



Sygn. akt I NSK 63/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 października 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Ewa Stefańska (przewodniczący)

SSN Paweł Księżak

SSN Jacek Widło (sprawozdawca)

w sprawie z powództwa T. S.A. z siedzibą w W.
przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej
o nałożenie kary pieniężnej
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw
Publicznych w dniu 9 października 2019 r.
skargi kasacyjnej powoda
od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)
z dnia 21 grudnia 2016 r., sygn. akt VI ACa (...)

oddala skargę kasacyjną.

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 2 sierpnia 2011 r., DKE-(...), Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej jako: „Prezes UKE” lub „pozwany”) nałożył na P. Sp. z o.o. z siedzibą w W. (obecnie T. S.A. z siedzibą w W.; dalej jako: „powód” lub „Spółka”), na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 25 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (jednolity tekst: Dz.U. z 2018 r., poz. 1954 z późn. zm.; dalej

jako: „Pt”), karę pieniężną w wysokości 5.000.000,00 zł za naruszenie art. 172 ust. 1 Pt w zw. z art. 174 pkt 1 Pt, poprzez niewypełnienie obowiązku uzyskania od 95 abonentów lub użytkowników końcowych sieci telekomunikacyjnej powoda zgody na używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego i użycie oraz stosowanie w stosunku do tych abonentów lub użytkowników końcowych automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego polegające na wysyłaniu komunikatów tekstowych SMS zachęcających do udziału w loterii promocyjnej pod nazwą „Czy stałeś się dzisiaj Milionerem” (loteria), w sytuacji gdy posiadane przez powoda zgody zostały wyrażone niezgodnie z art. 174 pkt 1 Pt oraz za naruszenie art. 172 ust. 1 Pt przez niewypełnienie obowiązków uzyskania zgody od 1.711.294 abonentów lub użytkowników końcowych sieci telekomunikacyjnej powoda na używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego i użycie w stosunku do tych abonentów lub użytkowników końcowych automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego polegające na wysyłaniu komunikatów tekstowych SMS lub komunikatów głosowych IVR zachęcających do udziału w ww. loterii.

W toku postępowania administracyjnego w sprawie nałożenia kary pieniężnej Prezes UKE ustalił następujący stan faktyczny. Na zlecenie powoda w okresie od 25 października 2010 r. do 14 kwietnia 2011 r. spółka M. z siedzibą w K. (organizator) przeprowadzała loterię wśród abonentów i użytkowników końcowych sieci powoda. Organizator loterii celem zachęcenia do udziału w niej przesyłał do abonentów komunikaty tekstowe SMS lub komunikaty głosowe IVR. W wyniku licznych skarg dotyczących uczestnictwa w loterii Prezes UKE wezwał powoda do zajęcia stanowiska w sprawie, w zakresie dopełnienia obowiązku uzyskania zgód abonentów lub użytkowników końcowych, o których mowa w art. 172 i art. 174 Pt. Prezes UKE wezwał także powoda do przekazania danych dotyczących wielkości przychodu, niezbędnych do określenia podstawy wymiaru kary.

W przesłanym stanowisku powód stwierdził, iż całkowicie realizuje obowiązek informacyjny względem abonentów i użytkowników końcowych. Ponadto poinformował, że stosowany u niego system zgód na otrzymywanie informacji handlowych opiera się na modelach Opt-in+, Opt-in oraz Non-Opt-in. Model Opt-in

oznacza zbiór klientów, którzy wyrazili zgodę na otrzymywanie informacji handlowych. Model Non-Opt-in oznacza zbiór klientów, którzy nie wyrazili zgody ani sprzeciwu na otrzymywanie informacji handlowych, natomiast model Opt-in+ docelowo obejmuje wszystkie kategorie pozyskiwanych od klientów zgód. Powód przekazał ponadto, iż klienci mogą wyrazić zgodę na otrzymywanie informacji handlowych poprzez: 1) zawarcie umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych; 2) wysłanie wiadomości tekstowej o treści TAK na numer 80888; 3) Biuro Obsługi Abonenta (tj. podczas rozmowy z „Call Center”); 4) serwis IBOA (Internetowe Biuro Obsługi Abonenta); 5) bramkę sponsorowaną. Zgodnie z postanowieniami wzorca Umowy/Aneksu oraz dokumentu „Zasady korzystania z usługi Informacja Handlowa” wyrażenie przez abonenta/użytkownika końcowego zgody obejmuje: „otrzymywanie od Operatora i Partnerów informacji handlowych, w tym drogą elektroniczną i przy użyciu automatycznych systemów informacji głosowej oraz przetwarzanie danych osobowych i danych transmisyjnych dla celów marketingowych Operatora i Partnerów”. Powód stwierdził, iż informacje o loterii przesyłane były na posiadane przez niego numery telefonów, z wyłączeniem klientów, którzy wyraźnie odmówili swojej zgody. Ponadto z każdej kolejnej tury wyłączano klientów, którzy wzięli już udział w loterii oraz tych, którzy odmówili zgody na otrzymywanie komunikatów jej dotyczących. Powód przekazał także informacje o podjętych działaniach proklienckich, w stosunku do klientów, którzy złożyli skargi w związku z loterią.

Powód w odpowiedzi na wezwanie Prezesa UKE do uzupełnienia przekazanego stanowiska poinformował, że treść zgody, jaką konsultanci przekazują klientom w trakcie rozmowy z Call Center odpowiada treści zawartej w „Zasadach korzystania z usługi Informacja Handlowa”. Powód przekazał ponadto, iż w stosunku do klientów, którzy otrzymywali komunikaty o loterii za pomocą systemu IVR (4.385.027 abonentów i użytkowników końcowych) powód posiadał: 1) 1.150.023 zgód typu Opt-in+; 2) 1.917.550 zgód typu Opt-in; 3) 1.317.454 zgód typu Non-Opt-in. Natomiast w stosunku do abonentów i użytkowników końcowych, którzy otrzymywali komunikaty zachęcające do udziału w loterii za pomocą wiadomości SMS (5.263.391 abonentów i użytkowników końcowych) powód posiadał: 1) 3.650.332 zgód typu Opt-in+ lub Opt-in; 2) 1.613.059 zgód typu Non-Opt-in.

