

Sygn. akt VI ACa 117/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 czerwca 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Aldona Wapińska

Sędzia SA – Marek Kolasiński (spr.)

Sędzia SO del. – Urszula Dąbrowska

Protokolant: – sekretarz sądowy Paulina Czajka

po rozpoznaniu w dniu 30 czerwca 2017 r. w Warszawie

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

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

z udziałem zainteresowanych: (...) w W. oraz (...) spółki z o.o. z siedzibą w W.

o określenie warunków współpracy

na skutek apelacji powoda

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

z dnia 6 października 2015 r.

sygn. akt XVII AmT 31/15

I. zmienia zaskarżony wyrok w całości w ten sposób, że:

- 1. uchyla decyzję Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej nr (...) z dnia 15 grudnia 2011 r.;**
- 2. zasądza od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej i (...) spółki z o.o. z siedzibą w W. na rzecz (...) S.A. z siedzibą w W. kwoty po 373,50 zł (trzysta siedemdziesiąt trzy złote pięćdziesiąt groszy) tytułem kosztów procesu;**

II. zasądza od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej i (...) spółki z o.o. z siedzibą w W. na rzecz (...) S.A. z siedzibą w W. kwoty po 185 zł (sto osiemdziesiąt pięć złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI ACa 117/16

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 15 grudnia 2011 r. nr (...), po rozpatrzeniu wniosku (...) SA z siedzibą w W. (obecnie (...) SA. - dalej (...), powód) z dnia 1 grudnia 2009 r., Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Prezes UKE, pozwany) 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, z późn. zm. dalej Pt) oraz art. 104 §1 k.p.a., odmówił określenia warunków współpracy pomiędzy (...) a (...) sp. z o.o. z siedzibą 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.

Odwołanie od powyższej decyzji wniosła (...) S.A. w W..

Zaskarżając decyzję w całości, powódka zarzuciła jej naruszenie:

- 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);

- 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 (...);

- 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 (...);

- 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;

- 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 (...);

- 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;

- art. 41 Pt poprzez zastosowanie bliżej nieokreślonej metody oceny opłaty uwzględniającej ponoszone koszty, pomimo braku jakiegokolwiek obowiązku regulacyjnego nałożonego na (...);

- 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 powyższych zarzutów powódka wniosła o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości, ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia przez Sąd wniosku o uchylenie, wniosła o:

- 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.

Powódka wniosła o zasądzenie od Prezesa UKE kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wniosł o oddalenie odwołania (...) w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego.

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

Z kolei drugi zainteresowany - (...) nie zajęła w sprawie stanowiska.

Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrokiem z dnia 6 października 2015 r. oddalił powyższe odwołanie i zasądził od (...) S.A. z/s w W. na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej i (...) spółka z o.o. z siedzibą w W. kwoty po 2160 zł (dwa tysiące sto sześćdziesiąt) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Orzeczenie to zapadło po ustaleniu przez Sąd Okręgowy na podstawie dokumentów załączonych przez strony do pism procesowych oraz znajdujących się w aktach administracyjnych, następującego stanu faktycznego:

Sąd Okręgowy wskazał na wprowadzona ustawą z dnia 24 kwietnia 2009 roku o zmianie ustawy Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 85, poz.716) nowelizację art.71ust.3 Pt polegającą na zmianie procesu przenośności numerów poprzez zniesienie zasady pobierania od abonenta opłaty detalicznej za przeniesienie przydzielonego numeru. Zauważył, iż w maju 2009 r. operatorzy telefonii mobilnej, m. in. (...) i (...), rozpoczęli negocjacje w kwestii ustalenia opłat hurtowych za przeniesienie numeru. (...), 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 (...).

(...) wskazała na brak podstaw prawnych uzasadniających przyjęcie proponowanego przez (...) obowiązku uiszczania przez operatora biorcę na rzecz operatora dawcy jakichkolwiek opłat z tytułu realizacji usługi przeniesienia numeru.

Na podstawie art. 50 § 1 k.p.a., pismem z dnia 13 stycznia 2010 r., Prezes UKE wezwał (...) do złożenia niezbędnych wyjaśnień w przedmiocie przedstawionej przez (...) we wniosku z dnia 1 grudnia 2009 r. kalkulacji kosztów. Pismem z dnia 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.

Pismem z 29 stycznia 2010 r., Prezes UKE wezwał ponownie (...) do przekazania niezbędnych wyjaśnień w przedmiocie przedstawionej przez (...) we wniosku z dnia 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, wnioskując jednocześnie o zawieszenie przedmiotowego postępowania na podstawie art. 97 § 1 pkt 4 k.p.a. do czasu dostarczenia przez nią zaktualizowanej kalkulacji opłaty hurtowej

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.

W dniu 4 maja 2010 r. do Prezesa UKE wpłynęło pismo (...) zawierające Opinię Rzecznika Generalnego Y. B., 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.

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 (...) – zarejestrowanie wniosku o przeniesienie numeru – automatyczna weryfikacja danych, wysyłanie odpowiedzi (...) – informacja dawcy o planowanym terminie zwolnienia numeru lub odpowiedzi (...) - odmowa przeniesienia numeru w danym dniu, odebranie komunikatu (...) – żądanie biorcy wydania numeru przez dawcę, wysłanie komunikatu (...)– zwolnienie przez dawcę numeru.

W odpowiedzi na powyższe, 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 (...).

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

(...) sp. z o.o. z siedzibą w W. wskazała z kolei na brak podstaw prawnych prowadzenia kalkulacji kosztów procesów usługi (...). Operator ten 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 wprowadzającej 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, wliczając w te koszty również elementy niezwiązane bezpośrednio z realizacją przeniesienia numeru, takie jak np. szkolenia pracowników, obsługa prawna.

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, w okresie od dnia 1 czerwca do dnia 1 lipca 2011 r., 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.

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.

(...) sp. z o.o. 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. Jej 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.

Swoje stanowisko konsultacyjne przedstawiła także (...), która złożyła dwie opinie członków Izby.

Sąd Okręgowy wskazał, iż (...), (...) i (...) jako operatorzy zasiedzieli byli zwolennikami wydania decyzji w proponowanym kształcie, nie wnosząc uwag.

Z kolei operatorzy alternatywni (...), (...) i (...) optowali za wydaniem decyzji odmownej, wskazując że:

- przedstawione rozstrzygnięcie nie przyczyni się do ochrony interesów konsumentów,
- brak jest 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 (...).

(...) wskazała ponadto na brak 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 ten 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. Wskazał też, że nie przyczyni się ono do ochrony interesów konsumentów, a ponadto dyskryminuje biorcę i promuje operatorów oferujących słabsze warunki detaliczne. Zdaniem tego operatora proponowane rozstrzygnięcie wpłynie negatywnie na rozwój konkurencyjnego rynku telekomunikacyjnego i może być źródłem ewentualnych nadużyć finansowych na skutek sztucznego generowania przeniesień numerów telefonów.

Zainteresowana Izba podniosła natomiast, że projektowana opłata będzie najprawdopodobniej odyskiwana 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, informując jednocześnie 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) Progress Report on the Single European Electronic Communications Market – 2009,

- orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w trybie prejudycjalnym z dnia 13 lipca 2006 r. w sprawie C-438/04, w postępowaniu (...) SA przeciwko (...).

(...) sp. z o.o. zwróciła się pismem z dnia 29 sierpnia 2011 roku 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. Spółka 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.

W okresie od dnia 28 września do dnia 28 października 2011 roku Prezes UKE przeprowadził, na podstawie art.15 pkt 3 Pt. postępowanie konsultacyjne dotyczące kolejnego projektu decyzji administracyjnej, odmawiającej ustalenia warunków współpracy pomiędzy (...) a (...) w zakresie wprowadzenia opłaty za przenośność numeru w sieciach mobilnych.

W ramach tego postępowania konsultacyjnego swoje stanowisko w dnia 21 października 2011 roku przedstawiło (...), zaś w dniu 26 października 2011 roku (...).

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

Z kolei (...) w swoim 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, art. 12 i art. 104 k.p.a.

Prezes UKE pismem z dnia 15 listopada 2011 roku 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 poinformował je o włączeniu, na wniosek (...), do materiału dowodowego kopii trzech decyzji z dnia 27 kwietnia 2007 r. ustalających dla (...), (...) i (...) wysokość stawki (...) na podstawie zastosowania metody benchmarku w sytuacji, gdy operatorzy przedstawili różne koszty usług tego samego typu.

W dniu 15 grudnia 2011 roku Prezes UKE wydał decyzję (...), którą odmówił określenia warunków współpracy pomiędzy (...) 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 operator i ustalił, że treść Załącznika nr 1 do wydanej decyzji, stanowiącego integralną jej część, zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa oraz 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 dniu 27 maja 2013 r. zmieniła swoją nazwę na (...) S.A.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego, Sąd Okręgowy uznał, iż odwołanie (...) S.A. nie zasługuje na uwzględnienie i podlega oddaleniu.

Sąd pierwszej instancji przywołał uzasadnienie wydanego w niniejszej sprawie orzeczenia Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 27 maja 2015 r., w którym Sąd ten 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. Zauważył, iż wskazano w nim także, że 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. Te ustalenia, zdaniem Sądu Okręgowego, stanowiły podstawę stwierdzenia przez Sąd Apelacyjny, że wynikający z art. 28 ust.1 Pt w związku z art. 30 ust. 1 Pt obowiązek organu regulacyjnego 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.

Sąd Okręgowy podniósł, iż zgodnie z art. 28 ust. 8 Pt decyzja o dostępie telekomunikacyjnym powinna obejmować wszystkie ustalenia niezbędne do zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego. Wskazał, iż 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.

Stwierdził przy tym, iż wskazane w art. 31 ust.3 pkt 5 lit. b Pt postanowienia dotyczące przenoszenia numerów zakwalifikowane zostały jako fakultatywne postanowienia umowy o dostępie telekomunikacyjnym.

Zdaniem Sadu Okręgowego ustalenie wysokości hurtowych opłat za przeniesienie numeru, które zgodnie z wnioskiem powoda było przedmiotem zaskarżonej decyzji, należy niewątpliwie do grupy postanowień dotyczących przenoszenia numerów. Wobec tego, że były to postanowienia o charakterze fakultatywnym, Prezes UKE - co do zasady- był, w ocenie Sądu pierwszej instancji, uprawniony do odmowy ustalenia hurtowych stawek za przeniesienie numeru w rozliczeniach między (...) a (...).

Sąd I instancji podkreślił, iż 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, uwzględnić należy wymienione w art. 28 ust.6 Pt przesłanki materialnoprawne, uzasadniające wydanie decyzji o dostępie telekomunikacyjnym. Podniósł, iż 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. Zauważył jednocześnie, że 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 kosztów poszczególni operatorzy uwzględniają niejednolite informacje dotyczące czynności zaliczanych do procesu realizacji usługi (...) i podają różne koszty realizacji usługi.

Odwołując się do treści a art. 74 ust.1 Pt, Sąd I instancji, wskazał, iż 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, zaś zgodnie z 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, zdaniem Sądu Okręgowego, 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 przy tym 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.

Sąd Okręgowy wskazał, iż zniesienie możliwości pobierania opłat za przeniesienie przydzielonego numeru mobilizuje operatorów do konkurowania 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 on bowiem jednolite warunki działania konkurujących przedsiębiorców, co może mieć, zdaniem Sądu Okręgowego, korzystny wpływ na sytuację użytkowników końcowych.

Sąd zauważył, iż 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 (...).

Sąd uznał, iż 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 Okręgowego, 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, jego zdaniem, 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 Sąd Okręgowy uznał, 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 (...).

