

Sygn. akt VI A Ca 824/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 marca 2015r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA Irena Piotrowska

Sędziowie: SA Ewa Zalewska

SO (del.) Bogdan Gierzyński (spr.)

Protokolant: sekr. sądowy Agnieszka Pawłowska

po rozpoznaniu w dniu 27 marca 2015 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) sp. z o.o. w W. (poprzednio (...) S.A. w W.)

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

przy udziale zainteresowanego (...) Sp. z o.o. w W. (poprzednio (...) S.A. w W.)

o wydanie decyzji ustalającej warunki rozliczeń

na skutek apelacji powoda

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

z dnia 27 marca 2014 r.

sygn. akt XVII AmT 20/12

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

1. uchyla zaskarżoną Decyzję;

2. zasądza od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz (...) sp. z o.o. w W. kwotę 460 zł (czterysta sześćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania;

II. zasądza od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz (...) sp. z o.o. w W. kwotę 370 zł (trzysta siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. Akt VI ACa 824/14

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Prezes UKE, pozwany) po rozpatrzeniu wniosku (...) SA z/s w W. ((...), powód) z dnia 10 czerwca 2011 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 (...) SA 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 treść załącznika nr 1 do wydanej decyzji, stanowiącego jej integralną część i ustalił, że decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu na podstawie art. 206 ust. 2aa w związku z art. 206 ust. 2 pkt 5 Pt.

W złożonym odwołaniu (...) zaskarżył decyzję Prezesa UKE w całości. Zaskarżonej decyzji powód zarzucił naruszenie:

1. art. 104 kodeksu postępowania administracyjnego w zw. z art. 28 ust. 1 Pt poprzez wydanie decyzji administracyjnej, której istotą jest odmowa rozstrzygnięcia sprawy, pomimo istnienia kompetencji Prezesa UKE oraz podstawy prawnej do merytorycznego rozstrzygnięcia wniosku powoda oraz spełnienia przesłanek wydania decyzji ustalającej warunki dostępu telekomunikacyjnego,

2. art. 28 ust. 1 pkt 1 i 5 lit. b) Pt w zw. z art. 41 Pt poprzez błędne przyjęcie, że Prezes UKE nie ma możliwości ustalenia warunków rozliczeń (...) i (...) w zakresie opłat hurtowych za przeniesienie numeru telefonicznego przy zmianie operatora z uwagi na potrzebę zapewnienia niedyskryminujących warunków dostępu telekomunikacyjnego,

3. art. 28 ust. 1 Pt w zw. z art. 41 Pt poprzez odmowę ustalenia warunków rozliczeń (...) i (...) pomimo wystąpienia prawnych przesłanek uzasadniających ustalenie tych warunków oraz mimo dostępności alternatywnej metody weryfikacji (ustalania) wysokości opłat (benchmarking),

4. art. 41 Pt w zw. z art. 30 Dyrektywy nr 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności praw użytkowników (Dyrektywa o usłudze powszechnej lub DPU) oraz art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej poprzez przyjęcie przez Prezesa UKE błędnych wniosków odnośnie wykładni art. 30 Dyrektywy oraz art. 41 Pt w zakresie rodzaju kosztów ponoszonych przez operatora, które mogą być uwzględnione przez krajowy organ regulacyjny w ramach weryfikacji wysokości opłat hurtowych z tytułu przenoszenia numerów.

5. art. 104 kpa w zw. z art. 7 i 77 § 1, 2 i 4 kpa poprzez uchylenie się przez organ od merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy w oparciu o rzekome braki w zakresie materiału dowodowego i bezpodstawne obciążenie nimi stron postępowania.

W związku z przedstawionymi zarzutami (...) wniósł o: I. uchylenie zaskarżonej decyzji w całości, a w przypadku stwierdzenia braku podstaw do uchylenia,

II. zmianę decyzji poprzez ustalenie warunków współpracy pomiędzy (...) i (...) w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora w sposób przedstawiony w odwołaniu.

W szczególności powód domagał się zmiany zaskarżonej decyzji poprzez ustalenie opłaty za przeniesienie numeru, którą w przypadku zmiany przez abonenta operatora lub dostawcy usług, miałby obowiązek zapłacić przedsiębiorca przyjmujący (Biorca) na rzecz przedsiębiorcy tracącego abonenta (Dawcy) w wysokości 100 zł netto a w przypadku uznania przez Sąd, że opłata w wysokości 100 zł nie znajduje uzasadnienia, ustalenia tej opłaty w wysokości 25,39 zł lub w wysokości w wysokości ustalonej przez Sąd na podstawie materiału zgromadzonego w sprawie z uwzględnieniem opłat stosowanych na porównywalnych rynkach konkurencyjnych w innych krajach Unii Europejskiej (tj. uwzględniając metodę benchmarku).

Prezes UKE w odpowiedzi wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Zainteresowany (...), któremu doręczono odpis odwołania, nie przedstawił stanowiska w sprawie i nie brał udziału w postępowaniu odwoławczym.

Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów po rozpoznaniu w dniu 27 marca 2014 r. w Warszawie na rozprawie sprawy z odwołania (...) sp. z o.o. z/s w W. dawniej (...) S.A. przeciwko Prezesowi Urzędu

Komunikacji Elektronicznej z udziałem zainteresowanego (...) S.A. z/s w W. o wydanie decyzji ustalającej warunki rozliczeń na skutek odwołania powoda od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 15 grudnia 2011 r. znak (...):

1. Oddalił odwołanie.

2. Zasądził od (...) sp. z o.o. z/s w W. na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 720 zł (siedemset dwadzieścia) tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Okręgowy oparł swoje rozstrzygnięcie na następujących ustaleniach faktycznych i rozważaniach prawnych.

Prezes UKE wydał w dniu 30 października 2009 r. decyzję nr (...), zastępującą umowę o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci (...) z siecią (...). W związku z wejściem w życie od dnia 6 lipca 2009 r. przepisów ustawy z dnia 24 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 85, poz. 716), oraz ustawy z dnia 29 kwietnia 2010 r. o zmianie ustawy Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. nr 86, poz. 554 z późn. zm.), wyłączających prawo operatorów do pobierania od abonentów opłat za realizację usługi przenoszenia numerów, koszty realizacji tego uprawnienia abonentów obciążają w całości operatorów usług telekomunikacyjnych.

W związku z wprowadzaniem nowych unormowań prawnych (...) i (...) zawarły w dniu 10 lutego 2010 r. tymczasowe porozumienie w sprawie realizacji usługi przenoszenia numerów.

Aktualną na dzień wydania zaskarżonej decyzji procedurę przeniesienia numeru przy zmianie operatora określa rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 16 grudnia 2010 r. w sprawie warunków korzystania z uprawnień w publicznych sieciach telefonicznych (Dz.U. nr 249, poz. 1670).

W dniu 25 marca 2010 r. (...) wystąpił do (...) z propozycją rozpoczęcia negocjacji dotyczących ustalenia warunków hurtowych rozliczeń opłaty z tytułu realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług (usługa (...)) w związku z przejściem abonenta z sieci dotychczasowego operatora (Dawcy) do sieci nowego operatora (Biorcy).

Na skutek wniosku (...) z dnia 14 maja 2010 r. Prezes UKE w postanowieniu wydanym w dniu 11 czerwca 2010 r. określił na dzień 18 czerwca 2010 r. termin zakończenia negocjacji w przedmiocie ustalenia zasad rozliczeń z tytułu realizacji usługi (...) pomiędzy sieciami obu operatorów.

Wobec braku porozumienia stron, wnioskiem z dnia 10 czerwca 2011 r. (...) wystąpił do Prezesa UKE o ustalenie warunków hurtowych rozliczeń z tytułu realizacji usługi (...) pomiędzy powodem a zainteresowanym. Wniosek przedstawiał, sformułowane w oparciu o kilkuletnią praktykę, zestawienie wszelkich kosztów ponoszonych w ocenie powoda w związku z przeniesieniem numeru do sieci Biorcy oraz metodę obliczenia opłaty, która powinna obowiązywać we wzajemnych rozliczeniach stron. Powód wskazał, iż opłata za przeniesienie numeru, przy uwzględnieniu wymienionych przez niego kosztów, związanych z realizacją tego uprawnienia abonenta do przeniesienia numeru, powinna wynosić 100 zł netto.

Prezes UKE pismem z dnia 15 czerwca 2011 r. zawiadomił strony o wszczęciu postępowania w sprawie z wniosku (...) i wezwał (...) do przedstawienia stanowiska w sprawie wniosku (...) dotyczącego opłaty z tytułu usługi (...).

W piśmie z dnia 29 czerwca 2011 r. (...) w przedstawionym stanowisku stwierdził, że w jego ocenie nie ma podstaw prawnych do ustalania hurtowych opłat z tytułu realizacji usługi przeniesienia numeru w drodze decyzji administracyjnej. Wskazał, że wprowadzenie opłaty z tytułu realizacji tej usługi wymaga zbudowania odpowiedniego modelu kosztowego i uwzględnienia kosztów ponoszonych przez Dawcę oraz Biorcę numeru. (...) zwrócił uwagę, że wprowadzenie opłaty (...) mogłoby przyczynić się do stosowania nieuczciwych praktyk polegających na fikcyjnym przenoszeniu numerów. W konkluzji (...) wniósł o umorzenie postępowania.

W dniach od 14 września do 23 października 2011 r. Prezes UKE przeprowadził postępowanie konsultacyjne dotyczące projektu decyzji. W toku tego postępowania nie wpłynęły do Prezesa UKE żadne pisma zawierające stanowiska konsultacyjne.

W dniu 15 grudnia 2011 r. Prezes UKE wydał Decyzję zaskarżoną odwołaniem (...).

Mając na względzie stanowiska stron i zgromadzony materiał dowodowy Sąd Okręgowy zważył, iż zgodnie z art. 30 ust. 2 (...) obowiązkiem krajowych organów regulacyjnych jest, aby ustalane przez operatorów lub dostawców usług ceny związane z przenoszeniem numerów były oparte na kosztach oraz aby bezpośrednie obciążenia abonentów, jeżeli są, nie były ustalone w wysokości, która zniechęcałaby abonentów do zmiany dostawcy usług. Również przepis art. 41 ust. 1 Pt stanowi, iż opłaty związane z realizacją przenoszenia numerów między sieciami powinny uwzględniać ponoszone koszty. Ponadto przy rozstrzyganiu sporu dotyczącego dostępu telekomunikacyjnego Prezes UKE musi brać pod uwagę kryteria wymienione w art. 28 ust. 1 Pt. Wymienione przepisy określają zasady i wytyczne, którymi musiał kierować się Prezes UKE przy wydawaniu zaskarżonej decyzji. Z powyższego wynika, iż podstawą do ustalenia wysokości opłaty za przeniesienie numeru powinny być informacje o kosztach realizacji tego uprawnienia abonenta, przedstawione przez operatora lub dostawcę usług w toku prowadzonego przez Prezesa UKE postępowania, zmierzającego do ustalenia tej wzajemnej opłaty obowiązującej w rozliczeniach międzyoperatorskich.

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 numeru przydzielonego abonentowi do nowej sieci. 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. Rogalski, K. Kawalek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, LEX, 2010.). W ocenie Sądu Okręgowego 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.

