

Sygn. akt VII ACa 941/17

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 listopada 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy w składzie:

Przewodniczący: SSA Marek Kolasiński

Sędziowie: SA Ewa Stefańska (spr.)

SO del. Magdalena Sajur - Kordula

Protokolant: sekr. sądowy Izabela Nowak

po rozpoznaniu w dniu 15 listopada 2017 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

z udziałem zainteresowanego (...) Spółki Akcyjnej w W.

o zmianę umowy

na skutek apelacji powoda

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

z dnia 29 kwietnia 2016 r., sygn. akt XVII AmT 1/16

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

- w punkcie pierwszym uchyla decyzję Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 15 grudnia 2011 r. nr (...);

- zasądza od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. kwotę 2 270 zł (dwa tysiące dwieście siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania;

II. zasądza od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. kwotę 1 180 zł (jeden tysiąc sto osiemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VII ACa 941/17

UZASADNIENIE

Decyzją nr (...) z dnia 15 grudnia 2011 r., wydaną na podstawie art. 28 ust. 1 w związku z art. 30 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo Telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 ze zm., zwanej dalej „ustawą - Prawo telekomunikacyjne” lub „Pt”), po rozpoznaniu wniosku (...) S.A. z siedzibą w W. o wydanie decyzji zmieniającej umowę o połączeniu sieci zawartej w dniu 17 grudnia 2004 r. pomiędzy (...) S.A. z siedzibą w W. a (...) S.A. z siedzibą w W. (zmienioną kolejnymi aneksami oraz decyzjami Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej) w zakresie rozliczeń

za połączenia wychodzące z sieci ruchomej (...) na numery niegeograficzne przeniesione z sieci (...) do sieci innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej orzekł o zmianie tej umowy w następujący sposób:

1. w części VII umowy „Zasady Współpracy Związane z Realizacją Ustawowego Obowiązku Przenoszalności Numerów” w art. 4 po ust. 2 zostały dodane ust. 3, 4, 5 i 6 o następującym brzmieniu:

„3. W przypadku połączeń z sieci (...) do Numerów Przeniesionych niegeograficznych przeniesionych z sieci (...) do sieci innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, w zakresie których (...) otrzymuje od Biorcy opłatę „R” za umożliwienie Biorcy realizacji usług dostępnych w numeracji niegeograficznej, (...) kierująca połączenie wnosi na rzecz (...) opłatę „T” za tranzyt zarejestrowany w (...) na wejściu do sieci (...), a (...) po otrzymaniu opłaty „R” od Biorcy, przekazuje tę opłatę „R” do (...).

$B \text{ bilans opłat} = T + (-R)$

gdzie:

B - bilans opłat wnoszonych przez (...)

T - opłata należna (...) za usługę tranzytu, o której mowa w tabeli nr 15 art. 4 ust. 5 IV części finansowej umowy

R - opłata należna (...) za umożliwienie biorcy realizacji usług dostępnych w numeracji niegeograficznej objętej Przeniesieniem Numerów

4. Połączenia do niegeograficznego Numeru Przeniesionego z sieci (...) do sieci przedsiębiorcy telekomunikacyjnego będą rozliczane według schematu wykorzystywanego do rozliczeń za połączenia do analogicznej numeracji w sieci przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, zgodnie z tabelą nr 1 (np. połączenia do Numeru Przeniesionego w numeracji 801-(3) będą rozliczane tak jak połączenia do numerów 801-(9), na zasadach określonych przez strony).

Tabela nr 1. Porównanie zakresów numeracji niegeograficznej w sieci (...) i w sieci innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego.

Zakres numeracji	Numeracja niegeograficzna w sieci (...)	Numeracja niegeograficzna w sieci Operatora
800/804	800-(1, 2, 3, 4, 5, 6), 804-(3)	800-(7, 8, 9, 0)
801	801-(1, 2)	801-(7, 8)
801-(3)	801-(9)	
801-(5, 6)	801-(0)	
700/701/703	700-1, 701-1, 703-1	703-1, 708-1
700-2, 701-2, 703-2	703-2, 708-2	

700-3, 701-3, 703-3	703-3, 708-3	
700-4, 701-4, 703-4	703-4, 708-4	
700-5, 701-5, 703-5	703-5, 708-5	
700-6, 701-6, 703-6	703-6, 708-6	
700-7, 701-7, 703-7	703-7, 708-7	
700-8, 701-8, 703-8	703-8, 708-8	
700-9, 701-9, 703-9	703-9, 708-9	

W dniu 17 grudnia 2004 r. (...) S.A. z siedzibą w W. (dalej: (...)) i (...) S.A. z siedzibą w W. (dalej: (...)) zawarły umowę o połączeniu sieci w zakresie rozliczeń na połączenia wychodzące z sieci ruchomej (...) na numery niegeograficznie przeniesione z sieci (...) do sieci innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych. W dniu 1 stycznia 2006 r. (...) zawarła z (...) spółką z o.o. porozumienie o zasadach kierowania i rozliczania połączeń dla numerów przeniesionych między sieciami w ramach przenośności numerów (następnie aneksowane). W dniu 16 stycznia 2008 r. (...) zawarła z (...) spółką z o.o. porozumienie w sprawie uregulowania zasad kierowania i rozliczania połączeń do numerów przeniesionych do sieci innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych z sieci (...) udostępni na rzecz (...) w terminie 24 (dwudziestu czterech) godzin informację o Przeniesieniu Numeru w formacie i według zasad, ustalonych przez strony w trybie roboczym w terminie 30 dni od dnia doręczenia decyzji wprowadzającej niniejsze postanowienie do umowy.

6. W przypadku, gdy (...) nie wykona obowiązku, o którym mowa w ust. 5, (...) jest zwolniona z opłat, określonych w art. 4 ust. 1 pkt 2 lit b, za realizację połączeń do Numeru Przeniesionego.”

Pozostałe postanowienia umowy pozostały bez zmian.

Powód (...) S.A. z siedzibą w W. (obecnie: (...) spółka z o.o. z siedzibą w W.) wniósł odwołanie, w którym zaskarżył powyższą decyzję w całości i domagał się jej uchylecia, ewentualnie jej zmiany poprzez nadanie decyzji następującej treści:

„W części VII umowy „Zasady Współpracy Związane z Realizacją Ustawowego Obowiązku Przenaszalności Numerów” w art. 4 po ust. 2 dodaje się ust. 3 i 4 o następującym brzmieniu:

(...) uprawniona jest do blokowania połączeń z sieci (...) do niegeograficznych Numerów Przeniesionych z zakresu numeracji (...) = 800 (...), (...) = 801 (...) i (...) = 804 (...) przeniesionych z sieci (...) do sieci innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych w przypadku, gdy przedsiębiorca telekomunikacyjny do którego został przeniesiony numer niegeograficzny z powyższego zakresu numeracji nie wyrazi zgody na ponoszenie na rzecz (...), należnych (...) opłat za tranzyt połączenia.

Tabela nr 1. Porównanie zakresów numeracji niegeograficznej w sieci (...) i w sieci innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego.

Zakres numeracji	Numeracja niegeograficzna w sieci (...)	Numeracja niegeograficzna w sieci przedsiębiorcy telekomunikacyjnego
700/701/703	700-1, 701-1, 703-1	703-1, 708-1
700-2, 701-2, 703-2	703-2, 708-2	
700-3, 701-3, 703-3	703-3, 708-3	
700-4, 701-4, 703-4	703-4, 708-4	
700-5, 701-5, 703-5	703-5, 708-5	
700-6, 701-6, 703-6	703-6, 708-6	
700-7, 701-7, 703-7	703-7, 708-7	
700-8, 701-8, 703-8	703-8, 708-8	
700-9, 701-9, 703-9	703-9, 708-9	

(...) zobowiązuje się do blokowania połączeń z sieci (...) do niegeograficznych Numerów Przeniesionych z zakresu numeracji (...)= 0700 (...), (...)= (...), (...)= (...) i (...)= (...) przeniesionych z sieci (...) do sieci innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego w przypadku, gdy:

Zaskarżonej decyzji powód zarzucił naruszenie:

1) art. 28 ust. 1 pkt 2 i pkt 4 w związku z art. 30 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne i art. 110 k.p.a. poprzez wydanie zaskarżonej decyzji jako decyzji zmieniającej umowę o połączeniu sieci z dnia 17 grudnia 2004 r. i jednocześnie ustalenie w niej odmiennej prawnej kwalifikacji usług telekomunikacyjnych świadczonych przez (...) S.A. na rzecz (...) S.A. na podstawie decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 6 maja 2009 r. nr (...) oraz nr(...), a także odmiennego sposobu ustalenia wynagrodzenia (...) z tytułu świadczenia tych usług na rzecz (...) S.A., pomimo tożsamości obowiązków (...) S.A. wobec (...) S.A. objętych powyższymi decyzjami z dnia 6 maja 2009 r. i objętych zaskarżoną decyzją;

2) art. 28 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 30 ust. 1 i art. 31 ust. 2 pkt 3 lit. a ustawy - Prawo telekomunikacyjne oraz art. 484 § 2 i art. 735 § 1 w związku z art. 750 k.c. poprzez ustalenie zasad rozliczeń (...) S.A. i (...) S.A.: (a) w sposób wewnętrznie sprzeczny; (b) które uzależniają wysokość należności przysługującej (...) S.A. od ustaleń (...) S.A. z podmiotem trzecim; (c) które przerzucają na (...) S.A. ryzyko działalności gospodarczej (...) S.A.; (d) które zakładają, iż za takie samo świadczenie (...) S.A. będzie uzyskiwał wynagrodzenie w odmiennej wysokości, a niekiedy w ogóle nie będzie mu ono przysługiwało, co narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń w ramach umów wzajemnych; (e) które stoją w sprzeczności z modelami współpracy operatorów przyjętymi na rynku, w tym w wyniku odrębnych

rozstrzygnięć Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej i generują szereg wątpliwości praktycznych odnośnie do wykonywania decyzji;

3) art. 42 ust. 1 i 2 oraz art. 43 ust. 6 ustawy - Prawo telekomunikacyjne poprzez błędne przyjęcie, że oferta ramowa stosowana zgodnie z powyższymi przepisami przez (...) S.A. wiąże również (...) S.A. i tym samym stanowi podstawę prawną lub przesłankę wydania zaskarżonej decyzji.

Pozwany Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wnosił o oddalenie odwołania w całości.

(...) S.A. z siedzibą w W. (obecnie: (...) S.A. z siedzibą w W.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Wyrokiem z dnia 18 czerwca 2014 r. Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie. Na skutek apelacji powoda, wyrokiem z dnia 19 listopada 2015 r. (sygn. akt VI ACa 1643/14) Sąd Apelacyjny w Warszawie uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania. W uzasadnieniu wyroku Sąd odwoławczy wskazał, że Sąd Okręgowy nie rozpoznał istoty sprawy, z uwagi na niedokonanie ustaleń faktycznych niezbędnych do rozstrzygnięcia sprawy oraz zaniechanie rozważenia podniesionego w odwołaniu zarzutu wydania zaskarżonej decyzji jako decyzji zmieniającej umowę o połączeniu sieci, a zarazem ustalenia w niej odmiennej prawnej kwalifikacji usług telekomunikacyjnych świadczonych przez (...) na rzecz (...) na podstawie decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 6 maja 2009 r. nr (...) i nr (...), a także odmiennego sposobu ustalenia wynagrodzenia (...) z tytułu świadczenia tych usług na rzecz (...), pomimo tożsamości obowiązków (...) wobec (...) objętych decyzjami z 2009 r. oraz zaskarżoną decyzją.

Ponownie rozpoznając sprawę Sąd Okręgowy miał dokonać ustaleń faktycznych dotyczących treści decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 6 maja 2009 r. nr (...) oraz nr (...), co do usług, z tytułu których rozliczenia regulują, a następnie ustalić, czy w ich zakresie mieszczą się usługi, których dotyczy zaskarżona decyzja. W przypadku, gdyby przedmiot regulacji powyższych decyzji nie był tożsamy, Sąd Okręgowy miał dokonać szczegółowej analizy podniesionych przez powoda w odwołaniu zarzutów dotyczących przyjętego w decyzji modelu rozliczeń, po przeprowadzeniu postępowania dowodowego w niezbędnym zakresie.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy, wyrokiem z dnia 29 kwietnia 2016 r. Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie.

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

Pismem z dnia 18 stycznia 2011 r. (...) wystąpiła do (...) z wnioskiem o podpisanie aneksu zmieniającego umowę o połączeniu sieci, w kwestii zmiany sposobu rozliczeń za połączenia wychodzące z sieci ruchomej (...) na numery niegeograficznie przeniesione z sieci (...) do sieci innych przedsiębiorców Telekomunikacyjnych. Wobec braku porozumienia, pismem z dnia 15 kwietnia 2011 r. (...) złożyła do Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej wnioszek o wydanie decyzji w przedmiocie zmiany umowy o połączeniu sieci z dnia 17 grudnia 2004 r. w zakresie dostosowania do obowiązującej Oferty Ramowej sposobu rozliczeń za połączenia wychodzące z sieci ruchomej (...) na numery niegeograficznie przeniesione z sieci (...) do sieci innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, zgodnie z treścią załączonego projektu aneksu nr (...) do umowy. W piśmie z dnia 4 maja 2011 r. (...) przedstawił swoje stanowisko w sprawie.

Obwieszczeniem z dnia 14 września 2011 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej ogłosił rozpoczęcie postępowania konsultacyjnego dotyczącego projektu decyzji. W trakcie postępowania konsultacyjnego (...) i (...) złożyły swoje stanowiska. Pismem z dnia 8 listopada 2011 r. pozwany poinformował (...) i (...) o prawie zapoznania się z materiałem zgromadzonym w sprawie, a także wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań. Zaskarżoną decyzją z dnia 15 grudnia 2011 r. nr (...) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej zmienił postanowienia umowy o połączeniu sieci z dnia 17 grudnia 2004 r. w zakresie rozliczeń za połączenia wychodzące z sieci ruchomej (...) na numery niegeograficznie przeniesione z sieci (...) do sieci innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

Stan faktyczny sprawy został ustalony przez Sąd Okręgowy na podstawie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania administracyjnego i sądowego.

Sąd Okręgowy wskazał, że w art. 2 decyzji 80x jej przedmiot został określony jako warunki współpracy i zasady rozliczeń z tytułu świadczenia przez (...) na rzecz (...) dostępu do usług informacyjnych w sieci (...) w zakresach numeracji pozostających w dyspozycji (...): (...) = 0 800 (...), (...) = 0 801 (...), (...) = 0 804 (...). Zaś w art. 1 wskazano, że usługi informacyjne o usługi dostępne dla abonentów w sieci (...), realizowane przy wykorzystaniu numeracji 0800, (...), (...) przydzielonej (...). Natomiast w art. 2 decyzji 70x jej przedmiot został określony jako zasady współpracy i rozliczeń oraz odpowiedzialności prawnej za treść dostarczonych informacji i serwisów z tytułu świadczenia przez (...) na rzecz (...) zakończenia połączeń do usług audiotekstowych w sieci (...) w zakresach numeracji pozostających w dyspozycji (...): (...) = 0 700 (...), (...) = 0 701 (...), = 0 703 (...), (...) = 0 704 (...). Zaś w art. 1 wskazano, że usługi audiotekstowe to przekazy głosowe lub dane o charakterze informacyjno-rozrywkowym oferowane przez usługodawców w numeracji 0700, (...), (...), (...) pozostającej w dyspozycji (...).

Sąd pierwszej instancji zgodził się z poglądem zainteresowanego, że zakres regulacji decyzji 80x obejmuje świadczenie abonentom (...) usług informacyjnych w sieci (...) w zakresach numeracji 80x, pozostających w dyspozycji (...). Natomiast zakres regulacji decyzji 70x obejmuje świadczenie abonentom (...) usług audiotekstowych w sieci (...) (tj. usług o charakterze informacyjno-rozrywkowym, np. teległosowanie, telekonkurs, telepłatność, sondaż, plebiscyt) w zakresach numeracji 70x, pozostających w dyspozycji (...). Zatem zakres regulacji obu powyższych decyzji dotyczy różnego typu usług, które są dostępne w różnych zakresach numeracji, zaś ich elementem wspólnym jest okoliczność, że usługi są świadczone w sieci (...), w zakresach numeracji pozostających w dyspozycji (...) (tj. znajdujących się w sieci (...)).

Według Sądu Okręgowego, porównanie zakresów regulacji decyzji 70x i 80x z zaskarżoną decyzją należy rozpocząć od ustalenia zakresu negocjacji i wniosku (...) o wydanie decyzji zmieniającej umowę. Pismem z dnia 18 stycznia 2011 r. (...) wystąpiła do (...) z wnioskiem o rozpoczęcie negocjacji w sprawie zmiany umowy o połączeniu sieci z dnia 17 grudnia 2004 r. w zakresie rozliczeń za połączenia wychodzące z sieci ruchomej (...) na numery niegeograficzne przeniesione z sieci (...) do sieci innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Tego samego dotyczył wniosek złożony przez (...) do Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, na podstawie art. 27 ust. 2 w związku z art. 27 ust. 1 i art. 30 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne. Zdaniem powoda zasady rozliczeń za połączenia wychodzące z ruchomej publicznej sieci (...) na numery niegeograficzne przeniesione z sieci (...) do sieci innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych powinny być jednoznacznie określone w umowie i w związku z tym, że dotyczą numerów przeniesionych, powinny również podlegać zasadom związanym z przenośnością numerów. Dlatego wniosek (...) dotyczył zmiany części VII umowy „Zasady Współpracy Związane z Realizacją Ustawowego Obowiązku Przenoszalności Numerów” i zmierzał do uzupełnienia modelu rozliczeń określonego w umowie o zasady przenośności numeracji niegeograficznej.

Odwołując się do brzmienia poszczególnych postanowień, Sąd pierwszej instancji stwierdził, że decyzja 80x obejmuje jedynie warunki współpracy i zasady rozliczeń za połączenia na numery niegeograficzne z zakresu numeracji 80x znajdujące się w dyspozycji (...), nie reguluje natomiast kwestii związanych z przenośnością tych numerów. Kwestie te reguluje natomiast umowa o połączeniu sieci, w związku z czym jej zmiana była przedmiotem niniejszego postępowania. Natomiast decyzja 70x obejmowała jedynie zasady współpracy i rozliczeń oraz odpowiedzialności prawnej za treść dostarczanych informacji i serwisów z tytułu świadczenia przez (...) na rzecz (...) zakończenia połączeń do usług audiotekstowych w sieci (...), w zakresach numeracji pozostających w dyspozycji (...). Decyzja ta regulowała usługi realizowane w zakresie numeracji pozostającej w dyspozycji (...), natomiast nie regulowała rozliczeń za połączenia na numery przeniesione z sieci (...) do sieci innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Kwestie te reguluje natomiast umowa o połączeniu sieci, w związku z czym jej zmiana była przedmiotem niniejszego postępowania.

Dlatego Sąd Okręgowy zgodził się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, że decyzje 70x i 80x regulują jedynie model rozliczeń za połączenia na numery niegeograficzne będące w posiadaniu (...), tj. na numery,

które nie zostały przeniesione z sieci (...) do sieci innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Nie regulują natomiast modelu rozliczeń w sytuacji przeniesienia numeru niegeograficznego z sieci (...) do sieci innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, który jest uregulowany w Ofercie (...).

Odnosząc się do pozostałych zarzutów odwołania, Sąd Okręgowy wskazał, że zgodnie z art. 28 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej podejmuje decyzję o dostępie telekomunikacyjnym biorąc pod uwagę wskazane w ustawie kryteria, działając w granicach uznania administracyjnego. W niniejszym postępowaniu organ regulacyjny rozważył wszystkie ustawowe przesłanki wydania decyzji o dostępie. W szczególności za nietrafny uznał zarzut naruszenia art. 28 ust. 1 pkt 4 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, który nakłada na organ regulacyjny obowiązek uwzględnienia m.in. charakteru zaistniałych kwestii spornych oraz praktycznej możliwości wdrożenia rozwiązań dotyczących technicznych i ekonomicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego, zarówno zaproponowanych przez przedsiębiorców będących stronami negocjacji, jak też mogących stanowić rozwiązania alternatywne. Zdaniem Sądu pierwszej instancji, w zaskarżonej decyzji zastosowany został model wzajemnej współpracy stron, który funkcjonuje na rynku telekomunikacyjnym i występuje w umowach zawieranych między przedsiębiorcami.

Sąd pierwszej instancji wyjaśnił, że model rozliczenia płatności pomiędzy (...) a operatorami, którzy dobrowolnie podpisali porozumienia, jest taki sam jak zastosowany w zaskarżonej decyzji. W ramach przyjętego w zaskarżonej decyzji rozwiązania powód będzie miał możliwość rozliczania się z zainteresowanym na takich samych zasadach, jak określone w porozumieniach zawartych z (...) i (...), co stanowi realizację przesłanki rozwoju konkurencyjnego rynku telekomunikacyjnego, o której mowa w art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. c ustawy - Prawo telekomunikacyjne. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej musiał wziąć pod uwagę także okoliczność, że inni przedsiębiorcy telekomunikacyjni mają zawarte z (...) normujące kwestie objęte zaskarżoną decyzją dobrowolne porozumienia, które są oparte - w zakresie rozliczeń - na ofercie ramowej obowiązującej (...). W tej sytuacji przyznanie w zaskarżonej decyzji korzystniejszych warunków na rzecz (...), stanowiłoby nieuprawnione uprzywilejowanie tego przedsiębiorcy względem jego konkurentów. Wprawdzie (...) nie jest związany ofertą ramową (...), jednakże odniesienie się do jej postanowień jest niezbędne z uwagi na konieczność jednakowego traktowania powoda i jego konkurentów.

Sąd Okręgowy nie zgodził się z zarzutem nieprawidłowego przyjęcia, że oferta ramowa (...) wiąże również powoda. Zgodnie z art. 28 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, wydając zaskarżoną decyzję organ regulacyjny wziął pod uwagę obowiązki nałożone na przedsiębiorców telekomunikacyjnych będących stronami postępowania. Uwzględnił więc okoliczność, że na (...) od dnia zatwierdzenia oferty ramowej spoczywa obowiązek zawierania umów o dostępie telekomunikacyjnym na warunkach nie gorszych niż określone w ofercie (...) (art. 43 ust. 6 Pt). Zdaniem Sądu pierwszej instancji, wydanie zaskarżonej decyzji w sposób nieuwzględniający postanowień zawartych w Ofercie (...), prowadziłoby do dyskryminacji innych operatorów alternatywnych, z którymi współpracuje (...). Jednocześnie takie rozstrzygnięcie prowadziłoby do naruszenia art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy - Prawo telekomunikacyjne, tj. obowiązku zapewnienia niedyskryminujących warunków dostępu telekomunikacyjnego.

Sąd Okręgowy podkreślił, że wprowadzony zaskarżoną decyzją model rozliczeń przewiduje dla (...) wynagrodzenie w wysokości „R”, powód nie został więc zobowiązany do nieodpłatnego świadczenia usług na rzecz zainteresowanego. Ponadto powód nie wykazał braku ekwiwalentności opłaty „R”, którą (...) jest obowiązana mu przekazywać, w stosunku do jego świadczenia, co czyni niezasadnym zarzut naruszenia art. 735 § 1 w związku z art. 750 k.c. Za nietrafny uznał również zarzut, że z decyzji nie wynika, w jaki sposób rozliczyć się z części połączeń realizowanych w modelu zakańczania połączeń. Sąd pierwszej instancji wyjaśnił, że na podstawie art. 27 ust. 1 i 2 ustawy - Prawo telekomunikacyjne Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej miał możliwość rozstrzygnięcia jedynie kwestii spornej, która była objęta negocjacjami stron. Negocjacje zaś nie obejmowały rozliczeń za połączenia na numery niegeograficzne przeniesione z sieci (...) do sieci innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, rozliczane w modelu zakańczania połączenia.

Sąd pierwszej instancji nie zgodził się z zarzutem, że ustalenie zasad rozliczeń między powodem i zainteresowanym nastąpiło w sposób wzajemnie sprzeczny i mogący naruszyć zasadę ekwiwalentności świadczeń. Według modelu

wprowadzonego zaskarżoną decyzją, powód powinien uiścić na rzecz (...) opłatę „T” za tranzyt połączeń na numery niegeograficzne przeniesione z sieci zainteresowanego do sieci biorcy numeru, do której skierowane zostały wywołania z sieci powoda. Następnie zainteresowany, po otrzymaniu opłaty „R” od biorcy, powinien przekazać tę opłatę na rzecz powoda. Przepływ świadczeń pieniężnych zachodzi zatem w dwie strony, tj. „od” i „do” powoda, na co wskazuje istnienie pozycji „bilans opłat”.

Ponadto - zdaniem Sądu Okręgowego - powód niedostatecznie uzasadnił zarzut, że zaskarżona decyzja przerzuca na niego ryzyko działalności gospodarczej zainteresowanego. Powód nie przedstawił bowiem jakiegokolwiek kalkulacji wysokości kosztów, które miałyby ponosić za zainteresowanego, a tym samym nie wykazał, że skala tych kosztów może wpłynąć na jego funkcjonowanie. Natomiast - według Sądu pierwszej instancji - ryzyka takiego nie powoduje fakt, że opłata „R” będzie najpierw uiszczana przez biorcę numeru na rzecz zainteresowanego, ponieważ nieterminowe przekazanie tej opłaty powodowi umożliwi mu żądanie odsetek.

Od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów apelację wniósł powód (...) spółka z o.o. z siedzibą w W..

Apelacją powód zaskarżył wyrok w całości, wnosząc o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uchylenie decyzji w całości, ewentualnie o jego zmianę poprzez zmianę decyzji w sposób wskazany w odwołaniu, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Powód zarzucił wyrokowi Sądu Okręgowego naruszenie:

I. art. 479⁶⁴ § 1 i 2 k.p.c. w związku z art. 28 ust. 1 pkt 2 i 4 w związku z art. 30 ust. 1 i art. 28 ust. 6 ustawy - Prawo telekomunikacyjne oraz art. 110 i art. 155 k.p.a. poprzez nieprawidłowe przyjęcie, że:

- decyzja reguluje odmienny stosunek prawny pomiędzy (...) i (...) aniżeli uprzednio uregulowany decyzją Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 6 maja 2009 r. nr (...) i decyzją z dnia 6 maja 2009 r. nr (...), co stanowi także o naruszeniu art. 156 § 1 pkt 3 k.p.a.;

- stosunkiem prawnym, w ramach którego należało ustalić zasady współpracy (...) i (...) w zakresie objętym decyzją, jest umowa o połączeniu sieci zawarta w dniu 17 grudnia 2004 r. pomiędzy (...) a (...);

i w konsekwencji błędne oddalenie odwołania, pomimo istnienia podstaw do jego uwzględnienia i do uchylenia decyzji;

II. art. 479⁶⁴ § 1 i 2 k.p.c. w związku z art. 28 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 30 ust. 1 i art. 31 ust. 2 pkt 3 lit. a ustawy - Prawo telekomunikacyjne oraz art. 487 § 2 w związku z art. 735 § 1 i 2 i w związku z art. 750 k.c. poprzez wadliwe utrzymanie decyzji w mocy, mimo iż przyjęty w niej model rozliczeń:

(i) narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń w ramach umowy wzajemnej, jako że ustala wynagrodzenie (...) w oderwaniu od świadczonej przez powoda usługi, jako „wypadkową” - niezależnych od powoda i nieznanymi mu - przepływów finansowych pomiędzy (...) a jej potencjalnymi partnerami;

(ii) bezpodstawnie przenosi na (...) ryzyko działalności gospodarczej (...) oraz ewentualną nierzetelność jej partnerów, bowiem uzależnia wysokość kwoty „przekazywanej” powodowi przez zainteresowanego od wysokości opłat wnoszonych na rzecz (...) przez jej partnerów;

(iii) w sposób nieuzasadniony obciąża (...) obowiązkiem zapłaty za świadczenie usługi, której (...) nie jest biorcą (tj. za świadczonej przez (...) tranzyt połączeń kierowanych na numery usług sieci inteligentnej przeniesione z sieci (...) do sieci innych operatorów stacjonarnych);

(iv) jest sprzeczny z modelem rozliczeń przyjętym na rynku i usankcjonowanym decyzjami Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej

i w konsekwencji poprzez błędne oddalenie odwołania w sytuacji, w której istniały podstawy do jego uwzględnienia i uchylenia decyzji;

III. art. 479⁽⁶⁴⁾ § 1 i 2 k.p.c. w związku z art. 42 ust. 1 i 2 oraz art. 43 ust. 6 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, poprzez błędne przyjęcie, że „Oferta ramowa określająca 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”, wprowadzona decyzją Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 29 września 2010 r. nr (...), zmieniona w części decyzją z dnia 5 kwietnia 2011 r. nr (...) - („Oferta (...)), może stanowić podstawę prawną lub przesłankę wydania decyzji, mimo iż wiąże ona wyłącznie (...), a zaskarżona w niniejszej sprawie decyzja dotyczy usługi świadczonej przez (...) na rzecz (...)

i w konsekwencji poprzez błędne oddalenie odwołania, pomimo istnienia podstaw do uchylenia decyzji;

IV. art. 18 w związku z art. 15 ustawy - Prawo telekomunikacyjne (w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania decyzji), a także art. 7 ust. 2 - 4 dyrektywy 2002/21/WE z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa), poprzez utrzymanie w mocy decyzji nakładającej na (...) obowiązek zapewnienia (...) dostępu telekomunikacyjnego w zakresie rozpoczynania połączeń w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...), bez uprzedniego przeprowadzenia analizy rynku właściwego oraz bez przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego;

V. art. 227 w związku z art. 233 § 1 w związku z art. 328 § 2, art. 224 § 1 i art. 235 § 1 k.p.c. oraz art. 479⁶⁴ w związku z art. 479⁶⁰ k.p.c. i w związku z art. 4 ust. 1 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności ramowej (dyrektywa ramowa) poprzez:

(i) pominięcie twierdzeń oraz części zarzutów przedstawionych przez powoda, skutkujące nieprawidłowym ustaleniem podstawy faktycznej;

(ii) dokonanie częściowo błędnych oraz niedokonanie części ustaleń faktycznych mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy oraz nieprzeprowadzenie niektórych dowodów wnoszonych przez powoda na te okoliczności, w tym także w przypadkach, w których wprawdzie Sąd stwierdził, że dopuścił określone dowody, jednakże z uzasadnienia wyroku wynika, że ich nie przeprowadził lub przeprowadził w węższym zakresie aniżeli wynikało to z treści wniosku dowodowego powoda (art. 227 w związku z art. 217 § 2 k.p.c.);

VI. art. 386 § 6 k.p.c. poprzez nieuwzględnienie niektórych wskazań Sądu Apelacyjnego co do dalszego postępowania w sprawie.

Pozwany Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wnosił o oddalenie apelacji.

Zainteresowany (...) S.A. z siedzibą w W. (dawniej: (...) S.A. z siedzibą w W.) wnosił o oddalenie apelacji i zasądzenie na jego rzecz kosztów procesu.

Sąd Apelacyjny zważył:

Apelacja powoda zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie podniesione w niej zarzuty są trafne.

Sąd Okręgowy dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych i Sąd Apelacyjny przyjmuje je za własne. Także ocena prawna Sądu pierwszej instancji w większości jest prawidłowa, jednakże uchylenie zaskarżonej decyzji Prezesa

Urzędu Komunikacji Elektronicznej było konieczne z uwagi na wydanie jej bez przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego.

Decyzją nr (...) z dnia 15 grudnia 2011 r., wydaną na podstawie art. 28 ust. 1 w związku z art. 30 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej zmienił umowę o połączeniu sieci zawartą w dniu 17 grudnia 2004 r. między (...) S.A. z siedzibą w W. a (...), w zakresie rozliczeń za połączenia wychodzące z sieci ruchomej (...) na numery niegeograficzne przniesione z sieci (...) do sieci innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych. W wyroku z dnia 16 kwietnia 2015 r., wydanego w sprawie C-3/14 (...) S.A., Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej uznał, że „każdy środek przyjęty przez krajowy organ regulacyjny w celu zapewnienia użytkownikom końcowym dostępu do numerów niegeograficznych zgodnie z art. 28 dyrektywy 2002/22 oddziałuje na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi w rozumieniu tego przepisu, jeśli środek ten może wywrzeć na tę wymianę bezpośredni lub pośredni, rzeczywisty lub potencjalny wpływ, który nie jest nieznaczny”. Z wyroku tego wynika swoiste domniemanie, że środkiem, który ze swej istoty wpływa na stosunki handlowe między państwami członkowskimi, jest środek podejmowany w celu realizacji obowiązku, o którym mowa w art. 28 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (dyrektywa o usłudze powszechnej) - (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 czerwca 2016 r., sygn. akt III SK 28/13, LEX nr 2108507).

W dotychczasowym orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmowano, że przy takiej kwalifikacji środka regulacyjnego podejmowanego na podstawie art. 79 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, nie znajdowano podstaw, aby uznać za bagatelny jego wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi. Wskazano, że obowiązek przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego nie aktualizuje się tylko wtedy, gdy dany środek regulacyjny w istotnym stopniu wpływa (może wpłynąć) na stosunki handlowe między państwami członkowskimi, lecz gdy wpływ taki można uznać za większy niż „nieznaczny” (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2013 r., sygn. akt III SK 59/12, LEX nr 1402645). Wyjaśniono przy tym, że wpływ środka regulacyjnego na stosunki handlowe między państwami członkowskimi nie wyczerpuje się w samym oddziaływaniu na wymianę ruchu telekomunikacyjnego między państwami członkowskimi (połączenia transgraniczne). Przesłanka wpływu decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na stosunki handlowe między państwami członkowskimi interpretowana jest w taki sposób, że w zdecydowanej większości przypadków uzasadnione będzie założenie, zgodnie z którym takim wpływ występuje (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 sierpnia 2013 r., sygn. akt III SK 57/12, OSNP 2014, nr 6, poz. 93).

Skoro z wyroku TSUE wydanego w sprawie C-3/14 (...) S.A. wynika, że decyzje mające na celu zapewnienie użytkownikom końcowym dostępu do numerów niegeograficznych z założenia oddziałują na stosunki handlowe między państwami członkowskimi, na Prezesie Urzędu Komunikacji Elektronicznej spoczywa obowiązek przedstawienia podstaw faktycznych stanowiska, zgodnie z którym wpływ wydanej decyzji na stosunki handlowe jest nieznaczny. Ciężar dowodu co do braku przesłanek zastosowania art. 18 ustawy - Prawo telekomunikacyjne spoczywa więc na organie regulacyjnym (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 czerwca 2016 r., sygn. akt III SK 28/13, LEX nr 2108507). Ponieważ w niniejszej sprawie Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej takich okoliczności nie przedstawił, należało uznać, że nie obalił domniemania istnienia wpływu zaskarżonej decyzji na stosunki handlowe między państwami członkowskimi (bezpośredniego lub pośredniego, rzeczywistego lub potencjalnego), który nie jest wpływem bagatelny (nieznaczny). W konsekwencji Sąd Apelacyjny przyjął, że w przedmiotowej sprawie organ regulacyjny nie udowodnił braku przesłanek zastosowania art. 18 ustawy - Prawo telekomunikacyjne.

W orzecznictwie utrwalił się pogląd, że wydanie przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej decyzji bez przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego stanowi taką jej wadę, która nie podlega konwalidacji w toku postępowania sądowego. Ponieważ w niniejszym postępowaniu organ regulacyjny nie przedstawił argumentacji uzasadniającej twierdzenie, że zaskarżona decyzja może wpływać na stosunki handlowe między państwami członkowskimi co najwyżej w stopniu nieznaczny, a także wobec istnienia powołanego wyżej domniemania, nie było podstaw do badania tej kwestii przez sąd powszechny z urzędu. Dlatego zaskarżona decyzja podlegała uchyleniu.

Wobec uchylenia zaskarżonej decyzji, niecelowe było odnoszenie się do pozostałych zarzutów apelacji powoda, w szczególności dotyczących prawidłowości przyjętego przez organ regulacyjny modelu rozliczeń.

Jednakże wskazać należy, że nie ma racji powód zarzucając Sądowi pierwszej instancji art. 479⁽⁶⁴⁾ § 1 i 2 k.p.c. w związku z art. 28 ust. 1 pkt 2 i 4 w związku z art. 30 ust. 1 i art. 28 ust. 6 ustawy - Prawo telekomunikacyjne oraz art. 110 i art. 155 k.p.a. poprzez nieprawidłowe przyjęcie, że przedmiot zaskarżonej decyzji jest tożsamy z przedmiotem regulacji w decyzjach Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 6 maja 2009 r. nr (...) i nr (...). Trafnie bowiem wskazał Sąd Okręgowy, że w art. 2 obu decyzji ich przedmiot został jednoznacznie zdefiniowany i obejmuje jedynie warunki współpracy i zasady rozliczeń za połączenia na numery niegeograficzne z zakresu numeracji 70x i 80x znajdujące się w dyspozycji (...), nie reguluje natomiast kwestii związanych z przenośnością tych numerów. Decyzje te nie regulują rozliczeń za połączenia na numery przeniesione z sieci (...) do sieci innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, natomiast kwestie te reguluje umowa o połączeniu sieci, w związku z czym jej zmiana była przedmiotem niniejszego postępowania. Zawartą w apelacji argumentację powoda należy uznać za nietrafną, jako opartą na wykładni celowościowej, sprzecznej z wykładnią językową powołanych decyzji.

Podstawą orzeczenia Sądu Apelacyjnego był art. 386 § 1 k.p.c. O kosztach procesu orzeczono na zasadzie art. 98 § 1 i 3 w związku z art. 108 § 1 k.p.c.