



Sygn. akt III SK 3/09

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 listopada 2010 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Kazimierz Jaśkowski (przewodniczący)

SSN Jolanta Strusińska-Żukowska

SSN Andrzej Wróbel (sprawozdawca)

Protokolant Anna Pęsko
w sprawie z powództwa Telekomunikacji Polskiej Spółki Akcyjnej 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 10 listopada 2010 r.,
skargi kasacyjnej strony pozwanej
od wyroku Sądu Apelacyjnego
z dnia 4 lipca 2008 r.,

- 1. oddala skargę kasacyjną,**
- 2. zasądza od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz powódki kwotę 270 (dwieście siedemdziesiąt) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej jako Prezes Urzędu) decyzją z dnia 1 sierpnia 2006 r. nałożył na Telekomunikację Polską S.A. (dalej jako powódka) karę pieniężną w wysokości 200.000 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 poprzez pobieranie opłaty z tytułu korzystania z usługi przenoszenia numeru do innego operatora w wysokości 122 zł brutto.

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 Urzędu 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 Prawa telekomunikacyjnego 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 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. Stanowisko to zostało przygotowane na podstawie zleconego przez Prezesa Urzędu badania, z którego wyników 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.

Powódka zaskarżyła powyższą decyzję odwołaniem, wnosząc o uchylenie decyzji w całości. Prezes Urzędu w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrokiem z dnia 8 stycznia 2007 r., oddalił odwołanie powódki. W ocenie Sądu Okręgowego wykładnia przepisu art. 71 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego oraz metodologia badania nastrojów abonentów była trafna.

Powódka zaskarżyła powyższy wyrok Sądu Okręgowego apelacją, w której zarzuciła naruszenie: 1) art. 71 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 64 Konstytucji RP oraz art. 30 ust. 2 dyrektywy 2002/22; 2) art. 479(64) par. 1 i 2 k.p.c. w związku z art. 206 ust. 1 i 2 Prawa telekomunikacyjnego; 3) art. 479(64) par. 2 k.p.c. w związku z art. 209 i 210 Prawa telekomunikacyjnego.

Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 19 grudnia 2007 r., zmienił wyrok Sądu Okręgowego w całości w ten sposób, że uchylił decyzję Prezesa Urzędu z dnia 1 sierpnia 2006 r. Uwzględniając apelację powódki Sąd Apelacyjny wyjaśnił, że dokonane przez Sąd Okręgowy ustalenia faktyczne nie dają podstaw do uznania, że zachodzą przesłanki do nałożenia na powódkę kary pieniężnej na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 16 i art. 74 ust. 3 pkt 3 Prawa telekomunikacyjnego. Sąd Apelacyjny wyjaśnił, 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”. W ocenie Sądu Apelacyjnego „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. Nie ma zatem 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, 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. 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 uprawnień” 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 przed korzystaniem z usługi przeniesienia numeru. Następnie, Sąd Apelacyjny przyjął, że wysokość jednorazowej opłaty nie może być kalkulowana w oderwaniu od kosztów, jakie ponosi operator w związku z usługą, odwołując się do art. 30 ust. 2 dyrektywy 2002/22 i wyroku TS w sprawie C-438/04 *Mobistar*. 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 bezpośrednio obciążenie abonentów kosztami związanymi z zapewnieniem przenoszenia numerów pod warunkiem, o ile takie bezpośrednio 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 pełnym 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 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. 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; 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 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.

Na rozprawie w dniu 19 lutego 2009 r. Sąd Najwyższy postanowił na podstawie art. 177 par. 1 pkt 1 k.p.c. zawiesić postępowanie do czasu wydania orzeczenia prejudycjalnego przez Trybunał Sprawiedliwości w sprawie C-99/09 *Polska Telefonia Cyfrowa p. Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej*, z wniosku skierowanego przez Sąd Najwyższy w sprawie o sygnaturze III SK 27/08. Wyrokiem z dnia 1 lipca 2010 r. Trybunał Sprawiedliwości udzielił następującej odpowiedzi na przedstawione przez Sąd Najwyższy 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 elektronicznej praw użytkowników (dyrektywy o usłudze powszechnej) należy interpretować w ten sposób, że krajowy organ regulacyjny ma obowiązek uwzględniać, 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:

1. Skarga kasacyjna Prezesa Urzędu nie ma uzasadnionych podstaw.
2. Oczywiście bezzasadny jest zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c., ponieważ Sąd Apelacyjny wyjaśnił dlaczego w ustalonych w sprawie okolicznościach faktycznych sprawy nie zostały spełnione przesłanki nałożenia na powódkę kary pieniężnej. Sąd Apelacyjny nie miał obowiązku wskazywania faktów i dowodów na poparcie podjętego w niniejszej sprawie rozstrzygnięcia, gdyż powodem zmiany orzeczenia Sądu Okręgowego nie była odmienna ocena faktów lub dowodów zgromadzonych w toku niniejszego postępowania, lecz odmienna wykładnia przepisów prawa materialnego. Wbrew zarzutom kasacyjnym uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego zostało sporządzone w sposób umożliwiający przeprowadzenie kontroli 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 poczynionych 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 pełnym oderwaniu od kosztów tej usługi, ponoszonych przez operatora. Z uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego wynika wyraźnie, 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 logiczną 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 sprawy przez Sąd drugiej instancji.

3. 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 abonenta za przeniesienie numeru nie jest oparta na kosztach oraz że wysokość opłaty zniechęca do przeniesienia numeru obciąża Prezesa Urzędu. Prezes Urzędu wydając decyzję o nałożeniu kary pieniężnej, zarzuca przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu 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 twierdzi, że doszło do naruszenia obowiązków wynikających z przepisów Prawa telekomunikacyjnego, a przedsiębiorcę telekomunikacyjnym twierdzącym, że naruszenie takowe nie miało miejsca. Przy tak rozumianej istocie sporu rozpoznawanego z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu przez Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, a następnie Sąd Apelacyjny oczywistym 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 SN z 14 kwietnia 2010 r., sygn. akt III SK 1/2010, 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 przepisów, na podstawie których nałożono karę pieniężną.

4. 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.

5. 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 być 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 do na poziomie niższym, niż wynikający z uzasadnionych kosztów świadczenia przedmiotowej usługi. Wówczas jednak Prezes Urzędu musiał 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 należycie 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 interpretacyjny 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.

6. 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.

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