

Sygn. akt VII AGa 750/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 kwietnia 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy w składzie:

Przewodniczący: SSA Ewa Stefańska

Sędziowie: SA Marek Kolasieński (spr.)

SA Tomasz Wojciechowski

Protokolant: sekr. sądowy Katarzyna Mikiciuk

po rozpoznaniu w dniu 11 kwietnia 2018 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. (poprzednio (...) sp. z o.o. w W.)

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

o nałożenie kary pieniężnej

na skutek apelacji powoda

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

z dnia 25 września 2015 r., sygn. akt XVII AmT 8/12

I. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie drugim w ten tylko sposób, że obniża karę nałożoną decyzją Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z 29 lipca 2011 r. znak (...) (...) z kwoty 200 000 zł (dwieście tysięcy złotych) do kwoty 182 559 zł (sto osiemdziesiąt dwa tysiące pięćset pięćdziesiąt dziewięć złotych);

II. oddala apelację w pozostałej części;

III. zasądza od (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 270 zł (dwieście siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VII AGa 750/18

UZASADNIENIE

Decyzją z 29 lipca 2011 roku, nr (...) (...), Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (zwany dalej również „Prezesem UKE” lub „Prezesem Urzędu”) na podstawie art. 210 ust. 1 i 2 oraz art. 209 ust. 1 pkt 6 ustawy prawo telekomunikacyjne (dalej: Pt) oraz art. 104 § 1 ustawy kodeks postępowania administracyjnego w zw. z art. 206 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego (Pt) nałożył karę pieniężną na (...) sp. z o.o. za niewypełnienie warunków zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego, w zakresie realizacji migracji usługi hurtowego dostępu (WLR) do sieci (...) S.A. (dalej (...)), określonych w zawartej 4 stycznia 2010 roku między (...) a (...) T. „Umowie hurtowej dostępu do sieci (...)”, zmienionej decyzją Prezesa UKE z 15 listopada 2010 roku, znak: (...) (...). Zdaniem Prezesa Urzędu, niewypełnienie warunków polegało na:

- negatywnej weryfikacji zamówień migracji WLR przez (...)T. na podstawie kodów nieznajdujących podstawy w ww. umowie - nieprawidłowość ta miała miejsce w 1 przypadku
- wskazanie, w uzupełnianym przez (...) T. komunikacie migracji, nieprawidłowych dat zakończenia odsprzedaży usługi WLR na danym łączu przez (...) T. na rzecz (...) S.A z siedzibą w W. jako przedsiębiorcy telekomunikacyjnego występującego o migrację - nieprawidłowości te miały miejsce w 16.524 przypadkach,

Kara jaką nałożył Prezes wynosiła 200.00 zł.

Odwołanie od powyższej decyzji wniosła powódka (...) sp. z o.o. w W. (dawniej (...) sp. z o.o. z siedzibą w W.” dalej również jako „(...)T.” lub Spółka), zaskarżając ją w całości i zarzucając:

1. naruszenie art. 201 ust. 3 ustawy prawo telekomunikacyjne w zw. z art. 209 ust.1 pkt 6 Pt poprzez nałożenie kary pieniężnej w sytuacji, gdy nie zostały spełnione formalne przesłanki uprawniające Prezesa UKE do jej nałożenia, w szczególności nie zostało przeprowadzone postępowanie kontrolne w przedmiocie wykonania przez (...)T. Decyzji WLR i nie zostały sformułowane wobec Spółki żadne zalecenia pokontrolne w tym zakresie;
2. naruszenie art. 209 ust. 1 pkt 6 Pt poprzez jego zastosowanie mimo braku podstawy faktycznej ku temu;
3. naruszenie 210 ust. 2 Pt poprzez ustalenie wysokości kary pieniężnej w następstwie błędnej oceny zakresu naruszenia dokonanego przez Spółkę, w szczególności nie uwzględnienie przez Organ realnej możliwości wykonania Decyzji WLR przez Spółkę, faktu automatycznego przesuwania daty zakończenia usługi WLR przez system informatyczny Spółki oraz faktu, że Decyzja WLR w powyższym zakresie została jednak przez Spółkę w całości wykonana do chwili wydania przez Organ Decyzji;
4. naruszenie art. 210 ust. 2 Pt poprzez nałożenie na Spółkę kary pieniężnej bez uprzedniej analizy możliwości finansowych Spółki, w szczególności oparcie rozstrzygnięcia w wysokości kary jedynie na danych o wysokości przychodu Spółki przy zaniechaniu analizy wysokości dochodu Spółki, jako odzwierciedlającego realne możliwości finansowe Spółki;
5. naruszenie przepisów postępowania art. 7, art.77 § 1, art. 107 § 1 i § 3 k.p.a. polegającego na nie wyjaśnieniu wszystkich okoliczności stanu faktycznego w sprawie oraz wadliwym i lakonicznym uzasadnieniu Decyzji, w szczególności w zakresie możliwości finansowych Spółki oraz pominięciu faktu, że wszystkie numery, których dotyczyły przypadki przesunięcia w czasie daty zakończenia usługi WLR zostały już w chwili wydania Decyzji zmigrowane.

Pozwany, w odpowiedzi na odwołanie, wniósł o jego oddalenie i zasądzenie na swoją rzecz od powoda kosztów procesu według norm przepisanych.

Wyrokiem z 25 września 2015 roku, Sąd Okręgowy w Warszawie, XVII Wydział Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

I zmienił zaskarżoną decyzję w zakresie wskazanej liczby przypadków nieprawidłowych dat zakończenia odsprzedaży usługi WRL na danym łączu przez (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. na rzecz (...) S.A. z siedzibą w W., która wyniosła 15.083 przypadki, a nie jak wskazano 16.524 przypadki;

II oddalił odwołanie w pozostałej części;

III zasądził od (...) - (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 360 (trzysta sześćdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu.