Sąd Okręgowy wskazał, iż zgodnie ze stanowiskiem ETS ceny połączeń wzajemnych, związane z zapewnieniem przenoszenia numerów, o których mowa w art. 30 ust.2 (...), dotyczą kosztów ruchu wynikających z przeniesienia numeru do innej sieci i kosztów założenia, które ponieśli operatorzy sieci telefonii ruchomej w celu realizacji wniosków abonentów o przeniesienie numeru. Przez koszty ruchu należy, według ETS rozumieć dodatkowe koszty powstałe w sieci na skutek połączeń z przeniesionymi numerami w porównaniu z połączeniami z numerami nieprzeniesionymi. Natomiast koszty założenia to dodatkowy jednorazowy koszt powstający na skutek przeniesienia numeru lub większej liczby numerów telefonu komórkowego, który wykracza poza koszty związane z przeniesieniem klienta bez przenoszenia numeru do innego operatora lub dostawcy usług komórkowych lub z zakończeniem świadczenia usługi. Oznacza to, iż ustalane przez operatorów lub dostawców usług ceny przeniesienia numerów muszą być oparte na kosztach bezpośrednio związanych z realizacją tego obowiązku wobec abonenta. Ceny te nie powinny więc obejmować kosztów o charakterze ogólnym, takich jak koszty stałe, koszty eksploatacji i modernizacji sieci oraz urządzeń i systemów, wiążących się z całą działalnością przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Nie należy również brać pod uwagę tych kosztów, które wiążą się z obowiązkiem operatora ustanowionym w art. 71 ust. 1 Pt, a nie z realizacją przeniesienia konkretnego numeru. Zgodzić się należy z pozwanym, że w przypadku telefonii mobilnej koszty ruchu są równe zeru, ponieważ wszystkie połączenia w telefonii mobilnej realizowane są z udziałem bazy numerów przeniesionych operatora, w sieci którego inicjowane jest połączenie i brak jest różnicy pomiędzy kosztami połączeń do numerów przeniesionych i kosztami połączeń do numerów nieprzeniesionych. Jednocześnie w sytuacji, gdy numer został już przeniesiony do sieci innego operatora mobilnego (Biorcy), połączenie do tego przeniesionego numeru realizowane jest z pominięciem sieci operatora Dawcy, który nie ponosi żadnych kosztów związanych z ruchem w jego sieci, ponieważ taki ruch w jego sieci nie zachodzi. Wobec tego koszty ruchu występujące u obu operatorów nie powinny być brane pod uwagę przy ustalaniu opłat dotyczących przeniesienia numeru.

W przekonaniu Sądu Okręgowego za podstawę ustalenia opłaty (...), która ma być oparta na kosztach powinny więc być przyjmowane koszty założenia, czyli koszty bieżących procesów realizowanych przy przeniesieniu konkretnego numeru. W ocenie Sądu Okręgowego nie można zgodzić się z zarzutem powoda dotyczącym przyjęcia przez Prezesa UKE błędnej wykładni art. 30 Dyrektywy o usłudze powszechnej oraz art. 41 Pt. Podkreślić wypada, że nawet jeśli wyrok ETS nie miałby znaczenia prejudycjalnego i nie wiązał Prezesa UKE, to jednak (co powód sam zauważył) pozwany mógł potraktować ten wyrok jako punkt odniesienia wspierający jego stanowisko.

Na podstawie informacji przedstawionych przez operatorów (...) w trakcie postępowania dotyczącego zaskarżonej decyzji Prezes UKE wyróżnił procesy, których realizacja związana jest bezpośrednio z przeniesieniem numeru. Sumę kosztów tych procesów należy więc uznać za podstawę do ustalenia opłaty (...). Nie jest to jedyny element, który powinien być uwzględniony przy kształtowaniu tej opłaty. Jej wysokość nie powinna być dyskryminująca dla żadnej ze stron, zniechęcać abonentów do korzystania z przysługującego im uprawnienia oraz uwzględniać interesy użytkowników końcowych.

Sąd Okręgowy podkreślił, że przedstawiona przez (...) w postępowaniu administracyjnym informacja dotycząca kosztów ponoszonych w związku z przeniesieniem numeru (k. 147 akt adm.) wymienia dwie grupy: koszty bezpośrednie i koszty wspólne – związane zarówno z (...) jak i świadczeniem usług telekomunikacyjnych. W ocenie Sądu Okręgowego informacje zawarte w piśmie powoda z dnia 11 lutego 2011 r. jak i piśmie z dnia 20 października 2010 r. (k. 153 akt adm.) obejmują koszty, z których część nie dotyczy bezpośrednio operacji przeniesienia numeru i nie może być uznana za koszty założenia, o których mowa w wyroku ETS w sprawie C-438/04. Jednocześnie informacje te nie są precyzyjne i nie pozwalają na wyodrębnienie z nich danych dotyczących kosztów bezpośrednio związanych z przeniesieniem numeru. Informacje te zostały przedstawione przez (...) we wniosku skierowanym do Prezesa UKE. Wobec tego, zdaniem Sądu Okręgowego, to na przedsiębiorcy występującym o ustalenie warunków rozliczeń ciążył obowiązek przedstawienia takich informacji, które organ mógłby zweryfikować w celu określenia warunków współpracy pomiędzy powodem a zainteresowanym w zakresie rozliczeń dotyczących przeniesienia numeru przy zmianie dostawcy usług. Sąd Okręgowy wskazał przy tym, że z uwagi na zastosowaną przez powoda metodę przedstawienia kosztów Prezes UKE na podstawie informacji zawartych we wniosku powoda nie mógł także dokonać własnych ustaleń dotyczących rzeczywistych kosztów ponoszonych przez (...) w związku z przeniesieniem przyznanego numeru. Z podobnych przyczyn nie mogło być uwzględnione przez Sąd Okręgowy żądanie powoda o zmianę zaskarżonej decyzji w postępowaniu odwoławczym.

W przekonaniu Sądu Okręgowego nie zasługiwał więc na uwzględnienie zarzut powoda dotyczący naruszenia art. 28 ust.1 pkt 1 i 5 lit. b) Pt w zw. z art. 41 Pt, oraz zarzut naruszenia art. 7 i art. 77 kpa dotyczący niewyjaśnienia wszystkich okoliczności faktycznych, nieustalenia prawdy obiektywnej i bezpodstawnego obciążenia stron obowiązkiem zebrania materiału dowodowego.

W ocenie Sądu Okręgowego trafne było wyrażone w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji stanowisko Prezesa UKE, że koszty zakupu oraz eksploatacji urządzeń i systemów nie są kosztami związanymi bezpośrednio z przeniesieniem numeru. W związku z tym Prezes UKE nie miał podstaw do uwzględnienia wniosku powoda o ustalenie opłaty dotyczącej przeniesienia numeru pomiędzy (...) a (...) w wysokości proponowanej we wniosku z dnia 10 czerwca 2011 r. W przekonaniu Sądu Okręgowego pozwany prawidłowo uznał, że informacje te zostały przedstawione w sposób ogólny i mają nieprecyzyjny charakter.

Ponadto Sąd Okręgowy stwierdził, że 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 Okręgowego 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 nie jest możliwe. Sąd Okręgowy podkreślił, że każdorazowo ustalenie opłaty (...) musi być 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.

W ocenie Sądu Okręgowego brak jest też podstaw do zastosowania metody benchmarku przy ustaleniu opłaty (...) z wykorzystaniem danych dotyczących telefonii stacjonarnej. Trafnie podczas rozprawy zauważył pełnomocnik pozwanej, 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 zastosowanie metody benchmarku przy wydawaniu zaskarżonej decyzji, dotyczącej rozliczeń pomiędzy dwoma operatorami było w ocenie Sądu Okręgowego nieprzydatne i niemożliwe, a związane z tym zarzuty powoda nie były trafne.

Sąd Okręgowy wskazał, że w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji Prezes UKE przedstawił merytoryczne motywy rozstrzygnięcia, oparte na przepisach Prawa telekomunikacyjnego oraz Dyrektywy o usłudze powszechnej. Powołał się na stanowisko przyjęte w komentarzu do ustawy i wyroku ETS, który przy rozstrzyganiu wniosku (...) miał charakter prejudycjalny. Wskazał również okoliczności uzasadniające wydanie decyzji o treści innej, niż domagał się powód. W trakcie postępowania Prezes UKE zadbał o prawidłowe zgromadzenie materiału dowodowego, na podstawie którego stwierdził, że nie ma możliwości wydania decyzji kształtującej zasady rozliczeń pomiędzy (...) a (...) w kwestii, której dotyczył wniosek powoda.

W ocenie Sądu Okręgowego brak więc było podstaw do uznania zarzutów powoda o naruszeniu przez Prezesa UKE art. 104 kpa w zw. z art. 28 ust.1Pt oraz art.104 kpa w zw. z art. 7 i 77§ 1,2 i 4 kpa i uchyleniu się od wydania merytorycznego rozstrzygnięcia a wobec tego również do uwzględnienia żądania powoda o uchylenie zaskarżonej decyzji.

Mając na uwadze przedstawione okoliczności Sąd Okręgowy oddalił odwołanie ze względu na brak podstaw do jego uwzględnienia – art. 479 64 § 1 k.p.c., uznając je za bezzasadne.

O kosztach zastępstwa procesowego Sąd Okręgowy orzekł na zasadzie art. 98 kpc stosownie do wyniku sporu.

Powyższy wyrok w całości apelacją zaskarżył powód – (...) sp. z o.o. z siedzibą w W..

Zaskarżonemu wyrokowi powód zarzucił naruszenie:

I. Art. 479⁶⁴ § 1 i 2 oraz art. 470⁶⁰ Kodeksu postępowania cywilnego w związku z art. 28 ust. 1 w zw. z art. 41 Prawa telekomunikacyjnego oraz art. 30 ust. 2 dyrektywy nr 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności praw użytkowników (dyrektywa o usłudze powszechnej) poprzez:

- utrzymanie w mocy Decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, której istotą jest odmowa (uchylenie się przez organ, zaniechanie) rozstrzygnięcia sprawy, mimo iż istniała podstawa prawna oraz zachodziły przesłanki do wydania decyzji merytorycznie rozstrzygającej o warunkach hurtowych rozliczeń między (...) S.A. (art. 479⁶⁴ § 1 i 2 Kodeksu postępowania cywilnego w związku z art. 28 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego);

- błędne uznanie przez Sąd, że określenie warunków rozliczeń między (...) a (...) S.A. w związku z realizacją usługi (...) jest niemożliwe, ze względu na niewykazanie przez (...) prawidłowej wysokości opłaty hurtowej i w konsekwencji wadliwe przyjęcie, że – w okolicznościach wynikających z przebiegu postępowania administracyjnego – była dopuszczalna odmowa merytorycznego rozstrzygnięcia przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej o warunkach rozliczeń hurtowych między stronami (art. 479⁶⁴ § 1 i 2 Kodeksu postępowania cywilnego w związku z art. 28 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego);

- wadliwe przyjęcie przez Sąd nieprzydatności alternatywnej metody ustalenia warunków hurtowych rozliczeń (tzw. benchmarkingu), które doprowadziło Sąd do mylnego wniosku, iż dopuszczalne było zakończenie postępowania przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej poprzez wydanie Decyzji odmawiającej ustalenia warunków rozliczeń między (...) a (...) S.A. w związku z realizacją usługi (...) (art. 28 ust. 1 w zw. z art. 41 Prawa telekomunikacyjnego);

- pominięcie twierdzeń oraz części zarzutów przedstawionych przez powoda, skutkujące nieprawidłowym ustaleniem podstawy faktycznej Wyroku i pominięciem meritum sprawy (art. 479⁶⁴ w zw. z art. 479⁶⁰ Kodeksu postępowania cywilnego – nierozpoznanie istoty sprawy);

- błędne przyjęcie przez Sąd, iż (...) nieprawidłowo określił koszty ponoszone przez Spółkę w związku z realizacją usługi (...) m.in. w związku z wadliwą wykładnią art. 30 ust. 2 dyrektywy o usłudze powszechnej, polegającą na nietrafnym wniosku Sądu co do rodzaju kosztów uwzględnianych w ramach ustalania wysokości opłaty (...) (art. 479⁶⁴ § 1 i 2 Kodeksu postępowania cywilnego w zw. z art. 30 ust. 2 dyrektywy o usłudze powszechnej);

II. art. 227 w zw. z art. 217 § 2, art. 235 § 1 zd. 1, art. 233 § 1 w zw. z art. 328 § 2 oraz art. 236 i art. 224 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego poprzez:

- dokonanie przez Sąd I instancji błędnych ustaleń faktycznych, w szczególności co do zebrania przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej w toku postępowania administracyjnego zakończonego Decyzją, wyjaśnień przedsiębiorców telekomunikacyjnych (w tym (...) sp. z o.o., (...) S.A., (...) S.A., (...) sp. z o.o.) dotyczących ponoszonych przez nich kosztów związanych z realizacją usługi (...) i w konsekwencji nieprawidłowe przyjęcie, iż Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej dokonał niezbędnych czynności celem ustalenia stanu faktycznego sprawy, podczas gdy powyższe wyjaśnienia zostały złożone przed wszczęciem rzeczonego postępowania administracyjnego i bez żadnego związku z nim, a przede wszystkim w innym celu niż ustalenie wysokości opłaty (...), tj. właśnie dla „wypracowania metodologii rozstrzygania sporów między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi w zakresie opłat za przenośność numerów” (art. 227 w zw. z art. 233 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego), czego organ zaniechał,

- sformułowanie przez Sąd I instancji gołosłownych tez, nieznajdujących oparcia w materiale dowodowym sprawy, a powielających nieudowodnione twierdzenia pozwanego (art. 227 w zw. z art. 233 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego),

- nieprzeprowadzenie przez Sąd wnoszonych przez powoda dowodów na okoliczności mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie (art. 227 w zw. z art. 217 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego),

- nieustosunkowanie się przez Sąd do wniosków dowodowych (...) (art. 236 Kodeksu postępowania cywilnego),

- nierozważenie wszechstronne materiału zebranego w sprawie oraz niewskazanie w uzasadnieniu wyroku dowodów, na których Sąd oparł się rozstrzygając sprawę oraz przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej (art. 233 § 1 w zw. z art. 328 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego),

- przedwczesne zamknięcie rozprawy (art. 224 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego),

- błędne oddalenie przez Sąd I instancji wniosku (...) o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka, mimo iż dowód został zgłoszony na okoliczności sporne w sprawie, które nie zostały dostatecznie wyjaśnione (art. 227 w zw. z art. 217 § 2 i 3 Kodeksu postępowania cywilnego).

Powołując się na powyższe zarzuty powód wniósł o:

I. zmianę przez Sąd Apelacyjny zaskarżonego wyroku w całości poprzez orzeczenie o uchyleniu zaskarżonej Decyzji w całości

lub ewentualnie – w przypadku stwierdzenia przez Sąd Apelacyjny braku podstaw do uwzględnienia żądania postawionego w pkt I. – o:

II. zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez orzeczenie o zmianie Decyzji w całości poprzez ustalenie warunków współpracy pomiędzy (...) S.A. i (...) w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora w sposób określony w pkt II. petitum odwołania (...) od Decyzji

lub ewentualnie – w przypadku stwierdzenia przez Sąd Apelacyjny braku podstaw do uwzględnienia żądań postawionych w pkt I. i II. – o:

III. uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpatrzenia Sądowi I instancji, i w każdym przypadku o

IV. orzeczenie o kosztach procesu, w tym kosztach zastępstwa procesowego, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa,

Ponadto na wypadek nieuwzględnienia przez Sądu Apelacyjny żądania wyrażonego w pkt I., powód wniósł o:

V. przeprowadzenie dowodów wskazanych w petitum odwołania (...),

VI. w trybie art. 380 Kodeksu postępowania cywilnego o rozpoznanie postanowienia dowodowego Sądu I instancji wydanego na rozprawie w dniu 27 marca 2014 r. w przedmiocie oddalenia wniosku Powoda o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania p. J. Z. w charakterze świadka na okoliczność rodzaju i wysokości kosztów ponoszonych przez (...) w ramach procesu przenoszenia numerów telefonicznych z sieci ruchomej (...) do sieci innych operatorów komórkowych oraz metodologii ustalania wysokości tych kosztów.

Na etapie postępowania apelacyjnego pismem z dnia 20 stycznia 2015 r. (k. 303 akt sprawy) pełnomocnik (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. poinformował Sąd, że przedsiębiorca ten jest następcą prawnym zainteresowanego – (...) S.A. z siedzibą w W..

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja zasługuje na uwzględnienie.

Ustalenia faktyczne poczynione w sprawie Sąd Apelacyjny w pełni podziela i przyjmuje za podstawę dla własnych rozważań.

Określenie warunków rozliczeń między (...) a (...) S.A. w związku z realizacją usługi (...) jest określeniem warunków dostępu telekomunikacyjnego, zgodnie z art.2 ust pkt 6d ustawy Prawo telekomunikacyjne.

Jest bezsporne, że w dniu 25 marca 2010 r. (...) wystąpił do (...) z propozycją rozpoczęcia negocjacji dotyczących ustalenia warunków hurtowych rozliczeń opłaty z tytułu realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług (usługa (...)), a następnie z uwagi na brak porozumienia wystąpił w dniu 14 maja 2010 r.

do Prezesa UKE z wnioskiem o określenie terminu zakończenia negocjacji. Wniosek ten został uwzględniony przez Prezesa UKE w postanowieniu wydanym w dniu 11 czerwca 2010 r., w którym określił on na dzień 18 czerwca 2010 r. termin zakończenia negocjacji.

Skoro zatem nie zawarto w tym terminie umowy, zgodnie z art.27 ust 2b ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne, każda ze stron może zwrócić się do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji w sprawie rozstrzygnięcia kwestii spornych lub określenia warunków współpracy

Ponieważ wnioskiem z dnia 10 czerwca 2011 r. (...)wystąpił do Prezesa UKE o ustalenie warunków hurtowych rozliczeń z tytułu realizacji usługi (...) pomiędzy powodem a zainteresowanym, zastosowanie miał przepis art. 28 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, zgodnie z którym Prezes UKE podejmuje decyzję o dostępie telekomunikacyjnym w terminie 90 dni od dnia złożenia wniosku, o którym mowa w art. 27 ust. 2 i 2b.

Treść przytoczonego przepisu nie pozostawia wątpliwości, że podjęcie decyzji o dostępie telekomunikacyjnym w terminie 90 dni od dnia złożenia wniosku w sytuacji, gdy zostały spełnione przesłanki o których mowa w art. 27 ustawy Prawo telekomunikacyjne, jest bezwzględny obowiązkiem Prezesa URE.

Rozstrzygnięcie sprawy polegało w tym przypadku na zajęciu stanowiska in meriti odnośnie istoty sporu istniejącego pomiędzy powodem a zainteresowanym w powyższym zakresie. Nie oznacza to konieczności uwzględnienia wniosku w całości lub w części. Prezes obowiązany jest jednak rozstrzygnąć istniejący między stronami spór. Odmowa określenia warunków umowy (oddalenie wniosku o wydanie decyzji w sprawie rozstrzygnięcia kwestii spornych lub określenia warunków współpracy) w trybie art.28 ustawy Prawo telekomunikacyjne może mieć miejsce wyłącznie w przypadku, gdy ustalenie warunków nie dotyczy dostępu telekomunikacyjnego, a więc przepis ten nie ma zastosowania. Jak jednak wyżej wskazano nie miało to miejsca w niniejszej sprawie.

Zaskarżona Decyzja z uwagi na brak podstawy prawnej podlega jednemu przewidzianemu przez przepisy prawa procesowego rozstrzygnięciu – uchyleniu (vide Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 17 stycznia 2013 r. VI ACa 1017/12).

Uwzględnienie powyższego zarzutu, jako najdalej idącego, czyni bezprzedmiotowymi pozostałe zarzuty apelacji jak również wnioski dowodowe zgłoszone przez (...) (zgłoszone w przypadku nieuwzględnienia przez Sąd Apelacyjny wniosku odwołania o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez orzeczenie o uchyleniu zaskarżonej Decyzji w całości).

Mając powyższe względy na uwadze, Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony Wyrok orzekając jak w sentencji na podstawie art. 386 § 1 k.p.c.

O kosztach postępowania za obie instancje orzeczono stosownie do wyniku sporu, zasądając na rzecz powoda koszty zastępstwa procesowego według norm przepisanych (art.98 k.p.c.).