

Wyrok z dnia 10 listopada 2010 r.

III SK 27/08

1. Oceniając, czy pobierana przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego opłata za usługę przeniesienia numeru jest zgodna z art. 71 ust. 3 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz. 1800 ze zm.), Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej musi uwzględnić interes operatorów oraz interes abonentów.

2. Dokonana przez Trybunał Sprawiedliwości wykładnia art. 30 ust. 2 dyrektywy 2002/20 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (Dz.U. UE z 2002 r. L 108, s. 51) wiąże sądy orzekające w sprawach, w których przepis ten ma zastosowanie.

Przewodniczący SSN Kazimierz Jaśkowski, Sędziowie SN: Jolanta Strusińska-Żukowska, Andrzej Wróbel (sprawozdawca).

Sąd Najwyższy, po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 listopada 2010 r. spraw z odwołania Polskiej Telefonii Cyfrowej Spółki z o.o. w Warszawie przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej o nałożenie kary pieniężnej, na skutek skargi kasacyjnej strony pozwanej od wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 5 lutego 2008 r. [...]

1. o d d a l i ł skargę kasacyjną,
2. zasądził od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz powódki kwotę 270 (dwieście siedemdziesiąt) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.

U z a s a d n i e n i e

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej jako Prezes Urzędu) decyzją z dnia 1 sierpnia 2006 r. nałożył na Polską Telefonię Cyfrową Sp. z o.o. (dalej jako powódka) karę pieniężną w wysokości 100.000 zł za realizację w okresie od 28

marca 2006 r. do 31 maja 2006 r. uprawnienia do przeniesienia przydzielonego numeru, o którym mowa w art. 71 Prawa telekomunikacyjnego (Dz.U. Nr 171, poz. 1800 ze zm.), w sposób niezgodny z przepisami tej ustawy.

Zgodnie z art. 71 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego w brzmieniu do 6 lipca 2009 r., za przeniesienie przydzielonego numeru przy zmianie operatora może być pobrana od abonenta przez dotychczasowego dostawcę usług jednorazowa opłata, określona w jego cenniku, której wysokość nie powinna zniechęcać abonenta do korzystania z tego uprawnienia. Zdaniem Prezesa Urzędu wysokość tej opłaty nie jest uzależniona od kosztów ponoszonych przez operatora w związku z realizacją uprawnienia abonenta, lecz od subiektywnej oceny wysokości tych opłat dokonanej przez użytkowników. W opinii Prezesa Urzędu pobierana przez powódkę opłata w wysokości 122 zł zniechęcała abonentów do korzystania z uprawnienia do przeniesienia numeru. Podstawę dla takich ustaleń stanowiło opublikowane przez Prezesa Urzędu w dniu 28 marca 2006 r. stanowisko w sprawie wysokości opłat za przeniesienie przydzielonego numeru przy zmianie operatora, pobieranych od użytkowników. Przyjęto w nim, że o tym, czy opłata za przeniesienie numeru zniechęca użytkowników do korzystania z tego uprawnienia decyduje subiektywne przekonanie konsumentów, ustalone po przeprowadzeniu badań ankietowych. Wykonane na zlecenie Prezesa Urzędu badania wykazały, że klienci indywidualni są skłonni zapłacić 46 zł (w przypadku klientów korzystających z systemu przedpłatowego) lub 48 zł (w przypadku klientów korzystających z abonamentu) za przeniesienie numeru, a klienci biznesowi 60 zł. Zdaniem Prezesa Urzędu do ustalenia wysokości opłaty należało przyjąć wysokości opłat deklarowanych przez klientów indywidualnych, gdyż z praktyki innych rynków telekomunikacyjnych w Europie wynikało, że operatorzy zwracają klientom biznesowym koszty przeniesienia numeru. Na tej podstawie Prezes Urzędu uznał, że jednorazowa opłata za przeniesienie numeru przy zmianie operatora nie powinna być wyższa niż 50 zł. Równocześnie Prezes Urzędu, porównując opłaty stosowane w państwach Unii Europejskiej z ustaloną przez siebie opłatą (50 zł = 12,8 euro) stwierdził, że mieści się ona w przedziałach opłat stosowanych w tych państwach, ponieważ z 11 Raportu implementacyjnego wynikało, że opłaty te w październiku 2005 r. kształtowały się od około 4 do 22 euro w telefonii ruchomej i od około 8 do 28 euro w telefonii stacjonarnej. W tych okoliczności Prezes Urzędu uznał, że opłata wyższa niż 50 zł zniechęca użytkownika do korzystania z uprawnienia do przeniesienia numeru, co jest niezgodne z art. 71 ust. 3 Prawa telekomunika-

cyjnego, zaś pobieranie opłaty w takiej wysokości podlega karze na podstawie art. 74 ust. 3 pkt 3 i art. 209 ust. 1 pkt 16 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 209 i 210 Prawa telekomunikacyjnego.

Powódka zaskarżyła powyższą decyzję odwołaniem, zarzucając naruszenie: art. 30 ust. 2 dyrektywy 2002/22 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (dyrektywa o usłudze powszechnej) (Dz.U. UE z 2002 r. L 108, s. 51, dalej jako dyrektywa 2002/22); art. 71 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego oraz art. 30 ust. 2 dyrektywy 2002/22; art. 74 ust. 3 oraz art. 201 ust. 1-3 Prawa telekomunikacyjnego; art. 209 pkt 16 oraz art. 74 ust. 3 pkt 3 w związku z art. 210 ust. 1 pkt 1 Prawa telekomunikacyjnego; art. 209 pkt 16 oraz art. 74 ust. 3 pkt 3 w związku z art. 210 ust. 1 pkt 1 Prawa telekomunikacyjnego; art. 209 pkt 16 oraz art. 74 ust. 3 pkt 3 w związku z art. 210 ust. 1 pkt 1 Prawa telekomunikacyjnego.

Sąd Okręgowy-Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrokiem z dnia 6 marca 2007 r. [...] oddalił odwołanie. Sąd Okręgowy uznał, że Prezes Urzędu nie naruszył art. 30 ust. 2 dyrektywy 2002/22, ponieważ dopiero druga część tego przepisu odnosi się do wysokości jednorazowej opłaty związanej z korzystaniem przez użytkownika z prawa do przeniesienia dotychczas używanego numeru telefonu do sieci nowego operatora. Nie można więc zgodzić się ze stanowiskiem powódki, iż wysokość opłaty za realizację uprawnienia określonego w art. 71 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego jest powiązana i uzależniona od wysokości ponoszonych przez operatorów kosztów, związanych z zapewnieniem technicznych możliwości korzystania z połączeń koniecznych do wykorzystania w praktyce przeniesienia numeru do sieci nowego operatora. Sąd Okręgowy przyjął również, iż uzależniając wysokość opłaty od subiektywnej oceny użytkownika i nie dając przedsiębiorstwom telekomunikacyjnym możliwości wpływu na jej poziom, ustawodawca dążył do stworzenia warunków sprzyjających rozwojowi konkurencji i ograniczeniu wpływu dostawców usług na swobodę decyzji abonentów o zmianie operatora sieci. Zdaniem Sądu zastosowana przez Prezesa Urzędu metoda, polegająca na przeprowadzeniu badania konsumentckiego, jest najbardziej obiektywna, a zarazem najprostsza i najtańsza. Podstawą oceny, jaki poziom opłat nie zniechęca konsumentów powinna być bowiem opinia uzyskana od przeciętnych abonentów, jako tych podmiotów, którym przysługuje uprawnienie, na korzystanie z którego wpływa wysokość opłaty. Nałożenie kary pieniężnej było zaś uzasadnione bezspornym stwierdzeniem naruszenia przepisu, który

dla prowadzącego profesjonalną działalność przedsiębiorcy powinien być jasny i zrozumiały szczególnie po opublikowaniu stanowiska Prezesa Urzędu z 28 marca 2006 r. Niepodjęcie niezwłocznie po opublikowaniu tego stanowiska czynności dostosowujących wysokość opłat do poziomu zgodnego z wykładnią art. 71 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego, dokonaną przez Prezesa Urzędu, świadczyło o naruszeniu tego przepisu. Sąd zważył ponadto, że przepis art. 71 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego wszedł w życie we wrześniu 2004 r. i obowiązywał dostatecznie długo, by przedsiębiorca mógł liczyć się z koniecznością modyfikacji wysokości opłaty za przeniesienie numeru.

Powódka zaskarżyła powyższy wyrok Sądu Okręgowego apelacją, w której zarzuciła naruszenie: art. 479⁶⁴ k.p.c.; art. 233 § 1 k.p.c.; art. 328 § 2 k.p.c.; art. 30 ust. 2 dyrektywy 2002/22; art. 2 Konstytucji RP oraz art. 30 ust. 2 dyrektywy 2002/22; art. 2 Konstytucji RP, art. 74 ust. 3 i 201 ust. 1-3 Prawa telekomunikacyjnego; art. 2 Konstytucji RP; art. 209 ust. 1 pkt 16 oraz 74 ust. 3 pkt 3 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 210 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego; art. 209 ust. 1 pkt 16 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 74 ust. 3 i art. 210 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego; art. 209 ust. 1 pkt 16 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 74 ust. 3 i art. 210 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego.

Sąd Apelacyjny w Warszawie wyrokiem z dnia 5 lutego 2008 r. [...] zmienił wyrok Sądu Okręgowego z dnia 6 marca 2007 r. w całości w ten sposób, że uchylił decyzję Prezesa Urzędu z dnia 1 sierpnia 2006 r. Uwzględniając apelację powódki, Sąd Apelacyjny wyjaśnił, że zniechęcenie do korzystania z uprawnień w rozumieniu art. 71 ust. 3 nie jest równoznaczne z uniemożliwieniem korzystania z uprawnień, o którym mowa w art. 209 ust. 1 pkt 16 Prawa telekomunikacyjnego. Tym samym nie ma podstaw do nałożenia kary na podstawie art. 209 Prawa telekomunikacyjnego, nawet jeśli Prezes Urzędu uzna, że opłata z tytułu przeniesienia numeru pobierana przez stronę powodową jest zawyżona i utrudnia konsumentom zmianę operatora. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, przepisy Prawa telekomunikacyjnego nie uprawniają Prezesa Urzędu do ustalenia wysokości jednorazowej opłaty za przeniesienie przydzielonego numeru, ponieważ z treści art. 71 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego wynika, że opłatę taką ustala operator, zaś Prezes Urzędu może jedynie kontrolować jej wysokość, celem ustalenia, czy nie zniechęca konsumentów do przeniesienia numeru. Sąd Apelacyjny przyjął, że można uznać za zasadne wskazywanie przez Prezesa Urzędu sposobu obliczania tej opłaty za pomocą badań oczekiwań abonentów, jed-

nakże kwota sugerowana przez abonenta nie może być jedynym kryterium ustalania wysokości jednorazowej opłaty pobieranej przez operatora na podstawie art. 71 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego. Ponadto, niezastosowanie się do opłaty wskazanej przez Prezesa Urzędu nie może być jedyną przesłanką nałożenia kary na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 16 Prawa telekomunikacyjnego. Sąd Apelacyjny przyjął, iż nałożenie kary wymaga przeprowadzenia analizy, czy wysokość jednorazowej opłaty ustalona przez operatora uniemożliwia abonentom przenoszenie numeru, co z kolei wymaga analizy danych dotyczących zarówno liczby abonentów rezygnujących z usług danego operatora i korzystających z prawa do przeniesienia numeru, jak i abonentów, którzy właśnie z powodu wysokości tej opłaty z prawa do zmiany operatora i przeniesienia numeru nie skorzystali. Takie okoliczności nie zostały zaś wykazane przez Prezesa Urzędu ani w postępowaniu administracyjnym, ani w postępowaniu przed Sądem pierwszej instancji. Sąd Apelacyjny zwrócił również uwagę na to, iż Prawo telekomunikacyjne nie definiuje pojęcia opłaty, której wysokość nie zniechęca do korzystania z uprawnienia, ani nie określa kryteriów, według których wysokość tej opłaty ma być ustalana. Sąd Apelacyjny przyjął, iż skoro wysokość opłaty ma nie zniechęcać abonenta, to znaczy że nie może stanowić bariery dla niego przed korzystaniem z usługi. Jednakże wysokość jednorazowej opłaty nie może być kalkulowana w oderwaniu od kosztów, jakie ponosi operator w związku z usługą. Sąd odwołał się do przepisu art. 30 ust. 2 dyrektywy 2002/22 i wyroku w sprawie C-438/04 *Mobistar* i uznał, że jednorazowa opłata ma służyć częściowemu zrekompensowaniu dotychczasowemu operatorowi kosztów poniesionych w związku z wykonaniem usługi przenoszenia numeru, zaś ustawodawca wprost zezwolił na obciążenie abonenta obowiązkiem poniesienia takiej opłaty tylko przez operatora dotychczasowego, nie zaś przez operatora przejmującego, niezależnie od kwestii rozliczenia kosztów związanych z usługą pomiędzy operatorami. Sąd Apelacyjny wyjaśnił również, że zgodnie z art. 41 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego opłaty za wzajemne korzystanie z połączonych sieci, związane z realizacją przenoszenia numerów między sieciami, powinny uwzględniać ponoszone koszty. Oderwanie wysokości opłaty wskazanej w art. 71 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego od ponoszonych przez operatora kosztów prowadziłoby do uznania, że opłata nie jest wynagrodzeniem za usługę - skoro abonent nie jest obciążany nawet częściowo kosztami jej wykonania - a stanowi swoistą karę umowną, czy odstępną za samą realizację przez abonenta jego ustawowego uprawnienia. Tymczasem z treści dyrektywy 2002/22 wynika, że dopuszczalne jest bezpo-