Podstawą rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego były następujące ustalenia faktyczne i rozważania prawne.

Spółka (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. była przedsiębiorcą telekomunikacyjnym. Dnia 4 stycznia 2010 r. (...) S.A. i (...) sp. z o.o. zawarły „Umowę hurtowego dostępu do sieci (...)”.

Decyzją z dnia 15 listopada 2010r., znak: (...) (...), Prezes UKE dokonał zmian w ww. umowie, które dotyczyły obsługi zamówień migracji usługi WRL. Decyzja ta jest prawomocna.

W okresie od listopada 2010r. do 29 lipca 2011 r., (...) T. skutecznie zrealizowało 47.350 migracji usługi WRL. W 15.083 przypadkach zleconej migracji (...) T. w komunikacji migracji wskazało nieprawidłowe daty zakończenia odsprzedaży usługi WRL na danym łączu przez (...) T. na rzecz (...) S.A. z siedzibą w W..

W jednym przypadku dokonano negatywnej weryfikacji zamówienia migracji na podstawie kodu nie znajdującego podstawy w umowie.

Liczba 1441 zleceń została anulowana przez (...), 15 zamówień nie zostało zrealizowane z powodu negatywnej weryfikacji technicznej przez operatora macierzystego, 6 zamówień nie zostało zrealizowanych przez problemy kolidujące z powodu błędu, który leżał po stronie (...) S.A.

W 2010 r. (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. osiągnęła przychód w wysokości 111.319.645,74 zł.

(...) S.A. zmieniła firmę na (...) S.A.

Sąd Okręgowy wskazał, iż ustalił stan faktyczny w oparciu o dowody z dokumentów, których autentyczność i treść nie była kwestionowana przez strony, jak również w oparciu o dowody z zeznań świadka- A. W., które uznał za wiarygodne.

Na wstępie Sąd pierwszej instancji podniósł, iż zgodnie z art. 209 ust. 1 pkt 6 ustawy z 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne, kto nie wypełnia warunków zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego oraz rozliczeń z tego tytułu, określonych w decyzji lub w umowie, podlega karze pieniężnej.

W przedmiotowej sprawie Sąd Okręgowy ustalił, że strona powodowa nie wypełniła warunków zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego, w zakresie realizacji migracji usługi hurtowego dostępu (WRL) do sieci (...), określonych w „Umowie hurtowego dostępu do sieci (...)” zawartej pomiędzy (...) S.A. a (...) sp. z o.o., poprzez negatywną weryfikację zamówień migracji WLR przez (...) T. na podstawie kodów nieznajdujących podstawy w ww. umowie - w 1 przypadku oraz poprzez wskazanie, w uzupełnianym przez (...) T. komunikacji migracji, nieprawidłowych dat zakończenia odsprzedaży usługi WLR na danym łączu przez (...) T. na rzecz (...) S.A., jako przedsiębiorcy telekomunikacyjnego występującego o migrację - w 15.083 przypadkach.

Kwestią sporną w niniejszej sprawie było m.in. to, czy do nałożenia kary pieniężnej Prezes UKE mógł zastosować tryb określony w art. 209 ust. 1 pkt 6 Pt, czy też – jak zarzucał powód – powinien był zastosować tryb wskazany w art. 201 ustawy.

W ocenie Sąd Okręgowy, wbrew stanowisku powoda, w analizowanym przypadku nałożenie kary pieniężnej nie wymagało przeprowadzenia postępowania kontrolnego w przedmiocie wykonywania przez (...) T. decyzji WRL.

Sąd Okręgowy podzielił stanowisko pozwanego, zgodnie z którym przepis art. 209 Pt zawierający katalog przypadków, których zaistnienie powoduje, że Prezes UKE nakłada karę, stanowi odrębną i samoistną podstawę do nakładania administracyjnych kar pieniężnych, bez konieczności uprzedniego przeprowadzenia postępowania kontrolnego w trybie art. 201 Pt. Sąd pierwszej instancji wskazał, że powyższy pogląd znajduje również oparcie w ugruntowanej linii orzeczniczej Sądu Najwyższego.

Sąd pierwszej instancji wskazał, iż powodowa spółka nie wypełniła warunków zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego, w zakresie realizacji migracji usługi hurtowego dostępu (WRL) do sieci (...), określonych w „Umowie hurtowego dostępu do sieci (...)”, zawartej pomiędzy (...) S.A. a (...) sp. z o.o. co oznacza, że zgodnie z art.

209 ust. 1 pkt 6 Pt, zaistniały przesłanki do nałożenia na powoda kary pieniężnej. Skoro tak, to decyzja Prezesa UKE jest w tym zakresie prawidłowa.

Sąd Okręgowy uznał natomiast, że przypadków dotyczących nieprawidłowych dat zakończenia odsprzedaży usługi WRL na danym łączu przez (...) T. na rzecz Spółki (...) było, nie jak ustalił Prezes UKE 16.524, lecz 15.083 przypadków. W toku postępowania dowodowego ustalono bowiem, że 1441 zamówień z przesuniętą datą migracji nie zostało odrzuconych, tylko wycofanych przez spółkę (...). Z tego względu, zaskarżona decyzja podlegała zmianie, w sposób określony w pkt I sentencji wyroku. Sąd Okręgowy uznał, że okoliczność ta nie powinna mieć wpływu na wysokość kary pieniężnej.

Odnosnie zarzutu odwołania dotyczącego braku podstaw do wymierzenia kary z uwagi na to, że w dacie wydania zaskarżonej decyzji wszystkie numery, których dotyczyły przypadki przesunięcia w czasie daty zakończenia usługi WRL zostały migrowane, Sąd Okręgowy stwierdził, że okoliczność ta jest nieistotna dla rozstrzygnięcia. W przedmiotowej sprawie kara pieniężna nie została bowiem nałożona na powoda za nieprzeniesienie numerów w ustalonym w umowie terminie, lecz za niezgodne z postanowieniami umowy, świadome uzupełnianie przez powoda daty zakończenia świadczenia odsprzedaży usługi WRL na rzecz Spółki (...) oraz za negatywną weryfikację przez powoda zamówień migracji WRL na podstawie kodów nie znajdujących podstawy w umowie.

W ocenie Sądu Okręgowego, nałożona na powoda kara pieniężna została wymierzona zgodnie z dyrektywami wskazanymi w art. 210 ust. 2 ustawy, który stanowi, że ustalając wysokość kary pieniężnej, Prezes UKE uwzględnia zakres naruszenia, dotychczasową działalność podmiotu oraz jego możliwości finansowe. W szczególności, zdaniem Sądu Okręgowego, pozwany prawidłowo uwzględnił okoliczność, iż oba zarzucone Spółce (...) T. naruszenia powodują ograniczenie konkurencji na rynku telekomunikacyjnym poprzez utrudnianie sprawnej realizacji migracji WRL, stanowiącej jeden z warunków umożliwiających abonentom realny wybór dostawcy usług telekomunikacyjnych. Sąd I instancji stwierdził, że dopuszczając się naruszenia umowy, powód czerpał korzyści jako pośrednik w świadczeniu usługi przez (...), a ta z kolei poniosła straty, których mogłaby uniknąć, gdyby powód należycie wykonał umowę.

Zdaniem Sądu I instancji, bez znaczenia dla oceny wywiązania się przez (...) T. z umowy i w konsekwencji dla wymiaru kary pieniężnej pozostaje - podniesiona w odwołaniu - kwestia problemów powoda z pracą systemu informatycznego obsługującego proces migracji. Prezes UKE jest bowiem zobligowany do nałożenia kary pieniężnej ilekroć stwierdzi wystąpienie okoliczności wymienionych w art. 209 ust. 1 Pt.

Sąd Okręgowy za nietrafny uznał zarzut powoda, że Prezes UKE wymierzył Spółce (...) T. karę pieniężną bez przeprowadzenia uprzedniej analizy jej możliwości finansowych. Zgodnie z art. 210 ust. 1 Pt, karę tę wymierza się w wysokości do 3% przychodu ukaranego podmiotu, osiągniętego w poprzednim roku kalendarzowym. Zdaniem Sądu Okręgowego, wbrew sugestiom powoda, przy wymiarze kary pieniężnej uwzględnia się przychód, a nie dochód podmiotu podlegającego ukaraniu, co też prawidłowo uczynił pozwany.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisów postępowania administracyjnego, Sąd Okręgowy podzielił stanowisko, iż zasadniczo tego typu zarzuty są nieskuteczne przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów, ponieważ Sąd ten nie może ograniczyć sprawy wynikającej z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu tylko do funkcji sprawdzającej prawidłowość postępowania administracyjnego, które poprzedza postępowania sądowe.

Od powyższego wyroku powód wniósł apelację, zaskarżając go w całości. Zaskarżonemu wyrokowi powód zarzucił:

1. naruszenie art. 201 ust. 3 ustawy z dnia 16 lipca 2004 roku Prawo telekomunikacyjne w zw. z art. 209 ust. 1 pkt 6 Pt poprzez uznanie, że Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej miał prawo nałożyć na (...) T. karę pieniężną mimo zaniechania przeprowadzenia postępowania kontrolnego w sprawie, a następnie wydania zaleceń pokontrolnych, podczas gdy są to czynności warunkujące możliwość nałożenia kary.
2. naruszenie art. 209 ust. 1 pkt 6 Pt w zw. z art. 209 ust. 1a Pt poprzez uznanie, że Prezes UKE w sposób legalny nałożył na (...) T. karę pieniężną w sytuacji, gdy brak było ku temu podstawy, skoro na dzień nałożenia kary Decyzja

WLR została już przez Spółkę wykonana, tj. wszystkie numery, których dotyczyły przypadki przesunięcia w czasie daty zakończenia usługi WLR zostały już w chwili wydawania Decyzji w przedmiocie kary zmigrowane.

3. naruszenie art. 210 ust.2 Pt poprzez uznanie, że Prezes UKE miał prawo nałożyć na Powoda karę pieniężną za wskazywanie nieprawidłowych dat zakończenia odsprzedaży usługi WLR, przy jednoczesnym pominięciu okoliczności, że powodem powyższego była niewydolność systemów Spółki wynikająca m.in. z działań drugiego uczestnika migracji, występującego w charakterze Biorcy.

4. naruszenie art. 210 ust.2 Pt poprzez uznanie, że Prezes UKE nałożył na Spółkę karę w prawidłowej wysokości w sytuacji, gdy na etapie postępowania administracyjnego nie zostały w ogóle zbadane możliwości finansowe Spółki w rozumieniu tego przepisu, a więc w konsekwencji nie wiadomo, czy kara została nałożona z uwzględnieniem tych możliwości.

5. naruszenie art. 210 ust.2 Pt poprzez uznanie, że mniejsza o 1441 przypadków ilość przesunięć daty zakończenia odsprzedaży usługi WLR wobec ilości ustalonej przez Prezesa UKE nie ma wpływu na wysokość kary pieniężnej, w sytuacji gdy w efekcie zmianie uległ ustalony wcześniej zakres naruszenia będący okolicznością mającą bezpośredni wpływ na wysokość kary.

6. naruszenie art.328 § 2 k.p.c. poprzez:

a) brak wskazania w uzasadnieniu Wyroku podstawy faktycznej rozstrzygnięcia w zakresie możliwości finansowych Spółki w rozumieniu art. 210 ust. 2 Pt, a w

b) brak wskazania w uzasadnieniu Wyroku podstawy prawnej upoważniającej SOKiK do pominięcia okoliczności zmniejszenia zakresu naruszenia (tj. ustalonej w postępowaniu sądowym mniejszej ilości przypadków przesunięcia daty odsprzedaży usługi WLR) dla ostatecznego ustalenia wymiaru wymierzonej (...) T. kary.

Biorąc powyższe zarzuty pod uwagę, powód wniósł o zmianę wydanego w sprawie wyroku w całości na zasadzie art. 386 § 1 k.p.c. i wydanie rozstrzygnięcia w przedmiocie uchylenia zaskarżonej Decyzji w przedmiocie kary w całości, a także zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu za I i II instancję, w tym wyodrębnionych kosztów zastępstwa procesowego, wg norm przepisanych, ewentualnie z ostrożności procesowej, powód wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania oraz pozostawienie temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach instancji odwoławczej.

Sąd Apelacyjny ustalił i zważył co następuje.

Apelacja zasługuje na uwzględnienie tylko w zakresie wysokości nałożonej kary.

Sąd I instancji dokonał prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, a jego ustalenia Sąd Apelacyjny przyjął za własne.

Analizę niniejszej sprawy rozpocząć należy od zwrócenia uwagi, iż zgodnie z uchwałą nadzwyczajnego zgromadzenia wspólników (...) sp. z o.o. z 17 grudnia 2015 r., spółka ta zmieniła firmę na T.-E. sp. z o.o (k. 351, 352). W tym samym dniu, nadzwyczajne walne zgromadzenie wspólników (...) T. podjęło uchwałę stanowiącą, iż „nadzwyczajne zgromadzenie wspólników dokonuje podziału (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, która po rejestracji zmiany firmy przez sąd rejestrowy będzie działała pod firmą (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością („Spółka dzielona”) poprzez wydzielenie, zgodnie z art. 529. § 1 pkt 4 Kodeksu spółek handlowych i przeniesienie części majątku Spółki (...), na spółkę nowo zawiązaną, która działać będzie pod firmą (...) - (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (Spółka (...)), w zamian za udziały w Spółce (...)” (k. 358).

Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 25 stycznia 2017 r., sygn. akt II GSK 1502/15, stanął na stanowisku, iż <<o sukcesji uniwersalnej w zakresie praw i obowiązków cywilnoprawnych stanowi art. 531 ksh w § 1 ksh. Kwestię sukcesji administracyjnej reguluje zaś art. 531 § 2 powołanej ustawy. Zgodzić należy się z tym, że skoro ostatni z powołanych przepisów nie formułuje sukcesji administracyjnej w sposób ogólny, ale odwołuje się do przejścia „w szczególności”

zezwoleń, koncesji oraz ulg - pozostających w związku z przydzielonymi w planie podziału składnikami majątku spółki dzielonej, które zostały przyznane spółce dzielonej - to znaczy, że sukcesja ta ma ścisły związek z wydanymi aktami administracyjnymi, przyznającymi dzielonej spółce w szczególności (czyli przykładowo) zezwolenia, koncesje, ulgi. Specyfika aktów administracyjnych - których najistotniejszym elementem jest jednostronne, władcze określenie przez organ administracji publicznej prawa i obowiązków indywidualnego adresata - uzasadnia zasadę zakazu pełnej sukcesji administracyjnej. Przejście praw i obowiązków administracyjnych wymaga zatem wyraźnego przepisu prawa (por. A. Kidyba Komentarz aktualizowany do art. 301-633 Kodeksu spółek handlowych; LEX/el., 2016; komentarz do art. 531, teza 1 i 2, 8).>> Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził też, że „nawet przekształcenie podmiotowe już ukaranej karą administracyjną spółki nie skutkuje - w świetle art. 531 § 2 ksh – automatycznym przejściem obowiązku zapłacenia tej kary przez spółkę nowo zawiązaną wstępującą w prawa i obowiązki spółki dzielonej zgodnie z planem podziału. Wynika to z charakteru kar – przede wszystkim represyjno-prewencyjnego (por. wyrok NSA z dnia 29 września 2010 r., sygn. akt II GSK 1465/09).”

Sąd Apelacyjny w niniejszym składzie przedstawione zapatrywanie NSA podziela i uznaje, że wynikające z niego reguły znajdują zastosowanie w niniejszej sprawie. Na podkreślenie zasługuje to, że przyjęcie odmiennego stanowiska nie znajdowałoby uzasadnienia w dążeniu do zapewnienia efektywności systemu egzekwowania prawa telekomunikacyjnego. Zgodnie ze stanowiskiem obu stron, Sąd Apelacyjny przyjął w związku z tym, że w niniejszej sprawie, po stronie powodowej, występować powinna spółka (...) sp. z o.o.

Chybiony jest zarzut apelacji dotyczący tego, że Prezes UKE nałożył na powódkę „karę pieniężną mimo zaniechania przeprowadzenia postępowania kontrolnego w sprawie, a następnie wydania zaleceń pokontrolnych” (k. 210).

Sąd Apelacyjny w niniejszym składzie podziela w tej kwestii ugruntowane już stanowisko polskiej judykatury. Dokonując jej opisu, Sądu Najwyższego, w wyroku z 9 maja 2012 r. (sygn. akt III SK 35/11) wskazał, że w jego dotychczasowym orzecznictwie „dotyczącym kar pieniężnych nakładanych przez Prezesa Urzędu za naruszenie przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych obowiązków wynikających z przepisów Prawa telekomunikacyjnego przyjęto, że nałożenie kary pieniężnej na podstawie art. 209 Prawa telekomunikacyjnego może nastąpić w samoistnym postępowaniu przeprowadzonym w tym przedmiocie, bez konieczności uprzedniego przeprowadzenia postępowania kontrolnego, o którym mowa w art. 199 i n. Prawa telekomunikacyjnego (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 16 marca 2009 r., III SK 35/08, OSNP z 2010 r., Nr 17-18, poz. 223; z 7 dnia lipca 2011 r., III SK 52/10; z dnia 6 października 2011 r., III SK 9/11; oraz z dnia 14 lutego 2012 r., III SK 24/11). Przeprowadzenie postępowania kontrolnego nie jest zatem koniecznym warunkiem dla wydania przez Prezesa Urzędu decyzji stwierdzającej naruszenie przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego art. 209 ust. 1 pkt 1-31 Prawa telekomunikacyjnego i nakładającej na niego karę pieniężną z tytułu stwierdzonego naruszenia.”

Nakładanie na Prezesa UKE obowiązku przeprowadzenia kontroli w sytuacji, gdy do wydania decyzji nie jest potrzebne dokonanie w jej toku jakichkolwiek ustaleń byłoby dysfunkcjonalne. Celem unormowań konstytuujących instytucję kontroli przeprowadzanych przez Prezesa UKE nie jest złagodzenie zasad odpowiedzialności przedsiębiorców. Efekt taki stanowi jedynie skutek uboczny przyjętego przez polskiego ustawodawcę modelu relacji między nałożeniem kary na podstawie art. 210 pt a przeprowadzeniem kontroli. Wykładnia funkcjonalna nie daje zatem podstaw do przyjęcia, że sam fakt, iż Prezes UKE nie przeprowadził kontroli w niniejszej sprawie, a wydał decyzję na podstawie art. 210 pt przesądza o tym, iż organ regulacyjny dopuścił się jakiegokolwiek uchybienia. Nie ma również żadnych innych podstaw dla uznania wskazanego zapatrywania powódki za trafny.

Powódka, krytykując zarysowane stanowisko Sądu Najwyższego, zwraca uwagę na kwestie natury funkcjonalnej. Odwołanie do celów, których realizacji służyć ma nakładanie kar, na podstawie analizowanych przepisów, dało też powódce asumpt do postawienia zaskarżonemu orzeczeniu zarzutu naruszenia art. 209 ust. 1 pkt 6 pt w zw. z art. 209 ust. 1a pt. Na tej płaszczyźnie powódka podkreśla, iż do „ostatecznego dokonania migracji” doszło „przed datą wydania decyzji w przedmiocie kary” (k. 214) oraz podkreśla, że Sąd I instancji dopuścił się naruszenia art. 209 ust. 1 pkt 6 pt w zw. z art. 209 ust. 1a pt, „poprzez uznanie, że Prezes UKE w sposób legalny nałożył na (...) T. karę pieniężną w sytuacji, gdy brak było ku temu podstaw, skoro na dzień nałożenia kary Decyzja WLR została już przez

Spółkę wykonana”. W apelacji akcentuje się, że przedmiotowe kary służyć mają w pierwszym rzędzie wymuszeniu przestrzegania obowiązków wynikających z pt.

Powódka opiera swoją argumentację na starszych wypowiedziach polskiego piśmiennictwa. Związki istniejące między postępowaniem kontrolnym a art. 210 pt ujmowano w nim inaczej niż obecnie czyni to polska judykatura oraz odmiennie niż czyni to Sąd Apelacyjny w niniejszej sprawie, ze wskazanych wyżej powodów.

Zauważyć należy przy tym, iż w nowszej doktrynie i w orzecznictwie linia rozumowania, za której przyjęciem optuje powódka została odrzucona. W tym kontekście należy zauważyć, że Sąd Apelacyjny w wyroku z dnia 3 marca 2016 r., VI ACa 43/15, stanął na stanowisku, iż „nie ulega (...) wątpliwości, że kary wymierzone na podstawie art. 209 i 210 ustawy prawo telekomunikacyjne powinny mieć charakter zarówno represyjny, jak i prewencyjny, powinny bowiem przyczynić się do zapewnienia trwałego zaprzestania w przyszłości naruszania obowiązków nałożonych na przedsiębiorcę, aby zaś skutecznie zapobiegać próbom pojawienia się w przyszłości sprzecznych z ustawą zachowań, muszą być ustalone w wysokości odczuwalnej dla każdego z przedsiębiorców.” Warto również zwrócić uwagę, że w nowszych wypowiedziach doktryny wyraźnie aprobuje się stanowisko, iż „wprawdzie PrTel nie formułuje wyraźnie celów związanych z nakładaniem kar pieniężnych, ale dyrektywy dotyczące wysokości tych kar wskazują na zamiar osiągnięcia skutków represyjnych i prewencyjnych” (Art. 210 Prawo telekomunikacyjne Piątek 2013, wyd. 3/Piątek, Legalis, punkt 5). W takim samym kierunku idą wywody M. Czyżaka, który podsumowując stanowisko judykatury stwierdza, iż w katalogu funkcji, których realizacji służyć mają sankcje z art. 209 znajdują się represja, prewencja i dyscyplinowanie (Kara pieniężna jako instrument regulacji rynku telekomunikacyjnego, s. iKAR 2012, nr 6, pkt IV).

Sąd Apelacyjny w niniejszym składzie podziela przedstawione wyżej stanowisko Sądu Apelacyjnego w Warszawie. Za przyjęciem, iż paleta celów, których realizacji służyć mają kary nakładane w analizowanym trybie obejmuje elementy prewencyjne i represyjne przemawia też wzgląd na potrzebę zapewnienia efektywnej realizacji celów prawa telekomunikacyjnego. Akceptacja kierunku interpretacyjnego proponowanego przez powódkę prowadziłaby do poważnego osłabienia skuteczności interwencji publicznej w tym obszarze, co nie znajduje żadnego uzasadnienia. Podkreślić przy tym należy, że przyjęte przez Sąd Apelacyjny w niniejszym składzie stanowisko nie godzi w standardy sprawiedliwości proceduralnej w postępowaniu przed organem regulacyjnym.