W toku postępowania powód złożył wnioski o umorzenie postępowania, z uwagi na jego bezpodstawność, gdyż w momencie wszczęcia postępowania Prezes UKE nie posiadał żadnych dowodów świadczących o nieprawidłowym wykonywaniu przez powoda obowiązków wynikających z art. 172 ust. 1 oraz art. 174 Pt. Alternatywnie powód wniósł o zawieszenie postępowania na podstawie art. 97 § 1 pkt 4 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (jednolity tekst: Dz.U. z 2018 r., poz. 2096 z późn. zm.; dalej jako: „k.p.a.”), oraz umorzenie postępowania w przypadku wykonania ewentualnych zaleceń pokontrolnych lub w przypadku stwierdzenia prawidłowego wykonywania obowiązków przewidzianych w przepisach art. 172 ust. 1 i art. 174 Pt.

W oparciu o tak ustalony stan faktyczny Prezes UKE stwierdził, iż zgodnie z art. 172 ust. 1 Pt oraz art. 174 Pt zgoda abonenta lub użytkownika końcowego na stosowanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego musi być zgodą uprzednią, nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści oraz nie może być wyprowadzona z faktu korzystania z usługi. Loteria przeprowadzana była przez organizatora na zlecenie powoda, zatem wszelkie czynności podejmowane przez organizatora wywoływały bezpośrednio skutki prawne dla powoda. Jeżeli w ramach tych czynności doszło do użycia automatycznych systemów wywołujących, o których mowa w art. 172 ust. 1 Pt, to skutki prawne w postaci naruszenia obowiązku posiadania zgody wymaganej ww. przepisem obciążają bezpośrednio Spółkę.

Powód decydował o warunkach organizowania i przeprowadzania loterii, w tym także szczegółach związanych z komunikowaniem się w związku z loterią z abonentami i użytkownikami końcowymi sieci powoda. W związku z powyższym Prezes UKE uznał, iż podmiotem odpowiedzialnym za przesyłanie w ramach loterii komunikatów głosowych IVR oraz komunikatów SMS jest powód. Zatem to na powodowej Spółce ciążył obowiązek pozyskania zgód abonentów i użytkowników końcowych na kierowanie do nich komunikatów w związku z loterią.

Prezes UKE stwierdził ponadto, że zgody udzielone przez abonentów lub użytkowników końcowych podczas zawierania umowy lub aneksu do umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, a także zgody pozyskane poprzez Biuro

Obsługi Abonenta zawierały sformułowanie, iż zgoda obejmuje „automatyczne systemy informacji głosowej”, co nie jest sformułowaniem zbieżnym z tym zawartym w treści art. 172 ust. 1 Pt, gdzie użyto określenia „automatyczne systemy wywołujące”. W związku z tym powód nie posiadał zgody na używanie innych niż głosowe automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego. Nie miał zatem prawa przesyłać do klientów wiadomości tekstowych SMS. W wyniku tych działań powoda doszło do naruszenia obowiązku pozyskania zgód w stosunku do 95 klientów. Co więcej, Prezes UKE zaznaczył, że powód skierował komunikaty dotyczące loterii do 1.711.294 klientów, w stosunku do których posiadał zgody typu Non-Opt-in. Organ nadmienił, że ten typ zgody oznacza grupę klientów, którzy nie wyrazili zgody ani sprzeciwu na otrzymywanie informacji handlowych, natomiast przepis art. 172 ust. 1 w zw. z art. 174 Pt stanowi o wyrażeniu wyraźnej zgody, a nie braku wyraźnej odmowy. Oznacza to, że w stosunku do tych klientów doszło do naruszenia obowiązku pozyskania zgody.

Pismem z dnia 16 sierpnia 2011 r. powód zaskarżył w całości ww. decyzję Prezesa UKE.

Wyrokiem z dnia 21 marca 2014 r., sygn. akt XVII AmT (...), Sąd Okręgowy w W. - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie powoda.

Sąd Okręgowy ustalił, że powód zawarł 21 października 2010 r. umowę o współpracę z organizatorem loterii, która miała zostać przeprowadzona dla klientów powodowej Spółki. Ponadto 25 października 2010 r. powód zawarł z U. S.A. z siedzibą w Atenach umowę o świadczenie usług związanych z przeprowadzeniem kampanii medialnej i obsługą platformy technologicznej dla celów kampanii promocyjnej, przekazując tej spółce informacje dotyczące abonentów z wyrażeniem ich zgód dotyczących przekazywania informacji. Komunikaty dotyczące loterii były przesyłane z wykorzystaniem infrastruktury powoda. W okresie trwania loterii do abonentów i użytkowników końcowych powoda wysyłane były komunikaty tekstowe SMS oraz komunikaty głosowe IVR za pośrednictwem automatycznych systemów wywołujących.

Zdaniem SOKiK ustalenia potwierdzają, iż w stosunku do 95 abonentów lub użytkowników końcowych doszło do naruszenia art. 172 ust. 1 w zw. z art. 174 pkt 1 Pt, poprzez używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów

marketingu bezpośredniego i wysyłanie komunikatów tekstowych SMS zachęcających do udziału w loterii, w sytuacji gdy posiadane przez powoda zgody były wyrażone w sposób niezgodny z art. 174 pkt 1 Pt. Co więcej ustalono, że w stosunku do 1.711.294 abonentów lub użytkowników końcowych doszło do naruszenia obowiązku wynikającego z art. 172 ust. 1 Pt. W stosunku do tych klientów nie dopełniono bowiem obowiązku pozyskania zgody na używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, mimo to używano ich wobec tych klientów wysyłając komunikaty tekstowe SMS lub komunikaty głosowe IVR, zachęcające do udziału w loterii.

W ocenie SOKiK zawarcie przez powoda umów, dotyczących obsługi loterii nie wyłącza jego odpowiedzialności za wykonywanie technicznych czynności związanych z obsługą loterii, które powinny być zgodne z obowiązującymi przepisami Prawa telekomunikacyjnego. Sąd Okręgowy za bezpodstawne uznał zarzuty powoda, iż nie można mu przypisać odpowiedzialności za naruszenie przepisów Prawa telekomunikacyjnego, gdyż nie jest on sprawcą bezpośrednim czynu. W opinii Sądu I instancji niezasadne jest zrównywanie standardu administracyjnego z karnym w zakresie przesłanek odpowiedzialności. SOKiK uznał, iż Prezes UKE zastosował właściwą wykładnię obowiązujących przepisów, nakładając na powoda karę, gdyż jest on jedynym podmiotem, który dopuścił się naruszenia, w sytuacji gdy spoczywał na nim szczególny obowiązek wynikający z przepisów Pt. W ocenie Sądu Okręgowego zleceniobiorcy nie są przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, dlatego też Prezes UKE nie ma kompetencji do nakładania na nich kar w oparciu o art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt.

Powód zaskarżył wyrok SOKiK apelacją w całości i wniósł o jego uchylenie oraz przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji, ewentualnie o jego zmianę i uchylenie zaskarżonej decyzji w całości lub o zmianę decyzji i obniżenie nałożonej kary, na karę nie wyższą niż 100.000 zł.

Wyrokiem z dnia 21 grudnia 2016 r., sygn. akt VI ACa (...), Sąd Apelacyjny w (...) oddalił apelację oraz orzekł o kosztach postępowania apelacyjnego.

W uzasadnieniu orzeczenia Sąd II instancji wskazał, że co prawda zarzut naruszenia przepisów postępowania - a w szczególności brak wydania przez Sąd Okręgowy postanowień w przedmiocie dopuszczenia określonych dowodów oraz

niewskazanie, na jakich konkretnie dowodach Sąd oparł pewne ustalenia faktyczne, zwłaszcza co do treści SMS-ów zachęcających abonentów sieci E. do udziału w przedmiotowej loterii - okazał się w pewnym zakresie zasadny, to nie miało to istotnego wpływu na wynik postępowania.

Zdaniem Sądu odwoławczego, zgromadzony na etapie postępowania administracyjnego materiał dowodowy był od początku znany skarżącej Spółce, a co więcej to właśnie z treści składanych przez nią pism oraz reklamacji pochodzących od klientów sieci E. kierowanych do tego operatora (które Prezes UKE włączył do materiału dowodowego) wynikało, jakiej treści informacje zarówno głosowe jak i tekstowe (SMS) były kierowane do abonentów i użytkowników końcowych w związku z przeprowadzoną loterią. Poza tym nie sposób tu pominąć również wyjaśnień złożonych na piśmie z dnia 18 marca 2011 r. przez P. Sp. z o.o., w odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania, gdzie szczegółowo przytoczono treść przykładowych komunikatów głosowych lub tekstowych.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, nie może ulegać żadnej wątpliwości okoliczność, że przekazywane klientom P. informacje zachęcające do udziału w loterii nosiły znamiona marketingu bezpośredniego. Chodziło tu o działania obliczone na oferowanie określonych produktów z wykorzystaniem bezpośrednich środków przekazu, w celu wywołania reakcji ze strony osoby, do której taka oferta jest kierowana.

Również nieprzekonujący okazał się zarzut naruszenia art. 479¹⁴ § 2 k.p.c., albowiem uzasadnienie zaskarżonej decyzji oraz odpowiedź na odwołanie pozwalało ocenić, czym kierował się pozwany uznając zarzucaną powodowi praktykę za naruszającą przepisy Pt i powiązać tę argumentację ze zgromadzonymi dowodami w postępowaniu administracyjnym, które były stronie skarżącej doskonale znane.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, jeśli porówna się zacytowaną przez Sąd Okręgowy treść jednego z SMS-ów - „Jesteś jednym ze szczęściarzy który może wygrać milion zł dziś do E. Wyślij za darmo TAK na 8807 SMS-y na 8007 są darmowe!” z podanym przez powoda przykładowo SMS-em „Nie dodzwoniliśmy się do Ciebie, a masz szansę na milion zł od E.! Losujemy codziennie. Wyślij za darmo TAK na 8007 SMS-y na 8007 Reg. 100m. (...).pl codzienny koszt udziału:

4,92 zł”, to w gruncie rzeczy chodzi tu o to samo tj. o zachętę abonenta lub użytkownika końcowego do wzięcia udziału w grze o milion złotych. Jeżeli powodowa spółka utrzymywała, że jakaś liczba wysyłanych SMS-ów (spośród 1.711.294) miała zupełnie inną treść, nie noszącą znamion marketingu bezpośredniego, to nic nie stało na przeszkodzie, aby mogła złożyć na tę okoliczność stosowne dowody.

Sąd Apelacyjny nie podzielił też zarzutu naruszenia art. 209 ust. 1 pkt 25 w zw. z art. 172 ust. 1 i art. 174 Pt, ale uznał - powołując się m.in. na treść zapadłej na kanwie niniejszej sprawy uchwały Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r., sygn. akt III SZP 7/15 - że powodowa Spółka nie tylko stworzyła dla U. S.A. warunki do prowadzenia zleconej jej kampanii promocyjnej z wykorzystaniem automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego ale w rzeczywistości akceptowała stosowanie takich urządzeń, w sytuacji gdy jednocześnie nie dopełniła wymogu uzyskania od wszystkich adresatów całej tej akcji stosownych zgód, co pozwala przypisać jej odpowiedzialność przewidzianą w art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt.

Sąd Apelacyjny nie podzielił też zarzutu, że pozwany Prezes UKE nie mógł nałożyć na skarżącego kary pieniężnej na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt z tej przyczyny, że wraz z postępowaniem administracyjnym w sprawie nałożenia kary pieniężnej na P. było prowadzone równoległe postępowanie kontrolne w przedmiocie wykonywania obowiązków wynikających z art. 61, 64, 80, 161, 163, 172, 174 Pt w związku z loterią, które zakończyło się niewydaniem jakichkolwiek zaleceń pokontrolnych. Postępowanie o nałożenie kary pieniężnej zostało wszczęte w dniu 4 lutego 2011 r. i zdaniem Sądu II instancji nie ulega wątpliwości okoliczność, że w trakcie tego postępowania Prezes UKE zebrał wszystkie informacje i dowody, bez konieczności wspierania się danymi uzyskanymi w toku wszczętego następnie (18 lutego 2011 r.) postępowania kontrolnego, które obejmowało o wiele szerszy zakres badania realizacji przez P. obowiązków wynikających z przepisów Pt, związanych z przeprowadzeniem przedmiotowej loterii.

