

Sygn. akt VI ACa 1422/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 maja 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Irena Piotrowska (spr.)

Sędzia SA – Małgorzata Kuracka

Sędzia SO del. – Beata Waś

Protokolant: – sekr. sądowy Mariola Frąckiewicz

po rozpoznaniu w dniu 8 maja 2013 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa (...) S.A. z siedzibą w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

o nałożenie kary pieniężnej

na skutek apelacji obu stron

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

z dnia 4 lipca 2012 r.

sygn. akt XVII AmT 44/10

I. oddała obie apelacje;

II. znosi wzajemnie między stronami koszty postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI ACa 1422/12

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 30 lipca 2010 roku Nr (...) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej: Prezes UKE) po przeprowadzeniu postępowania w sprawie nałożenia na (...) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. (dalej: (...)) kary pieniężnej za uniemożliwianie korzystania z uprawnienia do przeniesienia przydzielonego numeru, o którym mowa w art. 71 ustawy z dnia 16 lipca 2004 roku - Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 ze zm.) (dalej: ustawa - Prawo telekomunikacyjne lub Pt), nałożył na (...) karę pieniężną w wysokości 69 000,00 złotych za uniemożliwianie korzystania z uprawnień do przeniesienia przydzielonego numeru, o których mowa w art. 74 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, polegające na przekroczeniu dopuszczalnej przerwy w świadczeniu usług telekomunikacyjnych przy przeniesieniu przydzielonego numeru, o której stanowi § 6 ust. 8 pkt 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 17 czerwca 2009 roku w sprawie warunków korzystania z uprawnień w publicznych sieciach telefonicznych (Dz. U. Nr 97, poz. 810) (dalej: Rozporządzenie), co spowodowało ograniczenie możliwości świadczenia usług telekomunikacyjnych dla przeniesionego numeru w okresie od dnia 1 grudnia 2009 roku do dnia 8 grudnia 2009 roku (w przypadku G. D.) i w okresie od dnia 21 sierpnia 2009 roku do dnia 7 września 2009 roku (w przypadku T. M.) oraz za uniemożliwianie korzystania z uprawnień do przeniesienia przydzielonego numeru, o

których mowa w art. 71 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, polegające na dwukrotnej odmowie T. M. przeniesienia numeru w dniu 12 sierpnia 2009 roku oraz w dniu 13 sierpnia 2009 roku.

(...) w odwołaniu wniesionym w dniu 13 sierpnia 2010 roku domagało się zmiany zaskarżonej decyzji w całości i umorzenia postępowania administracyjnego, względnie uchylenia zaskarżonej decyzji w całości, ewentualnie zmiany zaskarżonej decyzji w całości poprzez obniżenie nałożonej na (...) kary pieniężnej do kwoty istotnie niższej od kwoty wskazanej w zaskarżonej decyzji oraz zasądzenia od Prezesa UKE na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych.

Odwołujący zarzucił wydanie decyzji z naruszeniem:

1. art. 209 ust. 1 pkt. 16 ustawy - Prawo telekomunikacyjne w zw. z art. 71 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo telekomunikacyjne w zw. z art. 74 ust. 3 pkt 3 ustawy - Prawo telekomunikacyjne w zw. z § 6 ust. 8 pkt 1 Rozporządzenia poprzez przyjęcie, iż (...) uniemożliwiło Panu T. M. i Panu G. D. korzystanie z uprawnień do przeniesienia przydzielonego numeru, realizując te uprawnienia w sposób niezgodny z przepisami Rozporządzenia, a to wskutek wystąpienia przerwy w świadczeniu usług telekomunikacyjnych tym abonentom dłuższej niż 3 godziny w porze nocnej pomiędzy 0:00 a 3:00;

2. art. 209 ust. 1 pkt. 16 ustawy - Prawo telekomunikacyjne w zw. z art. 71 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo telekomunikacyjne w zw. z art. 74 ust. 3 pkt 2 ustawy - Prawo telekomunikacyjne w zw. z § 6 ust. 8 pkt 1 Rozporządzenia poprzez przyjęcie, iż (...) uniemożliwiło Panu T. M. korzystanie z uprawnień do przeniesienia przydzielonego numeru, nie realizując tego uprawnienia pomimo istnienia możliwości jego realizacji, a to wskutek dwukrotnej odmowy przeniesienia numeru do sieci (...) z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. (dalej: (...));

3. art. 209 ust. 1 pkt. 16 ustawy - Prawo telekomunikacyjne w zw. z art. 71 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy - Prawo telekomunikacyjne poprzez przyjęcie, iż wystąpienie jednostkowych przypadków naruszenia przepisów ustawy - Prawo telekomunikacyjne oznacza „nie realizowanie uprawnień” lub „realizowanie niezgodnie z przepisami”;

4. art. 209 ust. 1 pkt. 16 ustawy - Prawo telekomunikacyjne i art. 210 ust. 2 ustawy - Prawo telekomunikacyjne poprzez wymierzenie (...) kary pieniężnej w oparciu o błędną analizę dyrektyw wymiaru kary, względnie, w odniesieniu do możliwości finansowych karanego podmiotu, bez uwzględnienia dyrektywy wymiaru kary;