średnie obciążenie abonentów kosztami związanymi z zapewnieniem przenoszenia numerów pod warunkiem, że takie bezpośrednie obciążenie abonenta nie zniechęca do korzystania z tych usług. Za błędną Sąd Apelacyjny uznał wykładnię przepisu art. 71 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego prowadzącą do uznania, iż o wysokości jednorazowej opłaty mają decydować wyłącznie preferencje abonentów. Opłata obciążająca abonenta w związku z przeniesieniem numeru powinna być ustalana w oparciu o koszty usługi ponoszone przez operatorów, przy czym część tych kosztów obciążająca abonenta w postaci opłaty, nie może zniechęcać do korzystania z usługi. Oparcie się zatem tylko na wynikach badań wykazujących preferencje samych abonentów, w zupełnym oderwaniu od ponoszonych w związku z usługą kosztów, nie może być uznane za prawidłowe określenie przez Prezesa Urzędu sugerowanej wysokości opłaty ponoszonej przez abonenta zgodnie z art. 71 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego. Zdaniem Sądu Apelacyjnego Prezes Urzędu, zlecając wykonanie badań dotyczących przenośności numerów telefonii stacjonarnej i komórkowej obowiązany był ocenić prawidłowość przeprowadzonych badań w zakresie doboru grupy reprezentatywnej. W sporządzonym opracowaniu nie wskazano, w jaki sposób byli wybierani respondenci, dlaczego przyjęto jako miarodajne opinie osób powyżej 15 lat, czy badane osoby były abonentami; także wybrany przez prowadzącego badania sposób przeprowadzania wywiadu w drodze rozmowy telefonicznej jest w metodologii badawczej uznawany za najmniej wiarygodny. Nie ma zatem, w ocenie Sądu Apelacyjnego, podstaw do uznania, że wysokość pobieranej przez skarżącego opłaty za realizację uprawnienia do przeniesienia numeru nie odpowiadała wymogom określonym w art. 71 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego, a więc że strona powodowa realizowała uprawnienia abonentów niezgodnie z przepisami Prawa telekomunikacyjnego.

Prezes Urzędu zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie w całości skargą kasacyjną, w której zarzucił: 1) naruszenie przepisów postępowania, które mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, tj.: a) art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c., poprzez niewyjaśnienie podstawy prawnej i faktycznej wyroku i zaniechanie wyjaśnienia dlaczego art. 74 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego nie może stanowić podstawy prawnej nałożenia kary pieniężnej w niniejszej sprawie, a także wskazanie faktów, które Sąd uznał za udowodnione, niewskazanie na jakich dowodach się oparł; b) art. 378 § 1 i 2 k.p.c. w związku z art. 386 § 1 k.p.c., poprzez rozpoznanie sprawy poza granicami apelacji, c) art. 386 § 1 k.p.c. w związku z art. 391 §

1 k.p.c. i w związku z art. 6 k.c., poprzez uznanie, iż ciężar udowodnienia, że opłata ponoszona przez abonenta za przeniesienie numeru nie jest oparta na kosztach oraz że wysokość opłaty zniechęca do przeniesienia numeru, obciąża Prezesa Urzędu; d) art. 386 § 4 k.p.c. w związku z art. 382 k.p.c., poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie uchylenia wyroku Sądu pierwszej instancji; 2) naruszenie prawa materialnego, tj.: a) art. 71 ust. 3 w związku z art. 30 ust. 2 dyrektywy 2002/22, wskutek przyjęcia, że wysokość opłaty za przeniesienie numeru nie może być ustalana w pełnym oderwaniu od kosztów oraz iż błędna jest wykładnia art. 71 ust. 3 uznająca, że o wysokości jednorazowej opłaty decydować mają wyłącznie preferencje abonentów; b) niewłaściwe zastosowanie art. 74 ust. 3 oraz art. 209 ust. 1 pkt 16 Prawa telekomunikacyjnego, poprzez przyjęcie, że strona powodowa ustalając opłatę za przeniesienie numeru realizuje uprawnienie abonenta do przeniesienia numeru zgodnie z przepisami Prawa telekomunikacyjnego i rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 1 marca 2006 r. w sprawie warunków korzystania z uprawnień w publicznych sieciach telefonicznych (Dz.U. Nr 42, poz. 290 ze zm.).

W odpowiedzi na skargę kasacyjną Prezesa Urzędu powódka wniosła o jej oddalenie. Pismem z dnia 1 grudnia 2008 r. powódka wniosła o skierowanie przez Sąd Najwyższy na podstawie art. 234 TWE (obecnie art. 267 ust. 3 TFUE) pytań prejudycjalnych do Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (obecnie Trybunał Sprawiedliwości).

Sąd Najwyższy postanowieniem z dnia 19 grudnia 2008 r. zwrócił się na podstawie art. 234 ust. 3 TWE (obecnie art. 267 ust. 3 TFUE) do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem prawnym „czy art. 30 ust. 2 dyrektywy 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (dyrektywa o usłudze powszechnej) (Dziennik Urzędowy L 108, 24/04/2002 P. 0051 - 0077) należy interpretować w ten sposób, że właściwy organ regulacyjny państwa członkowskiego zapewniając, aby bezpośrednie obciążenia abonentów nie zniechęcały do korzystania z dodatkowej usługi przeniesienia numeru, ma obowiązek uwzględnić koszty ponoszone przez operatorów sieci telefonii ruchomej w związku z wykonywaniem takiej usługi?”. Wyrokiem z dnia 1 lipca 2010 r., C-99/09 Trybunał Sprawiedliwości udzielił następującej odpowiedzi na powyższe pytanie prejudycjalne: „Artykuł 30 ust. 2 dyrektywy 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicz-

nej praw użytkowników (dyrektywy o usłudze powszechnej) należy interpretować w ten sposób, że krajowy organ regulacyjny ma obowiązek uwzględnić, przy ocenie zniechęcającego charakteru opłaty obciążającej abonentów z tytułu korzystania z usługi przenoszenia numerów, koszty ponoszone przez operatorów sieci telefonii ruchomej w związku z wykonywaniem tej usługi. Niemniej zachowuje on uprawnienie do ustalenia maksymalnej kwoty tej należnej operatorom opłaty na poziomie niższym niż ponoszone przez operatorów koszty, jeżeli opłata obliczona wyłącznie na podstawie kosztów może zniechęcać użytkowników do korzystania z usługi przenoszenia numerów”.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna Prezesa Urzędu nie ma uzasadnionych podstaw. Doniosłość zarzutów skargi kasacyjnej opartych na podstawie naruszenia przepisów postępowania wyraża się ich możliwym wpływem na wynik postępowania. Ocena zasadności tych zarzutów rozstrzygać więc musi, czy w konkretnej sprawie dane uchybienie mogło spowodować wydanie orzeczenia o innej (postulowanej przez skarżącego) treści niż to, które rzeczywiście zostało wydane (wyroki Sądu Najwyższego: z 8 lutego 2007 r., I CSK 410/06; z 23 czerwca 2010 r., II CSK 14/2010; z 7 listopada 2008 r., II CSK 289/08). Dlatego oceny zarzutów powołanych przez Prezesa Urzędu przepisów procesowych należy dokonać z uwzględnieniem wpływu zarzucanego naruszenia na rozstrzygnięcie Sądu Apelacyjnego. Z tej perspektywy Sąd Najwyższy w obecnym składzie uznaje za oczywiście bezzasadny zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. Sąd Apelacyjny wyjaśnił dlaczego - w ustalonych w sprawie okolicznościach faktycznych sprawy - nie zostały spełnione przesłanki nałożenia na powódkę kary pieniężnej, a także dlaczego wadliwa jest - z perspektywy przesłanek stosowanych w sprawie przepisów - przyjęta przez Prezesa Urzędu metodologia ustalenia, jaki poziom opłat za przeniesienie numeru nie zniechęca użytkowników do korzystania z przedmiotowej usługi. Wbrew zarzutom kasacyjnym uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego zostało sporządzone w sposób umożliwiający przeprowadzenie przez Sąd Najwyższy kontroli prawidłowości wykładni i zastosowania przepisów. Ponadto, nie stanowi istotnego naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. - mającego wpływ na wynik postępowania - pominięcie w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego argumentacji dotyczącej możliwości zastosowania art. 74 ust. 3

pkt 3 Prawa telekomunikacyjnego, zgodnie z którym Prezes Urzędu może nałożyć karę pieniężną, o której mowa w art. 209 ust. 1 pkt 15-17 na operatora, który realizuje uprawnienia abonentów niezgodnie z przepisami ustawy lub aktów wykonawczych. W przyjętych w sprawie przez Sąd pierwszej instancji i zaakceptowanych w pełni przez Sąd drugiej instancji ustaleniach faktycznych, niespełnione zostały przesłanki zastosowania tego przepisu. Wstępnym warunkiem kwalifikacji zachowania powódki, jako podlegające karze pieniężnej na podstawie art. 74 ust. 3 pkt 3 w związku z art. 209 ust. 1 pkt 16 Prawa telekomunikacyjnego, jest wykazanie przez Prezesa Urzędu, że powódka realizowała uprawnienia abonentów do przenoszenia numerów w sposób niezgodny z przepisami prawa. Sąd Apelacyjny trafnie - jak wynika to z wyroku TS w sprawie C-99/09 *Polska Telefonia Cyfrowa p. Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej* - orzekł, że wysokość opłaty za usługę przeniesienia numerów nie może być ustalana w zupełnym oderwaniu od kosztów tej usługi, ponoszonych przez operatora. W uzasadnieniu wyroku wyjaśniono, że dowody przedstawione przez Prezesa Urzędu w ogóle nie uwzględniają relacji między zakwestionowaną w niniejszej sprawie wysokością opłaty a kosztami świadczenia usługi przenoszenia numerów. Skoro więc Prezes Urzędu nie wykazał, by opłata za świadczenie usługi przeniesienia numerów została przez powódkę skalkulowana z naruszeniem obowiązujących przepisów, niemożność zastosowania art. 74 ust. 3 pkt 3 Prawa telekomunikacyjnego w niniejszej sprawie jest oczywistą konsekwencją wadliwej wykładni przepisu art. 71 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego, na której opierał się Prezes Urzędu. Z tych powodów uchybienie polegające na niewyjaśnieniu w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, dlaczego przepis art. 74 ust. 3 pkt 3 Prawa telekomunikacyjnego nie może mieć zastosowania w niniejszej sprawie nie miało żadnego wpływu na rozstrzygnięcie wydane przez Sąd drugiej instancji.

Z tych samych względów bezpodstawny okazał się zarzut naruszenia przepisu art. 386 § 4 k.p.c. w związku z art. 382 k.p.c. Prezes Urzędu uzasadniał go nieuchyleniem zaskarżonego wyroku, mimo iż „Sąd Okręgowy w zasadzie nie dokonał własnych ustaleń, nie wyjaśnił na jakich oparł się dowodach i dlaczego nie uznał dowodów przeciwnych”. Tymczasem Sąd Apelacyjny zaaprobował ustalenia poczynione przez Sąd Okręgowy i na ich podstawie dokonał subsumcji do zrekonstruowanego wzorca normatywnego.

Nieuzasadnione są zarzuty naruszenia art. 378 § 1 i 2 k.p.c. w związku z art. 386 § 1 k.p.c., poprzez rozpoznanie sprawy poza granicami apelacji oraz art. 386 § 4

k.p.c. w związku z art. 382 k.p.c., poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie uchylenia wyroku Sądu pierwszej instancji. Zarzut naruszenia art. 378 k.p.c. został uzasadniony w ogólnikowy sposób: „Sąd Apelacyjny nie rozpoznał wprost zarzutu z art. 233 § 1 k.p.c.”; „nie rozpoznał zarzutu naruszenia art. 479(64) k.p.c.”, „z uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego wprost nie wynika także, aby uznał on zarzut art. 233 § 1 k.p.c. za uzasadniony”. Z powyższego wynika, że Prezes Urzędu upatruje naruszenia art. 378 § 1 i 2 k.p.c. w braku odwołań (w uzasadnieniu wyroku) do przepisów powołanych w apelacji powódki. W zakresie dotyczącym wpływu zarzucanego naruszenia przepisów o charakterze procesowym na wynik sprawy, Prezes Urzędu ogranicza się do stwierdzenia, że „gdyby Sąd Apelacyjny rozpoznał powyższy zarzut apelacji, albo uchyliłby wyrok i sprawę przekazał do ponownego rozpoznania albo przeprowadziłby dowody”. Z uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego, mimo braku bezpośredniego odwołania się do powołanych przez Prezesa Urzędu przepisów Kodeksu postępowania cywilnego, wynika, że uwzględnione zostały sformułowane w apelacji przez powódkę, tym bardziej, że wyrok Sądu pierwszej instancji oraz decyzja Prezesa Urzędu zostały uchylone, w sytuacji gdy organ regulacyjny nie wykazał, by powódka naruszyła art. 209 ust. 1 pkt 16 Prawa telekomunikacyjnego.

Zdaniem Sądu Najwyższego w obecnym składzie wyrok Sądu Apelacyjnego nie narusza także art. 386 § 1 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. i w związku z art. 6 k.c., poprzez uznanie, iż ciężar udowodnienia, że opłata ponoszona przez abo- nenta za przeniesienie numeru nie jest oparta na kosztach oraz że wysokość opłaty zniechęca do przeniesienia numeru, obciąża Prezesa Urzędu. Prezes Urzędu wyda- jąc decyzję o nałożeniu kary pieniężnej, zarzuca przedsiębiorcy telekomunikacyj- nemu naruszenie przepisów Prawa telekomunikacyjnego. Odwołanie wniesione przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego do Sądu Okręgowego-Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, które inicjuje spór między przedsiębiorcą a organem regulacji telekomunikacji w przedmiocie zasadności nałożenia kary pieniężnej nie oznacza, że ciężar dowodu w zakresie wykazania bezzasadności nałożenia kary pieniężnej spoczywa na ukaranym przedsiębiorcy. Sąd Okręgowy - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów rozstrzyga spór między regulatorem rynku, który twier- dzi, że doszło do naruszenia obowiązków wynikających z przepisów Prawa teleko- munikacyjnego, a przedsiębiorcę telekomunikacyjnym twierdzącym, że naruszenie takowe nie miało miejsca. Przy tak rozumianej istocie sporu rozpoznawanego z od- wołania od decyzji Prezesa Urzędu przez Sąd Okręgowy - Sąd Ochrony Konkurencji

i Konsumentów, a następnie przez Sąd Apelacyjny, oczywiste jest, że ciężar dowodu w przedmiocie przesłanek nałożenia kary pieniężnej spoczywa na Prezesie Urzędu. Nałożenie na odwołującego się przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, poszukującego przed niezależnym sądem ochrony prawnej, obowiązku udowodnienia, że nie naruszył przepisów Prawa telekomunikacyjnego byłoby nie do pogodzenia z obowiązkiem zabezpieczenia wyższego poziomu sądowej ochrony praw przedsiębiorców, na których organ regulacji rynku nakłada dolegliwą sankcję finansową, do czego Rzeczpospolitą Polską zobowiązuje konieczność zapewnienia w krajowym porządku prawnym skuteczności postanowieniom Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Obywatela (Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.). Sąd Najwyższy w obecnym składzie podziela stanowisko przyjęte w wyroku Sądu Najwyższego z 14 kwietnia 2010 r., III SK 1/10, zgodnie z którym w zakresie w jakim dochodzi do wymierzenia przedsiębiorcy kary pieniężnej, zasady sądowej weryfikacji prawidłowości orzeczenia organu regulacji powinny odpowiadać wymogom analogicznym do tych, jakie obowiązują sąd orzekający w sprawie karnej. W niniejszej sprawie oznacza to, że to na Prezesie Urzędu spoczywa obowiązek wykazania przesłanek ujętych w przepisach, na podstawie których nałożono karę pieniężną.

Bezzasadne okazały się również zarzuty naruszenia przepisów prawa materialnego. Przepis art. 71 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego wdraża postanowienia art. 30 ust. 2 dyrektywy 2002/22. Jako przepis implementujący akt prawa unijnego, przepis ten powinien być wykładany przez Sąd Najwyższy w sposób zorientowany na dyrektywę. Wykładni tej Sąd Najwyższy musi dokonać w sposób zgodny z interpretacją dokonaną przez Trybunał Sprawiedliwości w wyroku w sprawie C-99/09 *Polska Telefonia Cyfrowa p. Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej*. Jako sąd krajowy, który skierował pytanie prejudycjalne w tej sprawie jest wprost związany wykładnią prawa unijnego dokonaną przez Trybunał Sprawiedliwości w powołanym wyroku. Z sentencji wyroku prejudycjalnego Trybunału Sprawiedliwości oraz uzasadnienia orzeczenia wynika w sposób oczywisty, że przyjęta przez Prezesa Urzędu wykładnia przepisu art. 71 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego pozostaje w sprzeczności z właściwym rozumieniem przepisu art. 30 ust. 2 dyrektywy 2002/22. Przepis ten należy bowiem interpretować w taki sposób, że wysokość opłaty za przeniesienie numeru nie może być ustalana w oderwaniu od kosztów ponoszonych przez operatorów w

związku ze świadczeniem usługi zmiany numerów oraz że niedopuszczalne jest ustalenie właściwej wysokości opłaty za przenoszenie numerów wyłącznie na podstawie opinii abonentów.

