



Sygn. akt I NSK 74/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 października 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Ewa Stefańska (przewodniczący)
SSN Marcin Łochowski (sprawozdawca)
SSN Aleksander Stępkowski

Protokolant Joanna Karolak

w sprawie z powództwa O. [...] S.A. w W.
przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej
o nałożenie kary pieniężnej,
po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych
w dniu 15 października 2019 r.,
skargi kasacyjnej powoda
od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] z dnia 20 grudnia 2016 r., sygn. akt VI ACa [...]

- 1. oddala skargę kasacyjną;**
- 2. zasądza od O. [...] S.A. w W. na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 540 zł (pięćset czterdzieści złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej decyzją z 30 grudnia 2011 r. nr [...] nałożył na P. [...] sp. z o.o. w W. karę pieniężną w wysokości 5 000 000 zł za naruszenie art. 172 ust. 1 w zw. z art. 174 pkt 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz.U. 2018, poz. 1954 ze zm., dalej: p.t.) przez niewypełnienie obowiązku uzyskania zgody abonentów lub użytkowników końcowych w przypadku 8 400 934 numerów [...] sieci telekomunikacyjnej P. [...] 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 wysłaniu komunikatów tekstowych SMS zachęcających do udziału w loterii audiotekstowej pod nazwą „L. [...]”.

Wyrokiem z 11 lipca 2014 r. Sąd Okręgowy w W. – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie powoda od tej decyzji oraz obciążył go kosztami procesu. Sąd Okręgowy ustalił, że 7 maja 2010 r. powód zawarł z I. [...] sp. z o.o. w W. umowę o współpracy w zakresie organizowania loterii dla klientów P. [X]. Tego samego dnia powód zawarł z M. [...] sp. z o.o. w W. umowę o świadczenie usług związanych z obsługą platformy technologicznej na potrzeby tej akcji promocyjnej. Postanowienie pkt 6.4 tej umowy wskazywało, że M. [...] roześle z wykorzystaniem bazy [...] powoda (numerów osób, które wyraziły zgodę na otrzymanie komunikacji marketingowej środkami komunikacji elektronicznej) określoną liczbę SMS i MMS promujących Serwis SMS związany z loterią. W związku z prowadzoną loterią powód przekazał M. [...] sp. z o.o. bazę danych składającą się z numerów [...], łącznie zawierającą 8 904 934 numery. Dane z numerami telefonicznymi użytkowników sieci powoda zostały przekazane także I. [...] sp. z o.o.

Loteria trwała w okresie od 1 stycznia 2011 r. do 1 czerwca 2011 r. O prowadzonej loterii abonenci i użytkownicy końcowi powoda byli informowani za pośrednictwem wysyłanych do nich wiadomości SMS i MMS. Powód posiadał zgodę na wysyłanie do abonentów i użytkowników końcowych wiadomości za pośrednictwem automatycznych systemów wywołujących od 504 000 klientów. Powód osiągnął w 2011 r. przychód w wysokości 8 124 672 067,50 zł.

Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że organizatorem i beneficjentem loterii był powód. W ocenie Sądu pierwszej instancji dla rozpoznania sprawy nie miało

żadnego znaczenia, jakiego rodzaju umowy zostały podpisane przez powoda z dwiema spółkami, które obsługiwały loterię. Treść tych umów, ani ich charakter nie wyłączały odpowiedzialności powoda za zachowania naruszające obowiązki wynikające z art. 172 i 174 p.t. Wykładnia celowościowa i systemowa przepisu art. 209 ust. 1 pkt 25 p.t. jednoznacznie wskazuje na to, że podstawą penalizacji zachowań zarzucanych powodowi była ochrona praw abonentów i użytkowników końcowych przed określonymi zachowaniami operatora telekomunikacyjnego, a nie konkretnego pracownika przedsiębiorcy telekomunikacyjnego lub innego przedsiębiorcy działającego na rzecz operatora. Sąd Okręgowy stwierdził, że Prezes UKE wykazał, że powód swym zachowaniem wypełnił przesłanki wymienione w treści art. 209 pkt 25 p.t. i nałożył na powoda karę pieniężną na podstawie tego przepisu.

Sąd Okręgowy wskazał również, że zaskarżona decyzja została wydana już w momencie, kiedy obowiązywała zmieniona dyrektywa 2002/20 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa o zezwoleniach) (Dz.U. UE L z 24 kwietnia 2002 r.), a fakt braku jej implementacji do polskiego systemu prawnego nie może obciążać Prezesa UKE. W ocenie Sądu pierwszej instancji, zaskarżona decyzja jest zgodna z przepisami prawa unijnego (dyrektywy o zezwoleniach w aktualnie obowiązującym brzmieniu), albowiem obecnie zgodna z prawem unijnym wykładnia przepisów krajowego prawa telekomunikacyjnego pozwala na zastosowanie wobec przedsiębiorcy telekomunikacyjnego sankcji, bez uprzedniego sprecyzowania przez organ regulacyjny wymaganego dyrektywą zachowania oraz zastosowania środków zmierzających do dobrowolnego usunięcia naruszenia. Nadto, zdaniem Sądu Okręgowego, zmiana dyrektywy w tym zakresie nie spowodowała potrzeby zmiany prawa krajowego, albowiem konstrukcja prawa krajowego pozwala na takie postępowanie, a odmienne wcześniejsze zapatrywanie wynikało z innej prounijnej interpretacji p.t. pod rządami dyrektywy o zezwoleniach w brzmieniu z 2002 r.

Sąd Okręgowy uznał też, że wiadomości SMS i MMS dotyczące loterii są formą marketingu bezpośredniego, gdyż treść przekazywanych komunikatów umożliwiała oferowanie produktu, jakim była loteria, za pośrednictwem telefonu.

Definicji automatycznego systemu wywołującego nie można ograniczyć do systemu głosowego. W rozumieniu art. 172 ust. 1 p.t. automatycznym systemem wywołującym jest system techniczny, który umożliwia inicjowanie i realizowanie połączeń bez ludzkiej ingerencji. Zdaniem Sądu Okręgowego, skoro przywołany w uzasadnieniu motyw 67 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/136/WE z dnia 25 listopada 2009 r. zmieniającej dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, dyrektywę 2002/58/WE dotyczącą przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 w sprawie współpracy między organami krajowymi odpowiedzialnymi za egzekwowanie przepisów prawa w zakresie ochrony konsumenta (Dz.U. UE L z 18 grudnia 2009 r.) w momencie rozpoczynania loterii był znany, to powinien wskazywać na kierunek interpretacji obowiązującego prawa. Tym bardziej, że powód, jako przedsiębiorca telekomunikacyjny, powinien prokonsumencko analizować treść obowiązujących przepisów i jeżeli nie był pewien, czy na wysyłanie wiadomości SMS powinien mieć zgodę użytkownika, to taką zgodę powinien uzyskać.

W ocenie Sądu pierwszej instancji Prezes UKE nałożył na powoda karę w sposób prawidłowy, a jej wysokość nie jest rażąca oraz nieproporcjonalna do zarzucanych uchybień. Dodatkowo Sąd stanął na stanowisku, że zakres naruszenia był bardzo wysoki, ponieważ zostało naruszone prawo abonenta lub użytkownika końcowego do niezakłócania mu spokoju (niezależnie czy wypoczynku, czy pracy) przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego.

Sąd Apelacyjny w [...] wyrokiem z 20 grudnia 2016 r. oddalił apelację powoda wniesioną od wyroku Sądu Okręgowego i obciążył powoda kosztami postępowania apelacyjnego.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, Sąd pierwszej instancji dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych oraz ich trafnej oceny prawnej. Sąd Apelacyjny wskazał, iż kwestia dopuszczalności nałożenia kary pieniężnej na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 25 w zw. z art. 172 ust. 1 i art. 174 pkt 1 p.t. 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, była przedmiotem zagadnienia prawnego przedstawionego Sądowi Najwyższemu przez Sąd Apelacyjny. Udzielając odpowiedzi, Sąd Najwyższy w uchwale z 17 lutego 2016 r., III SZP 7/15 zajął stanowisko, że art. 209 ust. 1 pkt 25 p.t. w zw. z art. 172 ust. 1 i art. 174 pkt 1 p.t. 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 Apelacyjny zwrócił uwagę, że w chwili wydawania zaskarżonej decyzji oraz orzekania przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów przepis art. 172 ust. 1 p.t. pozostawał niezmienny od chwili uchwalenia tej ustawy. Z dniem 25 grudnia 2014 r. weszła w życie ustawa z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (t.j. Dz.U. 2019, poz. 134 ze zm.), która mocą art. 48 lit. a) wprowadziła zmianę do art. 172 ust. 1 p.t. Sąd drugiej instancji przypomniał, że – jeszcze na gruncie dyrektywy o zezwoleniach i przepisu art. 172 ust. 1 p.t. w jego pierwotnym brzmieniu – w piśmiennictwie wyrażane było stanowisko, iż art. 172 p.t. dotyczy wszelkich automatycznych systemów wywołujących, generujących komunikaty SMS, MMS, a także komunikatorów internetowych. Biorąc pod uwagę cele dyrektywy o zezwoleniach, jakim była m.in. ochrona prywatności w sektorze łączności elektronicznej, pogląd taki można było uznać za uprawniony. Za takim rozumieniem ograniczeń wynikających z art. 172 ust. 1 p.t. w pierwotnym brzmieniu opowiedział się również Sąd Najwyższy w uchwale z 17 lutego 2016 r., III SZP 7/15. Z uzasadnienia cytowanej uchwały i przedstawionej tam argumentacji wynika w sposób nie budzący wątpliwości, iż zdaniem Sądu Najwyższego pojęcie „używania automatycznych systemów wywołujących” nie odnosi się jedynie do wysyłanych wiadomości głosowych, ale także wysyłania wiadomości SMS i MMS.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, pozwany Prezes UKE mógł nałożyć na skarżącego karę pieniężną na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 25 p.t., pomimo że wraz z postępowaniem administracyjnym w sprawie nałożenia kary pieniężnej na powoda było prowadzone równoległe postępowanie kontrolne w przedmiocie wykonywania przez powoda obowiązków wynikających z art. 61, 64, 80, 161, 163, 165, 172, 174 p.t. w związku z loterią, które nie zakończyło się wydaniem jakichkolwiek zaleceń pokontrolnych. Swoje stanowisko Sąd Apelacyjny uargumentował tym, że Prezes UKE nie wykorzystał postępowania kontrolnego do pozyskania informacji i dowodów o niezgodności działalności pozwanego z przepisami p.t., by następnie wszcząć samoistne postępowanie w sprawie nałożenia na tego przedsiębiorcę kary pieniężnej za naruszenie obowiązków objętych przedmiotem postępowania kontrolnego, ignorując wymóg wezwania podmiotu kontrolowanego do usunięcia nieprawidłowości lub udzielenia wyjaśnień. Pozwany wszczął najpierw postępowanie o nałożenie na powoda kary pieniężnej (15 marca 2011 r.) i w trakcie tego postępowania zebrał wszystkie informacje i dowody, bez konieczności wspierania się danymi uzyskanymi w toku wszczętego następnie (4 maja 2011 r.) postępowania kontrolnego. Sąd Apelacyjny uznał ponadto, że brak implementacji do krajowego ustawodawstwa Dyrektywy 2009/140/WE Parlamentu Europejskiego i Rady 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.U. UE L z 18 grudnia 2009 r.), zarówno w momencie wszczynania postępowania o nałożenie kary jak i w dacie wydania zaskarżonej decyzji nie oznacza, że zachodziła obiektywna przeszkoda uniemożliwiająca penalizację zarzucanego powódce deliktu administracyjnego z powodu niezachowania przez organ regulacyjny sekwencji czynności przewidzianych dla postępowania kontrolnego.

Sąd drugiej instancji wskazał również, że w rozpoznawanej sprawie kontrola zakończyła się 15 czerwca 2011 r., a zatem już po zakończeniu akcji promocyjnej (loterii) z wykorzystaniem automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, w trakcie której dopuszczono się naruszenia art. 172

ust. 1 p.t. w zw. z art. 174 p.t. Wysyłanie wiadomości SMS zakończyło się bowiem w kwietniu 2011 r., pomimo, że same umowy wygasły 1 czerwca 2011 r. Opisany w zaskarżonej decyzji delikt administracyjny stanowił więc w dacie zakończenia kontroli zaszłość o nieodwracalnych skutkach. Sąd Apelacyjny wskazał również, że przepisy prawa krajowego dopuszczały przed dniem wejścia w życie nowelizacji dyrektywy o zezwoleniach, możliwość samodzielnego stosowania art. 209 ust. 1 p.t., a jedynie w oparciu o ówczesną prounijną wykładnię tego przepisu, w relacji do art. 199 i 201 p.t., 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.

W ocenie Sądu drugiej instancji zastosowana względem powoda sankcja jest proporcjonalna do zarzucanych mu uchybień i w żadnym wypadku nie może być uznana za rażąco wygórowaną.

Skargę kasacyjną od tego wyroku wniósł powód, zaskarżając wyrok w całości, wnosząc o jego zmianę poprzez zmianę wyroku Sądu Okręgowego i uchylenie zaskarżonej decyzji, względnie obniżenie nałożonej na powoda kary pieniężnej, ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu. Skarga kasacyjna została oparta na podstawie naruszenia następujących przepisów prawa materialnego:

1) art. 201 ust. 1-3 w zw. z art. 209 ust. 1, art. 210 ust. 1 i 2 i art. 206 ust. 1 p.t. (w brzmieniu obowiązującym do dnia wydania decyzji) w zw. z art. 10 ust. 2 i 3 dyrektywy o zezwoleniach oraz art. 2 Konstytucji RP, art. 47 i 49 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, art. 6 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej z dnia 7 lutego 1992 r. (dalej: TUE), a także art. 6 ust. 1 i art. 7 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności przez błędną wykładnię i przyjęcie, że dopuszczalne jest nałożenie przez Prezesa UKE kary na podstawie art. 210 ust. 1 i 2 w zw. z art. 209 ust. 1 pkt 25 w zw. z art. 206 ust. 1 p.t., pomimo niewyczerpania trybu przewidzianego w art. 201 ust. 1 – 3 p.t., tj. bez wydania zaleceń pokontrolnych;

2) art. 210 ust. 1 i 2 w zw. z art. 209 ust. 1 pkt 25 p.t. przez niewłaściwe zastosowanie i nałożenie na powoda rażąco wygórowanej kary.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna nie jest oparta na uzasadnionych podstawach.