5. art. 209 ust. 1 pkt 16 ustawy - Prawo telekomunikacyjne i art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polski (dalej: „Konstytucja RP”) poprzez zastosowanie nieproporcjonalnej do stwierdzonych naruszeń sankcji administracyjnej w postaci kary pieniężnej w kwocie 69 000 zł;

6. art. 209 ust. 1 pkt 16 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, art. 189 pkt 2 c) ustawy - Prawo telekomunikacyjne, art. 1 ust. 2 pkt 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne i art. 32 ust. 1 Konstytucji RP poprzez nierówne traktowanie przedsiębiorców telekomunikacyjnych, a to wskutek niejednolitej polityki karania za naruszenia obowiązków przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

Prezes UKE wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od odwołującego na rzecz Prezesa UKE kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Warszawie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zmienił zaskarżoną decyzję w ten sposób, że nałożył na (...) Spółkę Akcyjną z siedzibą w W. (dawna (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością) karę pieniężną w wysokości 5690,00 zł ; oddalił odwołanie w pozostałej części; zasądził od (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W. na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 291,00 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

W motywach tego rozstrzygnięcia wskazano na następujące ustalenia faktyczne i ich ocenę prawną.

(...) świadczy w ramach prowadzonej działalności gospodarczej usługi telekomunikacyjne, a w tym w szczególności w zakresie telefonii ruchomej, transmisji danych i teleinformatyki oraz wszelkich innych usług telekomunikacyjnych, w tym internetowych, związanych z Internetem oraz telefonią stacjonarną.

W dniu 1 sierpnia 2011 roku został dokonany wpis do KRS przekształcenia (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Spółkę Akcyjną. (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W. przy ul. (...) utworzona 1 lipca 2011 roku w ewidencji przedsiębiorców prowadzonej przez Sąd Rejonowy dla m. St. Warszawy (...) Wydział (...) figuruje pod nr (...). (fakt znany z urzędu, art. 228 §1 i 2 k.p.c.).

W dniach od 20 lipca 2009 roku do 14 sierpnia 2009 roku w (...) miała miejsce kontrola na podstawie art. 199 ust. 1 Pt w celu zbadania wypełniania przez spółkę obowiązków dotyczących przestrzegania przepisów art. 71 i 74 Pt dotyczących uprawnień abonentów oraz użytkowników końcowych do przeniesienia przydzielonego numeru oraz §6-8 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 17 czerwca 2009 roku w sprawie warunków korzystania z uprawnień w publicznych sieciach telefonicznych (Dz. U. Nr 97, poz. 810). W protokole uwzględniono przypadki negatywnie rozpatrzonych wniosków oraz przyczyny nieudanego przeniesienia numerów (pkt V) i losowo skontrolowano sprawy. Przykładowe skargi konsumentów okazały się zasadne przy przenoszeniu numerów post-paid z sieci (...) do sieci (...) oraz pre-paid z sieci (...) do sieci (...). W protokole nie zawarto żadnych uwag i wniosków kontrolnych.

Jednymi z abonentów (...) korzystającymi z usług telekomunikacyjnych byli T. M. i G. D..

T. M. miał zawartą umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych nr (...) z dnia 19 października 2004 r. i w dniu 12 czerwca 2009 roku złożył wniosek o jej rozwiązanie ze skutkiem na dzień 24 lipca 2009 roku oraz migracją numeru telefonu (...) do sieci (...).

Pismem z dnia 6 sierpnia 2009 roku (...) poinformowało T. M., iż umowa zostanie rozwiązana z dniem 24 sierpnia 2009 roku, mimo że powinna być już rozwiązana 24 lipca 2009 roku z przeniesieniem numeru do (...). T. M. w dniu 12 sierpnia 2009 roku złożył wniosek o przeniesienie numeru (...) do sieci (...), należącej do (...) oraz złożył oświadczenie dotyczące wypowiedzenia umowy o świadczenie publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych z dotychczasowym dostawcą usług (...) i tym samym zawarł umowę z nowym dostawcą (...).

Sprawy związane z przeniesieniem przydzielonego numeru zostały założone w oparciu o dane przesłane przez (...) do (...) w dniach 20 lipca 2009 roku, 12 sierpnia 2009 roku, 13 sierpnia 2009 roku. T. M. wyraził chęć migracji do systemu pre-paid sieci (...), w związku z tym zamknięto pierwszą sprawę dnia 6 sierpnia 2009 roku mimo wniosku (...) z dnia 20 lipca 2009 r. Dnia 12 sierpnia 2009 roku (...) zamknęło kolejną sprawę podając jako powód „błędny typ kontraktu”. Trzecia sprawa została zamknięta w dniu 13 sierpnia 2009 roku z powodu daty przeniesienia numeru pokrywającej się z oczekiwaną datą „portacji”. W dniu 21 sierpnia 2009 roku w (...) założona została czwarta sprawa z oczekiwaną datą „portacji” 22 sierpnia 2009 roku. Numer był nadal aktywny w (...), ponieważ wykonywała się wcześniej zlecona migracja numeru do systemu „prepaid”. W dniu 7 września 2009 roku została naprawiona nieprawidłowość, numer został zdeaktywowany w systemach (...).

W konsekwencji ograniczenie możliwości świadczenia usług telekomunikacyjnych dla przeniesionego numeru trwało 17 dni (od dnia 21 sierpnia 2009 roku do dnia 7 września 2009 roku). W dniu 19 sierpnia 2009 roku T. M. za pomocą poczty elektronicznej złożył skargę na działalność (...) w sprawie realizacji rozwiązania umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych.

W dniu 27 września 2009 roku została założona sprawa przeniesienia do (...) numeru kolejnego abonenta usług świadczonych przez (...) w publicznej sieci telefonicznej pana G. D.. 28 września 2009 roku (...) przesłała elektroniczny komunikat do (...) z wyznaczoną datą przeniesienia numeru na dzień 1 grudnia 2009 roku. W dniu 30 listopada 2009 roku G. D. podpisał umowę z (...), w związku z tym w dniu 1 grudnia 2009 roku nastąpiło zwolnienie numeru przez (...). W dniu 3 grudnia 2009 roku G. D. zgłosił problem do (...) z odbieraniem połączeń od (...) oraz numerów stacjonarnych. (...) wystąpiło z interwencją do (...) w tej sprawie. W dniu 4 grudnia 2009 roku (...)

dezaktywowało w systemach numer G. D., wyjaśniając iż w dniu przeniesienia został on błędnie aktywowany w systemach sieci (...). Status przenoszony numer został zmieniony w dniu 8 grudnia 2009 roku na „oddany”.

W konsekwencji przez okres 7 dni (od dnia 1 grudnia 2009 roku do dnia 8 grudnia 2009 roku) przeniesiony numer uniemożliwiał odbieranie połączeń przychodzących z sieci (...) i numerów stacjonarnych.

W dniu 4 grudnia za pomocą poczty elektronicznej G. D. złożył skargę do Prezesa UKE na działalność (...) w związku nieprawidłowościami dotyczącymi przeniesienia numeru do innej sieci.

W dniu 12 listopada 2009 roku Prezes UKE poinformował (...) o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie nałożenia kary pieniężnej na (...) w związku z uniemożliwieniem korzystania z uprawnienia do przeniesienia przydzielonego numeru, w którym mowa w art. 71 ustawy Pt.

(dowód: zawiadomienie o wszczęciu postępowania z dnia 12 listopada 2009 r., k. 1 akt administracyjnych).

W piśmie z dnia 20 listopada 2009 roku, odpowiadając na Zawiadomienie Prezesa UKE o wszczęciu postępowania w niniejszej sprawie, (...) wskazało, że od dnia 6 lipca 2009 roku realizuje uprawnienie, o którym mowa w art. 71 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, na podstawie przepisów Rozporządzenia, a pismem z dnia 24 listopada 2009 roku (...) ponownie przedstawiło swoje stanowisko w sprawie, podnosząc iż w okresie od dnia 6 lipca 2009 roku do dnia 16 listopada 2009 roku spółka pozytywnie zakończyła 80 466 procesów przeniesienia numerów.

W dniu 2 lutego 2010 roku Prezes UKE wezwał (...) do złożenia wyjaśnień przyczyn utrzymywania do dnia 7 września 2009 roku aktywnego numeru T. M., pomimo zrealizowania przez (...) przeniesienia tego numeru do innego operatora w dniu 21 sierpnia 2009 roku.

W dniu 10 lutego 2010 roku (...) w odpowiedzi na wezwanie Prezesa UKE z dnia 2 lutego 2010 roku wyjaśniło, że sytuacja dezaktywacji numeru w sieci (...) była wynikiem problemu technicznego „w zakresie zwolnienia numeru w systemach (...)”. (...) stwierdziło również, że „w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych Abonentowi w okresie od 21 sierpnia do 7 września 2009 roku mogło dojść do jednostkowych problemów z realizacją połączeń.”. (...) ponownie podkreśliła, że w okresie od 6 lipca 2009 roku do 31 stycznia 2010 roku zostało przeprowadzonych 185 522 przeniesień numerów.

Pismem z dnia 5 lutego 2010 roku i 7 maja 2010 roku (...) przedstawiło Prezesowi UKE informację o wysokości przychodu osiągniętego przez (...) w 2009 roku, który wyniósł: 7 630 231 000 złotych.

W dniu 24 maja 2010 roku (...) złożyło pismo, w którym podtrzymało wszelkie dotychczas prezentowane stanowiska oraz wniosło o umorzenie przedmiotowego postępowania ze względu na fakt prawidłowego przeprowadzenia postępowania reklamacyjnego i tym samym umożliwienia abonentom przeniesienia przydzielonych im numerów telefonów.

W dniu 30 lipca 2010 roku Prezes UKE wydał decyzję Nr (...), którą nałożył na (...) karę pieniężną w wysokości 69 000 złotych za uniemożliwienie korzystania z uprawnienia do przeniesienia przydzielonego numeru, o którym mowa w art. 71 ust. 1 pkt 2 Pt.

Faktem przyznanym nie wymagającym dowodzenia była nieprawomocność wyroku SOKiK w sprawie XVII AmT 75/09 (odwołanie od decyzji Prezesa UKE z dnia 18 listopada 2008 roku (nr (...) nakładającej na (...) karę w wysokości 130 000 zł).

W ocenie Sądu pierwszej instancji odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części dotyczącej wymiaru kary.

Zdaniem tego Sądu niezasadne są zawarte w odwołaniu zarzuty naruszenia prawa materialnego, mianowicie art. 71 ust. 1 pkt 2 Pt w zw. z art. 74 ust. 3 pkt 2 i 3 Pt w zw. z § 6 ust. 8 pkt 1 Rozporządzenia w związku z art. 209 ust. 1 pkt. 16 Pt.

Wskazano , że nie ma między stronami sporu ,iż po przeniesieniu numeru pana T. M. do sieci (...) w dniu 21 sierpnia 2009 r. numer był nadal aktywny w sieci (...) i powstały błąd spółka naprawiła 7 września 2009 r. oraz, że po przeniesieniu numeru pana G. D. z sieci (...) w dniu 1 grudnia 2009 roku przeniesiony numer do 8 grudnia 2009 roku nie umożliwiał odbierania połączeń przychodzących z sieci (...) i numerów stacjonarnych. W pierwszym przypadku błędy powstały wskutek nałożenia się dwóch operacji: zmiany umowy z post-paid na pre-paid i zmiany operatora co skutkowało zamykaniem sprawy o przeniesienie numeru z informacją „prepaid”, „błędny typ kontraktu”. W drugim przypadku (...) jako operator dawca nie zmienił swoich ustawień systemu.

Przyjęto jako zasadne uznanie przez Prezesa UKE , że przeniesienie numerów nie zostało przeprowadzone prawidłowo z przyczyn leżących po stronie (...). Podano , że trudności pojawiające się po zrealizowaniu uprawnień użytkowników do przeniesienia numerów nie mieszczą się w dyspozycji art. 74 ust. 3 pkt 2 i 3 Pt. Zaznaczono , że stosownie do art. 74 ust. 3 pkt 2 i 3 Pt Prezes UKE może nałożyć karę, o której mowa w art. 209 ust. 1 pkt 16 Pt, jeżeli dostawca (I) nie realizuje uprawnień abonentów, gdy istnieją możliwości ich realizacji (II) realizuje uprawnienia abonentów niezgodnie z przepisami ustawy lub rozporządzenia, o którym mowa w art. 73 ustawy - Prawo telekomunikacyjne.

Wskazano ,że jak wynika ze schematu wykonywanych komunikatów w komunikacji międzyoperatorskiej (pismo z dnia 24 listopada 2009 r.) komunikat E13 wysłany przez (...) został błędnie wykonany, bowiem zamiast zwolnienia numerów zostały one przeniesione do systemu „pre-paid”. Nie doszło do realizacji uprawnień abonentów, skoro ich numery pozostawały w sieci (...) mimo wysłania komunikatu E13. Dopiero na skutek interwencji numery zostały skutecznie przeniesione, ale po terminie określonym Rozporządzeniem. Podniesiono , że za powstałe błędy ponosi odpowiedzialność (...) zaś fakt akt uchybienia terminu przy realizacji przeniesienia numeru z przyczyn leżących po (...) oraz kolejne zamykanie spraw bez sprawdzenia zasadności podejmowanych decyzji jest wystarczającą przesłanką do nałożenia sankcji przewidzianej art. 209 ust. 1 Pt. Podkreślono, że (...) jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym świadczącym publicznie dostępne usługi telekomunikacyjne i jako profesjonalista powinien zadbać o takie zorganizowanie swojej działalności, aby prowadzona działalność była zgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Dla zastosowania sankcji przewidzianych ustawą Prawo telekomunikacyjne nie ma znaczenia wina podmiotu bowiem samo naruszenie art. 71 ust. 1 pkt 2 i art. 74 ust. 3 pkt 2 i 2 Pt jest wystarczającą przesłanką do zastosowania przepisu art. 210 Pt i wymierzenia na tej podstawie kary pieniężnej przez Prezesa UKE.

Sąd Okręgowy uznał, że wymierzona przez Prezesa UKE kara pieniężna jest wygórowana. Podniesiono , że wśród wytycznych wymiaru kary pieniężnej sformułowanych art. 210 ust. 2 Pt na pierwszym miejscu wymienia się zakres naruszenia (rozmiar naruszenia, jak i częstotliwość naruszeń).

Zakwestionowano stanowisko pozwanego, że Prezes UKE oceniając zakres naruszenia zwrócił uwagę także na to, iż bezpośrednią konsekwencją naruszeń w zakresie wykonania obowiązku ustanowionego w art. 71 Pt było ograniczenie prawnie chronionych uprawnień użytkowników. Zaznaczono , że ograniczenie to nie zostało zdefiniowane podczas kontroli przeprowadzonej w (...) w dniach 20 lipca 2009 r. - 14 sierpnia 2009 r., podczas której kontrolujący mimo stwierdzenia analogicznych naruszeń nie wydali żadnych zaleceń pokontrolnych tak, aby zaznaczyć spółce pojawiające się problemy. W związku z tym uznano , że nie można przypisać (...) naruszenia przepisów prawa w stopniu znacznym.

Ponadto wskazano , że pomimo podkreślenia, że nakładając karę pieniężną Prezes UKE wziął pod uwagę rozmiar naruszenia (2 przypadki na 185 522 procesów), nie wyjaśniono, o ile niniejsza okoliczność zmniejszyła wymiar kary. W uzasadnieniu decyzji podano tylko, że maksymalna kara jaką Prezes UKE mógłby nałożyć na spółkę wynosi 228 906 930 zł, co stanowi 3% jej przychodów, a wymierzona kara w wysokości 69 000,00 zł mieści się w określonych ustawą granicach. Zdaniem Sądu Okręgowego fakt , że możliwości finansowe (...) są bardzo duże nie oznacza, że można mu wymierzyć każdą karę, byle mieściła się w granicach ustawowych. Podano , że (...) niewątpliwie dopuścił się popełnienia deliktu opisanego w treści art. 209 ust. 1 pkt 16 w związku z art. 71 ust. 1 pkt 2 i art. 74 ust. 3 pkt 2 i 3 Pt jednak kara musi być adekwatna do zarzucanego czynu . Ponadto w dacie wydawania decyzji Prezes UKE wiedział na podstawie postępowania kontrolnego o problemie przenoszenia numerów z post-paid. (...) nie uzyskała żadnych

korzyści z popełnionego naruszenia, a osoby nim dotknięte otrzymały odszkodowania w postaci skorygowanej faktury i dodatkowego pakietu minut .

W ocenie Sądu Okręgowego Prezes Urzędu nie wykazał precyzyjnie, dlaczego uznał, że kara 69 000,00 zł jest uzasadniona. Podniesiono , że procedura przenoszenia numerów co do zasady przebiegała sprawnie, spółka ma opracowany system i reaguje na sygnały abonentów.

Z uwagi na to, że Prezes UKE nie wyjaśnił metody wyliczenia nałożonej kary Sąd Okręgowy uznał, że należy zastosować zasadę obiektywnie sprawdzalną będącą wyrazem proporcjonalności rozumianej jako określenie współczynnika wysokości kary za jedno naruszenie [czyli stosunek maksymalnego wymiaru kary możliwego do nałożenia (228 906 930,00 zł) do ilości przeprowadzonych procesów przed wszczęciem niniejszego postępowania (80 466,00 zł)]. W ten sposób wyliczono karę pieniężną w wysokości 5 690,00 zł uznając , że będzie to kara odpowiednia, spełniająca zarówno represyjny, jak i prewencyjny charakter.

Jako podstawę prawną rozstrzygnięcia powołano art. 479⁶⁴ §2 k.p.c.

O kosztach procesu orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c.

Apelacje od tego wyroku wniosły obie strony.

Powód wskazany wyrok zaskarżył w całości i przedstawił następujące zarzuty:

1.naruszenie prawa materialnego, a to art. 209 ust. 1 pkt 16 w związku z art. 71 ust. 1 pkt 2 Pt , w związku z art. 74 ust. 1 i 3 pkt 2 i 3 Pt w związku z § 6 ust. 8 pkt 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 17 czerwca 2009 r. w sprawie warunków korzystania z uprawnień w publicznych sieciach telefonicznych (Dz. U. Nr 97, poz. 810, dalej: „Rozporządzenie”), poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż Powód pomimo systemowo, technicznie oraz operacyjnie poprawnego wdrożenia usługi przenośności numerów w swojej sieci telekomunikacyjnej, dopuścił się naruszenia polegającego na nie realizowaniu uprawnień abonentów, bądź na realizowaniu uprawnień abonentów niezgodnie z przepisami Pt oraz Rozporządzenia.

2.naruszenie prawa procesowego , a to:

- art. 233 § 1 k.p.c. poprzez błędną ocenę zgromadzonego materiału dowodowego oraz błędne ustalenie stanu faktycznego polegające na:

- błędnym przyjęciu, iż z protokołu kontroli z dnia 24 sierpnia 2009 r. nie wynika, iż (...) realizuje obowiązki wynikające z przepisów art. 71 i 74 Pt dotyczących uprawnień abonentów do przeniesienia przydzielonego numeru oraz § 6 - 8 Rozporządzenia;

- błędnym przyjęciu, iż sieci telekomunikacyjne i systemy informatyczne mogą pracować bezbłędnie i bez awarii;

- art. 328 § 2 k.p.c. poprzez niewłaściwe, uniemożliwiające właściwą kontrolę odwoławczą, uzasadnienie zaskarżonego wyroku, w szczególności poprzez poprzestanie przez Sąd Okręgowy na przytoczeniu wywodów Prezesa UKE, przy jednoczesnym braku własnej analizy.

Wskazując na powyższe zarzuty powód wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uchylenie zaskarżonej Decyzji w całości, a także zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania;

ewentualnie o, uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu , przy pozostawieniu temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach instancji odwoławczej.

Pozwany zaskarżył przedmiotowy wyrok w zakresie punktu I wyroku, w którym obniżono nałożoną na powoda karę do wysokości 5690,00 zł i podniósł następujące zarzuty:

1. naruszenie przepisów prawa materialnego, a to art. 210 Pt poprzez błędne uznanie, iż prezes UKE nakładając na powoda karę nieprawidłowo zastosował dyrektywy wymiaru kary w efekcie czego nałożona zaskarżoną decyzją kara była zbyt wysoka.

Wskazując na powyższe zarzuty powód wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uchylenie punktu I Wyroku i oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych;

ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji, zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny ustalił i zważył , co następuje.

Apelacje obu stron nie są zasadne i dlatego nie mogły odnieść skutku.

Ustalenia faktyczne poczynione w niniejszej sprawie Sąd Apelacyjny w pełni podziela i przyjmuje za podstawę dla własnych rozważań.

Podniesiony przez powoda zarzut naruszenie art. 209 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 71 ust. 1 pkt 2 Pt , z art. 74 ust. 1 i 3 pkt 2 i 3 Pt i z § 6 ust. 8 pkt 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 17 czerwca 2009 r. w sprawie warunków korzystania z uprawnień w publicznych sieciach telefonicznych , poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż powód dopuścił się naruszenia polegającego na nie realizowaniu uprawnień abonentów, bądź na realizowaniu uprawnień abonentów niezgodnie z przepisami Pt oraz Rozporządzenia nie zasługuje na uwzględnienie.

Należy zważyć , iż art. 74 ust. 1 Pt modyfikuje dyspozycje wynikające z art. 71 ust. 1 pkt 1 poprzez dookreślenie obowiązków operatora związanych z wykonywaniem żądań abonentów opartych na tych przepisach. Przede wszystkim nakłada na operatora obowiązek zapewnienia w swojej sieci technicznych możliwości realizacji uprawnień abonenta związanych ze zmianą operatora świadczącego usługi (tj. zaspokojenia w tej sytuacji żądania zachowania przydzielonego numeru). Operator, który takich technicznych możliwości nie zapewnia, nie jest w stanie gwarantować realizacji ustawowych uprawnień abonentów przewidzianych w art. 71 ust. 1 pkt 2. Podważa to z kolei zdolność tego operatora do prowadzenia działalności gospodarczej w sferze usług telekomunikacyjnych. Jedynie zawieszenie lub ograniczenie zakresu realizacji tych uprawnień przez Prezesa UKE, na wniosek zainteresowanego operatora, uchyla bezprawność odmowy ich realizacji z powodu braku możliwości technicznych sieci operatora.

Poza sporem w sprawie jest, że ,iż po przeniesieniu numeru T. M. do sieci (...) w dniu 21 sierpnia 2009 r. numer był nadal aktywny w sieci (...) i powstały błąd spółka naprawiła dopiero 7 września 2009 r. oraz , że po przeniesieniu numeru G. D. z sieci (...) w dniu 1 grudnia 2009 roku przeniesiony numer do 8 grudnia 2009 roku nie umożliwiał odbieranie połączeń przychodzących z sieci (...) i numerów stacjonarnych. W pierwszym przypadku błędy powstały wskutek nałożenia się dwóch operacji: zmiany umowy z post-paid na pre-paid i zmiany operatora co skutkowało zamykaniem sprawy o przeniesienie numeru z informacją „prepaid", „błędny typ kontraktu". W drugim przypadku (...) jako operator dawca nie zmienił swoich ustawień systemu. Przyczyny te leżały po stronie operatora sieci, zaś abonenci zbyt długo czekali, co stanowiło rażące naruszenie wymogów określonych w Rozporządzeniu , na realizację swoich zleceń mimo ,że istniały techniczne możliwości ich realizacji.

Postanowienia art. 74 ust. 3 Pt doprecyzowują postanowienia art. 209 ust. 1 pkt 15-17 Pt w zakresie możliwości nakładania kar pieniężnych. Zgodnie z tym przepisem Prezes UKE może nałożyć karę, o której mowa w art. 209 ust. 1 pkt 15-17 Pt, z powodu niezrealizowania uprawnień określonych w art. 69-72Pt , na dostawcę oraz na operatora sieci. Uniemożliwienie korzystania z tych uprawnień może polegać na niezapewnieniu określonych w art. 74 ust. 1 Pt możliwości realizacji uprawnień, czyli niestworzeniu odpowiednich warunków technicznych, a jeżeli takie możliwości już istnieją - na niezapewnieniu ich realizacji (art. 74 ust. 3 pkt 1Pt). Kara finansowa może być także nałożona, gdy dostawca lub operator sieci nie realizuje uprawnień abonentów, gdy istnieją możliwości ich realizacji (art. 74 ust. 3 pkt

2 Pt.) Wreszcie kara może być nałożona, gdy uprawnienia abonentów są realizowane niezgodnie z przepisami ustawy lub rozporządzenia, o którym mowa w art. 73 Pt.

Jak wynika z okoliczności sprawy uprawnienia abonentów T. M. i G. D. zostały zrealizowane niezgodnie z przepisami Rozporządzenia, które w §10 ust.8 stanowi, że przeniesienie przydzielonego numeru nie może powodować przerwy w świadczeniu usług telekomunikacyjnych dłuższej niż:

1) 3 godziny w porze nocnej pomiędzy godziną 0⁰⁰ a 3⁰⁰ - w przypadku abonentów będących stroną umowy z dostawcą usług zapewniającym przyłączenie do ruchomej publicznej sieci telefonicznej lub

2) 24 godziny, liczone od określonego w umowie, o której mowa w ust. 5, dnia rozpoczęcia świadczenia tych usług - w przypadku abonentów będących stroną umowy z dostawcą usług zapewniającym przyłączenie do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej

- chyba że abonent wyraził w umowie zgodę na dłuższą przerwę, określając czas jej trwania.

W tym stanie rzeczy Prezes UKE był uprawniony do nałożenia na powoda kary pieniężnej na podstawie art.209 ust.1 pkt.16 w związku z art.71 ust.1 pkt.2 i art.74 ust.3 pkt.2 i 3 Pt.

Podniesione w apelacji powoda zarzuty naruszenia prawa procesowego nie są zasadne.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego nie doszło w sprawie do obrazy art. 233 § 1 k.p.c. poprzez błędną ocenę zgromadzonego materiału dowodowego oraz błędne ustalenie stanu faktycznego.

Wbrew twierdzeniom strony skarżącej o błędnym przyjęciu, iż z protokołu kontroli z dnia 24 sierpnia 2009 r. nie wynika, iż (...) realizuje obowiązki wynikające z przepisów art. 71 i 74 Pt dotyczących uprawnień abonentów do przeniesienia przydzielonego numeru oraz § 6 - 8 Rozporządzenia, Sąd Okręgowy protokół tej kontroli przyjął za jedną z okoliczności wpływających na obniżenie wysokości kary pieniężnej nałożonej na powoda. W motywach zaskarżonego wyroku zakwestionowano stanowisko pozwanego, że Prezes UKE oceniając zakres naruszenia uznał, iż bezpośrednią konsekwencją naruszeń w zakresie wykonania obowiązku ustanowionego w art. 71 Pt było ograniczenie prawnie chronionych uprawnień użytkowników. Zaznaczono, że ograniczenie to nie zostało zdefiniowane podczas kontroli przeprowadzonej w (...) w dniach 20 lipca 2009 r. - 14 sierpnia 2009 r., podczas której kontrolujący mimo stwierdzenia analogicznych naruszeń nie wydali żadnych zaleceń pokontrolnych tak, aby zaznaczyć spółce pojawiające się problemy. W związku z tym przyjęto, że nie można przypisać (...) naruszenia przepisów prawa w stopniu znacznym.

W żadnym miejscu uzasadnienia wyroku nie założono, iż sieci telekomunikacyjne i systemy informatyczne mogą pracować bezbłędnie i bez awarii.

Także zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. poprzez niewłaściwe, uniemożliwiające właściwą kontrolę odwoławczą, uzasadnienie zaskarżonego wyroku nie jest trafny. Uzasadnienie to zawiera elementy konstrukcyjne przewidziane w treści art.328§2 k.p.c. : wskazuje podstawę faktyczną rozstrzygnięcia oraz wyjaśnia podstawę prawną wyroku z przytoczeniem przepisów prawa. Stylistyka motywów wyroku polegająca na ocenie wywodów Prezesa UKE nie oznacza, że Sąd pierwszej instancji nie dokonał własnej analizy stanowisk stron. Przeciwnie, ocena ta jednoznacznie świadczy o dokonaniu przez ten Sąd własnych ustaleń w sprawie.

Podniesiony w apelacji pozwanego zarzut naruszenie art. 210 Pt poprzez błędne uznanie, iż prezes UKE nakładając na powoda karę nieprawidłowo zastosował dyrektywy wymiaru kary w efekcie czego nałożona zaskarżoną decyzją kara była zbyt wysoka, nie mógł odnieść skutku.

Rację ma pozwany podnosząc, że w motywach zaskarżonego wyroku brakuje wyczerpujących rozważań co do dyrektyw nałożenia kary pieniężnej. Usterkę tę można usunąć w toku postępowania apelacyjnego. Sąd pierwszej instancji określając ponownie wymiar kary wykorzystał arytmetyczny sposób wyliczenia wysokości kary wskazując, że skoro na 80 466 prawidłowo przeniesionych numerów naruszenia dotyczyły tylko dwóch przypadków to przyjmując,

że maksymalna kara jaką mógł nałożyć Prezes UKE wynosiła 228 906 930 zł, za jedno naruszenie kara mogła wynieść kwotę 2845 zł a za dwukrotne naruszenie kwotę 5 690 zł. Skarżący kwestionując stanowisko Sądu Okręgowego proponuje jedynie własny wzór obliczenia wysokości kary pieniężnej polegający na ustaleniu procentowego wskaźnika wysokości kary za jedno naruszenie w stosunku do wysokości kary możliwej do nałożenia twierdząc, że metoda ta w większym stopniu realizuje dyrektywy wymiaru kary określone w art.210 §2 Pt. Zgodnie z tą metodą jedno naruszenie odpowiada 0,015% kary możliwej do nałożenia co pozwoliło na obliczenie kary w kwocie 34 336,04 zł, a za dwa naruszenia 69000 zł.

Sąd Apelacyjny stwierdza, że metoda obliczenia wysokości kary pieniężnej zaproponowana przez pozwanego nie uwzględnia zasady proporcjonalności (obliczona jest w oderwaniu od łącznej liczby przeniesionych przez powoda numerów) oraz nie koresponduje z wynikami kontroli przeprowadzonej w (...) w dniach 20 lipca 2009 r. - 14 sierpnia 2009 r., podczas której kontrolujący mimo stwierdzenia analogicznych naruszeń nie wydali żadnych zaleceń pokontrolnych .

Sąd Apelacyjny, jako sąd meriti, wykorzystując zebrany w sprawie materiał dowodowy podkreśla, że ustalając wysokość kary pieniężnej, Prezes UKE powinien uwzględnić zakres naruszenia, dotychczasową działalność podmiotu oraz jego możliwości finansowe. Wytyczne wskazane w art. 210 ust. 2 Pt nie stanowią katalogu zamkniętego, gdyż należy także uwzględniać ogólne zasady stosowania prawa. Charakter tych wytycznych wskazuje na konieczność wszechstronnego zbadania okoliczności naruszenia prawa oraz warunków, w jakich dopuszczono się naruszenia. Przepis art. 210 ust. 2 Pt wśród wytycznych wymiaru kary pieniężnej na pierwszym miejscu wymienia zakres naruszenia. Pod pojęciem tym należy rozumieć zarówno rozmiar naruszenia, jak i częstotliwość naruszeń. Zakres naruszenia pozwala określić stopień szkodliwości społecznej czynu sprawcy. Naruszenia w dużym rozmiarze wielokrotnie zwiększają stopień szkodliwości czynu sprawcy. Prezes UKE powinien dokonać ustaleń co do rzeczywistych i potencjalnych skutków naruszenia prawa. Druga wytyczna nakazuje Prezesowi UKE uwzględniać dotychczasową działalność podmiotu. Ocena dotychczasowej działalności obejmuje szeroki zakres zjawisk, a nie tylko kwestię stosunku do naruszonych przepisów w okresie przed stwierdzeniem naruszenia. Należy także ocenić, czy nakładane kary przyniosły zamierzony cel. Istotnym elementem, który Prezes UKE powinien uwzględnić przy wymiarze kary pieniężnej, jest stopień winy sprawcy. Ocena woli sprawcy ma prowadzić do ustalenia stopnia winy, a głównie do stwierdzenia, czy można mu przypisać winę umyślną czy też nieumyślną. Winę umyślną można przypisać sprawcy, który podejmuje działania zakazane lub powstrzymuje się od obowiązujących zachowań ze świadomością i zamiarem osiągnięcia skutku bezprawnego. Stwierdzony poziom nieprawidłowości, wad organizacyjnych, kompetencyjnych i proceduralnych, sposób sprawowania nadzoru nad tymi działaniami będą wpływały na ocenę stopnia zawinienia (S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne..., s. 831).

Ostatnia wytyczna nakazuje uwzględnianie możliwości finansowych sprawcy. Dyrektywa ta łagodzi nieco zasadę wymierzania kary w stosunku do przychodu ukaranego podmiotu. Możliwości finansowe ukaranego podmiotu dotyczą całej prowadzonej przez ten podmiot działalności, nie tylko działalności telekomunikacyjnej. Należy podkreślić, że przewidziane w Pt kary są ostatecznym środkiem regulacyjnym stosowanym wówczas, gdy wcześniej zastosowane nierepresyjne środki regulacyjne (zalecenia pokontrolne) okazały się bezskuteczne. Dlatego wymiar kary powinien odpowiadać minimalnemu poziomowi gwarantującemu jej skuteczność. Należy mieć na uwadze, że konsekwencje nakładanych na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego kar ponoszą także konsumenci. Decyzja nakładająca karę pieniężną musi więc zawierać uzasadnienie wskazujące, że kara wymierzona w najniższej wysokości nie spełniłaby celu regulacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważa, że przewidziana w art.74 ust.3 Pt możliwość nałożenia kary pieniężnej ma charakter fakultatywny. Prezes UKE winien w pierwszej kolejności rozważyć, czy rodzaj i zakres naruszenia w świetle całokształtu okoliczności sprawy, mając na względzie osiągnięcie celu regulacyjnego, wymaga nałożenia kary. Jeżeli uzna, że karę taką należy nałożyć to wysokość tej kary musi być współmierna do celu regulacyjnego. Mając na uwadze słabszą pozycję abonenta w stosunku do operatora sieci oraz masowość zjawiska przenoszenia numerów nałożenie kary pieniężnej było uzasadnione. Jednak wysokość tej kary nie powinna być wygórowana. W przedmiotowej sprawie Prezes obowiązany był uwzględnić liczbę prawidłowo przeprowadzonych procesów przeniesienia numerów oraz fakt, że ostatecznie

placą za to abonenci . Nie można zakładać całkowitej bezawaryjności urządzeń technicznych zwłaszcza , że powód był technicznie przygotowany do tych procesów i przypadki naruszeń były rzadkie , co wynika z przeprowadzonej kontroli oraz faktu , że nie było zaleceń pokontrolnych. Nie można zakładać umyślnej winy lub braku odpowiedniego przygotowania po stronie powoda. Wobec powyższego wysokość kary winna być umiarkowana .

W ocenie Sądu Apelacyjnego zaproponowany przez Sąd pierwszej instancji sposób obliczenia wysokości tej kary jest prawidłowy i uwzględnia dyrektywy wymiaru kary przewidziane w art.210 §2 Pt.

Mając to wszystko na uwadze apelacje obu stron, wobec braku uzasadnionych powodów , nie mogły odnieść skutku i dlatego zostały oddalone.

W tym stanie rzecz, na podstawie art.385 k.p.c. orzeczono , jak na wstępie.

Kierując się wynikiem postępowania apelacyjnego o kosztach tego postępowania postanowiono na podstawie art.100 k.p.c. w związku z art.108§1 k.p.c.