

Sygn. akt XVII AmT 31/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 października 2015 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie następującym:

Przewodniczący SSO Witold Rękosiewicz

Protokolant: sekretarz sądowy Iwona Hutnik

po rozpoznaniu w dniu 6 października 2015 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania (...) S.A. z/s w W. (dawniej: (...) S.A.)

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

zainteresowani:

1. (...) spółka z o.o. z/s w W.

2. Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki i Telekomunikacji w W.

o określenie warunków współpracy

na skutek odwołania powoda od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej

z dnia 15 grudnia 2011 r. nr (...)

I. Oddala odwołanie.

II. Zasadza od (...) S.A. z/s w W. na rzecz:

a) Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej,

b) (...) spółka z o.o. z/s w W.

kwoty po 2160 zł (dwa tysiące sto sześćdziesiąt) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa

procesowego.

SSO Witold Rękosiewicz

Sygn. akt *XVII AmT 31/15*

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Prezes UKE, pozwany) po rozpatrzeniu wniosku (...) SA z/s w W. (obecnie (...) SA., dalej (...), powód) z dnia 1 grudnia 2009 r. na podstawie art. 28 ust. 1 w związku z art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. nr 171, poz. 1800, z późn. zm. dalej Pt) oraz art. 104 §1 kpa decyzją z

dnia 15 grudnia 2011 r. nr (...)(...) odmówił określenia warunków współpracy pomiędzy (...) a (...) sp. z o.o. z/s w W. (dalej (...), zainteresowany) w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora, ustalił, że treść Załącznika nr 1 do wydanej decyzji, stanowiącego integralną część decyzji, zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa i na podstawie art. 206 ust. 2aa w związku z art. 206 ust. 2 pkt 5 Pt. orzekł, że decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu.

(...) S.A. w złożonym odwołaniu zaskarżyła decyzję Prezesa UKE w całości. Zaskarżonej decyzji powód zarzucił naruszenie:

1. art. 28 ust. 1 Pt poprzez odmowę ustalenia warunków współpracy pomiędzy (...) a (...) na skutek błędnego uznania, iż 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 Pt poprzez nieuprawnione przyjęcie założenia, iż interes użytkowników sieci telekomunikacyjnych uzasadnia odmowę określenia warunków współpracy pomiędzy (...) a (...) w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług, pomimo istnienia kosztów po stronie (...),

3. art. 28 ust. 1 pkt 2 Pt poprzez nieprawidłowe uznanie, iż odmowa ustanowienia rozliczeń dotyczących usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług nie wpłynie na wykonywanie obowiązku realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przez (...),

4. art. 28 ust. 1 pkt 4 Pt poprzez uznanie, iż 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 (...), 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) Pt poprzez uznanie, iż niedyskryminujące warunki dostępu telekomunikacyjnego w przedstawionym stanie faktycznym oznaczają brak jakichkolwiek opłat, pomimo istnienia kosztów po stronie (...),

6. art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. c) Pt poprzez uznanie, iż 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 Pt poprzez zastosowanie bliżej nieokreślonej metody oceny opłaty uwzględniającej ponoszone koszty, pomimo braku jakiegokolwiek obowiązku regulacyjnego nałożonego na (...),

8. art. 1 ust. 2 pkt 1 w związku z art. 189 ust. 2 pkt 2 lit. c) poprzez dyskryminujące traktowanie (...) 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.

Na podstawie przedstawionych zarzutów powód wniósł o:

I. uchylenie zaskarżonej decyzji w całości,

a w przypadku nieuwzględnienia przez Sąd wniosku o uchylenie,

II. zmianę decyzji poprzez ustalenie warunków współpracy pomiędzy (...) a (...) w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora poprzez ustalenie opłat w wysokości:

- zaproponowanej przez Prezesa UKE w projektach decyzji konsultowanych uprzednio w przedmiotowej sprawie tj. w wysokości 25,39 zł obowiązującej dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych działających w stacjonarnej publicznej sieci telekomunikacyjnej albo,

- ustalonej przez Prezesa UKE na podstawie opłat stosowanych na porównywalnych rynkach konkurencyjnych tj. w wysokości 6,44 euro.

III. zasądzenie od Prezesa UKE kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania powód wskazał, że zgodnie z art. 28 ust.1 Pt Prezes UKE ma obowiązek wydania decyzji o dostępie telekomunikacyjnym, która co do zasady może być decyzją ustalającą warunki dostępu telekomunikacyjnego lub odmawiającą ustalenia tych warunków. Zdaniem powoda Prezes UKE, poprzez stwierdzenie, iż „nie ma możliwości w chwili obecnej rozstrzygnąć kwestii spornej” i powołanie się na przepisy art. 28 ust.1 pkt 2, pkt 4 i pkt 5 Pt naruszył przepis art. 28 ust.1 Pt oraz art. 41Pt. Przepis art. 28 ust.1 Pt nie uprawnia Prezesa UKE do wydania decyzji, w której stwierdzi, że „w chwili obecnej” nie rozstrzygnie sporu pomiędzy (...) a (...) bez wskazania, kiedy i na jakiej podstawie będzie mógł ten spór rozstrzygnąć.

Przedstawione przez Prezesa UKE uzasadnienie odmowy ustalenia warunków koncesji powód ocenił jako pozorne. Wskazał, że w celu rozstrzygnięcia o wysokości opłaty pozwany mógł:

- skorzystać z wyników kalkulacji kosztów operatora, na którego nałożono odpowiednie obowiązki regulacyjne w stosunku do określonych typów usług,

- przyjąć opłatę zaproponowaną przez wnioskodawcę lub stronę sporu międzyoperatorskiego,

- ustalić wysokość opłaty na podstawie opłat stosowanych na porównywalnych rynkach konkurencyjnych (benchmark europejski),

- ustalić opłaty na podstawie opłat stosowanych przez innych przedsiębiorców na rynku polskim (benchmark krajowy).

Powód podkreślił, że na (...) nie zostały nałożone obowiązki regulacyjne w zakresie kalkulacji kosztów opłaty hurtowej za przeniesienie przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora(usługa (...)). Stwierdził, że jedynym wymogiem, który (...) powinno spełniać przy ustalaniu tej opłaty są przesłanki określone w art. 41 ust.1 Pt, stanowiącym implementację do prawa krajowego 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 (dalej: dyrektywa o usłudze powszechnej lub (...)). Powołany przepis dopuszcza pobieranie przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych opłaty z tytułu usługi (...), której wysokość powinna być oparta na ponoszonych kosztach. Powód wskazał, że przy kalkulacji opłaty (...) kierował się wytycznymi wyrażonymi w stanowisku Prezesa UKE z lutego 2009 r., dotyczącymi kosztów ponoszonych w związku z realizacją usługi przenośności numerów i skalkulował opłatę z uwzględnieniem wszystkich określonych w stanowisku kategorii kosztów. Zarzucił, iż pozwany, mimo potwierdzenia w zaskarżonej decyzji, że realizacja usługi (...) generuje pewne koszty, które zgodnie z art. 41 ust.1 Pt muszą zostać uwzględnione w opłacie (...), nie ustalił opłaty hurtowej i stwierdził, iż nie ma możliwości rozstrzygnąć przedmiotowej kwestii spornej.

Zdaniem (...) Prezes UKE mógł ustalić opłatę (...) w wysokości 25,39 zł, stosowanej już faktycznie na krajowym rynku w telefonii stacjonarnej lub wykorzystać metodę analizy porównawczej (benchmark), uwzględniając dane dotyczące ceny hurtowej z tytułu usługi (...) na porównywalnych zagranicznych rynkach konkurencyjnych. Powód powołał się na kilka decyzji pozwanego, przy których wydawaniu Prezes UKE wykorzystał metodę benchmarku europejskiego do ustalenia stawki (...) w sytuacji, gdy operatorzy przedstawili różne koszty świadczenia usług. Wskazał, iż w zaskarżonej decyzji, brak możliwości zastosowania analizy porównawczej pozwany uzasadnił domniemaniem, że w krajach UE żaden operator nie kalkuluje opłaty (...) zgodnie z metodologią, którą Prezes UKE uważa za słuszną.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 28 ust.1 pkt 1Pt powód zauważył, iż ustalenie opłaty hurtowej ma charakter symetryczny, co oznacza, że ponoszą ją obaj operatorzy zależnie od tego, który występuje w roli biorcy numeru. (...) oświadczyła, że po wprowadzeniu opłaty hurtowej z tytułu realizacji usługi przeniesienia numeru nie zamierza podnieść opłat detalicznych. Wprowadzenie tej opłaty nie stanowi więc zagrożenia dla interesu użytkowników sieci telekomunikacyjnych, a Prezes UKE nie może nadmiernie powoływać się na tę okoliczność, ponieważ koszty prowadzonej przez przedsiębiorców działalności muszą zostać pokryte. Przyjęcie założenia, że najbardziej korzystna dla użytkowników jest likwidacja hurtowych opłat (...) powód uznał za nieuzasadnione.

Powód nie zgodził się ze stanowiskiem Prezesa UKE, że ustanowienie lub brak ustanowienia opłaty (...) są niezależne od realizacji obowiązku określonego w art. 71 ust.1 Pt i nie wpłynę na sam fakt wykonywania tego obowiązku. Zdaniem powoda prawidłowe zastosowanie przepisu art. 28 ust.1 pkt 2 Pt polega na uznaniu, że w sytuacji gdy realizacja nałożonego na przedsiębiorcę obowiązku świadczenia określonej usługi generuje koszty, przedsiębiorca powinien mieć prawo do pobierania odpowiedniej opłaty z tego tytułu. W ocenie (...) art. 28 ust.1 pkt 2 Pt pozwany zastosował w sposób nieprawidłowy.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 28 ust.1 pkt 4 Pt oraz art. 28 ust.1 pkt 5 lit. b i c Pt powód powołał się na argumentację przedstawioną przy uzasadnianiu zarzutu naruszenia art. 28 ust.1 Pt., dotyczącą możliwych do wdrożenia metod rozliczeń. Wskazał, iż okoliczność, że przed wydaniem zaskarżonej decyzji (...) nie uiszczało opłat z tytułu realizacji przeniesienia numeru i nie uwzględniało ryzyka istnienia takiej opłaty nie może być argumentem za jej całkowitą likwidacją i świadczeniem przez (...) usługi przenośności numerów za darmo. Powód zauważył, że większość opłat hurtowych stosowanych przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych jest zagrożeniem dla ich konkurentów i kosztem prowadzenia działalności gospodarczej. Jednak postulowanie likwidacji opłaty (...) z tego względu, zdaniem powoda, nie jest zasadne.

Powołując się na treść art. 1 ust.2 pkt 1 Pt powód wskazał, iż celem ustawy jest stworzenie warunków do wspierania równoprawnej i skutecznej konkurencji. Oznacza to stosowanie takiej samej miary i ocenianie sytuacji wszystkich zainteresowanych według takich samych kryteriów. Równe traktowanie polega na stworzeniu dla każdego podmiotu identycznych możliwości realizacji praw i obowiązków. Przyjęte w zaskarżonej decyzji rozwiązanie, polegające na rezygnacji z ustalenia opłaty (...) powoduje, że (...) jest dyskryminowane jako przedsiębiorca ponoszący koszty i występujący z wnioskiem do Prezesa UKE o ustalenie opłaty uwzględniającej ponoszone koszty. Obowiązująca od połowy 2009 r. sytuacja rynkowa, w której realizacja przenośności numerów w sieci ruchomej jest wykonywana bez żadnych opłat, przy jednoczesnym ustaleniu opłat (...) w sieci stacjonarnej, zdaniem powoda, jest dyskryminująca dla (...), które ponosi koszty z tytułu realizacji usługi przenośności numerów w sieci telefonii ruchomej. W ocenie powoda zadaniem Prezesa UKE jako regulatora nie jest tworzenie warunków, w których jeden z przedsiębiorców korzysta a drugi ponosi straty.

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wniósł o oddalenie odwołania (...) w całości, oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 720 zł z uwagi na rodzaj i stopień zawłości sprawy oraz wymagany nakład pracy w przedmiotowej sprawie.

Wniosek powoda o uchylenie zaskarżonej decyzji, wobec niewykazania w odwołaniu braku podstaw prawnych do wydania do jej wydania, pozwany uznał za bezpodstawny. Odnosnie wniosku o zmianę decyzji poprzez ustalenie opłaty (...) w jednym z dwóch wskazanych wariantów wysokości pozwany, powołując się na przepis art. 41 ust 1 Pt zarzucił, że w odwołaniu nie przedstawiono dowodów w celu wykazania kosztów, jakie w związku z realizacją obowiązku przenośności numerów ponosi (...). Stwierdził, że żądanie powoda o ustalenie wysokości opłaty za realizację przenoszenia numerów z sieci ruchomej (...) do sieci innego operatora nie została oparta na kosztach realizacji obowiązku.

Pozwany nie zgodził się również z zarzutami powoda dotyczącymi naruszenia wymienionych w odwołaniu przepisów Prawa telekomunikacyjnego. Stwierdził, że odmawiając określenia warunków współpracy pomiędzy stronami rozstrzygnął sprawę co do istoty. Zebrany w sprawie materiał dowodowy ujawnił takie rozbieżności w podejściu

operatorów do składników oraz wysokości opłaty za wykonywanie usługi (...), że zastosowanie do rozstrzygnięcia sporu międzyoperatorskiego metody porównawczej nie było możliwe. Nie oznacza to jednak, iż zebrany w sprawie materiał dowodowy nie był kompletny.

Brak możliwości wydania decyzji o ustaleniu stawki (...) wynikał z tego, że (...) nie była w stanie podać wysokości kosztów związanych z tą usługą i określić składających się na nią procesów. Pozostali operatorzy, świadczący usługę (...) nie byli w stanie podać danych dotyczących tej usługi, nadających się do porównania lub weryfikacji.

Prezes UKE podniósł, że w toku postępowania konsultacyjnego operatorzy mobilni wskazali, że oparcie metodologii i wysokości kosztów świadczenia usługi (...) na informacjach dotyczących przenoszenia numerów w sieciach stacjonarnych jest błędem.

Pozwany podkreślił, iż obowiązek realizacji usług (...) ma źródło w przepisie art. 71 ust.1 Pt. Nie wynika z decyzji organu regulacyjnego jednak organ ten uprawniony jest do weryfikacji przyjętej przez (...) metodologii kosztów oraz ich wysokości. Nie ma obowiązku zaakceptowania zaproponowanej przez (...) kwoty. Oznaczałoby to swobodne narzucenie innym operatorom niezaweryfikowanych opłat (...). Przed wydaniem decyzji konieczne więc było zbadanie praktyki innych krajów UE i zbadanie kosztów ponoszonych przez polskich operatorów przy realizacji poszczególnych przeniesień numerów.

Prezes UKE odwołał się również do treści art.41 ust.1 Pt, zgodnie z którym opłaty związane z przenoszeniem numerów między sieciami powinny uwzględniać ponoszone koszty. Wskazał, że przedsiębiorca, który wnioskuje o wydanie decyzji w przedmiocie opłaty (...) powinien określić wysokość tej opłaty z uwzględnieniem ponoszonych kosztów. Podkreślił, że (...) nie była w stanie przedstawić tych kosztów. Zauważył, iż zgodnie z przyjętym orzecnictwem sądowym strona nie jest zwolniona od lojalnego współdziałania w wyjaśnianiu okoliczności faktycznych, skoro nieudowodnienie określonego faktu może prowadzić do wydania decyzji dla niej niekorzystnej.

Zdaniem pozwanego w sprawie nie było możliwe zastosowanie metody benchmarku z uwagi na to, że w obrębie Unii Europejskiej nie występują porównywalne w tym zakresie do krajowego rynku telekomunikacyjnego. Tylko w dwóch krajach wprowadzono opłatę za usługę (...). W siedmiu krajach wraz z Polską nie ma opłat hurtowych za (...). W pozostałych krajach UE opłaty zostały wprowadzone przez operatorów. Zastosowano przy tym specyficzne dla rynku danego kraju rozwiązania. Odnośnie do twierdzeń powoda o możliwości skorzystania w sprawie z metody benchmarku europejskiego pozwany wskazał na specyficzne cechy występujące na każdym z rynków w poszczególnych krajach unijnych.

Prezes UKE podkreślił, iż część przedstawionych przez (...) kosztów nie była związana z samym procesem przenoszenia numerów. Uwzględnienie kosztów modernizacji sieci było, zdaniem pozwanego, sprzeczne z wytycznymi wskazanymi w wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 lipca 2006 r. w sprawie C- 438/04 powołanym w uzasadnieniu decyzji. Koszty modernizacji sieci wynikają z obowiązku operatora określonego w art. 71 ust.1 Pt, który ma być realizowany bez względu na to czy abonenci korzystają czy nie z przysługującego im uprawnienia.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 28 ust. pkt1 Pt pozwany wskazał, iż w decyzji opowiedział się za istnieniem opłat za wzajemne korzystanie z połączonych sieci, związane z realizacją przenoszenia numerów. Ustalenie zbyt wysokiej opłaty (...) mogłoby spowodować pogorszenie sytuacji użytkowników sieci telekomunikacyjnych, ponieważ biorczy zaprzestaliby działań promocyjnych dla przenoszących się do nich abonentów i mogliby zaniechać zawierania umów abonenckich z przeniesieniem numeru do ich sieci. Dodał, że konieczność ponoszenia zbyt wysokiej opłaty za (...) może prowadzić do podniesienia przez biorców swoich cen detalicznych i ekonomicznego obciążenia abonentów kosztami procesu przenośności numerów, co byłoby sprzeczne z art. 71 ust. 3 Pt.

Pozwany wskazał, że zgodnie z art. 28 ust.1 pkt 5 lit. b Pt opłata za usługę (...) powinna być analogiczna dla wszystkich operatorów mobilnych, aby uniknąć promowania operatorów nieefektywnych i dyskryminowania efektywnych.

Wobec braku możliwości ustalenia równej i niedyskryminującej opłaty dla wszystkich operatorów Prezes UKE wydał decyzję odmowną.

Zdaniem pozwanego uprawnienie abonenta do przeniesienia numeru z art. 71 Pt jest niezależne od regulacji zawartej w art. 41 Pt. Nie zgodził się z zarzutem odwołania, iż odmowa ustanowienia rozliczeń dotyczących usługi (...) wpłynie niekorzystnie na realizację uprawnienia abonentów do przeniesienia numeru. Wskazał, na ustawowy charakter obowiązku realizacji usługi (...), który wynika wprost z art. 71 ust.1Pt, a kwestia rozliczeń międzyoperatorskich została uregulowana w art. 41 ust.1 Pt.

Twierdzenia powoda oparte na zarzucie dyskryminacyjnego traktowania (...) w następstwie odmowy ustalenia opłaty (...) pozwany uznał za nietrafne i przedstawił stosowaną argumentację na uzasadnienie swego stanowiska.

Zainteresowany – (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. wniósł o oddalenie odwołania powoda w całości, oraz zasądzenie od powoda na rzecz zainteresowanego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Podniesione w odwołaniu zarzuty zainteresowany ocenił jako bezzasadne i stwierdził, że wniosek o uchylenie lub zmianę zaskarżonej decyzji nie zasługuje na uwzględnienie. Decyzję Prezesa UKE o odmowie ustalenia warunków współpracy między (...) a (...) w zakresie hurtowych rozliczeń z tytułu realizacji usługi przeniesienia numeru do sieci innego operatora przy zmianie dostawcy usług zainteresowany uznał za słuszną.

Zainteresowany (...) wskazał, że obowiązek świadczenia usługi przenośności numerów jest niezależny od tego, czy operatora dawcę i operatora biorcę łączy umowa o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci i wynika wprost z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. Podniósł, iż dostawcy usług telekomunikacyjnych realizują usługi (...) na podstawie odrębnych Porozumień, określających warunki techniczne realizacji usługi przenoszenia numerów i są niezależne od istnienia umów o dostępie.

Zainteresowany powołał się na nowelizację art.71 ust. 3 Pt, która zlikwidowała pobieranie opłat za przeniesienie numeru od abonentów i użytkowników końcowych usługi przedpłaconej w sieciach telefonii mobilnej i rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 17 czerwca 2009 r. w sprawie warunków korzystania z uprawnień w publicznych sieciach telefonicznych (Dz.U. nr 97, poz. 810), obowiązujące od dnia 6 lipca 2009 r., które usprawniło procedurę przeniesienia numeru. Podkreślił, iż w świetle obowiązujących przepisów nadal wszystkie czynności przenoszenia numeru z sieci operatora dawcy do sieci biorcy wykonuje operator biorca, który ponosi większą część kosztów realizacji usługi (...).

(...) pokreślił, że obecnie obowiązujące przepisy Prawa telekomunikacyjnego nie przewidują obowiązku uiszczania na rzecz operatora dawcy jakichkolwiek opłat z tytułu realizacji usługi przenoszenia numeru do nowego operatora. Taki obowiązek nie wynika z art. 41 ust.1 Pt. Zdaniem (...), w przypadku, gdy w związku z realizowaniem usługi (...) obaj operatorzy (dawca i biorca) korzystają wzajemnie z połączonych sieci i ponoszą w zw. z tym koszty, przepisy nie zakazują pobierania opłat, które jednak powinny być uwzględniać ponoszone koszty.

Zainteresowany wskazał, że opłata za przeniesienia numeru nie jest wymieniona jako obowiązkowy element umowy o dostępie telekomunikacyjnym i podkreślił, iż w trakcie realizacji usługi (...) nie dochodzi do korzystania z połączonych sieci, a po stronie współpracujących w tym zakresie operatorów nie powstają jakiegokolwiek koszty związane z realizacją usługi (...). Realizacja procesu przeniesienia numeru jest usługą świadczoną przez operatorów na rzecz swoich abonentów, a stworzenie technicznych możliwości przeniesienia numeru jest obowiązkiem każdego operatora bez względu na to, czy użytkownicy końcowi korzystają z tej usługi.

Odnosząc się do wniosku powoda o ustalenie opłaty w kwocie 25,39 zł wskazał, iż jej wysokość została wyliczona z uwzględnieniem kosztów, jakie ponoszone są w związku z przeniesieniem numeru w sieci stacjonarnej (...). Oparcie wysokości stawki (...) na opłatach hurtowych stosowanych przez (...) w sieci stacjonarnej nie znajduje uzasadnienia w przypadku sieci telefonii mobilnej z uwagi na inny termin realizacji usługi oraz znaczne zautomatyzowanie procesu przeniesienia numeru.

Obie propozycje (...) dotyczące wysokości opłaty (...) uznał za nieadekwatne i zawyżone. Podkreślił, że w każdym z państw członkowskich UE stosowany jest inny sposób kalkulacji kosztów i ustalania opłat, wynikający ze specyficznych uwarunkowań tych państw.

Wprowadzenie opłaty za przeniesienie numeru wymaga, zdaniem (...), opracowania modelu kosztowego. Tylko wprowadzenie modelu uwzględniającego ponoszone koszty gwarantowałyby obiektywność i przejrzystość opłaty.

Zainteresowany stwierdził ponadto, że wprowadzenie opłaty (...) premiowałoby operatorów dawców za nieumiejętność zatrzymania użytkownika właściwą ofertą detaliczną i obciążałoby operatorów biorców za stworzenie konkurencyjnej oferty detalicznej. Ustanowienie opłaty (...), ponoszonej przez biorcę, wywoływałoby efekt antykonkurencyjny poprzez generowanie dodatkowych kosztów i utrudnienie operatorowi biorcy zaoferowanie pozyskanym abonentom atrakcyjnych warunków.

(...) wskazał, iż wnioski dowodowe powoda, zawarte w odwołaniu dotyczą faktów, które nie mają istotnego znaczenia w sprawie. Wnioski dowodowe dotyczą dokumentów i decyzji z lat 2008 – 2009, tj. okresu przed wejściem w życie aktualnych na dzień wydania zaskarżonej decyzji przepisów i innego stanu faktycznego. Powoływanie się przez powoda na rozstrzygnięcia wydane w innych decyzjach, zdaniem (...) było bez znaczenia, ponieważ każda sprawa ma indywidualny charakter i jest rozstrzygana w odrębny sposób.

Zainteresowany Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki i Telekomunikacji nie zajął stanowiska w sprawie.

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił następujący stan faktyczny:

Ustawa z dnia 24 kwietnia 2009 roku o zmianie ustawy Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 85, poz.716) wprowadziła nowelizację art.71ust.3 Pt polegającą na zmianie procesu przenośności numerów poprzez zniesienie zasady pobierania od abonenta opłaty detalicznej za przeniesienie przydzielonego numeru. W związku z tym w maju 2009 r. operatorzy telefonii mobilnej, m. in. (...) i (...) rozpoczęli negocjacje w kwestii ustalenia opłat hurtowych za przeniesienie numeru. Wobec nieosiągnięcia porozumienia (...) pismem z dnia 1 grudnia 2009 r. wystąpiła do Prezesa UKE 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 (...) a (...).

Pismem z dnia 7 grudnia 2009 r. Prezes UKE poinformował strony o wszczęciu w dniu 4 grudnia 2009 r. postępowania o wydanie decyzji określającej warunki współpracy w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora pomiędzy (...) a (...) oraz zwrócił się do (...) na podstawie art. 27 ust. 4 Pt o przedstawienie stanowiska w przedmiocie wniosku (...).

W piśmie z dnia 22 grudnia 2009 r. (...) wskazała, iż brak jest podstaw prawnych uzasadniających przyjęcie proponowanego przez (...) obowiązku uiszczania przez operatora biorcę na rzecz operatora dawcy jakichkolwiek opłat z tytułu realizacji usługi przeniesienia numeru (k. 82-88 akt administracyjnych).

Pismem z dnia 13 stycznia 2010 r. Prezes UKE, na podstawie art. 50 § 1 k.p.a., wezwał (...) do złożenia niezbędnych wyjaśnień w przedmiocie przedstawionej przez (...) we wniosku z dnia 1 grudnia 2009 r. kalkulacji kosztów. (...) pismem z 21 stycznia 2010 r. wyjaśniła, iż przedstawiona kalkulacja została sporządzona w oparciu o wartości historyczne i oświadczyła, iż aktualne dane zostaną przedstawione bez zbędnej zwłoki. (wezwanie k. 102-104 akt administracyjnych, odpowiedź na wezwanie k. 105-107 akt administracyjnych).

Pismem z 29 stycznia 2010 r. Prezes UKE ponownie wezwał (...) do przekazania niezbędnych wyjaśnień w przedmiocie przedstawionej przez (...) we wniosku z 1 grudnia 2009 r. kalkulacji kosztów z uwzględnieniem najbardziej aktualnych danych. W piśmie z 5 lutego 2010 r. (...) udzieliła dalszych wyjaśnień w przedmiocie przedstawionej w złożonym wniosku kalkulacji kosztów. Jednocześnie (...) zawnioskowała o zawieszenie przedmiotowego postępowania na

podstawie art. 97 § 1 pkt 4 k.p.a. do czasu dostarczenia przez nią zaktualizowanej kalkulacji opłaty hurtowej (ponowne wezwanie k. 120-122 akt administracyjnych., pismo k. 123-126 akt administracyjnych).

Pismami z dnia 5 i 8 marca 2010 roku (...) przedstawiła nową kalkulację wysokości hurtowej opłaty za przeniesienie przydzielonego numeru. Opłata została ustalona w wysokości 62,12 zł. (k. 170-171 oraz 180-181 akt administracyjnych).

W dniu 4 maja 2010 r. do Prezesa UKE wpłynęło pismo (...) zawierające Opinię Rzecznika Generalnego (...), przedstawioną w dniu 15 kwietnia 2010 roku w sprawie C-99/09 (...) przeciwko Prezesowi Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 roku w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (k. 182 akt administracyjnych).

Z uwagi na konieczność opracowania systemowego rozwiązania opłat za przenośność numerów Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej w toku postępowania administracyjnego zwrócił się do operatorów telekomunikacyjnych działających na rynku o udzielenie wyjaśnień dotyczących ponoszonych przez nich kosztów związanych z przeniesieniem numeru, w tym również kosztów poszczególnych procesów składających się na pojedyncze przeniesienie numeru, tj.: odebrania komunikatu E03 – zarejestrowanie wniosku o przeniesienie numeru – automatyczna weryfikacja danych, wysłanie odpowiedzi E06 – informacja dawcy o planowanym terminie zwolnienia numeru lub odpowiedzi E17 - odmowa przeniesienia numeru w danym dniu, odebranie komunikatu E12 – żądanie biorcy wydania numeru przez dawcę, wysłanie komunikatu E13 – zwolnienie przez dawcę numeru.

W nawiązaniu do wniosku Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej operatorzy udzielili następujących wyjaśnień:

(...) wskazał, że miesięczny koszt utrzymania systemu obsługującego proces (...) jest niezależny od ilości numerów przeniesionych. Zdaniem (...) to operator biorca ma większą ilość zadań w procesie przenoszenia numeru, z tego względu operator biorca powinien otrzymywać opłatę od operatora dawcy. Stwierdził, iż brak jest uzasadnienia dla zmiany obecnego systemu rozliczeń międzyoperatorskich. (...) nie przedstawił informacji o ponoszonych kosztach procesu realizacji usługi (...).

W złożonych wyjaśnieniach (...) S.A. przedstawił koszty ogólne aplikacji (...) zaznaczając, że poniesione przez niego koszty są niewspółmierne do zrealizowanych przez przeniesień. CP wskazał jednocześnie szacunkowy jednostkowy koszt przesłania komunikatu na poziomie 0,000298 zł. Zastrzegł, że nie posiada on możliwości weryfikacji poprawności tego kosztu.

(...) sp. z o.o. z siedzibą w W. wskazała, że brak jest podstaw prawnych prowadzenia kalkulacji kosztów procesów usługi (...). Operator zauważył ponadto, że nie zawsze proces (...) przebiega według ogólnego schematu, gdyż możliwe są sytuacje wymagające dodatkowych działań. (...) wskazała koszt pojedynczego przeniesienia numeru.

(...) S.A. nie wskazała kosztów przeniesienia numeru i odwołała się do swojej wcześniejszej metodologii wprowadzających różne opłaty za przeniesienie numeru w zależności od ilości przeniesień.

(...) S.A. z siedzibą w W. wskazał, że nie jest możliwe wyodrębnienie kosztów poszczególnych komunikatów wysyłanych przez operatorów w związku z przenoszeniem numerów. Operator ten wskazał koszt pojedynczego przeniesienia numeru. W koszty te wliczył również elementy niezwiązane bezpośrednio z realizacją przeniesienia numeru, takie jak np. szkolenia pracowników, obsługa prawna.

W dniach od 1 czerwca do 1 lipca 2011 r. Prezes UKE przeprowadził postępowanie konsultacyjne odnośnie projektu decyzji administracyjnej w niniejszej sprawie, określającej warunki współpracy w zakresie hurtowych rozliczeń, dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora pomiędzy (...) a (...). W projekcie decyzji Prezes UKE wprowadził opłatę za przenośność numeru w sieciach mobilnych w wysokości 25,39 zł netto, płaconą przez biorcę na rzecz dawcy, która została oparta na opłacie za

przenośność numerów stosowanej na rynku telefonii stacjonarnej (obwieszczenie k. 224 akt administracyjnych, projekt decyzji k. 225-244 akt administracyjnych).

W nawiązaniu do projektu decyzji Prezesa UKE wprowadzającej opłatę za przenośność numeru w sieciach mobilnych w wysokości 25,39 zł operatorzy telekomunikacyjni zajęli następujące stanowiska:

Spółka (...) wskazała, że ww. opłata wpłynie niekorzystnie na sytuację użytkowników końcowych poprzez podniesienie cen detalicznych gdyż spowoduje podniesienie cen detalicznych i wycofanie korzystnych dla użytkowników ofert związanych z przeniesieniem numerów – darmowe pakiety dla abonentów zmieniających operatora z zachowaniem numeru. Zdaniem (...) wprowadzenie opłaty spowoduje, że usługa (...) będzie mniej dostępna dla użytkowników końcowych, co jest sprzeczne z art. 28 ust.1 pkt 5 Pet. Operator postulował uwzględnienie przez Prezesa UKE przy określaniu wysokości opłaty z tytułu przenośności numerów ponoszonych kosztów. Wskazał ponadto na brak podstawy prawnej do wydania decyzji w przedmiotowej sprawie z uwagi na brak połączenia sieci (...) i (...). Wysokość opłaty ustalonej na poziomie analogicznym do opłaty w sieciach stacjonarnych (...) uznał za zawyżoną. Podtrzymał stanowisko, zgodnie z którym opłata za (...) powinna być uiszczana przez dawcę na rzecz biorcy i wskazał na konieczność przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego w sprawie projektowanej decyzji z uwagi na jej wpływ na rynek wspólnotowy.

Stanowisko konsultacyjne przedstawiła także (...) Izba (...), która złożyła dwie opinie członków I. (...), Polkomtel i (...) jako operatorzy zasiedzieli byli zwolennikami wydania decyzji w proponowanym kształcie, nie wnosząc uwag. Operatorzy alternatywni (...), (...) i (...) optowali za wydaniem decyzji odmownej i wskazywali, że:

- przedstawione rozstrzygnięcie nie przyczyni się do ochrony interesów konsumentów,
- brak podstaw prawnych do ustalenia opłaty hurtowej za (...),
- ustalenie opłaty (...) na podstawie kosztów ponoszonych przez operatora stacjonarnego jest błędne,
- metoda płacenia operatorowi dawcy dyskryminuje biorcę,
- wprowadzenie opłaty (...) przyczyni się do hamowania rozwoju konkurencyjnego rynku telekomunikacyjnego,
- w części krajów członkowskich UE występują niższe stawki za usługę (...).

Ponadto (...) wskazała, że brak jest podstaw do ustalenia opłaty za (...) w systemie biorca płaci dawcy.

Zdaniem (...) proponowane rozstrzygnięcie, promuje tych operatorów, których oferty detaliczne nie cieszą się uznaniem abonentów. Operator wskazał też na brak interesu konsumentów w ustaleniu proponowanej opłaty z uwagi na jej potencjalny wpływ na ceny detaliczne.

(...) S.A. podniósł, że brak jest podstaw prawnych dla konsultowanego rozstrzygnięcia. Ponadto wskazał, że nie przyczyni się ono do ochrony interesów konsumentów, a ponadto dyskryminuje Biorcę i promuje operatorów oferujących słabsze warunki detaliczne. Proponowane rozstrzygnięcie wpłynie negatywnie na rozwój konkurencyjnego rynku telekomunikacyjnego i może być źródłem ewentualnych nadużyć finansowych na skutek sztucznego generowania przeniesień numerów telefonów.

Krajowa Izba Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji wskazała również, że projektowana opłata będzie najprawdopodobniej odzyskiwana poprzez podwyższanie cen usług detalicznych, a ponadto, że jej jednostronny charakter dyskryminuje biorcę.

Pismem z dnia 19 sierpnia 2011 r. Prezes UKE zawiadomił strony, iż zgodnie z art. 10 § 1 k.p.a., mogą zapoznać się z materiałem zgromadzonym w sprawie, a także wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań w terminie siedmiu dni od dnia otrzymania zawiadomienia (pismo k. 323

akt administracyjnych). Jednocześnie Prezes UKE poinformował strony o włączeniu do materiału dowodowego wskazanych kopii następujących dokumentów:

- oferty ramowej określającej 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, wprowadzonej decyzją Prezesa UKE z dnia 29 września 2010 r., zmienionej w części decyzją Prezesa UKE z dnia 5 kwietnia 2011 r. nr (...)zwanej dalej Ofertą (...),

- kopii wyjaśnień: (...), (...), (...), (...) złożonych w toku prowadzonego przez Prezesa UKE postępowania, dotyczących kosztów ponoszonych przez tych operatorów za przenoszenie numerów z ich sieci ,

- 15^(th) (...) – 2009,

- orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w trybie prejudycjalnym z dnia

13 lipca 2006 r. w sprawie C-438/04, w postępowaniu (...) SA przeciwko (...) ((...)).

Pismem z dnia 29 sierpnia 2011 roku (...) zwróciła się do Prezesa UKE o udzielenie informacji dotyczących sposobu kalkulacji kosztów usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług dla procesu, w którym (...) pełni rolę operatora biorecy numeru. (...) podtrzymała wyrażoną w toku konsultacji ocenę, że w przypadku zaistnienia podstaw do ustalenia opłat za usługę (...), opłaty te powinny uwzględniać koszty przeniesienia numeru faktycznie ponoszone przez operatorów (pismo (...) k. 414-415 akt administracyjnych).

W dniach od 28 września do 28 października 2011 roku Prezes UKE przeprowadził, na podstawie art.15 pkt 3 Pt. postępowanie konsultacyjne odnośnie kolejnego projektu decyzji administracyjnej, odmawiającej ustalenia warunków współpracy pomiędzy (...) a (...) w zakresie wprowadzenia opłaty za przenośność numeru w sieciach mobilnych (obwieszczenie Prezesa UKE k. 420 akt administracyjnych).

W ramach przedmiotowego postępowania konsultacyjnego do Prezesa UKE wpłynęło stanowisko (...) z dnia 21 października 2011 roku i stanowisko (...) z dnia 26 października 2011 roku. (stanowisko (...) k. 448-458 akt administracyjnych, stanowisko (...) k. 460-467 akt administracyjnych.).

Zdaniem (...) art. 28 art. 41ust.1 Pt oraz art. 30 (...) nie przewidują obowiązku prowadzenia rozliczeń za usługę (...) między operatorami ruchomych publicznych sieci telefonicznych więc nie dają Prezesowi UKE uprawnienia do nałożenia tego obowiązku.

(...) w stanowisku konsultacyjnym sprzeciwiła się wydaniu decyzji o odmowie ustalenia opłaty (...) i wskazała, że taka decyzja będzie stanowić naruszenie art. 28 ust.1 pkt 1 Pt oraz przepisów art. 8, 12 i 104 kpa.

Pismem z dnia 15 listopada 2011 roku Prezes UKE zawiadomił strony, iż zgodnie z art. 10 § 1 k.p.a., mogą zapoznać się z materiałem zgromadzonym w sprawie, a także wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań w terminie siedmiu dni od dnia otrzymania zawiadomienia. Jednocześnie Prezes UKE poinformował strony o włączeniu na wniosek (...) do materiału dowodowego kopii trzech decyzji z dnia 27 kwietnia 2007 r. ustalających dla Polkomtel, (...) i (...) wysokość stawki (...) na podstawie zastosowania metody benchmarku w sytuacji, gdy operatorzy przedstawili różne koszty usług tego samego typu (pismo Prezesa UKE k. 482 akt administracyjnych).

W dniu 15 grudnia 2011 roku Prezes UKE wydał decyzję (...)

W dniu 27 maja 2013 r. (...) S.A. zmieniła swoją nazwę na (...) S.A. (odpis aktualny z KRS (...) k. 203-213 akt sprawy).

Powyższe fakty pozostają bezsporne i zostały ustalone na podstawie dokumentów załączonych przez strony do pism procesowych oraz znajdujących się w aktach administracyjnych.

Na podstawie dokonanych ustaleń Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Sąd Apelacyjny w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 27 maja 2015 r., dotyczącym niniejszej sprawy, uznał za sprzeczne z art. 104 kpa oraz art. 28 ust. 6 w związku z art. 31 Pt stanowisko, że przy rozstrzyganiu sporów z zakresu dostępu telekomunikacyjnego Prezes UKE jest zobowiązany w każdym przypadku do wydania decyzji pozytywnie rozstrzygającej spór. Zarówno decyzja pozytywna, uwzględniająca wniosek strony jak i decyzja negatywna, w której Prezes UKE odmawia uwzględnienia wniosku z uwagi na brak materialnoprawnych podstaw do ingerencji organu regulacyjnego w łączące strony stosunki prawne i wydania rozstrzygnięcia pozytywnego, jest decyzją merytoryczną (por. wyrok NSA w W. z 26 maja 2009 r., sygn. akt I OSK 761/08, Lex nr 546603). Na tej podstawie Sąd Apelacyjny stwierdził, że wynikający z art. 28 ust.1 Pt w związku z art. 30 ust. 1 Pt obowiązek organu regulacyjnego do wydania decyzji o zmianie umowy o dostępie telekomunikacyjnym nie przesądza, iż rozstrzygnięcie decyzji w każdym przypadku musi prowadzić do takiej zmiany, niezależnie od istnienia podstaw materialnoprawnych, o których mowa w art. 28 ust.6 Pt., uzasadniających ingerencję w treść stosunku prawnego. Takie założenie zawęzałoby możliwość orzekania organu regulacyjnego jedynie do decyzji merytorycznych o treści pozytywnej wyłączając możliwość zakończenia postępowania decyzją merytoryczną o treści negatywnej, w przypadku stwierdzenia braku przesłanek wynikających z prawa materialnego.

Zgodnie z art. 28 ust. 8 Pt w decyzja o dostępie telekomunikacyjnym powinna obejmować wszystkie ustalenia niezbędne do zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego. W art. 31 ust.2 Pt zostały wymienione tzw. obligatoryjne postanowienia umowy, które powinna zawierać każda decyzja o dostępie telekomunikacyjnym. Natomiast art. 31 ust.3 Pt wymienia te postanowienia umowy o dostępie telekomunikacyjnym, które w ocenie ustawodawcy nie mają charakteru obligatoryjnego. Wskazane w art. 31 ust.3 pkt 5 lit. b Pt postanowienia dotyczące przenoszenia numerów zakwalifikowane zostały jako fakultatywne postanowienia umowy o dostępie telekomunikacyjnym. Ustalenie wysokości hurtowych opłat za przeniesienie numeru, które zgodnie z wnioskiem powoda było przedmiotem zaskarżonej decyzji, niewątpliwie należy do grupy postanowień dotyczących przenoszenia numerów. Wobec tego, że były to postanowienia o charakterze fakultatywnym, Prezes UKE - co do zasady- był uprawniony do odmowy ustalenia hurtowych stawek za przeniesienie numeru w rozliczeniach między (...) a (...).

W warunkach powstania sporu między operatorami telekomunikacyjnymi, do oceny zasadności określenia w zaskarżonej decyzji administracyjnej warunków współpracy pomiędzy (...) a (...) w zakresie wysokości hurtowych opłat z tytułu usługi przeniesienia numeru należy uwzględnić wymienione w art. 28 ust.6 Pt przesłanki materialnoprawne, uzasadniające wydanie decyzji o dostępie telekomunikacyjnym.

W postępowaniu przed wydaniem zaskarżonej decyzji Prezes UKE za bezsporne uznał, że realizacja usługi przenośności numerów w ruchomej publicznej sieci telefonicznej wiąże się z ponoszeniem kosztów przez operatorów telekomunikacyjnych. Jednak z uwagi na brak rynku właściwego, który regulowałby kwestię przenośności numerów, na operatorów telekomunikacyjnych telefonii mobilnej nie został nałożony obowiązek kalkulacji kosztów wykonania usługi (...). Z tej przyczyny w przedstawianej kalkulacji tych kosztów poszczególni operatorzy uwzględniają niejednolite informacje dotyczące czynności zaliczanych do procesu realizacji usługi (...) i podają różne koszty realizacji usługi.

W art. 74 ust.1 Pt na dostawcę usług i operatora został nałożony między innymi obowiązek zapewnienia warunków technicznych i realizacji uprawnienia abonenta wynikającego z art. 71 ust. 1 Pt do przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług.

Zgodnie z przepisem art. 71 ust. 3 Pt w związku z realizacją uprawnienia abonenta do przeniesienia przydzielonego numeru operatorzy telekomunikacyjni nie mogą pobierać opłat od abonentów. Takie unormowanie wyklucza możliwość bezpośredniego przerzucania na abonentów kosztów wykonania usługi (...). Przyczynia się do ochrony

interesów konsumentów, którzy na mocy obowiązujących przepisów nie ponoszą opłat detalicznych z tytułu przeniesienia numeru. Likwiduje okoliczności, które przed nowelizacją art. 71 ust.3 Pt mogły zniechęcać abonentów do korzystania z przysługującego im na podstawie art. 71 ust.1 Pt uprawnienia do zmiany dostawcy usług telekomunikacyjnych. Zniesienie możliwości pobierania opłat za przeniesienie przydzielonego numeru mobilizuje operatorów do konkutowania między sobą jakością, zakresem lub ceną oferowanych usług. Ma więc pozytywny wpływ na rozwój konkurencji i sprzyja ogólniej poprawie interesów konsumentów. W ocenie Sądu brak ustalenia przez Prezesa UKE opłaty obowiązującej w dwustronnych rozliczeniach pomiędzy (...) i (...) może pozytywnie wpływać na rozwój konkurencji na rynku usług telefonii mobilnej, na którym działają obaj przedsiębiorcy. Stwarza bowiem jednolite warunki działania konkurujących między sobą przedsiębiorców, co może mieć korzystny wpływ na sytuację użytkowników końcowych.

Po wejściu w życie z dniem 6 czerwca 2009 r. przepisów likwidujących detaliczną opłatę za przeniesienie przydzielonego numeru w związku ze zmianą dostawcy usług operatorzy telekomunikacyjni, w tym (...) i (...), nadal realizują nałożony na nich obowiązek przeniesienia numeru mimo braku ustanowienia stawki opłaty hurtowej z tytułu usługi (...).

Oznacza to, że ustanowienie hurtowej opłaty (...) lub brak tej opłaty nie wywiera wpływu na realizację przez operatorów telefonii mobilnej obowiązku określonego w art. 71 ust.1 Pt i nie ma wpływu na sam fakt wykonywania tego obowiązku, a więc na interoperacyjność usług, rozumianą zgodnie z art. 2 pkt 13 Pt jako zdolność sieci telekomunikacyjnych do efektywnej współpracy w celu zapewnienia wzajemnego dostępu użytkowników do usług świadczonych w tych sieciach.

Zdaniem Sądu przy rozpoznawaniu sporu nie można wykluczyć, że w ustalenie przez Prezesa UKE wysokości hurtowej opłaty (...) w rozliczeniach pomiędzy (...) a (...) nie miałyby pośredniego wpływu na wzrost cen świadczonych przez tych operatorów usług telekomunikacyjnych. Ta okoliczność również daje podstawy do uznania, że wydanie przez Prezesa UKE decyzji pozytywnej, zgodnej z wnioskiem powoda, nie przyczyni się do ochrony interesów użytkowników końcowych.

W tym stanie uznać należało, że w okolicznościach faktycznych sprawy nie istniały określone w art. 28 ust.6 Pt przesłanki materialnoprawne, uzasadniające wydanie decyzji o ustaleniu hurtowej opłaty (...) w rozliczeniach pomiędzy (...) a (...).

Skoro więc przedmiot decyzji w sprawie z wniosku (...) nie dotyczył postanowień o charakterze obligatoryjnym a jedynie fakultatywnym, a wydanie decyzji pozytywnej nie było uzasadnione potrzebą zapewnienia ochrony interesów użytkowników końcowych, skutecznej konkurencji lub interoperacyjności usług, Prezes UKE nie był zobowiązany do wydania pozytywnej decyzji o ustaleniu opłat wskazanych we wniosku (...).

Ponadto w sytuacji, gdy zebrane w postępowaniu administracyjnym informacje nie były wystarczające do ustalenia opłaty (...) w wysokości zgodnej z art. 41 ust.1 Pt w oparciu o koszty ponoszone przez (...) i (...) w związku z realizacją usługi (...) w sieci telefonii ruchomej, Prezes UKE nie miał, zdaniem Sądu, podstaw do wydania decyzji o ustaleniu opłaty (...). Na powyższą ocenę nie ma wpływu podnoszona w odwołaniu okoliczność, że przy zmianie dostawcy usług (...) ponosi koszty w związku z realizacją usługi przeniesienia numeru.

Okoliczność ponoszenia tych kosztów nie była kwestionowana przez żadną ze stron postępowania. Jednak w ocenie Sądu pojęcie kosztów przeniesienia numeru nie może być rozumiane w sposób szeroki, obejmujący wszystkie koszty operatora, dotyczące prowadzonej przez niego działalności, które niejako przy okazji obejmują również przeniesienie do sieci operatora biorecy numeru przydzielonego abonentowi w sieci dawcy. Brak jest podstaw do uwzględniania w kalkulacji wysokości opłaty za przeniesienie numeru kosztów stałych i szeroko rozumianych kosztów inwestycyjnych prowadzonej działalności. Przyjęcie takiej metody rozumienia kosztów przeniesienia numeru byłoby niezgodne z powołanym przez Prezesa UKE poglądem przedstawionym w komentarzu do art. 41 Prawa telekomunikacyjnego (M. R., K. K., Prawo telekomunikacyjne . Komentarz, LEX, 2010.). Należy przyjąć, że opłaty, o których mowa w art. 41 ust.1 Pt powinny opierać się na kosztach jakie faktycznie ponosi przedsiębiorca w związku z przeniesieniem numeru.

Powyższa ocena znajduje potwierdzenie w treści wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 lipca 2006 r. w sprawie C-438/04.

Nie zasługują na uwzględnienie zarzuty powoda dotyczące możliwości zastosowania przy ustalaniu warunków rozliczeń pomiędzy (...) a (...) w zakresie opłaty (...) metody benchmarku. Informacje o wysokości opłat (...) ustalonych na innych konkurencyjnych rynkach, dotyczyły opłat ustalonych przez krajowe organy regulacyjne i obowiązujących w rozliczeniach wszystkich podmiotów działających na danym rynku krajowym. Wysokość tych opłat została ustalona w oparciu o koszty ponoszone przez operatorów w konkretnych, specyficznych dla tych rynków warunkach, odmiennych od specyficznych warunków polskiego rynku krajowego.

Zdaniem Sądu informacje dotyczące pozostałych rynków wspólnotowych mogą być przydatne przy podejmowaniu decyzji o wyborze metody ustalenia przez organ regulacyjny wysokości uniwersalnej opłaty (...) obowiązującej wszystkich uczestników rynku krajowego. Jednak w przypadku rozpatrywania wniosku o ustalenie warunków rozliczeń dotyczących realizacji przeniesienia numeru pomiędzy konkretnymi przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi na rynku krajowym, o co wnosił powód, zastosowanie metody benchmarku europejskiego nie jest możliwe. Należy pamiętać, że ustalenie opłaty (...) musi być w każdym przypadku oparte na kosztach. Dane dotyczące kosztów ponoszonych przez (...), ustalonych z zastosowaniem określonej przez ten podmiot metody, mogą nie mieć odzwierciedlenia w kosztach przyjętych za podstawę ustalenia opłaty na krajowym rynku konkurencyjnym, a tym bardziej na rynku konkurencyjnym innego kraju. Koszty te mogą być nieporównywalne, szczególnie jeżeli metody przyjęte do ich ustalenia nie były identyczne.

Brak też podstaw do zastosowania przy ustalaniu wysokości opłaty (...) z tytułu przeniesienia numeru w sieci ruchomej metody benchmarku krajowego z wykorzystaniem danych dotyczących telefonii stacjonarnej. Należy zauważyć, iż procesy związane z przeniesieniem numeru w sieci stacjonarnej i mobilnej nie są tożsame. Nie było więc możliwości odpowiedniego zastosowania w rozliczeniach operatorów sieci ruchomej danych dotyczących stawki rozliczeniowej wynikającej z Oferty (...) dla (...) SA.

Z tych względów zarzuty powoda związane z niezastosowaniem przy wydawaniu zaskarżonej decyzji metody benchmarku w celu ustalenia hurtowych rozliczeń pomiędzy dwoma operatorami w ocenie Sądu nie były trafne.

Odnosnie zarzutu dyskryminującego traktowania (...) poprzez odmowę ustalenia opłaty hurtowej (...) w sytuacji ustalenia tych opłat dla innych podmiotów z tytułu przeniesienia numeru wskazać wypada, że opłaty te zostały ustalone w związku z realizacją usługi w sieci telefonii stacjonarnej, w której możliwe było ustalenie czynności bezpośrednio powiązanych z wykonaniem usługi i kalkulacją kosztów usługi.

Zdaniem Sądu wspieranie równoprawnej konkurencji nie polega na ustaleniu opłaty hurtowej dla rozliczeń pomiędzy dwoma operatorami. Konieczne jest ustalenie jednolitej opłaty (...) obowiązującej w rozliczeniach pomiędzy wszystkimi operatorami z tytułu realizacji usługi przeniesienia numeru. W tym celu wskazane jest wypracowanie przez operatorów katalogu czynności bezpośrednio związanych z realizacją usługi. Dopiero stworzenie jednolitej płaszczyzny umożliwi wycenę tych działań i ustalenie opłaty w wysokości opartej na faktycznie ponoszonych kosztach, zgodnie z art. 30 ust. 2 Dyrektywy o usłudze powszechnej i art. 41 ust.1 Pt.

Odnosnie wniosków powoda o ewentualną zmianę zaskarżonej decyzji przez wydanie wyroku kształtującego poprzez ustalenie opłaty (...) w wysokości 29,39 zł lub 6,44 euro wskazać należało, iż powód nie przedstawił w odwołaniu uzasadnienia tego żądania oraz kalkulacji związanej z proponowanymi stawkami.

Sąd oddalił wnioski powoda o dopuszczenie dowodów wskazanych w odwołaniu, ponieważ dotyczyły one dokumentów, których treść dotyczyła opłat za przeniesienie numeru w okresie przed nowelizacją art. 71 ust.3 Pt, oraz ustalenia opłat (...) a sieciach stacjonarnych i nie miała wpływu na ocenę zaskarżonej decyzji i treść wyroku w sprawie.

Mając na uwadze przedstawione okoliczności Sąd Okręgowy, wobec braku podstaw do jego uwzględnienia oddalił odwołanie jako bezzasadne – art. 479⁶⁴ § 1 kpc.

O kosztach zastępstwa procesowego orzeczono na zasadzie art. 98 kpc stosownie do wyniku sporu.

SSO Witold Rękosiewicz.