W ocenie Sądu odwoławczego, brak implementacji do krajowego ustawodawstwa Dyrektywy 2009/140/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia

25 listopada 2009 r. zmieniającej Dyrektywy nr 2002/21/WE, 2002/19/WE i 2001/20/WE, zarówno w momencie wszczęcia postępowania o nałożenie kary jak i w dacie wydania zaskarżonej decyzji nie oznacza, że zachodziła obiektywna przeszkoda uniemożliwiająca penalizację zarzucanego powodce deliktu administracyjnego z powodu niezachowania przez organ regulacyjny sekwencji czynności przewidzianych dla postępowania kontrolnego. Wskazana wyżej Dyrektywa nie wymagała zmiany krajowego prawa telekomunikacyjnego, które już wcześniej dopuszczało możliwość bezpośredniego karania przedsiębiorców, w oparciu o samoistną podstawę przewidzianą w art. 209 ust. 1 Pt. Przepisy prawa krajowego dopuszczały, przed dniem wejścia w życie nowelizacji Dyrektywy o zezwoleniach (19 grudnia 2009 r.), możliwość samodzielnego stosowania art. 209 ust. 1 Pt, a jedynie w oparciu o ówczesną prounijną wykładnię tego przepisu, w relacji do art. 199 i 201 Pt, w orzecznictwie prezentowany był pogląd o konieczności uprzedniego zastosowania wobec przedsiębiorcy telekomunikacyjnego środków zmierzających do dobrowolnego usunięcia naruszenia prawa przed zastosowaniem sankcji w postaci kary pieniężnej. Tak więc w rzeczywistości - zdaniem Sądu II instancji - nie mamy tu do czynienia ze zmianą treści powszechnie obowiązującego przepisu prawa krajowego na skutek samej zmiany Dyrektywy, ale z nową interpretacją już od dawna istniejących przepisów Pt, która pozostaje w zgodzie z art. 10 ust. 3 znowelizowanej Dyrektywy o zezwoleniach.

Sąd Apelacyjny przyznał rację Prezesowi UKE, że nie zawsze odpowiednikiem stwierdzonego naruszenia przepisów Pt będzie możliwość żądania usunięcia naruszeń. W rozpoznawanej sprawie protokół z przeprowadzonej kontroli został sporządzony w dniu 18 kwietnia 2011 r., tj. już po zakończeniu trwania akcji promocyjnej (loterii). Opisany w zaskarżonej decyzji delikt administracyjny stanowił w powyższej dacie już zaszłość o nieodwracalnych skutkach, wobec nieuzyskania od bardzo znacznej liczby abonentów i użytkowników końcowych P. zgód na wykorzystanie wobec nich automatycznych systemów wywołujących do wysyłania komunikatów marketingowych przed rozpoczęciem akcji promocyjnej i bezcelowe byłoby wzywaniem powoda do usunięcia zaistniałych nieprawidłowości.

Ostatecznie Sąd II instancji za niezasadne uznał zarzuty związane z rozmiarem nałożonej na powodową Spółkę kary pieniężnej. Zdaniem Sądu

odwoławczego, nie miało miejsca w tym zakresie naruszenie wskazanych w apelacji przepisów Pł oraz Konstytucji RP. Zastosowana sankcja była proporcjonalna do zarzucanych powodowi uchybień i w żadnym wypadku nie może zostać uznana za nadmiernie wygórowaną. W szczególności znikome znaczenie dla wymiaru kary miały zastosowane przez Spółkę działania proklienckie, które w rzeczywistości miały ograniczony charakter i były podejmowane dopiero na skutek interwencji abonentów.

Pismem z dnia 10 października 2017 r. powodowa Spółka wywiodła od ww. wyroku Sądu Apelacyjnego skargę kasacyjną, zaskarżając go w całości. Orzeczeniu zarzucono:

I. naruszenie przepisów postępowania, a to:

1. art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (jednolity tekst: Dz.U. z 2019 r., poz. 1145), art. 231 k.p.c., art. 232 k.p.c., art. 236 k.p.c., art. 479¹⁴ § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z art. 9 ust. 1 i ust. 7 ustawy o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw z dnia 16 września 2011 r. (Dz.U. z 2011 r. Nr 233, poz. 1381, dalej jako: „nowelizacja k.p.c.”), w zw. z art. 6 ust. 1 i ust. 2 konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz.U. z 1993 r. Nr 61 poz. 284 ze zm., dalej jako: „EKPCz”), poprzez przeprowadzenie postępowania z istotnym naruszeniem gwarancji procesowych chroniących odwołującego (tu: T. S.A.) w sprawach o nałożenie przez Prezesa UKE kary pieniężnej, a więc: domniemania niewinności, odpowiedniej jakości dowodów wystarczających do uznania zarzucanego naruszenia za udowodnione, obowiązku tłumaczenia wątpliwości na korzyść ukaranego, braku obowiązku samooskarżania się oraz zapewnienia stronom postępowania „równości broni”, do czego doszło w wyniku:

(a) dokonania przez Sąd Apelacyjny (podobnie jak wcześniej przez Sąd Okręgowy) z urzędu ustaleń na okoliczność treści wiadomości SMS/IVR wysyłanych w związku z loterią promocyjną „Czy stałeś się dzisiaj Milionerem?”, pomimo że:

- w postępowaniu administracyjnym Prezes UKE nie dopuścił żadnych dowodów na okoliczność treści wiadomości SMS wysyłanych w związku z Loterią i nie ustalił ich treści w decyzji,

- w toku postępowania, a więc w odpowiedzi na pozew, w trakcie rozpraw i w składanych pismach Prezes UKE nie przedstawił żadnych twierdzeń oraz wniosków dowodowych dotyczących treści wiadomości SMS/IVR,

- Sąd Apelacyjny (podobnie jak wcześniej Sąd Okręgowy) nie wydał postanowienia dowodowego, z którego wynikałoby, że treść wiadomości SMS/IVR ustalił na podstawie konkretnych dokumentów znajdujących się w aktach administracyjnych sprawy,

(b) przyjęcia przez Sąd Apelacyjny, że złożenie przez pozwanego - Prezesa UKE, wniosków dowodowych w odpowiedzi na odwołanie powoda nie jest konieczne dla wykazania przez niego zasadności nałożenia na powoda kary pieniężnej, jeżeli tylko argumentację Prezesa UKE można powiązać z dowodami zgromadzonymi w postępowaniu administracyjnym, a powód te dowody znał, co pozwala ocenić, czym kierował się pozwany uznając zarzucaną praktykę za naruszającą przepisy Prawa telekomunikacyjnego, i że to na powodzie ciąży dowód wykazania, że wysyłane przez niego wiadomości nie stanowiły marketingu bezpośredniego,

(c) dokonania w ww. okolicznościach ustaleń faktycznych dotyczących wszystkich wiadomości SMS (parę milionów) wysyłanych w ramach loterii na podstawie treści dwóch wiadomości SMS,

- co mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania i uznanie przez Sąd Apelacyjny, że wszystkie wiadomości SMS wysyłane w związku z loterią stanowiły niedopuszczalną formę marketingu bezpośredniego stosowanego z naruszeniem art. 172 ust. 1 Pt;

2. art. 390 § 2 k.p.c., poprzez dokonanie wykładni przepisów art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt w zw. z art. 172 ust. 1 Pt i art. 174 Pt w sposób odmienny i sprzeczny ze sposobem, w jaki zagadnienie prawne dotyczące ich wykładni rozstrzygnął Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 17 lutego 2016 r., sygn. akt III SZP 7/15, albowiem Sąd Najwyższy uznał, że „art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt w związku z art. 172 ust. 1 i art. 174 pkt 1 tej ustawy może stanowić podstawę prawną nałożenia kary pieniężnej na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, który zlecił innemu podmiotowi wykorzystanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego usług tego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego wśród jego

abonentów lub użytkowników końcowych na podstawie bazy przekazanych numerów telefonicznych", podczas gdy Sąd Apelacyjny uznał, iż do nałożenia kary pieniężnej wystarczy stwierdzenie, że przedsiębiorca telekomunikacyjny „w rzeczywistości akceptuje stosowanie” automatycznych systemów wywołujących przez podmiot, któremu przedsiębiorca telekomunikacyjny zlecił prowadzenie akcji reklamowej,

- co mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, gdyż kierując się wadliwą wykładnią przepisów Sąd Apelacyjny nie zbadał, czy powód zlecał spółce M. stosowanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, a więc nie mógł prawidłowo zastosować przepisów prawa materialnego, stanowiących podstawę do nałożenia na powoda kary pieniężnej;

II. naruszenie przepisów prawa materialnego, a to:

1. art. 209 ust. 1 pkt 25 w zw. z art. 201 ust. 1-3 Pt, art. 2 Konstytucji RP, art. 288 TFUE w zw. z art. 10 ust. 2 i ust. 3 Dyrektywy o zezwoleniach, art. 6 ust. 1 TUE oraz art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej z dnia 7 grudnia 2000 r. (Dz.U. UE C 2007 Nr 303, poz. 1, dalej jako: „KPP”), art. 6 ust. 3 TUE oraz art. 6 ust. 1 EKPCz, poprzez ich błędną wykładnię i przyjęcie, że dopuszczalne jest wydanie decyzji w sprawie nałożenia kary pieniężnej, pomimo że po przeprowadzeniu postępowania kontrolnego w tym samym przedmiocie co postępowanie zakończone wydaniem decyzji o nałożeniu kary, nie wydano zaleceń pokontrolnych wzywających podmiot kontrolowany do usunięcia nieprawidłowości lub udzielenia wyjaśnień lub wskazujących środki, jakie powinien zastosować podmiot kontrolowany w celu usunięcia nieprawidłowości, która to błędna wykładnia wynikała z przyjęcia przez Sąd Apelacyjny, że:

(a) w ramach postępowania, które zakończyło się wydaniem decyzji i nałożeniem na Spółkę kary pieniężnej, organ zebrał wszystkie informacje i dowody bez konieczności wspierania się danymi uzyskanymi w toku postępowania kontrolnego, a postępowanie kontrolne miało szerszy zakres niż przedmiot postępowania w przedmiocie nałożenia kary, a ponadto nie stwierdzono w nim naruszenia przepisów Prawa telekomunikacyjnego, podczas gdy:

- dla obowiązku zastosowania trybu przewidzianego w art. 201 ust. 1-3 Pt pierwsza z okoliczności nie ma znaczenia, ponieważ obowiązek wydania, przed

nałożeniem kary pieniężnej, zaleceń pokontrolnych wynika z samego faktu wszczęcia postępowania kontrolnego w przedmiocie tożsamym z przedmiotem postępowania w sprawie nałożenia kary i stwierdzenia naruszenia obowiązków wynikających z ustawy,

- szerszy zakres postępowania kontrolnego potwierdza jedynie tożsamość przedmiotów obu postępowań, które obejmowały przestrzeganie przez powoda przepisów art. 172 ust. 1 Pt w ramach przeprowadzonej loterii;

(b) przepisy art. 201 ust. 1-3 Pt oraz art. 209 Pt są od siebie niezależne, co oznacza dopuszczalność nałożenia kary pieniężnej bez uprzedniego wyczerpania trybu przewidzianego dla postępowania kontrolnego, a pogląd odmienny, wynikający z takiej wykładni przepisów prawa polskiego, aby odzwierciedlały treść art. 10 ust. 2 i ust. 3 Dyrektywy o zezwoleniach w brzmieniu sprzed zmiany wynikającej z Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/140/WE 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, stracił uzasadnienie właśnie w wyniku tej zmiany, ponieważ art. 10 ust. 2 i ust. 3 Dyrektywy o zezwoleniach nie wymagają już zachowania takiej sekwencji czynności,

- podczas gdy nie można przyjąć, że wyłącznie ze względu na zmianę przepisów Dyrektyw unijnych, przepisy prawa polskiego - art. 201 ust. 1-3 Pt, których brzmienie (w kluczowych kwestiach) nie uległo żadnej zmianie w związku z Dyrektywą zmieniającą, należy teraz wyklądać inaczej, zgodnie z aktualnym brzmieniem art. 10 ust. 2 i ust. 3 Dyrektywy o zezwoleniach, albowiem stanowiłoby to w szczególności wykładnię dokonaną *contra legem*;

(c) w dacie sporządzenia protokołu z kontroli, opisany w decyzji delikt administracyjny stanowił już zaszłość o nieodwracalnych skutkach, więc bezcelowe byłoby wzywaniem powoda do usunięcia zaistniałych nieprawidłowości

- podczas gdy dla konieczności zastosowania trybu przewidzianego w art. 201 ust. 1-3 Pt, nie ma znaczenia, czy w ocenie organu skutki były nieodwracalne, a zalecenia pokontrolne bezcelowe;

2. art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt w zw. z art 210 ust. 2 Pt oraz art. 2 Konstytucji, poprzez pominięcie przy ocenie wysokości kary pieniężnej nałożonej na powoda ustawowej przesłanki dotychczasowej działalności podmiotu ukaranego;

3. art. 189 ust. 2 pkt 2 lit. c Pt i art. 32 ust. 1 Konstytucji RP w zw. z art. 210 ust. 2 Pt, art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt oraz art. 172 ust. 1 Pt, poprzez niewłaściwe ich zastosowanie i naruszenie inkorporowanej w nich zasady równego traktowania przedsiębiorców poprzez przyjęcie, że kara pieniężna nałożona na Spółkę nie odbiega na niekorzyść powoda od kar pieniężnych nałożonych przez Prezesa UKE na innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych za podobne lub takie same naruszenia, a to m.in. na skutek wadliwej oceny prawnej charakteru naruszenia, którego miał się dopuścić powód (wysyłając wiadomości SMS oraz wiadomości IVR) i uznanie go za jakościowo odmienne od naruszenia, którego dopuścił się inny przedsiębiorca telekomunikacyjny (wysyłając wyłącznie wiadomości SMS), podczas gdy faktycznie naruszenie przepisów za które powód i inny przedsiębiorca telekomunikacyjny zostali ukarani było identyczne i polegało na nie wypełnianiu obowiązku uzyskiwania zgody abonentów lub użytkowników końcowych, o której mowa w art. 172-174 Pt, co uzasadniało nałożenie na oba podmioty kary w podobnej relacji do stwierdzonego naruszenia, podczas gdy w przypadku powoda nałożona kara pieniężna jest pięć razy surowsza niż kara nałożona na innego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego w analogicznej sprawie.

W oparciu o tak ukształtowane podstawy kasacyjne, powodowa Spółka wniosła o:

- 1) uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd Apelacyjny,
- 2) względnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości oraz orzeczenie co do istoty sprawy i zmianę wyroku SOKiK w całości poprzez:
 - a) uchylenie decyzji w całości i umorzenie postępowania administracyjnego jako bezprzedmiotowego, względnie o:
 - b) zmianę decyzji w całości poprzez obniżenie nałożonej na Spółkę kary pieniężnej do kwoty istotnie niższej od kwoty wskazanej w zaskarżonej decyzji, nie wyższej niż 100.000 zł,

a ponadto, w każdym z ww. przypadków: nakazanie Prezesowi UKE zwrotu na rzecz T. S.A. zapłaconej przez Spółkę na rzecz Prezesa UKE kary pieniężnej, którą Sąd Najwyższy uzna za uiszczoną bez podstawy prawnej, wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 5 stycznia 2017 r. do dnia zapłaty.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna powoda okazała się niezasadna.

W pierwszej kolejności rozważyć należy zarzut naruszenia przez Sąd Apelacyjny art. 390 § 2 k.p.c., poprzez dokonanie wykładni przepisów art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt w zw. z art. 172 ust. 1 Pt i art. 174 Pt w sposób odmienny i sprzeczny ze sposobem, w jaki zagadnienie prawne dotyczące ich wykładni rozstrzygnął Sąd Najwyższy. Kwestia ta ma zasadnicze znaczenie dla całej sprawy, albowiem przesądza o potencjalnej odpowiedzialności za naruszenie przepisów prawa telekomunikacyjnego przez T. S.A.

Przypomnieć należy, że Sąd II instancji postanowieniem z dnia 13 maja 2015 r. wystąpił do Sądu Najwyższego z następującym pytaniem prawnym: „czy dopuszczalne jest nałożenie kary pieniężnej, na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt w zw. z art. 172 ust. 1 i art. 174 pkt 1 Pt, na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, w sytuacji gdy zlecił on przeprowadzenie akcji promującej jego usługi innemu podmiotowi, który wykonał to zlecenie używając dla celów marketingu bezpośredniego automatycznych systemów wywołujących bez uzyskania na to zgody abonentów lub użytkowników końcowych będących adresatami takich działań?”.

Sąd Najwyższy podjął w dniu 17 lutego 2016 r. uchwałę o sygn. akt III SZP 7/15, o następującej treści: „art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt w związku z art. 172 ust. 1 i art. 174 pkt 1 Pt może stanowić podstawę prawną nałożenia kary pieniężnej na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, który zlecił innemu podmiotowi wykorzystanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego usług tego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego wśród jego abonentów lub użytkowników końcowych na podstawie bazy przekazanych numerów telefonicznych”.

Sąd Najwyższy wyjaśnił w uzasadnieniu uchwały, że skoro w art. 172 Pt mowa jest o abonencie i użytkowniku końcowym, to pośrednio należy założyć związek między obiema kategoriami podmiotów a dostawcą publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych. Zakaz z art. 172 ust. 1 Pt nie ogranicza się do przedsiębiorców, którzy oferują innym przedsiębiorcom usługi polegające na kierowaniu za pomocą automatycznych systemów wywołujących (ASW) komunikatów marketingowych do użytkowników telefonów komórkowych. Zakaz z art. 172 ust. 1 Pt obejmuje także, jeżeli nie przede wszystkim, przedsiębiorców telekomunikacyjnych mających abonentów i użytkowników końcowych - z racji posiadania stosownej bazy nie mogą oni wykorzystywać jej do promowania własnych usług bez uzyskania stosownych zgód. Zdaniem Sądu Najwyższego, w świetle konstrukcji zakazu używania ASW (...) nie ma znaczenia, czy dostawca posługuje się samodzielnie ASW, czy też zleca posłużenie się ASW innemu podmiotowi dla celów marketingu bezpośredniego usług tego dostawcy telekomunikacyjnego. Przepis art. 172 ust. 1 Pt nie wprowadza rozróżnienia między takimi sytuacjami. W sytuacji, gdy dostawca określa zasady działań marketingowych, grupę docelową oraz przekazuje numery komórkowe, na które mają być wykonywane połączenia przez ASW, a dodatkowo dołącza zgody marketingowe, to w ocenie Sądu Najwyższego jest to używanie ASW w rozumieniu art. 172 ust. 1 Pt, a takie używanie wymaga uzyskania uprzedniej zgody abonenta lub użytkownika końcowego. W konsekwencji Sąd Najwyższy uznał, że obowiązek uzyskania zgody abonenta celem legalnego korzystania z ASW obciąża przedsiębiorcę, który faktycznie używa ASW oraz przedsiębiorcę, który posługuje się ASW innego przedsiębiorcy (zleca użycie ASW innemu przedsiębiorcy) dla celów marketingu bezpośredniego adresowanego do abonentów i użytkowników końcowych, których bazę przekazał temu innemu przedsiębiorcy.

Treść ww. uchwały oraz jej uzasadnienie mają zasadnicze znaczenie dla oceny zarzutu naruszenia przez Sąd II instancji art. 390 § 2 k.p.c. zaprezentowanego w skardze kasacyjnej. Należy bowiem wyraźnie podkreślić, że na etapie sądowego postępowania odwoławczego powodowa Spółka wносиła o podjęcie przez Sąd Najwyższy uchwały, w myśl której w opisanej sytuacji nie jest dopuszczalne nałożenie kary pieniężnej na przedsiębiorcę zlecającego użycie ASW

innemu przedsiębiorcy. W obszernym piśmie z dnia 15 grudnia 2015 r. zaprezentowano argumentację na rzecz przyjęcia takiego stanowiska (zob. k. 548-566 akt sądowych).

Sąd Najwyższy powyższej argumentacji powoda nie podzielił, wskazując wyraźnie w uchwale, że przedsiębiorca zlecający - w tym wypadku T. S.A. - bierze odpowiedzialność za nielegalne prowadzenie marketingu bezpośredniego. Bez znaczenia jest w tym zakresie twierdzenie (zob. s. 3 skargi kasacyjnej), że Sąd Apelacyjny uznał, iż do nałożenia kary pieniężnej wystarczy stwierdzenie, że przedsiębiorca telekomunikacyjny „w rzeczywistości akceptuje stosowanie” automatycznych systemów wywołujących. Wręcz przeciwnie, Sąd ten zasadnie uznał, że linia obrony skarżącej oparta na założeniu, że spółka T. nie zlecała obcemu podmiotowi stosowania ASW, nie wytrzymuje krytyki, skoro to właśnie powodowa Spółka przekazała zleceniobiorcy informacje dotyczące swoich abonentów z wyrażeniem ich zgód dotyczących przekazywanych informacji, co jest bezsporne i wynika z przedstawionej przy piśmie T. S.A. z dnia 10 kwietnia 2012 r. umowy P. z U. wraz z załącznikami (w tłumaczeniu na język polski). Dotyczyło to 5 milionów abonentów, którzy mieli stanowić grupę docelową odbiorców SMS-ów reklamowych.

W związku z powyższym, orzekający w niniejszej sprawie skład Sądu Najwyższego przychyliła się do stanowiska pozwanego, sądów powszechnych oraz Sądu Najwyższego wyrażonego w uchwale o sygn. akt III SZP 7/15 i stwierdza, że to właśnie na powodowej Spółce ciąży odpowiedzialność za naruszenie w niniejszej sprawie art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt w zw. z art. 172 ust. 1 i art. 174 Pt. Pogląd ten nie tylko nie jest sprzeczny z treścią uchwały III SZP 7/15, ale wręcz z niej wynika i na niej się opiera. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 7 marca 2018 r., sygn. akt III UZP 1/18, „(...) prawidłowo nazwany problem prawny, o którym mowa w art. 390 k.p.c., powinien pozostawać w takim związku z rozpoznawaną sprawą, aby udzielenie oczekiwanej odpowiedzi prawnej było niezbędne do rozpoznania środka odwoławczego”. Z takim przypadkiem mieliśmy do czynienia w niniejszej sprawie, albowiem od rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego zapadłego w formie uchwały, uzależnione było obarczenie T. S.A. odpowiedzialnością za naruszenie przepisów Prawa telekomunikacyjnego. Sąd

II instancji wystąpił zatem z ważkim pytaniem prawnym, a następnie zastosował „odpowiedź” Sądu Najwyższego poprzez wydanie odpowiadającego prawu wyroku, utrzymującego karę pieniężną nałożoną na powodową Spółkę. Nie może być więc mowy o naruszeniu przez Sąd Apelacyjny w W. art. 390 § 2 k.p.c.

Pozostałe zarzuty skargi kasacyjnej stanowią w zasadzie powtórzenie zarzutów postawionych w apelacji powoda. Nie można uznać ich za zasadne. Jest to konsekwencją podobnych, a nawet analogicznych, poglądów zaprezentowanych w niniejszej sprawie przez Sąd Okręgowy - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Sąd Apelacyjny. W ocenie Sądu Najwyższego, sądy te prawidłowo oceniły zaskarżoną decyzję, podkreślając, że odpowiada ona prawu. Podobnie ocenić należy postępowanie przed sądami. Przy pewnych niedociągnięciach, jak np. brak wydania postanowień w przedmiocie dopuszczenia określonych dowodów, zachowano wszelkie gwarancje procesowe strony i wydano prawidłowe orzeczenia.

Co do gwarancji procesowych powodowej Spółki, należy nieco szerzej rozważyć zawarty w dwóch z pięciu zarzutów skargi kasacyjnej zarzut naruszenia art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Skarżąca podnosi, że postępowanie przeprowadzono m.in. z naruszeniem zasady domniemania niewinności, zasady tłumaczenia wątpliwości na korzyść strony, czy też zapewnienia stronom „równości broni” (zob. s. 2 oraz 19 i n. skargi kasacyjnej).

Zgodnie z ww. art. 6 ust. 1 EKPCz *in principio*, każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą przy rozstrzyganiu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej.

Jakkolwiek obecnie nie budzi wątpliwości doktryny i orzecznictwa, że art. 6 EKPCz dotyczy także osób prawnych, takich jak spółki prawa handlowego (zob. P. Hofmański, A. Wróbel, Komentarz do art. 6 (w:) Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1-18, red. L. Garlicki, teza 23 Legalis), to podkreślić należy, że jego podstawowym zastosowaniem jest ochrona praw i wolności jednostki (człowieka) w sprawach karnych i cywilnych. Oznacza to, że nie można zawartych w jego treści gwarancji,

jak np. domniemanie niewinności, w sposób automatyczny przenosić do innych gałęzi prawa (w tym wypadku prawa telekomunikacyjnego) i obejmować nimi wszystkich możliwych podmiotów. W tej kwestii wymagana jest daleko idąca ostrożność. O ile można jeszcze zgodzić się ze skarżącą Spółką, że postępowanie przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów objęte jest co do zasady standardami konwencyjnymi (zob. s. 22 skargi kasacyjnej), to trudno zgodzić się z tezą, że w niniejszej sprawie naruszono np. domniemanie niewinności. Należy podkreślić, że T. S.A. jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, działającym na wyspecjalizowanym rynku regulowanym, osiągającym ogromny roczny przychód i dochód (o czym będzie jeszcze mowa), korzystającym - także w tej sprawie - z profesjonalnej pomocy prawnej. Trudno stawiać tę firmę w roli „oskarżonego” i obejmować ją wszystkimi gwarancjami procesowymi wywodzonymi z art. 6 Konwencji.

Problem ten trafnie zidentyfikował Sąd Apelacyjny wskazując, iż podkreślana w apelacji okoliczność, że na Sądzie rozpatrującym odwołanie ukaranego przedsiębiorcy od decyzji administracyjnej spoczywa obowiązek zapewnienia konwencyjnych standardów przewidzianych dla postępowań w sprawach karnych nie oznacza bynajmniej, że chodzi tu o zagwarantowanie skarżącemu identycznych praw, jakie przysługują oskarżonemu w procesie karnym. Można tu mówić jedynie o istnieniu pewnych analogii z postępowaniem karnym w szczególności dotyczących wymogu wykazania przez organ regulacyjny, że przedsiębiorca dopuścił się naruszenia prawa, za co zostaje mu wymierzona kara pieniężna. Pośrednio przyznał to także Sąd Najwyższy w powołanej już wyżej uchwale III SZP 7/15, stwierdzając, że „w braku ogólnej części administracyjnego prawa represyjnego nie ma podstaw do przenoszenia na użytek stosowania norm dotyczących administracyjnych kar pieniężnych konstrukcji przewidzianych w ogólnej części Kodeksu karnego”.

Z powyższego jednoznacznie wynika, że art. 6 EKPCz ma co do zasady zastosowanie w stosunku do sądowego postępowania kontrolnego (postępowanie prowadzone przed SOKiK), ale nie sposób porównywać występującego w nim wyspecjalizowanego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego do oskarżanej jednostki (człowieka), stającego przed sądem karnym.

Nie można także zakwestionować tego, że brak implementacji do krajowego ustawodawstwa Dyrektywy 2009/140/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 25 listopada 2009 r. zmieniającej Dyrektywy nr 2002/21/WE, 2002/19/WE i 2001/20/WE, nie oznaczał, że zachodziła obiektywna przeszkoda uniemożliwiająca penalizację zarzucanego skarżącej Spółce deliktu administracyjnego z powodu niezachowania przez organ regulacyjny sekwencji czynności przewidzianych dla postępowania kontrolnego. Na możliwość stosowania artykułu 209 Pt jako samodzielnej, materialnoprawnej podstawy wszczęcia postępowania w sprawie nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej, mimo przeprowadzenia postępowania kontrolnego bez wydania zaleceń pokontrolnych, zwracano już uwagę w judykaturze Sądu Najwyższego (zob. wyrok z dnia 14 lutego 2012 r., II SK 24/11). Z takim założeniem należy się zgodzić. Ma to szczególne znaczenie w niniejszej sprawie w kontekście daty wszczęcia postępowania o nałożenie kary pieniężnej (4 lutego 2011 r.) oraz daty wszczęcia postępowania kontrolnego (18 lutego 2011 r.). Nie ma w tym miejscu powodu by twierdzić, że zebrane w sprawie materiały nie były wystarczające do ukarania powodowej Spółki, skoro nie umiała ona wykazać w trakcie trwania postępowania administracyjnego i sądowego, że nie popełniła sankcjonowanego deliktu. Oczywiście powód ma rację, podnosząc, że ciężar dowodu w zakresie dotyczącym naruszenia przepisów ustawy spoczywa na Prezesie Urzędu Komunikacji Elektronicznej (zob. s. 25 skargi kasacyjnej), co nie może jednak prowadzić do przyjęcia założenia, że podmiot, w stosunku do którego toczy się postępowanie o nałożenie kary pieniężnej, ma pozostawać całkowicie bierny. Spółka powinna zwalczać zarzuty pozwanego i przeciwstawiać im własne dowody i twierdzenia, czego w niniejszej sprawie nie uczyniła skutecznie.

Skoro Sąd Najwyższy nie przychylił się do omówionych powyżej zarzutów naruszenia przez Sąd Apelacyjny art. 390 § 2 k.p.c. oraz naruszenia przepisów proceduralnych, do rozważenia pozostają jeszcze zarzuty dotyczące samej wysokości nałożonej na powodową Spółkę kary pieniężnej (5.000.000 zł). W skardze kasacyjnej podniesiono w tym zakresie zarzut pominięcia przy ocenie wysokości sankcji nałożonej na powoda ustawowej przesłanki dotychczasowej działalności podmiotu ukaranego (naruszenie art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt w zw.

z art. 210 ust. 2 Pt oraz art. 2 Konstytucji) oraz zarzut nierównego traktowania przedsiębiorców (naruszenie art. 189 ust. 2 pkt 2 lit. c Pt i art. 32 ust. 1 Konstytucji RP w zw. z art. 210 ust. 2 Pt, art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt oraz art. 172 ust. 1 Pt).

Jak wskazano w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 maja 2014 r., sygn. akt III SK 54/13, kognicja Sądu Najwyższego w sprawach zarzutów dotyczących kar pieniężnych, z racji związania podstawą faktyczną oraz oceną dowodów, ogranicza się do kontroli zgodności orzeczenia Sądu drugiej instancji w zakresie respektowania prawnych kryteriów wymiaru kary pieniężnej i obowiązujących w tym zakresie ustawowych bądź orzeczniczych standardów. Sąd Najwyższy nie rozstrzyga, czy określony poziom kary pieniężnej jest w okolicznościach faktycznych sprawy właściwy, lecz weryfikuje, czy orzekając w tym przedmiocie Sąd II instancji w sposób zgodny z obowiązującymi unormowaniami umotywował swoje stanowisko w tym zakresie.

W ocenie Sądu Najwyższego, w analizowanym przypadku nie sposób mówić o nieproporcjonalności kary pieniężnej, czy też o naruszeniu zasady równego traktowania. Z akt administracyjnych sprawy wynika, że powodowa Spółka osiągnęła w 2010 r. dochód w wysokości 1.876.460.000 zł, co oznacza, że kara na poziomie 5 mln złotych stanowi 0,2665% powyższej kwoty i już choćby z tego powodu trudno uznać ją za nadmierną. Natomiast co do „porównywania” kar nałożonych na T. S.A. zaskarżoną decyzją i kary nałożonej na PTK Centertel decyzją z dnia 30 grudnia 2011 r., nr DKE-WPP-621-4/11(41), to przyjęć należy za organem oraz sądami powszechnymi orzekającymi w niniejszej sprawie, że obie kary nałożono w odmiennych okolicznościach, co dotyczy w pierwszej kolejności tego, że sankcjonowane zachowanie powoda nie ograniczało się jedynie do przekazywania wiadomości tekstowych SMS (jak to czyniła PTK Centertel), ale objęło także komunikaty głosowe (IVR).

Mając na uwadze wszystkie wskazane okoliczności, Sąd Najwyższy oddalił skargę kasacyjną na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c.