Uznać należy zatem, że ani fakt wykonania przez powódkę przed dniem nałożenia kary decyzji WLR, ani też okoliczność, że w niniejszej sprawie Prezes UKE nie przeprowadził postępowania kontrolnego nie daje podstaw do stwierdzenia nieprawidłowości w działaniu organu regulacyjnego. Wywiązanie się przez powódkę z obowiązku regulacyjnego przed dniem nałożenia na nią kary nie pozbawia decyzji o jej wymierzeniu funkcjonalnego uzasadnienia. W analizowanej sytuacji, kara oddziałuje zarówno represyjnie, jak prewencyjnie. W tym kontekście należy jednak wskazać, że fakt, iż ostatecznie doszło do wykonania przedmiotowej decyzji regulacyjnej jest jednym z czynników, który powinien być uwzględniany przy ustalaniu wysokości kary.

Podniesione w apelacji zarzuty naruszenia przez zaskarżone orzeczenie art. 201 ust. 3 pt w zw. z art. 209 ust. 1 pkt 6 pt oraz art. 209 ust. 1 pkt 6 pt w zw. z art. 209 ust. 1a pt (zarzuty oznaczone numerami 1 i 2) są więc chybione.

Zastrzeżenia budzi sposób ustalenia przez Prezesa UKE wysokości kary, a także sposób weryfikacji tego elementu zaskarżonej decyzji przez Sąd I instancji. Organ regulacyjny uznał, iż << w związku z tym, że przepis art. 210 ust. 2 Pt odnosi się wyłącznie do „przychodu” jako podstawy do określenia wymiaru kary, a nie dochodu karanego podmiotu zasadne jest dokonanie oceny możliwości finansowych karanego podmiotu na podstawie jego przychodu>> (k. 58).” Aprobując ten kierunek rozumowania Sąd I instancji wyraził pogląd, iż „zgodnie z art. 210 ust. 1 Pr, karę tę wymierza się w wysokości do 3% przychodu ukaranego podmiotu, osiągniętego w poprzednim roku kalendarzowym. Zatem, wbrew sugestiom powoda, przy wymiarze kary pieniężnej uwzględnia się przychód, a nie dochód podmiotu podlegającego ukaraniu, co też prawidłowo uczynił pozwany” (k. 203).

Przedstawione zapatrywania Prezesa UKE i Sądu I instancji nie mają oparcia w wykładni językowej i są sprzeczne z względami funkcjonalnymi. Nie można w szczególności zgodzić się z utożsamianiem możliwości finansowych przedsiębiorcy z uzyskiwanym przez niego przychodem.

Z art. 210 ust. 1 pt wynika, że Prezes UKE nie może w żadnym przypadku nałożyć kary wyższej niż 3% przychodu. Unormowanie to pełni funkcję ochronną wobec przedsiębiorców. Wyłącza ono dopuszczalność nałożenia kary w wysokości wyższej niż 3% przychodu nawet wówczas, gdy stosowanie innych reguł ustalania wysokości kary prowadzi do wniosku, że powinna ona być nałożona w wyższej wysokości.

Na płaszczyźnie semantycznej podkreślić należy, że rudymen tarne reguły wykładni prawa zakazują nadawania w procesie interpretacji przepisów różnym zwrotom tego samego znaczenia. Kierunek interpretacyjny proponowany przez Prezesa UKE godzi w tę dyrektywę. Widoczne jest to m.in. w tym, że w treści samej decyzji Prezes UKE utożsamia możliwości finansowe z przychodami („Spółka nie przedstawiła danych na temat swoich możliwości finansowych, tj. przychodów za 2009 r.” - k. 15).

Art. 201 ust. 2 pt operuje pojęciem możliwości finansowych podmiotu. Badając tę przesłankę uwzględnić należy całość sytuacji podmiotu. W konkretnych sytuacjach może być ona kształtowana przez wiele czynników o zróżnicowanym znaczeniu. Uzasadnionym może być wzięcie pod uwagę dochodu podmiotu, jego przychodów, kosztów, zasobów kapitałowych, perspektyw rozwojowych, sytuacji na rynku. W braku funkcjonalnego uzasadnienia, ograniczenie się przez organ regulacyjny do analizy przychodu jest niedopuszczalne. Przykładowo wskazać należy, że możliwości finansowe podmiotu, który uzyskuje dochody bliskie przychodom, dysponuje ogromnymi zasobami kapitałowymi i ma bardzo korzystne perspektywy rozwojowe są radykalnie odmienne niż przedsiębiorcy znajdującego się na skraju upadłości, który ponosi straty i nie ma szans na poprawę swojej sytuacji gospodarczej, nawet jeżeli uzyskuje identyczny przychód.

W przypadku zaakceptowania stanowiska Prezesa UKE doszłoby też do naruszenia zasady proporcjonalności w zakresie relacji między wysokością kary a realizacją celów, których osiągnięciu służyć ma jej wymierzenie. To, za który rok przychód zostanie uwzględniony przez Prezesa UKE przy stosowaniu art. 210 ust. 1 pt jest niezależne od podmiotu, na który kara jest nakładana. W konkretnych okolicznościach szybsze lub późniejsze wydanie decyzji prowadzić może do obniżenia albo podwyższenia przedmiotowej kwoty. Takie oddziaływanie czynnika niezależnego od przedsiębiorcy, który nie pozostaje w związku z żadnymi elementami zasady proporcjonalności jest możliwe do zaakceptowania, z punktu widzenia obowiązujących reguł ochrony praw podstawowych, tylko przy przyjęciu założenia, iż art. 210 ust. 1 pełni funkcję ochronną wobec przedsiębiorcy. Przykładowo wskazać można, że to, iż organ regulacyjny wyda decyzję nie 30 grudnia, lecz 2 stycznia nie może prowadzić do nałożenia na przedsiębiorcę odpowiedzialności surowszej niż ta, którą ponosiłby, gdyby w systemie prawnym nie było przewidzianego art. 210 ust. 1 pt ograniczenia wysokości kary do 3% przychodu danego podmiotu.

Przyjęta linia rozumowania idzie w kierunku wytyczonym przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 sierpnia 2016 r. sygn. akt III SK 45/15. Sąd Najwyższy wskazał w nim, że „podziela poglądy Sądu Apelacyjnego, zgodnie z którymi rozstrzygając o proporcjonalności wymierzonej kary uwzględnia się przede wszystkim realizację jej funkcji w danych okolicznościach faktycznych, zaś kryterium przychodu uzyskiwanego z tytułu działalności sankcjonowanej karą nie ma decydującego (rozstrzygającego) znaczenia dla wyników takiej oceny (por. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 23 stycznia 2015 r., VI ACa 472/14).”

Powoływanie się przez Prezesa UKE na trudności, z którymi musiałby się zmierzyć, gdyby uwzględnił dochód przedsiębiorstwa przy określaniu wysokości kary są wyolbrzymiane. Podkreślić należy, że w myśl art. 210 ust. 3 pt, podmiot jest obowiązany do dostarczenia Prezesowi UKE, na każde jego żądanie, w terminie 30 dni od dnia otrzymania żądania, danych niezbędnych do określenia podstawy wymiaru kary pieniężnej, a nie tylko informacji o uzyskanym przychodzie. Uwzględnić należy również to, że organ regulacyjny powinien mieć szczegółową wiedzę o sytuacji na rynku, dzięki czemu poczynienie ustaleń w takich kwestiach, jak marże zysku uzyskiwane przez przedsiębiorców, koszty ich działalności oraz ich perspektywy rozwojowe nie powinno nastroczać mu nadmiernych

trudności. Interes aparatu administracyjnego, wyrażający się w ułatwieniu obliczania kary, nie może stanowić podstawy dla zaostrzenia odpowiedzialności, w ramach której stosuje się gwarancje ochrony analogiczne do tych, które obowiązują w postępowaniu karnym.

Nie jest natomiast trafny zarzut naruszenia przez zaskarżone orzeczenie art. 328 § 2 k.p.c., poprzez „brak wskazania w uzasadnieniu Wyroku podstawy faktycznej rozstrzygnięcia w zakresie możliwości finansowych Spółki”. Podstawą stanowiska Sądu I instancji w tej kwestii były analizy dotyczące zagadnień prawnych, a nie faktycznych.

W niniejszej sprawie nieprawidłowość w analizach przeprowadzanych przez Prezesa Urzędu w zakresie przesłanki możliwości finansowych nie wpłynęła jednak na wynik sprawy. W tym miejscu należy zwrócić na dużą skalę dysproporcji pomiędzy przychodem a nałożoną karą, a także na wnioski wypływające ze zgromadzonych w postępowaniu administracyjnym materiałów, zawierających informacje o sytuacji finansowej powoda, w relevantnym okresie.

We wcześniejszej części uzasadnienia wskazano, że analiza sytuacji finansowej przedsiębiorcy nie powinna ograniczać się do ustalenia jego przychodów. Informacje dotyczące tej kwestii stanowią jednak ważny element ustaleń, które powinny być poczynione. W niniejszej sprawie relacja pomiędzy przychodem a nałożoną karą wskazuje na to, że sankcja zastosowana wobec powoda nie jest nadmiernie dolegliwa. Wniosek ten potwierdza również analiza znajdujących się w aktach sprawy: Sprawozdania finansowego za okres od 1 stycznia 2010 r. do 31 stycznia 2010 r. (k. 150 akt adm.) i „Sprawozdania Zarządu z działalności Spółki w 2010 roku”.

Wynika z nich między innymi, że spółka w relevantnym okresie osiągnęła dochód w wysokości 1.725.867,43 zł (k. 167) i zysk netto w wysokości 1.368.074,16 zł (k. 170 akt adm.). Przychody powoda w „2010 roku w stosunku do roku 2009 wzrosły o 20%”, a „zarząd podjął szereg działań, które zaowocowały znaczącą poprawą zysku netto”. W sprawozdaniu wskazano też, że „Spółka w 2011 roku powinna utrzymać poziom wskaźników finansowych z roku 2010” (k. 170 akt adm.) oraz, że zamierza ona „prowadzić działania mające na celu zwiększenie bazy odbiorców i rozwój nowych produktów”, a zarząd będzie dążył „do utrzymania marży zysku” (k. 170 akt adm.).

W relevantnym okresie powód prowadził dochodową działalność gospodarczą na dużą skalę, a jego perspektywy rozwojowe były korzystne. Pogłębienie dokonanych przez Prezesa Urzędu analiz dotyczących sytuacji finansowej powoda nie prowadzi do wniosku, że kara została nałożona w nadmiernej wysokości.

Słusznie Sąd I instancji przyjął, że „kwestia problemów powoda z pracą systemu informatycznego obsługującego proces migracji” jest „bez znaczenia dla oceny wywiązania się przez (...)T. z umowy”. Rozważyć należy jednak, czy trudności informatyczne, na które napotkał powód uzasadniają obniżenie nałożonej na niego kary. W tym miejscu zwrócić należy uwagę, że Sąd Najwyższy w wyroku z 5 lutego 2015 r. sygn. akt III SK 36/14 stwierdził, że „gdy dochodzi do nałożenia kary pieniężnej, konieczne jest uwzględnienie różnego rodzaju elementów o charakterze subiektywnym, składających się na podmiotową stronę odpowiedzialności zagrożonej dolegliwymi karami pieniężnymi (wyrok Sądu Najwyższego z 30 września 2011 r., III SK 10/11). O ile zatem do zastosowania klasycznych sankcji administracyjnych wystarczające jest stwierdzenie obiektywnego stanu niezgodności zachowania adresata z treścią normy, o tyle w przypadku nakładania przez organ kary pieniężnej, wymierzania jej wysokości oraz oceny możliwości odstąpienia od jej wymierzenia, istotną rolę odgrywają czynniki o charakterze subiektywnym, odtwarzane w oparciu o analizę całokształtu zachowania karanego przedsiębiorcy, jego motywacji, kontekstu zarzucanego mu naruszenia, czy chociażby wpływu przedsiębiorstwa na uchybienie obowiązującym normom. Dlatego w orzecznictwie Sądu Najwyższego ukształtowała się linia orzecznicza, podzielana już w orzecznictwie Sądów obu instancji, zgodnie z którą w sprawach z odwołania od decyzji regulatora rynku nakładających kary pieniężne z tytułu naruszenia obowiązków wynikających z mocy ustawy lub decyzji, należy zapewnić przedsiębiorcom wyższy poziom sądowej ochrony praw, zaś zasady sądowej weryfikacji prawidłowości orzeczenia organu regulacji w zakresie dotyczącym kary pieniężnej powinny odpowiadać wymogom analogicznym do tych, jakie obowiązują sąd orzekający w sprawie karnej (wyroki Sądu Najwyższego z 14 kwietnia 2010 r., III SK 1/10 i z 1 czerwca 2010 r., III SK 5/10). Zgodnie z tą linią orzeczniczą przyjęto, że przedsiębiorstwo energetyczne może uniknąć kary, gdy wykaże, że obiektywne okoliczności danej sprawy

uniemożliwiają mu przypisanie odpowiedzialności za naruszenia przepisów ustawy, z uwagi na podjęte przez to przedsiębiorstwo działania o charakterze ostrożnościowo-prewencyjnym.”

Zastosowanie wypracowanych w orzecznictwie Sądu Najwyższego reguł analitycznych w niniejszej sprawie nie prowadzi do wniosku, że uzasadnionym jest obniżenie kary z powodu trudności informatycznych, które napotkał powód. Podkreślić należy, że przedsiębiorca telekomunikacyjny ma obowiązek posiadania rozwiązań technicznych umożliwiających mu realizację spoczywających na nim obowiązków. Z reguły zatem sam fakt, iż możliwości takich nie posiada przesądza o jego winie. Wyjątki od tej prawidłowości są rzadkie i nie ma podstaw do przyjęcia, iż jeden z nich zaistniał w niniejszej sprawie. W tym kontekście podnieść należy, że bezzasadnym byłoby traktowanie treści decyzji Prezesa Urzędu z 15 listopada 2010 r. jako nadzwyczajnego zdarzenia, którego powód nie mógł przewidzieć i do którego nie mógł się przygotować.

W uzasadnieniu decyzji z 15 listopada 2010 r. (...) (...) wskazano, że „(...) uzyskało możliwość korzystania z usługi WLR bez konieczności pośrednictwa za strony (...) T.” (k. 68 akt. adm.) na podstawie decyzji z 6 października 2009 r. [(...) (...)]. Przynajmniej od października 2009 r. perspektywa powstania sporu, który doprowadził do wydania decyzji z 15 listopada 2010 była bardzo wyraźna, a powód powinien poczynić przygotowania do wywiązania się z przedmiotowych obowiązków. Jeżeli zatem nawet przyjąć, że listopadzie 2010 r. nie posiadał on stosownych możliwości informatycznych, to uznać należy, że okoliczność ta przesądza o zasadności przypisania mu winy.

W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wskazano, że „przypadków dotyczących nieprawidłowych dat zakończenia odsprzedaży usługi WLR na danym łączu przez (...) T. na rzecz Spółki (...) było, nie jak ustalił Prezes UKE 16.524, lecz 15.083” (k. 201). Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, iż „okoliczność ta nie miała jednak ostatecznie wpływu na wysokość kary pieniężnej” (k. 201), czego nie uzasadnił, a co budzi wątpliwości dotyczące poszanowania zasady proporcjonalności. W tym zakresie uprawnionym jest też, podniesiony w apelacji zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c.

Wskazane zarzuty apelacji dotyczące naruszenia art. 210 ust. 2 pt okazały się trafne. Istnieje jednak możliwość ich usunięcia na etapie postępowania apelacyjnego

Jak wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia, nieprawidłowości dotyczące ustalenia możliwości finansowych powoda nie doprowadziły do wypaczenia treści decyzji. Sąd Apelacyjny uznał natomiast, iż fakt, że przypadków naruszeń, których dopuścił się powód było mniej niż przyjął to Prezes Urzędu powinien skutkować obniżeniem nałożonej kary. Zwrócić należy uwagę, że w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji wskazano na ilość przypadków nieprawidłowego „uzupełnienia daty zakończenia odsprzedaży usługi WLR na rzecz (...)” jako element istotny dla ustalenia zakresu naruszenia, a zatem jednej z wskazanych wprost w ustawie dyrektyw wymiaru kary.

Pozostałe ustalenia dotyczące wysokości kary są prawidłowe. W ocenie Sądu Apelacyjnego, Prezes Urzędu słusznie zwrócił uwagę, że kwestionowane praktyki szkodziły (...), a były korzystne dla powoda, zasadnie podniósł fakt, że powód nie był wcześniej karany oraz należycie zbadał zagadnienie funkcji, których realizacji przedmiotowa kara powinna służyć.

Ze wskazanych wyżej względów, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. w zw. z art. 479⁶⁴ § 2 k.p.c. orzekł jak w sentencji. Orzeczenie o kosztach oparto na podstawie art. 100 kpc oraz § 14 ust. 3 pkt 3 i § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu.