. 1 i 2 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. Urz. WE L 108 z 2002 r., ze zm.; dalej: „Dyrektywy ramowej”) oraz art. 15 pkt 1 Pt w związku z art. 15 pkt 2 Pt w związku z art. 18 Pt oraz art. 7 ust. 3 i 5 Dyrektywy ramowej, przez nałożenie na T. obowiązków regulacyjnych pomimo nieprzeprowadzenia wymaganej analizy rynku i postępowań z nią związanych; (2) art. 18 Pt w związku z art. 15 Pt oraz art. 7 ust. 3 i 5 Dyrektywy ramowej, przez zaniechanie przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego pomimo wydania decyzji dotyczącej dostępu telekomunikacyjnego, mogącej mieć wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi; (3) art. 16 ust. 1 Dyrektywy ramowej przez wydanie decyzji regulacyjnej z pominięciem współdziałania z Prezesem Urzędu Ochrony Konsumentów i Konkurencji w przeprowadzeniu analizy rynku; (4) art. 28 ust. 1 w związku z art. 30 ust. 1 Pt przez brak analizy kryteriów wskazanych w tym przepisie na tle relewantnych danych liczbowych, a także brak analizy dowodów wskazujących, że ustalone stawki pozwalają na realizację kryteriów określonych w art. 28 ust. 1 Pt.

Wyrokiem z 30 maja 2018 r. Sąd Okręgowy w W. - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie.

Sąd Okręgowy ustalił, że 13 lutego 2004 r. pomiędzy T. S.A. w W. (obecnie: O. S.A. w W.) a P. S.A. w W. (obecnie: T. S.A. w W.) została zawarta umowa o połączeniu sieci, zmieniona kolejnymi aneksami i decyzjami Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (tzw. „umowa RIO”). W dniu 22 września 2009 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wydał decyzję nr (...) wyznaczającą O. jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego zajmującego znaczącą pozycję na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej O., zgodnym z obszarem sieci, w której następuje zakończenie połączenia, oraz nakładającą na O. obowiązek regulacyjny, o którym mowa w art. 40 Pt, znoszącą obowiązek, o którym mowa w art. 39 Pt, utrzymującą uprzednio nałożone na O. obowiązki, o których mowa w art. 36 Pt i art. 38 Pt, a także zmieniającą treść uprzednio nałożonych na O. obowiązków regulacyjnych, o których mowa w art. 34 Pt i w art. 42 Pt. Decyzją z 30 grudnia 2010 r. nr (...) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wyznaczył O. jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na krajowym rynku świadczenia usług hurtowego (fizycznego) dostępu do infrastruktury sieciowej (w tym dostępu dzielonego lub w pełni uwolnionego) w stałej lokalizacji oraz nałożył na Orange obowiązki regulacyjne, o których mowa w art. 34 ust. 1 i 2 Pt, art. 36 Pt, art. 37 ust. 1 i 2 Pt, art. 38 ust. 1 Pt, art. 40 ust. 1 Pt, oraz art. 42 ust. 1 Pt.

W dniu 28 kwietnia 2011 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wydał decyzję nr (...) wyznaczającą O. jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na krajowym rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, z wyłączeniem części obszarów gminnych określonych tą decyzją oraz nakładającą na O. na części obszarów gminnych, określonych tą decyzją, obowiązki regulacyjne, o których mowa w art. 34 ust. 1 i 2 Pt, art. 36 Pt, art. 37 ust. 1 i 2 Pt, art. 38 ust. 1 Pt, art. 40 ust. 1 Pt oraz art. 42 ust. 1 Pt. Ponadto 5 sierpnia 2011 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wydał decyzję nr (...) wyznaczającą O. jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na krajowym rynku świadczenia usługi rozpoczynania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonicznej w stałej

lokalizacji) i nakładającą na O. obowiązek regulacyjny, o którym mowa w art. 37 ust. 1 i 2 Pt, utrzymującą uprzednio nałożony na O. obowiązek, o którym mowa w art. 38 ust. 1 Pt, a także zmieniającą treść uprzednio nałożonego na O. obowiązku regulacyjnego, o którym mowa w art. 34 ust. 1 i 2 Pt, art. 36 Pt, art. 39 ust. 1 Pt, art. 40 ust. 1 Pt oraz art. 42 ust. 1 Pt. Decyzją (...) z 4 października 2011 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej częściowo zmienił ofertę SOR w zakresie wprowadzenia możliwości świadczenia usługi dostępu szerokopasmowego w technologii VDSL.

W dniu 26 października 2011 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wydał decyzję nr (...) (dalej: „Decyzja SMP T.”) wyznaczającą T. jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na krajowym rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonicznej w stałej lokalizacji) T. i nakładającą na T. obowiązki regulacyjne, o których mowa w art. 34 ust. 1 i 2 Pt, art. 36 Pt, art. 37 ust. 1 i 2 Pt oraz art. 44 Pt.

Pismem z 23 marca 2012 r. O. wystąpił do T. z wnioskiem o zawarcie jednolitej umowy w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, opartej o ofertę SOR, w zakresie usług RIO, BSA, LLU, WLR oraz usługi Kolokacji, która miałaby zastąpić dotychczasowe umowy i decyzje obowiązujące pomiędzy stronami. W związku z bezskutecznym upływem 90 dni od dnia wystąpienia z ww. wnioskiem, 19 listopada 2012 r. O. zwrócił się do Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej o wydanie decyzji zastępującej umowę, zgodnie z projektem załączonym do wniosku. Pierwotny wniosek O. dotyczył wydania przez Prezesa Urzędu decyzji w zakresie dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ofertę SOR, zatwierdzoną decyzją Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z 29 września 2010 r. (zmienioną kolejnymi decyzjami). W toku postępowania administracyjnego O. zmodyfikował ten wniosek, ograniczając go do usług świadczonych przez T. i precyzując, że dotyczy on wydania decyzji ustalającej wysokość stawek za zakańczanie połączeń w stacjonarnej publicznej sieci T. na poziomie symetrycznym w relacji do stawek za usługę zakończenia połączenia w sieci stacjonarnej O.. Pismem z 10 grudnia 2012 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej zawiadomił O. oraz T. o wszczęciu postępowania administracyjnego w sprawie o wydanie decyzji w zakresie dostępu

telekomunikacyjnego w oparciu o ofertę SOR, zastępującej dotychczasowe umowy i porozumienia zawarte między operatorami.

Z ustaleń Sądu Okręgowego wynika, że 16 grudnia 2013 r. pomiędzy O. a T. została zawarta umowa o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie rozpoczynania i zakańczania połączeń, hurtowego dostępu do sieci TP, 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. Decyzją z 3 marca 2014 r. nr (...) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej zatwierdził zmianę oferty SOR w zakresie usług informacyjno-zleceńowych, udostępnianych w ramach usługi WLR. Natomiast decyzją z 26 maja 2014 r. nr (...) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej zmienił ofertę SOR w zakresie usług o podwyższonej opłacie, udostępnianych w ramach usługi WLR. W dniu 30 maja 2014 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wydał decyzję nr (...) w przedmiocie zatwierdzenia zmiany oferty SOR, polegającej na wprowadzeniu nowej opcji Usługi BSA „do 80 Mb/s”. Natomiast 2 czerwca 2014 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wydał decyzję nr (...) zatwierdzającą zmianę oferty SOR m.in. w zakresie: dostępu do infrastruktury światłowodowej, w tym warunkowego dostępu do Lokalnej Pętli Światłowodowej OPL; dostępu do hurtowych usług dostępu szerokopasmowego; dostępu do usługi typu backhaul; dostępu do infrastruktury technicznej OPL w zakresie słupów, wież, masztów i powierzchni oraz opłat za szczegółowo wymienione w tej decyzji usługi. Zaś decyzją z 18 czerwca 2014 r. nr (...) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej zatwierdził zmianę oferty SOR w zakresie postanowień dotyczących awarii, zasad odpowiedzialności oraz kar umownych.

W dniu 7 października 2014 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wydał decyzję nr (...), na podstawie której O. została wyznaczona jako przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej na krajowym rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego na rynku 5. Z kolei postanowieniem z 7 października 2014 r. nr (...) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej określił rynek właściwy jako rynek świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, na obszarach gminnych, określonych szczegółowo w załączniku nr 1 do postanowienia, a nadto ustalił, że na rynku tym nie występuje

przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej ani przedsiębiorca telekomunikacyjny zajmujący kolektywną pozycję znaczącą. Prezes Urzędu stwierdził również, że na opisanym wyżej rynku hurtowych usług dostępu szerokopasmowego występuje skuteczna konkurencja.

Według Sądu Okręgowego odwołanie powoda nie zasługiwało na uwzględnienie. W uzasadnieniu wskazał, że przedmiotem niniejszego postępowania było żądanie przez O. zmiany umów o współpracy między tym operatorem a T. w zakresie świadczenia usługi RIO przez T. na rzecz O. na poziomie symetrycznym względem stawki za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych O. (tzw. stawki FTR), ustalonej dla O. w ofercie ramowej SOR. Żądanie to było uzasadnione okolicznością, że między stawkami FTR obu operatorów występowały zasadnicze różnice wysokości, co skutkowało istnieniem asymetrii stawek FTR.

Sąd pierwszej instancji zauważył, że zgodnie z Zaleceniem Komisji Europejskiej z 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych (Dz.U. UE L z 2009 r., nr 124, s. 67) oraz Stanowiskiem Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z 16 grudnia 2008 r. w sprawie symetrii stawek na rynku zakańczania połączeń głosowych w publicznych telefonicznych sieciach stacjonarnych, asymetria stawek za zakończenie połączeń w sieciach stacjonarnych (FTR) i mobilnych (tzw. stawki MTR), miała umożliwiać realną konkurencję między tzw. operatorami zasiedziałymi (w Polsce: O.) i współpracującymi z nim pozostałymi operatorami. Jednak ww. Zalecenie oraz Stanowisko dopuszczały asymetrię rozliczeń jako środek wyjątkowy i tymczasowy (trwający maksymalnie do początku 2014 r.), przyjmując jako zasadę symetrię rozliczeń stawek FTR/MTR. Zdaniem Sądu Okręgowego istota sporu w niniejszym postępowaniu sprowadzała się zatem do oceny, czy w relacjach międzyoperatorskich (umownych) pomiędzy T. i O. nadal istnieją podstawy do stosowania asymetrycznych stawek FTR na korzyść pierwszego z operatorów.

Według Sądu Okręgowego, podstawę dla ingerencji organu regulacyjnego w stosunek cywilnoprawny przedsiębiorców telekomunikacyjnych stanowił art. 27 ust. 2 Pt. Dokonując oceny charakteru prawnego spornej decyzji, Sąd pierwszej instancji uznał, że decyzja ta nie nakładała na T. obowiązków regulacyjnych,

wskazując, że na obu operatorów zostały już wcześniej nałożone obowiązki regulacyjne. Jak zaznaczył, w szczególności decyzja SOR, zawierająca ofertę ramową, była bezpośrednio kierowana do O. i to na tym operatorze ciążył obowiązek przedstawienia do zatwierdzenia przez regulatora oferty ramowej. Oferta ramowa SOR nie dotyczyła bezpośrednio stawek połączeń zakańczanych w sieciach innych operatorów, lecz stawek połączeń zakańczanych w sieci O.. Zatem wprowadzenie zaskarżoną decyzją stawek za zakańczanie połączeń w sieci T. symetrycznych do tych, jakie T. płaci O. w oparciu o ofertę SOR, nie oznaczało, że na T. zostały automatycznie przeniesione obowiązki O. określone w ofercie SOR.

