

Sygn. akt VIA Ca 1261/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 maja 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Ewa Stefańska (spr.)

Sędzia SA – Marcin Strobel

Sędzia SO del. – Ewa Harasimiuk

Protokolant: – Izabela Nowak

po rozpoznaniu w dniu 27 maja 2015 r. w Warszawie

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

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

z udziałem zainteresowanego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. oraz (...)

o określenie warunków współpracy

na skutek apelacji pozwanego i zainteresowanego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

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

z dnia 23 czerwca 2014 r.

sygn. akt XVII AmT 43/12

uchyla zaskarżony wyrok w całości i sprawę przekazuje Sądowi Okręgowemu w Warszawie – Sądowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI ACa 1261/14

UZASADNIENIE

Decyzją nr (...) z dnia 15 grudnia 2011 r., wydaną na podstawie art. 28 ust. 1 w zw. z art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo Telekomunikacyjne (Dz. U. nr 171, poz. 1800 ze zm., zwanej dalej „ustawą - Prawo telekomunikacyjne”), po rozpoznaniu wniosku (...) S.A. z siedzibą w W. o wydanie decyzji określającej warunki współpracy pomiędzy (...) S.A. z siedzibą w W. a (...) sp. z o.o. z siedzibą w W., Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej odmówił określenia warunków współpracy w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora.

W uzasadnieniu decyzji podano, że rozstrzygając niniejszą sprawę, zgodnie z art. 28 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, organ regulacyjny przede wszystkim wziął pod uwagę obowiązki nałożone na strony. Wskazał na normę przewidzianą w art. 41 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, z której wynika, że opłaty za wzajemne korzystanie z połączonych sieci związane z realizacją przenoszenia numerów między sieciami powinny uwzględniać

ponoszone koszty. Wyjaśnił, że przepis ten jest zgodny z treścią art. 30 ust. 2 dyrektywy 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (dyrektywa o usłudze powszechnej) - (Dz. Urz. WE L 108 z 24.04.2002, s. 51, ze zm.), z którego wynika, że krajowe organy regulacyjne mają zapewnić, aby ceny ustalane przez operatorów lub dostawców usług związane z przenoszeniem numerów były zorientowane na koszty oraz aby bezpośrednie obciążenia abonentów, jeśli takie są, nie zniechęcały abonentów do zmiany dostawcy usług.

Organ regulacyjny wyjaśnił, że system opłat polegający na uiszczaniu przez Biorcę opłaty za (...) na rzecz Dawcy jest stosowany w 20 krajach członkowskich UE oraz został zaakceptowany w wyroku ETS z dnia 13 lipca 2006 r. w sprawie (...) SA v. (...), w którym stwierdzono, że ceny połączeń wzajemnych związane z zapewnieniem przenoszenia numerów dotyczą kosztów ruchu związanych z przeniesionymi numerami i kosztów założenia poniesionych przez operatorów sieci telefonii ruchomej w celu realizacji wniosków o przeniesienie numeru. Ponadto wskazał, że zgodnie z motywem 42 preambuły dyrektywy o usłudze powszechnej, zapewniając kierowanie się kosztami przy ustalaniu cen za połączenia wzajemne w odniesieniu do wprowadzenia przenoszenia numerów, krajowe organy regulacyjne mogą uwzględnić ceny dostępne na porównywalnych rynkach.

Jednakże organ regulacyjny stwierdził, że dane podane przez (...) S.A. z siedzibą w W. nie były spójne, gdyż w szczególności nie wskazano, jakie procesy składają się na usługę (...) i nie wyjaśniono przyjętej metodologii. Jednocześnie dane przekazane przez pozostałych operatorów były odmienne, zarówno co do rodzajów ponoszonych kosztów, metodologii ich liczenia, jak i wysokości. Dlatego w niniejszej sprawie konieczne było przeprowadzenie dodatkowego postępowania wyjaśniającego. W tym celu Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wezwał (...) S.A. z siedzibą w W. do szczegółowego przedstawienia kwestii związanych z przyjętym sposobem oraz założeniami określenia ilości migracji, wyznaczania kosztu kapitału i kosztów wdrożenia. W odpowiedzi uzyskał informację, że przedstawiona kalkulacja została sporządzona w oparciu o wartości historyczne, zaś aktualne dane zostaną przedstawione bez zbędnej zwłoki. Następnie (...) S.A. z siedzibą w W. przedstawiła nową kalkulację, w której koszty zostały znacznie obniżone.

Mając na uwadze niekonsekwencję ze strony wnioskodawcy i brak niektórych danych, organ regulacyjny zwrócił się do pozostałych operatorów o przedstawienie wykazów rodzajów kosztów ponoszonych przez nich w związku z przenoszeniem przydzielonego numeru z ich sieci mobilnych oraz ich wysokości, według danych za rok 2009. Jednakże poszczególni operatorzy udzielili odpowiedzi, że nie są zobligowani do kalkulacji kosztów, stąd mogą podać jedynie koszty orientacyjne. Podając te koszty, operatorzy ci stosowali różne metodologie ich liczenia i brali pod uwagę różne koszty. Celem ustalenia rodzajów procesów realizowanych przy (...) organ regulacyjny dokonał także porównawczej analizy tych procesów na rynku telefonii stacjonarnej i ustalił, że koszt tych procesów został uwzględniony w opłacie za przeniesienie każdego numeru w wysokości 25,39 zł netto. Zdaniem Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej w przypadku telefonii mobilnej należałoby zastosować analogiczną metodologię jak w przypadku telefonii stacjonarnej, jednakże wobec diametralnych różnic w przedstawionych przez operatorów kosztach poszczególnych procesów wchodzących w skład procedury przenoszenia numeru, organ regulacyjny nie był w stanie wykorzystać tych danych celem ustalenia rzetelnych kosztów tej procedury.

W zaistniałej sytuacji Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej - biorąc pod uwagę przesłanki określone w art. 28 ust. 1 pkt 4 i pkt 5 lit. b oraz art. 41 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne - uznał, że obecnie nie ma możliwości rozstrzygnięcia przedmiotowej kwestii spornej. Propozycja (...) S.A. z siedzibą w W. w zakresie wysokości opłat za usługę (...) nie może bowiem zostać uznana za uwzględniającą ponoszone koszty, z uwagi na brak możliwości ustalenia tych kosztów. Natomiast stworzenie przez organ regulacyjny rozwiązania alternatywnego, polegającego na samodzielnym ustaleniu opłaty za usługę (...), nie jest obecnie możliwe z uwagi na niemożność uzyskania od pozostałych uczestników rynku danych, które nadawałyby się do porównania i weryfikacji. Ponadto, w kontekście przesłanki określonej w art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy - Prawo telekomunikacyjne, organ regulacyjny uznał za uzasadnioną argumentację pozostałych operatorów o niekorzystnym wpływie wprowadzenia na rynek usług telekomunikacyjnych opłaty za usługę (...) w wysokości proponowanej zarówno przez (...) S.A. z siedzibą w W., jak i przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Wprowadzenie tej opłaty mogłoby bowiem promować operatorów posiadających nieatrakcyjne oferty detaliczne, co wpłynęłoby niekorzystnie na sytuację ekonomiczną tych operatorów,

którzy wprowadzają oferty korzystniejsze dla abonentów, co odbywałoby się ze szkoda dla użytkowników końcowych. Kwestie tę ocenił Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej w kontekście treści art. 28 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne.

Powód (...) S.A. z siedzibą w W. wniósł odwołanie, w którym zaskarżył decyzję w całości i domagał się jej uchylenia, ewentualnie jej zmiany w sposób wskazany w odwołaniu. Decyzji tej powód zarzucił naruszenie:

1) art. 28 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne poprzez odmowę ustalenia warunków współpracy pomiędzy (...) S.A. z siedzibą w W. a (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. na skutek błędnego uznania, że możliwa jest odmowa rozstrzygnięcia z uwagi na brak wiedzy organu lub przypuszczenia organu (Prezes UKE stwierdził, że w obecnym stanie faktycznym nie jest możliwe ustalenie opłaty hurtowej za przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora);

2) art. 28 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne poprzez nieuprawnione przyjęcie założenia, że interes użytkowników sieci telekomunikacyjnych uzasadnia odmowę określenia warunków współpracy pomiędzy (...) S.A. z siedzibą w W. a (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług, pomimo istnienia kosztów po stronie powoda;

3) art. 28 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo telekomunikacyjne poprzez nieprawidłowe uznanie, że odmowa ustanowienia rozliczeń dotyczących usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług nie wpłynie na wykonywanie obowiązku realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przez powoda;

4) art. 28 ust. 1 pkt 4 ustawy - Prawo telekomunikacyjne poprzez uznanie, że w obecnym stanie faktycznym brak jest praktycznej możliwości wdrożenia rozwiązań dotyczących ekonomicznych aspektów rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług, zarówno zaproponowanych przez powoda, jak też mogących stanowić rozwiązania alternatywne, tj. opłaty ustalone na podstawie opłat obowiązujących na porównywalnych rynkach europejskich lub opłat obowiązujących w sieci stacjonarnej;

5) art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy - Prawo telekomunikacyjne poprzez uznanie, że niedyskryminujące warunki dostępu telekomunikacyjnego w przedstawionym stanie faktycznym oznaczają brak jakichkolwiek opłat, pomimo istnienia kosztów po stronie powoda;

6) art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. c ustawy - Prawo telekomunikacyjne poprzez uznanie, że najlepszym rozwiązaniem z punktu widzenia rozwoju konkurencyjnego rynku usług telekomunikacyjnych jest brak ustalania opłat z uwagi na fakt, iż określone podmioty działające na rynku usług telekomunikacyjnych widzą w opłacie hurtowej zagrożenie dla swoich celów biznesowych;

7) art. 41 ustawy - Prawo telekomunikacyjne poprzez zastosowanie bliżej nieokreślonej metody oceny opłaty uwzględniającej ponoszone koszty, pomimo braku jakiegokolwiek obowiązku regulacyjnego nałożonego na powoda;

8) art. 1 ust. 2 pkt 1 w związku z art. 189 ust. 2 pkt 2 lit. c ustawy - Prawo telekomunikacyjne poprzez dyskryminujące traktowanie powoda polegające na odmowie ustalenia opłaty hurtowej za realizację usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora w sytuacji ustalania opłat hurtowych dla innych podmiotów za realizację usług hurtowych, w tym usługi przenośności numerów.

Pozwany Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wniósł o oddalenie odwołania.

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

Zainteresowany (...) nie zajął stanowiska w sprawie.

Wyrokiem z dnia 23 czerwca 2014 r. Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił zaskarżoną decyzję.

Wyrok Sądu Okręgowego został wydany w oparciu o poniższe ustalenia faktyczne i rozważania prawne.

(...) S.A. z siedzibą w W. (obecnie: (...) S.A. z siedzibą w W.) jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym.

Ustawą z dnia 24 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 85, poz. 716) wprowadzono zmianę art. 71 ust. 3 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, która wyłączyła możliwość pobierania opłat od abonenta i użytkownika końcowego usługi przedpłaconej świadczonej w ruchomej publicznej sieci telefonicznej za przeniesienie przydzielonego numeru. Dlatego pismem z dnia 19 maja 2009 r. powód wystąpił do (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. o rozpoczęcie negocjacji dotyczących ustalenia hurtowej opłaty z tytułu realizacji usługi przeniesienia numeru. Wobec braku porozumienia, pismem z dnia 1 grudnia 2009 r. powód wystąpił do Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z wnioskiem o określenie warunków współpracy w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora pomiędzy (...) S.A. z siedzibą w W. a (...) sp. z o.o. z siedzibą w W..

W piśmie z dnia 22 grudnia 2009 r. (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. przedstawiła swoje stanowisko, wskazując na brak podstaw prawnych uzasadniających przyjęcie obowiązku uiszczania przez operatora Biorcę na rzecz operatora Dawcy opłat z tytułu realizacji usługi przeniesienia numeru.

Pismem z dnia 13 stycznia 2010 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wezwał powoda do przekazania wyjaśnień w przedmiocie przedstawionej kalkulacji kosztów. W odpowiedzi na wezwanie, pismem z dnia 21 stycznia 2010 r. powód wyjaśnił, że przedstawiona kalkulacja została sporządzona w oparciu o wartości historyczne, zaś aktualne dane zostaną przedstawione bez zbędnej zwłoki. Przy piśmie z dnia 5 marca 2010 r. powód złożył nową kalkulację wysokości hurtowej opłaty za przeniesienie przydzielonego numeru. Opłata ta została ustalona w wysokości 62,12 zł netto.

