Sygn. akt III SK 52/10

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 lipca 2011 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Kazimierz Jaśkowski (przewodniczący)
SSN Jerzy Kwaśniewski (sprawozdawca)
SSN Maciej Pacuda

w sprawie z powództwa Telekomunikacji Polskiej Spółki Akcyjnej z siedzibą w W.
przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej
o nałożenie kary pieniężnej,
po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 7 lipca 2011 r.,
skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego
z dnia 9 kwietnia 2010 r.,

uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego.

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Prezes Urzędu) decyzją z dnia 17 sierpnia 2007 r. nałożył - na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 6 Prawa telekomunikacyjnego - na Telekomunikację Polską S.A. (powód) karę pieniężną w wysokości 33.000.000 zł za niewykonanie decyzji z dnia 5 października 2006 r. (dalej jako decyzja RUO I) oraz decyzji z dnia 3 kwietnia 2007 r. (dalej jako decyzja RUO II) poprzez zawarcie z operatorami umów o dostępie do lokalnej pętli abonenckiej i związanych z nim udogodnieniach w zakresie dostępu pełnego i współdzielonego na warunkach gorszych niż określone tymi decyzjami.

Powód zaskarżył powyższą decyzję odwołaniem, zarzucając naruszenie art. 210 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 156 § pkt 2 k.p.a.; art. 209 ust. 1 pkt 6 Prawa telekomunikacyjnego, art. 201 Prawa telekomunikacyjnego; art. 206 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 77 i 80 k.p.a., art. 210 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego.

Sąd Okręgowy wyrokiem z dnia 8 czerwca 2009 r., zmienił zaskarżoną decyzję w ten sposób, że w miejsce przepisu art. 209 ust. 1 pkt 6 Prawa telekomunikacyjnego, wskazanego w decyzji jako podstawa prawna ukarania powoda, wstawił art. 209 ust. 1 pkt 5 Prawa telekomunikacyjnego, a w pozostałym zakresie odwołanie oddalił oraz zasądził od powoda na rzecz Prezesa Urzędu koszty zastępstwa procesowego.

Powód zaskarżył powyższy wyrok w całości apelacją. Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił naruszenie przepisów prawa procesowego, to jest art. 217, 235 § 1 i 236 k.p.c.; art. 479^{64} § 2 k.p.c. w związku z art. 201 ust. 1 i 3 w związku z art. 209 ust. 1 pkt 5 Prawa telekomunikacyjnego; art. 328 § 2 k.p.c., art. 479^{57} i 479^{64} § 1 i 2; oraz naruszenie przepisów prawa materialnego to jest art. 201 i 209 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 10 dyrektywy 2002/20 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. Urz. UE z 2002 r., L 108, s. 21, dalej jako dyrektywa 2002/20); art. 210 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego. Wyrok Sądu Okręgowego zaskarżył również Prezes Urzędu w zakresie rozstrzygnięcia zawartego w punkcie I orzeczenia, w którym zmieniono podstawę prawną decyzji Prezesa Urzędu.

Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 9 kwietnia 2010 r., w punkcie I zmienił częściowo zaskarżony wyrok w ten sposób, że oddalił w całości odwołanie powoda,

w punkcie II oddalił apelację powoda, a w punkcie III zasądził od powoda na rzecz Prezesa Urzędu koszty postępowania.

Co do oddalenia apelacji powoda Sąd Apelacyjny wyjaśnił, że zaskarżoną decyzją Prezes Urzędu nałożył na powoda karę pieniężną za niewykonanie decyzji RUO I i RUO II polegające na zawieraniu z innymi operatorami umów o dostępie do lokalnej pętli abonenckiej i związanych z nim udogodnień w zakresie dostępu pełnego i współdzielonego na warunkach gorszych niż określone tymi decyzjami. Z uzasadnienia decyzji Prezesa Urzędu wynika, że działania powoda, za które nałożono karę pieniężną, polegały na zawarciu przez powoda umów o dostępie i kolokacji z innymi operatorami (umowy z dnia 16 kwietnia 2007; 26 kwietnia 2007 r., 30 kwietnia 2007 r.), które to umowy zostały zawarte na warunkach gorszych, aniżeli określone decyzjami ROU I i RUO II. Zdaniem Sądu Apelacyjnego powód nie kwestionował powyższego założenia w odwołaniu.

Nie uwzględniając zarzutu naruszenia art. 201 i 209 Prawa telekomunikacyjnego Sąd Apelacyjny uznał, że oba przepisy tworzą dwie odrębne i osobne instytucje prawne. Brak jest podstaw do takiej wykładni obu przepisów, zgodnie z którą nałożenie kary pieniężnej za delikt przewidziany w art. 209 Prawa telekomunikacyjnego wymaga uprzedniego zastosowania procedury z art. 201 Prawa telekomunikacyjnego. Przeciwko takiej wykładni przemawiają względy systemowe (art. 209 zamieszczony jest w dziale XI Prawa telekomunikacyjnego odnoszącym się do kar pieniężnych), brak jakiegokolwiek odniesienia do art. 201 w przepisach Działu XI Prawa telekomunikacyjnego natomiast jest wyczerpujące unormowanie trybu nakładania kar pieniężnych w art. 210 Prawa telekomunikacyjnego. Sąd Apelacyjny przyjął również, że uprzednie przeprowadzenie przez Prezesa Urzędu kontroli w trybie art. 199 i n. Prawa telekomunikacyjnego w zakresie dotyczącym wykonywania przez powoda oferty ramowej określonej w decyzji RUO I, w okolicznościach sprawy, nie powodowało konieczności zastosowania trybu przewidzianego w art. 201 Prawa telekomunikacyjnego. Postępowanie kontrolne dotyczyło wykonywania przez powoda decyzji RUO I. W jego wyniku ustalono, że do dnia 22 lutego 2007 r. powód nie zawarł żadnej umowy o dostępie i umowy o kolokację. Natomiast podstawę faktyczną nałożenia kary pieniężnej przez Prezesa Urzędu w niniejszej

sprawie stanowiło zawarcie przez powoda w kwietniu 2007 r. 4 umów o dostępie i kolokacji na warunkach gorszych dla operatorów, aniżeli warunki wynikające z decyzji RUO I i RUO II. Zdaniem Sądu Apelacyjnego w rozpoznawanej sprawie nie było prowadzone postępowanie kontrolne, zaś kara została wymierzona w odrębnym postępowaniu, wszczętym po zakończeniu postępowania kontrolnego.

Ustosunkowując się do zarzutu naruszenia dyrektywy 2002/20, Sąd Apelacyjny zwrócił uwagę na jej zmianę wynikającą z dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/140 z dnia 25 listopada 2009 r. zmieniającej dyrektywy 2002/21/WE w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej, 2002/19/WE w sprawie dostępu do sieci i usług łączności elektronicznej oraz wzajemnych połączeń oraz 2002/20/WE w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. Urz. UE z 2009 L337, s. 37). Zmieniony art. 10 dyrektywy 2002/20 pozwala krajowemu organowi regulacyjnemu na nałożenie kar pieniężnych w przypadku stwierdzenia naruszeń obowiązków wynikających z przepisów zharmonizowanego prawa telekomunikacyjnego. Zdaniem Sądu Apelacyjnego przewidziana w art. 10 w nowym brzmieniu procedura została zachowana, ponieważ Prezes Urzędu wszczynając w dniu 27 lutego 2007 r. postępowanie w sprawie nałożenia kary pieniężnej na powoda niezwłocznie zawiadomił go o tym, powód miał możliwość wypowiedzenia się w toku postępowania w kwestii stawianych mu zarzutów oraz mógł zgłaszać wnioski dowodowe, a wreszcie wnieść odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu.

Za niezasadny Sąd Apelacyjny uznał zarzut naruszenia art. 210 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego, ponieważ nałożona na powoda kara pieniężna stanowi równowartość 0,29% osiągniętego przychodu, co powoduje, że nie można uznać jej za rażąco wygórowaną i nie uwzględniającą możliwości finansowych powoda. Kara w takiej wysokości pozostaje zgodne z dyrektywami wymiaru kary wynikającymi z art. 210 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego. Wszystkie umowy zawarte przez powoda do czasu wydania decyzji Prezesa Urzędu zawarte zostały z naruszeniem decyzji ROU I i RUO II, na warunkach gorszych aniżeli wynikające z tych decyzji.

Sąd Apelacyjny nie uwzględnił zarzutu naruszenia art. 479^{57} oraz art. 479^{64} § 1 i 2 k.p.c. poprzez nierozpoznanie wszystkich zarzutów oraz art. 328 § 2 k.p.c.

poprzez wadliwe sporządzenie uzasadnienia. Sąd Apelacyjny uznał, że zarzuty te uzasadniane były nieustosunkowaniem się przez Sąd Okręgowy do argumentacji powoda odnoszącej się do trybu procedowania przy wymierzaniu kary pieniężnej i jego zgodności z art. 10 dyrektywy 2002/20. Kwesta ta została rozważona przez Sąd Apelacyjny, który w tym zakresie uzupełnił wywody Sądu pierwszej instancji. Pozostałe argumenty, za pomocą których powód uzasadniał naruszenie powyższych przepisów zostały zaś rozważone przez Sąd Apelacyjny zgodnie z postulatem realizacji podstawowego celu postępowania apelacyjnego, jakim jest naprawienie wszystkich ewentualnych błędów popełnionych przez sąd pierwszej instancji.

Za oczywiście niezasadny Sąd Apelacyjny uznał zarzut naruszenia art. 217, 235 § 1 i 236 k.p.c. poprzez oparcie rozstrzygnięcia na dowodach, które nie zostały należycie przeprowadzone na rozprawie. Sąd drugiej instancji wyjaśnił, że zarzut ten dotyczy przywołania przez sąd pierwszej instancji w uzasadnieniu wyroku dokumentów znajdujących się w dołączonych do akt sprawy aktach postępowania administracyjnego. Zgodnie zaś z art. 224 § 2 k.p.c. nie jest konieczne przeprowadzenie dowodu z akt organu administracji publicznej na rozprawie, a ponadto dowód taki może być przeprowadzony po zamknięciu rozprawy.

Sąd Apelacyjny nie uwzględnił również zarzutu naruszenia art. 209 ust. 1 pkt 5 i 6 Prawa telekomunikacyjnego, opartego na założeniu zgodnie z którym wprowadzenie do katalogu z art. 209 Prawa telekomunikacyjnego nowego deliktu polegającego na niewypełnieniu lub nienależytym wypełnieniu obowiązków opracowania i przedłożenia do zatwierdzenia przez Prezesa Urzędu oraz stosowania oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym (art. 209 ust. 1 pkt 31 Prawa telekomunikacyjnego) oznacza, że w dacie wydania w niniejszej sprawie decyzji Prezesa Urzędu nie było podstawy prawnej do wymierzenia powodowi kary pieniężnej. Zdaniem Sądu Apelacyjnego zmiana legislacyjna dokonana w 2009 r. miała jedynie na celu doprecyzowanie i uszczegółowienie katalogu czynów zagrożonych karą pieniężną z art. 209 Prawa telekomunikacyjnego, zaś przepis art. 209 ust. 1 pkt 31 stanowi lex specialis wobec art. 209 ust. 1 pkt 6. Natomiast przed wejściem w życie art. 209 ust. 1 pkt 31 możliwe było nałożenie kary pieniężnej za

opisane w nim zachowanie na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 6 Prawa telekomunikacyjnego.

Za zasadną Sąd Apelacyjny uznał natomiast apelację Prezesa Urzędu w zakresie w jakim Sąd Okręgowy zmienił podstawę prawną decyzji Prezesa Urzędu z art. 209 ust. 1 pkt 5 na art. 209 ust. 1 pkt 6 Prawa telekomunikacyjnego.

Powód zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego skargą kasacyjną w całości, opierając ją na obu podstawach. Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił naruszenie przepisów prawa procesowego, to jest 1) art. 217 § 1 i 235 § 1, art. 236 i 224 § 2 k.p.c. w związku z art. 385 poprzez niewłaściwe zastosowanie i oddalenie apelacji powódki w oparciu o dowody, które nie zostały właściwie przeprowadzone; 2) art. 479^{59} § 1 k.p.c. w związku z art. 236 k.p.c. oraz w związku z art. 391 § 1 k.p.c. poprzez błędną wykładnię i uznanie, że wynikający z tego przepisu obowiązek przekazania przez organ administracyjny odwołania wraz z aktami sprawy administracyjnej wyłącza obowiązek formalnego dopuszczenia dowodu z dokumentów znajdujących się w tych aktach; art. 385 k.p.c. poprzez oddalenie apelacji w sytuacji, gdy nie była ona bezzasadna.

W zakresie dotyczącym przepisów prawa materialnego, powód zarzucił zaskarżonemu wyrokowi naruszenie 1) art. 201 ust. 1 i 3 Prawa telekomunikacyjnego poprzez niezastosowanie i nie wydanie zaleceń pokontrolnych przewidzianych w art. 201 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego, pomimo zastosowania w niniejszej sprawie kontroli przewidzianej w art. 199 w związku z art. 201 Prawa telekomunikacyjnego; 2) art. 209 ust. 1 pkt 6 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 10 ust. 2 i 3 dyrektywy 2002/20 poprzez nieprawidłowe zastosowanie i nałożenie na powoda kary pieniężnej pomimo braku wezwania do usunięcia stwierdzonych naruszeń; 3) art. 10 ust. 2 i 3 dyrektywy 2002/20 w brzmieniu obowiązującym w dniu wydania decyzji poprzez niezastosowanie i nałożenie na powódkę kary pieniężnej bez zapewnienia jej odpowiedniej możliwości uprzedniego usunięcia naruszeń w terminie przewidzianym w dyrektywie 2002/20; 4) art. 10 ust. 2 i 3 dyrektywy 2002/20 w brzmieniu nadanym dyrektywą 2009/140 poprzez niewłaściwe zastosowanie, gdyż termin implementacji dyrektywy 2009/140 upływa w dniu 25 maja 2011 r.; 5) art. 209 ust. 1 pkt 6 poprzez niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że stanowi on

podstawę dla wydania zaskarżonej decyzji; 6) art. 210 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego poprzez niezastosowanie i nałożenie na powoda rażąco wygórowanej kary, niewspółmiernej do zakresu naruszenia oraz nieznajdującej uzasadnienia w dotychczasowej działalności powódki. Powód wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości oraz zmianę poprzedzającego go wyroku Sądu Okręgowego poprzez uchylenie decyzji Prezesa Urzędu, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu.

Sąd Najwyższy zważył co następuje:

Skarga kasacyjna powoda okazała się częściowo zasadna.

Zarzuty stanowiące procesową podstawę skargi kasacyjnej koncentrują się na kwestii dopuszczalności uwzględnienia przez Sądy orzekające w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu dokumentów, które znajdują się aktach postępowania administracyjnego, bez wydania w tym zakresie postanowienia dowodowego. W ramach tego zarzutu powód powołuje się na naruszenie art. 217 § 1, art. 235 § 1, art. 236 oraz art. 224 w związku z art. 385 k.p.c. oraz art. 479^{59} § 1 w związku z art. 236 k.p.c. oraz art. 391 § 1 k.p.c. Rozpoznając zarzuty apelacyjne dotyczące powyższych przepisów Sąd Apelacyjny przyjął, że nie jest konieczne przeprowadzenie dowodu z akt organu administracji publicznej na rozprawie, ponieważ dowód taki może być przeprowadzony już po zamknięciu rozprawy, gdyż postępowanie administracyjne poprzedzające postępowania sądowe stanowi jego niezbędny etap. Następnie odwołał się do obowiązku przekazania do sądu odwołania wraz z aktami sprawy administracyjnej, co jak się wydaje przemawia za przyjęciem założenia, zgodnie z którym sąd orzekający w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu może przeprowadzać dowody z akt postępowania przed organem administracji niezależnie od tego, czy strony postępowania sądowego wniosły o przeprowadzenie stosownych dowodów lub dopuszczenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania administracyjnego, jak i niezależnie od tego, czy strony wypowiedziały się w tej kwestii.

Sąd Najwyższy nie podziela powyższych zapatrywań. Wątpliwości nasuwa także argumentacja przedstawiona w piśmie procesowym Prezesa Urzędu, zgodnie

z którą „sąd przy rozpoznawaniu spraw cywilnych z odwołań od decyzji Prezesa UKE obowiązany jest uwzględnić przy rozpoznawaniu sprawy co najmniej dokumenty zawarte w aktach sprawy administracyjnej przekazanej do sądu wraz ze skarżoną decyzją”. Zasady sądowego postępowania dowodowego zostały ukształtowane w taki sposób, by zapewnić stronom postępowania możliwość wyrażania stanowiska odnośnie podstaw rekonstrukcji faktycznej podstawy rozstrzygnięcia sprawy. Przeprowadzenie dowodów w kontradyktoryjnym procesie cywilnym następuje w postępowaniu, którego niezbędny formalizm podporządkowany jest zasadom i celowi procesu. Postanowienie dowodowe (art. 236 k.p.c.) umożliwia określenie wobec stron zakresu poddanych w sprawie wyjaśnieniu faktów i środków, które będą wzięte pod uwagę. Z kolei zapewnienie stronom możliwości przedstawienia stanowiska odnośnie każdego z przeprowadzonych dowodów, jest nieodzownie konieczne dla wyrobienia sobie przez sąd, przekonania, że określone istotne fakty zostają stwierdzone w sposób wiarygodny (wyrok SN z dnia 19 listopada 2008 r., sygn. akt III CSK 67/08, Lex 511982). Powyższe aspekty postępowania dowodowego uzyskują jeszcze intensywniejsze znaczenie w sprawach, takich jak niniejsza, w których chodzi o weryfikację podstaw do nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej, gdyż ukarany w postępowaniu administracyjnym powinien mieć zapewnione efektywne środki „wysłuchania”. W świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego dokonanie przez sąd ustaleń faktycznych na podstawie dowodów, które nie zostały w formalny sposób dopuszczone i przeprowadzone na rozprawie, narusza ogólne reguły postępowania w zakresie bezpośredniości, jawności, równości stron i kontradyktoryjności. Podstawą ustaleń faktycznych mogą być tylko dowody prawidłowo przeprowadzone (wyrok SN z dnia 20 października 2010 r., sygn. akt II CSK 323/09, Lex 602680; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 stycznia 2001 r., I PKN 571/00, OSNP 2003, nr 14, poz. 33; wyrok SN z dnia 19 listopada 2008 r., sygn. akt III CSK 67/08; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 lutego 2006 r., III CSK 128/05, OSNC 2006, nr 11, poz. 191).

W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się jednak, że przeprowadzenie dowodu bez wydania postanowienia przewidzianego w art. 236 k.p.c. nie jest z reguły uchybieniem mogącym mieć wpływ na wynik sprawy, jeżeli –

pomimo braku postanowienia dowodowego – okoliczności postępowania pozwalają na przyjęcie w dostatecznie pewny sposób, że zebrany i rozpatrzony materiał dowodowy będący podstawą merytorycznego orzekania podlegał regułom kontradyktoryjności procesu (wyrok SN z dnia 12 maja 2005 r., sygn. akt III CK 613/04, niepubl.; wyrok SN z dnia 30 października 2008 r., sygn. akt II CSK 254/08, Lex 511999; wyrok SN z dnia 19 stycznia 2007 r., sygn. akt III CSK 368/06, niepubl.). Jedynie w przypadku kwalifikowanych naruszeń art. 235 i 236 k.p.c. zakłada się, że miały one istotny wpływ na wynik postępowania (zob. np. wyrok SN z dnia 12 maja 2005 r., sygn. akt III CK 613/04; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 lutego 2006 r., III CSK 128/05, OSNC 2006, nr 11, poz. 191; wyrok SN z dnia 19 listopada 2008 r., sygn. akt III CSK 67/08). Przykładowo w powołanym przez powoda wyroku Sądu Najwyższego z dnia 20 sierpnia 2001 r., I PKN 571/00 teza ta została sformułowana w następujących okolicznościach: sąd drugiej instancji dokonał ustaleń na podstawie dowodów z dokumentów dołączonych do pisma procesowego złożonego w toku postępowania apelacyjnego, które to pismo nie zostało doręczone stronie przeciwnej, a ponieważ na rozprawie poprzedzającej wydanie wyroku sąd drugiej instancji nie przeprowadził dowodu z przedstawionych dokumentów, strona przeciwna powzięła o nich wiadomość dopiero z uzasadnienia wyroku.

W rozpatrywanej sprawie Sąd pierwszej instancji wziął pod uwagę dokumenty, których treść była powodowi znana, stanowiły one bowiem podstawę decyzji wydanej w sprawie administracyjnej poddanej regułom postępowania administracyjnego w tym obowiązkowi zapewnienia stronie czynnego udziału i prawa do wypowiedzenie się co do zebranych dowodów (art. 10 k.p.a.). Nie można zatem z góry przyjąć, że uchybienia proceduralne tego rodzaju, jak podniesione przez powoda mogły mieć ze swej istoty wpływ na treść orzeczenia bowiem dotyczyły tych norm postępowania, które regulują dochodzenie do ustalenia podstawy faktycznej rozstrzygnięcia (postanowienie SN z dnia 15 czerwca 2010 r., sygn. akt II CSK 37/10, niepubl.). Pomimo zatem naruszenia przez Sąd Apelacyjny powołanych powyżej przepisów postępowania, warunkiem uznania za zasadne odnoszących się do tych przepisów zarzutów skargi kasacyjnej jest wykazanie, że naruszenie to mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania w sprawie. Powód

nie przytoczył jednak przekonujących argumentów, mogących świadczyć o tym, że omawiane uchybienie Sądu pierwszej instancji, przez Sąd drugiej instancji niezweryfikowane mogło istotnie wpłynąć na wynik sprawy. Powód ograniczył się jedynie do przedstawienia założenia, zgodnie z którym „*jednym z podstawowych elementów niezbędnych do oceny zasadności nałożenia na powódkę kary pieniężnej była m.in. ocena porównania warunków zawartych w umowach łączących TP z operatorami alternatywnymi z warunkami zawartymi w Ofercie ramowej wprowadzonej decyzjami RUO I i RUO II. Stwierdzenie bowiem, że warunki zawarte w przedmiotowych umowach są warunkami gorszymi niż przewidzianymi w Ofercie ramowej może dopiero prowadzić do wniosku, że Oferty ramowe nie były wykonywane, co zaś było przyczyną nałożenia przez prezesa UKE na powódkę kary finansowej. Nawet gdyby uznać, że Sąd Okręgowy (co potwierdził Sąd Apelacyjny) w sposób prawidłowy przeprowadził dowód z treści tychże umów – znajdujących się w aktach administracyjnych – to zaniechanie przeprowadzenia odpowiedniego dowodu z dokumentów ofert ramowych wyklucza możliwość dokonania odpowiedniego porównania niezbędnego do stwierdzenia rozbieżności pomiędzy umowami a ofertą*”. Powyższy wywód byłby adekwatny dla zarzutu odnoszącego się do niepoczynienia przez Sąd Apelacyjny stosownych ustaleń faktycznych warunkujących możliwość prawidłowego zastosowania przepisów prawa materialnego. Nie prowadzi on jednak do zrekonstruowania prawidłowo ustalonej podstawy faktycznej rozstrzygnięcia niniejszej sprawy w sposób odmienny niż uczynił to Sąd Apelacyjny. Powód ograniczył się bowiem do przyjęcia spekulatywnego – z uwagi na brak rozwiniętej argumentacji – założenia o istotnym wpływie na wynik postępowania uwzględnienia wadliwie uwzględnionych przez Sąd Okręgowy dokumentów (wymienionych w pkt 38 skargi) z akt postępowania administracyjnego.

Z analogicznych względów Sąd Najwyższy nie uznaje za uzasadniony zarzutu naruszenia art. 479^{59} § 1 k.p.c. w związku z art. 236 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. poprzez błędną wykładnię i przyjęcie, że wynikający z tego przepisu obowiązek przekazania przez organ administracji odwołania wraz z aktami sprawy administracyjnej wyłącza obowiązek formalnego dopuszczenia dowodu z dokumentów znajdujących się w tych aktach. Powód trafnie wywodzi, że Sąd

Apelacyjny błędnie zinterpretował art. 479^{59} § 1 k.p.c. oraz określił skutki procesowe przekazania akt postępowania administracyjnego do sądu wraz z odwołaniem. Przekazanie akt sprawy administracyjnej ma bowiem jedynie ten skutek, że sąd rozpoznający sprawę z odwołania może na ich podstawie przeprowadzić weryfikację sposobu rozumowania Prezesa Urzędu, uzupełniając w razie potrzeby postępowanie dowodowe o dokumenty odnoszące się do okoliczności faktycznych wymagających ustalenia przed rozstrzygnięciem o zasadności odwołania, na które to dokumenty nie powołano się w odwołaniu lub odpowiedzi na odwołanie. Przepis art. 479^{59} § 1 k.p.c. nie wyłącza zastosowania ogólnych zasad postępowania dowodowego przed sądem procedującym na podstawie przepisów kodeksu postępowania cywilnego. Jednakże w niniejszej sprawie zarzut naruszenia art. 479^{59} § 1 k.p.c. został funkcjonalnie połączony z art. 236 k.p.c. Tymczasem brak związków między art. 479^{59} § 1 k.p.c. a art. 236 k.p.c., ponieważ przepis art. 479^{59} k.p.c. został zinterpretowany przez Sąd Apelacyjny w związku z art. 224 § 2, a nie art. 236 k.p.c. Za chybiony należy zaś uznać zarzut błędnej wykładni przepisu o przekazaniu akt postępowania w związku z przepisem o treści postanowienia dowodowego, polegający na tym, że Sąd odwoławczy wadliwie wyłożył oba przepisy uznając, że dopuszczenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania administracyjnego nie jest konieczne ze względu na wynikający z art. 479^{50} obowiązek przekazania akt. Przedmiot normowania art. 236 k.p.c. jest bowiem zupełnie inny, gdyż przepis ten dotyczy treści postanowienia dowodowego. Ponadto, w odniesieniu do tego zarzutu powód także nie wykazał istotnego wpływu na wynik sprawy, przemilczając jakiego rodzaju dokumenty, mimo nieprzeprowadzenia postępowania dowodowego, zostały uwzględnione w toku postępowania ze skutkiem negatywnym dla powoda oraz nie przedstawiając argumentacji zmierzającej do wykazania, że w przypadku nie wykorzystania przedmiotowych dokumentów Sąd wydałby rozstrzygnięcie korzystne dla powoda.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 230 k.p.c. w związku z art. 6 k.c. Sąd Najwyższy podziela argumentację powoda, zgodnie z którą ciężar wykazania naruszenia przepisów Prawa telekomunikacyjnego spoczywa - także na etapie postępowania sądowego - na Prezesie Urzędu. Założenie to jest zgodne z

utrwalonym już orzecznictwem Sądu Najwyższego (zob. w sprawach z zakresu ochrony konkurencji wyrok SN z dnia 19 sierpnia 2009 r., sygn. akt III SK 5/09, OSNP z 2011 r., Nr 9-10, poz. 144; wyrok SN z dnia 17 marca 2010 r., sygn. akt III SK 40/09, Lex 585839; w sprawach z zakresu regulacji energetyki wyrok SN z dnia 21 września 2010 r., sygn. akt III SK 12/10, niepubl.). Powyższe założenie nie zwalnia jednak powoda z konieczności podejmowania czynności procesowych ukierunkowanych na obronę przed zarzutami stawianymi mu przez Prezesa Urzędu w zaskarżonej decyzji oraz ich uzasadnieniu zawartemu zarówno w samej decyzji, jak w składanych w toku postępowania pismach procesowych. Z przytoczonego w uzasadnieniu powyższego zarzutu fragmentu uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego nie wynika jednak, by Sąd – jak wywodzi powód - przerzucił na niego ciężar dowodu w zakresie wykazania przestrzegania prawa. Sąd Apelacyjny przyjął bowiem, że z zachowania powoda wynika, iż nie kwestionuje on tego, że zawarte w kwietniu 2007 r. umowy nie odpowiadały w swej treści wymogom wynikającym z decyzji RUO I i RUO II. Tymczasem za pomocą przedstawionej argumentacji powód stara się wykazać, że zawarte przez niego umowy nie odpowiadały co prawda wymogom wynikającym z decyzji RUO I i RUO II („TP wprowadziła wzór umowy zgodny z przepisami prawa oraz w zasadzie z warunkami oferty ramowej”), ale nie zawierały warunków gorszych od wynikających z powołanych decyzji, pomimo odmiennego sformułowania ich poszczególnych postanowień.

Zasadny okazał się natomiast zasadniczy zarzut skargi kasacyjnej dotyczący naruszenia art. 201 ust. 1 i 3 Prawa telekomunikacyjnego; art. 209 ust. 1 pkt 6 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 10 ust. 2 i 3 dyrektywy 2002/20 w brzmieniu obowiązującym w dniu wydania decyzji poprzez nałożenie na powódkę kary pieniężnej bez zapewnienia jej odpowiedniej możliwości uprzedniego usunięcia naruszeń w terminie przewidzianym w dyrektywie 2002/20.

Na wstępie należy przypomnieć, że stosownie do stanowiska przyjętego w wyroku SN z 16 marca 2009 r., sygn. akt III SK 35/08 (OSNP z 2010 r., Nr 17-18, poz. 223), systematyka ustawy Prawa telekomunikacyjnego prowadzi do konkluzji, że art. 209 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego, zawarty w dziale XI ustawy „Przepisy karne i kary pieniężne", sankcjonuje każde zachowanie przedsiębiorcy telekomunikacyjnego objęte dyspozycją unormowań wynikających z kolejnych

jednostek redakcyjnego tego przepisu. Natomiast określona w art. 201 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego możliwość nałożenia kary pieniężnej jest szczególnym środkiem przymusu, który organ regulacyjny jest władny zastosować wobec przedsiębiorcy uchylającego się od wykonania powinności nałożonych na niego w zaleceniach pokontrolnych. W świetle stanowiska wyrażonego w powyższym orzeczeniu, w sprawie o nałożenie kary pieniężnej z tytułu niewypełnienia obowiązku udzielania informacji lub dostarczenia dokumentów przewidzianych ustawą, do nałożenia kary pieniężnej na podstawie art. 209 Prawa telekomunikacyjnego nie zawsze konieczne jest uprzednie przeprowadzenie postępowania kontrolnego, o którym mowa w art. 199 Prawa telekomunikacyjnego. Natomiast w wyroku SN z dnia 21 września 2010 r., sygn. akt III SK 8/10 (Lex 646358) uznano, że w sytuacji gdy Prezes Urzędu przeprowadził uprzednio postępowanie kontrolne, które wykazało fakt naruszenia przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego przepisów Prawa telekomunikacyjnego, nie może bez wyczerpania trybu postępowania, o którym mowa w art. 201 Prawa telekomunikacyjnego nałożyć kary pieniężnej w wyniku przeprowadzenia samoistnego postępowania w sprawie nałożenia kary pieniężnej na podstawie art. 209 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego za naruszenie, którego dotyczyło postępowanie kontrolne.

Rozwijając powyższe założenie interpretacyjne należy zważyć, że przepis art. 10 dyrektywy 2002/20 w oryginalnym brzmieniu przewidywał, że krajowy organ regulacyjny może weryfikować, czy przedsiębiorcy telekomunikacyjni spełniają obowiązki wynikające z Prawa telekomunikacyjnego lub wydanych decyzji (art. 10 ust. 1 dyrektywy 2002/20). Jeżeli jednak organ stwierdził uchybienia, to zgodnie z art. 10 ust. 2 dyrektywy 2002/20, powinien powiadomić o tym przedsiębiorcę i zapewnić mu możliwość ustosunkowania się do stawianych zarzutów lub zapewnić możliwość usunięcia naruszenia w stosownym terminie. Dopiero w przypadku nieusunięcia naruszeń w wyznaczonym terminie możliwe było nałożenie kar pieniężnych (art. 10 ust. 3 dyrektywy 2002/20) za zachowania wymienione w art. 10 ust. 2 dyrektywy 2002/20 (to jest niespełnienie wymogów określonych w ogólnym zezwoleniu, prawach użytkowania lub w szczegółowych obowiązkach, o których mowa w art. 6 ust. 2 dyrektywy 2002/20). Sąd Najwyższy nie podziela argumentacji

Prezesa Urzędu, zgodnie z którą użycie w art. 10 ust. 2 dyrektywy 2002/20 spójnika „lub” (w sformułowaniu „powiadomi on o tym przedsiębiorstwo i zapewni mu odpowiednią możliwość wypowiedzenia się w tej kwestii lub usunięcia naruszenia w terminie”) oznacza, że ustawodawca krajowy wdrażając postanowienia dyrektywy 2002/20 zachowuje możliwość wyboru między dwoma systemami egzekwowania obowiązków nałożonych na przedsiębiorców telekomunikacyjnych: systemem pozwalającym na nałożenie kary pieniężnej w przypadku stwierdzenia naruszenia, a systemem, w którym nałożenie kary musi poprzedzać wezwanie do usunięcia stwierdzonych naruszeń. Taka wykładnia przepisu art. 10 ust. 2 dyrektywy 2002/20 jest nie do pogodzenia z jednoznacznym brzmieniem art. 10 ust. 3 dyrektywy 2002/20, który wyraźnie stanowi o możliwości nakładania kar pieniężnych przez krajowe organy regulacyjne dopiero po bezskutecznym upływie terminu na usunięcie naruszeń, wyznaczanego stosownie do wymogów określonych w art. 10 ust. 2 dyrektywy 2002/20 („jeżeli przedsiębiorstwo nie usunie naruszeń w terminie określonym w ustępie 2, właściwe organy [...] podejmą odpowiednie i proporcjonalne środki [...]. W tym celu Państwa Członkowskie będą mogły upoważnić właściwe organy władzy państwowej do nakładania kar finansowych”).

Za przyjętą w niniejszej sprawie wykładnią art. 10 ust. 2 i 3 dyrektywy 2002/20 w pierwotnym brzemieniu przemawia dodatkowo akapit 51 preambuły do dyrektywy 2009/140. Wynika z niego, że głównym motywem zmiany dotychczasowego brzmienia art. 10 dyrektywy 2002/20 była nieadekwatność dotychczasowych unormowań uprawniających krajowe organy regulacyjne do nakładania kar pieniężnych na przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Sąd Najwyższy zauważa, że na problem ten zwracano uwagę znacznie wcześniej. Przykładowo w załączniku do komunikatu Komisji w sprawie europejskiej regulacji rynków komunikacji elektronicznej z 2006 r. (tzw. 12 raport, COM (2007) 155), wskazano na potrzebę zapewnienia skutecznych sankcji finansowych odstraszających dużych operatorów od naruszania wymogów wynikających z ustawy lub decyzji, jak również na nadmierne skomplikowanie procedur służących egzekwowaniu powyższych obowiązków (12 raport, s. 43-44). Gdyby zaś, jak przyjął Sąd Apelacyjny oraz jak wywodzi Prezes Urzędu, w sprawach takich jak niniejsza możliwe było już pod rządami art. 209 Prawa telekomunikacyjnego w

związku z art. 10 ust. 2 i 3 dyrektywy 2002/20 w pierwotnym brzmieniu nakładanie kar pieniężnych bez uprzedniego prowadzenia postępowania kontrolnego i wydania stosownych zaleceń, zmiana art. 10 ust. 2 i 3 dyrektywy 2002/20 na mocy dyrektywy 2009/140 byłaby zbędna. Ponadto, dyrektywy 2002/20 nie zawiera w relewantnym dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy zakresie żadnej klauzuli derogującej, pozwalającej państwom członkowskim na wprowadzenie innego standardu i trybu postępowania, od przewidzianego w jej art. 10. Mając zaś na względzie stanowisko Trybunału Sprawiedliwości wyrażone w uzasadnieniu wyroku z 3 maja 2011 r. w sprawie C-375/09 *Tele2*, odnośnie konsekwencji unormowania w aktach unijnego prawa pochodnego zagadnień proceduralnych dla autonomii proceduralnej państw członkowskich, Sąd Najwyższy przyjmuje, że nie jest możliwe uznanie, że na podstawie art. 10 ust. 2 i 3 dyrektywy 2002/20 dopuszczalne jest zastosowanie art. 209 Prawa telekomunikacyjnego w okolicznościach niniejszej sprawy. Należy zwrócić uwagę, że postępowanie zakończone wydaniem decyzji w niniejszej sprawie wszczęto w dniu 27 lutego 2007 r.; jej przedmiotem było nałożenie kary pieniężnej w związku z niewykonaniem decyzji RUO I. Do postępowania tego włączono w charakterze dowodów szereg dokumentów (karta 167 akt administracyjnych), w tym protokół z kontroli wykonywania przez powoda decyzji RUO I (karta 147 akt administracyjnych). Z protokołu kontroli wynika, że dotyczyła ona wykonywania przez powoda oferty określającej ramowe warunki umów o dostępie do lokalnej pętli abonenckiej i związanych z nim udogodnień w zakresie dostępu pełnego i współdzielonego. W toku kontroli ustalono, że do dnia jej zakończenia powód nie zawarł z żadnym z operatorów stosownej umowy (umowa o dostępie albo umowa kolokacji) oraz że żaden z operatorów nie złożył wniosku o realizację wywiadu technicznego. W protokole kontroli porównano również treść decyzji RUO I z treścią projektu umowy powoda i wykazano różnice (karta 150 i n. akt administracyjnych). Postępowanie w sprawie nałożenia kary pieniężnej wszczęto bezpośrednio po zakończeniu kontroli przeprowadzonej w dniach od 22 stycznia do 22 lutego 2007 r. Protokół z kontroli sporządzono dopiero w dniu 22 marca 2007 r. (karta 148 akt administracyjnych). Z akt postępowania nie wynika, by wydane zostały zalecenia pokontrolne. Podkreślenia wymaga, że już w toku postępowania w sprawie nałożenia kary pieniężnej za niewykonanie decyzji

RUO I, wydano decyzję RUO II (3 kwietnia 2007 r.). Następnie zaś decyzją z dnia 17 sierpnia 2007 r. Prezes Urzędu nałożył karę pieniężną za niewykonywanie decyzji RUO I i RUO II poprzez zawarcie z operatorami umów na warunkach gorszych niż określone w decyzjach RUO I i RUO II. Jak wynika z przedstawionego – w podstawowym zarysie – przebiegu postępowania w niniejszej sprawie na etapie postępowania administracyjnego, krajowy organ regulacyjny przed nałożeniem kary pieniężnej powiadomił przedsiębiorstwo o stwierdzonych naruszeniach, zapewnił mu możliwość wypowiedzenie się w tej kwestii ale nie wyznaczył terminu na usunięcie naruszeń, postępując w ten sposób nie tylko wbrew dyspozycji art. 201 Prawa telekomunikacyjnego, ale także art. 10 ust. 2 dyrektywy 2002/20 w pierwotnym brzmieniu.

Zasadny jest także zarzut naruszenia art. 316 § 1 k.p.c., który w skardze kasacyjnej został połączony z zarzutem naruszenia przepisu prawa materialnego, to jest art. 10 ust. 2 i 3 dyrektywy 2002/20 oraz przepisu prawa procesowego, to jest art. 316 § 1 k.p.c. Sąd Najwyższy podziela argumentację powoda, zgodnie z którą w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu nakładającej karę pieniężną przepis art. 316 k.p.c. w zakresie zmian stanu prawnego należy stosować ze szczególną ostrożnością. Zgodnie z ogólnymi zasadami systemu prawnego, ewentualna zmiana stanu prawnego nie może prowadzić do pogorszenia sytuacji prawnej przedsiębiorcy wnoszącego odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu nakładającej karę pieniężną (zob. w odniesieniu do decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nakładających kary pieniężne wyrok SN z 2 października 2008 r., sygn. akt III SK 3/08, OSNP z 2010 r., nr 9-10, poz. 129). Wydanie przez Prezesa Urzędu decyzji na podstawie art. 209 Prawa telekomunikacyjnego petryfikuje stan prawny, według którego należy rozpoznać sprawę. Konsekwencją przyjętego powyżej rozumienia znaczenia art. 10 dyrektywy 2002/20 w pierwotnym brzmieniu, zgodnie z którym niedopuszczalne było nałożenie kary pieniężnej bez uprzedniego wezwania do usunięcia stwierdzonych naruszeń, jest zatem niedopuszczalność wywiedzenia tezy o zgodności trybu procedowania przyjętego przez Prezesa Urzędu w niniejszej sprawie z nowego brzmienia art. 10 dyrektywy 2002/20. Sąd Najwyższy odnotowuje z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości wskazanie, zgodnie z którym od momentu wejścia w

życie dyrektywy sądy krajowe powinny powstrzymać się przed interpretowaniem przepisów prawa krajowego w sposób, który „poważnie zagrażałby − po upływie terminu dla jej transpozycji − osiągnięciu wskazanego w niej rezultatu” (wyrok TS z 4 lipca 2006 r., w sprawie C-212/04 *Adeneler*, Zb. Orz. 2006, s. I-6057, pkt 123). Jednakże obowiązek prounijnej wykładni przepisów prawa krajowego, a także zapewnienia skuteczności prawu Unii Europejskiej (leżące u podstaw założenia o potrzebie uwzględniania przepisów dyrektywy jeszcze przed upływem terminu na jej implementację) doznają szeregu ograniczeń. W niniejszej sprawie nie chodzi o wynikającą z utrwalonego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości zasadę, zgodnie z którą prounijna wykładnia oraz zasada skuteczności nie mogą prowadzić do nałożenia na jednostkę sankcji o charakterze karnym, które nie zostały przewidziane w przepisach prawa krajowego (wyroki TS z dnia 8 października 1987 r. w sprawie 80/86 *Kolpinghuis Nijmegen*, Rec. 1987, s. 3969, pkt 13 i z dnia 7 stycznia 2004 r. w sprawie C-60/02 *X*, Rec. 2004, s. I-651, pkt 61). Zasada ta nie pozwala bowiem organom państwa członkowskiego powołać się na samą dyrektywę celem pociągnięcia jednostki do odpowiedzialności karnej lub zaostrzenia sankcji z tytułu naruszenia przepisów dyrektywy (wyrok TS z 3 maja 2005 r., w sprawie C-387/02 *Berlusconi*, Zb. Orz. 2005, s. I-3565, pkt 74). Natomiast w niniejszej sprawie chodzi o zastosowanie przepisów prawa krajowego wdrażających art. 10 dyrektywy 2002/20. Ograniczenia dla dokonania prounijnej wykładni przepisów Prawa telekomunikacyjnego w niniejszej sprawie, w okresie między wejściem w życie dyrektywy a upływem terminu jej implementacji, Sąd Najwyższy upatruje jednak przede wszystkim w zasadzie ogólnej prawa unijnego, jaką jest ochrona praw podstawowych oraz w art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej. Do przepisu tego oraz powołanej zasady sądy unijne odwołują się zaś w sprawach dotyczących, tak jak sprawa niniejsza, dolegliwych kar pieniężnych nakładanych na przedsiębiorstwa z tytułu naruszenia reguł konkurencji (zob. wyroki TS z dnia 8 lipca 1999 r. w sprawie C-199/92 *Hüls przeciwko Komisji*, Rec. 1999, s. I-4287, pkt 149 i 150; z 8 lipca 1999 r. w sprawie C-235/92 *Montecatini przeciwko Komisji*, Rec. 1999, s. I 4539, pkt 175 i 176; wyroki Sądu Pierwszej Instancji z 8 lipca 2004 r. w sprawach połączonych T-67/00, T-71/00 i T-78/00 *JFE Engineering Corp. i in. przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2004, s. II-2501, pkt 178 oraz z 5 kwietnia

2006 r. w sprawie T-279/02 *Degussa przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2006, s. II-897, pkt 115). Mając na względzie, że w świetle dotychczasowego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, współkształtującego treść unijnej zasady ochrony praw podstawowych oraz wyznaczającego, stosownie do art. 53 Karty Praw Podstawowych, minimalny standard ochrony przedmiotowych praw, dolegliwe kary pieniężne nakładane na przedsiębiorców przez organy administracji mają charakter sankcji karnych w rozumieniu przepisów Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka (wyrok ETPC z 24 września 1997 r. w sprawie 18996/91 *Garyfallou ABBE p. Grecji*, LEX nr 79585; decyzja ETPC z 23 marca 2000 r. w sprawie 36706/97 *Ioannis Haralambidis, Y. Haralambidis-Liberpa Ltd p. Grecji*, LEX nr 520369), niewłaściwe jest odwołanie się do przepisów dyrektywy 2002/20 w znowelizowanym brzmieniu, które weszły w życie po wydaniu przez krajowy organ regulacyjny decyzji o nałożeniu kary pieniężnej, celem wykazania że zastosowane w sprawie przepisy prawa krajowego implementujące art. 10 dyrektywy 2002/20 w pierwotnym brzmieniu są zgodne z art. 10 ust. 2 i 3 dyrektywy w nowym brzmieniu, w sytuacji, gdy ich treść lub praktyka zastosowania były sprzeczne z tymi przepisami w ich pierwotnym brzmieniu.

Z uwagi na uwzględnienie podstawowego zarzutu skargi kasacyjnej, dotyczącego nałożenia na powoda kary pieniężnej na podstawie art. 209 Prawa telekomunikacyjnego bez uprzedniego wezwania do usunięcia stwierdzonych naruszeń oraz wyznaczenia stosownego terminu, przedwczesne jest na obecnym etapie postępowania analizowanie zasadności zarzutu naruszenia przez Sąd Apelacyjny przepisu art. 209 ust. 1 pkt 6 oraz art. 210 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego.

Mając powyższe na względzie, Sąd Najwyższy uznając, że rozpatrywana skarga kasacyjna ma częściowo uzasadnione podstawy, orzekł jak w sentencji na podstawie art. 398^{15} k.p.c.