

POSTANOWIENIE

Dnia 11 sierpnia 2015 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Maciej Pacuda (przewodniczący)

SSN Dawid Miąsik (sprawozdawca)

SSN Krzysztof Staryk

w sprawie z powództwa P. Sp. z o.o. w W.
przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej
z udziałem zainteresowanej C. S.A. w W.
o określenie warunków współpracy,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 11 sierpnia 2015 r.,
zażalenia strony powodowej na wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie
z dnia 29 stycznia 2015 r., sygn. akt VI ACa 537/14,

**uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi
Apelacyjnemu w Warszawie do ponownego rozpoznania i
rozstrzygnięcia o kosztach postępowania zażaleniowego.**

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Prezes Urzędu) decyzją z 15 grudnia 2011 r. odmówił określenia warunków współpracy między P. Sp. z o.o. z/s w W. (powód) a C. S.A. z/s w W. (zainteresowany) w zakresie hurtowych stawek rozliczeń dotyczących realizacji usługi przeniesienia przydzielonego numeru przy zmianie dostawcy usług do sieci innego operatora (mobile network portability, dalej jako MNP).

Z uzasadnienia decyzji wynika, że rozstrzygając sprawę Prezes Urzędu uwzględnił obowiązki nałożone na strony postępowania, kierował się potrzebą zapewnienia niedyskryminacyjnych warunków dostępu telekomunikacyjnego związanych z ustaleniem opłat za usługę MNP oraz miał na uwadze charakter kwestii spornej zaistniałej w niniejszej sprawie. Prezes Urzędu odwołał się do art. 41 Prawa telekomunikacyjnego, zgodnie z którym opłaty za wzajemne korzystanie z połączonych sieci związane z realizacją przenoszenia numerów między sieciami powinny uwzględniać ponoszone koszty. Przepis ten, w zw. z art. 30 ust. 2 dyrektywy 2002/22 stanowi podstawę do wprowadzenia w życie opłat hurtowych MNP. Odwołując się do wyroku TSUE w sprawie C-438/04 *Mobistar SA* Prezes Urzędu wskazał, że system opłat polegający na uiszczaniu przez biorcę opłaty za MNP na rzecz dawcy jest stosowany w 20 krajach członkowskich UE oraz został zaakceptowany w tym orzeczeniu. Na koszty, o których mowa w art. 30 ust. 2 dyrektywy 2002/22, składają się ceny połączeń wzajemnych związane z zapewnieniem przenoszenia numerów, obejmujące koszty ruchu związane z przeniesionymi numerami oraz koszty założenia poniesione przez operatorów w celu realizacji wniosków o przeniesienie numeru. Dlatego Prezes Urzędu nie uwzględnił argumentacji zainteresowanego, zgodnie z którą system przewidujący uiszczenia opłat przez biorcę na rzecz dawcy miałby dyskryminacyjny charakter.

W ocenie Prezesa Urzędu koszty ruchu to dodatkowe koszty powstałe w sieci na skutek połączeń z przeniesionymi numerami w porównaniu do kosztów połączeń z numerami nieprzeniesionymi. Koszty założenia to dodatkowy jednorazowy koszt powstały na skutek przeniesienia numeru lub większej liczby numerów, wykraczający poza koszty przeniesienia klienta bez przeniesienia numeru do innego operatora (lub związane z zakończeniem świadczenia usług). W przypadku telefonii mobilnej koszty ruchu wynoszą zero (brak różnicy między kosztami połączeń na numery przeniesione i nieprzeniesione). Odwołując się do wyroku TSUE Prezes Urzędu przyjął, że może określić metodę obliczania kosztów, w tym poprzez określenie cen maksymalnych, których może żądać dotychczasowy operator od nowego operatora tytułem kosztów założenia przy respektowaniu zasady, że poziom opłat nie może zniechęcać konsumentów do korzystania z usług

przenoszenia numeru. Zdaniem Prezesa Urzędu upoważnia go to do ustalenia metodologii z uwzględnieniem wpływu opłat na detaliczny rynek telekomunikacyjny.

Prezes Urzędu uznał, że nie był zobligowany do przyjęcia rozwiązania proponowanego przez powoda dotyczącego uwzględniania wszystkich kosztów, jakie operator poniósł na zasadzie swobody wyboru modelu biznesowego realizacji usługi, ponieważ rozwiązanie takie byłoby sprzeczne z wyrokiem TSUE. Nie można zatem wziąć pod uwagę kosztów modernizacji sieci. Prezes Urzędu uznał, że powinien brać pod uwagę wyłącznie koszty bezpośrednio związane z procesem MNP.

Odnosząc powyższe założenia do okoliczności niniejszej sprawy Prezes Urzędu podniósł, że wskazane przez powoda koszty cechował wysoki poziom ogólności bez podziału na konkretne koszty jak i bez wskazania metodologii ich liczenia. Powód nie wykazał, jakie procesy składają się na usługę MNP, nie przedstawił uzasadnienia dla przedstawionych przez siebie kosztów. Dane przekazane przez pozostałych operatorów były odmienne od przekazanych przez powoda. Ponadto, analiza kosztów przedstawionych przez powoda wykazała, że nie są to koszty założenia w rozumieniu przyjętym przez TSUE. Metodologia powoda uwzględniała koszty modernizacji sieci w celu wdrożenia obowiązku wynikającego z art. 71 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego, a także koszty nie związane bezpośrednio z modernizacją sieci na użytek MNP (obsługa prawna, koszty szkoleń).

Prezes Urzędu podkreślił, że wobec braku dokładnych danych na temat przyjętej metodologii kalkulacji kosztów MNP oraz zbyt ogólnego przedstawienia rodzajów kosztów ponoszonych przez powoda przy realizacji MNP oraz mając na uwadze art. 41 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego, nie może oprzeć się na danych przekazanych przez powoda. Dlatego Prezes Urzędu postanowił przeprowadzić analizę w oparciu o twierdzenia stron, dokumenty znane organowi z urzędu, a także podjął działania mające na celu opracowanie systemowego rozwiązania opłat za MNP. Zwrócił się do innych operatorów o przedstawienie wykazu rodzajów kosztów ponoszonych przez tych operatorów na podstawie danych finansowych za 2009 r. W odpowiedzi niektórzy operatorzy wskazali, że z uwagi na brak obowiązku kalkulacji kosztów mogą podać jedynie orientacyjne koszty. Dodatkowo przyjmowali

różne metodologie ich liczenia, brali pod uwagę różne koszty. Przedsiębiorcy P. oraz zainteresowany przedstawili listę procesów składających się na realizację przeniesienia numerów wskazując, że biorca ma do wykonania więcej czynności zatem ponosi wyższe koszty niż dawca. Dlatego to dawca powinien przekazywać opłatę biorcy za MNP. Z kolei Prawa telekomunikacyjnegoK zaliczyła do kosztów ogólne koszty funkcjonowania systemów informacyjnych, których funkcjonowanie ma wpływ na proces przenośności numerów. Powód wskazał orientacyjne koszty związane z wdrożeniem obowiązku przenoszenia numerów, a nie koszty realizacji procesów przeniesienia numeru.

Prezes Urzędu dokonał porównawczej analizy uregulowania kwestii procesów przenoszenia numerów na rynku telefonii stacjonarnej. Opierając się na ofercie SOR zatwierdzonej dla T. S.A. uznał, że należy się posługiwać metodologią analogiczną do metodologii zastosowanej w sieci stacjonarnej a w konsekwencji oprzeć się na kosztach bieżących procesów realizowanych przy tym przeniesieniu. Ustalając rodzaj procesów realizowanych przy MNP Prezes Urzędu opierał się na stanowisku P. i zainteresowanego, jako jedynych podmiotów, które wskazały konkretne procesy. Są to: 1) odebranie komunikatu E03 (zarejestrowanie wniosku o przeniesienie numeru); wysłanie odpowiedzi E06 (informacja dawcy o planowanym terminie zwolnieniu numeru) lub odpowiedzi E17 (odmowa przeniesienia numeru w danym dniu); odebranie komunikatu E12 (żądanie biorcy wydania numeru przez dawcę), wysłanie komunikatu E13 (zwolnienie przez dawcę numeru). Prezes Urzędu uwzględnił poszczególne procesy realizowane przy przeniesieniu numerów przez dawcę i na tej podstawie prowadził dalsze analizy.

Odnosząc się do stanowiska zainteresowanego, zgodnie z którym przy przeniesieniu 1 numeru często poszczególne komunikaty mogą występować kilkukrotnie, z uwagi na konieczność dodatkowych odpytywań i korektę danych zawartych we wnioskach, Prezes Urzędu uznał, że z uwagi na brak wyjaśnień co do zastosowanej metodologii nie może oprzeć się na proponowanym uśrednieniu liczby komunikatów realizowanych przy 1 przeniesieniu numerów.

Organ nie zgodził się ze stanowiskiem P.1. co do uwzględnienia komunikatu E14 (zwrot numeru do przedsiębiorcy macierzystego po zaprzestaniu świadczenia), ponieważ komunikat ten nie ma bezpośredniego związku z realizacją pojedynczego

przeniesienia numeru, gdyż jego wysłanie następuje w momencie, gdy numer już został uprzednio przeniesiony.

Następnie Prezes Urzędu podjął próbę ustalenia kosztów poszczególnych procesów wchodzących w skład procedury przenoszenia numeru. Powód przedstawił propozycję, by uwzględnione zostały koszty faktycznie ponoszone przez tego operatora, przy czym część tych kosztów nie jest wyłącznie i bezpośrednio związana z samym procesem przenoszenia numerów. Analiza ogólnych kosztów przedstawionych przez powoda wykazała nieprawidłowości przy przyjętej metodologii oraz uwzględnienie kosztów, które nie są kosztami związanymi bezpośrednio z procesami przeniesienia numeru. Dlatego Prezes Urzędu nie uwzględnił propozycji ustalania opłaty w wysokości proponowanej przez powoda. Tylko dwóch operatorów (Prawa telekomunikacyjnegoK i zainteresowany) określiło wysokość kosztów, przy czym koszty te różniły się znacznie między operatorami. Wobec różnic w kosztach Prezes Urzędu nie mógł wykorzystać tych danych celem ustalenia rzetelnych kosztów wchodzących w skład procesów przeniesienia numeru.

Mając na względzie niemożność wykorzystania danych przedstawionych przez strony postępowania, organ dokonał analizy kosztów procesów MNP przekazanych przez operatorów mobilnych w trybie wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu z art. 6 Prawa telekomunikacyjnego. Operatorzy wskazywali, że nie są w stanie wskazać kosztów tych procesów, ograniczając się do wskazania ogólnego orientacyjnego kosztu przeniesienia numeru obejmującego koszty modernizacji swoich sieci.

Wobec braku szczegółowych danych oraz wobec okoliczności, że na operatorach mobilnych nie ciąży aktualnie obowiązek prowadzenia rachunkowości regulacyjnej w zakresie kosztów przeniesienia numerów ani kalkulacji tych kosztów, Prezes Urzędu uznał, że nie jest możliwe oparcie się na przedstawionych przez nich danych.

Kierując się art. 28 ust. 1 pkt 4 (zaistniałe kwestie sporne) oraz art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. b) (niedyskryminacyjne warunki dostępu) oraz art. 41 ust. 1 Prezes Urzędu uznał, że w chwili obecnej nie jest możliwe rozstrzygnięcie kwestii spornej. Propozycji powoda nie można uznać za uwzględniającą ponoszone koszty z art. 41

ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego. Z kolei zainteresowany wniósł o wydanie decyzji odmownej lub o ustalenie opłaty za MNP w oparciu o uzasadnione koszty. Nie podał jednak swoich kosztów ani metodologii ich liczenia.

Zdaniem Prezesa Urzędu opłata za MNP powinna być analogiczna dla wszystkich operatorów mobilnych na krajowym rynku telekomunikacyjnym, aby uniknąć promowania operatorów nieefektywnych.

Powód zaskarżył decyzję Prezesa Urzędu odwołaniem w całości.

Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z 29 stycznia 2014 r., XVII AmT 36/12 uchylił zaskarżoną decyzję uznając, że w niniejszej sprawie zachodziły podstawy do władczego rozstrzygnięcia sporu między operatorami. Zdaniem Sądu pierwszej instancji Prezes urzędu był w myśl art. 28 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego zobowiązany do skutecznego rozstrzygnięcia sprawy, tj. doprowadzenia do zawarcia umowy o dostępie telekomunikacyjnym, w szczególności poprzez orzeczenie treści umowy decyzją administracyjną. Skoro elementem umowy o dostępie może być opłata za przenoszenie numerów i wysokości tej opłaty dotyczył spór między przedsiębiorcami telekomunikacyjnym, to logicznym jest, że przedmiotem decyzji Prezesa Urzędu musi być wysokość opłaty za przenoszenie numerów. Odmowa wydania decyzji może nastąpić tylko, gdy spełnione są przesłanki art. 27 Prawa telekomunikacyjnego, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca. O bezwzględnym obowiązku Prezesa Urzędu co do władczego rozstrzygnięcia spornej kwestii stanowi także wykładnia przepisu art. 30 ust. 2 dyrektywy 2002/22. Skoro w myśl tego przepisu organy krajowe „zapewniają aby” to znaczy, że mają skutecznie doprowadzić do sytuacji, w której koszty przeniesienia numeru zostają ustalone. Nie może stanowić podstawy odmowy władczego rozstrzygnięcia spornej kwestii przez regulatora okoliczność, że brak jest jednolitych standardów wśród operatorów w zakresie ustalania struktury procesów związanych z przenoszeniem numerów i struktury kosztów. Organ posiada instrumenty pozwalające mu na poczynienie stosownych ustaleń oraz nie jest związany wnioskami stron co do ukształtowania stawki na konkretnym poziomie. Możliwe zatem i konieczne było w niniejszej sprawie określenie przez Prezesa Urzędu wysokości opłat zorientowanych na ponoszone koszty, opartych

na odpowiednio uzasadnionych racjonalnych kryteriach w oparciu o ustaloną metodologię.

Prezes Urzędu zaskarżył wyrok Sądu Okręgowego apelacją w całości.

Sąd Apelacyjny w Warszawie wyrokiem z 29 stycznia 2015 r., VI ACa 537/14 uchylił wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie i przekazał mu sprawę do ponownego rozpoznania. Sąd Apelacyjny miał na względzie, że do kognicji Prezesa Urzędu należy wydawanie decyzji w sprawach spornych między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi. Sprawy z zakresu dostępu telekomunikacyjnego należą do tej kategorii spraw. Takimi sprawami są także sprawy dotyczące zmiany umowy o dostępie telekomunikacyjnym. Prezes Urzędu nie ma jednak bezwzględnego obowiązku rozstrzygnięcia każdego sporu w zakresie zmiany umowy o dostępie telekomunikacyjnym. Tymczasem takie założenie leżało u podstaw zaskarżonego wyroku. Zdaniem Sądu Apelacyjnego decyzją administracyjną rozstrzygającą spór co do istoty jest zarówno decyzja zmieniająca umowę, jak i decyzja odmawiająca takiej zmiany z uwagi na brak materialnoprawnych podstaw ingerencji regulatora w łączący strony stosunek umowny. Decyzja negatywna, odmawiająca uwzględnienia wniosku jest także decyzją o charakterze merytorycznym. Wynikający z art. 28 ust. 1 w zw. z art. 30 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego obowiązek wydania decyzji o zmianie umowy o dostępie telekomunikacyjnym nie przesądza, że decyzja ta musi prowadzić do takiej zmiany w każdym wypadku, niezależnie od materialnoprawnych podstaw mogących uzasadnić taką ingerencję w stosunek umowny. Organ regulacyjny musi mieć zapewnioną możliwość zarówno pozytywnego, w całości lub części, uwzględnienia wniosku o rozstrzygnięcia sprawy spornej, jak i negatywnego rozpoznania takiego wniosku. Zmiana umowy o dostępie telekomunikacyjnym dozwolona jest jedynie w przypadku uzasadnionym potrzebą zapewnienia ochrony interesów użytkowników końcowych, skutecznej konkurencji lub interoperacyjności usług (art. 28 ust. 6 w zw. z art. 30 ust. 1). Wydając decyzję o dostępie Prezes Urzędu zobowiązany jest objąć nią wszystkie ustalenia niezbędne do zapewnienia tego dostępu. Określenie opłat za przenoszenie numerów między operatorami sieci nie należy do obligatoryjnych postanowień umowy o dostępie. Są to co najwyżej postanowienia fakultatywne. Nie można zatem twierdzić, że ustalenie wysokości hurtowych stawek za przenoszenie numerów stanowi konieczne postanowienie

umowy o dostępie telekomunikacyjnym a wydając decyzję o dostępie Prezes Urzędu zobowiązany jest orzec o takim elemencie umowy. Regulator może odmówić dokonania zmiany umowy w tym zakresie. Zdaniem Sądu Apelacyjnego ocena zasadności uregulowania opłat hurtowych za przenoszenie numerów i zasadności zmiany w tym zakresie winna być dokonywana dla konkretnego wypadku, z uwzględnieniem przesłanek uzasadniających taką zmianę, tj. określonych w art. 28 ust. 6 Prawa telekomunikacyjnego. Wydając zaskarżony wyrok Sąd pierwszej instancji zaniechał jakiegokolwiek badania tych przesłanek, które mogą stanowić podstawę zmiany umowy o dostępie telekomunikacyjnym niezasadnie przyjmując, że już sam fakt wydania przez organ decyzji odmownej uzasadnia jej uchylenie wobec przyjętego przez SOKiK obowiązku wydania decyzji pozytywnej. W konsekwencji Sąd Apelacyjny uznał za zasadny zarzut naruszenia art. 28 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego. Z kolei uwzględnienie tego zarzutu oraz zaniechanie badania materialnoprawnych podstaw żądania skutkowało nierozpoznanie istoty sprawy, co z kolei uzasadniało uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Powód zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego zażaleniem. Zaskarżonemu wyrokowi zarzuci naruszenie art. 386 § 4 k.p.c., art. 396 § 4 k.p.c. w zw. z art. 28 ust. 1 i art. 27 ust. 2 oraz art. 28 ust. 6 i art. 30 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego.

Powód podnosi, że Sąd Apelacyjny błędnie zdefiniował istotę sprawy. Istotą decyzji była odmowa określenia opłaty NMP. Przedmiotem sprawy rozpoznawanej przez SOKiK było zaś rozstrzygnięcie, czy przepisy art. 28 ust. 1 w zw. z art. 104 k.p.a. mogły stanowić podstawę do zakończenia przez organ postępowania z wniosku o określenie warunków rozliczeń między powodem a zainteresowanym przez odmowę określenia tych warunków. SOKiK zajął się w swym orzeczeniu dokładnie tą materią uznając, że powołane wyżej przepisy nie mogły uzasadniać zaniechania określenia opłaty MNP przez Prezesa Urzędu. Powód ponadto podnosi, że Sąd Apelacyjny błędnie założył, że decyzja miała dotyczyć zmiany umowy o dostępie telekomunikacyjnym (art. 28 ust. 6 w zw. z art. 30 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego), podczas gdy wniosek powoda nie dotyczył zmiany umowy o dostępie telekomunikacyjnym, lecz wydania samodzielnej decyzji o dostępie

telekomunikacyjnym w trybie art. 27 ust. 2 w zw. z art. 28 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego.

Powód wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu z pozostawieniem temu sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania zażaleniowego.

Prezes Urzędu w piśmie procesowym złożonym w trybie art. 207 § 3 k.p.c. wniósł o oddalenie zażalenia w całości i zasądzenie na rzecz Prezesa Urzędu kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Najwyższy zważył co następuje:

Zażalenie okazało się uzasadnione.

Sąd Najwyższy przy rozpoznawaniu zażalenia, o którym mowa w art. 394¹ § 1¹ k.p.c., nie bada istoty sprawy, a mianowicie tego, co w świetle zgłoszonego żądania i jego podstawy faktycznej stanowiło przedmiot postępowania, lecz jedynie ocenia, czy okoliczności powołane przez sąd odwoławczy jako przyczyny wydania orzeczenia kasatoryjnego są tymi, które w świetle art. 386 § 4 k.p.c. usprawiedliwiały jego wydanie, zamiast - co powinno być regułą - orzeczenia reformatoryjnego. Okoliczność, że sąd apelacyjny nie podzielił niektórych argumentów sądu pierwszej instancji lub uznał za nietrafną wykładnię przepisów prawa materialnego dokonaną przez ten sąd albo stwierdził braki w ustaleniach faktycznych uniemożliwiające materialnoprawną ocenę niektórych przesłanek zastosowania przepisów prawa materialnego nie świadczy o nierozpoznaniu istoty sprawy przez sąd pierwszej instancji i nie uzasadnia uchylenia zaskarżonego wyroku na podstawie art. 386 § 4 k.p.c. (postanowienie Sądu Najwyższego z 18 marca 2015 r., I CZ 26/15).

W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się jednolicie, że do nierozpoznania istoty sprawy dochodzi wówczas, gdy: 1) rozstrzygnięcie sądu pierwszej instancji nie odnosi się do tego, co było przedmiotem sprawy; 2) sąd zaniechał zbadania materialnej podstawy żądania albo merytorycznych zarzutów strony, bezpodstawnie przyjmując, że istnieje przesłanka materialnoprawna lub procesowa unicestwiająca roszczenie; 3) sąd oddali powództwo, z uwagi na

przyjęcie braku legitymacji procesowej po którejś ze stron, wygaśnięcie lub przedawnienie roszczenia z odwołaniem się do samych tylko twierdzeń stron na temat jego charakteru, gdy tej oceny sąd drugiej instancji nie podzieli.

Odnosząc powyższe zapatrywania do spraw z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu, Sąd Najwyższy przyjmuje, że do nierozpoznania istoty sprawy doszłoby, gdyby rozstrzygnięcie SOKiK nie odnosiło się do przedmiotu sprawy wyznaczonego treścią zaskarżonej decyzji, a także wtedy, gdyby SOKiK bezpodstawnie przyjął, że istnieje przesłanka uniemożliwiająca mu rozpoznanie sprawy poprzez rozstrzygnięcie o prawa i obowiązkach przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

Zaskarżony wyrok Sądu Apelacyjnego opiera się na założeniu, zgodnie z którym SOKiK nie rozpoznał istoty sprawy, ponieważ zaniechał badania materialnoprawnych podstaw żądania powoda wynikających z art. 28 Prawa telekomunikacyjnego, gdyż błędnie przyjął, iż przepis art. 28 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego obliguje Prezesa Urzędu do wydania decyzji pozytywnie rozstrzygającej wniosek strony o zmianę umowy o dostępie telekomunikacyjnym lub wydanie decyzji zastępującej taką umowę. W ocenie Sądu Apelacyjnego skoro organ może odmówić dokonania zmiany umowy o dostępie telekomunikacyjnym, to ocena zasadności ustalenia opłat hurtowych MNP i zasadności zmiany umowy w tym zakresie winna być dokonywana w odniesieniu do konkretnego wypadku, z uwzględnieniem przesłanek uzasadniających taką zmianę, o których stanowi art. 28 ust. 6 Prawa telekomunikacyjnego. Natomiast SOKiK zaniechał badania tych przesłanek niezasadnie uznając, że już sam fakt wydania przez organ regulacyjny decyzji odmownej (negatywnej) uzasadnia jej uchylenie, skoro Sąd pierwszej instancji wyprowadził z Prawa telekomunikacyjnego obowiązek wydania decyzji pozytywnej.

Sąd Apelacyjny w Warszawie prawidłowo zidentyfikował sytuację, w której wydanie przez Sąd Okręgowy w Warszawie wyroku uchylającego decyzję Prezesa Urzędu nie będzie stanowiło rozpoznania istoty sprawy (błędne uznanie przez Sąd pierwszej instancji, że organ regulacji ma obowiązek wydania decyzji merytorycznie rozpoznającej wniosek przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o rozstrzygnięcie kwestii spornej). Istota sprawy z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu sprowadza się do rozstrzygnięcia o żądaniu udzielenia powodowi ochrony prawnej poprzez

ukształtowanie stosunku prawnego łączącego go z zainteresowanym. W niniejszej sprawie rozstrzygnięcie istoty sprawy, przy akceptacji założeń przyjętych przez Sąd drugiej instancji, polegałoby na rozstrzygnięciu przez Sąd, czy odmowa określenia opłaty MNP miała oparcie w ustalonych przez organ na etapie postępowania administracyjnego okolicznościach i znajdujących zastosowanie przepisach prawa. Z uwagi na merytoryczny charakter postępowania odwoławczego Sąd jest w pełni uprawniony do określenia opłaty MNP, jeżeli uzna, że odmowa jej ustalenia przez organ nie znajduje oparcia w ustaleniach i obowiązujących przepisach, zaś ustalenia postępowania sądowego uprawniają do określenia takiej opłaty (zwłaszcza w przypadku powołania biegłego).

Sąd Najwyższy, akceptując poglądy Sądu drugiej instancji co do rozumienia zwrotu „rozpoznanie istoty sprawy” w sprawie regulacyjnej, nie podzielił jednak stanowiska Sądu Apelacyjnego w Warszawie, zgodnie z którym Sąd Okręgowy w Warszawie nie rozpoznał istoty niniejszej sprawy błędnie przyjmując, że Prezes Urzędu miał obowiązek wydać decyzję merytorycznie rozstrzygającą spór między powodem a zainteresowanym.

Sąd Najwyższy podziela zapatrywania Sądu Apelacyjnego w Warszawie, zgodnie z którymi Prezes Urzędu może wydawać decyzje negatywne, w tym także w sprawach dotyczących dostępu telekomunikacyjnego. Jak trafnie stwierdził Sąd drugiej instancji, Prezes Urzędu może wydać decyzję odmawiającą zmiany umowy o dostępie telekomunikacyjnym z uwagi na brak materialnoprawnych podstaw do ingerencji regulatora w łączący strony stosunek umowny. Zdaniem Sądu Najwyższego Prezes Urzędu może wydać decyzję odmowną, w przypadku gdy sprawa poddana pod jego rozstrzygnięcie nie jest sprawą sporną w rozumieniu art. 27 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego, bądź gdy zmiana umowy o dostępie telekomunikacyjnym we wnioskowanym zakresie byłaby sprzeczna z przesłankami art. 28 Prawa telekomunikacyjnego.

Jednakże, jeżeli między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi toczy się spór dotyczący kwestii objętej zakresem pojęcia „dostęp telekomunikacyjny”, spór ten zostanie poddany pod rozstrzygnięcie organu na podstawie art. 27 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego, a jego rozwiązanie przez organ wymaga zmiany dotychczasowej umowy o dostępie telekomunikacyjnym, bądź wydania decyzji

zastępującej odrębną umowę w tym zakresie, Prezes Urzędu nie może wydać decyzji negatywnej odmawiającej określenia warunków współpracy między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi z powodu trudności, jakie organ regulacji komunikacji elektronicznej napotkał przy gromadzeniu materiału dowodowego.

Odmawiając wydania decyzji w niniejszej sprawie Prezes Urzędu nie wydał decyzji negatywnej w rozumieniu przyjętym w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, lecz uchylił się od rozstrzygnięcia sporu między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi. Dlatego uchylenie decyzji Prezesa Urzędu w konsekwencji uznania przez SOKiK, że organ nie mógł odmówić określenia wysokości opłaty MNP z powodu trudności dowodowych oznacza rozpoznanie przez SOKiK istoty sprawy, gdyż przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu została udzielona ochrona prawna polegająca na uchyleniu decyzji o treści, której organ nie mógł podjąć w okolicznościach faktycznych tej sprawy.

Mając powyższe na względzie, Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji.