

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 kwietnia 2019 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie, XVII Wydział Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów  
w składzie:

Przewodniczący	<i>SSO Andrzej Turliniński</i>
Protokolant –	sekretarz sądowy Iwona Hutnik

po rozpoznaniu 19 kwietnia 2019 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania (...) **S.A. w W.**

przeciwko **Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej**

**o nałożenie kary pieniężnej**

na skutek odwołania (...) S.A. w W. od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z 29 grudnia 2016 r. Nr (...)

I. zmienia zaskarżoną decyzję częściowo, w ten sposób, że obniża wymierzoną w niej karę pieniężną do kwoty 216 000 zł (słownie: dwieście szesnaście tysięcy złotych),

II. oddala odwołanie w pozostałej części,

III. zasądza od (...) S.A. w W. na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 720 zł (siedemset dwadzieścia złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu.

SSO Andrzej Turliniński

**Sygn. akt XVII AmT 17/17**

## UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 29 grudnia 2016 r. Nr (...) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Prezes UKE, pozwany) na podstawie art. 210 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 209 ust. 1 pkt 25 w związku z art. 172 ust. 1 i art. 174 pkt 1 oraz art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 1489 z późn. zm. zwanej dalej Pt) oraz art. 104 § 1 k.p.a., po przeprowadzeniu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie nałożenia kary pieniężnej na (...) S.A. w W. (powód) w związku z niewypełnieniem obowiązków uzyskania zgody abonenta lub użytkownika końcowego, o których mowa w art. 172 i art. 174 Pt, w związku z kontaktami, nawiązanymi dla celów marketingu bezpośredniego przy użyciu telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących, poprzedzającymi zawarte przez (...) w okresie od dnia 1 stycznia 2015 r. do dnia 31 marca 2016 r. umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, nałożył na (...) S.A. w W. karę pieniężną w wysokości 270 000 zł, płatną do budżetu państwa, za naruszenie art. 172 ust. 1 Pt w związku z art. 174 pkt 1 Pt poprzez niewypełnienie obowiązku uzyskania zgody od 24 935 abonentów lub użytkowników

końcowych na używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych dla celów marketingu bezpośredniego i użyciu w stosunku do tych abonentów lub użytkowników końcowych telekomunikacyjnych urządzeń końcowych dla potrzeb nawiązania połączeń telefonicznych celem przedstawienia oferty zawarcia z (...) umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, co dotyczy połączeń telefonicznych poprzedzających zawarcie przez (...) umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w okresie od dnia 1 stycznia 2015 r. do dnia 31 marca 2016 r.

Od ww. decyzji powód wniósł odwołanie zaskarżając decyzję w całości.

Zaskarżonej decyzji zarzucił:

1. naruszenie przez Prezesa UKE art. 172 ust. 1 Pt poprzez jego błędną wykładnię skutkującą nałożeniem na (...) kary pieniężnej za niewypełnienie obowiązku uzyskania zgody od 24 035 abonentów lub użytkowników końcowych na używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych dla celów marketingu bezpośredniego i użyciu w stosunku do tych abonentów lub użytkowników końcowych telekomunikacyjnych urządzeń końcowych dla potrzeb nawiązania połączeń telefonicznych celem przedstawienia oferty zawarcia umowy podczas gdy prawidłowa wykładnia gramatyczna dyspozycji art. 172 ust. 1 Pt wskazuje, iż obowiązek uzyskania uprzedniej zgody abonentów lub użytkowników końcowych nie dotyczy sytuacji używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych w sposób samodzielny, a więc bez jednoczesnego użycia automatycznych systemów wywołujących;

2. naruszenie przez Prezesa UKE art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na nałożeniu na (...) kary pieniężnej za używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych dla celów marketingu bezpośredniego i użyciu w stosunku do tych abonentów lub użytkowników końcowych telekomunikacyjnych urządzeń końcowych dla potrzeb nawiązania połączeń telefonicznych celem przedstawienia oferty zawarcia umowy, podczas gdy ze stanu faktycznego sprawy wynika, że połączenie telefoniczne mające na celu przedstawienie oferty produktowej (...) wykonywali pracownicy spółek zewnętrznych – partnerów handlowych (...), którzy zawarli z (...) umowy partnerstwa handlowego w tym: D. D., (...) S.A., (...) Sp. z o.o., Biuro (...) Sp. z o.o.;