Sąd I instancji stwierdził, że skoro 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, to 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 pierwszej instancji, podstaw do wydania decyzji o ustaleniu opłaty (...).

Sąd I instancji uznał, iż na powyższą ocenę nie ma wpływu podnoszona w odwołaniu okoliczność, że przy zmianie dostawcy usług (...) ponosi koszty w związku z realizacją usługi przeniesienia numeru. Wskazał, iż okoliczność ponoszenia tych kosztów nie była kwestionowana przez żadną ze stron postępowania.

Jednak w ocenie Sądu Okręgowego, 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 biorcy numeru przydzielonego abonentowi w sieci dawcy. Sąd stwierdził, iż brak jest podstaw do uwzględniania w kalkulacji wysokości opłaty za przeniesienie numeru kosztów stałych i szeroko rozumianych kosztów inwestycyjnych prowadzonej działalności.

Sąd przyjął, 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, wskazując, iż ocena ta znajduje potwierdzenie także w wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 lipca 2006 r. w sprawie C-438/04.

Sąd pierwszej instancji nie uwzględnił zarzutów powoda dotyczących możliwości zastosowania przy ustalaniu warunków rozliczeń pomiędzy (...) a (...), w zakresie opłaty (...), metody benchmarku. Wskazał, iż 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 pierwszej instancji, informacje dotyczące pozostałych rynków unijnych mogą być przydatne przy podejmowaniu decyzji o wyborze metody ustalenia przez organ regulacyjny wysokości uniwersalnej opłaty (...) obowiązującej wszystkich uczestników rynku krajowego. Podkreślił przy tym, iż 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 jednak możliwe.

Sąd I instancji wskazał, 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. Uznał, iż koszty te mogą być nieporównywalne, szczególnie jeżeli metody przyjęte do ich ustalenia nie były identyczne.

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

Za nietrafne Sąd Okręgowy uznał zarzuty powoda związane z niezastosowaniem przy wydawaniu zaskarżonej decyzji metody benchmarku w celu ustalenia hurtowych rozliczeń pomiędzy dwoma operatorami.

Odnosząc się do zarzutu dyskryminującego traktowania (...) poprzez odmowę ustalenia opłaty hurtowej (...) w sytuacji ustalenia tych opłat dla innych podmiotów z tytułu przeniesienia numeru, Sąd wskazał, iż opłaty te zostały ustalone w związku z realizacją usługi w sieci telefonii stacjonarnej, w której ustalenie czynności bezpośrednio powiązanych z wykonaniem usługi i kalkulacja kosztów usługi było możliwe.

Sąd pierwszej instancji wskazał jednocześnie, iż 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. W jego ocenie 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.

Odnosząc się do wniosków powoda o ewentualną zmianę zaskarżonej decyzji przez wydanie wyroku kształtującego poprzez ustalenie opłaty (...) w wysokości 29,39 zł lub 6,44 euro, Sąd Okręgowy podniósł natomiast, iż powód nie przedstawił w odwołaniu ani uzasadnienia tego żądania, ani kalkulacji związanej z proponowanymi stawkami.

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

Uznając w świetle powyższego brak podstaw do uwzględnienia odwołania (art.479⁶⁴ §1 k.p.c.), Sąd Okręgowy odwołanie powodowej spółki jako bezzasadne oddalił, orzekając jednocześnie o kosztach postępowania stosownie do wyniku sporu (art. 98 k.p.c.).

Apelację od powyższego wyroku wywiodła powodowa spółka.

Zaskarżając wyrok w całości, skarżąca zarzuciła mu naruszenie art. 28 ust. 6 Pt., art. 28 ust. 4 Pt. w zw. z art. 31 ust. 2 pkt. 3 lit a) Pt poprzez ich błędną wykładnię i przyjęcie, że kwestia uregulowania wysokości rozliczeń za prowadzoną współpracę między podmiotami prowadzącymi działalność gospodarczą nie stanowi obligatoryjnego elementu umowy o dostępie telekomunikacyjnym.

Podnosząc powyższe zarzuty skarżąca wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku zgodnie z żądaniem powódki i rozstrzygnięcie o kosztach postępowania za wszystkie instancje.

Zgłaszając żądanie ewentualne, wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy w tym zakresie Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania oraz pozostawienie Sądowi I instancji rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja zasługuje na uwzględnienie, choć z przyczyn częściowo odmiennych niż wskazane w jej uzasadnieniu.

SOKiK prawidłowo ustalił stan faktyczny, a jego ustalenia Sąd Apelacyjny przyjął za własne.

W niniejszej sprawie Prezes Urzędu odmówił określenia warunków współpracy pomiędzy (...) a (...) w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usługi do sieci innego operatora. W decyzji stwierdzono, że „wprowadzenie opłaty za (...) lub też odmowa ustanowienia takiej opłaty są niezależne od realizacji obowiązku, o którym mowa w art. 71 ust. 1 Pt i tym samym nie wpłynę na sam fakt wykonywania przedmiotowego obowiązku przez strony” (k. 13). Prezes UKE podkreślił, „iż nie uznał za zasadne argumenty (...) o braku podstaw prawnych do wprowadzenia opłaty za (...) (k. 14), ale stwierdził, iż „nie ma możliwości w chwili obecnej rozstrzygnięcia przedmiotowej kwestii spornej” (s. 18). Prezes Urzędu wyraził pogląd, że „działając na podstawie art. 104 kpa, wydał niniejszą decyzję, która, zgodnie z dyspozycją zawartą w tym przepisie, rozstrzyga sprawę, co do istoty w całości i kończy postępowanie” (k. 22). Uzasadniając to zapatrywanie wskazano, że „wydanie decyzji odmownej w zakresie ustalenia hurtowej opłaty za przenośność numerów, a tym samym nieuwzględnienie wniosku (...), nie oznacza braku rozstrzygnięcia w sprawie. Jest to bowiem decyzja co do istoty sprawy, jednak nie rozstrzygająca pozytywnie w myśl wniosku (...), lecz negatywna tj. odmawiająca określenia opłat za (...) (k. 22).

SOKiK uchylił przedmiotową decyzję, wskazując, iż „wydanie decyzji o dostępie, a więc określenie warunków współpracy w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora pomiędzy (...) i (...) było ustawowym obowiązkiem pozwanego”(k. 231). SOKiK podniósł, że w niniejszej sprawie „bezsposornie istniała podstawa prawna dla wydania przez Prezesa UKE merytorycznego rozstrzygnięcia. Odmowa jego wydania nastąpiła nie z powodu przeszkód natury prawnej, lecz z powodu rzekomej niemożności ustalenia przez organ zasad rozliczeń stron w związku z usługą (...)” (k. 231).

Sąd Apelacyjny, wyrokiem z dnia 25 maja 2015 r. uchylił przedmiotowy wyrok w całości i przekazał sprawę SOKiK do ponownego rozpoznania. W uzasadnieniu stwierdzono, że z faktu, iż Prezes UKE jest „uprawniony do rozstrzygania spraw spornych w zakresie zmiany umowy (decyzji) o dostępie telekomunikacyjnym” nie wynika, że „w każdym przypadku takiego sporu organ regulacyjny jest zobowiązany do wydania decyzji pozytywnie rozstrzygającej spór”. Sąd Apelacyjny uznał, iż „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” (k. 356). Sąd ten stanął również na stanowisku, że „skoro brak jest podstaw do twierdzenia, że określone 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 wysokości tych opłat” (k. 357). Sąd Apelacyjny stwierdził, że sąd pierwszej instancji wadliwie uznał, 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” (k. 358). W uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego znajduje się stwierdzenie, iż „przy ponownym rozpatrywaniu sprawy, Sąd I instancji powinien ocenić, czy w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy istnieją materialnoprawne przesłanki uzasadniające wydanie decyzji o zmianie umowy o dostępie telekomunikacyjnym (...) Dopiero dokonanie takiej 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” (k. 358).

Po ponownym rozpoznaniu sprawy SOKiK, wyrokiem z dnia 15 października 2015 r., oddalił odwołanie, stwierdzając, iż „skoro więc przedmiot decyzji w sprawie 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 (...) (k. 413). SOKiK uznał również, iż „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” (k. 413).

Sednem sporu stanowiącego przedmiot niniejszej sprawy jest zagadnienie dopuszczalności wydawania przez Prezesa Urzędu decyzji negatywnych. Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 18 sierpnia 2015 r., III SZ 6/15 stanął na stanowisku, że <<Prezes Urzędu może wydać decyzję odmawiającą zmiany umowy o dostępie telekomunikacyjnym z uwagi na brak wynikających z art. 28 Prawa telekomunikacyjnego materialnoprawnych podstaw do ingerencji regulatora w łączący strony stosunek umowny. Organ może również wydać decyzję odmowną, gdy sprawa poddana pod jego rozstrzygnięcie nie jest sprawą sporną w rozumieniu art. 27 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego. Jednakże, jak przyjęto w postanowieniu Sądu Najwyższego z 11 sierpnia 2015 r., III SZ 3/15, jeżeli między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi toczy się spór dotyczący kwestii objętej zakresem pojęcia „dostęp telekomunikacyjny”, spór ten zostanie poddany pod rozstrzygnięcie organu na podstawie art. 27 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego, a jego rozwiązanie przez organ wymaga zmiany dotychczasowej umowy o dostępie telekomunikacyjnym, bądź wydania decyzji zastępującej odrębną umowę w tym zakresie, Prezes Urzędu nie może wydać decyzji negatywnej odmawiającej określenia warunków współpracy między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi z powodu trudności, jakie organ regulacji komunikacji elektronicznej napotkał przy gromadzeniu materiału dowodowego. Sąd Najwyższy miał na względzie, że odmawiając wydania decyzji w niniejszej sprawie Prezes Urzędu nie wydał decyzji negatywnej w rozumieniu przyjętym w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, lecz uchylił się od rozstrzygnięcia sporu między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi.>>

Sąd Apelacyjny w niniejszym składzie podziela zapatrywanie wyrażone w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie w wyroku z dnia 26 listopada 2015 r., sygn. akt VI ACa 1610/15, iż „określenie warunków rozliczeń (...) w związku

z realizacją usługi (...) jest określeniem warunków dostępu telekomunikacyjnego”. W decyzji wskazano, że „Prezes UKE uznał, że (...) składając wniosek o wydanie decyzji zastępującej umowę, wypełniła procedurę wynikającą z przepisu art. 27 ust. 2 Pt.(...), co daje Prezesowi UKE kompetencje do wydania rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie” (k. 16, 17). Z powołanych wcześniej fragmentów uzasadnienia decyzji wynika też, że zasadniczą przyczyną wpływającą na jej treść były okoliczności scharakteryzowane przez Sąd Najwyższy, jako „trudności, jakie organ regulacji komunikacji elektronicznej napotkał przy gromadzeniu materiału dowodowego”. Idąc torem rozumowania wytyczonym powołanymi orzeczeniami Sądu Najwyższego dojść należy do wniosku, że również w niniejszym przypadku Prezes Urzędu „uchylił się od rozstrzygnięcia sporu między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi”, a zaskarżona decyzja została wydana bez podstawy prawnej i narusza art. 28 pkt 1 Pt.

Rozważania wymagała kwestia zakresu związania sądów wynikającego z art. 386 § 6 k.p.c. Zgodnie z tym przepisem, ocena prawna i wskazania co do dalszego postępowania wyrażone w uzasadnieniu wyroku sądu drugiej instancji wiążą zarówno sąd, któremu sprawa została przekazana, jak i sąd drugiej instancji, przy ponownym rozpoznaniu sprawy. Nie dotyczy to jednak wypadku, gdy nastąpiła zmiana stanu prawnego.

Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 8 listopada 2016 r., sygn. akt P 126/15 zwrócił uwagę, że „dopuszczalne jest ograniczenie sędziowskiej niezawisłości polegające na tym, że orzeczenie sądu odwoławczego ogranicza swobodę sędziego, który rozpoznaje sprawę po jej przekazaniu do pierwszej instancji, w ocenie dowodów i wykładni prawa. Ograniczenie takie ma jednak pewne konstytucyjne ramy (...) Ustawodawca, kształtując model postępowania odwoławczego, może przyjąć różne rozwiązania. Powinien jednak dążyć do zachowania równowagi między sędziowską niezawisłością, sprawnością postępowania i jednolitością orzecznictwa.”

Charakteryzując linię orzecniczą Sądu Najwyższego Trybunał Konstytucyjny uznał, iż zgodnie z nią „podkreśla się, że wyrażona w art. 386 § 6 k.p.c. zasada związania oceną prawną sądu drugiej instancji oraz wskazaniem co do dalszego postępowania jest jedną z naczelných ustrojowych zasad procesu cywilnego. Zasada ta zapobiega powtarzaniu popełnionych błędów oraz gwarantuje pewność i trwałość raz zajętego w sprawie stanowiska sądu wyższej instancji (...). Sąd Najwyższy podkreśla, że ograniczenia wynikające z orzeczenia sądu drugiej instancji mają na celu jedynie zapobieżenie powtórzeniu się okoliczności powodujących wadliwość uchylonego orzeczenia (zob. wyrok SN z 20 lutego 2002 r., sygn. akt V CKN 757/00, Lex nr 56021).” TK wyraził pogląd, że „Konstytucyjną gwarancją prawa do sądu narusza między innymi ograniczenie uprawnień procesowych zbędne z punktu widzenia zamierzonych przez ustawodawcę celów regulacji”

TK zwrócił też uwagę, iż „w postanowieniu z 16 marca 2011 r. o sygn. P 36/09 (...) podkreślił, że art. 386 § 6 k.p.c. należy traktować jako zasygnalizowanie sądowi pierwszej instancji uchybień i nieprawidłowości w ustaleniach, by ponownie wydanemu orzeczeniu nie można było postawić tych samych i jednocześnie słusznych zarzutów wskazanych w apelacji.”

Sytuacja zaistniała w niniejszej sprawie jest specyficzna na kilku płaszczyznach. W pierwszym rzędzie zwrócić należy uwagę na fakt, iż powołane postanowienia, które wytyczyły linię orzecniczą Sądu Najwyższego zapadły później i idą w odmiennym kierunku niż wyrok Sądu Apelacyjnego z 24 czerwca 2015 r. Na podkreślenie zasługuje to, że istota sporów, na gruncie których zapadły wskazane orzeczenia jest bardzo podobna, a w orzecznictwie Sądu Najwyższego nie wystąpiły żadne elementy wskazujące na to, że może on zmienić swoje stanowisko w relewantnym zakresie.

Żadne względy funkcjonalne wskazane przez Trybunał Konstytucyjny nie uzasadniają przyjęcia, iż na obecnym etapie postępowania Sąd Apelacyjny jest na podstawie art. 386 § 6 k.p.c. związany w ten sposób, że nie może wydać orzeczenia odpowiadającego linii orzecniczej Sądu Najwyższego, która wykształciła się już po wydaniu wyroku Sądu Apelacyjnego z 24 czerwca 2015 r. Przyjęcie odmiennego stanowiska nie tylko nie skutkowałoby zapobieżeniem powtarzaniu popełnionych błędów, lecz doprowadziłoby do ich powielenia oraz do ograniczenia pewności i trwałości orzecznictwa. Przyjęcie wariantu wykładni prowadzącego do takich rezultatów szłoby wbrew wykładni funkcjonalnej oraz godziłoby w regułę interpretacyjną nakazującą przyjęcie takiego rozumienia przepisu, które zapewnia jego

zgodność z Konstytucją. W braku funkcjonalnego uzasadnienia, norma przewidująca związanie sądu na podstawie art. 386 § 6 k.p.c. naruszałoby bowiem standardy konstytucyjne.

Należy również podkreślić, że w niniejszej sprawie, w wyniku naruszenia przez organ administracyjny prawa, podmiot indywidualny został pozbawiony możliwości uzyskania merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy, a istota uchybienia, którego dopuścił się Prezes Urzędu polega na uchyleniu się od „rozstrzygnięcia sporu między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi.” Przyjęcie zawężającej wykładni art. 386 § 6 k.p.c. nie stwarza zatem jakiegokolwiek zagrożenia dla ochrony praw podmiotów indywidualnych.

Stanowisko, iż w niniejszej sprawie rozwiązaniem właściwym jest wydanie orzeczenia o treści odpowiadającej stanowisku Sądu Najwyższego znajduje oparcie również w orzecznictwie SN. Tak w szczególności, w wyroku z dnia 11 stycznia 2001 r. I PKN 183/00 potwierdził on, iż „naruszenie art. 386 § 6 KPC wskutek nieuwzględnienia ocen wiążących przy ponownym rozpoznawaniu sprawy nie przekreśla możliwości uznania przez Sąd Najwyższy wyroku za odpowiadający prawu (art. 39312 KPC).” SN wskazał, iż w wyroku z dnia 6 kwietnia 1998 r., I CK 595/97 przyjął, „że choć doszło do naruszenia art. 386 § 6 KPC, to jednak nie mogło mieć ono wpływu na wynik sprawy (art. 3931 pkt 2 KPC), uznanie bowiem powództwa przez Sąd drugiej instancji, w następstwie przyjęcia, że ocena prawna jest dla niego wiążąca, doprowadziłoby do tego, że strona zaskarżyłaby kasacją taki wyrok, Sąd Najwyższy zaś jako nie związany oceną prawną zawartą w uzasadnieniu orzeczenia sądu drugiej instancji, wydałby orzeczenie reformatoryjne, odpowiadające swą treścią zaskarżonemu wyrokowi.”

Podobnie, jak w sprawie rozstrzygniętej powołanym wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 26 listopada 2015 r., tak i w niniejszej sprawie „rozstrzygnięcie sporu między przedsiębiorcami wymaga przeprowadzenia całego postępowania przed Prezesem Urzędu z wykorzystaniem specjalistycznej, fachowej wiedzy, którą dysponuje organ regulacyjny, konieczne jest ustalanie okoliczności dotyczących przesłanek wprowadzenia opłat i ustalania ich wysokości, a zatem wymagane jest przeprowadzenie całościowych ustaleń w sprawie”, co pociąga za sobą konieczność uchylenia przedmiotowej decyzji. Podkreślić należy przy tym, iż Prezes Urzędu nie może ponownie uchylić się od „rozstrzygnięcia sporu między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi.”

Fakt, iż Prezes Urzędu uchylił się od rozstrzygnięcia sporu między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi” przesądza o tym, że zaskarżona decyzja została wydana bez podstawy prawnej i narusza art. 28 pkt 1 Pt, co w świetle przedstawionych uwag dotyczących wykładni art. 386 § 6 k.p.c., przesądza o konieczności jej uchylenia. W tej sytuacji odnoszenie się do pozostałych zarzutów podniesionych w apelacji jest zbędne, z uwagi na to, że nawet ich ewentualne uwzględnienie nie mogłoby wpłynąć na treść niniejszego wyroku.

Ze wskazanych wyżej względów, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. w zw. z art. 479⁶⁴ § 2 k.p.c. orzekł jak w sentencji. Orzeczenie o kosztach oparto na podstawie art 98 § 1 i 3 k.p.c., art. 105 k.p.c. i art. 108 k.p.c. oraz § 14 ust. 3 pkt 3 i § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu.