

POSTANOWIENIE Z DNIA 19 GRUDNIA 2008 R.

III SK 27/08

Przewodniczący: sędzia SN K. Jaśkowski.

Sędziowie SN: J. Kwaśniewski, A. Wróbel (sprawozdawca).

Sąd Najwyższy w sprawie z odwołania P. Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej o nałożenie kary pieniężnej, po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 19 grudnia 2008 r., skargi kasacyjnej strony pozwanej od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...) z dnia 5 lutego 2008 r., postanawia:

1. na podstawie art. 234 ust. 3 TWE zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z następującym 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) (Dz. Urz. WE L 2002.108.51) 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?

2. rozprawę odroczyć.

UZASADNIENIE

1. Przedmiot postępowania Przedmiotem niniejszego postępowania jest kwestia prawidłowości wymierzenia kary pieniężnej P. Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w W., dalej jako "strona powodowa", w wysokości 100.000,00 zł za realizację uprawnienia do przeniesienia przydzielonego numeru, o którym mowa w art. 71 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2004 r. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.), zwanej dalej "Prawem telekomunikacyjnym", w sposób niezgodny z przepisami tego Prawa telekomunikacyjnego w okresie od 28 marca 2006 r. do dnia 31 maja 2006 r.

2. Ramy prawne

2.1. Prawo polskie

2.1.1 Prawo telekomunikacyjne Art. 2 określenia użyte w ustawie oznaczają:

1) "abonent - podmiot, który jest stroną umowy zawartej w formie pisemnej o świadczenie usług z dostawcą publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych" 25) "połączenie sieci - fizyczne i logiczne połączenie publicznych sieci telekomunikacyjnych użytkowanych przez tego samego lub różnych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, celem umożliwienia użytkownikom korzystającym z usług lub sieci jednego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego komunikowania się z użytkownikami korzystającymi z usług lub sieci tego samego lub innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego albo dostępu do usług dostarczanych przez innego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego; połączenie sieci stanowi szczególny rodzaj dostępu telekomunikacyjnego realizowanego pomiędzy operatorami" 27) "przedsiębiorca telekomunikacyjny - przedsiębiorca lub inny podmiot uprawniony do wykonywania działalności gospodarczej na podstawie odrębnych przepisów, który wykonuje działalność gospodarczą polegającą na dostarczaniu sieci telekomunikacyjnych, udogodnień towarzyszących lub świadczeniu usług tele-

komunikacyjnych, przy czym przedsiębiorca telekomunikacyjny", uprawniony do:

- a) świadczenia usług telekomunikacyjnych, zwany jest "dostawcą usług",
- b) dostarczania publicznych sieci telekomunikacyjnych lub udogodnień towarzyszących, zwany jest "operatorem"

Art. 41 stanowi:

"Ust. 1 Opłaty za wzajemne korzystanie z połączonych sieci związane z realizacją przenoszenia numerów między sieciami powinny uwzględniać ponoszone koszty.

Ust. 2 Opłaty za wzajemne korzystanie z połączonych sieci i za dostęp telekomunikacyjny związane z realizacją wyboru dostawcy usług powinny uwzględniać ponoszone koszty."

Art. 71 stanowi:

"Ust. 1. Abonent będący stroną umowy z dostawcą usług zapewniającym przyłączenie do publicznej sieci telefonicznej operatora może żądać przy zmianie operatora przeniesienia przydzielonego numeru do istniejącej sieci innego operatora na obszarze: 1) strefy numeracyjnej - w przypadku numerów geograficznych; 2) całego kraju - w przypadku numerów niegeograficznych.

Ust. 2. Przepisu ust. 1 nie stosuje się do przenoszenia numerów pomiędzy stacjonarnymi i ruchomymi publicznymi sieciami telefonicznymi.

Ust. 3. 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."

Art. 74 stanowi:

"Ust. 1 Dostawca usług zapewniający przyłączenie do publicznej sieci telefonicznej i operator, do którego sieci został przyłączony abonent będący

stroną umowy z dostawcą usług zapewniającym przyłączenie do publicznej sieci telefonicznej, są obowiązani zapewnić możliwości do realizacji uprawnień abonenta, o których mowa w art. 69-72, polegające na stworzeniu odpowiednich warunków technicznych lub zawarciu umowy, o której mowa w art. 31 albo art. 128, a jeżeli możliwości takie istnieją - zapewnić ich realizację.

Ust. 2 Na wniosek dostawcy albo operatora, o których mowa w ust. 1, Prezes UKE może, w drodze decyzji, na czas określony, zawiesić realizację lub ograniczyć zakres realizacji określonego uprawnienia, o którym mowa w art. 69-72, jeżeli techniczne możliwości sieci wnioskodawcy nie pozwalają na realizację uprawnienia w całości lub części, określając harmonogram przystosowania tej sieci do realizacji uprawnienia objętego wnioskiem.

Ust. 3 Prezes UKE może nałożyć karę, o której mowa w art. 209 ust. 1 pkt 15-17, na dostawcę oraz na operatora, o których mowa w ust. 1, jeżeli:

- 1) nie zapewniają określonych w ust. 1 możliwości realizacji uprawnień abonenta;
- 2) nie realizują uprawnień abonentów, gdy istnieją możliwości ich realizacji;
- 3) realizują uprawnienia abonentów niezgodnie z przepisami ustawy lub rozporządzenia, o którym mowa w art. 73."

Art. 209 ust. 1 pkt 16 stanowi:

"Kto uniemożliwia abonentom korzystanie z uprawnień do przeniesienia przydzielonego numeru, o których mowa w art. 70 i 71, - podlega karze pieniężnej."

2.2. Prawo Wspólnot Europejskich

2.2.1. Dyrektywa 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 usługach

dze powszechnej) (Dz. Urz. WE L 2002.108.51), zwana niżej "dyrektywą 2002/22" "(40) Przenoszenie numeru jest kluczowym czynnikiem ułatwiającym podejmowanie wyborów przez konsumentów oraz skuteczną konkurencję w konkurencyjnym środowisku telekomunikacyjnym w ten sposób, że użytkownicy końcowi, którzy sobie tego zażyczą powinni mieć możliwość zachowania numeru/numerów w publicznej sieci telefonicznej niezależnie od tego, która organizacja świadczy usługę. Niniejsza dyrektywa nie obejmuje zapewnienia tej usługi dodatkowej w przypadku połączeń z publiczną siecią telefoniczną między numerami stacjonarnymi i niestacjonarnymi. Jednakże Państwa Członkowskie mogą zastosować przepisy dotyczące przenoszenia numerów między sieciami stacjonarnymi i komórkowymi. (41) Wpływ przenoszenia numerów znacznie wzrasta w przypadku, gdy istnieje przejrzysta informacja o taryfach, zarówno dla użytkowników końcowych, którzy przenoszą swój numer, jak i dla tych użytkowników końcowych, którzy dzwonią do tych, którzy przenieśli swoje numery. Krajowe organy regulacyjne powinny, tam gdzie to jest możliwe, umożliwić odpowiednią przejrzystość taryf jako część wprowadzania przenoszenia numerów. (42) Zapewniając kierowanie się kosztami przy ustalaniu cen za połączenia wzajemne w odniesieniu do wprowadzenia przenoszenia numerów, krajowe organy regulacyjne mogą uwzględnić ceny dostępne na porównywalnych rynkach."

"Artykuł 30

Przenoszenie numerów

1. Państwa Członkowskie zapewniają aby wszyscy, którzy sobie tego życzą abonenci publicznie dostępnych usług telefonicznych, włączając usługi komórkowe, mogli zachować swój numer (y) niezależnie od przedsiębiorstwa zapewniającego usługę:

a) w przypadku numerów geograficznych, w określonym miejscu; i b) w przypadku numerów niegeograficznych, w dowolnym miejscu.

Niniejszy ustęp nie stosuje się do przenoszenia numerów między sieciami zapewniającymi usługi stacjonarne i sieciami komórkowymi.

2. Krajowe organy regulacyjne zapewniają aby ceny połączeń wzajemnych związanych z zapewnieniem przenoszenia numerów były zorientowane na koszty oraz aby bezpośrednie obciążenia abonentów, jeśli są nie zniechęcały do korzystania z tych usług dodatkowych.

3. Krajowe organy regulacyjne nie nakładają taryf detalicznych na przenoszenie numerów w sposób, który naruszałby konkurencję, tak jak przypadku ustanawiania szczególnych lub powszechnych taryf detalicznych."

3. Stan faktyczny i przebieg postępowania

3.1. Postępowanie przed Prezesem Urzędu Regulacji Elektronicznej, zwanym dalej "Prezesem Urzędu" lub "Prezesem UAE"

Prezes Urzędu decyzją z dnia 1 sierpnia 2006 r. nałożył na stronę powodową karę pieniężną w wysokości 100.000 zł za "realizację uprawnienia do przeniesienia przydzielonego numeru, o którym mowa w art. 71 Prawa telekomunikacyjnego, w sposób niezgodny z przepisami ustawy."

Zgodnie z art. 71 ust. 3 Prawa Telekomunikacyjnego, 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 UAE wysokość tej opłaty nie została uzależniona od kosztów realizacji uprawnienia abonenta, lecz od subiektywnej oceny wysokości tych opłat dokonanej przez użytkowników, zaś przepis art. 71 ust. 3 nakłada na organ regulacyjny obowiązek zapewnienia, aby ponoszone przez użytkowników opłaty nie zniechęcały ich do korzystania z uprawnienia do możliwości zmiany operatora z zachowaniem numeru. W opinii Prezesa Urzędu pobierana przez stronę powo-

dową opłata w wysokości 122 zł zniechęcała abonentów P. 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. W stanowisku tym Prezes Urzędu podkreślił, że wysokość opłat za przeniesienie numeru nie jest uzależniona od kosztów realizacji tego uprawnienia, ponoszonych przez operatora (operatorów), lecz jedynie od subiektywnej oceny wysokości tych opłat przez użytkowników, ponieważ wysokość opłat nie powinna zniechęcać użytkownika do korzystania z tego uprawnienia. Zdaniem Prezesa Urzędu ta subiektywna ocena może zostać poznana po przeprowadzeniu badań ankietowych. Prezes Urzędu zlecił takie badania (m.in. z pytaniem "ile użytkownicy telefonii stacjonarnej i ruchomej są skłonni zapłacić za przeniesienie numeru do innego operatora"). Z wyników badań wynikało, że klienci indywidualni są skłonni zapłacić 46 zł (pre-paid) lub 48 zł (abonament) za przeniesienie numeru, a klienci biznesowi 60 zł. Zdaniem Prezesa Urzędu do ustalenia wysokości opłaty należało przyjąć opłaty deklarowane 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.

Zdaniem Prezesa Urzędu, opłata wyższa niż 50 zł zniechęca użytkownika do korzystania z uprawnienia do przeniesienia numeru, co jest niezgodne z art. 71 ust. 3 Prawa Telekomunikacyjnego. Prezes Urzędu zaznaczył, że stosowanie opłaty wyższej niż 50 zł w tych okolicznościach 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.

3.2. Postępowanie przed Sądem Okręgowym w W. - Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zwanym dalej "Sądem pierwszej instancji."

Strona powodowa zaskarżyła powyższą decyzję odwołaniem, zarzucając naruszenie:

1) art. 30 ust. 2 dyrektywy 2002/22 poprzez uznanie, że wysokość jednorazowej opłaty z tytułu przeniesienia numeru nie musi uwzględniać kosztów poniesionych przez operatorów w związku z przenoszeniem numeru;

2) art. 71 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego oraz art. 30 ust. 2 dyrektywy 2002/22 przez przyjęcie, że o zniechęcającym charakterze opłaty decydują subiektywne przekonania abonentów oraz przez arbitralne ustalenia wyłącznie na podstawie badań ankietowych, że opłata w wysokości 120 zł brutto zniechęca użytkownika do realizowania uprawnienia do przeniesienia numeru;

3) art. 74 ust. 3 oraz art. 201 ust. 1-3 Prawa telekomunikacyjnego poprzez wydanie decyzji o nałożeniu kary pieniężnej bez uprzedniego przeprowadzenia postępowania kontrolnego i wezwania do usunięcia domniemych naruszeń Prawa telekomunikacyjnego;

4) art. 209 pkt 16 oraz art. 74 ust. 3 pkt 3 w zw. z art. 210 ust. 1 pkt 1 Prawa telekomunikacyjnego poprzez nałożenie kary pieniężnej mimo dostosowania się strony powodowej do wymagań Prezesa Urzędu;

5) art. 209 pkt 16 oraz art. 74 ust. 3 pkt 3 w zw. z art. 210 ust. 1 pkt 1 Prawa telekomunikacyjnego poprzez uznanie, że przepisy te mogą być

uznane za podstawę nałożenia kary pieniężnej za naruszenie przepisów Prawa telekomunikacyjnego nie charakteryzujące się należytyym stopniem określoności;

6) art. 209 pkt 16 oraz art. 74 ust. 3 pkt 3 w zw. z art. 210 ust. 1 pkt 1 Prawa telekomunikacyjnego poprzez uznanie, że domniemane naruszenie prawa telekomunikacyjnego poprzez stosowanie zawyżonych opłat przez okres czasu od 1 do 2 miesięcy stanowi naruszenie uprawnień abonentów.

Sąd pierwszej instancji wyrokiem z dnia 6 marca 2007 r. XVII AmT (...) oddalił odwołanie.

Sąd pierwszej instancji 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 strony powodowej, 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 pierwszej instancji 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, sposób zastosowany przez Prezesa Urzędu, tj. przeprowadzenia badania konsumenckiego, należy uznać za najbardziej obiektywny, a zarazem najprostszy i najtańszy. Podstawą oceny, jaki poziom opłat nie zniechęca konsumentów powinna być bowiem opinia uzy-

skana od przeciętnych abonentów, jako tych podmiotów, którym przysługuje uprawnienie, na korzystanie z którego wpływa wysokość opłaty.

Nałożenie kary pieniężnej było zaś uzasadnione "bezsprzecznie 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 dokonana 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.

3.3. Postępowanie przed Sądem Apelacyjnym w (...) Strona powodowa zaskarżyła powyższy wyrok Sądu pierwszej instancji apelacją w której zarzuciła naruszenie:

1) art. 479⁶⁴ Kodeksu postępowania cywilnego, dalej jako "k.p.c." poprzez ograniczenie funkcji jurysdykcyjnej Sądu pierwszej instancji do oceny legalności zaskarżonej decyzji Prezesa Urzędu;

2) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez zaniechanie wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego,

3) art. 328 § 2 k.p.c. poprzez brak wskazania w uzasadnieniu wyroku faktów, które Sąd pierwszej instancji uznał za udowodnione;

4) art. 30 ust. 2 dyrektywy 2002/22 poprzez uznanie, że wysokość opłaty z tytułu przeniesienia numeru nie musi uwzględniać kosztów poniesionych przez operatorów;

5) art. 2 Konstytucji RP oraz art. 30 ust. 2 dyrektywy 2002/22 poprzez przyjęcie, że o zniechęcającym charakterze opłaty decydują wyniki badań opinii abonentów;

6) art. 2 Konstytucji RP, art. 74 ust. 3 i 201 ust. 1-3 Prawa telekomunikacyjnego poprzez wydanie decyzji o nałożeniu kary pieniężnej bez przeprowadzenia obligatoryjnego postępowania kontrolnego;

7) 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 poprzez nałożenie kary pieniężnej pomimo dostosowania się przez stronę powodową do wymogów stawianych przez Prezesa Urzędu i poprzez przyjęcie, że przepisy te mogą być uznane za podstawę prawną nałożenia kary pieniężnej za naruszenie przepisów Prawa telekomunikacyjnego, nie charakteryzujących się należytyym stopniem określoności; 8) art. 209 ust. 1 pkt 16 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 74 ust. 3 i art. 210 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego poprzez uznanie, że stosowanie zawyżonych opłat przez okres od 1 do 2 miesięcy stanowi naruszenie uprawnień abonentów, o których mowa w tych przepisach; 9) art. 209 ust. 1 pkt 16 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 74 ust. 3 i art. 210 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego poprzez uznanie, że dopuszczalne jest nałożenie kary na powódkę, gdy ta co najwyżej utrudniała, ale nie uniemożliwiała korzystania z uprawnień do przeniesienia numeru.

Sąd Apelacyjny w (...) wyrokiem z dnia 5 lutego 2008 r. zmienił wyrok Sądu pierwszej instancji 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 wskazał, że zgodnie z art. 209 ust. 1 pkt 16 Prawa telekomunikacyjnego "kto uniemożliwia korzystanie z uprawnień do przeniesienia przydzielonego numeru, o których mowa w art. 70 i art. 71 - podlega karze pieniężnej." Następnie, Sąd Apelacyjny wyjaśnił, iż "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 UKE sposobu obliczania tej opłaty za pomocą badań oczekiwań abonentów", jednakże 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 wskazał, 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.

Następnie, Sąd Apelacyjny przyjął, że 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 Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z dnia 13 lipca 2006 r. Sprawa C-438/04 Mobistar SA przeciwko Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT) (www.curia.europa.eu) 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 wskazał, 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 odstępnę za samą realizację przez abonenta jego ustawowego uprawnienia. Tymczasem z treści dyrektywy 2002/22 wynika, że dopuszczalne jest bezpośrednie obciążenie abonentów kosztami związanymi z zapewnieniem przenoszenia numerów pod warunkiem, aby takie bezpośrednie obciążenie abonenta nie zniechęcało 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.

Sąd Apelacyjny wskazał, że 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 tego Prawa.

3.4. Postępowanie przed Sądem Najwyższym Prezes Urzędu zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego w (...) 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 nie wyjaśnienie 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, nie wskazanie 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, iż o wysokości jednorazowej opłaty decydować mają wyłącznie preferencje abonentów;

b) niewłaściwe zastosowania 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. z 2006 r. Nr 42, poz. 290 z późn. zm.).

Strona powodowa wniosła o oddalenie skargi kasacyjnej. Pismem z dnia 1 grudnia 2008 r. wniosła o skierowanie przez Sąd Najwyższy na podstawie art. 234 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską następujących pytań prejudycjalnych do Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich:

1. "Czy art. 30 ust. 2 Dyrektywy 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (Dyrektywa o usłudze powszechnej) dopuszcza ustalenie w prawie krajowym Państwa Członkowskiego, iż wysokość wynagrodzenia za przeniesienie przydzielonego przy zmianie operatora numeru nie może zniechęcać do korzystania z tego uprawnienia, z pominięciem jednak kategorii kosztów ponoszonych z tego tytułu przez operatora?

2. Czy art. 30 ust. 2 Dyrektywy o usłudze powszechnej dopuszcza, by określenie wysokości wynagrodzenia płatnego przez abonenta na rzecz operatora sieci telefonii ruchomej tytułem usługi przeniesienia numeru, która ma nie zniechęcać do korzystania z tej usługi dodatkowej, następowało poprzez odwołanie do subiektywnych przekonań abonentów, a nie do obiektywnych czynników, decydujących o zakwalifikowaniu danej wysokości wynagrodzenia, jako zniechęcającej do korzystania z ww. usługi?

3. Czy art. 30 ust. 2 Dyrektywy o usłudze powszechnej powinien być interpretowany w ten sposób, że krajowy organ regulacyjny, badający - w ramach postępowania w sprawie nałożenia kary pieniężnej - wysokość wynagrodzenia płatnego przez abonenta na rzecz operatora sieci telefonii ruchomej tytułem usługi przeniesienia numeru, jest uprawniony pominać koszty ponoszone z tego tytułu przez operatora oraz oprzeć swe rozstrzygnięcie wyłącznie na ustaleniach wynikających z badań ankietowych sprawdzających ile abonenci są skłonni zapłacić za przeniesienie numeru?"

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

1. Przedmiotem niniejszej sprawy jest kwestia prawidłowości kary pieniężnej nałożonej na stronę powodową na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 16 Prawa telekomunikacyjnego. Przesłanką wymierzenia kary pieniężnej jest uniemożliwienie abonentom korzystania z uprawnień do przeniesienia przydzielonego numeru, określonych w art. 70 i 71 Prawa telekomunikacyjnego. W niniejszej sprawie zasadniczy spór sprowadza się do tego, czy ustalenie i pobieranie przez stronę powodową - dotychczasowego dostawcę usług jednorazowej opłaty pobieranej od abonentów w związku z korzystaniem przez nich z uprawnień do przeniesienia przydzielonego numeru, w związku ze zmianą operatora, w wysokości 122 zł uniemożliwia abonentom korzystanie z uprawnień określonych w art. 71 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego. W stanie faktycznym niniejszej sprawie nie ma zastosowania art. 70 Prawa telekomunikacyjnego.

2. Rozstrzygnięcie spornej kwestii prawidłowości wymierzonej stronie powodowej kary pieniężnej wymaga uprzedniego rozważenia zagadnienia prawnego, czy sporna opłata jednorazowa została ustalona i pobrana przez stronę powodową zgodnie z art. 71 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego. Przepis ten upoważnia dotychczasowego dostawcę usług do pobierania od abonentów jednorazowej opłaty za przeniesienie przydzielonego numeru przy zmianie operatora, jednakże pod dwoma warunkami, a mianowicie: 1) opłata ta musi być określona w cenniku dotychczasowego dostawcy usług, 2) wysokość opłaty nie powinna zniechęcać abonenta do korzystania z jego uprawnienia.

3. Podstawowym zagadnieniem prawnym budzącym wątpliwości Sądu Najwyższego, które uzasadniają przedstawienie Trybunałowi Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich wskazanego w sentencji postanowienia pytania prawnego, jest kwestia, czy przy ustalaniu wysokości opłaty jednorazowej, o której mowa w art. 71 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego,

uwzględnia się koszty ponoszone przez operatorów w związku z wykonywaniem usługi przeniesienia numeru.

4. Wykładnia przepisu art. 71 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego dokonana przy zastosowaniu wyłącznie językowo-logicznych dyrektyw interpretacyjnych prowadzi do wniosku, że jedynym ustawowym kryterium oceny prawidłowości wysokości pobieranej opłaty jednorazowej za przeniesienie przydzielonego numeru przy zmianie operatora jest to, że wysokość tej opłaty "nie powinna zniechęcać abonenta do korzystania z tego uprawnienia." W konsekwencji można przyjąć, że na wysokość tej opłaty decydujący lub wyłączny wpływ mają okoliczności leżące po stronie abonentów, a mianowicie to, ile (przeciętny) abonent jest skłonny zapłacić za realizację usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie operatora. Treść rozumianego bezpośrednio przepisu art. 71 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego nie daje natomiast podstawy do przyjęcia, jakoby wysokość jednorazowej opłaty pobierana za realizację uprawnienia do przeniesienia numeru była uzależniona także od ponoszonych przez operatora kosztów związanych z tą usługą.

5. Do odmiennych wniosków mogą prowadzić celowościowo-funkcjonalne i systemowe dyrektywy interpretacyjne przepisu art. 71 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego. Sąd Najwyższy jest zdania, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie ma zastosowania art. 41 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego, który odnosi się, co wynika już z jego brzmienia, do "opłat za wzajemne korzystanie z połączonych sieci związane z realizacją przenoszenia numerów między sieciami." Nie ma bowiem wątpliwości, że przepis art. 41 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego obejmuje swoim zakresem wyłącznie "połączenie sieci stanowiące szczególny rodzaj dostępu telekomunikacyjnego realizowanego pomiędzy operatorami", a zatem koszty, o których mowa w tym przepisie, są rozliczane między dotychczasowym i nowym operatorem w postaci opłaty za wzajemne korzystanie z połączo-

nych sieci, związanej z realizacją przenoszenia numerów. Jednorazowa opłata, o której mowa w art. 71 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego, nie mieści się w kategorii opłat przewidzianych w art. 41 ust. 1 tego Prawa, ponieważ jest to opłata pobierana przez dotychczasowego operatora od abonenta korzystającego z uprawnienia do przeniesienia przydzielonego numeru w związku ze zmianą operatora. Innymi słowami, przepis art. 41 ust. 1 Prawa komunikacyjnego dotyczy opłat pobieranych między operatorami, w których uwzględnia się odnośne koszty, natomiast przepis art. 71 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego dotyczy opłat pobieranych przez jednego (dotychczasowego) operatora od abonenta, w których kosztów - zgodnie z bezpośrednim jego rozumieniem - nie uwzględnia się. W konsekwencji nie można przyjąć, że przy wykładni przepisu art. 71 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego należy uwzględnić kontekst systemowy w postaci przepisu art. 41 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego.

6. Prawo telekomunikacyjne dokonuje w zakresie swojej regulacji wdrożenia ośmiu dyrektyw Wspólnot Europejskich, w tym dyrektywy 2002/22/WE z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (dyrektywa o usłudze powszechnej). Znaczenie przepisu art. 71 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego, mimo że jego treść wydaje się nie budzić wątpliwości interpretacyjnych, powinno być ustalane przez Sąd Najwyższy zgodnie z przepisami tej dyrektywy. Sąd Najwyższy, "stosując prawo krajowe, a zwłaszcza przepisy uregulowania przyjętego specjalnie w celu wprowadzenia wymagań dyrektywy", jest bowiem "zobowiązany interpretować prawo krajowe w najszerszym możliwym zakresie w świetle brzmienia i celu danej dyrektywy, aby osiągnąć rezultat przez nią przewidziany, a co za tym idzie, zapewnić zgodność z art. 249 akapit trzeci WE" (wyrok Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (wielka izba) z dnia 5 października 2004 r. Bernhard Pfeiffer (Sprawa C-397/01), Wilhelm Roith (Sprawa C-398/01),

Albert Suft (Sprawa C-399/01), Michael Winter (Sprawa C-400/01), Klaus Nestvogel (Sprawa C-401/01), Roswitha Zeller (Sprawa C-402/01) i Matthias Dóbele (Sprawa C-403/01) przeciwko Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV. www.curia.europa.eu).

7. Przepis art. 30 ust. 2 dyrektywy 2002/22 był przedmiotem wykładni Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich w wyroku z dnia 13 lipca 2006 r. Sprawa C-438/04 Mobistar SA przeciwko Institut belge des services postaux et des telecommunications (IBPT) (www.curia.europa.eu), jednakże przepis ten został wyjaśniony jedynie w zakresie, w jakim dotyczy "ceny połączeń wzajemnych związanych z zapewnieniem przenoszenia numerów." Przedmiotem sporu, w ramach którego powstało rozstrzygane przez Trybunał zagadnienie prawne, była decyzja IBPT z dnia 16 września 2003 r. w sprawie ustalenia kwoty kosztów założenia, należnej od nowego operatora sieci telefonii ruchomej w przypadku przekazania numeru przez jednego operatora innemu lub przeniesienia numeru do innego operatora w okresie od dnia 1 października 2002 r. do dnia 1 października 2005 r. (pkt 2). Sprawa będąca przedmiotem postępowania przed sądem belgijskim dotyczyła między innymi ustalenia, czy ceny połączeń wzajemnych związane z zapewnieniem przenoszenia numerów, o których mowa w art. 30 ust. 2 dyrektywy o usłudze powszechnej, dotyczą oprócz kosztów ruchu, również kosztów założenia (pkt 20). Trybunał rozstrzygnął między innymi, że "ceny połączeń wzajemnych związane z zapewnieniem przenoszenia numerów, o których mowa w art. 30 ust. 2 dyrektywy o usłudze powszechnej, dotyczą kosztów ruchu związanych z przeniesionymi numerami oraz kosztów założenia poniesionych przez operatorów sieci telefonii ruchomej w celu realizacji wniosków o przeniesienie numeru" (pkt 30). Należy zatem przyjąć, że Trybunał wyjaśnił treść przepisu art. 30 ust. 2 dyrektywy w tym zakresie, w jakim może on służyć jako wzorzec interpretacyjny dla ustalenia treści art. 40 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego, który wszakże nie ma zastosowania

w niniejszej sprawie. Nie ma przy tym wątpliwości, że Trybunał w tym wyroku nie odniósł się wprost do bezpośrednich obciążeń abonentów, o których mowa w art. 30 ust. 2 in fine dyrektywy 2002/22.

8. Przepis art. 30 ust. 2 w zakresie, w jakim odnosi się do bezpośrednich obciążeń abonentów korzystających z usługi dodatkowej przenoszenia numerów budzi wątpliwości Sądu Najwyższego. Z jednej bowiem strony można przyjąć, że na innych zasadach ustalane są ceny za połączenia wzajemne związane z zapewnieniem przenoszenia numerów (te muszą być zorientowane na koszty), a na innych bezpośrednio obciążenia abonentów (te nie mogą być na takim poziomie, który zniechęcałby do korzystania z prawa). Pogląd o rozróżnieniu między zasadami ustalania obu rodzajów opłat znajduje potwierdzenie w akapicie 42 preambuły dyrektywy 2002/22, który wskazuje, iż "zapewniając kierowanie się kosztami przy ustalaniu cen za połączenia wzajemne w odniesieniu do wprowadzenia przenoszenia numerów, krajowe organy regulacyjne mogą uwzględnić ceny dostępne na porównywalnych rynkach." Akapit ten w ogóle nie odnosi się natomiast do opłat obciążających bezpośrednio abonentów. Dyrektywa 2002/22 nie precyzuje jednak, w jaki sposób organ regulacyjny powinien ustalić wysokość opłaty, która nie zniechęcałaby konsumentów do korzystania z prawa do przeniesienia numeru. Nie czyni tego również powoływany wyżej wyrok Sprawa C-438/04 Mobistar, który dotyczy ustalania stawek opłat pobieranych przez operatorów między sobą wskazano w nim jedynie, iż "o ile zostanie wykazane, że ceny są zorientowane na koszty, przepis ten przyznaje krajowym organom pewien zakres swobody przy ocenie sytuacji i ustaleniu metody, która jest według nich najbardziej odpowiednia do wdrożenia z pełną skutecznością przenoszenia numerów, tak by nie zniechęcić konsumentów do korzystania z tej usługi" (pkt 34).

9. Z powyższego punktu uzasadnienia wynika, iż organ regulacyjny może w dowolny - choć racjonalny - sposób ustalać, jakiej wysokości opłata

zniechęca konsumentów do korzystania z możliwości przeniesienia numeru. Bazując na poglądzie wyrażonym przez ETS w pkt 34 należałoby przyjąć, że ustalenie górnego poziomu opłaty za przeniesienie numeru płaconej przez konsumenta na podstawie badań konsumenckich (opinii publicznej) jest zasadne i właściwe, gdyż wskazuje, jak "adresaci" tych opłat postrzegają je i jaką wysokość skłonni są zaakceptować.

10. Z drugiej jednak strony, użyte w art. 30 ust. 2 sformułowanie "aby bezpośrednio obciążenia abonentów, jeśli się nie zniechęcały do korzystania z tych usług dodatkowych" jest na tyle nieostre i może być doprecyzowane za pomocą tylu różnych metod badawczych, że uzasadnione jest wystąpienie do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie art. 234 ust. 3 TWE, zwłaszcza gdy się zważy na sposób interpretacji art. 30 ust. 2 w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z dnia 13 lipca 2006 r. Sprawa C-438/04 Mobistar SA przeciwko Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT) (www.curia.europa.eu) (pkt. 33 i 37). Wypowiadając się w przedmiocie opłat pobieranych przez operatorów w rozliczeniach między nimi, Trybunał przyjął, że opłaty te powinny być ustalane w taki sposób, aby były "zorientowane na koszty, a ponadto aby ceny te nie zniechęcały konsumentów" (pkt 33) oraz "jeżeli ceny są ustalane w zależności od kosztów w ten sposób, że nie zniechęca się konsumentów do korzystania z usługi przenoszenia numerów" (pkt 37). Tymczasem przepis art. 30 ust. 2 dyrektywy 2002/22 wyraźnie stanowi, że "nie zniechęcać" ma tylko opłata bezpośrednio pobierana od konsumenta.

11. Biorąc pod uwagę, że przepis art. 30 ust. 2 dyrektywy 2002/22 w zakresie, w jakim dotyczy bezpośrednich obciążeń konsumentów, budzi nadal wątpliwości interpretacyjne, a jednoznaczne ustalenie jego znaczenia jest konieczne dla dokonania przez Sąd Najwyższy zgodnej z tym przepisem wykładni art. 71 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego, ewentualnie oceny zgodności tego ostatniego przepisu z art. 30 ust. 2 dyrektywy 2002/22 albo

rozważenia ewentualnego bezpośredniego zastosowania wskazanego przepisu dyrektywy, zwrócenie się przez Sąd Najwyższy do Trybunału z wnioskiem o dokonanie wykładni art. 30 ust. 2 na podstawie art. 234 ust. 3 TWE było konieczne i uzasadnione.

Biorąc powyższe pod rozwagę, Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji postanowienia.