1. Nie jest przede wszystkim zasadny zarzut skonstruowany w ramach pierwszej podstawy skargi kasacyjnej. Skarżący, odwołując się do przedstawionej w dotychczasowym orzecznictwie Sądu Najwyższego interpretacji przepisów p.t. wywodzi, że nałożenie na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 25 p.t. kary pieniężnej bez uprzedniego przeprowadzenia postępowania kontrolnego i wydania zaleceń pokontrolnych w rozumieniu art. 201 ust. 1 – 3 p.t. było niedopuszczalne. Tak ujęte stanowisko nie jest trafne, chociaż argumentacja sądów obu instancji na tej płaszczyźnie budzi istotne zastrzeżenia.

Zgodnie z art. 209 ust. 1 pkt 25 p.t. (w brzmieniu obowiązującym do chwili wydania zaskarżonej decyzji) kto nie wypełnia obowiązków uzyskania zgody abonenta lub użytkownika końcowego, o których mowa w art. 161, art. 166, art. 169 i art. 172-174 podlega karze pieniężnej. Z kolei art. 172 ust. 1 p.t. stanowił, że zakazane jest używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, chyba że abonent lub użytkownik końcowy uprzednio wyraził na to zgodę. Natomiast według art. 174 p.t. jeżeli przepisy ustawy wymagają wyrażenia zgody przez abonenta lub użytkownika końcowego, zgoda ta: 1) nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści; 2) może być wyrażona drogą elektroniczną, pod warunkiem jej utrwalenia i potwierdzenia przez użytkownika; 3) może być wycofana w każdym czasie, w sposób prosty i wolny od opłat.

Stosownie do art. 201 ust. 1 p.t. (również w brzmieniu obowiązującym do chwili wydania zaskarżonej decyzji) jeżeli w wyniku kontroli, o której mowa w art. 199 p.t., stwierdzono, że przedsiębiorca telekomunikacyjny lub podmiot posiadający rezerwacje częstotliwości lub przydział numeracji nie wypełnia odnoszących się do niego obowiązków wynikających z ustawy lub decyzji wydanej

przez Prezesa UKE, Prezes UKE wydaje zalecenia pokontrolne, w których wzywa podmiot kontrolowany do usunięcia nieprawidłowości lub udzielenia wyjaśnień. Usunięcie nieprawidłowości lub udzielenie wyjaśnień powinno nastąpić w terminie 30 dni od dnia doręczenia zaleceń pokontrolnych przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu. Jeżeli po upływie 30 dni od dnia doręczenia zaleceń pokontrolnych lub po upływie terminu, o którym mowa w art. 201 ust. 2 p.t., podmiot kontrolowany nie usunie wskazanych nieprawidłowości lub udzielone wyjaśnienia okażą się niewystarczające, Prezes UKE wydaje decyzję, w której nakazuje usunięcie stwierdzonych nieprawidłowości oraz może: 1) wskazać środki, jakie powinien zastosować podmiot kontrolowany, w celu usunięcia nieprawidłowości; 2) określić termin, w którym ma nastąpić usunięcie nieprawidłowości; 3) nałożyć karę, o której mowa w art. 209 p.t.

2. Na tle takiego ukształtowania przepisów art. 201 i 209 p.t. w orzecznictwie Sądu Najwyższego utrwaliło się trafne stanowisko, że „gdy Prezes Urzędu przeprowadził postępowanie kontrolne, które wykazało – w zakresie przedmiotu kontroli – fakt naruszenia przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego przepisów Prawa telekomunikacyjnego, powinien najpierw podjąć czynności przewidziane dla tego trybu postępowania w art. 201 Prawa telekomunikacyjnego. Bez wyczerpania wszystkich środków trybu postępowania kontrolnego (wydanie zaleceń pokontrolnych, wyznaczenie terminu na zastosowanie się do nich, bezskuteczny upływ terminu) nie aktualizowała się kompetencja do ukarania przedsiębiorcy telekomunikacyjnego przez Prezesa Urzędu w samoistnym postępowaniu w sprawie nałożenia kary pieniężnej. Powyższe ograniczenie kompetencji Prezesa Urzędu do nakładania kar pieniężnych w wyniku samoistnie przeprowadzonego postępowania w sprawie nałożenia takiej kary odnoszą się do przedmiotu sprawy postępowania kontrolnego” (tak wyrok Sądu Najwyższego z 14 lutego 2012 r., III SK 24/11, zob. też wyroki Sądu Najwyższego z 21 września 2010 r., III SK 8/10, z 7 lipca 2011 r., III SK 52/10, z 6 października 2011 r., III SK 9/11, z 9 maja 2012 r., III SK 35/11 i z 8 października 2014 r., III SK 85/13).

Taka interpretacja wynikała z prounijnej wykładni przepisów Prawa telekomunikacyjnego dokonywanej w świetle postanowień dyrektywy

o zezwoleniach w pierwotnym brzmieniu. Sąd Najwyższy wyjaśnił, iż „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).” W konsekwencji niedopuszczalne było – z punktu widzenia prawa unijnego – przeprowadzenie samoistnego postępowania w sprawie nałożenia kary pieniężnej, gdy wcześniej, w odniesieniu do tego samego zachowania przedsiębiorcy telekomunikacyjnego Prezes UKE wszczął już postępowanie kontrolne (wyrok Sądu Najwyższego z 14 lutego 2012 r., III SK 24/11).

Takie ukształtowanie uprawnień krajowych organów regulacyjnych podyktowane było złożonością materii, do której odnosi się dyrektywa o zezwoleniach oraz nowością przewidzianych w niej uregulowań w systemie prawa unijnego i systemach prawnych państw członkowskich. „Prawodawca unijny wyszedł w tym przypadku z założenia, że nałożenie kary pieniężnej stanowi ostateczność i jest możliwe po uprzednim sprecyzowaniu przez krajowy organ regulacyjny, jak przedsiębiorstwo powinno zachowywać się na rynku objętym zakresem zastosowania dyrektywy 2002/20. Możliwość nakładania kar pieniężnych za każde naruszenie obowiązków wynikających z przepisów wdrażających dyrektywę 2002/20 i inne dyrektywy telekomunikacyjne, wymienione w art. 6 ust. 2 tej dyrektywy, wiązałaby się ze zbyt dużym ryzykiem dla przedsiębiorstw telekomunikacyjnych, stwarzając niepotrzebną barierę dla innowacji, inwestycji

i konkurencji na rynku poddanym regulacji” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2010 r., III SK 8/10).

Rację ma więc skarżący o tyle, że istotnie na tle pierwotnej wersji dyrektywy o zezwoleniach ukształtowała się określona wykładnia przepisów Prawa telekomunikacyjnego wykluczająca – w pewnych okolicznościach – nałożenie na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego kary pieniężnej bez uprzedniego wszczęcia wobec tego przedsiębiorcy postępowania kontrolnego i zobowiązania do usunięcia uchybień.

3. Sądy obu instancji przyjęły, że na skutek zmiany z dniem 19 grudnia 2009 r. przepisu art. 10 ust. 3 dyrektywy o zezwoleniach (wynikającej z dyrektywy 2009/140/WE) dopuszczalna jest odmienna, ale również prounijna, interpretacja relacji postępowania kontrolnego i postępowania o nałożenie kary pieniężnej, mimo tego, że przepisy Prawa telekomunikacyjnego w tym zakresie nie uległy zmianie. Skoro od dnia 19 grudnia 2009 r. dyrektywa o zezwoleniach przewiduje już nałożenie na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego kary bez konieczności uprzedniego wszczynania postępowania kontrolnego, to – mimo braku implementacji tej dyrektywy do prawa krajowego do chwili wydania decyzji (termin na transpozycję postanowień dyrektywy 2009/140/WE zgodnie z art. 5 ust. 1 tej dyrektywy upłynął 25 maja 2011 r., a więc przed wydaniem zaskarżonej decyzji i jeszcze w trakcie trwania loterii) – konieczność prounijnej wykładni prawa krajowego musi skutkować odmienną interpretacją przepisów art. 201 i 209 p.t. A co za tym idzie odmienną oceną relacji między postępowaniem kontrolnym a postępowaniem o nałożenie kary pieniężnej. Sąd Najwyższy nie podziela tego stanowiska.

Oczywiście na każdym sądzie państwa członkowskiego Unii Europejskiej spoczywa obowiązek prounijnej wykładni prawa krajowego. Wynika on przede wszystkim z Traktatu o Unii Europejskiej, który w art. 4 ust. 3 zd. 2 nakazuje państwom członkowskim podejmować „wszelkie środki” właściwe dla zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z Traktatów lub aktów instytucji Unii. Zasada interpretacji przyjaznej dla prawa europejskiego znajduje uzasadnienie również w art. 91 ust. 1 Konstytucji RP, a interpretacja sprzeczna z zasadami

prawa europejskiego jest sprzeczna z zasadą państwa prawa (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 28 stycznia 2003 r., K 2/02).

Wykładnia prounijna powinna być dokonywana „tak dalece, jak to możliwe” („as far as possible”) (wyrok TSUE z 13 listopada 1990 r., w sprawie C-106/89 Marleasing, zob. też wyrok z 10 kwietnia 1984 r., w sprawie C-14/83 Sabine von Colson and Elisabeth Kamann przeciwko Land Nordrhein-Westfalen, pkt 26). Co więcej, w orzecznictwie TSUE przyjmuje się, że „stosując prawo krajowe, a zwłaszcza przepisy uregulowania przyjętego specjalnie w celu wprowadzenia wymagań dyrektywy, sąd krajowy jest zobowiązany interpretować prawo krajowe w najszerszym możliwym zakresie w świetle brzmienia i celu danej dyrektywy, aby osiągnąć rezultat przez nią przewidziany” (tak wyrok z 5 października 2004 r., w sprawach połączonych C-397/01 do C-403/01, Bernhard Pfeiffer, pkt 113). Zatem sąd krajowy ma obowiązek uwzględniać wszystkie krajowe metody wykładni, tak dalece, jak to możliwe kierować się brzmieniem i celem dyrektywy stanowiącej dla prounijnej wykładni punkt odniesienia, ale nie naruszając zakazu wykładni *contra legem* (wyrok z 24 stycznia 2012 r. w sprawie C-282/10, Maribel Dominguez, pkt 25).

Dodatkowym argumentem jest na tej płaszczyźnie swoiste domniemanie pełnej (należytej) implementacji prawa unijnego. Każde państwo członkowskie, które dokonuje transpozycji dyrektywy do krajowego porządku prawnego, czyni to bowiem w zamiarze należytego wywiązania się z ciążącego na nim obowiązku, a tym samym dąży do jak najpełniejszej realizacji w prawie krajowym celów wytyczonych dyrektywą (wyrok z dnia 16 grudnia 1993 r., w sprawie C-334/92 Wagner Miret przeciwko Fondo de garantía salarial, pkt 20-21).

Z drugiej strony, prounijna wykładnia nie może skutkować powołaniem się państwa w stosunku do jednostki na obowiązek przewidziany przez dyrektywę, która nie została transponowana, ani tym bardziej skutkować określeniem lub zastrzeżeniem w takiej sytuacji odpowiedzialności jednostki (zob. wyrok z 26 września 1996 r. w sprawie C-168/95, Arcaro, pkt 42, wyrok z 8 października 1987 r. w sprawie C-80/06, Kolpinghuis Nijmegen, pkt 14). Innymi słowy, niedopuszczalne jest pogorszenie sytuacji jednostki w relacji do państwa w drodze prounijnej wykładni prawa krajowego przy braku lub niewłaściwej transpozycji

dyrektywy (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z 26 marca 2019 r., I NSZP 1/18, por. też uchwałę Sądu Najwyższego z 9 września 2015 r., II SZP 2/15).

Na tym tle niedopuszczalne jest, aby te same przepisy prawa krajowego były interpretowane początkowo zgodnie z dyrektywą w sposób korzystny dla jednostki (przedsiębiorcy) pozostającej w sporze z państwem, a następnie na skutek zmiany treści dyrektywy i upływu terminu na jej implementację zostały zreinterpretowane w sposób niekorzystny dla jednostki pozostającej w sporze z państwem. Wprost przeciwnie, utrwalenie w krajowym orzecznictwie sądowym prounijnej wykładni konkretnych przepisów krajowych (mieszczących się w sferze oddziaływania dyrektywy) na korzyść jednostki wyklucza zmianę wykładni tych przepisów na niekorzystną dla jednostki tylko na skutek zmiany treści dyrektywy, która nie została implementowana do porządku krajowego w terminie. Innymi słowy art. 10 ust. 2 i 3 dyrektywy o zezwoleniach „w nowym, bardziej restrykcyjnym brzmieniu nie można implikować zmiany dotychczasowej wykładni przepisów krajowych na niekorzyść przedsiębiorcy telekomunikacyjnego” (tak wyrok Sądu Najwyższego z 6 października 2014 r., III SK 85/13).

Oznaczałoby to przede wszystkim dokonywanie wykładni prawa krajowego (przez odwołanie się do niewdrożonej dyrektywy) na niekorzyść jednostki w sporze z państwem, co orzecznictwo TSUE stanowczo wyklucza (zob. wyrok z 26 września 1996 r. C-168/95, Arcaro, pkt 42, wyrok z 8 października 1987 r. C-80/06, Kolpinghuis Nijmegen, pkt 14). Ponadto taki zabieg interpretacyjny skutkowałby de facto uznaniem, że postanowienia dyrektywy wywołują bezpośrednie skutki wobec jednostek, co stałoby w sprzeczności z samym charakterem tego aktu prawa unijnego, nakładającego przecież na państwo obowiązek osiągnięcia celów dyrektywy, pozostawiając swobodę wyboru form i środków (art. 288 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej). W konsekwencji, państwo w sporze z jednostką nie może powoływać się na postanowienia niewdrożonej dyrektywy (wyrok TSUE z 28 czerwca 2005 r. w sprawach połączonych C-189/02, C-202/02, C-205/02 do C-208/02 i C 213/02, Dansk Rørindustri A/S, pkt 221).

4. Odrzucenie przyjętej przez sądy obu instancji koncepcji odnoszącej się do zmiany wykładni przepisów art. 201 i 209 p.t. po upływie terminu na wdrożenie

postanowień dyrektywy 2009/140/WE, nie oznacza jeszcze, że skarga kasacyjna powoda jest oparta na uzasadnionej podstawie. Sąd Najwyższy przypomina, że art. 10 ust. 3 dyrektywy o zezwoleniach w pierwotnym brzmieniu „wyznaczał unijny standard postępowania krajowych organów regulacyjnych w odniesieniu nie do wszelkich naruszeń, ale w odniesieniu do naruszeń określonych obowiązków ciążących na przedsiębiorcach telekomunikacyjnych. Przepis art. 10 ust. 3 dyrektywy 2002/20 w pierwotnym brzmieniu – stosownie do dyspozycji art. 10 ust. 1 dyrektywy 2002/20 – dotyczy trybu procedowania przy nakładaniu kar pieniężnych za nieprzestrzeganie „wymogów związanych z ogólnym zezwoleniem lub prawami użytkowania oraz szczególnych obowiązków, o których mowa w art. 6 ust. 2” dyrektywy 2002/20. Wymogi te wymieniono w załączniku do przedmiotowej dyrektywy. W zakresie wymogów, które państwa członkowskie mogą połączyć z „prawami użytkowania częstotliwości radiowych”, to jest z pozwoleniem radiowym, załącznik wymienia: 1) obowiązek świadczenia usługi lub korzystania z rodzaju technologii, dla których przyznane zostało prawo użytkowania danej częstotliwości; wymogi dotyczące zasięgu i jakości; 2) sprawne i efektywne wykorzystywanie częstotliwości; 3) techniczne i operacyjne wymogi niezbędne dla uniknięcia szkodliwych zakłóceń oraz ograniczenia wystawienia ogółu ludności na działanie pola elektromagnetycznego; 4) maksymalny czas trwania; 5) przekazanie praw na wniosek uprawnionego; 6) opłaty za użytkowanie; 7) wszelkie zobowiązania, jakie przedsiębiorstwo, któremu przydzielono prawo użytkowania, przyjęło na siebie podczas procedury selekcji konkurencyjnej lub porównawczej; 8) obowiązki wynikające z odpowiednich umów międzynarodowych; 9) obowiązki właściwe dla doświadczalnego użytkowania częstotliwości radiowych. Wszystkie zawarte w powyższym katalogu obowiązki i sytuacje dotyczą warunków towarzyszących pozwoleniu radiowemu, bądź zasad jego udzielania.” (wyrok Sądu Najwyższego z 14 lutego 2012 r., III SK 24/11). Skoro standard postępowania organów regulacyjnych wyznaczony przez dyrektywę o zezwoleniach w pierwotnym brzmieniu nie obejmował wszystkich naruszeń, których dopuścił się przedsiębiorca telekomunikacyjny, wymaga rozważenia, czy naruszenie, które dało podstawę do wydania zaskarżonej decyzji mieści się w sferze oddziaływania tej dyrektywy, a jeżeli nie – jakie są skutki takiego stanu rzeczy.

Na pierwsze pytanie należy bez wątpienia odpowiedzieć negatywnie. Zachowanie, za które nałożona została na powoda kara nie mieści się w żadnej kategorii naruszeń, o których mowa w art. 10 ust. 1 dyrektywy o zezwoleniach, w tym szczególności tych wymienionych w art. 6 ust. 2 tej dyrektywy, odsyłającego do art. 5 ust. 1 i 2, 6 oraz 8 dyrektywy 2002/19/WE (dyrektywy o dostępie) i art. 16, 17, 18 oraz 19 dyrektywy 2002/22/WE (dyrektywy o usłudze powszechnej). Zatem wyznaczony przez przepisy dyrektywy o zezwoleniach w pierwotnym brzmieniu standard postępowania organu regulacyjnego nie ma zastosowania do naruszenia, jakie zostało zarzucone powodowi. Tym samym, argumenty powoda odwołujące się do przyjętej w orzecznictwie relacji między postępowaniem kontrolnym i postępowaniem o nałożenie kary pieniężnej – znajdujące uzasadnienie w wykładni przepisów p.t. dokonywanej w świetle treści dyrektywy o zezwoleniach – są chybione.

Oznacza to, że w przypadku naruszenia, jakie Prezes UKE przypisał powodowi brak podstaw do odwołania się przy wykładni przepisów Prawa telekomunikacyjnego do art. 10 ust. 3 dyrektywy o zezwoleniach w pierwotnym brzmieniu. W konsekwencji, pozostaje do rozważenia, czy przepisy krajowe pozwalały na nałożenie na przedsiębiorcę kary pieniężnej, mimo uprzedniego niewszczęcia postępowania kontrolnego. Zdaniem Sądu Najwyższego, taka możliwość na tle przepisów p.t. istniała. Z samego zestawienia treści art. 201 i 209 p.t., bez odwoływania się do prounijnej wykładni, nie wynika bowiem konieczność poprzedzenia postępowania o nałożenie kary pieniężnej postępowaniem kontrolnym (por. wyrok Sądu Najwyższego z 14 lutego 2012 r., III SK 24/11).

Co więcej, wszczęcie przez Prezesa UKE postępowania kontrolnego już w trakcie toczącego się postępowania o nałożenie kary pieniężnej w świetle przepisów p.t. (abstrahując od kontekstu unijnego) nie pozbawia Prezesa UKE kompetencji do nałożenia kary pieniężnej. Zwłaszcza w sytuacji, gdy kwestionowane zachowanie przedsiębiorcy telekomunikacyjnego zakończyło się przed ukończeniem postępowania kontrolnego, a więc zastosowanie środków przewidzianych w tym drugim postępowaniu nie mogło być już efektywne.

5. Nie jest również zasadny zarzut wypełniający drugą podstawę skargi kasacyjnej, odnoszący się do wysokości nałożonej na powoda kary pieniężnej. Sąd Najwyższy wskazywał już wielokrotnie, że nie leży w jego kognicji rozstrzyganie, czy określony poziom kary pieniężnej nałożony na przedsiębiorcę przez organ regulacyjny jest w okolicznościach faktycznych sprawy właściwy, lecz jedynie weryfikacja, czy orzekając w tym przedmiocie sąd drugiej instancji w sposób zgodny z obowiązującymi unormowaniami umotywował swoje stanowisko w tym zakresie (zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z 15 maja 2014 r., III SK 54/13).

W tym zakresie skarżący sformułował trzy zarzuty, wskazujące jego zdaniem na nadmierną wysokość kary, tj. (1) błędnie określony zakres naruszenia, (2) precedensowy charakter sprawy i (3) wyeliminowanie zarzucanych przedsiębiorcy nieprawidłowości. W ramach pierwszej okoliczności powód kwestionuje przyjęcie przez Prezesa UKE, że „skutkiem [...] przesyłania wyżej wymienionych komunikatów, było czasem niezamierzone przystąpienie do Loterii i poniesienie związanych z tym istotnych konsekwencji finansowych”. Natomiast w ramach trzeciego zarzutu powód podnosi, że podjął działania w celu wyeliminowania skutków naruszenia, co stoi w sprzeczności ze stanowiskiem będącym podstawą wydania decyzji (zaakceptowanym przez sądy obu instancji), z którego wynika, że „spółka nie poinformowała o podjętych działaniach systemowych mających zniwelować skutki [...]. W szczególności nie wskazała, czy dokonała lub zamierza dokonać zwrotu środków finansowych poniesionych w związku z udziałem w Loterii wszystkim jej uczestnikom”.

Tak sformułowane zarzuty zmierzają zatem w istocie do podważenia ustaleń faktycznych poczynionych przez sądy obu instancji, a zgodnie z art. 398¹³ § 2 k.p.c. w postępowaniu kasacyjnym Sąd Najwyższy jest związany ustaleniami faktycznymi stanowiącymi podstawę zaskarżonego orzeczenia. Już tylko z tego względu zarzuty te, wymierzone w ustalenia faktyczne, nie mogą stanowić uzasadnionej podstawy skargi kasacyjnej.

Nie przekonuje również argument odwołujący się do precedensowego charakteru sprawy. W tym zakresie skarżący zarzuca naruszenie art. 210 ust. 2 p.t. Zgodnie z tym przepisem, ustalając wysokość kary pieniężnej, Prezes UKE uwzględnia zakres naruszenia, dotychczasową działalność podmiotu

oraz jego możliwości finansowe. Wyliczenie dyrektyw wymiaru kary ma charakter wyczerpujący. Skarga kasacyjna nie zawiera żadnej argumentacji wskazującej, w ramach której z tych dyrektyw mieści się „precedensowy charakter sprawy”. Uszło uwadze skarżącego, że powołane przez niego poglądy doktryny i orzecznictwa zostały sformułowane na tle przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. 2019, poz. 369 ze zm.) odwołujących się do innych zasad wymiaru kary (zob. zwłaszcza art. 111 tej ustawy). Co więcej, skarga kasacyjna nie wyjaśnia, w jakim stopniu i dlaczego nałożona na powoda kara powinna być niższa niż wymierzona w zaskarżonej decyzji, nawet przy przyjęciu, co jest wątpliwe, że precedensowy charakter sprawy ma w świetle art. 210 ust. 2 p.t. znaczenie dla wysokości kary.

Z tych przyczyn Sąd Najwyższy na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c. oddalił skargę kasacyjną, jako nieopartą na uzasadnionych podstawach oraz na podstawie art. 98 § 1 i 3 w zw. z art. 99 k.p.c. oraz § 10 ust. 4 pkt 3 w zw. z § 14 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t.j. Dz.U. 2018, poz. 265 ze zm.) obciążył powoda kosztami postępowania kasacyjnego.