Sąd pierwszej instancji stwierdził, że zmiana decyzją umowy o dostępie nie może być utożsamiana z nałożeniem obowiązków regulacyjnych, gdyż wówczas każda decyzja o dostępie, a szczególnie jej postanowienia dotyczące kwestii rozliczeń finansowych między operatorami, w każdej sytuacji musiałaby być traktowana jako decyzja nakładająca obowiązki regulacyjne. W ocenie Sądu Okręgowego sytuacji takiej nie przewiduje Prawo telekomunikacyjne, w którym wprowadzono inny szczególny tryb do nakładania obowiązków regulacyjnych (co wiąże się z analizą rynku), a inny dla rozstrzygania sporów dotyczących połączenia sieci, które poza kwestiami technicznymi, obejmują także zagadnienia relacji finansowych przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

Wobec uznania, że sporna decyzja nie jest decyzją nakładającą na powoda obowiązki regulacyjne, Sąd pierwszej instancji jako niezasadny ocenił sformułowany w odwołaniu zarzut nieprzeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego. Zdaniem Sądu Okręgowego, w niniejszej sprawie zaniechanie jego przeprowadzenia przez organ regulacyjny było zgodne z prawem i nie mogło stanowić podstawy do uchylenia zaskarżonej decyzji. Zgodnie z art. 15 Pt, do którego odsyła regulujący postępowania konsolidacyjne art. 18 Pt, w dacie wydania zaskarżanej decyzji nie istniał już obowiązek prowadzenia postępowania konsolidacyjnego w odniesieniu do decyzji dotyczących dostępu telekomunikacyjnego. Przepis art. 15 pkt 3 Pt wymuszający postępowanie konsolidacyjne w sprawach decyzji dotyczących dostępu telekomunikacyjnego, o których mowa w art. 28-30 Pt, został wyeliminowany z porządku prawnego

na skutek nowelizacji Prawa telekomunikacyjnego ustawą z 16 listopada 2012 r. o zmianie ustawy Prawo telekomunikacyjne.

W ocenie Sądu Okręgowego, skoro podstawę wydania zaskarżonej decyzji stanowiły przepisy art. 28 i 30 Pt, a w konsekwencji na powoda nie zostały tą decyzją nałożone obowiązki regulacyjne, nie istniał również wymóg współdziałania Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Nie istnieje bowiem prawny obowiązek konsultacji decyzji z Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów przed wydaniem rozstrzygnięcia, o którym mowa w art. 28 ust. 1 Pt.

Według Sądu pierwszej instancji, bezpodstawny był także zarzut dotyczący wybiórczej analizy prawnej dokonanej przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej w świetle kryteriów wymienionych w art. 28 ust. 1 Pt. Podejmując decyzję o dostępie telekomunikacyjnym Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej działa bowiem w granicach tzw. uznania administracyjnego, ograniczonego ramami określonymi w art. 28 ust. 1 pkt 1-8 Pt, uwzględniając wymienione w tym przepisie kryteria. Zdaniem Sądu Okręgowego, w niniejszej sprawie organ regulacyjny szczegółowo ustosunkował się do wszystkich kryteriów wymienionych w art. 28 ust. 1 pkt 1-8 Pt, wskazując, które z nich wziął pod uwagę przy wydawaniu decyzji, a które - w jego ocenie - nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia z uwagi na charakter spornej sprawy. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej prawidłowo przy tym uwzględnił, zgodnie z art. 28 ust. 1 pkt 4 Pt, charakter zaistniałych kwestii spornych, do których w niniejszej sprawie należała m.in. kwestia ustalenia wysokości stawki FTR T.

Sąd Okręgowy jako niezasadne ocenił podnoszone przez T. wątpliwości co do aktualności ciążącego na nim obowiązku regulacyjnego określonego w art. 44 Pt. Zdaniem Sądu pierwszej instancji, dopuszczalna i właściwa była wykładnia zakresu obowiązku nałożonego na T. decyzją SMP T. , w której został nałożony na tego operatora zakaz stosowania zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń w sieci T., ze wskazaniem w tej decyzji dopuszczalnych rozmiarów asymetrii i dopuszczalnego jej okresu. Według Sądu pierwszej instancji, określenie czasowej cezury asymetrii, tj. do 31 grudnia 2012 r., oznaczało, że po tym okresie założone było osiągnięcie symetrii stawek. Zdaniem Sądu Okręgowego organ regulacyjny

prawidłowo także przyjął, że sposób określenia wysokości stawki FTR T. w zakwestionowanej decyzji odpowiadał pozycji powodowej spółki na rynku zakańczania połączeń w należącej do niej sieci stacjonarnej. Sąd pierwszej instancji nie miał wątpliwości, że rozstrzygnięcie Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej było zgodne z założeniem uwzględnienia pozycji rynkowych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, będących stronami umowy RIO (art. 28 ust. 1 pkt 6 Pt).