Oceniając, czy pobierana przez powódkę opłata za usługę przeniesienia numeru jest zgodna z art. 71 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego, Prezes Urzędu zobowiązany był w pierwszej kolejności ustalić, czy cena ta została skalkulowana z uwzględnieniem kosztów jej świadczenia. Zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości operatorzy są bowiem zobowiązani ustalać ceny zorientowane na koszty (pkt 19). Prezes Urzędu mógł określić również, jakie koszty oraz w jakiej wysokości powinny być brane pod uwagę. Dopiero w dalszej kolejności Prezes Urzędu powinien był badać, czy pobierana przez powódkę opłata nie zniechęcała abonentów do skorzystania z uprawnienia do zachowania dotychczasowego numeru w przypadku zmiany operatora świadczącego usługę powszechną. Weryfikacja poziomu opłaty stosowanej przez powódkę powinna zatem była odbywać się na dwóch płaszczyznach, uwzględniających interesy operatorów oraz interesy abonentów. Rolą Prezesa Urzędu jest wyważenie między tymi kolidującymi interesami. Dokonując przedmiotowego wyważania Prezes Urzędu musiał mieć na uwadze, że zakres swobodnego uznania jakim dysponuje jest ograniczony. Jak wynika to jednoznacznie z uzasadnienia powołanego powyżej wyroku Trybunału Sprawiedliwości, metoda za pomocą której należało ustalić, czy opłata ma charakter zniechęcający powinna mieć charakter obiektywny i wiarygodny (pkt 25). Taka metoda opiera się na odpowiednio uzasadnionych, racjonalnych kryteriach, których dobór nie ma arbitralnego charakteru. Dopiero po wypracowaniu takiej metody badania zgodności poziomu stosowanej przez powódkę opłaty za przeniesienie numeru, Prezes Urzędu mógł ustalić dopuszczalny poziom opłaty, przy czym możliwe było wyznaczenie go na poziomie niższym, niż wynikający z uzasadnionych kosztów świadczenia przedmiotowej usługi. Wówczas jednak Prezes Urzędu musiałby przedstawić przekonujące uzasadnienie, że opłata uwzględniająca koszty ponoszone przy wykonywaniu usługi przeniesienia numeru prowadzi do rezygnacji abonentów z korzystania z niej. Ustalenie dopuszczalnego poziomu opłat na podstawie samych oczekiwań konsumentów, a dodatkowo bez opracowania należytej uzasadnionej metodologii badań - co słusznie wytknął Sąd Apelacyjny w zaskarżonym wyroku - nie czyniło zadość powyższym wymogom. Przyjęta w zaskarżonym wyroku przez Sąd Apelacyjny wykładnia art. 71 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego jest więc zgodna ze stanowiącą wiążący wzorzec interpretacyj-

ny wykładnią przepisu art. 30 ust. 2 dyrektywy 2002/20, dokonaną przez Trybunał Sprawiedliwości. Ponadto Sąd Najwyższy podziela w pełni sformułowane w uzasadnieniu skarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego wskazówki, co do okoliczności, jakie Prezes Urzędu powinien wziąć pod uwagę ustalając, czy opłata za przeniesienie numeru nie zniechęca użytkowników do korzystania z przedmiotowej usługi.

Z tych samych powodów nieuzasadniony jest zarzut naruszenia art. 74 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego oraz art. 209 ust. 1 pkt 16 Prawa telekomunikacyjnego, poprzez niewłaściwe zastosowanie. Skoro nie wykazano w sposób zgodny z wymogami wynikającymi z art. 30 ust. 2 dyrektywy 2002/20, by pobierane przez powódkę opłaty z tytułu świadczenia usługi przenoszenia numerów były niezgodne z odpowiednimi przepisami, Sąd Apelacyjny nie naruszył art. 74 ust. 3 oraz art. 209 ust. 1 pkt 16 Prawa telekomunikacyjnego, przyjmując, że przepisy te nie mogą stanowić podstawy do nałożenia na powódkę kary pieniężnej.

Mając powyższe na względzie, Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji wyroku. O kosztach orzeczono zgodnie z art. 98 w związku z art. 108 § 1 oraz art. 398²¹ k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c.

=====