



Sygn. akt III SK 65/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 stycznia 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Dawid Miąsik (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Zbigniew Korzeniowski

SSN Andrzej Wróbel

Protokolant Małgorzata Beczek

w sprawie z powództwa N. S.A. w W. (dawniej T. N. S.A.)
przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
o naruszenie zbiorowych interesów konsumentów,
po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw
Publicznych w dniu 9 stycznia 2018 r.,
skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego w W.
z dnia 2 czerwca 2016 r.,

- 1. oddała skargę kasacyjną,**
- 2. zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 540 (pięćset czterdzieści) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania**

UZASADNIENIE

Decyzją z 31 grudnia 2012 r., nr DDK 5/2012 Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Prezes Urzędu):

I. uznał za naruszające zbiorowe interesy konsumentów działanie T. N. S.A.

z siedzibą w W. (obecnie N. S.A. - powód) polegające na:

1. nieprzekazywaniu konsumentom przed zawarciem umowy wzoru oświadczenia o odstąpieniu od umowy;
2. zastrzeżeniu w umowie o świadczenie usług telekomunikacyjnych i pobieraniu od konsumentów opłaty za aktywację umowy, przed rozpoczęciem świadczenia konsumentowi Usługi T., co naruszało art. 72 ust. 2 i art. 57 ust. 5 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. z 2004 r. Nr 171, poz. 1800 ze zm., dalej jako Prawo telekomunikacyjne lub PT);
3. zastrzeżeniu w umowie opłaty wyrównawczej z tytułu rozwiązania umowy przed terminem na jaki umowa została zawarta, w sytuacji dokonania przez konsumenta wyboru powoda jako dostawcy publicznie dostępnych usług telefonicznych przez numer dostępu lub preselekcję, a następnie braku rozpoczęcia świadczenia konsumentowi Usługi T. wobec wycofania lub zmiany przez konsumenta zamówienia WRL lub zlecenia preselekcji;

II. nałożył na powoda karę pieniężną w wysokości:

1. 175.022 zł za naruszenie opisane w pkt I.1 sentencji decyzji;
2. 583.407 zł za naruszenie opisane w pkt I.2 sentencji decyzji;
3. 583.407 zł za naruszenie opisane w pkt I.3 sentencji decyzji.

Odwołanie od powyższej decyzji wniósł powód, zaskarżając ją w część dotyczącą pkt I.2 i I.3 oraz pkt II.1, II.2 i II.3.

Prezes Urzędu w odpowiedzi na odwołanie powoda wniósł o jego oddalenie i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego. Prezes Urzędu wyjaśnił, że pobieranie przewidzianych przez powoda opłat za aktywację umów o świadczenie usług zniechęca konsumentów do korzystania z usług telekomunikacyjnych za pomocą numeru dostępowego lub preselekcji z większą liczbą dostawców usług. W przypadku zamiaru korzystania z oferty innego dostawcy i zmiany dostawcy usług, konsument musiałby ponosić kolejną opłatę aktywacyjną. Ponadto, Prezes Urzędu podkreślił, że stwierdzone w decyzji praktyki określone w pkt I.2 i I.3 dotyczą stanu faktycznego, w którym naliczono opłatę aktywacyjną z tytułu podpisania umowy na świadczenie telekomunikacyjnych usług w ramach abonamentu, lecz nie doszło jeszcze do aktywowania przez powoda usługi WRL. Wbrew twierdzeniom powoda, w pkt I.2 sentencji decyzji Prezes Urzędu nie

zakwestionował pobierania przez dostawców usług jakichkolwiek opłat aktywacyjnych, lecz wyłącznie naliczanie konsumentom przez powoda opłaty aktywacyjnej po dokonaniu przez nich wyboru powoda jako dostawcy usług telefonicznych w oparciu o numer dostępu lub preselekcję a przed uruchomieniem Usługi T., której to usługi dotyczyła umowa. Prezes Urzędu zaznaczył, że w okresie świadczenia konsumentom usług telekomunikacyjnych za pomocą numeru dostępu lub preselekcji a przed uruchomieniem Usługi T., powód nie świadczył konsumentom usług na zasadach promocyjnych, ponieważ konsumentowi nie zostają - jeszcze - przyznane jakiekolwiek ulgi z tytułu opłat abonamentowych. Przyznanie abonentowi ulgi następuje dopiero z chwilą rozpoczęcia świadczenia usługi, z którą związana jest ulga.

Wyrokiem z 26 lutego 2015 r., Sąd Okręgowy w W. - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie powoda i rozstrzygnął o kosztach postępowania.

Sąd Okręgowy ustalił, że rozpoczęcie korzystania przez abonenta z Usługi T. (WRL) oraz usługi preselekcji wymaga zawarcia przez abonenta z N. umowy o świadczenie usług T. oraz złożenia zamówienia WRL wraz ze zleceniem Preselekcji. Powód zaczyna świadczenie Usługi T. dopiero z chwilą upływu terminu wypowiedzenia umowy łączącej abonenta z T. Polską S.A. (TP S.A.). Po skompletowaniu poprawnie wypełnionych i podpisanych formularzy umowy o świadczenie Usługi T. oraz Zamówienia WRL wraz z zleceniem preselekcji, powód w terminie 14 dni od dnia otrzymania tych dokumentów jest zobowiązany przekazać Zamówienie WRL wraz ze zleceniem preselekcji do TP S.A. lub innego dotychczasowego dostawcy, zapewniającego abonentowi przyłączenie do sieci TP S.A. Do chwili realizacji zlecenia preselekcji przez TP S.A., abonent mógł korzystać z usług N. S.A. przez wybranie numeru dostępu (prefiks 10818) od momentu wprowadzenia danych o zawarciu przez abonenta umowy z N. S.A. do systemu informatycznego powoda. Aktywacja nowego abonenta w systemie informatycznym powoda, umożliwiająca korzystanie z jego usług za pomocą numeru dostępu, była dokonywana w następnym dniu po otrzymaniu wypełnionego i podpisanego przez abonenta formularza umowy o świadczenie Usługi T.. Powód nie informował konsumentów o dokonaniu aktywacji w systemie informatycznym. Powód twierdził,

że opłata aktywacyjna odnosi się do aktywacji umowy. W jego ocenie aktywacja następuje przez wpisanie abonenta do systemu informatycznego powoda, a jej efektem jest uzyskanie przez abonenta możliwości korzystania z usług telekomunikacyjnych przez selekcję.

Zgodnie z regulaminem obowiązującym u powoda, w przypadku rozwiązania umowy zawartej na czas oznaczony przez abonenta lub operatora z winy abonenta przed upływem terminu, na jaki umowa została zawarta, powodowi przysługuje uprawnienie do naliczenia opłaty wyrównawczej, nieprzekraczającej wysokości ulgi przyznanej abonentowi w związku z zawarciem umowy (aktywacja) lub świadczeniem Usługi T.. Ulga stanowiła różnicę między opłatą aktywacyjną przewidzianą w cenniku dla umowy zawartej na czas nieoznaczony a opłatą aktywacyjną przewidzianą w cenniku dla umowy zawartej na czas oznaczony dla wybranej taryfy i rodzaju dostępu. Ulga ta, związana ze świadczeniem Usługi T., przyznawana była w dniu aktywacji Usługi i stanowiła różnicę w wysokości opłat abonamentowych przewidzianych w cenniku dla umowy zawartej na czas nieoznaczony a wysokością opłat abonamentowych przewidzianych w cenniku dla umowy zawartej na czas oznaczony.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał, że zgodnie z art. 72 ust. 1 PT abonent może wybrać dowolnego dostawcę publicznie dostępnych usług telefonicznych, którego usługi są dostępne w połączonych sieciach. Wybranie przez abonenta określonego dostawcy usług telefonicznych przez zlecenie preselekcji nie może ograniczać i nie wyłącza wyboru innego, dowolnego dostawcy usług przez NDS (numer dostępu). Zgodnie z art. 72 ust. 2 PT, nie przysługuje roszczenie w stosunku do abonenta z tytułu wyboru dostawcy publicznie dostępnych usług. Powyższy przepis nie wskazuje, który z dostawców publicznie dostępnych usług telefonicznych nie może zgłaszać roszczeń do abonenta z powodu zmiany dostawcy usług. Zakaz występowania do abonenta z roszczeniem z tytułu wyboru dostawcy publicznie dostępnych usług telefonicznych, który świadczył abonentowi usługę przed dokonaniem wyboru nowego dostawcy jak i każdego nowo wybranego dostawcy usług. Jest tak również, gdy abonent wybrał dwóch lub więcej dostawców. Żaden z podmiotów świadczących abonentowi usługi telefoniczne nie może zgłaszać do abonenta roszczeń z powodu zmiany dostawcy.

Zakaz utrudniania dotyczy również dostawcy usług telekomunikacyjnych, świadczących te usługi przez zastosowanie prefiksu (NDS) i preselekcję.

Sąd Okręgowy stwierdził również, że zakaz ustanowiony w art. 72 ust. 2 PT nie odnosi się do roszczenia, o którym mowa a art. 57 ust. 6 PT, przysługującego dostawcy usług w stosunku do abonenta z tytułu jednostronnego rozwiązania umowy przez abonenta lub dostawcę usług z winy abonenta przed upływem terminu ustalonego w umowie, której zawarcie było związane z przyznaną abonentowi ulgą.

W dalszej kolejności Sąd Okręgowy wyjaśnił, że przepis art. 57 ust. 5 PT zakazuje dostawcom publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych zamieszczania w umowach postanowień, które w jakikolwiek sposób mogłyby uniemożliwiać, utrudniać lub zniechęcać abonentów do zmiany dostawcy usług telekomunikacyjnych. Zakaz z art. 57 ust. 5 PT ma ułatwić abonentowi skorzystanie z określonego w art. 72 ust. 1 PT uprawnienia do swobodnego wyboru dostawcy usług telefonicznych, również za pośrednictwem numeru dostępu lub preselekcji.

Sąd Okręgowy podkreślił, że z ustaleń wynika, iż powód zamieszczał w umowach o świadczenie usług telekomunikacyjnych na zasadzie abonamentu postanowienia nakładające na abonentów obowiązek zapłaty opłaty aktywacyjnej. Zawierając z powodem umowę, konsument dokonywał także wyboru powoda jako dostawcy publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych przez prefiks lub preselekcję. Do upływu terminu wypowiedzenia umowy z dotychczasowym dostawcą usług telekomunikacyjnych i rozpoczęcie świadczenia przez nowego dostawcę usług abonamentowych, konsument korzystał z usług powoda określonych w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 16 grudnia 2010 r. w sprawie warunków korzystania z uprawnień w publicznych sieciach telefonicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 249, poz. 1670 ze zm., dalej jako rozporządzenie sieciowe) z zastosowaniem prefiksu lub preselekcji. Dopiero po upływie okresu wypowiedzenia i rozwiązaniu dotychczasowej umowy możliwe jest rozpoczęcie (uruchomienie) świadczenia konsumentowi Usługi T.. Natomiast „aktywacja konsumenta” w systemie informatycznym powoda była dokonywana następnego dnia po otrzymaniu kompletu podpisanych przez konsumenta formularzy. Z chwilą aktywacji konsument uzyskiwał możliwość korzystania z usług telekomunikacyjnych

świadczonych przez powoda z wykorzystaniem numeru dostępu, a następnie zlecenia preselekcji ale jeszcze nie na podstawie umowy dotyczącej usług telekomunikacyjnych w ramach abonamentu. Stosowany przez powoda wzorzec umowny nie przewidywał wyjątku od zasady obciążenia konsumenta opłatą aktywacyjną w sytuacji, gdy nie doszło do rozpoczęcia świadczenia na rzecz konsumenta abonamentowej Usługi T.. Powód obciążał opłatą aktywacyjną również konsumentów, korzystających z jego usług wyłącznie z zastosowaniem prefiksu lub preselekcji mimo, że w stosunku do tych konsumentów nie doszło jeszcze do zmiany operatora.

W ocenie Sądu Okręgowego zastrzeżenie w umowie i pobieranie przed rozpoczęciem świadczenia usług opłaty aktywacyjnej w takiej formie utrudniało konsumentom korzystanie z prawa do zmiany dostawcy usług, wywierało negatywny wpływ na podjęcie przez konsumenta decyzji o zmianie dostawcy usług telekomunikacyjnych i mogło skutecznie zniechęcać konsumentów do wyboru nowego dostawcy usług telekomunikacyjnych przez numer dostępu lub preselekcję. Sąd Okręgowy zauważył, że aktywacja umowy wiąże się z udzieleniem ulgi w opłacie aktywacyjnej, a w związku z korzystaniem przez konsumenta z preselekcji przyznawana jest ulga w opłatach abonamentowych. W ocenie Sądu pierwszej instancji z powyższego wynika, że powód pobierał od konsumentów opłatę wyrównawczą z tytułu opłat abonamentowych w przypadku, gdy konsument dokonał wyboru powoda jako dostawcy publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych, przed rozpoczęciem świadczenia Usługi T., to jest w czasie, gdy konsument był jeszcze związany umową z dotychczasowym operatorem.

Sąd Okręgowy uznał, że podstawowym warunkiem, od którego uzależnione jest występowanie przez dostawcę usług do konsumenta o zwrot równowartości ulgi jest jej faktyczne konsumowanie, czyli korzystanie z ulgi przez odbiorcę usługi, co jest możliwe dopiero po rozpoczęciu świadczenia przez dostawcę na rzecz konsumenta usługi określonej w umowie, której ulga dotyczy. Obciążenie konsumenta opłatą wyrównawczą w wysokości równowartości ulgi, w sytuacji gdy po zawarciu umowy z dostawcą usługi nie dojdzie do rozpoczęcia świadczenia usługi na skutek rezygnacji przez konsumentów z abonamentu lub preselekcji nie ma uzasadnienia w art. 57 ust. 6 PT, ponieważ przed rozpoczęciem

świadczenia usług ewentualna korzyść, jaką może uzyskać konsument nie może być uznana za ulgę w rozumieniu przepisów Prawa telekomunikacyjnego. Bezpodstawne jest zatem, w ocenie Sądu Okręgowego, obciążanie konsumenta opłatami z tytułu ulg, z których konsument nie skorzystał, ponieważ rozwiązał umowę przed rozpoczęciem jej realizacji. W braku rozpoczęcia świadczenia Usługi T., konsumentom nie zostają przyznane ulgi z tytułu opłaty abonamentowej, ponieważ przed rozpoczęciem świadczenia tej usługi konsumenci nie mają realnej możliwości skorzystania z ulgi w opłacie abonamentowej.

Apelację od powyższego wyroku Sądu Okręgowego wniósł powód, zaskarżając go w całości.

Wyrokiem z 2 czerwca 2016 r., Sąd Apelacyjny w W. oddalił apelację powoda i obciążył go kosztami postępowania.

Oddalając zarzut naruszenia art. 72 PT, Sąd Apelacyjny podniósł, że zgodnie z treścią ust. 1 tego przepisu abonent będący stroną umowy z dostawcą usług zapewniający przyłączenie do stacjonarnej publicznej sieci telekomunikacyjnej operatora o znaczącej pozycji rynkowej może wybrać dowolnego dostawcę publicznie dostępnych usług telefonicznych, którego usługi są dostępne w połączonych sieciach. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu tytułu dokonania wyboru dostawcy nie przysługuje roszczenie w stosunku do abonenta. Abonent jest zatem w tej relacji podmiotem uprzywilejowanym.

Ustawodawca nie określa, który z dostawców usług - dotychczasowy czy nowo wybrany jest adresatem zakazu występowania z roszczeniem w stosunku do abonenta. Dlatego adresatem art. 72 ust. 2 PT jest zarówno dotychczasowy jak i nowy dostawca. W dalszej kolejności Sąd Apelacyjny przyjął, że wybór przez abonenta dostawcy publicznie dostępnych usług telefonicznych przez zlecenie preselekcji nie może ograniczać możliwości wyboru dowolnego dostawcy tych usług przez NDS, a ponadto wybór przez abonenta dostawcy publicznie dostępnych usług telefonicznych przez zlecenie preselekcji może być w każdym czasie przez abonenta zmieniony lub wycofany. Ponadto, jak twierdzi sam powód, konsument po aktywowaniu go w systemie informatycznym nie jest jeszcze abonentem powoda. W dalszym ciągu wiąże go umowa z poprzednim dostawcą usług telekomunikacyjnych. Uzyskuje jedynie możliwość korzystania z usług

telekomunikacyjnych powoda z wykorzystaniem numeru dostępu lub preselekcji. Tymczasem, świetle przepisów rozporządzenia sieciowego, zlecenie preselekcji może być w każdym czasie przez konsumenta zmienione lub wycofane.

Dlatego Sąd Apelacyjny uznał, że zastrzeżenie w umowie i pobieranie od konsumenta opłaty za aktywację umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych przed rozpoczęciem świadczenia usługi T., podczas gdy konsumenci mogli korzystać z usług powoda wyłącznie za pośrednictwem prefiksu lub preselekcji, utrudnia konsumentom skorzystanie z prawa do zmiany dostawcy usług, co narusza art. 72 ust. 2 PT. Zniechęca konsumenta do wyboru nowego dostawcy usług telekomunikacyjnych przez numer dostępu lub preselekcję.

W ocenie Sądu Apelacyjnego zastrzeganie i pobieranie opłaty aktywacyjnej przed rozpoczęciem świadczenia konsumentom Usługi T. jest „roszczeniem” w rozumieniu art. 72 PT.

W dalszej kolejności Sąd Apelacyjny oddalił zarzut naruszenia art. 57 ust. 6 PT. Sąd drugiej instancji podkreślił, że powód w istocie rzeczy nie kwestionował okoliczności zastrzegania i pobierania opłaty wyrównawczej w sytuacjach objętych sentencją decyzji Prezesa Urzędu (to jest w przypadku rozwiązania umowy zawartej na czas oznaczony w sytuacji wyboru powoda jako dostawcy usług przez numer dostępu lub preselekcję, lecz przy następczym braku rozpoczęcia świadczenia konsumentowi usługi T. wobec wycofania lub zmiany przez konsumenta zamówienia WLR lub zlecenia preselekcji. Sąd Apelacyjny odwołał się do motywów leżących u podstaw nowelizacji art. 57 PT oraz wyroku z 19 listopada 2010 r. w sprawie VI Aca 422/10 (LEX nr 1238385), przyjmując, że udzielenie ulgi musi być związane z rozpoczęciem świadczenia usług, których ulga dotyczyła.

Oddalając zarzut dotyczący art. 111 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm., dalej jako uokik), Sąd Apelacyjny podkreślił, że zastosowanie kryteriów z tego przepisu należy do Prezesa Urzędu, w tym w zakresie ocenienia wagi każdego z nich. Kryteria zastosowane w tej sprawie zostały zaakceptowane przez Sądy obu instancji. Za niezasadne uznano twierdzenie, że kary nie uwzględniały korzyści odniesionych przez powoda z praktyki, skoro już z samej weryfikacji prawidłowości naliczonych i pobranych od abonentów opłat wyrównawczych w zakresie ulgi od

opłaty aktywacyjnej wystawiono ponad 7.000 not korygujących anulujących te opłaty na kwotę przewyższającą łączną karę pieniężną nałożoną na powoda za wszystkie 3 praktyki. Sąd nie dopatrył się także naruszenia zasady równości z uwagi na związek wysokości kary z konkretnym podmiotem i konkretnym naruszeniem. Nie podzielił również zarzutu naruszenia art. 111 uokik przez wymierzenie kary odnoszącej się do dwóch czynów w przypadku pkt II.3 decyzji. Sąd przyjął, że praktyka z pkt I.3 decyzji obejmuje jedynie zastrzeżenie i pobierania opłaty wyrównawczej. Nie doszło zatem do ukarania powoda dwukrotnie za ten sam czyn.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia przepisów postępowania, Sąd Apelacyjny w W. przyjął, że zastrzeżenie powoda dotyczące oddalenia jego wniosków dowodowych nie spełniało wymagań formalnych. Oddalił więc zarzut naruszenia art. 162 k.p.c. jednocześnie stwierdzając, że niezależnie od takiej oceny tego zarzutu to i tak zarzuty naruszenia art. 217 oraz art. 227 k.p.c. nie są zasadne, ponieważ wnioski dowodowe zgłoszone przez powoda nie dotyczyły okoliczności istotnych dla sprawy (wniosek o przesłuchanie świadka na okoliczność zaniechania stosowania praktyki po wydaniu decyzji, wniosek o dopuszczenie dowodu z decyzji Prezesa Urzędu na okoliczność wymierzenia kar pieniężnych w innych decyzjach - ponieważ istotne są okoliczności konkretnego naruszenia i sytuacja konkretnego przedsiębiorcy).

Skargę kasacyjną od powyższego wyroku Sądu Apelacyjnego wniósł powód, zaskarżając go w całości. Powód zarzucił naruszenie: 1) art. 57 ust. 5 PT w zw. z art. 30 ust. 6 oraz art. 1 ust. 4 dyrektywy 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (Dz.Urz. UE L 2002 Nr 108, s. 51, dalej jako dyrektywa o usłudze powszechnej) w zw. z art. 24 ust. 2 uokik przez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że pobieranie opłaty aktywacyjnej przez wybranego dostawcę usług narusza ten przepis, podczas gdy jest on adresowany do dotychczasowych dostawców; 2) art. 72 ust. 2 w zw. z art. 72 ust. 1 PT w zw. z art. 30 ust. 6 oraz art. 1 ust. 4 dyrektywy o usłudze powszechnej w zw. z art. 24 ust. 2 uokik przez ich błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że zakaz kierowania roszczeń z tytułu wyboru dostawcy usług jest

adresowany zarówno do biorcy jak i dawcy, podczas gdy wykładnia literalna tego przepisu nie jest jednoznaczna, zaś w świetle wykładni systemowej, celowościowej i prounijnej nie budzi wątpliwości, że przepis ten jest adresowany do dotychczasowego dostawcy usług; 3) art. 72 ust. 2 w zw. z art. 72 ust. 1 PT w zw. z art. 24 ust. 2 uokik przez ich błędną wykładnię i uznanie, że pobieranie opłaty aktywacyjnej w związku z zawarciem umowy obejmującej warunki świadczenia usług opartych na mechanizmie selekcji stanowi roszczenie z tytułu wyboru dostawcy usług, podczas gdy w świetle sposobu realizacji uprawnienia wyboru dostawcy w tym trybie opłata ta nie może być uznana za roszczenie w stosunku do abonenta z tego tytułu; 4) art. 57 ust. 6 PT w zw. z art. 72 ust. 2 PT w zw. z art. 72 ust. 1 PT w zw. z art. 24 ust. 2 uokik przez ich błędną wykładnię i uznanie, że pobieranie opłaty wyrównawczej z tytułu ulgi w opłacie aktywacyjnej narusza ten przepis, podczas gdy powód miał podstawy do pobierania opłaty aktywacyjnej, a przy jej pobieraniu była udzielana ulga, w związku z czym istniały podstawy do pobierania opłaty wyrównawczej; 5) art. 111 uokik przez jego niewłaściwe zastosowanie, prowadzącego do utrzymania w mocy kar nałożonych przez Prezesa Urzędu w wysokości nieproporcjonalnej do rzekomego naruszenia oraz korzyści, jakie miały być osiągnięte z danej praktyki; 6) art. 2 Konstytucji RP przez jego niewłaściwe zastosowanie przez niezastosowanie zasady ochrony uzasadnionych oczekiwań wynikającej z tego przepisu polegające na nieuwzględnieniu faktu, że organ wyspecjalizowany w zakresie kontroli przestrzegania przepisów PT (Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, dalej jako Prezes UKE) i mający kompetencję do władczej ingerencji nie stwierdził naruszenia art. 72 ust. 2 PT i 57 ust. 5 PT, a Prezes Urzędu stwierdził w tym zakresie naruszenie tych przepisów; 7) art. 111 uokik przez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na braku rozważenia okoliczności mających wpływ na wymiar kary odnośnie każdego z czynów powoda, co wynikało z wady konstrukcyjnej decyzji, polegającej na wskazaniu kary odnoszącej się do dwóch czynów (co dotyczy pkt II ppkt 3 decyzji); 8) art. 2 Konstytucji RP oraz art. 50 Karty Praw Podstawowych oraz art. 111 uokik przez ich niewłaściwe zastosowanie przez nałożenie na powoda kary pieniężnej za czyn, za który wcześniej kara została już nałożona przez Prezesa UKE oraz dwukrotne ukaranie przez Prezesa Urzędu za jeden czyn związany z pobieraniem opłat

aktywacyjnych (czego naturalną konsekwencją jest pobieranie opłat wyrównawczych); 9) art. 217 w zw. z art. 227 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. przez oddalenie wniosków dowodowych powoda pomimo tego, że dotyczyły one okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy (m.in. w zakresie wysokości kary); 10) art. 217 w zw. z art. 227 k.p.c. w zw. z art. 162 k.p.c. przez nieuwzględnienie zarzutu naruszenia przez Sąd pierwszej instancji postępowania dowodowego z powołaniem się na brak wniesienia zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c. podczas gdy zastrzeżenie takie zostało złożone; 11) art. 378 § 1 k.p.c. przez nieustosunkowanie się do zarzutu naruszenia: (i) art. 2 Konstytucji RP w zakresie, w jakim powód został ukarany za praktyki kontrolowane wcześniej przez Prezesa UKE, co do których w części nie stwierdzono naruszeń, a w części powód został już ukarany przez Prezesa UKE oraz (ii) zarzutu naruszenia art. 57 ust. 6 PT w zw. z art. 72 ust. 2 PT w zw. z art. 72 ust. 1 PT w zw. z art. 24 ust. 2 uokik w zakresie, w jakim powód wywodziła, że konstrukcja ulgi oznacza, że pobieranie opłaty aktywacyjnej oraz udzielonej w związku z nią ulgi stanowi jedną praktykę, o której mowa w art. 24 ust. 2 uokik.

Powód wniósł o skierowanie do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej następujących pytań prejudycjalnych: 1) Czy dyrektywy ustanawiające wspólne ramy regulacyjne w dziedzinie łączności elektronicznej należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie przepisom krajowym, które zakazują stosowania warunków umów, które mogą utrudniać zmianę dostawcy usług w takim zakresie, w jakim przewidują opłaty aktywacyjne związane z zawarciem takiej umowy?; 2) Czy organ inny niż krajowy organ regulacyjny może nakładać kary pieniężne za naruszenia obowiązków z zakresu ogólnego zezwolenia z pominięciem uprawnień przedsiębiorców telekomunikacyjnych, przewidzianych w art. 10 Dyrektywy 2002/20/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa o zezwoleniach)?; 3) Czy w świetle art. 10 dyrektywy o zezwoleniach dopuszczalne jest nałożenie przez organ ochrony konsumentów kary pieniężnej za działania zgodne ze wzorcami umownymi podczas gdy te same wzorce były kontrolowane przez krajowy organ regulacyjny i nie stwierdzono naruszeń?

Powód wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku oraz poprzedzającego go

wyroku Sądu Okręgowego w W. i orzeczenie co do istoty sprawy przez zmianę decyzji polegającą na jej uchyleniu w pkt punkcie I ppkt 2 i 3, punkcie II ppkt 2 i 3 oraz dodaniu pkt III o umorzeniu postępowania jako bezprzedmiotowego w zakresie praktyk objętych skargą kasacyjną.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną powoda Prezes Urzędu wniósł o jej oddalenie i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu kasacyjnym.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności należało zwrócić uwagę - w kontekście zarzutów skargi kasacyjnej i ich uzasadnienia - na nietypowy charakter niniejszej sprawy. Zdaniem Sądu Najwyższego, wbrew wywodom powoda prezentowanym w pismach procesowych w toku całego postępowania, w zaskarżonym wyroku jak również w decyzji Prezesa Urzędu nie uznano za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów pobierania - w każdej sytuacji - przez powoda opłat aktywacyjnych oraz zastrzegania opłat wyrównawczych (w przypadku udzielenia ulgi w opłacie aktywacyjnej). Za praktykę taką uznano tylko pobieranie i zastrzeganie tego rodzaju opłat w specyficznej konfiguracji. W stanie faktycznym sprawy, tak jak został on ustalony wiążąco dla Sądu Najwyższego, konsument stawał się zobowiązany do uiszczania wymienionych powyżej opłat w wyniku zawarcia umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, której realizacja przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego niebędącego operatorem infrastruktury telekomunikacyjnej, do której przyłączony był konsument, wymagała dokonania przez konsumenta - jednocześnie - wyboru tego przedsiębiorcy jako dostawcy publicznie dostępnych usług telefonicznych przez numer dostępu a następnie preselekcję oraz jako dostawcy usług telefonicznych w oparciu o WLR. Dodatkowo Prezes Urzędu zakwestionował naliczanie i pobieranie tego rodzaju opłat tylko „przed rozpoczęciem świadczenia konsumentowi Usługi T.”, a zatem przed rozpoczęciem świadczenia usług w oparciu o WLR. Powoduje to, że oceniany w niniejszej sprawie zakres interwencji organu ochrony konsumentów w praktykę pobierania przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych opłat aktywacyjnych (i opłat

wyrównawczych z tytułu ulg w opłatach aktywacyjnych) jest wąski i nie ma przełożenia na naliczanie tego rodzaju opłat w innych okolicznościach faktycznych. Po drugie, Sąd Najwyższy przy rozstrzyganiu problemów prawnych objętych skargą postanowił uwzględnić, że na rynkach takich jak rynek telekomunikacyjny czy energetyczny, tradycyjny model dystrybucji usług - opierający się na kontakcie konsumenta z pracownikami dostawcy tych usług - zastąpiony został kontaktem z osobami działającymi w imieniu i na rzecz dostawcy usług, lecz w interesie podmiotów wynajmowanych do sprzedaży produktów danego dostawcy usług. Powszechnie znana „intensywność” zachęcania do zawierania nowych umów lub zmiany dotychczasowego dostawcy wymaga odpowiedniej polityki ochrony konsumentów a przez to wykładni przepisów ich chroniących, co przekłada się na interpretację przepisów branżowych, których naruszenie stanowi podstawę dla przypisania przedsiębiorcy bezprawności jego zachowania. Przyjęte przez przedsiębiorców zasady rozliczania usługi „pozyskania” nowego klienta, której koszt finansowany jest przede wszystkim z opłaty aktywacyjnej, nie mogą wpływać na wyznaczenie chwili, w której opłata taka staje się należna przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu.

Oceniając w tym kontekście zarzut naruszenia art. 57 ust. 5 PT w zw. z art. 30 ust. 6 oraz art. 1 ust. 4 dyrektywy o usłudze powszechnej w zw. z art. 24 ust. 2 uokik, Sąd Najwyższy nie uznał go za uzasadniony. Jak już wspomniano powyżej, w zaskarżonym wyroku uznano za sprzeczne z prawem tylko pobieranie opłaty aktywacyjnej przewidzianej w umowie o świadczenie usług telekomunikacyjnych przez nowego dostawcę w zakresie w jakim jej pobranie wiąże się z przyjęciem zlecenia preselekcji oraz wyborem tego przedsiębiorcy jako dostawcy usług świadczonych przez numer dostępu. Pobieranie opłaty aktywacyjnej niewątpliwie utrudnia korzystanie z prawa do zmiany dostawcy usług w trybie numeru dostępu lub zlecenia preselekcji. Generuje dla konsumenta koszt, który rozkłada się w dłuższym horyzoncie czasowym, przez co blokuje możliwość skorzystania z oferty innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, przez co pozostaje w sprzeczności z § 15 ust. 8 rozporządzenia sieciowego.

Sąd Najwyższy nie uwzględnił także zarzutu naruszenia art. 72 ust. 2 w zw. z art. 72 ust. 1 PT w zw. z art. 30 ust. 6 oraz art. 1 ust. 4 dyrektywy o usłudze

powszechnej w zw. z art. 24 ust. 2 uokik. Już literalna wykładnia art. 72 ust. 1 PT wspiera stanowisko przyjęte przez Sąd drugiej instancji w zaskarżonym wyroku, oparte na poglądach piśmiennictwa, zgodnie z którym przepis ten adresowany jest nie tylko do operatora o oznaczającej pozycji rynkowej posiadającej stacjonarną publiczną sieć telekomunikacyjną ale do każdego dostawcy usług, który „zapewnia przyłączenie” do takiej sieci. Ze względów wskazanych na wstępie, kierując się potrzebą ochrony interesów konsumentów jak również celami wskazanymi w art. 1 ust. 2 pkt 1 i 4 PT, Sąd Najwyższy uznaje powoda świadczącego Usługę T. na łączach dzierżawionych od właściciela infrastruktury za dostawcę usług zapewniającego przyłączenie do sieci, o której mowa w art. 72 ust. 1 PT.

W dalszej kolejności Sąd Najwyższy przyjął, że art. 72 ust. 2 PT obejmuje swym zakresem normowania także opłatę aktywacyjną z tytułu numeru dostępu i preselekcji, gdyż te usługi powinny być świadczone bez takich opłat, zgodnie z przywołanym rozporządzeniem sieciowym. Roszczeniem, o którym mowa w art. 72 ust. 2 PT jest roszczenie w stosunku do abonenta o zapłatę opłaty aktywacyjnej ustalonej w umowie o świadczenie usług telekomunikacyjnych Usług N.. Opłata ta została przez powoda przewidziana już w związku z samym udostępnieniem numeru dostępu i zlecenia preselekcji a nie z uruchomieniem Usługi T. na zasadzie WLR. Zdaniem Sądu Najwyższego, żądanie uiszczenia opłaty aktywacyjnej, wynikające z treści regulaminów stosowanych przez powoda, kłóci się z istotą i mechanizmem świadczenia usług telekomunikacyjnych w oparciu o numer dostępu lub zlecenie preselekcji.

Z tych samych względów za bezpodstawny uznano zarzut naruszenia art. 57 ust. 6 PT w zw. z art. 72 ust. 2 i 1 PT oraz art. 24 ust. 2 uokik. Bezprawność zachowania powoda nie polegała na tym, że udzielił on ulgi w opłacie aktywacyjnej a następnie domagał się od konsumenta uiszczenia opłaty wyrównawczej z tego tytułu. Zdaniem Sądu Najwyższego, powód mógł pobierać opłatę aktywacyjną a w konsekwencji opłatę wyrównawczą za aktywację a następnie przedwczesne zerwanie zawartej na czas oznaczony umowy Usługi T.. W niniejszej sprawie za niezgodne z prawem uznano jednak pobieranie opłaty aktywacyjnej a następnie żądanie opłaty wyrównawczej tylko i wyłącznie z uwagi na wspomniany na wstępie sposób ukształtowania przez powoda mechanizmu zawierania umowy o

świadczenie Usługi T., której realizacja wymagała skorzystania przez konsumenta z całego zestawu usług N. świadczonych na różnych zasadach. Do rozpoczęcia świadczenia Usługi T. dochodziło po upływie czasu potrzebnego na przyjęcie i realizację zlecenia WLR, podczas gdy jeszcze przed tą datą i rozpoczęciem świadczenia usług abonamentowych, konsument mógł korzystać z usług N. (a nie Usługi T.) w oparciu o numer dostępu i preselekcję. W taki sposób zachowanie powoda zostało opisane w sentencji decyzji Prezesa Urzędu, co zdeterminowało przedmiot postępowania sądowego, i takie też ustalenia legły u podstaw zaskarżonego wyroku.

Skoro naliczenie opłaty aktywacyjnej za udostępnienie możliwości świadczenia usług w oparciu o numer dostępu i zlecenia preselekcji uznano za niedozwolone, to jako sprzeczne z art. 57 ust. 6 PT należało potraktować także żądanie zapłaty różnicy między uiszczoną przez konsumenta obniżoną opłatą aktywacyjną a opłatą aktywacyjną w pełnej wysokości, gdy do rozwiązania umowy doszło przed rozpoczęciem świadczenia Usługi T.. W tym miejscu kolejny raz należy podkreślić, że Sąd drugiej instancji nie zakwestionował prawa powoda do naliczania opłat wyrównawczych, gdy konsument wypowiedział umowę o świadczenie Usługi T. przed upływem umówionego terminu, lecz tylko gdy przed rozpoczęciem świadczenia tej usługi konsument skorzystał z prawa wyboru dostawcy publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych świadczonych za pośrednictwem numeru dostępu lub w drodze zlecenia preselekcji, bądź cofnął zlecenie WLR.

Sąd Najwyższy nie uwzględnił również zarzutów naruszenia art. 111 uokik, akceptując poglądy wyrażone w dotychczasowym orzecznictwie w przedmiocie oceny proporcjonalności kary pieniężnej w postępowaniu kasacyjnym wyrażone w wyroku Sądu Najwyższego z 13 czerwca 2017, III SK 43/16 (LEX nr 2372552) i powołanym tam orzecznictwie. Uwzględniając argumentację przedstawioną w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku w przedmiocie korzyści jakie odnosił powód z tytułu zakwestionowanej praktyki, wysokość wymierzonej mu kary nie jest ewidentnie nieproporcjonalna. Dokonując zwrotu nieprawidłowo naliczonych lub rozliczonych opłat aktywacyjnych, powód podjął działania uzasadniające uwzględnienie elementu represyjnego kary pieniężnej na poziomie wymaganym

przez względy prewencji szczególnej i ogólnej, bez potrzeby multiplikacji tej kary powyżej zidentyfikowanych korzyści z naruszenia interesów konsumentów (por. wyroki Sądu Najwyższego z: 22 czerwca 2016 r., III SK 33/15, LEX nr 2077544; 16 kwietnia 2015 r., III 24/14, OSNP 2017 nr 5, poz. 64; 20 kwietnia 2017 r., III SK 25/17, LEX nr 2310100). Sąd Najwyższy nie podzielił także zarzutu powoda w przedmiocie nałożenia na niego dwóch kar za ten sam czyn, uznając samo pobieranie opłaty aktywacyjnej oraz żądanie uiszczenia opłaty wyrównawczej z tytułu ulgi w opłacie aktywacyjnej za dwa różne zdarzenia. Postanowienia regulaminu powoda dotyczące wymienionych opłat znajdowały zastosowanie w innych sytuacjach i niekoniecznie do tych samych osób (nie do każdej osoby, która uiszczała opłatę aktywacyjną można było kierować roszczenie o zapłatę opłaty wyrównawczej).

Sąd Najwyższy nie podzielił także zarzutu naruszenia art. 2 Konstytucji RP. Niestwierdzenie przez Prezesa UKE naruszenia przez powoda prawa w sposób przyjęty w wydanej w niniejszej sprawie decyzji Prezesa Urzędu, nie może być źródłem uzasadnionych prawnie oczekiwań co do zachowania organu ochrony konsumentów. Tylko uprzednie działania Prezesa Urzędu, podejmowane samodzielnie lub we współpracy z Prezesem UKE (por. wyrok Sądu Najwyższego z 21 kwietnia 2016 r., III SK 21/15, OSNP 2017 nr 11, poz. 155) mogłyby skutkować uwzględnieniem zarzutu naruszenia art. 2 Konstytucji RP i zasady zaufania jednostki do państwa.

Kierując się dotychczasowym orzecnictwem w przedmiocie skutków uchylenia decyzji w toku postępowania sądowego, Sąd Najwyższy uznał za bezpodstawny zarzut naruszenia art. 2 Konstytucji RP oraz art. 50 Karty Praw Podstawowych oraz art. 111 uokik, skoro decyzja Prezesa UKE nakładająca na powoda karę pieniężną za pobieranie opłaty aktywacyjnej została prawomocnie uchylona (por. postanowienie Sądu Najwyższego z 11 października 2017 r., III SK 7/16).

Przedstawione powyżej poglądy Sądu Najwyższego w przedmiocie powołanych w podstawach skargi kasacyjnej powoda zarzutów prawa materialnego rzutowały także na bezpodstawność zarzutów procesowych, gdyż ewentualne uchybienia Sądu drugiej instancji w zakresie oddalenia wniosków dowodów,

uznania za niewniesione zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c. oraz nieustosunkowania się do zarzutów dotyczących art. 2 Konstytucji RP oraz klasyfikacji zachowania powoda jako jednego a nie dwóch odrębnych czynów, nie mają żadnego wpływu na wynik sprawy.

Sąd Najwyższy nie uwzględnił także wniosku powoda o wystąpienie z pytaniami prejudycjalnymi do TSUE. W pierwszym pytaniu nie zawarto żadnego przepisu prawa UE, na tle którego można było zrekonstruować wzorzec normatywny, którego wykładnia miałaby znaczenie dla rozstrzygnięcia skargi kasacyjnej. W postępowaniu kasacyjnym obowiązuje określony formalizm procesowy, wynikające z charakteru skargi kasacyjnej jako nadzwyczajnego środka zaskarżenia. Rygoryzm ten obowiązuje zarówno w sprawach krajowych jak i sprawach unijnych. Zasada skuteczności prawa unijnego nie nakłada na Sąd Najwyższy obowiązku zastępowania powoda - profesjonalisty, reprezentowanego przez fachowego pełnomocnika, w identyfikowaniu przepisów prawa unijnego, na tle których mogłyby powstać uzasadnione wątpliwości w przedmiocie zgodności prawa krajowego z prawem unijnym. Tak jak nieprawidłowe powiązanie uzasadnienia zarzutów skargi z przepisami wskazanymi w jej podstawie prawnej uniemożliwia Sądowi Najwyższemu dokonanie kontroli kasacyjnej zaskarżonego orzeczenia, tak wystąpienie z wnioskiem o zadanie pytania prejudycjalnego niezawierającym przepisów prawa UE wymagających wykładni, nie prowadzi do zmaterializowania się w postępowaniu kasacyjnym kwestii prawa unijnego, o której stanowi art. 267 TFUE. W dalszej kolejności Sąd Najwyższy stwierdza, że treść pierwszego pytania wnioskowanego przez powoda dotyczy zagadnienia prawnego, które w niniejszej sprawie nie występuje, ze względu na wskazany na wstępie rozważań wyjątkowo specyficzny kontekst pobierania przez powoda opłat aktywacyjnych.

Wniosek o zadanie drugiego pytania prejudycjalnego nie został uwzględniony, ponieważ w sprawie nie ustalono, by obowiązek, za który została nałożona na powoda kara, był obowiązkiem z zakresu ogólnego zezwolenia. Podstawy prawne skargi kasacyjnej powoda uniemożliwiają także uwzględnienie ewentualnej odpowiedzi na tak sformułowane pytanie, gdyż nie ma w nich przepisu prawa, z którego wynikałaby norma, do naruszenia której mogłoby dojść w wyniku

interwencji Prezesa Urzędu w formie decyzji wydanej w niniejszej sprawie. Natomiast trzecie pytanie prejudycjalne, o zadanie którego wnioskował powód, z oczywistych względów nie mieści się w zakresie normowania art. 10 dyrektywy o zezwoleniach. Treść tego pytania nie uwzględnia także utrwalonego stanowiska TSUE w przedmiocie zasady ochrony uzasadnionych prawnie oczekiwań, zgodnie z którym oczekiwania takie mogą być kreowane wyłącznie przez „zapewnienia” ze strony organu, a zatem działania organu a nie ewentualne zaniechania. Ponadto, źródłem uzasadnionych prawnie oczekiwań i podmiotem zobowiązanym do ich respektowania powinien być ten sam organ.

Mając powyższe na względzie, Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji.