

*Sygn. akt VIA Ca 1662/15*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 22 grudnia 2015 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:*

*Przewodniczący – Sędzia SA Irena Piotrowska (spr.)*

*Sędziowie: SA Krzysztof Tucharz*

*SO (del.) Andrzej Turlński*

*Protokolant: sekr. sądowy Magdalena Męczkowska*

*po rozpoznaniu w dniu 22 grudnia 2015 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa (...) S.A. w W. i (...) S.A. w W.*

*przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej*

*przy udziale zainteresowanego Krajowej Izby (...) w W.*

*o określenie warunków współpracy*

*na skutek apelacji pozwanego*

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

*z dnia 04 listopada 2013 r.*

*sygn. akt XVII AmT 27/12*

**1. oddala apelację;**

**2. zasądza od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz (...) S.A. w W. kwotę 550 zł (pięćset pięćdziesiąt złotych) oraz od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz (...) S.A. w W. kwotę 270 zł (dwieście siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego i zażaleniowego przed Sądem Najwyższym.**

Sygn. akt VI ACa 1662/15

## UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 15 grudnia 2011 r., nr (...), Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej( dalej Prezes Urzędu) po rozpatrzeniu wniosku (...) S.A. w W.(obecnie (...) S.A w W.) 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 (...) S.A. w W. a (...) sp. z o.o. w W.( obecnie (...) S.A. w W.) odmówił określenia warunków współpracy pomiędzy (...) S.A. w W. a (...) sp. z o.o. w W. w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora,

Przedmiotową decyzję zaskarżyła w całości (...) S.A. w W.( obecnie (...) S.A. w W.).

Zaskarżonej decyzji zarzuciła naruszenie:

1. Art.28 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego poprzez odmowę ustalenia warunków współpracy pomiędzy (...) S.A. z siedzibą w W. a (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. na skutek błędnego uznania, iż możliwa jest odmowa rozstrzygnięcia z uwagi na brak wiedzy organu lub przypuszczenia organu ;

2. Art. 28 ust. 1 pkt 1 Prawa telekomunikacyjnego poprzez nieuprawnione przyjęcie założenia, iż interes użytkowników sieci telekomunikacyjnych uzasadnia odmowę określenie warunków współpracy pomiędzy (...) S.A. z siedzibą w W. a (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług, pomimo istnienia kosztów po stronie (...) S.A. w W.; 3.Art. 28 ust. 1 pkt 2 Prawa telekomunikacyjnego 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 (...) S.A w W.; 4.Art. 28 ust. 1 pkt 4) Prawa telekomunikacyjnego 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; 5.Art. 28 ust. 1 pkt 5) lit b) Prawa telekomunikacyjnego poprzez uznanie, iż niedyskryminujące warunki dostępu telekomunikacyjnego w przedstawionym stanie faktycznym oznaczają brak jakichkolwiek opłat, pomimo istnienia kosztów po stronie (...) S.A. w W.; 6.Art. 28 ust. 1 pkt 5) lit c) Prawa telekomunikacyjnego 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 Prawa telekomunikacyjnego poprzez zastosowanie bliżej nieokreślonej metody oceny opłaty uwzględniającej ponoszone koszty, pomimo braku jakiegokolwiek obowiązku regulacyjnego nałożonego na (...) S.A. w W.; 8.Art. 1 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 2 lit c) poprzez dyskryminujące traktowanie (...) S.A. w W. 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.

Wskazując na powyższe zarzuty (...) S.A. w W. ( obecnie (...) S.A. w W.) wniosła o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości ewentualnie o zmianę zaskarżonej decyzji w całości poprzez ustalenie warunków współpracy pomiędzy (...) S.A. w W. a (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usług przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora tj. poprzez ustalenie opłat:

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

- w wysokości ustalonej przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na podstawie opłat stosowanych na porównywalnych rynkach konkurencyjnych (benchmark) tj. w wysokości 6,44 euro.

Ponadto (...) S.A. w W. wniosła o zasądzenie na kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Przedmiotową decyzję w całości zaskarżyła również (...) sp. z o.o. z siedzibą w W.( obecnie (...) S.A. w W.). Zaskarżonej decyzji zarzuciła:

1.Naruszenie art. 28 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego w zw. z art. 41 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego polegające na odmowie określenia opłat z tytułu wzajemnego korzystania z połączonych sieci związanych z realizacją przenoszenia numerów między sieciami (...) sp. z o.o. w W. i (...) S.A. w W. pomimo, iż przedmiot współpracy pomiędzy (...) sp. z o.o. w W. i (...) S.A. z w W. odpowiada przedmiotowi współpracy, o którym mowa w art. 41 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego, a ustawodawca nie przewidział w takiej sytuacji dla Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej

uprawnienia do odmowy określenia opłat, w szczególności ze względu na brak wiedzy Organu o kosztach ponoszonych przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych; 2. Naruszenie art. 206 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 7, 77 Kodeksu postępowania administracyjnego oraz art. 8 Kodeksu postępowania administracyjnego polegające na niepodjęciu wszelkich czynności niezbędnych do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego i do załatwienia sprawy oraz prowadzeniu postępowania w sposób, który nie budzi zaufania jego uczestników do władzy publicznej.

Wskazując na powyższe zarzuty (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. (obecnie (...) S.A. w W.) wniosła o zmianę zaskarżonej decyzji poprzez ustalenie warunków współpracy w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usług przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora, pomiędzy (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. a (...) S.A. z siedzibą w W.

Ponadto wniesiono o zasądzenie kosztów procesu.

W odpowiedzi na odwołania pozwany – Prezes Urzędu wniósł o ich oddalenie w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego w wysokości po 720 zł. od każdego z powodów.

Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów rozpoznał sprawy z obydwu odwołań łącznie na podstawie art. 219 k.p.c. i zaskarżonym wyrokiem uchylił zaskarżoną decyzję oraz orzekł w przedmiocie kosztów procesu.

W motywach tego rozstrzygnięcia wskazano, że (...) S.A. w W. (obecnie (...) SA) jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym. W związku ze zmianami wprowadzonymi ustawą z dnia 24 kwietnia 2009 roku zmieniającą ustawę Prawo telekomunikacyjne, na podstawie których wykluczona została możliwość pobierania opłat od abonenta i użytkownika końcowego usługi przedpłaconej świadczonej w ruchomej publicznej sieci telefonicznej za przeniesienie przydzielonego numeru, przedsiębiorca ten pismem z dnia 1 grudnia 2009 r. wystąpił do Prezesa Urzędu z wnioskiem o określenie warunków współpracy w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usług przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora pomiędzy nim a (...) sp. z o.o. w W. (obecnie (...) S.A.). Wnioskodawca wskazał proponowaną kalkulację kosztów.

Przedstawiona we wniosku wszczynającym postępowanie administracyjne kalkulacja kosztów została oparta przez (...) S.A. w W. (obecnie (...) S.A.) na wartościach historycznych. W kolejnym piśmie wnioskowano, aby ustalenie opłat hurtowych było oparte na przepisach art. 41 Prawa telekomunikacyjnego. Następnie, przedsiębiorca ten przedstawił nową kalkulację wysokości hurtowej opłaty za przeniesienie przydzielonego numeru i określił opłatę, uwzględniającą ponoszone przez przedsiębiorcę koszty na kwotę 62,12 PLN.

Z uwagi na konieczność opracowania systemowego rozwiązania opłat za przenośność numerów Prezes Urzędu zwrócił się do operatorów telekomunikacyjnych działających na rynku z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień dotyczących ponoszonych przez nich kosztów związanych z przenoszeniem 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.

Odpowiadając na pismo Prezesa Urzędu operatorzy udzielili następujących wyjaśnień:

(...) S.A. w W. oraz spółka (...) wskazały, że to operator Biorca ma większą ilość zadań w procesie przenoszenia numeru, z tego względu operator Biorca powinien otrzymywać opłatę od operatora Dawcy. W dalszych wyjaśnieniach (...) wskazał, że miesięczny koszt utrzymania systemu obsługującego proces hurtowej przenośności numerów (...) jest niezależny od ilości numerów przeniesionych. Przedsiębiorca ten wyraził ponadto przekonanie, że brak jest uzasadnienia dla zmiany obecnego systemu rozliczeń międzyoperatorskich. W dalszych wyjaśnieniach (...) S.A. w W. wskazał koszty ogólne aplikacji zaznaczając, że poniesione przez tego operatora są niewspółmierne do zrealizowanych

przez niego przeniesień. Operator ten wskazał jednocześnie szacunkowy jednostkowy koszt przesłania komunikatu na poziomie 0,000298 zł. Zastrzegł jednocześnie, że nie posiada on możliwości weryfikacji poprawności tego kosztu.

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

(...) S.A. w W. nie wskazała kosztów przeniesienia numeru.

(...) S.A. 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 nawiązaniu do projektu decyzji Prezesa Urzędu wprowadzającej opłatę za przenośność numeru w sieciach mobilnych w wysokości 25,39 zł płaconą przez biorcę na rzecz dawcy, która została oparta na opłacie za przenośność numerów na stosowanej na rynku telefonii stacjonarnej, operatorzy telekomunikacyjni zajęli następujące stanowiska:

Spółka (...) wskazała, że ww. opłata wpłynie niekorzystnie na sytuację użytkowników końcowych poprzez podniesienie cen detalicznych. Opłata ta spowoduje ponadto wycofanie korzystnych dla użytkowników ofert związanych z przeniesieniem numerów – darmowe pakiety dla abonentów zmieniających operatora z zachowaniem numeru. Operator ten postulował uwzględnienie przez Prezesa Urzędu ponoszone koszty. Wskazał ponadto na brak podstawy prawnej do wydania decyzji w przedmiotowej sprawie i na zawyżoną kwotę konsultowanej opłaty. (...) podtrzymało dotychczasowe stanowisko, zgodnie z którym opłata za (...) powinna być uiszczana przez Dawcę na rzecz Biorcy. Operator wskazał ponadto na konieczność przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego w sprawie projektowanej decyzji z uwagi na jej wpływ na rynek wspólnotowy.

(...) sp. z o.o. w W. odniosła się negatywnie do konsultowanego projektu. Wskazała na brak interesu użytkowników sieci telekomunikacyjnych we wprowadzeniu opłat za (...). Operator ten wskazał również, że brak jest podstaw do ustalenia opłaty za (...) w systemie Biorca płaci Dawcy.

(...) sp. z o.o. w W. również wskazała na brak interesu konsumentów w ustaleniu proponowanej opłaty z uwagi na jej potencjalny wpływ na ceny detaliczne. Proponowane rozstrzygnięcie, w przekonaniu tego przedsiębiorcy, promuje tych operatorów, których oferty detaliczne nie cieszą się uznaniem abonentów.

(...) S.A. w W. 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. Wszystkie te aspekty proponowanego rozstrzygnięcia wpłyną negatywnie na rozwój konkurencyjnego rynku telekomunikacyjnego. (...) S.A. w W. wskazał na możliwość ewentualnych nadużyć finansowych związanych ze sztucznym generowaniem przeniesień numerów telefonów.

Ponadto Krajowa Izba (...) wskazała na brak podstaw prawnych do ustalenia opłaty hurtowej za (...). Wskazała również, że projektowana opłata będzie najprawdopodobniej odzyskiwana poprzez podwyższenie cen usług detalicznych, a ponadto, że jednostronny jej charakter dyskryminuje Biorcę.

Wszystkie ww. podmioty wskazały ponadto na błędne ustalenie przez Prezesa Urzędu opłaty na podstawie kosztów ponoszonych przez operatora stacjonarnego.

Ostatecznie (...) Izba (...) przedstawiła Prezesowi Urzędu stanowiska zrzeszonych operatorów. Operatorzy zasiedzieli – (...) S.A. w W., (...) S.A. w W., (...) sp. z o.o. w W. – zarekomendowali wydanie decyzji w kształcie proponowanym przez Prezesa Urzędu, zaś operatorzy alternatywni – (...) sp. z o.o. w W., (...) S.A. z siedzibą w W., (...) sp. z o.o. w W. – rekomendowali wydanie decyzji odmownej.

Prezes Urzędu wydał zaskarżoną decyzję odmawiając określenia warunków współpracy pomiędzy (...) S.A. w W.( obecnie (...) S.A.) a (...) sp. z o.o. w W.( (...) S.A.) w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora.

W ocenie Sądu Okręgowego obydwa odwołania zasługują na uwzględnienie.

Wskazano, że stosownie do treści art. 27 ust. 2 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800, z późn. zm.), w przypadku niepodjęcia negocjacji o zawarcie umowy o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci, odmowy połączenia sieci telekomunikacyjnych przez podmiot do tego obowiązany lub niezawarcia umowy o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci w terminie, o którym mowa w ust. 1, lub niezawarcia umowy w terminie 90 dni licząc od dnia wystąpienia z wnioskiem o zawarcie umowy o dostępie telekomunikacyjnym, każda ze stron może zwrócić się do Prezesa Urzędu z wnioskiem o wydanie decyzji w sprawie rozstrzygnięcia kwestii spornych lub określenia warunków współpracy.

Podano, że w takiej sytuacji, zgodnie z art.28 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne Prezes UKE podejmuje decyzję o dostępie telekomunikacyjnym w terminie 90 dni od dnia złożenia wniosku.

Uznano, że przepis powyższy nakłada zatem na pozwanego obowiązek podjęcia decyzji o dostępie, a więc wydania decyzji zastępującej umowę stron.

Odmowa wydania powyższej decyzji może nastąpić wyłącznie w przypadku, gdy nie zostały spełnione warunki określone w art.27 ustawy Prawo telekomunikacyjne.

Wskazano, że negocjacje między stronami o określenie warunków współpracy w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora pomiędzy (...) i (...) trwały od 19 maja 2009 r. i nie zakończyły się zawarciem umowy. Podniesiono, że przedmiotowa usługa odpowiada pojęciu „dostępu telekomunikacyjnego” w rozumieniu art.2 pkt 6 ustawy Prawo telekomunikacyjne. Bezskutecznie upłynął 90 dniowy termin, liczony od dnia wystąpienia z wnioskiem o zawarcie umowy o dostępie telekomunikacyjnym.

Uznano, że wydanie decyzji o dostępie, a więc o określenie warunków współpracy w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi było ustawowym obowiązkiem pozwanego.

Przyjęto, że pogląd Prezesa Urzędu, który uważa propozycje stron, a także stanowiska podmiotów uczestniczących w postępowaniu konsultacyjnym za nieodpowiadające kryteriom wymienionym w art.28 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne nie może stanowić przesłanki do odmowy rozstrzygnięcia.

Podkreślono, że postępowanie przed Prezesem Urzędu toczy się toczy się na podstawie przepisów ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego ze zmianami wynikającymi z niniejszej ustawy oraz ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (art.206 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne) i również w przypadku decyzji wydawanych na podstawie art.28 ustawy Prawo telekomunikacyjne nie ma charakteru wyłącznie kontradiktoryjnego. Zgodnie zatem z art. 7 k.p.a. Prezes Urzędu jako organy administracji publicznej stojąc na straży praworządności, z urzędu lub na wniosek stron obowiązany jest podejmować wszelkie czynności niezbędne do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz do załatwienia sprawy, mając na względzie interes społeczny i słuszny interes obywateli.

Zaznaczono, że pozwany nie jest związany przy wydawaniu decyzji o dostępie stanowiskami stron oraz podmiotów uczestniczących w postępowaniu konsultacyjnym, kształtując treść stosunku prawnego według własnego uznania w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy.

Skoro Prezes Urzędu uznał, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie jest wystarczający, to powinien był podjąć działania z urzędu w celu uzupełnienia go w zakresie uważanym przez niego za właściwy, czego w niniejszej sprawie nie uczynił poprzestając na kontestowaniu stanowisk stron i innych podmiotów.

Z powyższych względów uznano o, że brak było podstaw do wydania zaskarżonej decyzji i dlatego ją uchylono na podstawie art.479<sup>64</sup> § 2 k.p.c.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sporu zgodnie z art.98 k.p.c.

Apelacje od tego wyroku złożyli : pozwany oraz powód (...) S.A. w W..

Prezes Urzędu zaskarżył wyrok w całości i podniósł zarzuty naruszenia przepisów prawa materialnego, a to : 1. art. 28 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne (dalej Pt) w związku z art. 27 Pt poprzez ich błędną interpretację , że w przypadku gdy zostały spełnione warunki określone w art. 27 Pt Prezes Urzędu musi wydać decyzję zastępującą umowę pomiędzy stronami.

2. art. 28 Pt poprzez jego błędną wykładnię, że Prezes Urzędu w toku postępowania wszczętego na wniosek jednej ze stron winien wydać decyzję zmieniającą umowę między stronami w zakresie ustalenia warunków hurtowych rozliczeń z tytułu realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru telefonicznego przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora mimo, że uzyskany w toku postępowania administracyjnego materiał dowodowy nie jest wystarczający do określenia warunków takich rozliczeń.

Wskazując na powyższe zarzuty pozwany wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez oddalenie w całości odwołania (...) sp. z o.o. (obecnie (...) S.A.) oraz (...) S.A. ;zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych;

przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do apelacji.

ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji oraz o zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Apelacja powoda (...) SA w W. została cofnięta i postanowieniem z dnia 29 stycznia 2015r. Sąd Apelacyjny w Warszawie umorzył postępowanie apelacyjne wywołane tą apelacją.

Rozpoznając apelację pozwanego Sąd Apelacyjny w Warszawie wyrokiem z 29 stycznia 2015 r., VI ACa 423/14 uchylił wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie i przekazał mu sprawę do ponownego rozpoznania. Sąd Apelacyjny miał na względzie, że do kognicji Prezesa Urzędu należy wydawanie decyzji w sprawach spornych między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi. Sprawy z zakresu dostępu telekomunikacyjnego należą do tej kategorii spraw. Takimi sprawami są także sprawy dotyczące zmiany umowy o dostępie telekomunikacyjnym. Prezes Urzędu nie ma jednak bezwzględnego obowiązku rozstrzygnięcia każdego sporu w zakresie zmiany umowy o dostępie telekomunikacyjnym. Sąd Apelacyjny wyraził pogląd, że decyzją administracyjną rozstrzygającą spór co do istoty jest zarówno decyzja zmieniająca umowę, jak i decyzja odmawiająca takiej zmiany z uwagi na brak materialnoprawnych podstaw ingerencji regulatora w łączący strony stosunek umowny. Decyzja negatywna, odmawiająca uwzględnienia wniosku jest także decyzją o charakterze merytorycznym. Wynikający z art. 28 ust. 1 w zw. z art. 30 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego obowiązek wydania decyzji o zmianie umowy o dostępie telekomunikacyjnym nie przesądza, że decyzja ta musi prowadzić do takiej zmiany w każdym wypadku, niezależnie od materialnoprawnych podstaw mogących uzasadnić taką ingerencję w stosunek umowny. Organ regulacyjny musi mieć zapewnioną możliwość zarówno pozytywnego, w całości lub części, uwzględnienia wniosku o rozstrzygnięcia sprawy spornej, jak i negatywnego rozpoznania takiego wniosku. Zmiana umowy o dostępie telekomunikacyjnym dozwolona jest jedynie w przypadku uzasadnionym potrzebą zapewnienia ochrony interesów użytkowników końcowych, skutecznej konkurencji lub interoperacyjności usług (art. 28 ust. 6 w zw. z art. 30 ust. 1). Wydając decyzję o dostępie Prezes Urzędu zobowiązany jest objąć nią wszystkie ustalenia niezbędne do zapewnienia tego dostępu. Określenie opłat za przenoszenie numerów między

operatorami sieci nie należy do obligatoryjnych postanowień umowy o dostępie. Są to co najwyżej postanowienia fakultatywne. Nie można zatem twierdzić, że ustalenie wysokości hurtowych stawek za przenoszenie numerów stanowi konieczne postanowienie umowy o dostępie telekomunikacyjnym a wydając decyzję o dostępie Prezes Urzędu zobowiązany jest orzec o takim elemencie umowy. Regulator może odmówić dokonania zmiany umowy w tym zakresie. Zdaniem Sądu Apelacyjnego ocena zasadności uregulowania opłat hurtowych za przenoszenie numerów i zasadności zmiany w tym zakresie winna być dokonywana dla konkretnego wypadku, z uwzględnieniem przesłanek uzasadniających taką zmianę, tj. określonych w art. 28 ust. 6 Prawa telekomunikacyjnego. Wydając zaskarżony wyrok Sąd pierwszej instancji zaniechał jakiegokolwiek badania tych przesłanek, które mogą stanowić podstawę zmiany umowy o dostępie telekomunikacyjnym niezasadnie przyjmując, że już sam fakt wydania przez organ decyzji odmownej uzasadnia jej uchylenie wobec przyjętego przez SOKiK obowiązku wydania decyzji pozytywnej. W konsekwencji Sąd Apelacyjny uznał za zasadny zarzut naruszenia art. 28 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego. Z kolei uwzględnienie tego zarzutu oraz zaniechanie badania materialnoprawnych podstaw żądania skutkowało nierozpoznanie istoty sprawy, co z kolei uzasadniało uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Powód (...) S.A. w W. zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego zażaleniem. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie art.192 ust.1 pkt.6 , art.28 ust.4 w zw. z art.31 ust.2 pkt 3 lit.a)Prawa telekomunikacyjnego; art. 386 § 4 k.p.c., art. 386 § 4 k.p.c. w zw. z art. 28 ust. 1 i art. 27 ust. 2 oraz art. 28 ust. 6 i art. 30 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego i wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i oddalenie apelacji Prezesa Urzędu w całości , ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi drugiej instancji.

Postanowieniem z dnia 18 sierpnia 2015r. Sąd Najwyższy uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi Apelacyjnemu w Warszawie do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania zażaleniowego.

Sąd Najwyższy nie podzielił stanowiska Sądu Apelacyjnego w Warszawie, zgodnie z którym Sąd Okręgowy w Warszawie nie rozpoznał istoty niniejszej sprawy błędnie przyjmując, że Prezes Urzędu miał obowiązek wydać decyzję merytorycznie rozstrzygającą spór między powodem a zainteresowanym.

Podzielono zapatrywania Sądu Apelacyjnego , zgodnie z którymi Prezes Urzędu może wydawać decyzje negatywne, w tym także w sprawach dotyczących dostępu telekomunikacyjnego. Wskazano , że Prezes Urzędu może wydać decyzję odmawiającą zmiany umowy o dostępie telekomunikacyjnym z uwagi na brak materialnoprawnych podstaw do ingerencji regulatora w łączący strony stosunek umowny. Zdaniem Sądu Najwyższego Prezes Urzędu może wydać decyzję odmowną, w przypadku gdy sprawa poddana pod jego rozstrzygnięcie nie jest sprawą sporną w rozumieniu art. 27 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego, bądź gdy zmiana umowy o dostępie telekomunikacyjnym we wnioskowanym zakresie byłaby sprzeczna z przesłankami art. 28 Prawa telekomunikacyjnego.

Wskazano , że 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.

Stwierdzono , że odmawiając wydania decyzji w niniejszej sprawie Prezes Urzędu nie wydał decyzji negatywnej w rozumieniu wyżej przedstawionym, lecz uchylił się od rozstrzygnięcia sporu między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi. Dlatego uchylenie decyzji Prezesa Urzędu w konsekwencji uznania przez SOKiK, że organ nie mógł odmówić określenia wysokości opłaty (...) z powodu trudności dowodowych oznacza rozpoznanie przez SOKiK istoty sprawy, gdyż przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu została udzielona ochrona prawna polegająca na uchyleniu decyzji o treści, której organ nie mógł podjąć w okolicznościach faktycznych tej sprawy.

## **Rozpoznając sprawę ponownie Sąd Apelacyjny ustalił i zważył , co następuje.**

Apelacja pozwanego nie mogła odnieść skutku.

Podniesiony w apelacji zarzut naruszenia prawa materialnego przez jego niewłaściwe zastosowanie, a mianowicie przepisu art. 28 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 roku Prawo telekomunikacyjne (tj. Dz. U. z 2014 roku, poz. 243, dalej jako „Pt”), poprzez uznanie że przepis ten nakłada obowiązek wydania decyzji o dostępie, tj. wydania decyzji zastępującej umowę pomiędzy stronami – nie zasługuje na uwzględnienie.

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

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

Negocjacje między stronami o określenie warunków współpracy w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora pomiędzy powodami trwały od 19 maja 2009 r. i nie zakończyły się zawarciem umowy.

Bezspornym jest , że (...) S.A. w W., pismem z dnia 1 grudnia 2009 r. wystąpiła do Prezesa Urzędu z wnioskiem o określenie warunków współpracy w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usług przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora pomiędzy nim a (...) sp. z o.o. w W.( obecnie (...) S.A.), w związku z wejściem w życie prawnych uregulowań określających nowe zasady procesu przenoszenia numerów oraz znoszących opłatę za przeniesienie przydzielonego numeru.

Prezes Urzędu poinformował strony o wszczęciu postępowania administracyjnego w sprawie i podjął stosowne czynności wyjaśniające.

Jak ustalono nie doszło do zawarcia umowy zaś między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi toczy się spór dotyczący kwestii objętej zakresem pojęcia „dostęp telekomunikacyjny”, spór ten został poddany pod rozstrzygnięcie organu na podstawie art. 27 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego. Rozwiązanie tego sporu przez organ wymaga zmiany dotychczasowej umowy o dostępie telekomunikacyjnym, bądź wydania decyzji zastępującej odrębną umowę w tym zakresie. Zgodnie z treścią art.27 ust 2b ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne, każda ze stron może zwrócić się do Prezesa Urzędu z wnioskiem o wydanie decyzji w sprawie rozstrzygnięcia kwestii spornych lub określenia warunków współpracy. Tak też uczynił powód zwracając się do Prezesa Urzędu o wydanie decyzji ustalającej warunki hurtowych rozliczeń z tytułu realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru telefonicznego przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora pomiędzy (...) S.A. w W. a (...) S.A. w W..

Ponieważ (...) S.A. w W. wnioskiem z dnia 1 grudnia 2009 r. wystąpiła do Prezesa Urzędu wystąpiła do Prezesa Urzędu o ustalenie warunków hurtowych rozliczeń z tytułu realizacji usługi (...) pomiędzy powodem a (...) S.A. w W. , zastosowanie miał przepis art. 28 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, zgodnie z którym Prezes Urzędu 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 obowiązkiem Prezesa Urzędu.

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.



Zasadnie zatem uznał Sąd pierwszej instancji, że zaskarżona decyzja z uwagi na brak podstawy prawnej do jej wydania podlega uchyleniu. 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, zaś wydanie orzeczenia przez sąd powszechny na tym etapie wkraczałoby w zakres kompetencji decyzyjnej organu regulacyjnego (por. wyrok TK z 12 czerwca 2002 r. (P 13/01 - OTK-A 2002 nr 4 poz. 42).

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu postanowienia uchylającego poprzedni wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie w tej sprawie do ponownego rozpoznania 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. Stanowisko to Sąd Apelacyjny w składzie rozpoznającym przedmiotową sprawę w pełni podziela.

Odmawiając wydania decyzji w niniejszej sprawie Prezes Urzędu uchylił się od rozstrzygnięcia sporu między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi.

Co prawda w Sąd Najwyższy przy rozpoznawaniu zażalenia, o którym mowa w art. 394<sup>1</sup> § 1<sup>1</sup> k.p.c., nie bada istoty sprawy, a mianowicie tego, co w świetle zgłoszonego żądania i jego podstawy faktycznej stanowiło przedmiot postępowania, lecz jedynie ocenia, czy okoliczności powołane przez sąd odwoławczy jako przyczyny wydania orzeczenia kasatoryjnego są tymi, które w świetle art. 386 § 4 k.p.c. usprawiedliwiały jego wydanie, zamiast - co powinno być regułą - orzeczenia reformatoryjnego.

W sprawach z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu, Sąd Najwyższy przyjmuje, że do nierozpoznania istoty sprawy doszłoby, gdyby rozstrzygnięcie SOKiK nie odnosiło się do przedmiotu sprawy wyznaczonego treścią zaskarżonej decyzji, a także wtedy, gdyby SOKiK bezpodstawnie przyjął, że istnieje przesłanka uniemożliwiająca mu rozpoznanie sprawy poprzez rozstrzygnięcie o prawa i obowiązkach przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Nie oznacza to jednak, że Sąd Najwyższy nie może odnieść się do istoty sprawy, zaś jeżeli to uczyni - tak jak to się stało w niniejszej sprawie - stanowisko to powinno zostać wzięte pod uwagę przez Sąd, któremu przekazano sprawę do ponownego rozpoznania - zgodnie z odpowiednim zastosowaniem przepisu art. 386§6 k.p.c.

W tym stanie rzeczy apelacja pozwanego jako pozbawiona uzasadnionych podstaw prawnych nie mogła odnieść skutku i dlatego została oddalona.

Mając to wszystko na uwadze, na podstawie art. 385 k.p.c. orzeczono, jak na wstępie.

O kosztach procesu postanowiono zgodnie z treścią art. 98 k.p.c. w związku z art. 108§1 k.p.c., stosownie do zasady finansowej odpowiedzialności stron za wynik procesu - z uwzględnieniem kosztów postępowania zażaleniowego przez Sądem Najwyższym.