Zdaniem Sądu pierwszej instancji, zakwestionowane przez powoda rozstrzygnięcie wpisywało się przy tym w ustawowy wymóg zapewnienia niedyskryminujących warunków (art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. b Pt), oznaczający konieczność takiego samego traktowania przedsiębiorców telekomunikacyjnych, ubiegających się o dostęp do sieci telekomunikacyjnej konkretnego operatora. Sąd Okręgowy podzielił również dokonaną przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej ocenę przesłanek wymienionych w art. 28 ust. 1 pkt 1 i 7 Pt, tj. przesłankę interesu użytkowników sieci telekomunikacyjnych oraz przesłankę interesu publicznego. Zdaniem Sądu Okręgowego, interes użytkowników sieci wyraża się w zapewnieniu im maksymalnych korzyści w zakresie różnorodności, ceny i jakości usług telekomunikacyjnych, odnoszonych w dużej mierze dzięki istnieniu konkurencyjnego rynku usług telekomunikacyjnych.

Apelację od powyższego wyroku wniósł powód T. S.A. w W., zaskarżając go w całości. Powód domagał się zmiany zaskarżonego wyroku zgodnie z żądaniem apelacji, ewentualnie jego uchylenia i przekazania sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania. Przedmiotowemu wyrokowi powód zarzucił: (1) naruszenie art. 21, art. 22 ust. 2 i 3, art. 23 Pt oraz art. 16 ust. 1 i 2 Dyrektywy ramowej oraz art. 15 pkt 1 Pt w związku z art. 15 pkt 2 Pt w związku z art. 18 Pt oraz art. 7 ust. 3 i 5 Dyrektywy ramowej przez uznanie, że nie doszło do nałożenia na T. obowiązków regulacyjnych, a w konsekwencji, że nie było konieczne przeprowadzenie analizy rynku i postępowań z tym związanych; (2) naruszenie art. 18 Pt w związku z art. 15 Pt oraz art. 7 ust. 3 i 5 Dyrektywy ramowej przez uznanie, że zaniechanie przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego, pomimo wydania decyzji dotyczącej dostępu telekomunikacyjnego, mogącej mieć wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi, nie było konieczne; (3) naruszenie

art. 16 ust. 1 Dyrektywy ramowej przez uznanie, że wydanie zaskarżonej decyzji nie naruszało obowiązków współdziałania z Prezesem Urzędu Ochrony Konsumentów i Konkurencji w przeprowadzeniu analizy rynku; (4) naruszenie art. 28 ust. 1 w związku z art. 30 ust. 1 Pt przez uznanie, że dokonano właściwej analizy kryteriów wskazanych w tym przepisie na tle relewantnych danych liczbowych, a także, że ustalone stawki pozwalają na realizację kryteriów, określonych w art. 28 ust. 1 Pt; (5) sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału wskutek naruszenia przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, a mianowicie art. 233 k.p.c. przez brak dokonania wszechstronnej oceny zebranego w sprawie materiału oraz poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i brak wyprowadzenia ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego merytorycznych wniosków.

Wyrokiem z 4 kwietnia 2019 r. Sąd Apelacyjny w (...) uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi Okręgowemu w W. do ponownego rozpoznania, na podstawie art. 386 § 4 k.p.c.

Sąd Apelacyjny podzielił ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego i przyjął je za własne. Przy tym, ocenił apelację jako zasadną w zakresie, w jakim zmierzała do uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania. W uzasadnieniu Sąd odwoławczy stwierdził, że w niniejszej sprawie zasadnicze znaczenie miało jedno z węzłowych twierdzeń apelacji, iż wydając zaskarżoną decyzję Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej dokonał zmiany wysokości stawek FTR w sieci T. i tym samym dokonał nałożenia (zmiany) obowiązku regulacyjnego, który od 1 stycznia 2013 r. nie ciążył na powodzie. Sąd drugiej instancji zwrócił uwagę, że w apelacji podkreślono, iż zaskarżona decyzja ma charakter decyzji regulacyjnej i jako taka została wydana z pominięciem procedur i regulacji prawnych wymaganych przy wydawaniu decyzji nakładających na przedsiębiorców telekomunikacyjnych obowiązki regulacyjne. Sąd odwoławczy zważył, że powód - idąc tym torem rozumowania - sformułował szereg zarzutów wobec zaskarżonej decyzji, a w szczególności zarzut nieprzeprowadzenia przez organ regulacyjny prawnie wymaganego postępowania konsolidacyjnego. Tymczasem - według Sądu Apelacyjnego - Sąd pierwszej instancji nie odniósł się merytorycznie do tych zarzutów, wobec uznania, że zmiana

decyzją umowy o dostępie nie może być utożsamiana z nałożeniem obowiązków regulacyjnych.

W ocenie Sądu odwoławczego, Sąd pierwszej instancji zaniechał dokonania właściwej analizy charakteru prawnego zaskarżonej decyzji. Wbrew stanowisku Sądu Okręgowego, sam fakt, iż zaskarżona decyzja została wydana na podstawie art. 28 ust. 1 Pt w związku z art. 30 ust. 1 Pt w związku z art. 104 § 1 k.p.a. i w związku z art. 206 ust. 1 Pt nie przesądza jeszcze o tym, że nie może być ona traktowana jako nałożenie lub zmiana obowiązków regulacyjnych, a jej wydanie nie musiało zostać poprzedzone przeprowadzeniem postępowania konsolidacyjnego. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, stanowisko Sądu pierwszej instancji nie znajduje uzasadnienia w unijnej judykaturze. Powołując się na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości (w tym: wyrok z 14 kwietnia 2016 r., C 397/14, ECLI:EU:C:2016:256 oraz wyrok z 16 kwietnia 2015 r., C-3/14, ECLI:EU:C:2015:232) Sąd Apelacyjny stwierdził, że przy uwzględnieniu zasady prounijnej wykładni prawa krajowego, decyzje o dostępie telekomunikacyjnym, o których mowa w art. 28-30 Pt, wydane w stanie normatywnym obowiązującym między uchyceniem art. 15 pkt 3 Pt a wejściem w życie art. 15 pkt 3b Pt, powinny być w pewnych okolicznościach traktowane jako decyzje w sprawach nałożenia, zniesienia, utrzymania lub zmiany obowiązków regulacyjnych w stosunku do przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. W konsekwencji Sąd odwoławczy uznał, że przyjęcie przez Sąd Okręgowy przeciwnego zapatrywania doprowadziło do nierozpoznania istoty sprawy, gdyż jego konsekwencją było nierozpoznanie zarzutów powoda, które mogły uzasadnić uchylenie zaskarżonej decyzji.

Zażalenia od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...) wnieśli pozwany Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej oraz zainteresowany O. S.A. w W., zaskarżając go w całości. Każdy ze skarżących domagał się uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy Sądowi Apelacyjnemu w (...) do ponownego rozpoznania, a także zasądzenia na ich rzecz zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie art. 386 § 4 k.p.c. przez niewłaściwe zastosowanie, polegające na uchyleniu wyroku Sądu Okręgowego i przekazaniu sprawy do ponownego

rozpoznania temu Sądowi w sytuacji, gdy nie zachodziła żadna z przesłanek wymienionych w tym przepisie, która uzasadniałaby takie rozstrzygnięcie.

Zainteresowany O. S.A. w W. zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, tj. art. 386 § 4 k.p.c., przez niewłaściwą ocenę prawną sprawy i przyjęcie, iż Sąd Okręgowy nie rozpoznał istoty sprawy, przez co Sąd Apelacyjny uchylił wyrok i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu.

Powód T. S.A. w W. w odpowiedzi na zażalenie Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej wniósł o jego oddalenie oraz zasądzenie na jego rzecz kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Zażalenia pozwanego oraz zainteresowanego okazały się zasadne.

Na wstępie należy przypomnieć, że zażalenie na orzeczenie kasatoryjne sądu drugiej instancji ma na celu wyłącznie zbadanie przez Sąd Najwyższy, czy zachodziły podstawy do skorzystania przez sąd odwoławczy z kompetencji do uchylenia wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania. Kognicją Sądu Najwyższego jest objęta jedynie prawidłowość zastosowania przez sąd odwoławczy art. 386 § 4 k.p.c. i przewidzianych w nim podstaw uchylenia wyroku sądu pierwszej instancji (tj. nierozpoznania przez sąd pierwszej instancji istoty sprawy lub potrzeba przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości). Rozpoznając zażalenie, o którym mowa w art. 394¹ § 1¹ k.p.c., Sąd Najwyższy nie bada zatem istoty sprawy, a mianowicie tego, co w świetle zgłoszonego żądania i jego podstawy faktycznej stanowiło przedmiot postępowania, lecz jedynie ocenia, czy okoliczności powołane przez sąd odwoławczy jako przyczyny wydania orzeczenia kasatoryjnego są tymi, które w świetle art. 386 § 4 k.p.c. usprawiedliwiały jego wydanie. Sąd Najwyższy nie bada w konsekwencji, czy sąd drugiej instancji prawidłowo zastosował przepisy prawa materialnego. Przedmiotem oceny Sądu Najwyższego w postępowaniu wywołanym zażaleniem z art. 394¹ § 1¹ k.p.c. jest wyłącznie kwestia, czy orzekający w sprawie sąd drugiej instancji rzeczywiście dysponował usprawiedliwioną podstawą do tego, aby zastosować regulację z art. 386 § 4 k.p.c. W analizowanym zakresie kontrolą

objęta jest zatem wyłącznie prawidłowość wyboru między kasatoryjnym a reformatoryjnym sposobem rozstrzygnięcia sprawy przez sąd rozpoznający apelację.

Należy jednocześnie mieć na uwadze, że postępowanie apelacyjne, w warunkach obowiązującej w aktualnym porządku prawnym systemie apelacji pełnej, obejmuje merytoryczne rozpoznanie sprawy. Sąd odwoławczy kontynuuje więc postępowanie przed sądem pierwszej instancji i ma obowiązek rozpoznać sprawę na nowo w sposób w zasadzie nieograniczony. Oznacza to, że zasadniczo sąd drugiej instancji ma obowiązek rozpoznać sprawę merytorycznie i tylko wyjątkowo, w przypadkach wskazanych w art. 386 § 2 i 4 k.p.c., dopuszczalne jest wydanie orzeczenia kasatoryjnego.

Zaskarżony w niniejszej sprawie wyrok Sądu Apelacyjnego opiera się na założeniu, zgodnie z którym Sąd pierwszej instancji nie rozpoznał istoty sprawy w rozumieniu art. 386 § 4 k.p.c., ponieważ zaniechał w istocie zbadania charakteru prawnego zaskarżonej decyzji przy uwzględnieniu zasady prounijnej wykładni prawa krajowego, a w konsekwencji nie odniósł się merytorycznie do sformułowanych w odwołaniu zarzutów, w tym w szczególności zarzutu nieprzeprowadzenia przez organ regulacyjny prawnie wymaganego postępowania konsolidacyjnego. Było to konsekwencją błędnego - w ocenie Sądu drugiej instancji - założenia przyjętego przez Sąd Okręgowy, że zmiana decyzją umowy o dostępie telekomunikacyjnym nie może być utożsamiana z nałożeniem obowiązków regulacyjnych. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, sam fakt, iż zaskarżona decyzja została wydana na podstawie art. 28 ust. 1 Pt w związku z art. 30 ust. 1 Pt w związku z art. 104 § 1 k.p.a. i w związku z art. 206 ust. 1 Pt, nie przesądza jeszcze o tym, że nie może być ona traktowana jako nałożenie lub zmiana obowiązków regulacyjnych, a jej wydanie nie musiało zostać poprzedzone przeprowadzeniem postępowania konsolidacyjnego.

Pojęcie nierozpoznania istoty sprawy było szeroko analizowane w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Jego zakresem obejmuje się wadliwe rozstrzygnięcia sądu pierwszej instancji, które nie odnoszą się do tego, co było przedmiotem sprawy, polegające na zaniechaniu zbadania materialnej podstawy żądania albo merytorycznych zarzutów strony z powodu bezpodstawnego

przyjęcia, że istnieje przesłanka materialnoprawna lub procesowa unicestwiająca roszczenie (por. m.in. postanowienia SN: z 23 września 1998 r., II CKN 897/97 i z 11 sierpnia 2015 r., III SZ 3/15). W kategorii spraw rozpoznawanych na skutek odwołania wniesionego od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej do nierozpoznania istoty sprawy przez Sąd Okręgowy w W. - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów doszłoby, gdyby: (1) rozstrzygnięcie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie odnosiło się do przedmiotu sprawy wyznaczonego treścią zaskarżonej decyzji (i zakresem odwołania), albo (2) Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów bezpodstawnie przyjąłby, że istnieje przesłanka uniemożliwiająca mu rozpoznanie sprawy poprzez rozstrzygnięcie o prawach i obowiązkach przedsiębiorców telekomunikacyjnych (por. postanowienie SN z 18 sierpnia 2015 r., III SZ 5/15).

Niniejsza sprawa została zainicjowana odwołaniem powoda T. S.A. w W. od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, wydanej w trybie art. 28 ust. 1 w związku z art. 30 ust. 1 Pt, na podstawie której zmieniono postanowienia umowy RIO łączącej powoda z O. , w zakresie stawek należnych T. za zakończenie połączenia w sieci T. . Powód twierdził, że Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wydając zaskarżoną decyzję i dokonując zmiany wysokości stawek za zakańczanie połączenia w sieci T., nałożył (zmienił) obowiązek regulacyjny, który od 1 stycznia 2013 r. nie ciążył na powodzie. W nawiązaniu do żądania odwołania i określonej przez powoda podstawy faktycznej odwołania Sąd pierwszej instancji przeprowadził postępowanie dowodowe, opierając się na dowodach z dokumentów. Kierując się wynikami postępowania dowodowego oraz treścią obowiązujących przepisów prawa Sąd Okręgowy doszedł do wniosku, że odwołanie powoda nie zasługiwało na uwzględnienie. Sąd pierwszej instancji odniósł się i rozważył zasadność wszystkich zasadniczych zarzutów sformułowanych przez powoda w odwołaniu od decyzji (w tym: do zarzutu dotyczącego charakteru prawnego spornej decyzji; zarzutu dotyczącego obowiązku przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego; zarzutu dotyczącego obowiązku współdziałania Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów; zarzutu wadliwej analizy prawnej dokonanej przez organ regulacyjny w świetle kryteriów określonych w art. 28 ust. 1 Pt).

Zdaniem Sądu Najwyższego nie można twierdzić, że istota sprawy nie została przez Sąd Okręgowy rozpoznana, skoro po przeprowadzeniu postępowania dowodowego Sąd pierwszej instancji ustosunkował się do zgłoszonego w odwołaniu żądania powoda i zbadał podstawę merytoryczną odwołania. Rozstrzygnięcie zawarte w wyroku Sądu Okręgowego odnosiło się do tej materii, która była przedmiotem sprawy. Kwestią wtórną jest natomiast, czy dokonana przez Sąd Okręgowy ocena charakteru prawnego zaskarżonej decyzji była prawidłowa czy nie. Przeprowadzenie takiej oceny było obowiązkiem Sądu drugiej instancji w ramach postępowania apelacyjnego, od czego sąd odwoławczy się uchylił, powołując się w sposób nieuprawniony na treść art. 386 § 4 k.p.c.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Najwyższy na podstawie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c. w związku z art. 394¹ § 3 k.p.c. i art. 108 § 2 k.p.c., orzekł jak na wstępie.