3. naruszenie przez Prezesa UKE art. 210 ust. 1 Pt w zw. z art. 206 ust. 1 Pt w zw. z art. 109 i 110 k.p.a. polegające na ustaleniu wysokości nałożonych na (...) kar pieniężnych w stosunku do przychodu osiągniętego przez (...) w roku obrotowym 2015, podczas gdy miarodajny powinien być ku temu rok obrotowy 2016, ponieważ decyzja została skutecznie doręczona dopiero w roku 2017, a więc w tym roku nałożono na Spółkę karę;

4. naruszenie przez Prezesa UKE art. 210 ust. 2 Pt poprzez;

a) nałożenie na (...) kary pieniężnej bez uwzględnienia kryterium możliwości finansowych Spółki,

b) nałożenie na (...) rażąco wygórowanej kary nieuwzględniającej zasady proporcjonalności oraz nieznajdującej uzasadnienia w dotychczasowej działalności,

c) uwzględnienie w wymiarze kary okoliczności nałożenia przez Prezesa UKE decyzją z dnia 6 października 2016 r. kary za inne czyny, pomimo, iż w stosunku do przedmiotowej decyzji zostało złożone odwołanie wobec czego nie jest ona ostateczna, a zasadność jej wydania będzie przedmiotem postępowania sądowego.

Powód wniósł również o przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w odwołaniu na okoliczności szczegółowo opisane w jego uzasadnieniu.

Powód wniósł o uchylene w całości zaskarżonej decyzji oraz o zasądzenie od pozwanego na swoją rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

W odpowiedzi na odwołanie pozwany wniósł o jego oddalenie w całości oraz o zasądzenie od powoda na swoją rzecz kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Wniósł także o przeprowadzenie dowodu z dokumentów stanowiących akta administracyjne – na okoliczność stanu faktycznego sprawy oraz treści decyzji.

Na rozprawie w dniu 19 kwietnia 2019 r. pełnomocnik powoda podtrzymał w całości zarzuty i wnioski zawarte w odwołaniu. Wskazał, że w niniejszej sprawie niewłaściwe jest przypisanie powodowi odpowiedzialności za naruszenie art. 172 Pt. Powołał się na orzeczenie Sądu Najwyższego o sygn. akt III SK 1/10.

Pełnomocnik powoda odniósł się do skutków prawnych wydania oraz doręczenia decyzji administracyjnej. W ocenie powoda Prezes UKE przy nakładaniu kary pieniężnej na przedsiębiorcę powinien uwzględnić datę doręczenia decyzji, a nie jej wydania.

Powód podtrzymał wszystkie twierdzenia i zarzuty odwołania.

Wniósł o uchylenie decyzji i zasądzenie kosztów sądowych, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Pełnomocnik pozwanego podtrzymał stanowisko przedstawione w odpowiedzi na odwołanie.

Wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.

Odnosił się do interpretacji art. 172 Pt przez powoda. Dzień wydania decyzji o nałożeniu kary pieniężnej przez Prezesa UKE jest kluczowy dla ustalenia, z jakiego roku kalendarzowego należy brać pod uwagę przychody przedsiębiorcy.

Odnosząc się do wysokości nałożonej kary pełnomocnik pozwanego podkreślił, że musi ona wywoływać skutki represyjne i prewencyjne.

Na rozprawie w dniu 19 kwietnia 2019 r. Sąd postanowił dopuścić dowody z dokumentów zgromadzone jako materiał postępowania administracyjnego.

### ***Sąd Okręgowy w Warszawie ustalił następujący stan faktyczny.***

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej w związku ze znaczną liczbą skarg, z których wynikało, że ze skarżącymi abonentami lub użytkownikami końcowymi nawiązywano kontakt telefoniczny celem przedstawienia oferty zawarcia z (...) umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, uznał za niezbędne uzyskanie od (...) informacji o wypełnianiu, wynikającego z art. 172 ust. 1 Pt, obowiązku uzyskania zgody abonenta lub użytkownika końcowego przed nawiązaniem wspomnianych wyżej kontaktów telefonicznych. W tym celu Prezes UKE, pismem z dnia 13 maja 2016 r., znak: (...) (k. 9 – 10 akt administracyjnych) wezwał (...) S.A. do przedstawienia informacji m.in. o ilości nawiązywanych kontaktów telefonicznych oraz posiadaniu i treści wymaganych prawem zgód abonenta lub użytkownika końcowego.

W załączeniu do pisma z 13 czerwca 2016 r. (k. 15 – 17 akt administracyjnych) powód przedłożył wypełnioną tabelę z danymi abonentów.

W ww. piśmie powód podał, iż nie dysponuje treścią kontaktów ani nagraniem rozmów ze wskazanymi abonentami, albowiem procesem sprzedażowym zajmuje się podmiot zewnętrzny.

Oświadczył również, że nie dysponuje zgodami abonentów na użycie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych, albowiem procesem sprzedażowym zajmuje się podmiot zewnętrzny.

Podał, że w okresie od 1 stycznia 2015 r. do 31 marca 2016 r. pozyskał 26 333 abonentów. Wskazał, że uzyskanie danych w zakresie daty nawiązaniu kontaktu wymaga sprawdzenia tych danych każdorazowo w zakładce danego abonenta w systemie komputerowym spółki. Danych do sprawdzenia jest ponad 26 tysięcy wobec czego powód nie był w stanie ich przygotować w przedłożonym terminie.

Powód na bieżąco przekazywał partnerom handlowym ustne wytyczne w zakresie pozyskania abonentów, jednakże w zakresie wyboru formy działania partnerzy handlowi powoda mieli „wolną rękę”. Z uwagi na to powód nie dysponuje dokumentami w tym zakresie. Powód podkreślił, że kładł nacisk na rzetelne informowanie abonentów o szczegółach prezentowanej oferty oraz na konieczność stosowania tych form sprzedaży, które uwzględnią szczególną rolę Abonenta – Konsumenta na rynku usług telekomunikacyjnych.

W piśmie z dnia 13 lipca 2016 r. (k. 35 – 35V akt administracyjnych) powód wyjaśnił, że każda umowa została poprzedzona rozmową telefoniczną.

Oświadczył, że ani powód, ani podmioty zewnętrzne zajmujące się procesem sprzedaży nie dysponują zgodami abonentów na użycie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych do celów marketingowych, o których mowa w art. 172 ust. 1 Pt.

Biorąc pod uwagę treść wyjaśnień udzielonych przez (...) S.A. pismami z dnia 13 czerwca 2016 r. oraz z dnia 13 lipca 2016 r. Prezes UKE uznał, że przekazane informacje świadczą o możliwości naruszenia przez (...) S.A. obowiązku wynikającego z art. 172 ust. 1 Pt.

W związku z powyższym Prezes UKE pismem z dnia 25 sierpnia 2016r., znak: (...), zawiadomił (...) S.A. o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie nałożenia kary pieniężnej na (...) S.A. w W. w związku z niewypełnieniem obowiązków uzyskania zgody abonenta lub użytkownika końcowego, o których mowa w art. 172 i art. 174 Pt, w związku z kontaktami nawiązywanymi dla celów marketingu bezpośredniego przy użyciu telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących, poprzedzającymi zawarcie przez (...) S.A. w okresie od dnia 1 stycznia 2015 r. do dnia 31 marca 2016 r. umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych (k. 5 – 5V akt administracyjnych).

Postanowieniem z dnia 25 sierpnia 2016 r., znak: (...)Prezes UKE włączył do akt sprawy następujący materiał dowodowy:

- kopię wezwania Prezesa UKE do (...) z dnia 13 maja 2016r. znak: (...)wraz z załącznikami;
- kopię pisma (...) do Prezesa UKE z dnia 13 czerwca 2016 r. wraz z załącznikami;
- kopię pisma Prezesa UKE do (...) z dnia 29 czerwca 2016r. znak: (...);
- kopię pisma (...) do Prezesa UKE z dnia 13 lipca 2016 r. wraz z załącznikami (k. 7 akt administracyjnych).

Pismem z dnia 8 września 2016 r. powód przedstawił stanowisko w odpowiedzi na wezwanie Prezesa UKE zawarte w zawiadomieniu o wszczęciu postępowania. Powód wskazał, że art. 172 ust. 1 Pt wymaga wystąpienia łącznie 2 przesłanek: użycia telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących, a o tym, że obie z tych przesłanek muszą być spełnione łącznie świadczy wykładnia językowa tego przepisu i użycie spójnika „i” jako spójnika dla oznaczenia koniunkcji. Według powoda gdyby ustawodawca chciał dopuścić możliwość spełnienia tylko jednej przesłanki lub obu łącznie użyłby słowa „lub” jako alternatywy łącznej. Zdaniem powoda powyższe rozważania potwierdza uzasadnienie projektu ustawy o prawach konsumenta, która znowelizowała analizowany przepis, zgodnie z którym zmiana art. 172 ust. 1 Pt ma na celu rozszerzenie na telekomunikacyjne urządzenia końcowe zakazu używania dla celów marketingu bezpośredniego, bez uprzedniej zgody abonenta lub użytkownika końcowego, automatycznych systemów wywołujących. Powód stwierdził, że wolą ustawodawcy było zatem rozciągnięcie zakazu używania automatycznych systemów wywołujących na urządzenia końcowe. Nadal jednak zakaz ten jest ograniczony wyłącznie do stosowania systemów automatycznego wywoływania, czyli systemów nie wymagających udziału człowieka. W toku realizacji procesu sprzedażowego Spółka nie posługuje się automatycznym systemem wywołującym, dlatego też powyższa regulacja nie ma zastosowania (k. 36 – 37 akt administracyjnych).

Postanowieniem z dnia 23 września 2016 r., znak: (...) Prezes UKE włączył do akt sprawy materiał dowodowy obejmujący skargi lub wnioski o wszczęcie postępowania mediacyjnego w sprawach 187 osób, które wpłynęły do Prezesa UKE i dotyczą działalności (...) S.A., wraz z wybraną dokumentacją z tych spraw (k. 41 akt administracyjnych).

Pismem z dnia 27 września 2016 r. powód przedstawił informację, iż przychód za 2015 rok osiągnięty przez (...) S.A. wyniósł (...) zł. W załączeniu powód przedłożył potwierdzoną za zgodność z oryginałem kopię rachunku zysków i strat oraz bilansu za 2015 rok (k. 326 – 330 akt administracyjnych).

Postanowieniem z dnia 21 listopada 2016 r., znak: (...) Prezes UKE włączył do akt sprawy materiał dowodowy obejmujący:

- kopię pisma (...) z dnia 12 czerwca 2015 r. do Prezesa UKE, w sprawie sygn. akt: (...);
- kopię pisma (...) z dnia 1 marca 2016 r. do Prezesa UKE, w sprawie sygn. akt:(...);
- kopię decyzji Prezesa UKE z dnia 6 października 2016 r., nr (...) ((...)) nakładającej na (...) karę pieniężną w wysokości 200 102,72 zł, za naruszenie obowiązku określonego w art. 57 ust. 6 Pt i w wysokości 100 051,36 zł, za naruszenie obowiązku określonego w art. 56 ust. 4 Pt oraz umarzającej w części postępowanie administracyjne (k. 340 – 340 V akt administracyjnych).

Jednocześnie w ww. piśmie Prezes UKE poinformował powoda zgodnie z przepisem art. 36 § 1 k.p.a., że sprawa przedmiotowego postępowania administracyjnego, nie zostanie załatwiona w terminie określonym w art. 35 § 3 k.p.a. z uwagi na swój szczególnie skomplikowany charakter, a nowy termin załatwienia sprawy to dzień 31 grudnia 2016 r. W ww. piśmie Prezes UKE poinformował jednocześnie powoda, zgodnie z art. 10 k.p.a., o możliwości zapoznania się z zebrany materiał dowodowy w sprawie, a także o prawie ostatecznego wypowiedzenia co do zebranych dowodów i materiałów w terminie 7 dni od daty otrzymania pisma.

Zaskarżona decyzja została wydana w dniu 28 grudnia 2016 r. i doręczona powodowi w dniu 2 stycznia 2017 r. (k. 411 akt administracyjnych).

Okoliczności faktyczne sprawy były dla stron bezsporne. Odmierna okazała się natomiast ich ocena prawna.

### ***Rozpoznając sprawę Sąd zważył, co następuje.***

Odwołanie podlegało częściowemu oddaleniu. Ustosunkowując się do pierwszego z zarzutów odwołania Sąd przychylił się do wykładni przepisu art. 172 ust. 1 Pt przeprowadzonej przez pozwanego Prezesa UKE zarówno w treści wydanej decyzji, jak i w odpowiedzi na odwołanie.

Według ww. przepisu zakazane jest używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, chyba że abonent lub użytkownik końcowy wyraził na to zgodę.

Należy podnieść, że sformułowany w omawianym przepisie zakaz dotyczy dwóch rodzajów działań: a) używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych dla celów marketingu bezpośredniego bez uprzedniej zgody abonenta lub użytkownika końcowego oraz b) używania automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego bez zgody abonenta lub użytkownika końcowego. Zatem przesłanką zastosowania przepisu art. 172 ust. 1 Pt jest użycie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych albo alternatywnie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego w sytuacji, w której nie uzyskano na takie działanie uprzedniej zgody abonenta lub użytkownika końcowego. Użyty w treści omawianego przepisu spójnik „i” łączący opis dwóch rodzajów czynów będących przedmiotem ustanowionego zakazu wskazuje wyraźnie na to, że mamy do czynienia z wyliczeniem dwóch rodzajów zakazanych czynów.

Podobne stanowisko prezentuje P. Litwiński, który stwierdza, iż art. 172 Pt, w brzmieniu obowiązującym od 25 grudnia 2014 r., znajduje zastosowanie do dwóch typów zachowań: 1) używania automatycznych systemów wywołujących,

2) używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych (P. Litwiński, Artykuł 172 Prawa telekomunikacyjnego – próba wykładni, Monitor Prawniczy, rok 2015 numer 8 str. 399). Omawiany przepis nie wprowadza zatem nowego czynu, którego dokonanie wymaga łącznego użycia telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i jednocześnie automatycznych systemów wywołujących, czego niezbitym dowodem jest istota obu zachowań i terminów użytych do ich zdefiniowania.

Należy także wskazać że włączenie do treści przedmiotowego przepisu zakazu używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych na mocy art. 48 pkt 1 ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (Dz.U. z 2014 r., poz. 827 z późn. zm.), miało na celu „(...) rozszerzenie na telekomunikacyjne urządzenia końcowe (...) zakazu używania dla celów marketingu bezpośredniego, bez uprzedniej zgody abonenta lub użytkownika końcowego, automatycznych systemów wywołujących (zgodnie z treścią uzasadnienia projektu ustawy o prawach konsumenta, druk sejmowy nr 2076<sup>1</sup>, str. 10). Art. 172 ust. 1 Pt w obecnym brzmieniu wymienia zatem dwa zakazy używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących, bez zgody abonenta lub użytkownika końcowego, w celu określonym w tym przepisie.

Technika legislacyjna zastosowana w art. 172 ust. 1 Pt w postaci połączenia słów „telekomunikacyjne urządzenia końcowe” oraz „automatyczne systemy wywołujące” spójnikiem „i” nie oznacza, iż zakazane jest wyłącznie takie użycie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych w celu marketingu bezpośredniego, które jednocześnie stanowi użycie automatycznych systemów wywołujących. Jak zauważył Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 marca 2015 r. sygn. akt IV KK 382/14, LEX nr 1654750, „(...) wyrażenia zawarte w przepisach ustawy niejednokrotnie zawierają słowa niepełnoznaczące, znaczeniowo niesamodzielne, służące do konstrukcji wyrażań złożonych. W kategoriach językowych najczęściej są to przyimki, spójniki oraz partykuły. Słowa te służą do konstrukcji tekstu i samodzielnie nie wskazują żadnych przedmiotów, ich funkcje są konstruktywne i uniwersalne. Słowa takie nazywane są funkcyjnymi (pomocniczymi, synsygramatycznymi lub gramatycznymi). Słowami tymi legislator posługuje się przy formułowaniu przepisów prawnych w wielu dziedzinach prawa. Spójniki „i” oraz „lub” mogą być odczytane nie tylko jako spójniki zdaniotwórcze (do zbudowania nazwy złożonej w zdaniu podmiotowo – orzecznikowym), tj. jako funkcje koniunkcji, bądź funkcje alternatywy zwykłej, ale i jako tzw. spójniki współrzędne (odpowiadające jedynie funkcjom koniunkcji oraz alternatywy zwykłej). I użyte są wtedy w znaczeniu enumeracyjnym, tym samym mogą być stosowane zamiennie (por. A. Malinowski Systematyka wewnętrzna ustawy, Wydawnictwo sejmowe, Warszawa 2007, s. 106 – 114)”.

W doktrynie wskazuje się, że użycie spójnika „i” jako koniunkcja, nie jest jedynym możliwym zastosowaniem tegoż spójnika w tekstach prawnych, spójnik „i” (podobnie zresztą jak spójniki kojarzone zwykle „jak i”, „oraz”, „a także” itp.) może pełnić także funkcję enumeracyjną czyli wyliczającą (por. S. Wronkowska, M. Zieliński: „Problemy i zasady redagowania tekstów prawnych”, Warszawa 1993 r., s. 148). Na takie znaczenie użycia spójnika „i” wskazuje również orzecznictwo sądów administracyjnych (m.in. wyrok NSA z dnia 10 lutego 2005 r., sygn.. akt OSK 1126/04 LEX nr 165721 oraz wyrok NSA z dnia 6 kwietnia 2006 r., sygn.. akt II FSK 542/05, LEX nr 219969).

Uzasadniając powyższą argumentację należy także stwierdzić, że posłużenie się spójnikiem „i” w znaczeniu jakie przypisuje mu powód, prowadziło do wniosku, iż dodanie z dniem 25 grudnia 2014 r. w art. 172 Pt wyrazów „telekomunikacyjnego urządzenia końcowego” było zbędne i nie zwiększyło zakresu ochrony prywatności użytkowników końcowych. Natomiast jak już wspomniano wyżej włączenie do treści przedmiotowego przepisu zakazu używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych miało na celu „(...) rozszerzenie na telekomunikacyjne urządzenia końcowe (...) zakazu używania dla celów marketingu bezpośredniego, bez uprzedniej zgody abonenta lub użytkownika końcowego, automatycznych systemów wywołujących” (druk sejmowy nr 2076, str. 10). Rozszerzenie zakazu polegało zatem na objęciu nim użycia telekomunikacyjnych urządzeń końcowych, które nie są automatycznymi systemami wywołującymi (który bez udziału człowieka inicjuje i realizuje przekaz za pomocą odpowiednio zaprogramowanych urządzeń).

Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, że przedmiotowy zarzut jest bezpodstawny.

Istotą drugiego zarzutu odwołania było wskazanie przez powoda, że to nie on, ale jego zleceniobiorcy faktycznie dokonujący działań marketingowych wypełnili dyspozycję art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt i to na te podmioty powinna być ewentualnie nałożona kara pieniężna.

W odniesieniu do tego zarzutu należało wskazać, że telefoniczne urządzenia końcowe były używane do marketingu bezpośredniego przez podmioty działające na rzecz powoda i w wykonaniu jego zlecenia. W tym celu w stosownych umowach (k. 348 – 372 akt administracyjnych) powód i jego „partnerzy” wprowadzili następujące zapisy:

a) w § 1 pkt 1.2 partner będzie wykonywał powierzone wyżej czynności poprzez akcje telemarketingowe i/lub sprzedawców (dalej „Autoryzowani Doradcy Handlowi”) i/lub we własnych punktach sprzedaży (dalej „Autoryzowane Punkty Sprzedaży”) odpowiadających wymogom (...) po uprzednim ich zaakceptowaniu przez (...). Partner może wykonywać przedmiot umowy powierzając obowiązki wynikające z niniejszej umowy swoim podwykonawcom za uprzednią pisemną zgodą (...) oraz pod warunkiem ukończenia przez podwykonawcę kursu i uzyskaniu przez niego autoryzacji (...). Inne formy wykonywania przedmiotu niniejszej umowy wymagają również uprzedniej pisemnej zgody (...)

b) w § 2 pkt 2.1.6 do obowiązków partnera należy w szczególności promowanie urządzeń i usług, świadczonych przez (...), według zasad i w sposób, określony przez (...), po uprzedniej konsultacji z partnerem.

Z przytoczonych postanowień wynika jednoznacznie, że w umowach o świadczenie usług telefonicznego marketingu bezpośredniego powód zagwarantował sobie pełną kontrolę nad realizacją zlecanych partnerowi czynności oraz prawo do decydowania o zasadach i sposobie promowania swoich usług przez partnera.

Równie istotne jest też, że wskazane umowy nie zawierają jakichkolwiek postanowień, z których wynikałoby, że powód zadbał o przestrzeganie normy określonej w art. 172 ust. 1 Pt przez partnerów w ramach wykonywania powierzonych im czynności.

Stwierdzenie tego stanu rzeczy jest wystarczające do uznania analizowanego zarzutu za nieuzasadniony niezależnie od tego czy przywołane umowy są umowami zlecenia z art. 734 k.c. czy też umowami o świadczenie usług z art. 750 k.c.

Pozwany Prezes UTK postąpił prawidłowo poszukując w ww. umowach zapisów wskazujących na odpowiedzialność administracyjnoprawną powoda.

Zacytowane rozwiązania umowne weszły do podstawy faktycznej decyzji i okazały się w ocenie Sądu istotne dla oceny postępowania powoda w świetle art. 172 ust. 1 Pt i art. 210 ust. 1 i ust. 2 Pt w związku z art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt.

Niezależnie od tego Sąd w pełni zgadza się ze stanowiskiem przedstawionym w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. sygn. akt III SZP 7/15 Lex nr 1977624, w której przesądzono, że art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt z 2004 r. (Dz.U. Nr 171, poz. 1800 ze zm.) 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 do celów marketingu bezpośredniego usług tego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego wśród jego abonentów lub użytkowników końcowych na podstawie bazy przekazanych numerów telefonicznych.

Powyższa wykładnia przepisów Pt koresponduje bezpośrednio z zarzutem nr 2 odwołania i stanowi o jego bezzasadności.

Nie potwierdził się również trzeci z zarzutów odwołania, naruszenia art. 210 ust. 1 Pt, według którego dla ustalenia wysokości nałożonej przez powoda kary pieniężnej miarodajny powinien być rok obrotowy 2016, a nie 2015, ponieważ decyzja została doręczona dopiero w 2017 r., a więc w tym roku, a nie w roku 2016 nałożono na powoda karę.

W świetle treści ww. przepisu przedstawiony zarzut jest bezzasadny. W myśl art. 210 ust. 1 Pt „Karę pieniężną, o której mowa w art. 209 ust. 1, nakłada Prezes UKE, w drodze decyzji, w wysokości do 3% przychodu ukaranego podmiotu, osiągniętego w poprzednim roku kalendarzowym (...)”

Jak wynika z treści zaskarżonej decyzji, została ona podpisana w dniu 29 grudnia 2016 r. Z uwagi na to, że podpis jest ostatnim z jej konstytutywnych elementów wymienionych w art. 107 § 1 k.p.a. należy przyjąć, że momentem wydania decyzji jest jej podpisanie.

Moment ten jest potwierdzony datą pewną w niej określoną, jako że data wydania jest w świetle powołanego przepisu również elementem konstrukcyjnym decyzji. W przedmiotowej sprawie poprzednim rokiem kalendarzowym w stosunku do roku wydania decyzji był rok 2015, ponieważ decyzję wydano w roku 2016. Z tego powodu ustalając wysokość kary Prezes UKE prawidłowo wziął pod uwagę przychód osiągnięty przez powoda w 2015 r. Argumentacja odwołującego się, w świetle której dla ustalenia kary pieniężnej należy według przepisu art. 210 ust. 1 Pt brać pod uwagę przychód z roku poprzedzającego rok doręczenia decyzji jest błędna w świetle przeprowadzonej wykładni tego przepisu.

Częściowo uzasadniony okazał się natomiast zarzut czwarty odwołania. Pozwany nieprawidłowo uznał za okoliczność wpływającą na podwyższenie wymiaru kary fakt nałożenia na powoda decyzją z dnia 6 października 2016 r. kary za inne czyny, w sytuacji gdy decyzja ta nie była prawomocna, ponieważ, co jest w sprawie bezsporne, powód złożył od niej odwołanie do Sądu OKiK. Nie da się wykluczyć, że może dojść do sytuacji, w której, na skutek orzeczenia Sądu, decyzja Prezesa UKE z dnia 6 października 2016 r. zostanie wyłączona z obrotu. Jednak pozostając elementem stanu faktycznego obecnie rozpatrywanej sprawy będzie w takim przypadku rzutować bezpodstawnie i niekorzystnie dla powoda na wysokość wymierzonej mu kary pieniężnej. Z tego względu Sąd zdecydował o obniżeniu nałożonej kary o 20% tj. do kwoty 216 000 zł w oparciu o odmienną od Prezesa Urzędu ocenę przesłanki dotychczasowej działalności podmiotu z art. 210 ust. 2 Pt.

Natomiast pozostałe przesłanki ustalenia wysokości kary zostały w decyzji zastosowane prawidłowo.

Zakres naruszenia art. 172 ust. 1 Pt był poważny i długotrwały. Niezgodne z prawem postępowanie powoda dotyczyło bowiem 24935 podmiotów i trwało rok i trzy miesiące. Ponadto, jak słusznie zauważono w wydanej decyzji, naruszenie ww. przepisu w sposób szczególnie jaskrawy przeciwdziało ochronie praw abonentów i użytkowników końcowych w ich relacjach z powodem, w sytuacji, gdy ochrona ta stosownie do art. 189 ust. 2 pkt 3 lit. b Pt jest jednym z celów polityki regulacyjnej Prezesa UKE. Ustalona przez Sąd wysokość kary mieści się w granicach możliwości finansowych powoda, którego przychód za 2015 r. wyniósł (...) zł i nie przekracza(...) % tego przychodu. Istotne jest też, że dochód powoda (zysk brutto) wyniósł w tym czasie (...) zł, a zysk netto (...) zł (k. 327 akt administracyjnych). Kara pieniężna pozostaje więc we właściwej proporcji do zakresu naruszenia, dotychczasowej działalności powoda i jego możliwości finansowych. Ponadto wysokość kary zagwarantuje wypełnienie jej funkcji: prewencyjnej (ostrzeżenia dla podmiotów funkcjonujących na właściwym rynku – konkurentów powoda), represyjnej wobec powoda i edukacyjnej dla abonentów i użytkowników końcowych sieci telefonicznej.

W tym stanie orzeczono jak w punkcie I i II sentencji wyroku na podstawie art. 479<sup>64</sup> § 1 i 2 k.p.c.

O kosztach postępowania Sąd orzekł na podstawie art. 99 i art. 100 zdanie drugie k.p.c. uznając, że pozwany uległ tylko co do nieznaczej części swojego żądania oddalenia powództwa oraz na podstawie § 14 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. z 2015 r. poz. 1804 ze zm.).

SSO Andrzej Turliński