

Sygn. akt VIA Ca 1337/11

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 kwietnia 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA – Urszula Wiercińska

Sędzia SA – Małgorzata Manowska (spr.)

Sędzia SO del. – Małgorzata Borkowska

Protokolant: sekr. sądowy Agnieszka Janik

po rozpoznaniu w dniu 18 kwietnia 2012 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) S.A. w W.

przeciwko Przewodniczącemu Rady Radiofonii i Telewizji w W.

w przedmiocie odwołania od decyzji nr (...) z dnia 28 grudnia 2010 r.

na skutek apelacji powódki

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 23 sierpnia 2011 r.

sygn. akt XX GC 94/11

I oddala apelację;

II zasądza od (...) S.A. w W. na rzecz Przewodniczącego Rady Radiofonii i Telewizji w W. kwotę 270 (dwieście siedemdziesiąt) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

VI ACa 1337/11

Uzasadnienie.

(...) Spółka Akcyjna wniosła odwołanie od decyzji Przewodniczącego Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji nr (...) z dnia 28 grudnia 2010 r. nakładającej na nadawcę karę pieniężną w wysokości 7.476 zł. Powódka wnosila o uchylenie decyzji w całości oraz o dopuszczenia dowodu z opinii eksperta.

W odwołaniu zarzuciła naruszenie prawa materialnego przez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie art. 53 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji poprzez przyjęcie w uzasadnieniu decyzji, że górna granica kary pieniężnej za naruszenie ustawy powinna być oparta na kryterium przychodu nadawcy osiągniętego w poprzednim roku podatkowym. Uzasadniając swoje stanowisko wskazywała, że ukarana Spółka Akcyjna (...) dokonywała opłat za wykorzystywanie częstotliwości do nadawania programu (...), a co za idzie w momencie nałożenia kary pieniężnej za jej górną granicę powinna zostać wzięta pod uwagę proporcjonalna część wartości rocznej opłaty za używanie częstotliwości przeznaczonej do nadawania programu. W tej części, zdaniem powódki Przewodniczy Krajowej Rady

Radiofonii i Telewizji nie przeprowadził postępowania i nie ustalił rocznej opłaty za używanie częstotliwości. Powódka również wskazywała, iż nawet przyjmując za podstawę do naliczenia kary pieniężnej przychód nadawcy osiągnięty w poprzednim roku podatkowym, to Przewodniczący Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji nieprawidłowo go ustalił, przyjmując za podstawę przychód (...) Spółki Akcyjnej, zamiast przychód osiągany z tytułu rozpowszechniania programu (...). Powódka podnosiła, iż mając na uwadze, że kara nie była wysoka, ale nałożona proporcjonalnie w stosunku do górnej granicy przychodu nadawcy w wysokości 1.565.759 zł to powinna ona zostać proporcjonalnie zmniejszona.

W odpowiedzi na odwołanie Pozwany wnosił o jego oddalenie. Uzasadniając swoje stanowisko wskazywał, iż stan faktyczny sprawy nie jest sporny i odwołujący nie zaprzecza, iż doszło do naruszenia art. 16b ustawy o radiofonii i telewizji, a w takiej sytuacji Przewodniczący Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji jest zobligowany do nałożenia kary pieniężnej w oparciu o art. 53 ust. 1 powołanej ustawy. Pozwany ponadto wskazywał, iż zarzuty zawarte w odwołaniu dotyczące nieprawidłowego ustalenia górnej granicy wysokości kary są nieuzasadnione, gdyż uzyskane przez (...) Spółka Akcyjna pozwolenie radiowe (...) z dnia 25 września 2006 r. wydane przez Prezesa UKE dotyczy opłaty za dysponowanie częstotliwością w służbie stałej, służącej do dosyłania sygnałów radiodifuzyjnych w relacji ziemia- satelita. Ponadto podniósł, iż w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 8 lutego 2005 r. w sprawie rocznych opłat za prawo dysponowania częstotliwością w par 2 pkt 4 wskazany został załącznik nr 4, który określa opłaty w radiofonii i telewizji związane z rozpowszechnianiem (nadawaniem) programów radiowych i telewizyjnych. Opłat tych nie uiszcza (...) S.A., a zatem nie mogło to stanowić górnej granicy nakładanej na nadawcę kary. Pozwany wskazał również, iż zarzut dotyczący nieprawidłowego ustalenia przychodu nadawcy jest nieuzasadniony, gdyż art. 53 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji wskazuje, że podstawą wyznaczenia górnej granicy kary jest 10% przychodu nadawcy, osiągniętego w poprzednim roku podatkowym, a nie przychodu osiągniętego w związku z rozpowszechnianiem danego programu, w którym stwierdzono naruszenie przepisów ustawy. Pozwany pokreślił również, iż nie zgadza się z twierdzeniami opinii dołączonej do odwołania, ponadto wskazując, iż przedmiotowy dokument ma status dokumentu prywatnego w rozumieniu art. 245 kodeksu postępowania cywilnego.

W kolejnym piśmie procesowym z dnia 16 maja 2011 r. Powód podtrzymał żądanie pozwu w całości ponadto wnosił o dopuszczenie dowodu z zaświadczenia wydanego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na okoliczność potwierdzenia uiszczenia przez Powódkę opłaty za używanie częstotliwości przeznaczonych do nadawania programu (...).

Wyrokiem z dnia 23 sierpnia 2011r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo.

Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 13 listopada 2010 r. (...) S.A. nadała w programie (...) o godzinie 18.20, 15 sekundową reklamę piwa (...).

W dniu 17 listopada 2010 r. pozwany zwrócił się do powódki o przekazanie materiałów dotyczących nagrań programu oraz ewidencji reklam i telesprzedaży w programie telewizji (...) wyemitowanego w dniu 13 listopada 2010 r. w godzinach 18.00 do 19.00.

Powódka w dniu 29 listopada 2010 r. złożyła wyjaśnienia oraz załączyła nagranie programu oraz ewidencję nadanych w dniu 13 listopada 2010 r. reklam. Następnie w dniu 28 grudnia 2010 r. Przewodniczący Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji decyzją nr(...) nałożył na nadawcę tj. (...) S.A. karę pieniężną w wysokości 7.476 zł.

Sąd Okręgowy uznał odwołanie za bezzasadne. Wskazał, że zgodnie z art. 53 ust. 1 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji Przewodniczący Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji w przypadku naruszenia przez nadawcę enumeratywnie wymienionych w tym przepisie obowiązków jest zobowiązany do wydania decyzji nakładającej na nadawcę karę pieniężną w wysokości do 50% rocznej opłaty za używanie częstotliwości przeznaczonych do dostarczania usługi medialnej, a w przypadku gdy nadawca nie uiszcza opłaty za częstotliwość, karę pieniężną w wysokości do 10% przychodu nadawcy, osiągniętego w poprzednim roku podatkowym.

Jednym z obowiązków wymienionych w ww. przepisie jest zakaz zawarty w art. 16 ust. 1 pkt 2 ustawie o radiofonii i telewizji w związku z art. 13 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi nadawania przekazu handlowego napojów alkoholowych, w godzinach od 6.00 do 20.00.

Za bezsporny uznał Sąd I instancji fakt naruszenia przez powódkę powyższego zakazu poprzez nadanie w dniu 13 listopada 2010 r. w programie (...) o godzinie 18.20 15 sekundowej reklamy piwa (...).

Powódka nie kwestionowała faktu nałożenia kary a jedynie nie zgadzała się ze wskazaną przez Przewodniczącego Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji podstawą wyliczenia kary tj. jej górną granicą opartą o wysokość do 10% przychodu nadawcy, osiągniętego w poprzednim roku podatkowym.

Analizując art. 53 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji Sąd Okręgowy podniósł, że ustawodawca wskazał dwa sposoby określenia górnego pułapu kar pieniężnych, które może nałożyć Przewodniczący Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji. W pierwszym przypadku nie mogą one przekroczyć 50% rocznej opłaty za używanie częstotliwości przeznaczonych do dostarczania usługi medialnej.

Opłaty za używanie częstotliwości zostały określone w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 8 lutego 2005 r. w sprawie rocznych opłat za prawo do dysponowania częstotliwością (Dz. U. Nr 42, poz. 196, z późn. zm.). Prawodawca w przedmiotowym akcie wykonawczym do ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne, wskazał dla wszystkich podmiotów które uzyskały prawo do dysponowania częstotliwością w rezerwacji częstotliwości wysokość opłat. Przedmiotowe opłaty zostały podzielone na cztery grupy tj. :

1. Opłaty dla radiokomunikacji ruchomej lądowej.
2. Opłaty dla radiokomunikacji stałej lądowej i satelitarnej.
3. Opłaty dla radiokomunikacji lotniczej oraz morskiej i żeglugi śródlądowej.
4. Opłaty dla radiofonii i telewizji.

Według Sądu Okręgowego przedstawione przez powódkę dowody, w tym zaświadczenie Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 9 maja 2011 r., wskazują, iż (...) Spółka Akcyjna uiszcza opłatę z zakresu opłat dla radiokomunikacji stałej lądowej i satelitarnej (tj. zawartych w załączniku 2 rozporządzenia).

Przez pojęcie „opłaty za używanie częstotliwości przeznaczonych do dostarczania usługi medialnej” należy, zdaniem Sądu Okręgowego rozumieć opłatę bezpośrednio związaną z przekazaniem sygnału do odbiorcy, tj. w przypadku telewizji sygnał możliwy do odebrania przy pomocy domowych anten w odbiornikach telewizyjnych. Przedstawione przez powódkę dowody świadczą o uiszczaniu opłaty za częstotliwość do przekazywania sygnału z satelity do naziemnych przekaźników telewizyjnych, czyli nie związanej z dostarczaniem usługi medialnej.

W konsekwencji Sąd Okręgowy uznał, że wskazane w art. 53 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji pojęcie opłaty za używanie częstotliwości przeznaczonych do dostarczania usługi medialnej dotyczy „Opłat dla radiofonii i telewizji” (załącznik 4 rozporządzenia). Przedmiotowej opłaty powódka nie ponosiła.

Sąd I instancji wskazał, że drugi ze sposobów określający górny pułap wysokości kar pieniężnych jest stosowany w przypadku, gdy nadawca nie uiszcza opłaty za częstotliwość. W takim razie kara pieniężna nie może przekroczyć 10% przychodu nadawcy, osiągniętego w poprzednim roku podatkowym. Natomiast zgodnie z art. 53 ust. 3 ustawy o radiofonii i telewizji kara taka jest płatna z dochodu po opodatkowaniu lub z innej formy nadwyżki przychodów nad wydatkami, zmniejszonej o podatki.

Pojęcie nadawcy zostało zawarte w art. 4 pkt 5 ustawy o radiofonii i telewizji. Zgodnie z przedmiotowym przepisem nadawca to osoba fizyczna, osoba prawna lub osobowa spółka handlowa, która tworzy i zestawia program oraz

rozpowszechnia go lub przekazuje innym osobom w celu rozpowszechniania. Nadawca dla pełnienia swojej roli musi posiadać koncesję.

Sąd Okręgowy wskazał, że podmiotem, który otrzymał koncesję na nadawanie programu (...) jest (...) Spółka Akcyjna. Biorąc po uwagę literalne brzmienie art. 53 ust. 1 w związku z art. art. 53 ust 3 ustawy o radiofonii i telewizji dochodem, który stanowi podstawę do określenia górnej granicy kary pieniężnej jest, zdaniem Sądu I instancji, dochód (...) S.A. osiągnięty w roku podatkowym 2009 który wynosił 1.565.759 zł. Górna granica kary pieniężnej, która mogła zostać nałożona wynosiła zatem 156.575 zł. 90/ 100. Nałożona przez Przewodniczącego Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji na (...) S.A. kara wynosi 7.476 zł., tak więc mieści się w zakresie wskazanym w ww. art. 53 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wniosła powódka. W apelacji zarzuciła:

1. Naruszenie prawa materialnego przez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie art. 53 ust. 1 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji, przez bezzasadne przyjęcie, że górna granica kary pieniężnej za naruszenie ustawy w programie (...), do nadawania którego wykorzystywane są częstotliwości, za których używanie powód uiszcza opłatę, powinna być oparta na kryterium przychodu nadawcy osiągniętego w poprzednim roku podatkowym - a nie na kwocie rocznej opłaty za używanie częstotliwości do nadawania tego programu;
2. Naruszenie prawa procesowego i w konsekwencji prawa materialnego przez przyjęcie za podstawę prawną wyroku art. 53 ustę 1 ustawy o radiofonii i telewizji w brzmieniu obowiązującym po nowelizacji wprowadzonej ustawą z dnia 23 marca 2011 r., pomimo, że zaskarżona decyzja została wydana w dniu 28 grudnia 2010 r.;
3. Naruszenie art. 7 Konstytucji RP przez wydanie przedmiotowej decyzji z dnia 28 grudnia 2010 r. niezgodnie z zasadą wyrażoną w tym przepisie, że organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa;

W konkluzji skarżąca wnosil o zmianę zaskarżonego wyroku i uchylenie decyzji Przewodniczącego Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji Nr (...) wydanej w dniu 28 grudnia 2010 r. w całości. Powódka wnosila także o dopuszczenie dowodu z opinii Profesora (...) dr hab. A. M. na okoliczność, iż w sytuacji, gdy nadawca uiszcza opłatę za używanie częstotliwości przeznaczonej do nadawania programu, to górną granicę kary pieniężnej - zgodnie z art. 53 ust. 1 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji - wyznacza kwota równa 50% rocznej opłaty za używanie takiej częstotliwości.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja nie ma uzasadnionych podstaw prawnych.

Zasadniczą przyczyną oddalenia apelacji powódki jest brak interesu prawnego w zaskarżeniu wyroku Sądu I instancji, jak również brak interesu prawnego we wniesieniu odwołania od decyzji Przewodniczącego KRRiT.

Skarżąca nie kwestionuje podstaw nałożenia spornej kary pieniężnej, przyznając, że doszło do naruszenia przez nią art. 16b pkt. 2 ustawy o radiofonii i telewizji.

Skarżąca w istocie, zdaniem Sądu Apelacyjnego, nie kwestionuje również wysokości kary pieniężnej. Podnosi wprawdzie, że kara ta została nałożona w oparciu o błędne podstawy, nie wskazuje jednak, jaką powinna ona mieć wysokość, według skarżącej. Powódka nie dostarczyła ponadto ani Sądowi I instancji, ani Sądowi Apelacyjnemu materiału dowodowego niezbędnego do ewentualnego obniżenia kary pieniężnej. Jest tak dlatego, że nałożona na (...) S.A. zaskarżoną decyzją kara pieniężna, która jest bardzo niska, mieści się w ustawowych granicach, niezależnie od tego, jakie kryterium miałyby być przyjęte do jej ustalenia. Świadczy o tym dobitnie oświadczenie, jakie złożył pełnomocnik skarżącej na rozprawie apelacyjnej w dniu 18 kwietnia 2012 r., a mianowicie, że powódka nie kwestionuje w istocie wysokości nałożonej kary, ale ponieważ jest to pierwsza tego typu sprawa przed sądem powszechnym, to należy wyjaśnić rozbieżności terminologiczne, albowiem spory tego typu będą miały miejsce w przyszłości.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że sąd powszechny jest instytucją, do której zadań należy sprawowanie wymiaru sprawiedliwości. W odniesieniu do sądu cywilnego należy przez to rozumieć rozpoznawanie spraw i udzielanie ochrony sądowej słusznych roszczeń. Sąd powszechny nie jest natomiast instytucją przeznaczoną li – tylko do przesądzenia poglądów prawnych, jeśli nie ma to znaczenia dla ochrony interesu prawnego powoda w tym postępowaniu, które z jego inicjatywy zostało wszczęte. W niniejszym postępowaniu brak jest roszczenia powoda, które mogłoby zostać uwzględnione. (...) S.A. wnosi wprawdzie formalnie o uchylenie zaskarżonej decyzji, jednak nie wskazuje słusznych podstaw swojego wniosku. Skarżąca przyznaje bowiem, że doszło do naruszenia przez nią obowiązku określonego w art. 16b pkt. 2 ustawy o radiofonii i telewizji, co bezwzględnie obligowało Przewodniczącego KRRiT do nałożenia kary pieniężnej. Nie jest zatem dopuszczalne uchylenie zaskarżonej decyzji w ogóle, natomiast powódka mogłaby się domagać jedynie zmniejszenia tej kary. Nie zostało jednak określone, jaka wysokość kary i dlaczego byłaby w tym przypadku odpowiednia. Wprawdzie powódka podnosiła, że mając na uwadze, iż kara nie była wysoka, ale nałożona proporcjonalnie w stosunku do górnej granicy przychodu nadawcy w wysokości 1.565.759 zł., to powinna ona zostać proporcjonalnie zmniejszona, jednak twierdzenie to jest bezzasadne. Jak wynika bowiem z uzasadnienia zaskarżonej decyzji wymiar kary pieniężnej odnosił się do krotności ceny niedozwolonego spotu reklamowego. Brak zatem podstaw do jego obniżenia nawet w przypadku uznania, że kara powinna zostać naliczona od innego przychodu nadawcy.

Wprawdzie w apelacji skarżąca nie podnosi już zarzutu dotyczącego wysokości kary w przypadku jej ustalenia w oparciu o przychód nadawcy, jednak podzielić należy pogląd Sądu Okręgowego, że podstawę taką stanowi, stosownie do art. 53 ustęp 1 w związku z art. 4 ustęp 1 ustawy o radiofonii i telewizji przychód (...) S.A., nie zaś przychód wygenerowany przez stację (...). Wprawdzie Sąd I instancji przytoczył przepisy nieobowiązujące w dacie wydania zaskarżonej decyzji (co było sprzeczne z art. 10 ustęp 1 ustawy z dnia 25 marca 2011 r. o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji), jednak uchybienie to nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Art. 4 ustęp 1 ustawy o radiofonii i telewizji w brzmieniu obowiązującym w 2010 r. stanowił, że nadawcą jest osoba, która tworzy lub zestawia programy i rozpowszechnia je lub przekazuje innym osobom w celu rozpowszechnienia w całości i bez zmian. W przepisie tym mowa jest o osobach, przez co (w sensie prawnym) należało rozumieć osoby fizyczne i prawne, a przez art. 33 [1] par. 1 k.c. – także jednostki organizacyjne nie posiadające osobowości prawnej, ale mające zdolność prawną. Nie może zatem być uznana za nadawcę w rozumieniu art. 53 ustęp 1 ustawy o radiofonii i telewizji stacja(...), która nie ma zdolności prawnej ani samodzielnej koncesji na nadawanie. Ostatecznie nawet, gdyby podzielić pogląd skarżącej co do konieczności ustalenia wysokości kary pieniężnej w odniesieniu do części przychodu wygenerowanego przez stację (...), to powódka nie wskazała i nie udowodniła, jaka to była część przychodu.

Niezależnie od powyższych okoliczności, które same w sobie były wystarczające do oddalenia apelacji, to Sąd Apelacyjny podziela pogląd wyrażony przez Przewodniczącego KRRiT odnośnie do podstawy wymierzenia kary w spornej decyzji, a w każdym razie powódka nie udowodniła, aby podstawa ta miała być inna.

Chociaż Sąd Okręgowy błędnie zastosował w sprawie niniejszej art. 53 ustęp 1 ustawy o radiofonii i telewizji w brzmieniu, które nie obowiązywało w dacie wydania zaskarżonej decyzji (co było sprzeczne z art. 10 ustęp 1 ustawy z dnia 25 marca 2011 r. o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji), jednak uchybienie to również nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Art. 53 ustęp 1 ustawy o radiofonii i telewizji stanowił w 2010 r., że jeżeli nadawca narusza określony w tym przepisie obowiązek, Przewodniczący KRRiT wydaje decyzję nakładającą na nadawcę karę pieniężną w wysokości do 50 % rocznej opłaty za używanie częstotliwości przeznaczonych do nadawania programu, a w przypadku, gdy nadawca nie uiszcza opłaty za częstotliwość, karę pieniężną w wysokości do 10 % przychodu nadawcy osiągniętego w poprzednim roku podatkowym.

Wobec użycia w powołanym przepisie sformułowania „używanie częstotliwości przeznaczonych do nadawania programu” błędny jest, według Sądu Apelacyjnego argument powódki, że użycie w art. 53 ustęp 1 ustawy o radiofonii i telewizji także samego pojęcia „częstotliwości” oznacza, iż ustawodawca fakt uiszczenia opłaty za częstotliwość rozumie w dwóch płaszczyznach. Sformułowanie użyte w powołanym przepisie („...Przewodniczący KRRiT wydaje decyzję nakładającą na nadawcę karę pieniężną w wysokości do 50 % rocznej opłaty za używanie częstotliwości

przeznaczonej do nadawania programu, a w przypadku gdy nadawca nie uiszcza opłaty za częstotliwość...”) jest jedynie zabiegiem stylistycznym w celu uniknięcia powtórzeń w tym samym zdaniu. Jest jednak oczywiste, że użyte po raz drugi pojęcie częstotliwości nawiązuje do pierwszego pojęcia częstotliwości przeznaczonej do nadawania programu. Wywody apelacji w tym zakresie są niejasne i nie prowadzą do żadnej stanowczej konkluzji. Zważywszy przy tym, że spór dotyczy obszaru ustawy o radiofonii i telewizji, ustawodawca nie odnosiłby wysokości kary za nadanie niedozwolonej reklamy do opłaty za jakąkolwiek częstotliwość, ale za tę, która jest przeznaczona do nadawania programów.

Problem sprowadza się natomiast do tego, czy przez częstotliwość przeznaczoną do nadawania programów rozumieć każdą częstotliwość, która zapewnia, choćby pośrednio warunki techniczne do nadawania programów, czy też tylko taką, która przenosi sygnał bezpośrednio do odbiorcy programu.

Kwestionując stanowisko Przewodniczącego KRRiT skarżąca wskazała, że przenoszenie sygnału bezpośrednio do odbiorcy programu ma miejsce jedynie wtedy, gdy nadawanie programu odbywa się za pomocą radiodifuzji naziemnej. W przypadku nadawania programu za pomocą techniki satelitarnej, gdzie częstotliwość jest używana do dostarczenia programu do satelity, skąd bezpośrednio jest transmitowana do indywidualnych odbiorników.

Pogląd powyższy nie zasługuje na aprobatę na gruncie ustawy o radiofonii i telewizji. Zakładając racjonalność ustawodawcy przyjąć należy, że są dwie grupy nadawców: pierwsza, gdzie karę pieniężną ustala się w oparciu o opłatę za częstotliwość przeznaczoną do nadawania programów oraz druga, gdzie kara pieniężna odnoszona jest do wysokości przychodu. Gdyby podzielić interpretację skarżącej, należałoby uznać, że druga grupa jest zbiorem pustym. Skoro bowiem nadawanie programów może odbywać się albo za pomocą radiodifuzji naziemnej albo przy użyciu techniki satelitarnej, to zawsze jest uiszczana opłata za jakąś częstotliwość. Rzecz w tym, że powinna to być częstotliwość przeznaczona bezpośrednio do nadawania programów. Rozróżnienie to zostało uwzględnione w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 8 lutego 2005 r. w sprawie rocznych opłat za prawo do dysponowania częstotliwością (akcie wykonawczym do prawa telekomunikacyjnego), gdzie podzielono opłaty za korzystanie z częstotliwości na cztery grupy i gdzie osobno wyróżniono opłaty dla radiokomunikacji stałej lądowej i satelitarnej oraz opłaty dla radiofonii i telewizji. Bezsprornie (...) S.A. uiszcza opłaty za częstotliwość pierwszą, a nie drugą, co wynika z zaświadczenia Prezesa UOKiK z dnia 9 maja 2011 r.

Wskazać przy tym należy, że o rodzaju częstotliwości nie przesądza brzmienie koncesji, która udzielana jest na nadawanie programu, gdyż jest ona wydawana w oparciu o przepisy ustawy o radiofonii i telewizji, ani też okoliczność, że w dacie zdarzenia częstotliwość ta była wykorzystywana do nadawania programów (...). Według brzmienia art. 53 ustęp 1 ustawy o radiofonii i telewizji, decydujące jest do czego przeznaczona jest dana częstotliwość, a o tym z kolei decyduje prawo telekomunikacyjne i przytoczone wyżej rozporządzenie.

O tym, co jest nadawaniem programów nie przesądza również w żadnym razie definicja nadawcy zawarta w art. 4 pkt. 1 ustawy o radiofonii i telewizji (w brzmieniu obowiązującym w 2010 r.) ani fakt, że ustawodawca w art. 53 ustęp 1 tej ustawy nie użył pojęcia „rozpowszechnianie”. Pojęcie częstotliwości przeznaczonej do nadawania programów nie powinno być bowiem utożsamiane z częstotliwością wykorzystywaną także do nadawania programów.

Ostatecznie jednak wskazać należy, że skoro strona powodowa twierdzi, że częstotliwość, z której korzysta przeznaczona jest do nadawania programów w sposób przez siebie opisany, to jest przez częstotliwość, za pomocą której jednocześnie dostarcza się program do satelity i do indywidualnych odbiorników, to powinna tę okoliczność udowodnić, np. za pomocą opinii biegłego. Dowód taki nie został zgłoszony, natomiast przedstawione opinie prawne nie mogły posłużyć jako dowód w sprawie, gdyż wyrażały one jedynie pogląd prawny, nie dowodziły natomiast faktu istotnego dla rozstrzygnięcia sprawy.

Dodatkowo podnieść należy, że skarżąca, twierdząc, że kara pieniężna powinna być obliczona od tej części opłaty, która związana jest z nadawaniem programu(...), nie wskazała konkretnej kwoty z tym związanej, ani jej nie udowodniła.

Mając na uwadze przedstawione wyżej okoliczności Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. orzekł jak na wstępie. O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c., gdyż skarżąca przegrała proces w drugiej instancji w całości i nie były podnoszone żadne okoliczności uzasadniające zastosowanie art. 102 k.p.c.