

*Sygn. akt VI ACa 202/12*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 4 lipca 2012 r.*

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

*Przewodniczący - Sędzia SA – Marek Podogrodzki*

*Sędzia SA – Irena Piotrowska (spr.)*

*Sędzia SA – Krzysztof Tucharz*

*Protokolant: sekr. sądowy Beata Pelikańska*

*po rozpoznaniu w dniu 20 czerwca 2012 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 pozwanego*

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

*z dnia 12 lipca 2011 r.*

*sygn. akt XVII Amt 44/08*

**1. oddala apelację;**

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

## UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 25 września 2006 roku Nr (...) pozwany - Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej Prezes Urzędu) po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego w sprawie nałożenia kary pieniężnej na powódkę - (...) S.A. z siedzibą w W. (dalej (...) S.A.) za naruszenie obowiązku określenia cen usług na podstawie kosztów ich świadczenia przy świadczeniu usługi (...), nałożył na powódkę karę pieniężną w wysokości 100.000.000 zł płatną do budżetu Państwa.

W ocenie Prezesa Urzędu (...) S.A. naruszyła obowiązek określania cen usług na podstawie kosztów ich świadczenia. Prezes Urzędu wskazał, iż przy świadczeniu usługi (...). część kosztów świadczenia tej usługi alokowana jest w innej usłudze telekomunikacyjnej – w usłudze powszechnej, co jest niezgodne z zasadą kalkulacji ceny usługi po kosztach jej świadczenia. Zdaniem Prezesa Urzędu, ceny za usługi (...) oraz wysokość abonamentu telefonicznego mogłyby zostać ustalone według przejrzystych, obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów w sytuacji, gdyby (...) S.A. rozdzieliła świadczenie tych usług, zaprzestając uzależniania świadczenia jednej usługi - (...) od zawarcia umowy o świadczenie innych usług - usług telefonicznych. Prezes stwierdził, iż praktyka stosowana przez (...) S.A. jest sprzeczna z art. 57 ust. 1 pkt. 1 Prawa telekomunikacyjnego (dalej Pt). W ocenie Prezesa Urzędu alokowanie przez (...) S.A. części kosztów świadczenia usługi (...) w innej usłudze telekomunikacyjnej jest naruszeniem art. 46 ust. 3 pkt. 3 lit. c Pt., zgodnie z

którym (...) S.A. jest zobowiązana do określania cen usług po kosztach ich świadczenia, przypisując koszty do każdej z usług, zarówno usługi abonamentu jak i usługi (...) oraz oferowanie usług odrębnie wycenionych, zanim zostaną zaoferowane w pakiecie, tym samym do zasad przejrzystego kształtowania cen, aby było jasne, za jakie usługi płaci abonent, uiszczając opłaty.

Prezes Urzędu wskazał, iż przy ustaleniu wysokości kary pieniężnej wziął pod uwagę znaczenie sprawy dla ochrony interesów abonentów, którzy zgodnie z art. 57 ust. 1 Pt. mają prawo do nabycia usług niepowiązanych z usługami, których nie chcą nabywać. Dostępność takiej usługi wymaga sformułowania odpowiedniej ofert, w szczególności ustalenia jej ceny w oparciu o koszt świadczenia tej usługi w sposób przejrzysty, niedyskryminacyjny i obiektywny, na podstawie kosztu utrzymania linii, kosztów obsługi detalicznej związanej z usługą (...) oraz usprawiedliwionej marży.

Prezes Urzędu ustalając wysokość kary pieniężnej wskazał, że wziął także pod uwagę, że (...) S.A. oferuje usługę z naruszeniem prawa od dnia rozpoczęcia jej świadczenia tj. od lipca 2002r. (4 lata), a ponadto fakt, że podczas prowadzenia dotychczasowej działalności (...) S.A. była już karana przez regulatora.

Od powyższej decyzji powódka wniosła odwołanie domagając się jej uchylenia w całości lub jej zmiany poprzez uchylenie nałożonej kary pieniężnej i stwierdzenie, że powódka nie narusza w związku ze świadczeniem usługi (...) obowiązków określonych w art. 46 ust. 3 pkt 3 lit. I oraz art. 61 ust. 2 ustawy - Pt. oraz o zasądzenie na jej rzecz kosztów procesu według norm przepisanych.

Zaskarżonej decyzji (...) S.A. zarzuciła:

1.naruszenie art. 209 ustawy Pt. w z w. z art. 156 § 1 pkt

2.k.p.a., 2.naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 201 Pt. poprzez wydanie przez Prezesa Urzędu decyzji nakładającej na (...) S.A. karę pieniężną z pominięciem trybu przewidzianego w przedmiotowym przepisie;

3.naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 10 k.p.a. przez uniemożliwienie stronie czynnego udziału w postępowaniu, w szczególności uniemożliwienie wypowiedzenia się stronie co do zebranych dowodów i materiałów;

4.naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 7 k.p.a., 8 k.p.a., 77 k.p.a. oraz art. 107 § 3 k.p.a., przez wydanie zaskarżonej decyzji w oparciu o okoliczności faktyczne, które nie znajdują poparcia w zebranych materiale dowodowym;

5.naruszenie przepisu prawa materialnego, tj. art. 221 ust. 1 pkt 1 lit. I w zw. z art. 46 ust. 3 pkt 3 lit. c ustawy Pt. poprzez niewłaściwe jego zastosowanie;

6.naruszenie przepisu prawa materialnego, tj. art. 61 ust. 2 Pt. poprzez błędne jego zastosowanie;

7.naruszenie przepisu prawa materialnego, tj. art. 57 ust. 1 pkt 1 Pt., które polegało na uznaniu przez Prezesa Urzędu, iż (...) S.A. uzależnia zawarcie umowy o świadczenie publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych od zawarcia przez użytkownika końcowego umowy o świadczenie innych usług lub nabycia urządzeń u określonego dostawcy, jak również na zastosowaniu art. 57 ust. 1 pkt 1 Pt. pomimo, iż przepis ten jest niezgodny z art. 11 Dyrektywy nr 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 07 marca 2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników oraz art. 20 w zw. z art. 22 Konstytucji RP;

8.błąd w ustaleniach faktycznych poprzez przyjęcie, iż stosowane przez powoda ceny nie są ukształtowane na podstawie przejrzystych, obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów;

9.naruszenie przepisu prawa materialnego, tj. art. 210 ust. 2 ustawy - Pt. poprzez nałożenie na powódkę rażąco wygórowanej kary, niewspółmiernej do zakresu naruszenia oraz nieznajdującego uzasadnienia w dotychczasowej działalności powoda.

Pozwany w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości ewentualnie jego odrzucenie w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 209 Pt. w zw. z art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a. poprzez wydanie zaskarżonej decyzji przez osobę, która nie została prawidłowo powołana na stanowisko Prezesa Urzędu, z powodu istnienia przesłanki, o której mowa w art. 199 § 1 pkt 1 k.p.c., tj. niedopuszczalności drogi sądowej w tym zakresie i oddalenie odwołania w pozostałym zakresie. Pozwany wniósł ponadto o zasądzenie od powoda kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 21 maja 2007r. Sąd Okręgowy w Warszawie — Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił zaskarżoną decyzję w całości i orzekł o kosztach procesu.

Od niniejszego wyroku apelację wniósł pozwany Prezes UKE.

Na skutek apelacji pozwanego wyrokiem z dnia 10 kwietnia 2008r. sygn. akt VI ACa 929/07 Sąd Apelacyjny w Warszawie uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Warszawie - Sądowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz pozostawił temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach instancji odwoławczej.

W uzasadnieniu swojego rozstrzygnięcia Sąd Apelacyjny wskazał, iż większość rozważań prowadzonych przez Sąd Okręgowy związana była z kwestią powołania A. S. na stanowisko Prezesa UKE, a pogląd Sądu Okręgowego w tej materii był błędny Sąd Apelacyjny wskazał, że Sąd Okręgowy błędnie przypisał sobie rolę Sądu administracyjnego, stosującego kodeks postępowania administracyjnego. Odnosząc się do materii objętej zarzutami naruszenia prawa materialnego, Sąd Apelacyjny podniósł, że przepisy art. 209 ust. 1 i art. 210 ust. 1 Pt. dają samodzielną podstawę do nałożenia kary, niezależnie od możliwości ukarania po przeprowadzeniu postępowania kontrolnego. Jeśli chodzi o znaczenie słów „świadczenia usług telefonicznych”, zawartych we wstępnej części pkt 1 przepisu art. 221 ust. 1 Pt., w ocenie Sądu Apelacyjnego zostały użyte w tym miejscu ustawy jedynie w celu określenia kręgu podmiotów, w stosunku do których stosuje się punkty od a do m zawarte w tej normie prawnej. Natomiast przedsiębiorca zobowiązany do wykonywania obowiązków, o których mowa w art. 221 ust. 1 pkt 1 litery od a do m to ten przedsiębiorca, który przed wejściem w życie ustawy był operatorem o znaczącej pozycji rynkowej lub w stosunku do którego wydano decyzję ustalającą znaczącą pozycję rynkową, a decyzja w zakresie świadczenia usług telefonicznych świadczonych w stacjonarnych publicznych sieciach telefonicznych uprawomocniła się. W odniesieniu do kwestii obowiązków z art. 46 ust. 3 pkt 3 i 4 w zw. z art. 221 ust. 1 pkt 1 lit. 1 Pt. Sąd Apelacyjny podzielił stanowisko pozwanego, wskazując, że już niewykonanie jednego tylko obowiązku może wiązać się z nałożeniem kary. Sąd Apelacyjny podniósł również, iż w wypadku urzeczywistnienia się podstaw do nałożenia kary i badania jej wysokości Sąd Okręgowy winien poddać swej rozprawie czy wysokość zastosowanej sankcji nie wynikała również z postawienia przez organ administracyjny zarzutu niedozwolonego wiązania przez (...) S.A. świadczonych usług, co mogłoby wówczas, według Sądu Apelacyjnego, oznaczać wymierzenie tak wysokiej kary w związku ze zdarzeniami niezwiązanymi bezpośrednio z podstawą prawną decyzji, wskazaną w jej sentencji.

Rozpoznając ponownie odwołanie Sąd Okręgowy w Warszawie — Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił zaskarżoną decyzję i orzekł w przedmiocie kosztów procesu.

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

Decyzją Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji Nr (...) z dnia 03 września 2001 roku (...) S.A. została uznana za operatora zajmującego pozycję dominującą na rynku usług powszechnych.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 22 maja 2003r. o zmianie ustawy - Prawo telekomunikacyjne oraz o zmianie niektórych ustaw (Dz. U. Nr 113, poz. 1070) operator, który w dniu wejścia w życie powyższej ustawy (tj. 01 października 2003r.) zajmował pozycję dominującą w zakresie świadczenia usług powszechnych uzyskał status operatora o znaczącej pozycji rynkowej w zakresie świadczenia usług telefonicznych w stacjonarnych publicznych sieciach telefonicznych.

(...) S.A. świadczy usługę „(...)”. Spółka stosowała w rozliczeniach z klientami „Cennik usługi (...)”. W dziale dotyczącym opłat za korzystanie z usługi (...) (definiowanej jako usługa dostępu do sieci Internet wraz z udogodnieniami towarzyszącymi określonymi w cenniku danej usługi, świadczona w oparciu o dostęp analogowy na zasadach określonych w regulaminie świadczenia tej usługi), w ramach opłaty abonamentowej abonent (podmiot, na rzecz którego świadczona jest usługa (...)) otrzymuje: dostęp do sieci Internet o określonej w cenniku usługi (...) prędkości transmisji danych od i do swojego komputera oraz udogodnienia towarzyszące, określone w cenniku usługi neostrada.

Do kosztów świadczenia usługi (...) wlicza się koszty następujących elementów sieci: urządzenia dostępne w technologii (...) ((...)), transmisję w sieci (...), transmisję w sieci IP. Natomiast nie wliczane są koszty pętli abonenckiej wykorzystywanej dla świadczenia usługi (...), alokowane w całości do abonamentu (...).

W dniu 04.07.2006 r. pozwany wydał powódce zalecenia pokontrolne (sygn. akt (...)) w którym wezwał ją „do usunięcia w terminie 30 dni od doręczenia niniejszego zaleceń stwierdzających nieprawidłowości polegające na naruszeniu art. 57 ust. 1 pkt Prawa telekomunikacyjnego poprzez uzależnianie zawarcia umowy o świadczenie usługi (...) od świadczenia usługi telefonicznej w oparciu o dostęp analogowy...”. Pozwany nie przedstawił dowodu prowadzenia postępowania kontrolnego odnoszącego się określania przez powódkę cen usług nie na podstawie kosztów ich świadczenia przy świadczeniu usługi neostrada.

W dniu 06 maja 2010r. Trybunał Sprawiedliwości wydał wyrok sygn. C- 545/08 w sprawie ze skargi Komisji Europejskiej przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej, w którym orzekł, że regulując detaliczne taryfy za usługi szerokopasmowego dostępu do Internetu bez uprzedniej analizy rynkowej, Rzeczpospolita Polska uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na mocy przepisów art. 16 i 17 dyrektywy 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 07 marca 2002r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (dyrektywy o usłudze powszechnej) w związku z art. 16 i 27 dyrektywy 2002/21 /WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 07 marca 2002r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywy ramowej).

W ocenie Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów słuszny jest zarzut naruszenia przez Prezesa UKE art. 221 ust. 1 pkt 1 lit. 1 w zw. z art. 46 ust. 3 pkt 3 lit. c ustawy z dnia 16 lipca 2004r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 ze zm.) ,dalej Pt.

Wskazano, że przepis art. 221 ust. 1 pkt 1 lit. 1Pt. ma charakter przepisu przejściowego regulującego, iż przedsiębiorca telekomunikacyjny, który przed dniem wejścia w życie ustawy był operatorem o znaczącej pozycji rynkowej lub w stosunku do którego wydano decyzję ustalającą znaczącą pozycję rynkową po uprawomocnieniu się tej decyzji, w zakresie - świadczenia usług telefonicznych świadczonych w stacjonarnych publicznych sieciach telefonicznych - jest obowiązany do wykonywania obowiązków, o których mowa w art. 46 ust. 3 pkt 3 i 4. Przy czym w art. 46 ust. 3 pkt 3 lit. c Pt zawarto obowiązek określania cen usług na podstawie kosztów ich świadczenia.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji obowiązek wynikający z przepisu art. 46 ust. 3 pkt 3 lit. c Pt powinien odnosić się więc tylko do usług telekomunikacyjnych, na rynku wykonywania których przedsiębiorca telekomunikacyjny uzyskał znaczącą pozycję.

Podniesiono, że (...) S.A. w dacie wydania zaskarżonej decyzji posiadała status operatora o znaczącej pozycji na rynku usług telefonicznych świadczonych w stacjonarnych publicznych sieciach telefonicznych ,zaś usługa szerokopasmowego dostępu do Internetu, jak (...) nie jest w świetle ustawy Prawo telekomunikacyjne usługą telefoniczną.

Uznano , że do obowiązków (...) S.A., nałożonych w związku ze znaczącą pozycją rynkową na rynku usług telefonicznych świadczonych w stacjonarnych publicznych sieciach telefonicznych, o których mowa w art. 46 ust. 3 pkt. 3 lit. c Pt. nie można zaliczyć określania cen usług na podstawie kosztów ich świadczenia w ramach szerokopasmowego dostępu do Internetu.

Odwołując się do treści wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 06 maja 2010r. o sygn. C-545/08 stwierdzającego, że regulując detaliczne taryfy za usługi szerokopasmowego dostępu do Internetu bez uprzedniej analizy rynkowej, Rzeczpospolita Polska uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na mocy przepisów art. 16 i 17 dyrektywy 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 07 marca 2002r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (dyrektywy o usłudze powszechnej) w związku z art. 16 i 27 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 07 marca 2002r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywy ramowej) Sąd Okręgowy zwrócił uwagę na to, że Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, iż Rzeczpospolita Polska nie może twierdzić, że obowiązki dotyczące detalicznych usług szerokopasmowego dostępu do Internetu zostały ustanowione na podstawie przepisów krajowych istniejących przed wejściem w życie wymienionych dyrektyw i że zostały one utrzymane w mocy w art. 221 ust. 1 pkt 1 Prawa telekomunikacyjnego. Wskazano, że przepis ten odnosi się bowiem jedynie do „usług telefonicznych”. Nadto Trybunał Sprawiedliwości podniósł, iż zgodnie z art. 16 dyrektywy ramowej oraz art. 16 i 17 dyrektywy o usłudze powszechnej krajowe organy regulacyjne mogą nałożyć obowiązki regulacyjne ex ante na przedsiębiorców określonych jako przedsiębiorcy o znaczącej pozycji na danym rynku wyłącznie po przeprowadzeniu analizy tego rynku.

