

Sygn. akt VIA Ca 930/12

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

**Dnia 20 grudnia 2012 r.**

**Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:**

**Przewodniczący – Sędzia SA– Urszula Wiercińska**

**Sędzia SA– Aldona Wapińska**

**Sędzia SA– Ewa Śniegocka (spr.)**

**Protokolant– sekr. sąd. Agnieszka Janik**

**po rozpoznaniu w dniu 6 grudnia 2012 r. w Warszawie**

**na rozprawie**

**sprawy z powództwa (...) S. A. w W.**

**przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej**

**o nałożenie kary pieniężnej**

**na skutek apelacji pozwanego**

**od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

**z dnia 16 marca 2012 r.**

**sygn. akt XVII AmT 14/10**

**I oddala apelację;**

**II zasądza od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz (...) S. A. w W. kwotę 270 (dwieście siedemdziesiąt) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

Sygn. akt VI A Ca 930/12

## UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Warszawie -Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił decyzję Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej nr (...) i zasądził od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz (...) Spółki Akcyjnej w W. kwotę 670 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

W dniu 24 lutego 2009 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wydał decyzję nr (...), w której na podstawie art. 210 ust. 1 i art. 209 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne nałożył na (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. karę pieniężną w wysokości 500.000 zł w związku z niewypełnianiem warunków zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego w zakresie występowania na łączach znajdujących się w punktach styku sieci (zwanym dalej także (...)) rozliczanych wg płaskiej stawki interkonektowej (zwanej dalej także (...)) ruchu niedozwolonego, określonych w umowie o połączeniu sieci zawartej dnia 19 grudnia 2002 r. między (...) sp. z o.o. a (...) S.A., zmienioną następnie kolejnymi aneksami oraz decyzjami Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji

i Poczty. Prezes UKE wprowadził do łączącej (...) sp. z o.o. (zwanej dalej (...)) i (...) S.A. umowy o połączeniu sieci, postanowienia umowne umożliwiające rozliczanie ruchu międzyoperatorskiego w oparciu o płaskie stawki interkonektowe (PSI). Prezes UKE wyłączył przy tym możliwość terminowania połączeń w sieci (...) S.A. przez łącza dedykowane do przesyłania ruchu w oparciu o PSI: do numerów, na których świadczone są usługi sieci inteligentnej; do numerów (...); do numerów (...); usługi tranzytu w sieci (...) S.A.; a także ruchu zakańczanego z zagranicy. Wyłączenie możliwości rozliczania w oparciu o PSI ruchu zakańczanego z zagranicy miało zapobiec spekulacyjnemu obrotowi ruchem telekomunikacyjnym.

Prezes UKE dokonawszy analizy zebranego materiału dowodowego stwierdził, że (...) kierowała na punkty styku sieci (...) rozliczane w oparciu o PSI, ruch niedozwolony - połączenia z zagranicy. Prezes UKE ocenił, że działanie takie jest wbrew ustalonym w umowie o połączeniu sieci warunkom zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego, a tym samym wbrew wynikającemu z art. 209 ust. 1 pkt 6 Pt obowiązкови wypełniania tych warunków. Prezes UKE ocenił, że przesłanką do nałożenia kary pieniężnej jest wyłącznie brak wywiązywania się z ustalonych w umowie o połączeniu sieci obowiązków - warunków zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego, które w takim samym stopniu obciążają podmiot udostępniający swoją sieć, jak i podmiot korzystający z tego dostępu.

W rezultacie Prezes UKE nałożył na (...) karę w wysokości 500.000 zł, mieszczącą się w określonych ustawą granicach 3% przychodu spółki. Prezes UKE wziął pod uwagę, że wobec spółki były już prowadzone postępowania administracyjne związane z niewypełnianiem ciążących na niej obowiązków, a także okoliczności naruszenia umowy oraz warunki, w jakich dopuszczono się naruszenia, uznając iż kara w ustalonej wysokości skłoni (...) do wypełniania określonych w umowie o połączeniu sieci warunków zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego.

Powyzszą decyzję w całości zaskarżyła (...) spółka akcyjna z siedzibą w W. (następca prawny (...); zwana dalej (...)), wnosząc o jej uchylenie. Powódka zarzuciła:

1. naruszenie art. 209 ust. 1 pkt 6 poprzez zastosowanie tego przepisu przez Prezesa UKE pomimo braku wypełnienia przesłanek w nie określonych;
2. naruszenie art. 201 ust. 3 Pt w związku z art. 201 ust. 1 Pt poprzez nałożenie kary pieniężnej z pominięciem obligatoryjnej procedur przewidzianej w tym przepisie;
3. naruszenie art. 210 ust. 2 Pt poprzez nałożenie kary niewspółmiernie wysokiej w stosunku do ustalonego przez Prezesa UKE zakresie naruszenia, dotychczasowej działalności oraz możliwości finansowych (...).

Odnosnie do pierwszego zarzutu, powódka wskazała, że z treści decyzji wynika, iż została ona wydana w związku z niewypełnianiem warunków zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego określonych w umowie o połączeniu sieci, podczas gdy umowa o połączeniu sieci nie zawiera postanowień tego rodzaju. Postanowienia dotyczące zasady świadczenia usługi (...) mają bowiem swoje źródło w decyzjach Prezesa UKE z dnia 30 marca 2007 r. nr (...) oraz z dnia 8 lipca 2008 r. nr (...).

Ponadto w ocenie powódki, dla możliwości zastosowania art. 209 ust. 1 pkt 6 należało ustalić, że doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania z winy (...). Decyzja Prezesa UKE z dnia 23 lutego 2009 r. nr (...) do treści stosunku cywilnoprawnego pomiędzy (...) S.A. wprowadziła postanowienia oferty ramowej (...) S.A. o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie rozpoczynania połączeń, zakańczania połączeń oraz hurtowego dostępu do sieci. Postanowienia te dopuszczały w margines 1,5% ruchu odpowiadającego w swojej charakterystyce ruchowi niedozwolonemu. Stwierdzony przez Prezesa UKE w sprawie ruch niedozwolony na wiązkach PSI stanowił 0,00001% całego ruchu. Powódka wskazała również, że stwierdzony ruch niedozwolony powstał w wyniku połączeń skierowanych do (...) od innych operatorów krajowych, podczas gdy w umowach ze wszystkimi przedsiębiorcami komunikacyjnymi, od których ruch był przekazywany na wiązki PSI, (...) nałożyła obowiązek niekierowania ruchu wyłączonego z rozliczeń PSI. Zdaniem powódki, dochowała ona należytej staranności w wykonywaniu ciążących na

niej obowiązków i nie ponosi odpowiedzialności za stwierdzony ruch niedozwolony, którego wykrycie i blokowanie pozostaje poza możliwościami technicznymi w jej dyspozycji.

Odnosnie do drugiego zarzutu, powódka wskazała, że Prezes UKE nie wydał zaleceń pokontrolnych w trybie art. 201 ust. 1 Pt, a tym samym nie wyczerpał właściwej procedury, nie mógł nałożyć na nią kary pieniężnej na podstawie art. 209 Pt.

Odnosnie do trzeciego zarzutu, powódka wskazała, że Prezes UKE wymierzając karę pieniężną nie uwzględnił należycie znikomej ilości stwierdzonego ruchu niedozwolonego, braku winy (...) w jego wystąpieniu, dotychczasowej działalności powódki, która została ukarana za działania o zupełnie innym charakterze, a także możliwości finansowych powódki. W związku z powyższym powódka wniosła o zmiarkowanie kary do wysokości 10.000 złotych.

W odpowiedzi na odwołanie Prezes UKE wniosł o jego oddalenie i zasądzenie kosztów procesu.

Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 19 grudnia 2002 r. między (...) sp. z o.o. a (...) S.A. została zawarta umowa o połączeniu sieci, zmieniona następnie kolejnymi aneksami oraz decyzjami Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty. Dnia 14 listopada 2007r. Prezes UKE skierował do (...) S.A. pismo z zapytaniem o informację, czy (...) S.A. w toku prowadzonej działalności zaobserwowała przypadki kierowania przez współpracujących przedsiębiorców, w ramach usług sieciowych rozliczanych ryczałtowo, ruchu międzynarodowego lub ewentualnie innego ruchu niezgodnego z decyzjami Prezesa UKE w zakresie dotyczącym usług międzysieciowych rozliczanych na zasadzie zryczałtowanej.

Pismem z dnia 29 listopada 2007r. (...) S.A. poinformowała Prezesa UKE, że w toku współpracy z operatorami alternatywnymi, w ramach realizacji decyzji Prezesa UKE wprowadzających rozliczenia na podstawie tzw. płaskich stawek interkonektowych, zarejestrowała następujący ruch niedozwolony: z numerem abonenta A, tranzyt do sieci innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, połączenia na numery (...), połączenia do sieci inteligentnych. (...) S.A. wskazała, że zarejestrowane przypadki nie mają charakteru zdarzeń jednorazowych i pojawiały się w ramach współpracy m.in. z (...). (...) S.A. przekazała Prezesowi UKE płytę CD zawierającą dane o kierowaniu przez (...) niedozwolonego ruchu telekomunikacyjnego poprzez wiązki łącz międzysieciowych rozliczanych w oparciu o płaską stawkę interkonektową. Dane dotyczyły ruchu kierowanego z zagranicy oraz ruchu z niepełnym numerem abonenta A, po którym trudno zidentyfikować, skąd dane połączenie zostało zainicjowane. Dane dotyczyły listopada 2007r.

W dniu 25 stycznia 2008r. Prezes UKE zawiadomił (...) sp. z o.o. w W. o wszczęciu z urzędu, na podstawie art. 206 ust. 1 w zw. z art. 209 ust.1 pkt 6 ustawy z dnia 16 lipca 2004r. Prawo telekomunikacyjne postępowania administracyjnego w sprawie nałożenia na (...) kary pieniężnej w związku z niewypełnianiem warunków zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego w zakresie występowania na łączach rozliczanych wg płaskiej stawki interkonektowej ruchu niedozwolonego określonych w w/w umowie.

Wyjaśnienia, na żądanie Prezesa UKE, były składane przez (...) w dniach: 27 lutego 2008r., 29 maja 2008r., 8 września 2008r., 10 grudnia 2008r., 21 stycznia 2009r.

Prezes UKE przeprowadził kontrolę zdalną, o której mowa w art. 200 ust. 6 Pt, mającą na celu zbadanie przestrzegania decyzji Prezesa UKE z dnia 30 marca 2007r nr (...).

W dniach 9-18 października 2008r. oraz 6 listopada 2008r. (...) S.A. w obecności kontrolera UKE, dokonała rejestracji wiadomości sygnalizacyjnych na wiązkach (...) pomiędzy (...) S.A. i (...) rozliczanych w oparciu o PSI. Ustalono, że na wiązkach łącz dla ruchu kierowanego do (...) przedsiębiorcy (...) zidentyfikowano znaczny wolumen ruchu zainicjowanego przez abonentów z zakresów numeracyjnych nie należących do obserwowanego przedsiębiorcy ani (...) (ruch zabroniony). W trakcie analizy wykonanego testu, polegającego na wykonywaniu połączeń z zagranicy na wybrane numery odzewników UKE i (...), na punktach styku sieci (...) rozliczanych w oparciu o PSI skorelowano 2063 połączeń, co świadczy o kierowaniu przez (...) na (...) objętych rozliczaniem opartym na PSI ruchu zakańczanego z zagranicy.

W 2008r. przychód (...) wyniósł 470.182.746,82 zł.

W dniu 27 lutego 2009r. doszło do połączenia spółek (...) sp. z o.o. i (...) S.A. poprzez przejęcie (...) przez N..

Sąd Okręgowy - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznał, że odwołanie powoda jest zasadne w zakresie zarzutu naruszenia przez Prezesa UKE art. 201 ust. 3 Pt w zw. z art. 201 ust. 1 Pt, poprzez nałożenie kary pieniężnej z pominięciem obligatoryjnej procedury przewidzianej w tym przepisie.

Jak trafnie zauważył powód kontrola zdalna, przeprowadzona przez Prezesa UKE, zakończona protokołem z dnia 4 grudnia 2008r. była przeprowadzona w oparciu o art. 199 Pt. W związku z powyższym w myśl art. 201 ust. 1 Pt, jeżeli w wyniku kontroli, o której mowa w art. 199, stwierdzono, że przedsiębiorca telekomunikacyjny lub podmiot posiadający rezerwacje częstotliwości lub przydział numeracji, zwany dalej "podmiotem kontrolowanym", nie wypełnia odnoszących się do niego obowiązków wynikających z ustawy lub decyzji wydanej przez Prezesa UKE, Prezes UKE wydaje zalecenia pokontrolne, w których wzywa podmiot kontrolowany do usunięcia nieprawidłowości lub udzielenia wyjaśnień. Usunięcie nieprawidłowości lub udzielenie wyjaśnień powinno nastąpić w terminie 30 dni od dnia doręczenia zaleceń pokontrolnych przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu. Jak wynika z ust. 2 omawianego przepisu, w zaleceniach pokontrolnych, o których mowa w ust. 1, Prezes UKE może określić inny termin udzielenia wyjaśnień lub usunięcia nieprawidłowości. Termin określony w wezwaniu może być krótszy niż 30 dni jedynie w przypadku, gdy podmiot kontrolowany, do którego odnosi się wezwanie, wyraził na to zgodę lub naruszenia wskazane w zaleceniach pokontrolnych powtarzały się w przeszłości.

Kolejny etap postępowania został uregulowany w ust. 3 t.j.: Jeżeli po upływie 30 dni od dnia doręczenia zaleceń pokontrolnych lub po upływie terminu, o którym mowa w ust. 2, podmiot kontrolowany nie usunie wskazanych nieprawidłowości lub udzielone wyjaśnienia okażą się niewystarczające, Prezes UKE wydaje decyzję, w której nakazuje usunięcie stwierdzonych nieprawidłowości oraz może:

- 1) wskazać środki, jakie powinien zastosować podmiot kontrolowany, w celu usunięcia nieprawidłowości;
- 2) określić termin, w którym ma nastąpić usunięcie nieprawidłowości;
- 3) nałożyć karę, o której mowa w art. 209.

W orzecznictwie sądowym (zarówno SOKiK, jak i NSA) przedstawiono sposób wykładni tego przepisu w kontekście nakładania kar. Jeżeli stwierdzono w wyniku kontroli, że przedsiębiorca telekomunikacyjny nie wypełnia odnoszących się do niego obowiązków wynikających z ustawy lub decyzji wydanej przez Prezesa UKE, wówczas Prezes UKE wydaje zalecenia pokontrolne, w których wzywa podmiot kontrolowany do usunięcia nieprawidłowości lub udzielenia wyjaśnień. Usunięcie nieprawidłowości lub udzielenie wyjaśnień winno nastąpić w terminie 30 dni od dnia wydania zaleceń pokontrolnych. Jeżeli po upływie 30 dni od dnia doręczenia zaleceń pokontrolnych lub po upływie terminu, o którym mowa w ust. 2, podmiot kontrolowany nie usunie wskazanych nieprawidłowości lub udzielone wyjaśnienia okażą się niewystarczające, wówczas Prezes UKE wydaje decyzję, w której nakazuje usunięcie stwierdzonych nieprawidłowości. Może ponadto wskazać środki, jakie powinien zastosować podmiot kontrolowany, w celu usunięcia nieprawidłowości, określić termin, w którym ma nastąpić usunięcie nieprawidłowości, nałożyć karę, o której mowa w art. 209 Pt (tak: Andrzej Krasuski „Prawo telekomunikacyjne. Komentarz.” Warszawa 2010).

W sprawie niniejszej bezsporne jest, że po przeprowadzonej kontroli Prezes UKE nie wydał zaleceń pokontrolnych ani też decyzji zobowiązującej do usunięcia nieprawidłowości (w przypadku niewykonania zaleceń pokontrolnych). Kara pieniężna, zdaniem Sądu, została więc nałożona przedwcześnie i z pominięciem procedury jej nakładania. Sąd Okręgowy uznał, że do kary pieniężnej nakładanej na podstawie prawa telekomunikacyjnego zastosowanie winny znaleźć zasady obowiązujące w prawie karnym. Nie można więc domniemywać, że art. 209 Pt stanowi samodzielną podstawę nałożenia kary, ponieważ wyraźnie art. 201 odnosi się do kontroli przeprowadzonej na podstawie art. 199 Pt.

Sąd Okręgowy uznał, że fakt, iż przeprowadzona w niniejszym przypadku kontrola była kontrolą zdalną, określoną w art. 200 ust. 6 Pt, nie powoduje, że Prezes UKE był zwolniony od obowiązku wydawania zaleceń pokontrolnych. Specyfiką kontroli zdalnej jest jedynie to, że brak jest konieczności jej wykonywania bezpośrednio w jednostce kontrolowanej, może być wykonana za pomocą urządzeń pomiarowych zlokalizowanych w innym miejscu. Jest to kontrola, do której przeprowadzenia uprawnienie Prezesowi UKE daje art. 199 Pt.

Sąd Okręgowy podzielił stanowisko strony powodowej, że art. 201 Pt stanowi implementację art. 10 Dyrektywy 2002/20 (dyrektywa o zezwoleniach) w brzmieniu sprzed jej nowelizacji dyrektywą 2009/140/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 25 listopada 2009r. zmieniającą dyrektywy 2002/21/WE w sprawie wspólnych ram regulujących sieci i usług łączności elektronicznej, 2002/19/WE w sprawie dostępu do sieci i usług łączności elektronicznej oraz wzajemnych połączeń oraz 2002/20/WE w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej oraz, że do niniejszej sprawy winno znaleźć zastosowanie art. 10 w brzmieniu dotychczasowym. Brak jest więc możliwości nałożenia kary na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego jedynie na podstawie art. 209 Pt, z pominięciem procedury przewidzianej w art. 201 Pt. Sąd Okręgowy przychylił się w tym zakresie do stanowiska wyrażonego przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 21 września 2010r., SK 8/10 oraz w wyroku z dnia 7 lipca 2011r., III SK 52/10. Sąd Okręgowy orzekający w niniejszej sprawie nie miał wątpliwości co do brzmienia art. 10 ust. 2 i 3 Dyrektywy 2002/20 i dlatego oddalił wniosek pozwanego o przedstawienie Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej pytania prejudycjalnego o treści powołanej w piśmie procesowym z dnia 23 listopada 2011r.

Wydanie zaskarżonej decyzji z pominięciem obligatoryjnej procedury, powoduje, że decyzja obciążona wadą tak istotną nie może nadal pozostać w obrocie prawnym. Nałożenie kary jest przedwczesne, trudno więc rozpatrywać decyzję w oparciu o pozostałe zarzuty powoda, po kątem, czy powód dopuścił się działań, za które winien być ukarany, jak również, czy kara nie była rażąco wygórowana. Zastosowanie przez Prezesa UKE w sposób prawidłowy art. 201 Pt nie musiałyby się zakończyć wymierzeniem kary. Z tych względów Sąd Okręgowy uchylił zaskarżoną decyzję na podstawie art. 201 ust. 1 i 3 Pt.

Od tego wyroku pozwany wniósł apelację.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. naruszenie przepisów postępowania, mający bezpośredni i istotny wpływ na treść

zaskarżonego wyroku, tj.

a) naruszenie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej i art. 328 § 2 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku o przedstawienie Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej pytania prejudycjalnego wskazanego w piśmie procesowym z dnia 23 listopada 2011 r. bez jednoczesnej rzetelnej analizy przepisu art. 10 ust. 2 i dyrektywy o zezwoleniach oraz odwołania się do innych niż polska wersja językowych dyrektywy oraz praktyki i orzecznictwa w innych krajach członkowskich,

b) art. 479<sup>64</sup> § 1 k.p.c. poprzez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu oddalenia odwołania (...) S.A. z siedzibą w W. w sytuacji, gdy brak było podstaw do uwzględnienia odwołania powoda oraz istniały podstawy faktyczne i prawne do wydania decyzji,

2. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.

a) naruszenie przepisu art. 209 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne w zw. z art. 210 ust. 2 Pt ust. 1 i 2 Pt polegające na uznaniu, iż zasadny był zarzut nałożenia kary pieniężnej z pominięciem obligatoryjnej procedury przewidzianej w tym przepisie,

b) naruszenie przepisów art. 201 ust. 1- 3 Pt w zw. z 209 ust. 1 pkt 6 Pt w zw. art. 10 ust. 2 i 3 Pt poprzez przyjęcie, iż wobec braku zaleceń pokontrolnych i decyzji nakazującej usunięcie stwierdzonych nieprawidłowości kara pieniężna została nałożona przedwcześnie i z pominięciem procedury jej nakładania oraz że nie można domniemywać, że art. 209 Pt stanowi samodzielną podstawę nałożenia kary, w sytuacji, gdy Prezes UKE najpierw wszczął postępowanie w przedmiocie nałożenia kary pieniężnej, a dopiero w drugiej kolejności przeprowadził kontrolę zdalną,

c) naruszenie art. 199 ust. 1-3 Pt w z zw. z art. 200 ust. 6 Pt poprzez ich błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż kontrola zdalna, zakończona protokołem z dnia 4 grudnia 2008 r. przeprowadzona była w oparciu o art. 199 Pt, co w konsekwencji doprowadziło sąd do wniosku, iż w wyniku tej kontroli niezbędne było wydanie zaleceń pokontrolnych i w konsekwencji wydanie decyzji zobowiązującej do usunięcia stwierdzonych nieprawidłowości,

d) naruszenie art. 209 ust. 1 pkt 6 Pt poprzez przyjęcie, iż zaskarżona decyzja naruszała standardy w sprawach karnych, bez jednoczesnego wskazania, które gwarancje procesowe zostały naruszone oraz bez analizy czy przepisy prawa telekomunikacyjnego zapewniają dostateczne gwarancje rzetelnego i uczciwego procesu, a także bez analizy, czy normy prawa karnego są w takiej sytuacji względniejsze od prawa telekomunikacyjnego.

W konkluzji wniósł o:

1. uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji oraz
2. pozostawienie w takiej sytuacji Sądowi I instancji rozstrzygnięcia co do kosztów procesu, ewentualnie o:
3. zmianę zaskarżonego wyroku w całości i oddalenie odwołania powoda od decyzji Prezesa UKE z dnia 24 lutego 2009 r. nr (...) oraz zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

**Apelacja nie jest zasadna.**

Na wstępie należy zaznaczyć, iż Sąd Apelacyjny podziela wszystkie ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy i przyjmuje je za własne. Nie były one zresztą kwestionowane przez apelującego, a tym samym uznać należy, iż nie były one sporne między stronami - sporna była jedynie ich ocena prawna, a konkretnie sposób stosowania przepisów art. 199, 201, 209 i 210 Pt. Problem w niniejszej sprawie sprowadza się do interpretacji w.w. przepisów Prawa telekomunikacyjnego. Przepis art. 199 stanowi, że „Prezes UKE jest uprawniony do kontroli przestrzegania przepisów, decyzji oraz postanowień z zakresu telekomunikacji, gospodarki częstotliwościami lub spełniania wymagań dotyczących kompatybilności elektromagnetycznej.” Przepis art. 201 mówi o tym, że jeżeli w wyniku kontroli, o której mowa w art. 199, stwierdzono, że przedsiębiorca telekomunikacyjny lub podmiot posiadający rezerwacje częstotliwości lub przydział numeracji, zwany dalej "podmiotem kontrolowanym", nie wypełnia odnoszących się do niego obowiązków wynikających z ustawy lub decyzji wydanej przez Prezesa UKE, Prezes UKE wydaje zalecenia pokontrolne, w których wzywa podmiot kontrolowany do usunięcia nieprawidłowości lub udzielenia wyjaśnień, zaś usunięcie nieprawidłowości lub udzielenie wyjaśnień powinno nastąpić w terminie 30 dni od dnia doręczenia zaleceń pokontrolnych przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu. W tych zaleceniach pokontrolnych Prezes UKE może określić inny termin udzielenia wyjaśnień lub usunięcia nieprawidłowości, z tym, że termin określony w wezwaniu może być krótszy niż 30 dni jedynie w przypadku, gdy podmiot kontrolowany, do którego odnosi się wezwanie, wyraził na to zgodę lub naruszenia wskazane w zaleceniach pokontrolnych powtarzały się w przeszłości. Jeżeli po upływie 30 dni (lub innego wyznaczonego terminu) od dnia doręczenia zaleceń pokontrolnych podmiot kontrolowany nie usunie wskazanych nieprawidłowości lub udzielone wyjaśnienia okażą się niewystarczające, Prezes UKE wydaje decyzję, w której nakazuje usunięcie stwierdzonych nieprawidłowości oraz może:

- 1) wskazać środki, jakie powinien zastosować podmiot kontrolowany, w celu usunięcia nieprawidłowości;

2) określić termin, w którym ma nastąpić usunięcie nieprawidłowości;

3) nałożyć karę, o której mowa w art. 209.

Przepis art. 209 Pt określa, kto podlega karze - podlega jej m.in. (ust 1 pkt 6) ten, kto „nie wypełnia warunków zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego oraz rozliczeń z tego tytułu, określonych w decyzji lub w umowie”, natomiast art. 210 Pt ustala wysokość możliwej do nałożenia kary.

W sprawie możliwości nałożenia kary pieniężnej w przypadku analogicznym, jak występujący w niniejszej sprawie wypowiedział się Sąd Najwyższy. I tak w wyroku z dnia 21 września 2010 r., III SK 8/10 stwierdził, że: „1. W przypadku wszczęcia postępowania kontrolnego na podstawie art. 199 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz. 1800 ze zm.), warunkiem nałożenia kary pieniężnej na podstawie art. 209 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego jest wyczerpanie trybu unormowanego w art. 201 tego Prawa. 2. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, jeżeli uzyskał informację o naruszeniu przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego obowiązków wynikających z Prawa telekomunikacyjnego w toku postępowania kontrolnego wszczętego na podstawie art. 199 i następnych tego Prawa, nie może nałożyć na przedsiębiorcę kary pieniężnej za uchybienia, których dotyczyło przedmiotowe postępowanie kontrolne, po przeprowadzeniu odrębnego postępowania w sprawie nałożenia kary pieniężnej na podstawie art. 210 ust. 1 w związku z art. 209 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego.”, zaś w wyroku z dnia 7 lipca 2011 r., III SK 52/10 uznał, że „W sytuacji gdy Prezes Urzędu przeprowadził uprzednio postępowanie kontrolne, które wykazało fakt naruszenia przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego przepisów Prawa telekomunikacyjnego, nie może bez wyczerpania trybu postępowania, o którym mowa w art. 201 p.t. nałożyć kary pieniężnej w wyniku przeprowadzenia samoistnego postępowania w sprawie nałożenia kary pieniężnej na podstawie art. 209 ust. 1 p.t. za naruszenie, którego dotyczyło postępowanie kontrolne.” W uzasadnieniu tego ostatniego orzeczenia Sąd Najwyższy stwierdził, że przepis art. 10 dyrektywy 2002/20 w oryginalnym brzmieniu przewidywał, że krajowy organ regulacyjny może weryfikować, czy przedsiębiorcy telekomunikacyjni spełniają obowiązki wynikające z Prawa telekomunikacyjnego lub wydanych decyzji (art. 10 ust. 1 dyrektywy 2002/20). Jeżeli jednak organ stwierdził uchybienia, to zgodnie z art. 10 ust. 2 dyrektywy 2002/20, powinien powiadomić o tym przedsiębiorcę i zapewnić mu możliwość ustosunkowania się do stawianych zarzutów lub zapewnić możliwość usunięcia naruszenia w stosownym terminie. Dopiero w przypadku nieusunięcia naruszeń w wyznaczonym terminie możliwe było nałożenie kar pieniężnych (art. 10 ust. 3 dyrektywy 2002/20) za zachowania wymienione w art. 10 ust. 2 dyrektywy 2002/20 (to jest niespełnienie wymogów określonych w ogólnym zezwoleniu, prawach użytkowania lub w szczegółowych obowiązkach, o których mowa w art. 6 ust. 2 dyrektywy 2002/20). [...] art. 10 ust. 3 dyrektywy 2002/20, który wyraźnie stanowi o możliwości nakładania kar pieniężnych przez krajowe organy regulacyjne dopiero po bezskutecznym upływie terminu na usunięcie naruszeń, wyznaczonego stosownie do wymogów określonych w art. 10 ust. 2 dyrektywy 2002/20 ("jeżeli przedsiębiorstwo nie usunie naruszeń w terminie określonym w ustępie 2, właściwe organy (...) podejmą odpowiednie i proporcjonalne środki (...). W tym celu Państwa Członkowskie będą mogły upoważnić właściwe organy władzy państwowej do nakładania kar finansowych"). Za taką wykładnią art. 10 ust. 2 i 3 dyrektywy 2002/20 w pierwotnym brzmieniu przemawia dodatkowo akapit 51 preambuły do dyrektywy 2009/140. Wynika z niego, że głównym motywem zmiany dotychczasowego brzmienia art. 10 dyrektywy 2002/20 była nieadekwatność dotychczasowych unormowań uprawniających krajowe organy regulacyjne do nakładania kar pieniężnych na przedsiębiorców telekomunikacyjnych bez uprzedniego prowadzenia postępowania kontrolnego i wydania stosownych zaleceń.

W wyroku z dnia 16 marca 2009 r., III SK 35/08 Sąd Najwyższy stwierdził, że „Nałożenie kary pieniężnej na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz. 1800 ze zm.) nie musi być poprzedzone postępowaniem kontrolnym (pokontrolnym), a w szczególności czynnościami określonymi w art. 201 ust. 1 i ust. 3 pkt 3 tego Prawa.”, zaś w wyroku z dnia 14 lutego 2012 r., III SK 24/11 uznał, że „Przepis art. 209 ust. 1 p.t., zawarty w odrębnym dziale XI ustawy "Przepisy karne i kary pieniężne", sankcjonuje każde zachowanie przedsiębiorcy telekomunikacyjnego objęte dyspozycją unormowań wynikających z kolejnych jednostek redakcyjnego tego przepisu. Natomiast określona w art. 201 ust. 3 p.t. możliwość nałożenia kary pieniężnej stanowi

szczególłą formę wykorzystania takiej kary jako środka przymusu, który organ regulacyjny jest władny zastosować wobec przedsiębiorcy uchylającego się od wykonania powinności nałożonych na niego w zaleceniach pokontrolnych. Nałożenie kary pieniężnej na podstawie art. 209 p.t. może nastąpić w samoistnym w tym przedmiocie postępowaniu, bez konieczności uprzedniego przeprowadzenia postępowania kontrolnego, o którym mowa w art. 199 i n. p.t.” Trzeba jednak podkreślić, że orzeczenie to, podobnie, jak wyrok w sprawie III SK 35/11 zapadł na tle odmiennego stanu faktycznego, w którym fakt naruszeń, za które ukarano przedsiębiorcę, został stwierdzony w toku przeprowadzania kontroli mającej na celu sprawdzenie zupełnie innych kwestii. Przedsiębiorca został zatem ukarany za przewinienia nie będące przedmiotem kontroli ze strony Prezesa UKE.

Ukształtowała się już linia orzecznicza Sądu Najwyższego, zgodnie z którą korzystanie przez Prezesa Urzędu z uprawnienia do nakładania na przedsiębiorców kar pieniężnych w wyniku przeprowadzenia samoistnego postępowania w sprawie nałożenia kary pieniężnej podlega pewnemu ograniczeniu. Przyjęto mianowicie, że jeżeli Prezes Urzędu przeprowadził postępowanie kontrolne, które wykazało - w zakresie przedmiotu kontroli - fakt naruszenia przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego przepisów Prawa telekomunikacyjnego, powinien on najpierw podjąć czynności przewidziane dla tego trybu postępowania w art. 201 Prawa telekomunikacyjnego. Bez wyczerpania trybu postępowania kontrolnego (wydanie zaleceń pokontrolnych, wyznaczenie terminu na zastosowanie się do nich, bezskuteczny upływ terminu) nie aktualizuje się bowiem kompetencja do ukarania przedsiębiorcy telekomunikacyjnego przez Prezesa Urzędu, skoro przepisy Prawa telekomunikacyjnego określają wprost sekwencję czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu. Wszczęcie postępowania kontrolnego, w toku którego ustalone zostaną nieprawidłowości w działaniu kontrolowanego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego (w zakresie przedmiotu kontroli) powoduje, że kompetencja Prezesa Urzędu do ukarania przedsiębiorcy telekomunikacyjnego w wyniku samoistnego postępowania w sprawie nałożenia kary pieniężnej zostaje wyłączona. W świetle wiążących Rzeczpospolitą Polską standardów prawa Unii Europejskiej oraz prawa międzynarodowego niedopuszczalne jest bowiem nałożenie przez Prezesa Urzędu kary pieniężnej w wyniku samoistnego postępowania w tym przedmiocie, jeżeli Prezes Urzędu karze przedsiębiorcę telekomunikacyjnego za naruszenie sankcjonowanych karą obowiązków przewidzianych w przepisach Prawa telekomunikacyjnego, których respektowania dotyczyło postępowanie kontrolne z art. 199 i n. Prawa telekomunikacyjnego. Prezes Urzędu nie może nałożyć kary pieniężnej w wyniku samoistnego postępowania w sprawie nałożenia kary pieniężnej, jeżeli przedmiot przeprowadzonego przez Prezesa Urzędu postępowania kontrolnego z art. 199 i n. Prawa telekomunikacyjnego oraz przedmiot samoistnego postępowania w sprawie nałożenia kary pieniężnej są tożsame. Powyższe ograniczenie nie stoi natomiast na przeszkodzie nałożeniu kary pieniężnej na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego za naruszenia sankcjonowanych przez art. 209 Prawa telekomunikacyjnego obowiązków wynikających z przepisów Prawa telekomunikacyjnego, których weryfikacja nie była przedmiotem postępowania kontrolnego, ale o których Prezes Urzędu powziął wiadomość przeprowadzając postępowanie kontrolne.

W powyższej sprawie przedsiębiorcę ukarano za to samo przewinienie, którego dotyczyło postępowanie kontrolne, jednakże bez wyczerpania procedury przewidzianej w art. 201 Prawa telekomunikacyjnego. Bezspornym jest, że po przeprowadzeniu postępowania kontrolnego Prezes URE nie wydał żadnych zaleceń pokontrolnych i nie dał powodowi żadnej szansy na usunięcie nieprawidłowości.

Wprawdzie art. 209 Prawa telekomunikacyjnego stanowi samodzielną podstawę nałożenia kary pieniężnej, ale jeżeli wszczęto postępowanie kontrolne, to należy kontynuować postępowanie w trybie przewidzianym w art. 201 Prawa telekomunikacyjnego.

W sprawie sygn. akt III SK 8/10 Sąd Najwyższy uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania. Po ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 24 marca 2011r (VI A Ca 1467/10) zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że uchylił decyzję Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej. W uzasadnieniu Sąd Apelacyjny wskazał, iż obecnie „nie budzi już wątpliwości, iż przepis art. 210 ust 1 w zw. z art. 209 ust 1 pkt 18 Pt stanowi samodzielną, odrębną od art. 201 ust 1 Pt podstawę nałożenia kary pieniężnej na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, a jego zastosowanie nie wymaga uprzedniego prowadzenia postępowania kontrolnego z art. 199 Pt.”, jednak „ skoro więc nie było dozwolone wszczęcie w tej sprawie [...] odrębnego



postępowania na podstawie art. 210 ust 1 w zw. Z art.209 ust 1 Pt w przedmiocie nałożenia kary pieniężnej na powódkę za naruszenie obowiązków wynikających z przepisów ustawy, ponieważ ich respektowania dotyczyło wcześniej wszczęte postępowanie kontrolne, decyzja wydana po przeprowadzeniu bezprawnie wszczętego postępowania, jako wadliwa, powinna być wyeliminowana z obrotu prawnego.” Zapadło też szereg orzeczeń w innych sprawach, gdzie sądy powszechne prezentowały takie właśnie stanowisko. Podziela je również Sąd Apelacyjny rozpoznający niniejszą sprawę.

W piśmie z dnia 28 listopada 2011r pozwany Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej zgłosił wniosek o zadanie pytania prejudycjalnego Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej o treści: „Czy przepis art. 10 ust 2 i 3 Dyrektywy 2002/20/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002r w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej w brzmieniu obowiązującym do dnia 19 grudnia 2009r należy interpretować w ten sposób, że krajowy organ regulacyjny jest uprawniony do nałożenia na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego kary finansowej (pieniężnej) z tytułu nierzetelnego wypełniania warunków zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego także wówczas gdy nie zobowiązał przedsiębiorcy do usunięcia naruszenia w terminie jednego miesiąca od dokonania notyfikacji albo krótszym, uzgodnionym z przedsiębiorstwem albo określonym przez krajowy organ regulacyjny w przypadku wielokrotnych naruszeń albo dłuższym, określonym przez krajowy organ regulacyjny, ale umożliwił mu prawo odpowiedniego wypowiedzenia się odnośnie tego naruszenia”.

Pozwany podtrzymywał ten wniosek w toku dalszego postępowania.

Sąd Apelacyjny nie dostrzegł potrzeby zwrócenia się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z pytaniem, jak wyżej. W ocenie Sądu Apelacyjnego w niniejszej sprawie nie występują wątpliwości wymagające usunięcia przez tenże Trybunał. Wbrew zarzutom apelacji Sąd Apelacyjny przeprowadził rzetelną analizę treści tej Dyrektywy (wbrew zarzutom apelacji, której autor zapewne oczekiwał większej - zbliżonej do jego pism procesowych - obszerności uzasadnienia zaskarżonego wyroku), niezależnie od analizy przeprowadzonej przez inne sądy rozpatrujące analogiczne sprawy, w tym przez Sąd Najwyższy. Sąd Apelacyjny wcale nie czuje się pozbawiony prawa do przedstawienia pytania prejudycjalnego, nie dostrzegł jedynie takiej konieczności, gdyż wykładnia art. 10 Dyrektywy była dla Sądu oczywista. Ponadto, pamiętać trzeba, że Dyrektywa 2002/20/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002r w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej została implementowana do polskiego systemu prawnego m.in. przez art. 201 Prawa telekomunikacyjnego. Decyzja Prezesa UKE z dnia 24 lutego 2009r (będąca przedmiotem zaskarżenia w niniejszej sprawie) zapadła na podstawie art. 210, 209 i 206 ustawy Prawo telekomunikacyjne, nie zaś w oparciu o art. 201 Prawa telekomunikacyjnego. Przepisy art. 210, 209 i 206 Prawa telekomunikacyjnego nie są wynikiem implementacji art. 10 Dyrektywy 2002/20/WE.

Podkreślić trzeba, że w niniejszej sprawie przeprowadzono kontrolę zdalną uregulowaną w art. 200 ust 6 Pt. Przepis ten uszczegóławia uprawnienia pracowników URE przy przeprowadzaniu kontroli, zaś samo prawo kontroli przysługuje Prezesowi URE z mocy art. 199 Pt. Mianem kontroli zdalnej określono jedynie techniczny sposób przeprowadzania kontroli, kontrola zdalna pozostaje więc kontrolą, do której Prezes UKE został upoważniony na podstawie art. 199 Pt. Okoliczność, iż apelujący prezentuje inny, niż Sąd Okręgowy pogląd, nie przesądza o nietrafności wyroku, podobnie, jak obszerność apelacji nie warunkuje jej zasadności.

Nieprawdziwe są twierdzenia apelacji sugerujące Sądowi Okręgowemu poglądy, które w ogóle nie zostały wyrażone w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, np. Sąd Okręgowy wcale nie twierdził, że „w ogóle brak jest możliwości nałożenia kary jedynie na podstawie art. 209 Pt z pominięciem procedury przewidzianej w art. 201 Pt.”, uznał jedynie, że skoro wszczęty został tryb postępowania przewidziany w art. 201 Pt, to należy tę procedurę wyczerpać.

Jako bezprzedmiotowe w niniejszej sprawie uznać należy twierdzenia apelującego o niespełnianiu przez obowiązujące przepisy Pt celów sankcji - jest to postulat w zakresie prawotwórstwa, a nie argument apelacji. Przypomnieć należy w tym miejscu, że sąd rozstrzyga sprawę w oparciu o obowiązujące przepisy - ich ewentualna zmiana nie leży w kompetencjach sądu.

Z pewnością nie doszło do naruszenia art. 479<sup>64</sup> § 1 kpc, gdyż wbrew zarzutom apelacji istniały podstawy do uwzględnienia odwołania powoda, nie było natomiast podstaw prawnych do wydania przedmiotowej decyzji.

Sąd Apelacyjny podziela zdanie Sądu Okręgowego, iż w niniejszej sprawie Prezes UKE nie zachował procedury wynikającej z art. 201 Pł, decyzja o ukaraniu powoda karą pieniężną była przedwczesna, a tym samym podlegająca uchyleniu jako niemogąca ostać się w obrocie prawnym.

Z tych wszystkich względów Sąd Apelacyjny oddalił apelację na mocy art. 385 kpc, orzekając o kosztach na podstawie art. 98 kpc w zw. z art. 108 kpc.