W dniach od 1 czerwca do 1 lipca 2011 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej przeprowadził postępowanie konsultacyjne dotyczące projektu decyzji określającej warunki współpracy pomiędzy (...) S.A. z siedzibą w W. a (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora, w której ustalił opłatę w wysokości 25,39 zł netto.

W toku postępowania administracyjnego Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej zwrócił się do pozostałych operatorów telekomunikacyjnych działających na tym samym rynku o udzielenie wyjaśnień dotyczących ponoszonych przez nich kosztów związanych z przenoszeniem numeru, w tym również kosztów poszczególnych procesów składających się na przeniesienie numeru. Odpowiedzi na wezwanie udzieliли operatorzy: (...) S.A. z siedzibą w W., (...) sp. z o.o. z siedzibą w W., (...) S.A. z siedzibą w W., (...) sp. z o.o. z siedzibą w W., (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. i (...) sp. z o.o. z siedzibą w W.. Podmioty te podały koszty orientacyjne, określone na podstawie różnych metodologii. Wskazały także, że błędne byłoby ustalenie przedmiotowej opłaty na podstawie kosztów ponoszonych przez operatorów stacjonarnych. Następnie (...) przedstawiła Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej stanowiska zrzeszonych w niej operatorów. Operatorzy zasiedzieli (tj. (...) S.A. z siedzibą w W., (...) S.A. z siedzibą w W., (...) sp. z o.o. z siedzibą w W.) rekomendowali wydanie decyzji o treści projektowanej przez organ regulacyjny, zaś operatorzy alternatywni (tj. (...) sp. z o.o. z siedzibą w W., (...) S.A. z siedzibą w W., (...) sp. z o.o. z siedzibą w W.) rekomendowali wydanie decyzji o treści odmownej.

W dniach od 28 września do 28 października 2011 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej przeprowadził postępowanie konsultacyjne dotyczące projektu decyzji odmawiającej ustalenia warunków współpracy pomiędzy (...) S.A. z siedzibą w W. a (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora.

Zdaniem Sądu Okręgowego odwołanie powoda zasługiwało na uwzględnienie. Zgodnie z treścią art. 28 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne podjęcie decyzji o dostępie, obejmującej określenie warunków współpracy pomiędzy (...) S.A. z siedzibą w W. a (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji

usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora, było ustawowym obowiązkiem pozwanego.

Sąd pierwszej instancji uznał, że negocjowana usługa (...) odpowiada pojęciu „dostępu telekomunikacyjnego” w rozumieniu art. 2 pkt 6 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, gdyż jej przedmiotem jest określenie warunków współpracy w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora. Sąd Okręgowy wyjaśnił, że za przeniesienie przydzielonego numeru nie pobiera się opłat od abonenta, a jednocześnie z przenoszeniem numerów pomiędzy sieciami związane są określone koszty, wynikające ze współpracy operatorów w tym zakresie, przy czym koszty te powstają zarówno u operatora, w którego sieci przenoszony numer dotychczas funkcjonował, jak również u operatora, do którego sieci przechodzi abonent. Ponieważ interpretacji art. 71 ustawy - Prawo telekomunikacyjne nie można dokonywać w oderwaniu od treści art. 41 tej ustawy, przyjmuje się, że koszty te pokrywane są przez operatorów w formie opłaty za wzajemne korzystanie z połączonych sieci, ustalonej w oparciu o ponoszone koszty.

Sąd Okręgowy wskazał, że w art. 31 ust. 3 pkt 5 lit. b tej ustawy - Prawo telekomunikacyjne przewidziano, że umowa o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci może zawierać także postanowienia dotyczące zapewnienia przenoszenia numerów, co obejmuje również postanowienia dotyczące opłat związanych z przenoszeniem numerów. W przypadku zaistnienia w tym zakresie sporu między operatorami, zgodnie z treścią art. 27 ust. 2 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, każda ze stron może zwrócić się do Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z wnioskiem o wydanie decyzji w sprawie rozstrzygnięcia kwestii spornych lub określenia warunków współpracy. Decyzja ta zastępuje umowę o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie objętym decyzją, a więc wywołuje skutki cywilnoprawne w postaci doprowadzenia do ukształtowania wzajemnych praw i obowiązków adresatów decyzji.

Sąd pierwszej instancji uznał, że wydanie decyzji o dostępie, a więc o określenie warunków współpracy w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora, było ustawowym obowiązkiem organu regulacyjnego. W tej sytuacji okoliczność, że Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej uznał propozycję powoda oraz stanowiska innych operatorów telekomunikacyjnych za nieodpowiadające kryteriom wymienionym w art. 28 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, nie może stanowić przesłanki do odmowy wydania decyzji rozstrzygającej spór. Zdaniem Sądu Okręgowego decyzja wydawana przez organ regulacyjny na podstawie art. 28 ust. 2 ustawy - Prawo telekomunikacyjne jest decyzją związaną, na co wskazuje sformułowanie „Prezes UKE podejmuje decyzję”. Oznacza to, że w niniejszej sprawie organ regulacyjny był nie tylko uprawniony, lecz także zobowiązany do rozstrzygnięcia sporu, czyli ukształtowania treści umowy o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie określenia zasad hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru. Ewentualna odmowa wydania decyzji o treści pozytywnej mogłaby nastąpić jedynie w sytuacji niespełnienia warunków określonych w art. 27 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca.

Sąd Okręgowy podkreślił, że odmowa wydania decyzji o treści pozytywnej w przedmiotowej sprawie nastąpiła nie z powodu istnienia przeszkody prawnej, lecz wobec rzekomej niemożności ustalenia przez organ regulacyjny zasad rozliczeń stron związanych z usługą (...). Jednakże skoro na Prezesie Urzędu Komunikacji Elektronicznej spoczywał obowiązek merytorycznego rozstrzygnięcia sporu, to organ ten nie mógł uchylić się od tego obowiązku. Sąd pierwszej instancji wyjaśnił, że zgodnie z treścią art. 7 k.p.a. organ administracji publicznej, stojąc na straży praworządności, z urzędu lub na wniosek stron obowiązany jest podejmować wszelkie czynności niezbędne do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz do załatwienia sprawy, mając na względzie interes społeczny i słuszny interes obywateli.

Sąd pierwszej instancji stwierdził, że Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej dysponuje informacjami o ponoszonych przez operatorów kosztach świadczenia usługi (...), gdyż jeszcze przed wszczęciem postępowania w przedmiotowej sprawie organ regulacyjny wydał decyzję dotyczącą ustalenia opłat za wzajemne korzystanie z połączonych sieci związanych z realizacją przenoszenia numerów między sieciami, dotyczącej powoda i (...) S.A. z siedzibą w W.. Organ regulacyjny pomimo włączenia do materiału dowodowego (...) nie wziął jej pod uwagę przy wydawaniu zaskarżonej decyzji.

Sąd Okręgowy wskazał, że skoro Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej uznał propozycję powoda za nieprawidłową, powinien samodzielnie ustalić wysokości opłat zorientowanych na ponoszone koszty. Regulator rynku dysponuje bowiem instrumentami prawnymi pozwalającymi mu na zebranie materiału dowodowego niezbędnego do wydania merytorycznego rozstrzygnięcia. Niezasadna była również odmowa merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy z powołaniem się na przesłanki określone w art. 28 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, dotyczące uwzględnienia interesu użytkowników sieci telekomunikacyjnych oraz konieczności zapewnienia niedyskryminujących warunków dostępu telekomunikacyjnego. Uwzględnienie interesu użytkowników sieci oznacza konieczność oceny wpływu decyzji na możliwość korzystania przez nich z usług operatorów, natomiast zapewnienie niedyskryminujących warunków dostępu telekomunikacyjnego wymaga takiego samego traktowania przedsiębiorców telekomunikacyjnych ubiegających się o dostęp do sieci konkretnego operatora i oznacza, że w podobnych okolicznościach warunki dostępu powinny być również podobne.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji zmiana decyzji w kierunku sugerowanym przez powoda nie była możliwa, ze względu na potrzebę ustalenia okoliczności dotyczących przesłanek wprowadzenia opłat hurtowych związanych z usługą (...) oraz ich wysokości w oparciu o specjalistyczną, fachową wiedzę w tym zakresie. Sąd Okręgowy stwierdził, że rozstrzygnięcie w tym przedmiocie w postępowaniu sądowym stanowiłoby wkroczenie w zakres kompetencji organu regulacyjnego.

Od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów apelację wnieśli pozwany Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej i zainteresowany (...) sp. z o.o. z siedzibą w W..

Apelacją z dnia 24 lipca 2014 r. pozwany zaskarżył wyrok w całości, wnosząc o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie odwołania w całości, ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania. Pozwany zarzucił wyrokowi Sądu Okręgowego:

1) naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 479⁶⁴ § 2 k.p.c. w zw. z art. 4 ust. 1 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa) poprzez niewłaściwe zastosowanie polegające na uchyleniu decyzji pomimo, że nie wystąpiły okoliczności uzasadniające takie rozstrzygnięcie i jednocześnie istniała możliwość merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy przez SOKiK;

2) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 28 ust. 1 w zw. z art. 27 ustawy - Prawo telekomunikacyjne poprzez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że w przypadku, gdy zostały spełnione warunki określone w art. 27 tej ustawy, Prezes UKE ma obowiązek wydać decyzję o dostępie telekomunikacyjnym zastępującą umowę pomiędzy stronami;

3) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 28 ust. 1 i 3 w zw. z art. 31 ust. 3 pkt 3 lit. a i pkt 5 lit. b ustawy - Prawo telekomunikacyjne poprzez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że Prezes UKE ma obowiązek określić warunki hurtowych rozliczeń z tytułu realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru telefonicznego przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora, pomimo tego, że uzyskany w toku postępowania administracyjnego materiał dowodowy nie jest wystarczający do określenia warunków tychże rozliczeń.

Apelacją z dnia 28 lipca 2014 r. zainteresowany zaskarżył wyrok w całości, wnosząc o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie odwołania w całości, ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania. Zainteresowany zarzucił wyrokowi Sądu Okręgowego:

1) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

a) art. 28 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne poprzez brak analizy kryterium interesu użytkowników sieci telekomunikacyjnych, w tym potencjalnego wpływu wprowadzenia hurtowych opłat z tytułu usługi przenoszenia numerów pomiędzy sieciami przedsiębiorców telekomunikacyjnych na warunki świadczenia detalicznych usług telekomunikacyjnych przez tych przedsiębiorców;

b) art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy - Prawo telekomunikacyjne poprzez brak analizy kryteriów zapewnienia niedyskryminujących warunków dostępu telekomunikacyjnego;

2) naruszenie przepisów postępowania mające wpływ na treść rozstrzygnięcia, tj.:

a) 206 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne w zw. z art. 104 k.p.a. w zw. z art. 28 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne poprzez błędną interpretację, sprowadzającą się do stwierdzenia, że Prezes UKE otrzymując wnioski o wydanie decyzji zastępującej umowę o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie wprowadzenia opłat hurtowych nie ma uprawnienia do wydania rozstrzygnięcia o charakterze negatywnym, tj. odmowy ustalenia opłat za usługę (...);

b) art. 479⁶⁴ § 1 k.p.c. poprzez jego niezastosowanie, tj. brak oddalenia odwołania pomimo, że nie było podstaw do jego uwzględnienia;

c) art. 479⁶⁴ § 2 k.p.c. poprzez jego niezastosowanie, tj. brak podjęcia przez sąd próby merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy, a tylko kontrolę legalności decyzji i jej uchylenie;

d) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak dokonania wszechstronnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i wyprowadzenie ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego następujących, arbitralnych wniosków, że:

- z przenoszeniem numerów związane są określone koszty, które powstają zarówno u operatora, w którego sieci dany numer dotychczas funkcjonował, jak i u operatora, który numer przyjmuje, podczas gdy brak jest w sprawie dowodu, że operator - dawca numeru ponosi koszty związane z przenoszeniem numerów, zgodnie z art. 41 ustawy - Prawo telekomunikacyjne,

- interes użytkowników sieci telekomunikacyjnych oraz zapewnienie niedyskryminacyjnych warunków dostępu telekomunikacyjnego (art. 28 ust. 1 pkt 1 i 5 lit. b ustawy - Prawo telekomunikacyjne) nie mogą stać na przeszkodzie wprowadzeniu opłat hurtowych z tytułu realizacji usługi (...), podczas gdy są to kryteria, których spełnienie warunkuje wydanie pozytywnej decyzji na podstawie art. 28 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, a faktem powszechnie znanym jest to, że wprowadzenie powyższych opłat może przyczynić się do pogorszenia się warunków świadczenia usług detalicznych przez operatorów - biorców numeru.

Powód (...) S.A. z siedzibą w W. (dawniej: (...) S.A. z siedzibą w W.) wnosił o oddalenie obu apelacji i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Pozwany Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej przyłączył się do apelacji zainteresowanego (...) sp. z o.o. z siedzibą w W., zaś zainteresowany (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. przyłączył się do apelacji pozwanego Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

Zainteresowany (...) nie zajął stanowiska co do apelacji pozwanego i zainteresowanego.

Sąd Apelacyjny zważył:

Apelacje pozwanego i zainteresowanego zasługują na uwzględnienie, o ile zmierzają do uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Dokonane przez Sąd pierwszej instancji ustalenia faktyczne są prawidłowe i Sąd Apelacyjny przyjmuje je za własne. Jednakże rozważania prawne Sądu Okręgowego są nietrafne.

Zgodnie z treścią art. 206 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 243 ze zm., zwanej dalej „ustawą - Prawo telekomunikacyjne”) od decyzji wydawanych w sprawach spornych, z wyjątkiem decyzji w sprawie rezerwacji częstotliwości po przeprowadzeniu przetargu, aukcji albo konkursu oraz od

decyzji o uznaniu przetargu, aukcji albo konkursu za nierozstrzygnięte, przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. W piśmiennictwie wskazuje się, że pojęcie „sprawy sporne” dotyczy rozstrzyganych w drodze decyzji sporów pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi. Do kategorii spraw spornych należy zaliczyć m.in. sprawy z zakresu dostępu telekomunikacyjnego, których dotyczą decyzje, o których mowa w art. 28 ust. 1 i art. 29 ustawy - Prawo telekomunikacyjne. Są to więc również sprawy o zmianę umowy o dostępie telekomunikacyjnym, do których zgodnie z treścią art. 30 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne stosuje się odpowiednio przepisy art. 26-28 i 32 tej ustawy.

Z powołanych przepisów wynika, że Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej jest uprawniony do rozstrzygania spraw spornych w zakresie zmiany umowy (decyzji) o dostępie telekomunikacyjnym. Nie oznacza to jednak, że w każdym przypadku takiego sporu organ regulacyjny zobowiązany jest do wydania decyzji pozytywnie rozstrzygającej spór. Taki wniosek, leżący u podstaw wydania zaskarżonego wyroku, jest sprzeczny z treścią art. 104 k.p.a. oraz art. 28 ust. 6 w związku z art. 31 ustawy - Prawo telekomunikacyjne.

Po pierwsze - wskazać należy, że decyzją rozstrzygającą taki spór co do istoty, jest zarówno decyzja pozytywna - zmieniająca umowę, jak i decyzja negatywna - odmawiająca takiej zmiany z uwagi na brak materialnoprawnych podstaw do ingerencji organu regulacyjnego w łączący strony stosunek prawny. Zgodnie z treścią art. 104 § 2 k.p.a. decyzje rozstrzygają sprawę co do jej istoty w całości lub w części albo w inny sposób kończą sprawę w danej instancji. W judykaturze przyjmuje się, że decyzją merytoryczną jest zarówno decyzja pozytywna (tj. uwzględniająca wniosek strony), jak i decyzja negatywna (tj. odmawiająca uwzględnienia wniosku) z uwagi na brak materialnoprawnej podstawy do wydania decyzji o charakterze pozytywnym (por. wyrok NSA w Warszawie z 26 maja 2009 r., sygn. akt I OSK 761/08, Lex nr 546603).

Mając powyższe na uwadze stwierdzić trzeba, że wynikający z treści art. 28 ust. 1 w związku art. 30 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne obowiązek organu regulacyjnego wydania decyzji o zmianie umowy o dostępie telekomunikacyjnym nie przesądza o tym, że wydana decyzja musi prowadzić do takiej zmiany w każdym wypadku, niezależnie od istnienia materialnoprawnych podstaw uzasadniających ingerencję w treść stosunku prawnego. Takie założenie prowadziłoby bowiem do ograniczenia orzekania organu regulacyjnego jedynie do decyzji merytorycznych o treści pozytywnej, przy braku możliwości zakończenia postępowania decyzją merytoryczną o treści negatywnej, w przypadku braku przesłanek wynikających z prawa materialnego.

Po drugie - takie założenie pozostawałoby w sprzeczności z treścią art. 28 ust. 6 w związku z art. 30 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, dopuszczającego zmianę umowy o dostępie telekomunikacyjnym tylko w przypadkach uzasadnionych potrzebą zapewnienia ochrony interesów użytkowników końcowych, skutecznej konkurencji lub interoperacyjności usług.

Zgodnie z treścią art. 28 ust. 8 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, wydając decyzję o dostępie telekomunikacyjnym organ regulacyjny obowiązany jest objąć nią wszystkie ustalenia niezbędne do zapewnienia tego dostępu, a więc decyzja powinna zawierać co najmniej postanowienia, o których mowa w art. 31 ust. 2 ustawy - Prawo telekomunikacyjne (tzw. obligatoryjne postanowienie umowy o dostępie telekomunikacyjnym). Do postanowień obligatoryjnych nie można zaliczyć określenia opłat za przenoszenie numerów pomiędzy operatorami sieci. W myśl art. 31 ust. 3 pkt 6 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, opłaty te należy zakwalifikować jako fakultatywne postanowienia umowy o dostępie komunikacyjnym, a w szczególności świadczenia dodatkowe, skoro nie dotyczą one samego procesu przenoszenia numerów i wykorzystywania zasobów numeracji.

Skoro brak jest podstaw do twierdzenia, że określenie wysokości hurtowych opłat za przenoszenie numerów jest obligatoryjnym postanowieniem umowy o dostępie telekomunikacyjnym, nie można twierdzić, że wydając decyzję o dostępie lub o zmianie decyzji o dostępie, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej obowiązany jest orzec o ustaleniu wysokości tych opłat. Należy przyjąć, że organ regulacyjny - co do zasady - może zaniechać zamiany umowy o dostępie telekomunikacyjnym polegającej na ustaleniu pomiędzy operatorami hurtowych stawek za przenoszenie numerów w należących do nich sieciach. Jednakże w przypadku powstania sporu między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi,

ocena zasadności ustalenia takich opłat hurtowych, powinna być dokonana w każdym konkretnym przypadku, mając na uwadze przesłanki określone w art. 28 ust. 6 ustawy - Prawo telekomunikacyjne.

Wydając zaskarżony wyrok Sąd pierwszej instancji zaniechał zbadania powyższych przesłanek, wadliwie uznając, że sam fakt wydania przez organ regulacyjny decyzji o treści negatywnej, wobec wynikającego z ustawy obowiązku wydania decyzji o treści pozytywnej, uzasadniał uchylenie zaskarżonej decyzji. W tej sytuacji jako zasadny należy ocenić podniesiony w obu apelacjach zarzut naruszenia art. 28 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, poprzez niezasadne uznanie, że przepis ten obligował pozwanego do wydania decyzji pozytywnie rozstrzygającej wniosek powoda o zmianę umowy.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, zaniechanie przez Sąd pierwszej instancji zbadania materialnoprawnych podstaw wniosku powoda o zmianę umowy o dostępie, jest równoznaczne z nierozpoznanie istoty sprawy, co uzasadniało potrzebę uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania. Ponownie rozpoznając sprawę Sąd pierwszej instancji powinien ocenić, czy w

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy, Sąd I instancji powinien ocenić, czy w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy istnieją materialnoprawne przesłanki uzasadniające wydanie decyzji o zmianie umowy o dostępie telekomunikacyjnym, o których mowa w przepisie art. 28 ust. 6 w związku z art. 30 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne. Dopiero dokonanie tej oceny pozwoli na rozstrzygnięcie, czy decyzja organu regulacyjnego o treści negatywnej jest prawidłowa, czy też organ ten powinien wydać decyzję o treści pozytywnej, tj. decyzję obejmującą określenie warunków współpracy pomiędzy (...) S.A. z siedzibą w W. a (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora.

Wobec uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania, na obecnym etapie postępowania niecelowe było odnoszenie się do pozostałych zarzutów obu apelacji.

Podstawą orzeczenia Sądu Apelacyjnego był art. 386 § 4 k.p.c. O kosztach procesu orzeczono na zasadzie art. 108 § 2 k.p.c.