Co prawda art. 27 dyrektywy ramowej zezwala przejściowo na nałożenie obowiązków regulacyjnych bez przeprowadzenia uprzedniej analizy rynkowej, ale zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości usługi szerokopasmowego dostępu do Internetu nie są objęte systemem przejściowym z art. 27 dyrektywy ramowej, tak więc powinny zostać poprzedzone analizą rynkową przewidzianą w art. 16 dyrektywy ramowej oraz w art. 16 i 17 dyrektywy o usłudze powszechnej.

Bezspornym jest, że w niniejszej sprawie nie przeprowadzono stosownej analizy rynku detalicznych usług szerokopasmowego dostępu do Internetu.

Z powyższych względów, w ocenie Sądu pierwszej instancji, Prezes UKE nie był uprawniony do nałożenia kary pieniężnej na powódkę za naruszenie obowiązku określania cen usług na podstawie kosztów ich świadczenia przy świadczeniu usługi (...), czyli za naruszenie obowiązku z art. 46 ust. 3 pkt 3 lit. c Pt.

Zarzut naruszenia powołanego przez Prezesa UKE w przedmiotowej Decyzji art. 61 ust. 2 Pt. uznano za słuszny. Podniesiono, że przepis ten odnosi się do ustalania kosztów świadczenia usługi neostrada, z którą to usługą, jak wyżej wykazano nie wiązały się obowiązki nałożone na powoda w związku z jego znaczącą pozycją na rynku świadczenia usług telefonicznych świadczonych w stacjonarnych publicznych sieciach telefonicznych, określone w art. 46 ust. 3 pkt. 3 lit. c Pt.

Z kolei zarzut naruszenia art. 210 ust. 2 Pt uznano za zasadny, bowiem przepis ten odwołuje się do kary pieniężnej nałożonej na podstawie art. 209 ust. 1 Pt. Przepis art. 209 ust. 1 pkt 13 i 14 Pt wskazany przez Prezesa w Decyzji odnosi się do wymierzenia kary za niewypełnienie obowiązków regulacyjnych nałożonych na rynkach detalicznych, o których mowa w art. 46-48 Pt oraz niewypełniania wymagań dotyczących ustalania cen określonych w art. 61 ust. 2 Pt., skoro więc brak było podstaw do nałożenia kary pieniężnej za naruszenie obowiązku z art. 46 ust. 3 pkt. 3 lit. c i niewypełnienie wymagań, o których mowa w art. 61 ust. 2 Pt, zastosowanie przepisu art. 210 ust. 2 także nie było uzasadnione.

Co do zarzutów zgłoszonych przez powoda, a odnoszących się do naruszenia przepisów kodeksu postępowania administracyjnego tj. art. 7 kpa, art. 8 kpa, art. 10 kpa, art. 77 kpa oraz art. 107 § 3 kpa, Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznał je za nietrafne w niniejszym postępowaniu, które jest postępowaniem sądowym pierwszoinstancyjnym, zatem do kognicji tego Sądu należy merytoryczne rozstrzygnięcia sprawy, której przedmiotem jest spór między stronami powstały po wydaniu decyzji Prezesa Urzędu, nie zaś przeprowadzenie kontroli postępowania administracyjnego toczącego się przed Prezesem Urzędu.

Jako podstawę prawną rozstrzygnięcia wskazano art. 479<sup>64</sup> § 2 kpc.

Apelację od powyższego wyroku wniósł pozwany Prezes Urzędu, zaskarżając go w całości i odnosząc następujące zarzuty:

1. naruszenia przepisów postępowania zaskarżonego wyroku, tj.

a) art. 328 § 2 kpc, poprzez nie wskazanie faktów uznanych za udowodnione, dowodów na których Sąd I instancji się oparł oraz dlatego nie uznał dowodów przeciwnych, zaniechanie wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa,

b) art. 233 § 1 kpc polegające na pominięciu dokumentów znajdujących się w aktach administracyjnych, a także dokumentów powołanych przez Prezesa UKE w odpowiedzi na odwołanie oraz pismach procesowych, m.in. w piśmie z dnia 16 lutego 2009 r.

c) art. 479<sup>64</sup> § 1 i 2 kpc w zw. z art. 4 ust. 1 Dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dziennik Urzędowy L 108, 24/04/2002 P. 0033 - 0050 dalej „Dyrektywa ramowa”) poprzez zaniechanie oddalenia odwołania, lub zmiany zaskarżonej decyzji, gdy istniała podstawa do wydania zaskarżonej decyzji przez Prezesa UKE; oraz gdy powód wnosił o zmianę decyzji a nie istniały podstawy do jej uchylenia; oraz art. 479<sup>64</sup> § 2 kpc w zw. z art. 4 ust. 1 Dyrektywy ramowej poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na uchyleniu zaskarżonej decyzji w sytuacji, gdy nie została rozpoznana istota sprawy, oraz Sąd nie rozpoznał wszystkich zarzutów odwołania,

d) art. 210 § 3 k.p.c, art. 217 § 1 i 2 kpc, art. 233 § 1 kpc, art. 236 kpc oraz 479<sup>64</sup> § 2 kpc, poprzez dokonanie ustaleń faktycznych w oparciu o dowody, które nie zostały w formalny sposób dopuszczone i przeprowadzone na rozprawie;

e) art. 479<sup>64</sup> § 2 kpc. w zw. z art. 386 § 6 kpc. i art. 479<sup>12</sup> § 1 k.p.c. polegające na nieuwzględnieniu oceny prawnej i wskazań Sądu Apelacyjnego zawartych w wyroku tego Sądu z dnia 10 kwietnia 2008 r. sygn. akt VI ACa 929/07

2. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. a) naruszenie przepisu art. 209 ust. 1 pkt 13 i 14 Pt. w zw. z art. 210 ust. 2 Pt. i art. 61 ust. 1 i 2 Pt. poprzez jego błędną wykładnię polegającą, na uznaniu, iż przepis art. 209 ust. 1 pkt 13 i 14 Pt. odnosi się do wymierzenia kary za niewypełnienie obowiązków regulacyjnych nałożonych na rynkach detalicznych, o których mowa w art. 46-48 Pt. oraz niewypełniania wymagań dotyczących ustalania cen określonych w art. 61 ust. 2 Pt., co doprowadziło do konkluzji, iż na przedsiębiorcy telekomunikacyjnym nie ciążyą inne obowiązki wynikające z ustawy, w tym obowiązek ustalania cen na podstawie przejrzystych, obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów oraz obowiązek kształtowania usług wchodzących w skład usługi powszechnej w oparciu o koszty ich świadczenia.

b) naruszenie przepisów 61 ust. 1, 2 Pt. w zw. z art. 57 ust. 1 Pt. poprzez ich błędną wykładnię polegającą, na uznaniu, iż zarzut naruszenia powołanego przez Prezesa Urzędu w przedmiotowej decyzji art. 61 ust. 2 Pt. jest słuszny, albowiem przepis ten odnosi się do ustalania kosztów świadczenia usługi neostrada, z którą to usługą nie wiązały się obowiązki nałożone na powoda w związku z jego znaczącą pozycją na rynku świadczenia usług telefonicznych świadczonych w stacjonarnych publicznych sieciach telefonicznych, określone w art. 46 ust. 3 pkt. 3 lit. c Pt.

Wskazując na powyższe zarzuty pozwany wnosił o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji oraz pozostawienie Sądowi I instancji rozstrzygnięcia co do kosztów procesu, ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i oddalenie w całości odwołania od decyzji Prezesa Urzędu z dnia 25 września 2006 r. nr (...) ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i zmianę decyzji Prezesa UKE z dnia 25 września 2006 r. nr (...) poprzez obniżenie nałożonej przez organ regulacyjny kary pieniężnej oraz zasądzenie kosztów postępowania.

**Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje.**

Apelacja nie jest zasadna i dlatego nie mogła odnieść skutku.

Ustalenia faktyczne poczynione w niniejszej sprawie przez Sąd pierwszej instancji Sąd Apelacyjny w pełni podziela i przyjmuje za własne.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia prawa procesowego należało stwierdzić, że nie zasługują one na uwzględnienie.

Sąd Apelacyjny uważa, że uzasadnienie wyroku sporządzone jest po wydaniu wyroku, stąd z reguły wady uzasadnienia polegające na niewypełnieniu wymagań określonych w art. 328 § 2 k.p.c. nie mogą być uznane za wpływające na wynik sprawy. Przyjmuje się jednakże, że wpływ taki może być przypisany takiemu naruszeniu art. 328 § 2 k.p.c., które sprawia, że nie jest możliwe dokonanie kontroli instancyjnej zaskarżonego wyroku (por. wyrok SN z dnia 7 kwietnia 2011 r. I UK 357/10). Skarżący nie wskazał, w jaki sposób ewentualne uchybienia w zakresie sporządzenia uzasadnienia zaskarżonego wyroku wpływają istotnie na sposób rozstrzygnięcia. Uzasadnienie nie jest bowiem elementem decyzyjnego rozstrzygnięcia sprawy i nie stanowi „zmaterializowania wcześniejszych rozważań sądu, których zakres i treść mogła mieć wpływ na wynik sprawy”. Wbrew zarzutom zawartym w apelacji uzasadnienie wyroku zawiera elementy konstrukcyjne, o których mowa w art. 328§2 k.p.c. i poddaje się kontroli w toku instancji.

Zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. także nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty apelującego wskazujące na brak wszechstronnej oceny dowodów polegającej na nieprzeprowadzeniu wszystkich dowodów wnioskowanych przez strony w postępowaniu oraz braku w tym przedmiocie postanowień dowodowych, a także braku powołania dowodów znajdujących się w aktach administracyjnych sprawy nie są trafne. Zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwa, przeprowadzenie dowodu z naruszeniem art. 236 k.p.c. nie stanowi istotnego uchybienia procesowego, mogącego mieć wpływ na wynik sprawy. Za istotne uchybienie nie może być także traktowane pominięcie dowodów zawniioskowanych przez stronę o ile nie ma to wpływu na wynik sprawy

Sąd Apelacyjny zwraca uwagę, że skuteczne postawienie zarzutu naruszenia przez sąd art. 233 § 1 k.p.c. wymaga wykazania, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem jedynie może być przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej niż przyjął sąd wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmienniej ocenie niż ocena sądu (por. wyrok SN z dnia 8 kwietnia 2009 r. II PK 261/08). Prezes Urzędu nie wykazał w żaden sposób, aby zarzucane Sądowi pierwszej instancji uchybienia miały istotny wpływ na wynik sprawy. W szczególności nie wykazano, że dokonując ustaleń niezbędnych dla wydania rozstrzygnięcia w sprawie Sąd Okręgowy- Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów popełnił uchybienia, których istnienie powoduje, że zebrany i rozpatrzony materiał dowodowy będący podstawą merytorycznego orzekania nie podlegał regułom kontradiktoryjnego procesu. Prezes Urzędu ogranicza się jedynie do wskazania wniosków dowodowych mających uzasadniać jego argumentację, która jest odmienna od tej, którą przyjął Sąd pierwszej instancji.

Zarzut naruszenia art. 479<sup>64</sup> § 1 i 2 k.p.c. w zw. z art. 4 ust. 1 Dyrektywy

2002/21/WE również nie jest trafny. Pozwany podnosi, iż uchylenie decyzji ma miejsce wówczas, gdy sąd stwierdzi brak podstaw do jej wydania. W niniejszej sprawie, jak prawidłowo wskazał Sąd pierwszej instancji w brak było dostatecznych podstaw do wydania decyzji. Jak wynika z uzasadnienia zaskarżonego wyroku Sąd ten uznał, że przepis art. 209 ust. 1 pkt 13 i 14 Pt wskazany przez Prezesa w decyzji odnosi się do wymierzenia kary za niewypełnienie obowiązków regulacyjnych nałożonych na rynkach detalicznych, o których mowa w art. 46-48 Pt oraz za niewypełnienie wymagań dotyczących ustalania cen określonych w art. 61 ust. 2 Pt. Skoro ustalono, że brak było w niniejszej sprawie podstaw do nałożenia kary pieniężnej za naruszenie obowiązku z art. 46 ust. 3 pkt 3 lit. c w związku z w art. 61 ust. 2 P przy świadczeniu usługi (...), zastosowanie przepisu art. 209 ust.1 pkt.13 i 14 Pt. nie było prawidłowe. Należy podkreślić, że przyjęta w zaskarżonej decyzji kwalifikacja prawna czynu, za który została nałożona kara pieniężna jednoznacznie wskazywała, że (...) S.A. naruszyła obowiązek określania cen usług na podstawie kosztów ich świadczenia przy świadczeniu usługi (...). Sąd Apelacyjny uważa, że inne są przesłanki nałożenia kary na podstawie art. 209 ust.1 pkt.13 (niewypełnianie obowiązków regulacyjnych), a inne przesłanki nałożenia kary pieniężnej na podstawie art. 209 ust.1 pkt.14 (niewypełnianie lub nienależyte wypełnianie obowiązków określonych w

art.61 ust.2 Pt.),a zatem nie można wyprowadzać z treści tych dwóch przepisów nowej podstawy prawnej nałożenia kary pieniężnej.

Skoro w postępowaniu sądowym nie było możliwe usunięcie uchybień zaskarżonej decyzji (zarówno prawnych jak i faktycznych) to decyzja ta musiała zostać uchylona.

Zarzut naruszenia art. 210 § 3, art. 217 § 1 i 2, art. 233 § 1 k.p.c. oraz

art. 479<sup>64</sup> § 2 k.p.c. nie mógł odnieść skutku bowiem skarżący nie wskazuje w stosunku do których dowodów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów dopuścił się uchybienia, odnosząc swój zarzut do ogółu wniosków dowodowych zgłaszanych przez pozwanego. Uzasadnienie tego zarzutu stanowi w dużej mierze powtórzenie zgłaszanego w ramach pozostałych zarzutów stanowiska pozwanego bez

wykazania wpływu zarzucanych nieprawidłowości na treść rozstrzygnięcia.

Skarżący w istocie ograniczył się do przyjęcia założenia o istotnym wpływie na wynik postępowania kwestii wadliwie uwzględnionych lub nieuwzględnionych przez Sąd pierwszej instancji dokumentów i stąd wywodzi naruszenia podstawowych zasad procesu.

Odnosząc się do zarzutu t naruszenia art. 479<sup>64</sup> § 2 k.p.c. w zw. z art. 386 § 6 k.p.c. i art. 479 § 1 k.p.c. należy wskazać , że wskazania Sądu Apelacyjnego zawarte w uzasadnieniu wyroku mocą którego uchylono do ponownego rozpoznania poprzedni wyrok Sądu pierwszej instancji obejmowały stan przed rozstrzygnięciem kwestii dopuszczalności objęcia usług szerokopasmowego dostępu do Internetu regulacją Prezesa Urzędu. Wobec jednoznacznego rozstrzygnięcia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 6 maja 2010 r. w sprawie C-545/08 , wskazania w zakresie obowiązku z art. 46 ust. 3 pkt 3 i 4 w zw. z art. 221 ust. 1 pkt 1 lit. 1 Pt. stały się nieaktualne.

Przed przystąpieniem do rozważenia zarzutów naruszenia prawa materialnego Sąd Apelacyjny zwraca uwagę na wskazaną w zaskarżonej decyzji podstawę prawną nałożenia kary oraz na opis czynu za jaki kara ta została nałożona. Zgodnie z treścią sentencji zaskarżonej decyzji została ona wydana na podstawie art.104§1 k.p.a., art.206 ust.1 oraz art.209 ust.1 pkt.13 i 14 , w związku z art.61 ust.2, art.46 ust.3 pkt.3 lit .c oraz art.221 ust.1 pkt.1 lit. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004r. Prawo telekomunikacyjne **za naruszenie obowiązku określania cen usług na podstawie kosztów ich świadczenia przy świadczeniu usługi (...).**

Z uzasadnienia tej decyzji wynika , że Prezes Urzędu zważywszy na treść art.46 ust.3 pkt.3 lit. c Pt. oraz art.61 ust.2 Pt. wszczął zawiadomieniem z dnia 11 sierpnia 2006r. postępowanie administracyjne w sprawie nałożenia kary pieniężnej na (...) S.A. w związku z naruszeniem obowiązku określania cen usług na podstawie kosztów ich świadczenia przy świadczeniu usługi (...).( str.2 uzasadnienia decyzji k.7 odwrót akt) .Także dalsza argumentacja zawarta w uzasadnieniu tej decyzji jednoznacznie wskazuje , że zdaniem Prezesa Urzędu dla zachowania warunków , o których mowa w art.61 ust.2 Pt. niezbędne jest kalkulowanie cen usług i oferowanie ich zgodnie z art.46 ust.3 pkt.3 lit c Pt. tj. przypisując koszty do każdej z usług oraz oferowanie usług odrębnie wycenionych , zanim zostaną zaoferowane w pakiecie.(str.4 uzasadnienia decyzji k.8 odwrót akt).

Sąd Apelacyjny zwraca uwagę , że postępowania z zakresu prawa konkurencji, w których nakładane są kary pieniężne, są "postępowaniami karnymi", przynajmniej w rozumieniu Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

Polska jest stroną Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Nie jest zatem możliwe ignorowanie w warunkach polskich orzecznictwa zarówno Europejskiego Trybunału Prawa Człowieka, jak i sądów unijnych. Oznacza to z praktycznego punktu widzenia, że zarówno na organie antymonopolowym, jak i na sądach rozpatrujących odwołania od jego decyzji spoczywa obowiązek zapewnienia bardzo wysokiego standardu ochrony praw przedsiębiorców, którym zarzuca się naruszenie przepisów Ustawy (względnie Ustawy i prawa UE). Poza gwarancjami natury procesowej, należy także przyjmować bardzo wysokie standardy oceny materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, a wszelkie



wątpliwości powinny być rozstrzygane na korzyść przedsiębiorcy (por. wyrok ETS z dnia 5 października 2011 roku w sprawie T-II/06 Romana Tabacchi Srl pkt 129, 132).

Weryfikacja sądowa decyzji Prezesa Urzędu dotyczących nałożenia kary na przedsiębiorcę powinna odbywać się z uwzględnieniem standardów obowiązujących w postępowaniu karnym ze względu na konieczność zapewnienia skuteczności w polskim porządku prawnym przepisom Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (por. wyrok SN z dnia 14 kwietnia 2010 roku, sygn. akt: III SK 1/10, wyrok SN z dnia 21 września 2010 roku, sygn. akt: III SK 8/10);

Rację ma zatem powód wskazując, że istotne dla niniejszej sprawy znaczenie ma gwarancja wynikająca z treści art. 6 ust. 3 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z którego to wynika m.in., iż podmiot oskarżany winien w celu realizacji prawa do obrony otrzymać jednoznaczną informację o istocie i przyczynie stawianych zarzutów. Zgodnie z art. 6 ust. 3 pkt a Konwencji:

„Każdy oskarżony o popełnienie czynu zagrożonego karą ma co najmniej prawo do: a) niezwłocznego otrzymania szczegółowej informacji w języku dla niego zrozumiałym o istocie i przyczynie skierowanego przeciwko niemu oskarżenia”

Tego typu informacja powinna zostać przekazana (...) S.A najpóźniej w decyzji administracyjnej (a właściwie już na etapie wszczęcia postępowania w sprawie nałożenia kary), tak aby zapewnić jej realną możliwość obrony przed zarzutami stanowiącymi podstawę nałożenia kary przez Prezesa Urzędu.

Rozstrzygnięcie decyzji powinno być jednoznaczne, pełne i zrozumiałe, co w przypadku decyzji nakładającej karę pieniężną oznacza obowiązkowe określenie tego za co ta kara została nałożona. Nie ulega wątpliwości, że ma to podstawowe znaczenie dla obrony swych praw przez ukarany podmiot (por. wyrok SA w Warszawie z dnia 28 maja 2009 roku, sygn. akt: VI ACa 1617/08). W toku postępowań dotyczących nałożenia kar pieniężnych na przedsiębiorcę „szczególne znaczenie ma respektowanie instytucjonalnych i proceduralnych gwarancji praw jednostki przewidzianych w przepisach Prawa telekomunikacyjnego i przepisach procesowych (por. wyrok S N z dnia 21 września 2010 roku, sygn. akt III SK 8/10).

W związku z powyższym nie jest możliwe dokonanie obecnie zmiany opisu czynu za jaki została nałożona kara na inny niż wskazany w sentencji zaskarżonej decyzji tj. „za naruszenie obowiązku określania cen usług na podstawie kosztów ich świadczenia przy świadczeniu usługi (...).

***Brak możliwości zastosowania obowiązku określania cen usług na podstawie kosztów ich świadczenia do usługi (...) wynika w sposób jednoznaczny z wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 6 maja 2010 roku w sprawie C- 545/08.***

W tym stanie rzeczy zarzut naruszenie przepisu art. 209 ust. 1 pkt 13 i 14 Pt. w zw. z art. 210 ust. 2 Pt. i art. 61 ust. 1 i 2 Pt. poprzez jego błędną wykładnię polegającą, na uznaniu, iż przepis art. 209 ust. 1 pkt 13 i 14 Pt. odnosi się do wymierzenia kary za niewypełnienie obowiązków regulacyjnych nałożonych na rynkach detalicznych, o których mowa w art. 46-48 Pt. oraz niewypełniania wymagań dotyczących ustalania cen określonych w art. 61 Pt. nie mógł odnieść skutku.

