

Sygn. akt *XVII AmT 23/12*

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 października 2014r.

Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący: **SSO Maria Witkowska**

Protokolant: sekretarz sądowy Patrycja Żuk

po rozpoznaniu w dniu 16 października 2014r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z odwołania (...) S.A. z siedzibą w W. (*poprzednio (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.*)

przeciwko **Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej**

z udziałem zainteresowanego (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. (*poprzednio (...) S.A. z siedzibą w W.*)

o **określenie warunków hurtowych rozliczeń**

oraz

sprawy z odwołania (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. (*poprzednio (...) S.A. z siedzibą w W.*)

przeciwko **Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej**

z udziałem zainteresowanego (...) S.A. z siedzibą w W. (*poprzednio (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.*)

o **określenie warunków hurtowych rozliczeń**

na skutek odwołania (...) S.A. z siedzibą w W. (*poprzednio (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.*) oraz (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. (*poprzednio (...) S.A. z siedzibą w W.*) od Decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 15 grudnia 2011r. Nr(...)

1. uchyla zaskarżoną Decyzję,

2. zasądza od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. (*poprzednio (...) S.A. z siedzibą w W.*) kwotę 460 zł (czterysta sześćdziesiąt złotych) tytułem kosztów procesu,

3. zasądza od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz (...) S.A. z siedzibą w W. (*poprzednio (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.*) kwotę 460 zł (czterysta sześćdziesiąt złotych) tytułem kosztów procesu.

Sygn. akt *XVII AmT 23/12*

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 niniejsza decyzja podlegała natychmiastowemu wykonaniu.

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, iż 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."

2. 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;

3. przeprowadzenie dowodu z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu odwołania,

4. 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 wniosł o:

I. uchylenie Decyzji w całości, a w przypadku stwierdzenia przez Sąd braku podstaw do uchylenia Decyzji -

II. 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 (dwadzieścia pięć złotych i trzydzieści dziewięć groszy) 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 miałyby 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. wnosi 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. Jak podał powód, zmiana, o której mowa w niniejszym akapicie, polegać powinna na ustaleniu warunków współpracy stron zgodnie z treścią żądania określonego w pkt II powyżej, z zastrzeżeniem jednak, że jako „Biorca” 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 „upt”) - 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) upt w zw. z art. 41 upt - poprzez błędne przyjęcie, że Prezes UKE nie ma możliwości ustalenia warunków rozliczeń (...) 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 upt w zw. z art. 41 upt - 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 upt w z w. 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 upt 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.

Rozpoznając odwołanie Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił następujący stan faktyczny:

(...) 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 2007r. (...) i (...) (...) zawarły porozumienie w sprawie realizacji usługi przenoszenia numerów (k. 2 akt adm.).

W związku z wejściem w życie uregulowań prawnych określających nowe zasady procesu 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 (k. 7 akt adm.).

Pismem z dnia 10 czerwca 2011 r. (k. 1-3 akt adm.) (...) 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 (...). (...) wniósł przy tym o wydanie decyzji ustalającej powyższe warunki rozliczeń w sposób określony w załączonym do wniosku projekcie porozumienia (k. 4-5 akt adm.). (...) 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 (k. 22 akt adm.).

Pismem z dnia 14 czerwca 2011 r. (...) przedstawił wersję jawną swojego załącznika nr 4 do wniosku z dnia 10 czerwca 2011 r. (k. 23- 28 akt adm.).

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 (...) (k. 30-32 akt adm.).

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 2011r. 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 2011r. 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 (...),

- (...) - 2009,

- kopii orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w trybie prejudycyjnym z dnia 13 lipca 2006 r. w sprawie C-438/04, w postępowaniu (...) SA przeciwko (...) ((...)) (k. 33-65 akt adm.).

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 (k. 66-69 akt adm.).

Ponadto kolejnym postanowieniem z dnia 07 września 2011 r. Prezes UKE ograniczył tym razem (...) (...) 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 (k. 70-73 akt adm.).

W dniach od 23 września 2011 r. do 23 października 2011 r. Prezes UKE przeprowadził postępowanie konsultacyjne (k. 74, 88 akt adm.) 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 (...) (k. 75-82 akt adm.). W ramach przedmiotowego 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 (k. 89 akt adm.). Tym samym pismem 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. (zwanej (...)) (k. 90- 122 akt adm.).

Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje:

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 wymienionymi 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 kpa 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.

Podkreślenia więc wymaga, iż zgodnie z art. 104 kpa 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 prawa materialnego wskazał art. 28 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne. Powołany przepis ustawy wprowadza 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. Przepis art. 27 ust. 2 Pt wskazuje na uprawnienie każdej ze stron 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 w myśl 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 znajdujemy w 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 połączonych 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.UE.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 bezpośrednio obciążenia abonentów, jeśli takie są nie zniechęcały abonentów do zmiany dostawców usług.

Biorąc pod uwagę powyższe unormowania Sąd doszedł do przekonania, że na pozwanym Prezesie UKE ciążył obowiązek merytorycznego rozstrzygnięcia sporu, to jest określenia kosztów, jakie powinny ponosić strony o dostępie z tytułu przenoszenia numerów. Przepis art. 28 ust. 1 Pt wskazuje, że Prezes UKE miał obowiązek podjęcia decyzji zastępującej umowę o dostępie telekomunikacyjnym. Skoro więc kwestią sporną pomiędzy stronami była kwestia ustalenia 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. O obowiązku ciążącym na Prezesie UKE w tym względzie świadczy także językowa wykładnia art. 30 ust. 2 powołanej Dyrektywy o usłudze powszechnej, który zawiera 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 wprowadzeniem instrumentów systemowych kształtujących wysokość tych kosztów. Przy czym, 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.

Zaskarżona Decyzja Prezesa UKE nie odpowiada zatem powyższymi wymogom, gdyż w ogóle o kosztach za przeniesienie numerów nie rozstrzyga.

Sąd zważył, iż Prezes UKE jako regulator rynku posiada szerokie kompetencje oraz instrumenty prawne pozwalające mu na pozyskanie dowodów dla rozstrzygnięcia istotnych dla rynku telekomunikacyjnego kwestii. 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. Pomocny przy wyznaczaniu kryterium może okazać się wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13.07.2006 r. w sprawie C-438/04 (...) SA przeciwko(...) ((...)) (LEX nr 226777), który uznał, że do kosztów przeniesienia numeru należy zaliczyć koszty założenia i koszty ruchu oraz wyjaśnił, co należy pod pojęciem tych kosztów rozumieć. Podobnie art. 42 Preambuły Dyrektywy o usłudze powszechnej może być wskazówką dla ustalenia opłaty, gdyż dopuszcza on uwzględnienie cen dostępnych na porównywalnych rynkach (benchmark). Prezes UKE sam zresztą podnosił w uzasadnieniu zaskarżonej Decyzji, że pojęcia te są mu znane, jak również odnosząc się do wyroku ETS wskazał na sposób ustalania metodologii obliczania przez Prezesa UKE opłaty z tytułu usługi przenoszenia numerów. Tym bardziej zastanawia zatem stanowisko Prezesa UKE odmawiające określenia opłaty za (...).

Nie zasługuje na akceptację argumentacja pozwanego Prezesa UKE, iż 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 tych 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 uchylił Decyzję jako nieodpowiadającą prawu. Zarówno (...) S.A. jak i (...) Sp. z o.o. zaskarżyli w całości Decyzję Prezesa UKE z dnia 15 grudnia 2011 r., co skutkowało wobec zasadności ich zarzutów uchyleniem Decyzji w całości. Sąd związany jest bowiem zakresem zaskarżenia, chociaż nie wnioskami strony.

Przy czym Sąd nie był władny zmienić Decyzji Prezesa UKE zgodnie z żądaniem powoda, gdyż wymaga 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. To Prezes UKE jest więc 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 przecież 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.U.E.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.

Z tych wszystkich względów orzeczono jak w sentencji wyroku na podstawie art. 479⁶⁴ § 2 kpc.

O kosztach procesu postanowiono na podstawie art. 98 i 99 kpc stosownie do wyniku sporu.

SSO Maria Witkowska