

Sygn. akt VI A Ca 91/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 marca 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA Irena Piotrowska

Sędziowie: SA Aldona Wapińska (spr.)

SA Marcin Łochowski

Protokolant: st. sekr. sądowy Magdalena Męczkowska

po rozpoznaniu w dniu 4 marca 2016 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) S.A. w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

z udziałem zainteresowanego (...) Sp. z o.o. w W.

o określenie warunków hurtowych rozliczeń

oraz z powództwa (...) Sp. z o.o. w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

z udziałem zainteresowanego (...) S.A. w W.

o określenie warunków hurtowych rozliczeń

na skutek apelacji pozwanego oraz powoda (...) S.A. w W.

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

z dnia 28 października 2014 r.

sygn. akt XVII AmT 23/12

1. oddała obie apelacje;

2. zasądza od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz (...) Sp. z o.o. w W. kwotę 270 zł (dwieście siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego;

3. zasądza od (...) S.A. w W. na rzecz (...) Sp. z o.o. w W. kwotę 270 zł (dwieście siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

VI A Ca 91/15

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 15 grudnia 2011 roku Nr (...) pozwany – Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej na podstawie art. 28 ust. 1 w związku z art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.) oraz art. 104 § 1 kpa, po rozpatrzeniu wniosku (...) S.A. z siedzibą w W. z dnia 10 czerwca 2011r. o wydanie decyzji określającej warunki hurtowych rozliczeń z tytułu realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora pomiędzy (...) i (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.:

I. odmówił określenia warunków hurtowych rozliczeń z tytułu realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora pomiędzy (...) a (...),

II. ustalił treść załącznika nr 1, stanowiącego integralną część niniejszej decyzji,

III. na podstawie art. 206 ust. 2aa w związku z art. 206 ust. 2 pkt 5 Pt ustalił natychmiastową wykonalność decyzji.

Od niniejszej Decyzji odwołanie wniosła (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. (obecnie (...) S.A. z siedzibą w W.), zaskarżając Decyzję w całości.

Powód zarzucił Decyzji:

1. naruszenie art. 28 ust. 1 Pt w związku z art. 41 ust. 1 Pt polegające na odmowie określenia opłat z tytułu wzajemnego korzystania z połączonych sieci związanych z realizacją przenoszenia numerów między sieciami (...) S.A., pomimo że przedmiot współpracy pomiędzy (...) i (...) odpowiada przedmiotowi współpracy, o którym mowa w art. 41 ust. 1 Pt, 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 Pt w związku z art. 7 i 77 k.p.a. oraz art. 8 k.p.a. 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 powód wniósł o:

1. zmianę zaskarżonej Decyzji poprzez nadanie punktowi I Decyzji następującego brzmienia:

„Ustalam następujące warunki współpracy w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usług przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora, pomiędzy (...) a (...):

§1

1. Umowa - umowa o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci aktualnie obowiązująca pomiędzy (...) i (...), w tym także decyzja o dostępie telekomunikacyjnym zastępująca taką umowę.

2. Biorca - strona, do której abonent wnioskuje o zawarcie umowy abonenckiej wraz z przeniesieniem numeru z sieci Dawcy.

3. Dawca - strona, której abonent wnioskuje o zawarcie umowy abonenckiej z Biorcą wraz z przeniesieniem numeru do sieci Biorcy.

4. Przeniesienie Numeru - przeniesienie numeru katalogowego przydzielonego abonentowi z sieci Dawcy do sieci Biorcy w związku z realizacją uprawnień abonenta do zachowania przydzielonego numeru przy zmianie operatora.

§2

1. Zobowiązuje się Biorcę do uiszczania na rzecz Dawcy opłaty za każdy Przeniesiony Numer w wysokości 25,39 zł netto (+VAT), w oparciu o stan numerów przeniesionych według danych z ostatniego dnia danego okresu rozliczeniowego.

2. Okresem rozliczeniowym jest miesiąc kalendarzowy.
3. Nazwę banku, jego adres i numer konta celem dokonania zapłaty należności Dawca będzie podawać każdorazowo na fakturach VAT.
4. Zapłata należności określonej w fakturze VAT nastąpi w terminie 21 dni od daty wystawienia faktury przez Dawcę.
5. Dawca wystawiający fakturę ma obowiązek dostarczyć fakturę VAT Biorcy nie później niż w terminie 7 dni od daty jej wystawienia.
6. Za datę dokonania płatności uważa się dzień wpływu należności na rachunek bankowy wierzyciela. W przypadku bezskutecznego upływu terminu płatności strona będąca wierzycielem ma prawo do naliczania odsetek ustawowych.
7. Rozliczenia z tytułu Przeniesienia Numerów będą dokonywane w ramach współpracy prowadzonej w oparciu o Umowę."

Ponadto odwołujący wnosił o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczności dotyczące:

- wysokości rzeczywistych kosztów założenia ponoszonych przez (...) i (...) w celu realizacji wniosków o przeniesienie numeru w oparciu o materiał zgromadzony w toku postępowania administracyjnego;
- wysokości kosztów założenia ponoszonych przez (...) i (...) w celu realizacji wniosków o przeniesienie numeru w oparciu o model teoretyczny na podstawie materiału zgromadzonego w toku postępowania administracyjnego.

Powód wnosił także o przeprowadzenie dowodu z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu odwołania oraz o zasądzenie na rzecz powoda kosztów procesu według norm przepisanych.

Od wymienionej Decyzji odwołanie złożył także (...) S.A. z siedzibą w W. (obecnie (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.), zaskarżając Decyzję w całości. Powód wniósł o uchylenie Decyzji w całości, a w przypadku stwierdzenia przez Sąd braku podstaw do uchylenia Decyzji - o zmianę Decyzji w całości poprzez ustalenie warunków współpracy pomiędzy (...) Sp. z o.o. i (...) S.A. w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora w następujący sposób:

„§ 1 Definicje

1. **Umowa główna** - umowa o przyłączeniu sieci i zasadach rozliczeń zawarta w dniu 23 maja 2001 r. pomiędzy (...) a (...).
2. **Porozumienie NP** - porozumienie międzyoperatorskie w sprawie realizacji usługi przenoszenia numerów zawarte w dniu 19 marca 2007 r. pomiędzy (...) a (...).
3. **Abonent** - abonent korzystający z usług świadczonych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej oraz użytkownik końcowy usługi przedpłaconej świadczonej w ruchomej publicznej sieci telefonicznej.
4. **Biorca** - Strona, do której Abonent wnioskuje o zawarcie umowy abonenckiej wraz z Przeniesieniem Numeru z sieci Dawcy.
5. **Dawca** - Strona, której Abonent wnioskuje o zawarcie umowy abonenckiej z Biorcą wraz z Przeniesieniem Numeru do sieci Biorcy.
6. **Przeniesienie Numeru** - przeniesienie numeru katalogowego przydzielonego Abonentowi z sieci Dawcy do sieci Biorcy, w związku z realizacją uprawnień Abonenta do zachowania numeru przydzielonego przy zmianie przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, w zakresie i na warunkach wskazanych w Porozumieniu NP i Umowie głównej.

§ 2 Przepisy ogólne

1. Strony realizują współpracę międzyoperatorską w zakresie przenośności numerów na podstawie niniejszego Porozumienia, a także na podstawie i na warunkach postanowień Umowy głównej oraz Porozumienia NP.

§ 3 Rozliczenia międzyoperatorskie z tytułu przenoszenia numerów

1. Z tytułu Przeniesienia Numeru, Biorca zobowiązuje się do uiszczania na rzecz Dawcy opłaty jednorazowej za każdy Numer Przeniesiony z sieci Dawcy do sieci Biorcy w wysokości 100 zł netto, w oparciu o stan Numerów Przeniesionych według danych z ostatniego dnia danego okresu rozliczeniowego. Powyższe postanowienie nie narusza warunków rozliczeń ustalonych w Umowie głównej.

2. Okresem rozliczeniowym jest miesiąc kalendarzowy.

3. Nazwę banku, jego adres i numer konta celem dokonania zapłaty należności Dawca będzie podawać każdorazowo na fakturach VAT.

4. Zapłata należności określonej w fakturze VAT nastąpi w terminie 21 dni od daty wystawienia faktury przez Dawcę.

5. Dawca wystawiający fakturę ma obowiązek dostarczyć fakturę VAT Biorcy nie później niż w terminie 7 dni od daty jej wystawienia.

6. Za datę dokonania płatności uważa się dzień wpływu należności na rachunek bankowy Dawcy. W przypadku bezskutecznego upływu terminu płatności Dawca ma prawo do naliczania odsetek ustawowych.

7. Należności wzajemnie Stron wynikające z realizacji postanowień niniejszego Porozumienia będą podlegać potrąceniu."

a w przypadku uznania przez Sąd, iż wskazana powyżej opłata w wysokości 100 złotych netto nie znajduje uzasadnienia - wniósł o ustalenie określonych powyżej warunków współpracy (...) S.A. i (...) Sp. z o.o., w tym opłaty hurtowej z tytułu przeniesienia pojedynczego numeru telefonicznego z sieci Dawcy do sieci Biorcy w wysokości 25,39 złotych netto za przeniesienie pojedynczego numeru telefonicznego lub 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).

III. zasądzenie na rzecz (...) S.A. kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według obowiązujących przepisów prawa.

Jednocześnie z ostrożności procesowej powód wskazał, że w przypadku uznania przez Sąd, iż nie zachodzą podstawy prawne dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie, na skutek odwołania od Decyzji wniesionego przez (...) S.A., odnośnie do ustalania warunków świadczeń (...) S.A. na rzecz (...) Sp. z o.o. objętych przedmiotem sporu, w tym w zakresie opłaty, jaka miałaby być wnoszona przez (...) S.A. na rzecz (...) Sp. z o.o. z tytułu przeniesienia pojedynczego numeru telefonicznego z sieci Dawcy do sieci Biorcy - odwołanie (...) S.A. pozostaje aktualne w zakresie świadczeń należnych od (...) Sp. z o.o. na rzecz (...) S.A. W takim przypadku (...) S.A. wniósł o orzeczenie przez Sąd zmiany Decyzji w taki sposób, aby ustalone zostały warunki wynagrodzenia przysługującego (...) S.A. od (...) Sp. z o.o. z tytułu przeniesienia pojedynczego numeru telefonicznego z sieci Dawcy do sieci Biorcy. Zmiana polegać powinna na ustaleniu warunków współpracy stron zgodnie z treścią żądania określonego w pkt II powyżej, z zastrzeżeniem jednak, że jako (...) wskazana zostanie wyłącznie (...) Sp. z o.o. („Biorca - (...), której Abonent wnioskuje o zawarcie Umowy Abonenckiej wraz z Przeniesieniem Numeru z sieci Dawcy").

Powód wniósł także o przeprowadzenie szeregu dowodów z dokumentów zawartych w aktach sprawy administracyjnej oraz załączonych w niniejszym odwołaniu na wskazane w odwołaniu okoliczności oraz o przesłuchanie w charakterze świadka J. Z. (pracownika (...) S.A.) - na okoliczność rodzaju i wysokości kosztów ponoszonych przez (...) S.A.

w ramach procesu przenoszenia numerów telefonicznych z sieci ruchomej (...) S.A. do sieci innych operatorów komórkowych oraz metodologii ustalania wysokości tych kosztów.

Zaskarżonej Decyzji powód zarzucił naruszenie:

I. art. 104 § 1 i 2 Kodeksu postępowania administracyjnego w zw. z art. 28 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 roku Prawo telekomunikacyjne (dalej „Pt”) - poprzez wydanie decyzji administracyjnej, której istotą jest odmowa rozstrzygnięcia sprawy, pomimo istnienia kompetencji Prezesa UKE oraz podstawy prawnej dla merytorycznego rozstrzygnięcia wniosku wszczynającego postępowanie administracyjne oraz spełnienia przewidzianych prawem przesłanek wydania decyzji ustalającej warunki dostępu telekomunikacyjnego;

II. 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 pomiędzy (...) S.A. i (...) Sp. z o.o. w zakresie opłat hurtowych za przeniesienie numeru telefonicznego przy zmianie operatora, z uwagi na potrzebę zapewnienia niedyskryminujących warunków dostępu telekomunikacyjnego;

III. art. 28 ust. 1 Pt w zw. z art. 41 Pt - poprzez odmowę ustalenia warunków rozliczeń (...) S.A. i (...) Sp. z o.o. pomimo wystąpienia prawnych przesłanek uzasadniających ustalenie tych warunków oraz pomimo dostępności alternatywnej metody weryfikacji (ustalania) wysokości opłat (benchmarking);

IV. 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 (dalej „Dyrektywa o usłudze powszechnej”) oraz art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej - poprzez przyjęcie przez organ 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;

V. 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.

Powód wyraził pogląd, iż w przypadku zaskarżenia Decyzji również przez (...) Sp. z o.o. zasadnym będzie połączenie przez Sąd spraw objętych odwołaniami (...) S.A. i (...) Sp. z o.o. do łącznego rozpoznania i rozstrzygnięcia.

Wyrokiem z dnia 28 października 2014 r. Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił zaskarżoną Decyzję i zasądził od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. (poprzednio (...) S.A. z siedzibą w W.) oraz na rzecz (...) S.A. z siedzibą w W. (poprzednio (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.) kwoty po 460 zł tytułem kosztów procesu. Podstawą rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego były następujące ustalenia faktyczne i rozważania prawne:

(...) i (...) są stronami zawartej dnia 23 maja 2001r. Umowy w sprawie warunków współpracy i zasad rozliczeń, która określa zasady współpracy spółek w zakresie połączenia sieci ruchomej i sieci stacjonarnej (...) z siecią ruchomą (...). W dniu 19 marca 2007 r. (...) i (...) zawarły porozumienie w sprawie realizacji usługi przenoszenia numerów.

W związku z wejściem w życie uregulowań prawnych określających nowe zasady przenoszenia numerów oraz znoszących opłatę detaliczną za przeniesienie przydzielonego numeru, pismem z dnia 17 lutego 2010 r. (...) wystąpiła do (...) o rozpoczęcie negocjacji dotyczących ustalenia opłaty hurtowej z tytułu realizacji usługi przeniesienia numeru.

Pismem z dnia 10 czerwca 2011 r. (...) wystąpił do Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z wnioskiem o ustalenie warunków hurtowych rozliczeń z tytułu realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora pomiędzy (...) a (...), w sposób określony w załączonym do wniosku projekcie porozumienia. (...) jednocześnie zastrzegł treść załącznika nr 4 do swojego wniosku.

Pismem z dnia 14 czerwca 2011 r. Prezes UKE poinformował Spółki o wszczęciu w dniu 13 czerwca 2011 r. postępowania o wydanie decyzji określającej warunki hurtowych rozliczeń z tytułu realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru telefonicznego przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora pomiędzy (...) a (...) oraz zwrócił się do (...) o przedstawienie stanowiska w przedmiocie wniosku (...) w terminie 7 dni od dnia otrzymania zawiadomienia o wszczęciu postępowania.

Pismem z dnia 14 czerwca 2011 r. (...) przedstawił wersję jawną swojego załącznika nr 4 do wniosku z dnia 10 czerwca 2011 r.

Postanowieniem z dnia 18 lipca 2011 r. Prezes UKE ograniczył (...) prawo wglądu do materiału dowodowego zawartego w załączniku nr 4 do wniosku (...) z dnia 10 czerwca 2011 r. w zakresie kosztu świadczenia usługi przenoszenia numerów oraz sposobu jego kalkulacji w sieci (...).

Pismem z dnia 06 września 2011 r. Prezes UKE poinformował Spółki o włączeniu do materiału dowodowego:

- wyjaśnień (...) S.A. (...) z siedzibą w W. z dnia 19 października 2010 r. oraz z dnia 10 lutego 2011 r. w zakresie kosztów ponoszonych przez (...) za przenoszenie numerów z sieci (...),

- wyjaśnień (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. (...) z dnia 20 października 2010 r. oraz z dnia 11 lutego 2011 r. w zakresie kosztów ponoszonych przez (...) za przenoszenie numerów z sieci (...),

- wyjaśnień (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. z dnia 18 października 2010 r. oraz z dnia 8 lutego 2011 r. w zakresie kosztów ponoszonych przez (...) za przenoszenie numerów z sieci (...),

- wyjaśnień (...) z dnia 15 października 2010 r. oraz z dnia 10 lutego 2011 r. w zakresie kosztów ponoszonych przez (...) za przenoszenie numerów z sieci (...),

- wyjaśnień (...) z dnia 20 października 2010 r. oraz z dnia 11 lutego 2011 r. w zakresie kosztów ponoszonych przez (...) za przenoszenie numerów z sieci (...),

- 15th Progress Report on the Single European Electronic Communications Market - 2009,

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

Postanowieniem z dnia 07 września 2011 r. Prezes UKE ograniczył (...) prawo wglądu do materiału dowodowego zawartego w:

- wyjaśnieniach (...) z dnia 18 października 2010 r. oraz z dnia 8 lutego 2011 r. w zakresie kosztów ponoszonych przez (...) za przenoszenie numerów z sieci (...),

- wyjaśnieniach (...) z dnia 15 października 2010 r. oraz z dnia 10 lutego 2011 r. w zakresie kosztów ponoszonych przez (...) za przenoszenie numerów z sieci (...),

- wyjaśnieniach (...) z dnia 19 października 2010 r. w zakresie kosztów ponoszonych przez (...) za przenoszenie numerów z sieci (...),

w zakresie w jakim pisma te zawierają w swej treści informacje, które spełniają przesłanki zawarte w art. 11 ust. 4 u.z.n.k., pozwalające uznać je za tajemnicę przedsiębiorstwa, w zakresie ponoszonych kosztów oraz realizacji przez (...), (...), (...) usługi przenośności numerów ze swoich sieci.

Postanowieniem z dnia 07 września 2011 r. Prezes UKE ograniczył (...) prawo wglądu do materiału dowodowego zawartego w:

- wyjaśnieniach (...) z dnia 19 października 2010 r. w zakresie kosztów ponoszonych przez (...) za przenoszenie numerów z sieci (...),

- wyjaśnieniach (...) z dnia 18 października 2010 r. oraz z dnia 8 lutego 2011 r. w zakresie kosztów ponoszonych przez (...) za przenoszenie numerów z sieci (...),

- wyjaśnieniach (...) z dnia 20 października 2010 r. oraz z dnia 11 lutego 2011 r. w zakresie kosztów ponoszonych przez (...) za przenoszenie numerów z sieci (...),

w zakresie w jakim pisma te zawierają w swej treści informacje, które spełniają przesłanki zawarte w art. 11 ust. 4 u.z.n.k, pozwalające uznać je za tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. w zakresie ponoszonych kosztów.

W dniach od 23 września 2011 r. do 23 października 2011 r. Prezes UKE przeprowadził postępowanie konsultacyjne odnośnie projektu decyzji odmawiającej określenia warunków współpracy w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora pomiędzy (...) a (...). W ramach postępowania konsultacyjnego do Prezesa UKE nie wpłynęła żadna opinia.

Pismem z dnia 09 listopada 2011 r. Prezes UKE poinformował Spółki, że mogą zapoznać się z materiałem zgromadzonym w sprawie, a także wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań w terminie siedmiu dni od dnia otrzymania zawiadomienia. W piśmie tym Prezes UKE poinformował Strony o włączeniu do materiału dowodowego kopii „Oferty ramowej określającej ramowe warunki dostępu telekomunikacyjnego w zakresie rozpoczynania i zakańczania połączeń, hurtowego dostępu do sieci (...), dostępu do łączy abonenckich w sposób zapewniający dostęp pełny lub współdzielony, dostępu do łączy abonenckich poprzez węzły sieci telekomunikacyjnej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych", zatwierdzonej decyzją Prezesa UKE z dnia 29 września 2010 r. oraz zmienionej decyzją Prezesa UKE z dnia 5 kwietnia 2011 r.

Zdaniem Sądu Okręgowego odwołania (...) S.A. oraz (...) Sp. z o.o. okazały się uzasadnione.

Obie strony zarzuciły Prezesowi UKE naruszenie art. 28 ust. 1 w zw. z art. 41 ustawy z dnia 16 lipca 2004r. Prawo telekomunikacyjne poprzez odmowę określenia warunków hurtowych rozliczeń pomiędzy tymi operatorami z tytułu realizacji usługi przeniesienia numeru przy zmianie operatora, pomimo podstawy prawnej do wydania takiego rozstrzygnięcia. Ponadto (...) zarzucił Decyzji naruszenie art. 104 § 1 i 2 k.p.a. poprzez wydanie decyzji administracyjnej, której istotą jest odmowa rozstrzygnięcia sprawy, pomimo istnienia kompetencji Prezesa UKE do merytorycznego rozstrzygnięcia wniosku wszczynającego postępowanie administracyjne oraz spełnienie przesłanek prawnych wydania decyzji ustalającej warunki dostępu.

Sąd pierwszej instancji wskazał, iż zgodnie z art. 104 k.p.a. organ administracji publicznej co do zasady załatwia sprawę przez wydanie decyzji, która rozstrzyga co do jej istoty w całości lub w części, albo w inny sposób kończy sprawę w danej instancji. W doktrynie prawa przyjęto, że elementem kwalifikującym dane działanie jako decyzję jest cel tego działania, który musi przejawiać się w załatwieniu sprawy administracyjnej będącej przedmiotem postępowania administracyjnego lub zakończeniu postępowania w tej sprawie, czyli zastosowaniu norm prawa administracyjnego lub procesowego (A. Wiktorowska. Postępowanie administracyjne - ogólne, podatkowe i egzekucyjne, Warszawa 1998, s. 135). O ile jednak decyzja stanowi określoną czynność procesową, to podstawę prawną do jej wydania należy wywieść z powszechnie obowiązujących przepisów prawa materialnego.

Prezes UKE jako podstawę prawną wskazał art. 28 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, który to przepis przewiduje kompetencje Prezesa UKE do rozstrzygania sporów związanych z dostępem telekomunikacyjnym w terminie 90 dni od dnia złożenia wniosku, o którym mowa w art. 27 ust. 2 i 2b Pt. W myśl przepisu art. 27 ust. 2 Pt każda ze stron uprawniona jest do zwrócenia się do Prezesa UKE z wnioskiem o rozstrzygnięcie sporu dotyczącego odmowy połączenia sieci lub niezawarcia umowy o dostępie – o wydanie rozstrzygnięcia kwestii spornych lub określenia warunków współpracy. Z kolei zgodnie z art. 31 ust. 3 pkt. 5 lit. b Pt umowa o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie

połączenia sieci może także zawierać, w zależności od rodzajów łączonych sieci, odpowiednie postanowienia dotyczące przenoszenia numerów. Podstawę do żądania przez abonenta przeniesienia numerów przy zmianie dostawcy usług przeniesienia przydzielonego numeru do istniejącej sieci operatora reguluje art. 71 Pt. Za przeniesienie przydzielonego numeru nie pobiera się opłat od abonenta, natomiast koszty związane z realizacją przenoszenia numerów między sieciami stosownie do art. 41 Pt pokrywane są jako opłaty ponoszone przez operatorów za wzajemne korzystanie z łączonych sieci, przy czym opłaty te powinny uwzględniać ponoszone koszty. Także w myśl art. 30 ust. 2 Dyrektywy nr 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 07 marca 2002r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności praw użytkowników (Dyrektywa o usłudze powszechnej, Dz.U.U.E.L.2002.108.51) krajowe organy regulacyjne zapewniają, aby ceny ustalane przez operatorów lub dostawców usług związane z przenoszeniem numerów były zorientowane na koszty oraz aby bezpośrednie obciążenia abonentów, jeśli takie są, nie zniechęcały abonentów do zmiany dostawców usług.

Biorąc pod uwagę powyższe unormowania Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że zgodnie z art. 28 ust. 1 Pt na Prezesie UKE ciążył obowiązek merytorycznego rozstrzygnięcia sporu, tj. wydania decyzji zastępującej umowę o dostępie telekomunikacyjnym poprzez określenie kosztów, jakie powinny ponosić strony z tytułu przenoszenia numerów. Skoro bowiem kwestią sporną pomiędzy stronami było ustalenie opłaty hurtowej z tytułu realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług, która jest elementem umowy o dostępie, to winna być ona uregulowana decyzją Prezesa UKE zastępującą umowę stron. W ocenie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o obowiązku ciężącym na Prezesie UKE w tym względzie świadczy także językowa wykładnia art. 30 ust. 2 powołanej Dyrektywy o usłudze powszechnej, zawierający sformułowanie „krajowe organy regulacyjne zapewniają, aby ceny ustalane przez operatorów lub dostawców usług związane z przenoszeniem numerów były zorientowane na koszty”, przez co należy rozumieć, iż organy te odpowiadają za ustalenie kosztów za przeniesienie numerów czy to w drodze decyzji zastępującej umowę, czy też poprzez wprowadzenie instrumentów systemowych kształtujących wysokość tych kosztów. Jak wskazuje art. 30 ust. 3 tej Dyrektywy krajowe organy regulacyjne nie narzucają taryf detalicznych za przenoszenie numerów w sposób, który zakłócałby konkurencję, na przykład przez ustanawianie szczególnych lub wspólnych taryf detalicznych. Dodatkowo z art. 30 ust. 4 tej Dyrektywy wynika, że to właśnie organy krajowe mogą ustanowić ogólne zasady procesu przenoszenia numerów, uwzględniając krajowe przepisy o umowach, możliwości techniczne oraz potrzebę zachowania ciągłości usług świadczonych abonentowi. W każdym przypadku brak usługi w trakcie procesu przenoszenia nie przekracza jednego dnia roboczego. Właściwe organy krajowe uwzględniają także w razie potrzeby środki zapewniające ochronę abonentów w trakcie przenoszenia numeru oraz zapewniają, aby ich numery nie były przenoszone do innego dostawcy usług wbrew ich woli.

W ocenie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zaskarżona Decyzja Prezesa UKE nie odpowiada zatem powyższym wymogom, gdyż w ogóle o kosztach za przeniesienie numerów nie rozstrzyga.

Sąd pierwszej instancji podkreślił, iż Prezes UKE – jako regulator rynku – posiada szerokie kompetencje oraz instrumenty prawne pozwalające mu na pozyskanie dowodów dla rozstrzygnięcia istotnych dla rynku telekomunikacyjnego kwestii. Zdaniem Sądu możliwe i konieczne było więc w niniejszej sprawie określenie przez Prezesa UKE wysokości opłat uwzględniających ponoszone koszty, opartych na uzasadnionych kryteriach w oparciu o ustaloną metodologię, w czym pomocny może okazać się wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13.07.2006 r. w sprawie C-438/04 (...) SA przeciwko (...) (LEX nr 226777), w którym uznano, że do kosztów przeniesienia numeru należy zaliczyć koszty założenia i koszty ruchu oraz wyjaśniono, co należy pod pojęciem tych kosztów rozumieć. Sąd Okręgowy zauważył, iż także art. 42 Preambuły Dyrektywy o usłudze powszechnej może być wskazówką dla ustalenia opłaty, gdyż dopuszcza on uwzględnienie cen dostępnych na porównywalnych rynkach (benchmark), co zresztą podnosił sam Prezes UKE w uzasadnieniu zaskarżonej Decyzji, odwołując się również do wyroku ETS i wskazując na sposób ustalania metodologii obliczania opłaty z tytułu usługi przenoszenia numerów.

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznał, iż nie zasługuje na akceptację argumentacja pozwanego, że przedstawione przez (...) dane cechował duży stopień ogólności – bez podziału na konkretne koszty, bez wskazania metodologii ich liczenia – oraz, że dane wskazane przez innych operatorów były odmienne od przekazanych przez

(...). Nie zwalniało to Prezesa UKE od podjęcia działań celem wyjaśnienia wszystkich okoliczności sprawy, pozyskania możliwych danych oraz określenia metodologii obliczania tejże opłaty i jej obliczenia.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Okręgowy na podstawie art. 479⁽⁶⁴⁾ § 2 k.p.c. uchylił Decyzję w całości, jako nieodpowiadającą prawu, stosownie do zakresu zaskarżenia tej Decyzji zarówno przez (...) S.A., jak i (...) Sp. z o.o. Sąd pierwszej instancji uznał, iż nie był władny zmienić Decyzji Prezesa UKE zgodnie z żądaniem powoda, gdyż wymagałoby to przeprowadzenia całościowych ustaleń dotyczących przesłanek wprowadzenia opłat hurtowych rozliczeń z tytułu usługi przeniesienia przydzielonego numeru telefonicznego przy zmianie dostawcy i ustalania ich wysokości, co leży w gestii organu regulacyjnego, który niewątpliwie posiada najszerszą wiedzę o cenach stosowanych na rynku krajowym i rynkach porównywalnych. Zdaniem Sądu Okręgowego to Prezes UKE jest kompetentny w przedmiocie pozyskania danych w ramach infiltracji rynków, pozwalających na oszacowanie ww. opłat hurtowych rozliczeń i samodzielnie zgromadzony merytoryczny materiał dowodowy powinien przedstawić w postępowaniu sądowym, a Sąd powinien weryfikować prawidłowość stanowiska Prezesa Urzędu, a nie „zastępować” Prezesa Urzędu, wchodząc w jego rolę i spełniając jego zadania w postępowaniu sądowym. Informacje potrzebne do zbadania zasadności odwołania winny być w głównej mierze zawarte w zgromadzonym dotychczas materiale dowodowym, którego obowiązek zebrania ciążył na organie regulacyjnym w toku prowadzonego postępowania administracyjnego. Takie rozłożenie ciężarów i zadań w postępowaniu pozwala na skuteczną realizację prawa strony do odwołania się, chociażby wynikającego z art. 4 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 07 marca 2002r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa) (Dz.U.UE.L.2002.108.33), którego wykładni dokonał Trybunał Sprawiedliwości w powoływanym wyroku z dnia 13 lipca 2006r. w sprawie C-438/04, stwierdzając, iż wspomniany artykuł dyrektywy 2002/21 należy interpretować w ten sposób, że organ powołany do rozpoznania odwołania od decyzji krajowego organu regulacyjnego powinien dysponować wszelkimi informacjami niezbędnymi do zbadania jego zasadności, w tym w razie potrzeby informacjami poufnymi, które organ regulacyjny brał pod uwagę przy wydawaniu decyzji będącej przedmiotem odwołania. Zadaniem organu odwoławczego jest zapewnienie, w ramach toczącego się przed nim postępowania, zachowania poufności tych informacji, z jednoczesnym poszanowaniem wymogów skutecznej ochrony prawnej i zagwarantowaniem prawa do obrony stron sporu.

O kosztach procesu Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów orzekł na podstawie art. 98 i 99 k.p.c., stosownie do wyniku sporu.

Powyższy wyrok Sądu Okręgowego zaskarżyli apelacjami powód (...) S.A. (poprzednio (...) Sp. z ograniczoną odpowiedzialnością) w W. oraz pozwany Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

Powód (...) S.A. zaskarżył powyższy wyrok w części uchylającej decyzję Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 15 grudnia 2011 r. nr (...) i w części odmawiającej ustalenia opłat na rzecz (...) za numery przeniesione do sieci (...) sp. z o.o. Zaskarżonemu wyrokowi powód zarzucił:

a) naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 227 k.p.c. w związku z art. 278 § 1 k.p.c., mające istotny wpływ na wynik sprawy, polegające na nieprzeprowadzeniu dowodów z opinii biegłego na okoliczności dotyczące:

- wysokości rzeczywistych kosztów założenia ponoszonych przez (...) sp. z o.o. i (...) w celu realizacji wniosków o przeniesienie numeru w oparciu o materiał zgromadzony w toku postępowania administracyjnego;

- wysokości kosztów założenia ponoszonych przez (...) i (...) w celu realizacji wniosków o przeniesienie numerów w oparciu o model teoretyczny na podstawie materiału zgromadzonego w toku postępowania administracyjnego;

co nastąpiło wskutek nieprawidłowego przyjęcia, że Sąd rozpoznając odwołanie od decyzji Prezesa UKE nie jest uprawniony do ustalenia wysokości opłat,

b) naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 479⁽⁶⁴⁾ § 2 k.p.c. mające istotny wpływ na wynik sprawy, polegające na uchyleniu zaskarżonej decyzji w całości, pomimo uznania, że Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej naruszył

przepisy prawa, odmawiając zaskarżoną decyzją określenia warunków współpracy pomiędzy (...) a (...) w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora, w sytuacji gdy (...) wniósł w odwołaniu o zmianę decyzji i jednocześnie o przeprowadzenie dowodów zmierzających do ustalenia prawidłowej wysokości opłat (...), co oznacza, że Sąd powinien rozstrzygnąć sprawę co do istoty, tj. zmienić zaskarżoną decyzję poprzez ustalenie opłat (...).

Wskazując na powyższe zarzuty powód (...) S.A. wniósł o

zmianę zaskarżonego wyroku w części poprzez zmianę zaskarżonej decyzji w części poprzez nadanie punktowi I decyzji następującego brzmienia:

„Ustalam następujące warunki współpracy w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usług przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usługi do sieci innego operatora, pomiędzy (...) S.A. a (...) Sp. z o.o.:

§1

1. Umowa - umowa o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci ruchomych aktualnie obowiązująca pomiędzy (...) S.A. a (...) Sp. z o.o., w tym także decyzja o dostępie telekomunikacyjnym zastępująca taką umowę.
2. Biorca - strona, do której abonent wnioskuje o zawarcie umowy abonenckiej wraz z przeniesieniem numeru z sieci Dawcy.
3. Dawca - strona, której abonent wnioskuje o zawarcie umowy abonenckiej z Biorcą wraz z przeniesieniem numeru do sieci Biorcy.
4. Przeniesienie Numeru - przeniesienie numeru katalogowego przydzielonego abonentowi z sieci Dawcy do sieci Biorcy w związku z realizacją uprawnień abonenta do zachowania przydzielonego numeru przy zmianie operatora.

§2

1. Zobowiązuje się (...) Sp. z o. o. będącego Biorcą do uiszczania na rzecz (...) S.A., w sytuacji, gdy występuje w charakterze Dawcy, opłaty w wysokości 25,39 zł netto (+VAT) za każdego abonenta, którego numer, numery lub zakresy numerów zostały przeniesione do sieci (...) Sp. z o.o., w danym okresie rozliczeniowym w oparciu o stan numerów przeniesionych według danych z ostatniego dnia danego okresu rozliczeniowego."
2. Okresem rozliczeniowym jest miesiąc kalendarzowy.
3. Nazwę banku, jego adres i numer konta celem dokonania zapłaty należności Dawca będzie podawać każdorazowo na fakturach VAT.
4. Zapłata należności określonej w fakturze VAT nastąpi w terminie 21 dni od daty wystawienia faktury przez Dawcę.
5. Dawca wystawiający fakturę ma obowiązek dostarczyć fakturę VAT Biorcy nie później niż w terminie 7 dni od daty jej wystawienia.
6. Za datę dokonania płatności uważa się dzień wpływu należności na rachunek banków wierzyciela. W przypadku bezskutecznego upływu terminu płatności strona będąca wierzycielem ma prawo do naliczania odsetek ustawowych.
7. Rozliczenia z tytułu Przeniesienia Numerów będą dokonywane w ramach współpracy prowadzonej w oparciu o Umowę."

b) ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia wniosku z pkt a, o uchylenie zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania,

c) na podstawie art. 380 k.p.c. o rozpoznanie postanowienia Sądu pierwszej instancji z dnia 26 czerwca 2014 r. o oddaleniu wniosku powoda o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczności dotyczące:

- wysokości rzeczywistych kosztów założenia ponoszonych przez (...) i (...) w celu realizacji wniosków o przeniesienie numeru w oparciu o materiał zgromadzony w toku postępowania administracyjnego;

- wysokości kosztów założenia ponoszonych przez (...) i (...) w celu realizacji wniosków o przeniesienie numeru w oparciu o model teoretyczny na podstawie materiału zgromadzonego w toku postępowania administracyjnego;

d) przeprowadzenie dowodu (lub dowodów) z opinii biegłego na okoliczności dotyczące:

- wysokości rzeczywistych kosztów założenia ponoszonych przez (...) i (...) w celu realizacji wniosków o przeniesienie numeru w oparciu o materiał zgromadzony w toku postępowania administracyjnego;

- wysokości kosztów założenia ponoszonych przez (...) i (...) w celu realizacji wniosków o przeniesienie numerów w oparciu o model teoretyczny na podstawie materiału zgromadzonego w toku postępowania administracyjnego;

e) przeprowadzenie dowodu z dokumentu urzędowego, tj. z „Oferty ramowej określającej ramowe warunki dostępu telekomunikacyjnego w zakresie rozpoczynania i zakańczania połączeń, hurtowego dostępu do sieci (...), dostępu do łączy abonenckich w sposób zapewniający dostęp pełny lub współdzielony, dostępu do łączy abonenckich poprzez węzły sieci telekomunikacyjnej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych”, zatwierdzonej decyzją Prezesa UKE z dnia 29 września 2010 r. oraz zmienionej decyzją Prezesa UKE z dnia 5 kwietnia 2011 r. na okoliczność co do tego, jaką opłatę za przenoszalność numeru obowiązana jest stosować (...) S.A. (obecnie (...));

f) zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwany Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej zaskarżył wyrok Sądu Okręgowego w całości, zarzucając:

1. naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 479⁽⁶⁴⁾ § 2 k.p.c. w zw. 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 elektronicznej (dyrektywa ramowa) poprzez niewłaściwe zastosowanie polegające na uchyleniu decyzji Prezesa UKE z dnia 15 grudnia 2011 r. nr (...), pomimo że nie wystąpiły okoliczności uzasadniające takie rozstrzygnięcie i jednocześnie istniała możliwość merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy;

2. naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 479⁽⁶⁴⁾ § 1 k.p.c., poprzez jego niezastosowanie, w sytuacji, gdy odwołanie nie zawierało zarzutów uzasadniających jego uwzględnienie oraz gdy istniała podstawa prawna do wydania Decyzji oraz naruszenie art. 479⁽⁶⁴⁾ § 2 k.p.c., poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na uchyleniu zaskarżonej Decyzji, gdy nie było ku temu przesłanek oraz na wadliwym działaniu SOKiK, który w niniejszej sprawie rozstrzygał jako sąd formalnie kontrolujący wydanie decyzji przez Prezesa UKE, a nie jak sąd merytorycznie badający sprawę;

3. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 28 ust. 1 i 3 w związku z art. 31 ust. 2 pkt 3 lit. a) oraz ust. 3 pkt 5 lit. b) ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (tekst jedn. Dz. U. z 2014 roku, poz. 243), poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że Prezes UKE ma obowiązek określić warunki hurtowych rozliczeń z tytułu usługi przeniesienia przydzielonego numeru telefonicznego przy zmianie dostawcy usług, gdy z brzmienia powyższego przepisu wynika, iż Prezes UKE może wprowadzić takie rozstrzygnięcie do treści decyzji,

4. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 28 ust. 1 i 3 w związku z art. 41 Pt, poprzez uznanie, że możliwe jest oszacowanie opłat hurtowych rozliczeń z tytułu usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług,

5. naruszenie prawa materialnego art. 28 ust. 1 Pt w zw. z art. 5 ust. 1, 2 i 4 dyrektywy 2002/19 WE w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (dyrektywa o dostępie) w zw. z art. 8 dyrektywy ramowej poprzez uznanie, iż Prezes UKE miał obowiązek podjęcia decyzji zastępującej umowę o połączeniu sieci, w której zostałaby ustalona opłata za przeniesienie numeru, gdy orzecznictwo SN wskazuje, że podejmowane przez Prezesa UKE rozstrzygnięcia (w tym także na podstawie art. 28 ust. 1 Pt) stanowiące „środki” w rozumieniu prawa unijnego muszą być obiektywne, przejrzyste, proporcjonalne i niedyskryminacyjne oraz mogą być podejmowane jedynie w uzasadnionych przypadkach, a na (...) Sp. z o.o. i (...) S.A. nie ciążył obowiązek regulacyjny w zakresie prowadzenia rachunkowości regulacyjnej.

Wskazując na powyższe zarzuty apelujący wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez orzeczenie oddalenia odwołania powodów oraz zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych za obydwie instancje, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji oraz pozostawienie temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego.

Powód (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. wnosił o oddalenie obu apelacji i zasądzenie na jego rzecz kosztów procesu za drugą instancję według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Obie apelacje nie zasługiwały na uwzględnienie, albowiem zarówno ustalenia faktyczne, jak i ich ocena prawna zostały przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów dokonane prawidłowo. Sąd Apelacyjny w pełni je podziela i przyjmuje za własne.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do apelacji pozwanego Prezesa UKE wskazać należy, iż zarzuty naruszenia prawa procesowego podniesione w pkt 1 i 2 petitum apelacji powinny być analizowane łącznie, albowiem w istocie dotyczą tego samego rzekomego uchybienia Sądu pierwszej instancji, na co wskazuje nie tylko brzmienie tych zarzutów, ale także ich uzasadnienie zarzutów. Pozwany zarzuca bowiem Sądowi Okręgowemu, iż nieprawidłowo uchylił Decyzję, podczas gdy – w ocenie Prezesa UKE – powinien był ją zmienić, a celem uzasadnienia powyższej tezy obszernie przytacza fragmenty orzeczeń Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych, dotyczące kompetencji Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w zakresie rozstrzygania spraw z odwołań od decyzji Prezesa UKE, z których to orzeczeń wynika w szczególności, iż uchylenie owych decyzji jest dopuszczalne wyłącznie w przypadku stwierdzenia braku podstaw do ich wydania, względnie – w razie stwierdzenia innych kwalifikowanych wad takich decyzji, które nie podlegają konwalidacji w postępowaniu przed sądem. Na tej podstawie Prezes UKE wywodzi, że Sąd pierwszej instancji powinien był zmienić Decyzję poprzez określenie warunków rozliczeń między (...) a (...), związanych z realizacją usługi (...), bowiem „istniała możliwość merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy”. Jednakże należy zauważyć – na co trafnie wskazywał powód (...) sp. z o.o. w odpowiedzi na apelację pozwanego – iż stanowisko Prezesa UKE w powyższym zakresie jest niespójne i niekonsekwentne, bowiem zarówno w ramach uzasadnienia Decyzji, jak i na etapie postępowania sądowego z odwołania od Decyzji, pozwany podstawą swojej argumentacji uczynił tezę, iż ustalenie kosztów ponoszonych przez operatorów w związku z realizacją usługi (...) było „obiektywnie niemożliwe”, w związku z czym brak było możliwości merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy, natomiast aktualnie – na etapie postępowania apelacyjnego – stawia twierdzenie wprost przeciwne, tj.

że SOKiK powinien był ustalić wysokość stawek opłaty (...) między przedsiębiorcami.

Niezależnie od wskazanej wyżej niekonsekwencji i wewnętrznej sprzeczności w stanowisku Prezesa UKE, wskazać należy, iż pogląd, jakoby w niniejszej sprawie nie zachodziły podstawy do uchylenia Decyzji, jest nietrafny i nie podważają tego przytaczane przez Pozwanego w apelacji wyroki. Istotą Decyzji zaskarżonej w niniejszej sprawie jest odmowa przez Prezesa UKE określenia warunków rozliczeń między Powodami związanych ze świadczeniem usługi (...), ze względu na rzekomo „obiektywną niemożliwość” ustalenia ponoszonych przez Strony kosztów (które powinny być uwzględnione przy określaniu opłaty (...)). Kluczowe zatem znaczenie w niniejszej sprawie mają dwa zagadnienia: po pierwsze – kwestia dopuszczalności zakończenia przez Prezesa UKE sprawy z wniosku o

wydanie decyzji o dostępie telekomunikacyjnym poprzez odmowę określenia warunków współpracy co do kwestii spornych między stronami; po drugie – kwestia dopuszczalności „usprawiedliwienia” takiego postępowania organu rzekomymi niemożliwymi do przezwyciężenia trudnościami w zgromadzeniu materiału dowodowego, stanowiącego podstawę do rozstrzygnięcia sprawy co do meritum. Obie powyższe kwestie zostały prawidłowo ocenione przez SOKiK i legły u podstaw zaskarżonego w niniejszym postępowaniu apelacyjnym wyroku. Sąd pierwszej instancji słusznie wskazał bowiem, iż w sytuacji, w której istniały podstawy prawne oraz spełnione zostały przesłanki do wydania decyzji o dostępie telekomunikacyjnym, na Prezesie UKE ciążył obowiązek merytorycznego rozstrzygnięcia sporu i jednocześnie, że ewentualne trudności w pozyskaniu danych kosztowych, nie mogą uzasadniać uchylenia się od takiego rozstrzygnięcia, zwłaszcza w sytuacji, gdy w toku postępowania administracyjnego pozwany nie podjął jakichkolwiek czynności celem ich uzyskania.

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów stwierdził więc dwa rodzaje uchybień ze strony Prezesa UKE, z których każde – niezależnie – przesądzało o konieczności uchylenia Decyzji. Pierwsze uchybienia dotyczą podstaw prawnych Decyzji, związane z niedopuszczalnością - na tle art. 104 § 1 i 2 k.p.a. w zw. z art. 28 ust. 1 i art. 41 Pt - zakończenia postępowania z wniosku (...) o określenie warunków rozliczeń hurtowych między operatorami odmową określenia takich warunków przez Organ (która stanowiła w istocie zaniechanie merytorycznego rozstrzygnięcia wniosku (...)) w sytuacji, gdy istniała podstawa prawna oraz zostały spełnione przesłanki do wydania decyzji o dostępie telekomunikacyjnym (na co wskazał sam Organ w uzasadnieniu Decyzji). Niedopuszczalność takiego działania Organu wynikała zwłaszcza z faktu, iż wydanie decyzji o dostępie telekomunikacyjnym, w świetle brzmienia art. 28 ust. 1 Pt i zważywszy na istnienie kwestii spornej między Powodami, nie podlega swobodnemu uznaniu Prezesa UKE. Przepisy art. 28 ust. 1 w zw. z art. 104 § 1 i 2 k.p.a. nie przewidują sposobu zakończenia sprawy poprzez „odmowę rozstrzygnięcia”, a brak rozstrzygnięcia merytorycznego jest dopuszczalny wyłącznie w przypadku formalnego zakończenia postępowania poprzez jego umorzenie. Po drugie, konieczność uchylenia Decyzji przez Sąd I instancji wynikała z uchybienia przepisom przez Prezesa UKE w sposób dotyczący jej podstaw faktycznych, a mianowicie poprzez nieprawidłowe ustalenie podstaw faktycznych Decyzji, związane w istocie z zaniechaniem przez Pozwanego podjęcia niezbędnych czynności zmierzających do poczynienia takich ustaleń i zgromadzenia materiału dowodowego, pozwalającego na merytoryczne rozstrzygnięcie wniosku (...). W toku postępowania administracyjnego zakończonego Decyzją, poza włączeniem do materiału dowodowego zebranych poza postępowaniem wyjaśnień niektórych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, Prezes UKE nie podjął jakichkolwiek działań zmierzających do określenia kosztów ponoszonych przez strony w związku z realizacją usługi (...), nie określił żadnych wytycznych co do metodologii przedstawiania tych kosztów, ani nie zgłosił żadnych zastrzeżeń co do sposobu ich zaprezentowania przez operatorów.

Rozstrzygnięcie Sądu pierwszej instancji wynikało ze stwierdzenia istotnych wad zaskarżonej Decyzji, dotyczących, z jednej strony, jej podstaw prawnych (polegających na odniesieniu się do wniosku (...) z dnia 14 czerwca 2011 r. w sposób nieprzewidziany w art. 28 ust. 1 w zw. z art. 206 ust. 1 Pt i art. 104 § 1 i 2 k.p.a., tj. poprzez faktyczną odmowę merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy w sytuacji, w której istniały podstawy oraz zachodziły przesłanki do podjęcia takiego rozstrzygnięcia), a z drugiej, dotyczących jej podstaw faktycznych, sprowadzających się do zaniechania podjęcia czynności zmierzających do zgromadzenia materiału dowodowego, pozwalającego na podjęcie merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy.

Zasadności uchylenia Decyzji w opisanych wyżej okolicznościach nie podważa w szczególności podnoszony przez Organ fakt, iż Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest sądem meriti oraz, że rozstrzygnięcie tego sądu w postaci uchylenia zaskarżonej decyzji Prezesa UKE - w świetle orzecznictwa sądów - jest właściwe dla przypadków, w których decyzja obarczona jest wadą, która nie podlega konwalidacji w postępowaniu sądowym lub została wydana, mimo iż nie zachodziły podstawy ku temu.

Cytowana przez Pozwanego w apelacji teza Sądu Najwyższego wyrażona w wyroku z dnia 18 maja 2012 r. (III SK 37/11), zgodnie z którą, poczynienie ustaleń faktycznych oraz ocena środków dowodowych nie jest zastrzeżona do wyłącznej kompetencji Prezesa UKE, nie podważa prawidłowości stanowiska Sądu pierwszej instancji. Powyższy pogląd Sądu Najwyższego odnosił się do sytuacji, w której organ administracji poczynił ustalenia faktyczne składające się na

podstawę faktyczną merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy, które były następnie kwestionowane w postępowaniu sądowym, natomiast nie odnosił się do sytuacji, która miała miejsce w niniejszej sprawie, tj. zaniechania przez Prezesa UKE poczynienia ustaleń faktycznych, które mogłyby stanowić podstawę faktyczną merytorycznego rozstrzygnięcia, a SOKiK - chcąc merytorycznie rozstrzygnąć sprawę - musiałyby dokonać ich w całości samodzielnie. Zatem stwierdzenie Sądu Najwyższego, iż „poczynienie stosownych ustaleń, ocena środków dowodowych, uzupełnienie materiału dowodowego nie jest zastrzeżone do wyłącznej kompetencji Prezesa Urzędu”, nie oznacza jednak aprobaty dla postępowania Organu, polegającego na uchyleniu się od wyczerpującego ustalenia stanu faktycznego sprawy i zgromadzenia materiału dowodowego oraz dla próby „przerzucenia” na sąd obowiązków spoczywających na Organie, co de facto miało miejsce w niniejszej sprawie.

W świetle przepisu art. 206 ust. 2 pkt. 5 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (tekst jedn. Dz. U. Nr 243 za 2014 r. z późn. zm.) nie budzi wątpliwości, iż w odniesieniu spraw dotyczących decyzji wydawanych przez Prezesa UKE, od których przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, do kognicji organu regulacyjnego należy wydawanie decyzji w sprawach spornych, za wyjątkiem decyzji w sprawie rezerwacji częstotliwości po przeprowadzeniu przetargu, aukcji albo konkursu oraz od decyzji o uznaniu przetargu, aukcji albo konkursu za nierozstrzygnięte. Sprawy sporne, w ujęciu tego przepisu, dotyczą bowiem sporów rozstrzyganych w drodze decyzji administracyjnej pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi. Do tej kategorii należą więc sprawy z zakresu dostępu telekomunikacyjnego, których dotyczą m.in. decyzje wskazane w art. 28 ust. 1 i art. 29 Prawa telekomunikacyjnego.

Z powołanej wyżej regulacji wynika zatem, iż sprawami spornymi są również sprawy dotyczące zmiany umowy (decyzji) o dostępie telekomunikacyjnym, do których – stosownie do przepisu art. 30 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne – stosuje się odpowiednio przepisy art. 26-28 i 32 tejże ustawy.

Niewątpliwym jest zatem, iż Prezes UKE uprawniony jest do rozstrzygania spraw spornych w zakresie zmiany umowy (decyzji) o dostępie telekomunikacyjnym, i to zarówno z urzędu, jak i na wniosek stron (art. 29 i 28 ust. 6 w związku z art. 30 ust. 1 Pt).

Powyższe nie oznacza jednak, iż w każdym wypadku dotyczącym takiego sporu (w zakresie zmiany umowy o dostępie telekomunikacyjnym) Prezes UKE obowiązany jest wydać decyzję pozytywnie rozstrzygającą spór tj. decyzję zmieniającą umowę poprzez uwzględnienie w całości, czy też w określonym zakresie, żądania objętego wnioskiem o jej zmianę.

Taki wniosek, uznać należy za zbyt daleko idący i sprzeczny zarówno z regulacją art. 104 k.p.a., jak i art. 28 ust. 6 w związku z art. 31 Prawa telekomunikacyjnego. Prezes UKE może bowiem wydawać zarówno decyzje pozytywne, jak i negatywne, w tym także w sprawach dotyczących dostępu telekomunikacyjnego. Może on zatem wydać decyzję odmawiającą zmiany umowy o dostępie telekomunikacyjnym, z uwagi na brak wynikających z art. 28 Prawa telekomunikacyjnego materialnoprawnych podstaw do ingerencji regulatora w łączący strony stosunek umowy. Uznać zatem należy, iż regulator, co do zasady, może odmówić dokonania zmiany umowy o dostępie telekomunikacyjnym, mającej polegać na ustaleniu pomiędzy operatorami hurtowych stawek za przenoszenie numerów w należących do nich sieciach.

Brak jest natomiast podstaw do twierdzenia, iż taką negatywną decyzję organ regulacyjny może wydać również bez odniesienia się do istnienia przesłanek wskazanych w powołanym wyżej przepisie, pomimo zawisłego pomiędzy przedsiębiorcami sporu, poddanego jego rozstrzygnięciu.

Na takim stanowisku stanął Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 11 sierpnia 2015 r. w sprawie oznaczonej sygn. akt III SZ 3/15 (niepublikowane) uznając, że w sytuacji w której pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi toczy się już spór dotyczący kwestii objętych zakresem pojęcia „dostępu telekomunikacyjnego” i 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 umowę, Prezes UKE nie może wydać decyzji negatywnej, odmawiającej określenia warunków współpracy między

przedsiębiorcami, z powodu trudności, jakie napotkał organ przy gromadzeniu materiału dowodowego. Należy nadmienić, iż w powyższej sprawie przedmiotem zaskarżonej decyzji pozwanego było również określenie warunków współpracy w zakresie hurtowych rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia numeru ((...)) przy zmianie dostawcy usług, zaś Prezes UKE – analogicznie jak w sprawie niniejszej – odmówił określenia warunków współpracy, powołując się na takie same argumenty. Sąd Najwyższy oceniając rozstrzygnięcie organu regulacyjnego uznał, iż Prezes Urzędu, odmawiając wydania decyzji w tej sprawie, nie wydał decyzji negatywnej, lecz **uchylił się** od rozstrzygnięcia sporu między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, dlatego też poprzez uchylene przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów decyzji o treści, której organ nie mógł podjąć w okolicznościach faktycznych tej sprawy, została przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu ochrona prawna, o co wnosił w odwołaniu.

Z analogiczną sytuacją mamy do czynienia w sprawie niniejszej, w której wydając powołaną na wstępie decyzję Prezes UKE, abstrahując od przesłanek określonych w art. 28 Pt, odmówił ustalenia warunków współpracy w zakresie hurtowych stawek rozliczeń dotyczących usług przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora, powołując się na trudności związane z gromadzeniem materiału dowodowego, uniemożliwiające ustalenie takiej stawki. Mając zatem na uwadze pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w cytowanym wyżej postanowieniu z dnia 18 sierpnia 2015 r. (III SZ 5/15) nie sposób uznać, iż doszło do wydania przez Prezesa Urzędu decyzji negatywnej, odmawiającej rozstrzygnięcia powstałego pomiędzy przedsiębiorcami sporu.

Słuszne jest zatem stanowisko Sądu pierwszej instancji, iż już sam fakt wydania przez organ regulacyjny decyzji odmownej, w sytuacji, w której nie mógł on odmówić określenia wysokości opłaty (...) z uwagi na trudności dowodowe, uzasadnia uchylene zaskarżonej decyzji.

Za chybiony uznać zatem należy powołany w apelacji pozwanego zarzut naruszenia art. 28 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 pkt. 3 lit. a i pkt. 5 lit. b ustawy Prawo telekomunikacyjne, zgodnie z którym wydanie decyzji rozstrzygającej przedmiotowy spór między przedsiębiorcami nie było ustawowym obowiązkiem pozwanego.

Wysokość hurtowych stawek rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora, co prawda nie mieści się w zakresie obligatoryjnych elementów decyzji (postanowień umowy) o dostępie telekomunikacyjnym, o których mowa w art. 31 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego, lecz niewątpliwie tego rodzaju ustalenia mogą stanowić fakultatywne postanowienia umowy o dostępie komunikacyjnym, o których mowa w art. 31 ust. 3 Pt, jako świadczenia dodatkowe (art. 31 ust. 3 pkt. 6 Pt), skoro nie dotyczą one samego procesu przenoszenia numerów i wykorzystywania zasobów numeracji przy takim przenoszeniu, zaś zawarte w art. 31 ust. 3 pkt. 6 cytowanej ustawy wyszczególnienie fakultatywnych postanowień umowy o dostępie telekomunikacyjnym, nie stanowi zamkniętego katalogu.

Okoliczność, iż nie każda umowa zawarta między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, dotycząca dostępu telekomunikacyjnego w zakresie połączenia sieci, musi zawsze dotyczyć powyższego aspektu, nie oznacza, że w razie nieosiągnięcia przez operatorów porozumienia w tym przedmiocie w terminie określonym w postanowieniu Prezesa UKE, o którym mowa w art. 27 ust. 1 Pt, oraz w razie złożenia przez jednego z nich wniosku o określenie warunków współpracy (a zatem w sytuacji ziszczenia się określonych w art. 27 Pt przesłanek wydania decyzji o dostępie telekomunikacyjnym), Prezes UKE jest „zwolniony” z obowiązku merytorycznego rozstrzygnięcia owego wniosku. W przypadku ziszczenia się przesłanek do wydania decyzji o dostępie telekomunikacyjnym (co w niniejszej sprawie niewątpliwie miało miejsce i czemu nie przeczył sam pozwany, wskazując, że przyczyną odmowy określenia warunków współpracy między stronami była jedynie rzekoma „niemożność” ustalenia wysokości kosztów ponoszonych przez nich kosztów, związanych z realizacją usługi (...)), Prezes UKE jest obowiązany do określenia warunków współpracy między przedsiębiorcami w zakresie, w jakim nie doszli oni do porozumienia w terminie i jaki wynika z wniosku złożonego na podstawie art. 27 ust. 2 Pt.

Błędne jest zatem twierdzenie Prezesa UKE, że skoro wniosek (...) z dnia 10 czerwca 2011 r. dotyczył wyłącznie kwestii określenia warunków rozliczeń hurtowych między (...) a (...), związanych z realizacją usługi przenoszenia numerów telefonicznych przy zmianie dostawcy usług, a z art. 28 ust. 3 Pt wynika, że decyzja o dostępie telekomunikacyjnym

może (a nie musi) zawierać postanowienia, o których mowa w art. 31 ust. 2 i 3 Pt (w tym dotyczące rozliczeń za przenoszenie numerów), to Pozwany „mógł, ale nie musiał” określać warunków rozliczeń między Stronami w zakresie żądanym przez (...). Podzielenie tego poglądu pozwanego prowadziłoby bowiem do wniosku, iż wydanie decyzji o dostępie telekomunikacyjnym jest w istocie zawsze pozostawione swobodnemu uznaniu Prezesa UKE, skoro art. 31 ust. 2 i 3 Pt mówi o wszelkich - zarówno o obligatoryjnych, jak i fakultatywnych - postanowieniach umowy o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci, co jednak stoi w sprzeczności z wykładnią literalną oraz celowościową art. 27 w zw. z art. 28 ust. 1 Pt.

Tezy Prezesa UKE o fakultatywnym charakterze określenia warunków współpracy między (...) a (...) w zakresie rozliczeń związanych z usługą (...) nie potwierdza także art. 28 ust. 8 Pt, który stanowi, iż decyzja o dostępie telekomunikacyjnym obejmuje wszystkie ustalenia niezbędne do zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego, jeżeli jedną ze stron jest przedsiębiorca telekomunikacyjny, na którego został nałożony obowiązek na podstawie art. 34 i art. 45 Pt. Powyższy przepis nie wyłącza bowiem zastosowania art. 28 ust. 1 Pt, z którego jednoznacznie wynika, iż „Prezes UKE **wyduje** decyzję o dostępie telekomunikacyjnym w terminie 90 dni od dnia złożenia wniosku, o którym mowa w art. 27 ust. 2.” Oczywiście wprawdzie jest, że nie istnieje „rynek hurtowy usługi przenoszenia numeru”, jednakże operatorzy – bez względu na swoją pozycję rynkową na jakimkolwiek rynku usług (hurtowych lub detalicznych) - muszą współpracować w tym zakresie w ramach ich relacji bilateralnej, gdyż jest to niezbędne w celu realizacji ustawowego uprawnienia abonenta do przeniesienia przydzielonego numeru telefonicznego, wynikającego z art. 71 Pt. Przesłanka „znaczącej pozycji rynkowej”, o której mowa w art. 34 ust. 1 Pt, nie dotyczy nieistniejącego rynku „usługi przenoszenia numeru”, lecz rynku usługi zakańczania połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej każdego z operatorów komórkowych (tu: (...) i (...)), a na tych rynkach - co jest **okolicznością bezsporną**, znaną zarówno organowi, jak i sądowi z urzędu - zarówno (...), jak i (...) zajmowały w dacie wydania Decyzji oraz zajmują aktualnie pozycje znaczące i co również **jest bezsporne** - obie spółki były i pozostają także zobowiązane do uwzględniania uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego w zakresie połączenia sieci (a zatem spoczywa na nich obowiązek określony w art. 34 Pt). Powyższe wykazuje wadliwość argumentacji Pozwanego w zakresie rzekomego „wykluczenia” stosowania art. 28 ust. 8 Pt wobec (...) oraz (...) w kontekście ustalania wysokości opłaty (...), obowiązującej w relacji między tymi przedsiębiorcami.

Wobec powyższych argumentów – w ocenie Sądu Apelacyjnego – już sam fakt zainicjowania postępowania przed organem, jako mieszczącego się w zakresie jego kognicji, związanej z rozstrzygnięciem sporów dotyczących dostępu telekomunikacyjnego, obliguje ten organ do określenia spornych opłat i wydania w tym zakresie odpowiedniej decyzji (vide: Sąd Najwyższy w powołanym wyżej postanowieniu).

W konsekwencji uznać należy, iż decyzja Prezesa UKE rozstrzygająca spór powinna zawierać będące jego przedmiotem ustalenia dotyczące dostępu telekomunikacyjnego, niezależnie od tego czy tego rodzaju ustalenia mają charakter obligatoryjny czy też fakultatywny.

Ze wskazanych wyżej względów uznać zatem należy, iż również powołane w apelacji pozwanego zarzuty dotyczące naruszenia prawa materialnego są chybione.

Odnosząc się do apelacji powoda (...) S.A. w W. przede wszystkim wskazać należy, iż formułując wnioski apelacji i wnosząc o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez nadanie punktowi 1 Decyzji określonego brzmienia, strona skarżąca zmieniła treść swojego żądania, sformułowanego w jej odwołaniu od zaskarżonej Decyzji – zarówno w zakresie podmiotowym, jak i przedmiotowym. W ocenie Sądu Apelacyjnego

taka zmiana była niedopuszczalna zarówno w świetle art. 479⁴ § 2 k.p.c., który to przepis w postępowaniach odrębnych w sprawach gospodarczych wykluczał możliwość występowania z nowymi roszczeniami zamiast lub obok dotychczasowych w toku całego postępowania oraz w świetle art. 383 k.p.c., który stanowi, iż w postępowaniu apelacyjnym nie można rozszerzyć żądania pozwu ani występować z nowymi roszczeniami.

Z uwagi na przepis art. 9 ust. 1 w zw. z art. 11 oraz art. 1 pkt 46) ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 233, poz. 1381 ze zm.) w niniejszej sprawie znajduje zastosowanie w szczególności przepis art. 479⁽⁴⁾ § 2 k.p.c., jak i inne przepisy, dotyczące odrębnego postępowania w sprawach gospodarczych. Wprawdzie bowiem, zgodnie z art. 1 pkt 46) ustawy nowelizującej k.p.c., w tytule VII w dziale IVa k.p.c. uchylono rozdział 1 (tj. przepisy ogólne, dotyczące postępowania w sprawach gospodarczych), w tym art. 479⁽⁴⁾ § 2 k.p.c., to jednak art. 9 ust. 1 tej ustawy przewiduje, iż jej przepisy stosuje się jedynie do postępowań wszczętych po dniu jej wejścia w życie (art. 11 ustawy nowelizującej k.p.c.). Tymczasem postępowanie w niniejszej sprawie zostało wszczęte przed 3 maja 2012 r., w dniu wniesienia przez (...) (dawniej (...)) Sp. z o.o.) odwołania od decyzji z dnia 15 grudnia 2011 r. nr (...), tj. w dniu 29 grudnia 2011 r. W świetle powyższego nie ulega wątpliwości, iż w niniejszym postępowaniu zastosowanie znajdują w szczególności uchylone ustawą zmieniającą przepisy ogólne dotyczące postępowań w sprawach gospodarczych, w tym art. 479(4) § 2 k.p.c., który stanowił: „W toku postępowania nie można występować z nowymi roszczeniami zamiast lub obok dotychczasowych. Jednakże w razie zmiany okoliczności powód może żądać, zamiast pierwotnego przedmiotu sporu, jego wartości lub innego przedmiotu, a w sprawach o świadczenie powtarzające się może nadto rozszerzyć żądanie pozwu o świadczenie za dalsze okresy. Przepisów art. 194-196 i art. 198 nie stosuje się.” Niezależnie od powyższego, zgodnie z art. 383 k.p.c., który znajduje zastosowanie we wszystkich postępowaniach w sprawach cywilnych, w postępowaniu apelacyjnym nie można rozszerzyć żądania pozwu ani występować z nowymi roszczeniami. Jednakże w razie zmiany okoliczności można żądać zamiast pierwotnego przedmiotu sporu jego wartości lub innego przedmiotu, a w sprawach o świadczenie powtarzające się można nadto rozszerzyć żądanie pozwu o świadczenia za dalsze okresy. Z obu powoływanych tu przepisów wynikał dla (...) zakaz dokonania zmiany powództwa, polegający na wystąpieniu z nowym roszczeniem i to zarówno w postępowaniu pierwszoinstancyjnym przed SOKiK (art. 479(4) § 2 k.p.c.), jak i na etapie postępowania apelacyjnego (383 k.p.c.). Tymczasem z porównania żądań zgłoszonych przez (...) w odwołaniu i w apelacji wynika, iż (...) zmienił swoje roszczenie zarówno w zakresie przedmiotowym, jak i podmiotowym, to jest, po pierwsze, co do podmiotu, który ma być zobowiązany do wniesienia opłaty (tj. (...) w miejsce „Biorcy” numeru), a po drugie, co do ekwiwalentu, za który opłata ma być uiszczana (tj. każdy abonent, który przeniósł numer lub numery w danym okresie rozliczeniowym w miejsce „każdego Przeniesionego Numeru”). Powyższe jednoznacznie wskazuje na dokonanie niedopuszczalnej - w świetle art. 497(4) § 2 oraz art. 383 k.p.c. - zmiany powództwa, polegającej na wystąpieniu przez (...) z nowym roszczeniem na etapie postępowania apelacyjnego, poprzez odstąpienie od symetrii rozliczeń między przedsiębiorcami związanych z realizacją procesu (...). Tymczasem fakt, iż (...) wnosił w odwołaniu od Decyzji o jej zmianę w szczególności w ten sposób, że ustalona zostanie opłata uiszczana przez Biorcę na rzecz Dawcy (jednocześnie dla obu spółek) za każdy przeniesiony numer, ma zarówno doniosłe skutki procesowe. Oznacza bowiem, że przedmiotem rozpoznania przez (...) było wyłącznie żądanie ustalenia symetrycznej opłaty (...) między (...) i (...) (częściowo zbieżne między Stronami, tj. w zakresie wniosku podstawowego odwołania (...) oraz drugiego wniosku ewentualnego odwołania (...)), co powoduje tym samym, że modyfikacja żądania (...) w ten sposób, iż Sąd Apelacyjny miałby zmienić Decyzję poprzez ustalenie opłaty (...) wyłącznie na rzecz (...) jako Dawcy numeru za każdego abonenta żądającego przeniesienia numeru, numerów lub zakresów numeracji (bez względu na przedmiot tego żądania), stanowi niedopuszczalne na gruncie art. 383 oraz art. 479(4) § 2 k.p.c. wystąpienie z nowym roszczeniem. Tak sformułowana apelacja nie może zatem odnieść skutku i podlega na mocy art. 385 k.p.c. oddaleniu bez konieczności rozpoznawania podniesionych w niej zarzutów i argumentów.

W odniesieniu do zarzutu oddalenia przez Sąd pierwszej instancji wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność ustalenia wysokości opłaty (...) oraz wniosku o dopuszczenie takiego dowodu przez Sąd Apelacyjny, zauważyć należy, iż powód (...) S.A. nie zgłosił zastrzeżenia na podstawie art. 162 k.p.c. na postanowienie Sądu pierwszej instancji oddalające ten wniosek, zatem utracił w dalszym postępowaniu prawo powoływania się to na ewentualne uchybienie. Ponadto słuszny jest pogląd, iż przeprowadzenie takiego dowodu służyłoby w istocie dokonywaniu ustaleń faktycznych, od czego uchylił się pozwany w postępowaniu apelacyjnym, nie stanowiłoby natomiast oceny ustalonych faktów pod kątem wiadomości specjalnych. Trafnie zatem Sąd pierwszej instancji nie uwzględnił tego wniosku powoda.

Niezależnie od przeprowadzonych wyżej wywodów, odnosząc się do zarzutów podniesionych w obu apelacjach, iż Sąd pierwszej instancji winien był dokonać własnych ustaleń i ich oceny prawnej, stwierdzić należy, że rozpoznanie sprawy wymaga przeprowadzenia ustaleń wymagających specjalistycznej wiedzy, odnośnie rozliczeń dotyczących usługi przeniesienia przydzielonego numeru telefonicznego do innego operatora oraz zgromadzenia materiału dowodowego, pozwalającego na ustalenie wysokości kosztów ponoszonych przez operatorów, nie będących również stronami niniejszego postępowania. Zgromadzenie powyższych materiałów oraz dokonanie ich oceny z punktu widzenia przesłanek określonych w art. 28 Prawa telekomunikacyjnego winno zaś nastąpić w ramach postępowania administracyjnego, w którym strony mogą wypowiedzieć się, co do ich zasadności i przydatności, dla mającego zapaść rozstrzygnięcia. Odpowiednimi uprawnieniami oraz narzędziami umożliwiającymi uzyskanie takich informacji, dysponuje zaś wyłącznie organ będący regulatorem rynku, w ramach którego, z uwzględnieniem istniejących na nim warunków, winno nastąpić rozstrzygnięcie sporu.

Sąd powszechny nie może również zastępować swym rozstrzygnięciem orzeczenia organu, od wydania którego ten uchylił się w ramach postępowania administracyjnego, pozbawiając tym samym jego strony możliwości odwołania się od takiego rozstrzygnięcia, w ramach przewidzianego przez ustawodawcę postępowania, albowiem w takim wypadku orzeczenie sądu w istocie zastępowałoby zastrzeżoną do kompetencji organu regulacyjnego decyzję rozstrzygającą spór, od wydania której organ ten się uchylił.

W konsekwencji merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy przez sąd powszechny, w opisanym wyżej wypadku wkraczałoby w zakres kompetencji decyzyjnych organu, co uznać należy za niedopuszczalne (patrz tak Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 12 czerwca 2002 r. sygn. akty P 13/01 - OTK-A 2002 nr 4 poz. 42).

Z uwagi na powyższe wszystkie powołane wyżej zarzuty podniesione w obu apelacjach należało uznać za chybione.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny w oparciu o przepis art. 385 k.p.c. orzekł jak w pkt. 1 sentencji wyroku.

Orzeczenie o kosztach postępowania apelacyjnego w pkt. 2 i 3 sentencji wyroku, obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika procesowego powoda (...) sp. z o.o., ustalone na kwotę po 270,00 zł, stosownie do § 12 ust. 1 pkt. 2 w związku z § 14 ust. 3 pkt. 3 rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu i § 13 ust. 1 pkt. 2 w związku z § 18 ust. 2 pkt. 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu, uzasadnia przepis art. 98 § 1 i 3 k.p.c. oraz art. 99 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c.