Także naruszenie przepisów 61 ust. 1, 2 Pt. w zw. z art. 57 ust. 1 Pt. poprzez ich błędną wykładnię polegającą, na uznaniu, iż zarzut naruszenia powołanego przez Prezesa Urzędu w przedmiotowej decyzji art. 61 ust. 2 Pt. jest słuszny, albowiem przepis ten odnosi się do ustalania kosztów świadczenia usługi neostrada, z którą to usługą nie wiązały się obowiązki nałożone na powoda w związku z jego znaczącą pozycją na rynku świadczenia usług telefonicznych świadczonych w stacjonarnych publicznych sieciach telefonicznych, określone w art. 46 ust. 3 pkt. 3 lit. c Pt. nie jest zasadny.

Wskazana przez Prezesa Urzędu teza, że „obowiązek wskazany w brzmieniu art. 61 ust. 2 PT jest obowiązkiem kosztowym sensu largissimo” jest niezgodny z cytowanym powyżej stanowiskiem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zawartym w wyroku z dnia 6 maja 2010r.

Proponowana przez Prezesa Urzędu wykładania art. 61 ust. 2 Pt polega na przyjęciu, że przewidziany w tym przepisie obowiązek ustalania cen na podstawie przejrzystych, obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów oznacza, że w istocie w przypadku usług nieregulowanych (takich jak usługi szerokopasmowego Internetu), istnieje obowiązek oparcia ceny usługi o wyniki kalkulacji kosztów. W ocenie Sądu Apelacyjnego taka wykładnia nie jest uprawniona i w żadnym razie nie może prowadzić do wniosku, że zaskarżona decyzja ostatecznie odpowiada prawu.

Sąd Apelacyjny zważa, że głównym celem postępowań sądowych z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu, jest rozstrzygnięcie sporu co do naruszenia reguł konkurencji przez konkretne zachowanie wskazane w sentencji skarżonej decyzji. Sądy orzekające w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu nie mogą przypisać odwołującemu się przedsiębiorcy innej praktyki niż wskazana w decyzji. Sądy nie mogą uznać, że przedsiębiorca naruszył konkurencję - dodatkowo - w inny sposób, niż określił to Prezes Urzędu (por. wyrok SN z dnia 18 lutego 2010 r., sygn. akt III SK 28/09).

Okoliczność, że do usług nieobjętych regulacją ma zastosowanie art. 61 ust. 2 Pt. nie może prowadzić do wniosku, że kryteria ustalania cen wskazane w tym przepisie w odniesieniu do cen nieregulowanych usług telekomunikacyjnych powinny być utożsamiane z obowiązkiem ich ustalenia w oparciu o koszty świadczenia tej usługi, tj. zgodnie z art. 46-48 Pt.

Formułowany przez apelującego zarzut dotyczący nierozdzielenia przez (...) usługi powszechnej i usługi szerokopasmowego dostępu do Internetu i naruszenia przez Spółkę art. 57 Pt. nie mógł odnieść skutku w tym postępowaniu. Po pierwsze naruszenie art. 57 Pt. nie może być podstawą nałożenia na powoda kary pieniężnej, gdyż ustawodawca nie wskazał tej podstawy w art. 209 Pt.

Po drugie zawarte w apelacji argumenty dotyczące uzależniania świadczenia usługi (...) od świadczenia usługi telefonicznej uzasadniłyby uchylenie zaskarżonej decyzji z przyczyny naruszenia art. 201 Pt. w zw. z art. 10 Dyrektywy o zezwoleniach. Skarżący wskazał bowiem w apelacji, iż stwierdzone decyzją naruszenia miały swe źródło w naruszeniu art. 57 ust. 1 pkt 1 Pt. stwierdzonego zaleceniem pokontrolnym (...)z dnia 4 lipca 2006 roku.

Skoro w ocenie Prezesa Urzędu nieprawidłowość w postaci uzależniania świadczenia usługi (...) od świadczenia usługi telefonicznej prowadziła do naruszenia jednocześnie art. 57 ust. 1 pkt 1 Pt oraz art. 61 ust. 2 Pt. to Prezes Urzędu nie był uprawniony do nałożenia kary bez wyczerpania trybu określonego w art. 201 Pt. (por. wyrok SN z dnia 21 września 2010 roku, sygn. akt III SK 8/10, wyrok SN z dnia 7 lipca 2011 roku, sygn. akt: III SK 52/10).

Wniosek pełnomocnika pozwanego złożony na rozprawie w dniu 20 czerwca 2012 o odroczenie rozprawy celem umożliwienia mu ustosunkowania się do twierdzeń zawartych w piśmie procesowym powoda z dnia 11 czerwca 2012r., doręczonym mu w dniu 13 czerwca 2012r. nie został uwzględniony bowiem pismo to nie wskazywało na żadne nowe okoliczności, zaś pełnomocnik pozwanego miał wystarczająco dużo czasu aby odnieść się do zawartej w tym piśmie argumentacji prawnej.

Mając to wszystko na uwadze, apelacja wobec braku uzasadnionych podstaw nie mogła odnieść skutku.

Zaskarżony wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów jako zgodny z prawem musiał się ostać.

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

O kosztach procesu postanowiono zgodnie z art.98 k.p.c. w związku z art.108§1 k.p.c. stosownie do zasady finansowej odpowiedzialności stron za wynik procesu.