

Sygn. akt XVII AmT 50/11

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 listopada 2012 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Witold Rękosiewicz

Protokolant: sekretarz sądowy Piotr Grzywacz

po rozpoznaniu w dniu 6 listopada 2012 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania (...) spółki z o.o. z/s w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

o nałożenie kary pieniężnej

na skutek odwołania powoda

od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej

z dnia 26 maja 2011r nr. (...)

I. Zmienia zaskarżoną decyzję w ten sposób, że w miejsce kary pieniężnej w wysokości 2 500 000 zł nakłada na (...) spółkę z o.o. z/s w W. karę pieniężną w wysokości 1 000 000 zł (jeden milion).

II. Zasądza od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz (...) spółki z o.o. z/s w W. kwotę 50 zł (pięćdziesiąt) tytułem zwrotu połowy opłaty sądowej od odwołania.

III. Znosi wzajemnie między stronami koszty zastępstwa procesowego.

/-/ SSO Witold Rękosiewicz

Sygn. akt XVII AmT 50/11

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej: Prezes UKE, pozwany) w dniu 26 maja 2011 r. wydał decyzję nr (...) którą nałożył na (...) sp. z o.o. z/s w W. karę pieniężną w wysokości 2. 500.000 zł za niewywiązanie się z obowiązków doręczenia na piśmie abonentowi, z wyprzedzeniem co najmniej jednego miesiąca treści dokonanej w dniu 19 lipca 2010r. zmiany w cenniku oferty (...), poinformowania abonenta o prawie wypowiedzenia umowy w przypadku braku akceptacji tej zmiany oraz poinformowania abonenta, iż w przypadku podwyższenia cen operatorowi nie przysługuje roszczenie odszkodowawcze, a także prawo do zwrotu ulgi, o których mowa w art. 61 ust. 5 i 6 Pt.

(...) Sp. z o.o. (powódka) złożyła odwołanie od przedmiotowej decyzji Prezesa UKE z zaskarżając ją w całości. Zaskarżonej decyzji zarzuciła:

1. naruszenie przepisów prawa materialnego tj art. 61 ust. 5 i 6 ustawy z dnia 16 lipca 2004r. – Prawo telekomunikacyjne (dalej Pt) w związku z art. 2 pkt 1 tej samej ustawy w brzmieniu sprzed nowelizacji z 29 kwietnia 2010r., która weszła w życie 20 lipca 2010r., poprzez błędne przyjęcie, iż obowiązki określone w art. 61 ust. 5 i 6 Pt ciążyły na powódce,

2. naruszenie przepisów prawa materialnego tj art. 209 ust. 1 pkt 13a Pt w związku z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP poprzez nałożenie kary za czyn, który nie podlegał karze w chwili jego popełnienia

W razie nieuwzględnienia powyższych wniosków, wniosła o zmianę decyzji poprzez zmniejszenie nałożonej zaskarżoną decyzją kary pieniężnej przy zachowaniu zasady odpowiedniości i proporcjonalności

W uzasadnieniu odwołania powódka podniosła, że osiã sporu w niniejszej sprawie jest charakter umowy o udział w promocji (...).

Wskazała, że nie budzi wątpliwości, iż sprawa winna być rozstrzygana w oparciu o przepisy obowiązujące w okresie, w którym dokonano zmiany cennika, tj 19 lipca 2010r. Zgodnie z ówczesnym stanem prawnym (art. 2 pkt 1 Pt) abonent to podmiot, który jest stronã umowy zawartej w formie pisemnej, o świadczenie usług z dostawcã publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych”, podczas, gdy obecnie obowiązująca definicja nie wymaga formy pisemnej zawarcia umowy. Zatem, w chwili dokonywania zmian w cenniku, osoby, które zawarły umowã poprzez czynności faktyczne (Pt dopuszcza takã mo¿liwość w art. 56 ust. 2) nie były abonentami, tylko użytkownikami w rozumieniu art. 2 pkt 49 Pt. W ocenie pozwanej przepisy art. 61 Pt określające obowiązki, do których odwołuje się Prezes UKE nale¿ało zatem spełnić wyłącznie w stosunku do abonentów, określonych zgodnie z przytoczonã definicjã. Obowiązki te nie miały bowiem zastosowania do innych użytkowników usług telekomunikacyjnych.

(...) podkreśliła, że osoby korzystające z promocji (...) łączyły ze Spółkã dwa węzły obligacyjne:

- umowa o świadczenie usług telekomunikacyjnych zawarta poprzez czynności faktyczne,
- pisemna umowa o udział w promocji (...)

Podawała, iż w zaskar¿onej decyzji Prezes UKE uznał, że „zobowiązaniowy stosunek cywilnoprawny zawierany w promocji (...) jest umowã o świadczenie usług telekomunikacyjnych, gdyż określa zobowiązanego i dłużnika w przedmiocie świadczenia usług telekomunikacyjnych (obowiązek świadczenia usług telekomunikacyjnych i korzystania przez określony czas z usług świadczonych przez (...)) (...)), regulując jednocześnie świadczenie wzajemne dłużnika (obowiązek okresowego dokonywania z góry opłat za świadczone usługi telekomunikacyjne) – jest to zatem essentialia negoti umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych”. Prezes UKE nie uznał zatem argumentów spółki, że kwoty określone w umowie o udział w promocji (...), stanowią ekwiwalent ceny aparatu, gdyż przeznaczone są na opłaty za wykonywane połączenia telefoniczne i inne usługi telekomunikacyjne świadczone przez (...), a dostępne dla podmiotów zawierających umowã w ramach promocji (...).”

(...) zarzuciła, że dokonana przez pozwanego analiza charakteru umowy o udział w promocji (...) jest błędna. Umowa o udział w promocji nie mo¿e być uto¿samiana ani uznawana za umowã o świadczenie usług telekomunikacyjnych. Prezes UKE nie odniósł się do jednego z najistotniejszych argumentów spółki, że zaprzestanie korzystania z promocji (np. gdy użytkownik nie uiszcza kwoty w wymaganej wysokości) nie wpływa w ¿aden sposób na dalsze świadczenie usług telekomunikacyjnych przez (...) na takich samych jak dotychczas zasadach, niczym nie różniących się od zasad świadczenia tych usług innym użytkownikom, nie korzystającym z promocji. Wynika to z faktu, że użytkownik biorący udział w promocji korzysta z usług telekomunikacyjnych na podstawie umowy zawartej poprzez czynności faktyczne, na takich samych warunkach, co użytkownik nie biorący udziału w promocji (...). Zdaniem (...) nie mo¿na twierdzić, że udział w promocji uzależniony od wykupienia usług za określonã kwotã oznacza, iż cena telefonu przekłada się faktycznie na opłatã za usługi telekomunikacyjne. Opłata ta, jest niezale¿na od tego, czy użytkownik korzysta z promocji.

(...) wskazała, iż próg opłat (w innej wersji promocji istnieje wymóg utrzymywania usług na kartę przez określony czas), wymagany do skorzystania z promocji (...), został ustalony na podstawie wewnętrznych wskaźników rentowności. Jeśli klient nie utrzymuje tego poziomu, wówczas promocyjna cena telefonu staje się nieopłacalna dla operatora (tylko w takim, ekonomicznym sensie, cena telefonu jest „wliczona” w opłatę za usługi). W takim przypadku może dojść do windykacji kwoty wartości telefonu, a zatem warunki świadczenia usługi nie ulegają zmianie. Użytkownik, wobec którego (...) dochodziłoby roszczenia o wartość telefonu, korzysta z usług telekomunikacyjnych na zwykłych zasadach, a więc otrzymuje usługi zgodnie z kwotą, którą zapłacił. Zatem, ewentualne roszczenie i windykacja wartości telefonu nie ma wpływu na zakres, cenę, ilość i inne parametry usług telekomunikacyjnych świadczonych przez (...) temu użytkownikowi.

Z powyższego wynika, że umowa o promocję (...) nie jest umową o świadczenie usług telekomunikacyjnych. Wymóg określonej kwoty usług nie oznacza, że wartość telefonu jest w istocie wartością usługi telekomunikacyjnej. Ta ostatnia jest bowiem świadczona na takich samych zasadach, niezależnie od tego, czy użytkownik korzysta z promocji (...), czy też nie.

(...) podkreślił, że umowa o udział w promocji (...) jest umową sprzedaży aparatu telefonicznego po cenie promocyjnej. Warunkiem uczestnictwa w promocji jest pozostawanie przez nabywcę aparatu telefonicznego stroną odrębnej umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych przez okres ustalony w umowie o udział w promocji. Potwierdzeniem zdolności do spełnienia tego warunku jest wskazanie przez stronę umowy o udział w promocji numeru karty SIM i przypisanego do niej numeru telefonu. Zgodnie z punktem 1.2. warunków oferty promocyjnej (...) nabywca telefonu powinien w momencie zawierania umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych posiadać status Użytkownika lub nie później niż w terminie 14 dni od zawarcia umowy o udział w promocji włączyć się do sieci (...). Zatem oferta promocyjna nabycia telefonu jest jednoznacznie przewidziana dla osób będących użytkownikami usług telekomunikacyjnych świadczonych przez (...) (...), z tytułu zawartej odrębnie umowy. Umowa ta powinna być zawarta przed zawarciem umowy o udział w promocji (...) lub warunek ten może być spełniony nie później niż w terminie 14 dni od zawarcia umowy o udział w promocji (...). Obydwa warianty potwierdzają, że zawarcie umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych następuje w wyniku odrębnej czynności prawnej, która prowadzi do nabycia statusu użytkownika. W świetle warunków promocji, które w sprawie definicji użytkownika odsyłają do Regulaminu świadczenia usług telekomunikacyjnych (...) (...), użytkownikiem jest osoba nie korzystająca z abonamentu, która zawarła z (...) (...) umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych poprzez włączenie się do sieci telekomunikacyjnej. Zatem również sformułowanie warunków uczestnictwa w promocji wskazuje, że sprzedaż telefonu była możliwa na rzecz osoby, która odrębnie zawarła umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych poprzez dokonanie odpowiedniej czynności faktycznej.

Zdaniem (...) bezzasadne jest uznawanie umowy o udział w promocji za umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych. Użytkownik korzystający z promocji nie był w chwili zmiany cennika abonentem w rozumieniu wówczas obowiązujących przepisów Pt, więc na (...) nie spoczywały obowiązki określone w art. 61 ust. 5 i 6 Pt.

Powódka podniosła również, iż art. 209 pkt 13a Pt w brzmieniu obowiązującym w dacie zmiany cennika nie przewidywał możliwości nałożenia kary za niewypełnienie obowiązku przewidzianego w art. 61 ust. 5 Pt. Tymczasem Prezes UKE oparł decyzję między innymi na tym przepisie. Obecnie art. 209 pkt 13a Pt przewiduje możliwość nałożenia kary pieniężnej również w przypadku naruszenia art. 61 ust. 5 Pt. Prezes UKE nie neguje powyższych faktów, stwierdza natomiast, że „obowiązującym przepisem prawa, stanowiącym podstawę do nałożenia kary pieniężnej za naruszenie określonego w art. 61 Pt obowiązku był w chwili wszczęcia postępowania (tj w dniu 18 listopada 2010r.) art. 209 ust. 1 pkt 13a Pt. Prezes UKE nie mógł wszcząć postępowania na podstawie innego przepisu prawa.” W dniu wszczęcia postępowania istotnie obowiązywało już nowe brzmienie art. 209 ust. 1 pkt 13a Pt, obejmujące niewypełnienie art. 61 ust. 5 Pt. Jednak w chwili czynu niewypełnienie art. 61 ust. 5 nie podlegało karze pieniężnej.

Podkreśliła, iż zgodnie z art. 42 ust. 1 zd. pierwsze Konstytucji RP, odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Zasada powyższa ma również zastosowanie do kar nakładanych przez organy administracji. Potwierdza to orzecznictwo SN, zgodnie z

którym sprawa o nałożenie kary pieniężnej przez regulatora rynku powinna być rozpoznawana „z uwzględnieniem standardów ochrony praw oskarżonego obowiązujących w postępowaniu karnym” (tak: wyrok SN z dnia 14 kwietnia 2010r., III SK 1/10), „zasady te wiążą zwłaszcza w tych postępowaniach, które (...) mają charakter sprawy unijnej z uwagi na stosowanie przez sądy przepisów prawa krajowego wdrażających dyrektywy Unii Europejskiej. Sądy krajowe stosując przepisy prawa krajowego wykonujące prawo europejskie zobligowane są do respektowania zasady ogólnej prawa unijnego, jaką jest ochrona praw podstawowych” (wyrok SN z dnia 21 września 2010r., III SK 8/10 analogiczne stanowisko wyraził SN w sprawach III SK 3/09 oraz III SK 5/10).

Stwierdziła, iż Prezes UKE błędnie interpretuje treść Dyrektywy (...) dopuszczającej stosowanie sankcji z mocą wsteczną. Sankcja może mieć moc wsteczną w rozumieniu Dyrektywy, jeżeli czyn podlegał karze w chwili jego popełnienia. Dyrektywę należy rozumieć w ten sposób, że kara może dotyczyć czynu dokonanego w przeszłości również jeśli stan naruszenia ustał przed orzeczeniem o karze.

Za całkowicie błędny (...) uznała również argument odwołujący się do brzmienia art. 209 ust. 1 pkt 4 Pt, który w dacie zmiany cennika określał jako czyn podlegający karze „naruszenie obowiązków informacyjnych w stosunku do użytkowników końcowych.” W ocenie powódki trudno przyjąć, że racjonalny ustawodawca przewiduje kilka podstaw ukarania za ten sam czyn. Gdyby bowiem kierować się logiką organu, należałoby przyjąć, że niewykonanie obowiązku, o którym mowa w art. 61 ust. 6 Pt może podlegać karze zarówno na podstawie pkt 4 jak i 13a art. 209 ust. 1 Pt. Ustawodawca w pkt 13a wyraźnie wyodrębnił grupę obowiązków informacyjnych wobec abonentów, wśród których nie umieścił obowiązku, o którym mowa w art. 61 ust. 5 Pt.

Nawet zatem gdyby Sąd nie podzielił zarzutu opisanego w pkt II niniejszego odwołania, zasadne jest zmniejszenie nałożonej kary biorąc pod uwagę, że jeden z zarzucanych spółce czynów nie był w chwili popełnienia objęty katalogiem kar pieniężnych przewidzianych w art. 209 Pt.

Prezes UKE w odpowiedzi wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. W uzasadnieniu pozwany uznał za niezasadną argumentację przedstawioną w odwołaniu i podtrzymał swoją argumentację przedstawioną w zaskarżonej decyzji.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

W piśmie z dnia 6 września 2010 r., znak:(...) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej zwrócił się do (...) (...) o przekazanie konkretnych dokumentów i informacji dotyczących wywiązania się przez Spółkę, w związku z dokonanym w dniu 19 lipca 2010 r. podwyższeniem cen świadczonych usług w cenniku, z określonych w art. 61 ust 5 i 6 Pt obowiązków: doręczenia na piśmie abonentowi, z wyprzedzeniem co najmniej jednego miesiąca, treści zmiany w cenniku oferty (...), poinformowania abonenta o prawie wypowiedzenia umowy w przypadku braku akceptacji tej zmiany, a także poinformowania abonenta, iż w przypadku podwyższenia cen operatorowi nie przysługuje roszczenie odszkodowawcze, a także prawo do zwrotu ulgi.

Pismem z dnia 20 września 2010 r., sprostowanym następnie pismem z dnia 27 września 2010 r., (...) przekazała Prezesowi UKE żądane dokumenty i informacje.

W piśmie z dnia 20 września 2010 r. wskazano, że (...) wyróżnia dwa rodzaje oferty promocyjnej (...): wariant postpaidowy i wariant prepaidowy. „ W ramach pierwszego wariantu Klienci dokonujący zakupu telefonu w promocyjnej cenie zawierali jednocześnie z Operatorem pisemną umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych. (...) Wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Klientów, w sierpniu 2009 roku (...) (...) wprowadził nowy rodzaj oferty promocyjnej (...)

o charakterze prepaidowym. (...) (...) (...) umożliwił Klientom już posiadającym umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych (tj. zawartą przez Klienta poprzez włączenie się do sieci w ramach usług przedpłaconych) zawarcie umowy o zakup telefonu w promocyjnej cenie. Klienci nie ponosili pełnej

jednorazowej opłaty za aparat telefoniczny, ale w ramach oferowanej promocyjnej, niejako ratalnej sprzedaży telefonu zobowiązali się dodatkowo do korzystania z oferowanych przez (...) (...) usług telekomunikacyjnych świadczonych w zakresie posiadanej przez klienta oferty prepaid. Reasumując należy wskazać, iż w ramach przedmiotowej oferty (...), dany klient pozostawał/był użytkownikiem oferty telekomunikacyjnej świadczonej w ramach usług przedpłaconych oraz nie posiadał z tego tytułu żadnej pisemnej umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych z (...) (...), natomiast w zakresie „ratalnego” zakupu telefonu warunki i zobowiązania były określone w stosownej umowie pisemnej. (...) W związku ze zmianą cen usług połączeń telefonicznych do (...) w ramach ofert na kartę, w tym w ramach danej oferty przedpłaconej (...) (...) w dniu 17.06 i 18.06.2010 poinformowała swoich klientów, o rzeczony zmianie cen poprzez ogłoszenie prasowe w (...), Parkiet i informacje na stronie

www. Informacja ta była podana z miesięcznym wyprzedzeniem w stosunku do chwili obowiązywania danej zmiany (...). W uzupełnieniu wskazanych powyżej form informacji, (...) (...) poinformowała indywidualnie swoich Klientów oferty „(...)” (...) o zmianie cen danych usług połączeń do (...) poprzez sms-owy kanał informacji przesyłając w dniach 8.07. oraz 12.07.-15.07.2010r. sms z informacją o zmianie cen połączeń do (...). (...) informujemy, że w związku z wprowadzeniem zmian cen usług telekomunikacyjnych w ofertach „(...)”, w tym również w ofercie (...) (...), (...) (...) nie przekazała informacji o możliwości wypowiedzenia umowy telekomunikacyjnej bez zapłaty odszkodowania, a także bez zwrotu przyznanej ulgi w przypadku braku akceptacji zmian cennika, gdyż klienci ci jako użytkownicy oferty na kartę, nie mieli przyznanej żadnej ulgi z tytułu zawartej umowy na usługi telekomunikacyjne, oraz mieli i mają możliwość wypowiedzenia umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych w każdym momencie, bez negatywnych konsekwencji przedwczesnego zrywania długookresowej umowy abonamentowej na usługi telekomunikacyjne.”

Pismem z dnia 18 listopada 2010r., znak (...), Prezes UKE zawiadomił Spółkę o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie nałożenia kary pieniężnej na (...) (...) za niewywiązanie się z obowiązków doręczenia na piśmie abonentowi

Z wyprzedzeniem co najmniej jednego miesiąca, treści zmiany w cenniku oferty (...), poinformowania abonenta o prawie wypowiedzenia umowy w przypadku braku akceptacji tej zmiany, a także poinformowania abonenta, iż w przypadku podwyższenia cen operatorowi nie przysługuje roszczenie odszkodowawcze, a także prawo do zwrotu ulgi, o których mowa w art. 61 ust. 5 i 6 Pt.

Jednocześnie Prezes UKE wezwał (...) do przedstawienia stanowiska w sprawie oraz zgodnie z art. 210 ust. 3 Pt, do przekazania danych dotyczących wielkości przychodu osiągniętego w 2009r. niezbędnych do określenia podstawy wymiaru kary, w terminie 30 dni od daty otrzymania zawiadomienia.

W dniu 18 listopada 2010r. Prezes UKE wydał postanowienie znak: (...), którym włączył do akt sprawy następujący materiał dowodowy:

1. kopię pisma Prezesa UKE z dnia 6 września 2010r. znak: (...), będącego wezwaniem do przedstawienia informacji na podstawie art. 6 ust. 1 w zw. z art. 192 ust. 1 pkt 5 Pt,
2. kopię pisma (...) (...) z dnia 20 września 2010r. wraz z załącznikami, będącego odpowiedzią na wezwanie Prezesa UKE z dnia 6 września 2010r.
3. kopie pisma (...) (...) z dnia 27 września 2010r., będącego sprostowaniem pisma (...) (...) z dnia 20 września 2010r.

Pismem z dnia 13 grudnia 2010r. znak: (...) (...) przedstawiła swoje stanowisko w sprawie. W piśmie tym zostały jednocześnie przekazane dane dotyczące wielkości przychodu osiągniętego w 2009r.

(...) podtrzymała swoje wyjaśnienia przedstawione w piśmie z dnia 20 września 2010r. Dodatkowo wyjaśniła rozróżnienie poszczególnych wariantów oferty „(...)”. Operator postanowił, iż umowa o udział w promocji (...) nie będzie miała wpływu na obowiązywanie umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych w ofercie na kartę i założenie to znalazło odzwierciedlenie w drugim wariantcie (...) tj obowiązującej od dnia 14 sierpnia 2009r.

Operator wprowadził ofertę (...) w dwóch opcjach (z tym zastrzeżeniem, iż określenie „opcja” zostało użyte przez Operatora w celu skategoryzowania grup Klientów i nie jest stosowane w dokumentacji ofertowej), a mianowicie:

- w opcji standardowej tj. bez miesięcznego zobowiązania (obowiązek Abonenta polega na utrzymywaniu konta w okresie aktywnym - podobnie jak w przypadku wariantu (...) postpaid) oraz
- w opcji z miesięcznym zobowiązaniem (obowiązek Abonenta polega na doładowaniu konta na kwotę określoną w Umowie, a doładowania wykonane w danym okresie rozliczeniowym sumują się do kwoty miesięcznego zobowiązania określonego w umowie o udział w promocji).

W ocenie (...), ten rodzaj oferty stanowi swego rodzaju formę „ratalnego” zakupu telefonu, w której cena za aparat telefoniczny uiszczana jest poprzez zakup określonych usług telekomunikacyjnych. Różnica w stosunku do poprzedniej oferty polega na tym, iż:

- w przypadku opcji standardowej tj. bez miesięcznego zobowiązania - w sytuacji nie wywiązywania się przez Abonenta z obowiązków określonych umową o udział w promocji (...), po wystawieniu noty windykacyjnej przez (...) (...) Abonent może wykorzystać posiadane przez siebie środki na koncie (środki te nie przepadają) oraz może doładować konto;
- w przypadku opcji z miesięcznym zobowiązaniem, w sytuacji niedokonania przez Abonenta w terminie wymaganego doładowania, wystawienie przez Operatora noty windykacyjnej nie powoduje wstrzymania Abonentowi możliwości wykonywania połączeń wychodzących (Abonent może wykonywać połączenia wychodzące o ile posiada na koncie środki) oraz może dokonywać doładowań konta;

- rozwiązanie umowy o udział w promocji (...) nie ma wpływu na obowiązywanie umowy o świadczenie usługi telekomunikacyjnej zawartej przez Abonenta w ofercie na kartę - są dwie niezależne umowy powiązane jedynie „spłatą” ceny telefonu w postaci określonych doładowań konta. Zaprzestanie „spłaty” telefonu powoduje jedynie to, iż Abonent ma obowiązek uregulowania płatności wobec Operatora, a mianowicie jest zobowiązany do zapłaty kwoty stanowiącej różnicę pomiędzy ceną niepromocyjną i promocyjną telefonu. Dodatkowo Operator miarkuje tę kwotę, a Klient nie ponosi żadnych dodatkowych kosztów związanych z niejako „odroczone” terminem zapłaty za telefon. "

Pismem z dnia 11 stycznia 2011 r., znak: (...) Prezes UKE wezwał (...) do przedstawienia danych dotyczących wielkości przychodu osiągniętego w 2010 r., niezbędnych do określenia podstawy wymiaru kary.

Pismem z dnia 24 stycznia 2011 r., znak: (...) Prezes UKE wezwał (...) do udzielenia pisemnych wyjaśnień w kwestii liczby użytkowników, posiadających umowę z (...) (...) w ramach oferty (...), w chwili wprowadzania zmian w cennikach w dniu 19 lipca 2010 r. oraz przedłożenia cenników w ofertach (...) (objętych promocją (...)), w których zostały wprowadzone zmiany w dniu 19 lipca 2010 r., w wersji obowiązującej do chwili wprowadzenia zmian oraz po ich wprowadzeniu.

Pismem z dnia 1 lutego 2011 r., znak: (...) Spółka przekazała żądane przez Prezesa UKE w piśmie z dnia 24 stycznia 2011 r. dokumenty oraz przedstawiła żądane przez Prezesa UKE informacje. Wskazała w nich, iż w chwili wprowadzania zmian w cennikach w dniu 19 lipca 2010 r. liczba użytkowników, posiadających umowę z (...) (...) w ramach oferty (...), wynosiła 1.152.800.

Pismem z dnia 11 lutego 2011 r. (...) przedstawiła dodatkowe wyjaśnienia w sprawie. Powtórzyła w nim już wcześniej przedstawioną argumentację, podkreślając ponownie odrębność umowy o udział w promocji (...) (formy i przedmiotu) od umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych. Wskazała również na możliwość wprowadzenia uzależnienia zawarcia umowy w ramach promocji (...) od pozostawiania stroną umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych przez określony okres czasu. Przedstawiła szacunkową informację o wielkości osiągniętego w 2010 r. przychodu.

W dniu 2 marca 2011 r. Prezes UKE wydał postanowienie znak: (...), którym włączył do akt sprawy następujący materiał dowodowy:

1. kopię warunków oferty promocyjnej (...) obowiązujących od dnia 26 czerwca 2006 r.,
2. kopię decyzji Prezesa UKE z dnia 28 czerwca 2006 r., znak: (...) nakładającej karę w wysokości 5.000.000 zł za udzielenie w trakcie postępowania w sprawie wyznaczenia przedsiębiorców o znaczącej pozycji rynkowej na krajowym rynku roamingu międzynarodowego w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych oraz nałożenia na tych przedsiębiorców obowiązków regulacyjnych, niespójnych i nieprawdziwych informacji,
3. kopię decyzji Prezesa UKE z dnia 16 lipca 2007 r., znak: (...) nakładającej karę w wysokości 800.000 zł za wykorzystywanie częstotliwości bez posiadanych do tego uprawnień,
4. kopię decyzji z dnia 8 sierpnia 2007 r., znak: (...) nakładającej karę w wysokości 20.000 zł za naruszenie obowiązku zachowania tajemnicy telekomunikacyjnej polegające na niedozwolonym przetwarzaniu danych abonenta,
5. kopię decyzji Prezesa UKE z dnia 5 grudnia 2007 r., znak: (...) nakładającej karę w wysokości 900.000 zł za naruszenie obowiązków informacyjnych w stosunku do użytkowników końcowych,
6. kopię decyzji Prezesa UKE z dnia 1 kwietnia 2008 r., znak: (...) nakładającej karę w wysokości 500.000 zł za niewypełnianie warunków zapewnienia (...) S.A. dostępu telekomunikacyjnego,
7. kopię decyzji Prezesa UKE z dnia 10 listopada 2008 r., znak: (...) nakładającej karę w wysokości 340.000 zł za wykorzystywanie częstotliwości bez posiadanych do tego uprawnień,

W nawiązaniu do wydanego postanowienia Prezesa UKE Spółka wniosła pismem z dnia 7 marca 2011 r., znak: (...) o uzupełnienie materiału dowodowego o wyroki sądowe, które zmieniały włączone do akt sprawy (tymże postanowieniem) decyzje nakładające kary pieniężne.

W dniu 28 marca 2011 r. Prezes UKE wydał postanowienie znak:(...), którym włączył do akt sprawy, na żądanie Strony, następujący materiał dowodowy:

1. kopię wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 listopada 2010 r., sygn. akt: III SK18/08,
2. kopię wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 19 grudnia 2007 r., sygn. akt: VI ACa 368/07,
3. kopię wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 26 listopada 2008 r., sygn. akt: XVII AmT 53/07,
4. kopię wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 30 stycznia 2009 r., sygn. akt: XVII AmT 85/07.

Pismem z dnia 11 kwietnia 2011 r., znak: (...) Strona została ponownie wezwana do przedłożenia danych o wysokości osiągniętego w 2010 r. przychodu.

Powyższe dane zostały przekazane Prezesowi UKE przy piśmie z dnia 19 kwietnia 2011 r.

Prezes UKE pismem z dnia 5 maja 2011 r., znak:(...), poinformował Stronę, o przysługującym jej, zgodnie z art. 10 Kpa, prawie zapoznania się z zebrany materiał dowodowy w sprawie, a także o możliwości ostatecznego wypowiedzenia się, co do zebranych dowodów i materiałów w sprawie.

W piśmie z dnia 13 maja 2011 r. Spółka przedstawiła swoje stanowisko w sprawie, w którym podtrzymała wszystkie swoje dotychczasowe wyjaśnienia.

W tym stanie faktycznym Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył co następuje.

(...) z o.o. z/s w W. oferowała w ramach prowadzonej działalności usługę telekomunikacyjną w ofercie promocyjnej (...) na podstawie regulaminu jej świadczenia obowiązującego od dnia 14 sierpnia 2009 r. Regulamin ten został następnie zmieniony (poprzez podwyższenie cen świadczonych usług w cenniku) przez (...) w dniu 19 lipca 2010 r. Jak wynika z akt niniejszego postępowania zmiany w cenniku oferty (...) zostały dokonane z pominięciem obowiązków określonych w art. 61 ust 5 i 6 Pt, tj doręczenia abonentowi na piśmie z wyprzedzeniem co najmniej jednego miesiąca, treści zmiany w cenniku oferty, poinformowania abonenta o prawie wypowiedzenia umowy w przypadku braku akceptacji tej zmiany, a także poinformowania abonenta, iż w przypadku podwyższenia cen, operatorowi nie przysługuje roszczenie odszkodowawcze, a także prawo do zwrotu ulgi, które to okoliczności legły u podstaw wydania zaskarżonej decyzji nakładającej na powoda karę pieniężną.

Bezsporna w sprawie jest okoliczność, że sprawa winna być rozstrzygana w oparciu o przepisy Pt obowiązujące w okresie, w którym dokonano zmiany cennika tj w dacie 19 lipca 2010r. Sporna pozostaje natomiast kwestia charakteru stosunku prawnego łączącego uczestników i organizatora promocji.

Zagadnieniem wstępnym, od którego rozpocząć należy rozważania w niniejszej sprawie, jest ustalenie charakteru wiążącej strony więzi prawnej, czyli ustalenia co jest źródłem łączącego pozwaną spółkę z klientami, stosunku zobowiązaniowego.

Jak wynika z akt niniejszego postępowania, (...) zorganizowała i przeprowadziła w okresie od 14 sierpnia 2009r. promocję „(...)”

Zasady na jakich prowadzona była promocja określone w „Warunkach oferty promocyjnej (...)” przesądzają o tym, iż regulowany na ich podstawie stosunek prawny stanowi przykład umowy nienazwanej. Cechą charakterystyczną umów nienazwanych jest to, że kreują one treść umowy w sposób dowolny i odpowiadający stronom (przeciwnie do umów nazwanych, wyszczególnionych w Kodeksie cywilnym). O umownym charakterze więzi prawnej łączącej powoda z konsumentami w głównej mierze świadczy w ocenie Sądu, sposób przystąpienia konsumenta do omawianej promocji. Wskazać bowiem należy, iż zgodnie z treścią stosowanego przez powoda wzorca aby zostać uczestnikiem promocji i otrzymać telefon komórkowy za jedyne 1 zł. należy posiadać podpisaną lub zawrzeć (w formie pisemnej) z (...) w terminie 14 dni umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie pre-, bądź post- paid.

Posiadanie/zawarcie umowy z danym operatorem przez potencjalnego uczestnika jest zatem świadczeniem tegoż uczestnika na rzecz sprzedawcy organizującego promocję. W umowie takiej poza zobowiązaniem zasadniczym (świadczeniem usług telekomunikacyjnych), sprzedawca, będący organizatorem promocji zobowiązuje się do spełnienia dodatkowego świadczenia tj sprzedaży telefonu w promocyjnej cenie. Powyższe, nie znamienia jednak charakteru świadczonej przez operatora usługi i mieści się w granicach swobody kontraktowania. Co najważniejsze, uprawnienia kupującego do uczestnictwa w promocji nie tworzą między stronami samoistnego stosunku umownego i nie mają, w związku z tym, wpływu na całokształt prawnej regulacji sprzedaży. Korzystający ze świadczonych przez operatora telekomunikacyjnego usług uzyskuje fakultatywnie możliwość wzięcia udziału w promocji i otrzymania atrakcyjnego telefonu komórkowego nowej generacji. Powyższe, ma na celu utrzymanie dotychczasowych klientów oraz pozyskanie nowych odbiorców usług telekomunikacyjnych operatora.

Okoliczności te przesądzają, że w omawianej sprawie mamy do czynienia z (co prawda premiowaną, ale jednak umową o świadczenie usług telekomunikacyjnych). Uczestnictwo w tego typu promocjach niewątpliwie należy jednak łączyć z nabywaniem towarów lub usług – głównym bowiem celem organizowania takich wydarzeń jest zwiększenie sprzedaży usług telekomunikacyjnych oferowanych przez operatora i związany z tym wzrost zysków podmiotów na rzecz których prowadzona jest tego typu akcja promocyjna.

Powyższe znajduje potwierdzenie w zamieszczeniu w stosowanym przez operatora wzorcu postanowienia o obowiązku zapłaty przez konsumenta, który nie wywiązał się z umowy kwoty stanowiącej równowartość udzielonego użytkownikowi upustu według wartości na dzień zawarcia Umowy o udział w promocji (tj rynkowej wartości telefonu objętego promocją), pomniejszonego proporcjonalnie o wartość za okres od dnia zawarcia umowy o udział w promocji do dnia jej rozwiązania.

W ocenie Sądu zarzut powoda dotyczący naruszenia przez Prezesa UKE art. 61 ust. 5 i 6 Pt w zw. z art. 2 ust. 1 Pt poprzez błędne przyjęcie, że obowiązki te ciążyły na (...) (...) nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisem art. 61 ust. 5 Pt dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych w razie podwyższenia cen usług telekomunikacyjnych jest obowiązany, z wyprzedzeniem co najmniej jednego okresu rozliczeniowego przed wprowadzeniem zmian, do powiadomienia o powyższym fakcie abonenta – informując go na piśmie, jak i podając tę informację do publicznej wiadomości. Jednocześnie abonent powinien zostać poinformowany o prawie wypowiedzenia umowy w przypadku braku akceptacji zmian. Stosownie do treści art. 61 ust. 6 Pt abonent powinien zostać poinformowany także o tym, że w razie skorzystania z prawa wypowiedzenia umowy w przypadku braku akceptacji podwyższenia cen dostawcy publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych nie przysługuje roszczenie odszkodowawcze, a także zwrot ulgi, o której mowa w art. 57 ust. 6 Pt.

Zgodnie natomiast z art. 2 pkt 1 Pt abonentami były wówczas jedynie podmioty będące stroną umowy zawartej w formie pisemnej o świadczenie usług z dostawcą publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych.

Jak wykazano we wstępie niniejszego uzasadnienia przedmiotowa umowa promocji obejmowała dwa ściśle ze sobą związane zobowiązaniowe stosunki cywilnoprawne tj zarówno umowę sprzedaży telefonu komórkowego (po upuście), jak i umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych. Wobec powyższego, użytkownicy, którzy zawarli (w formie pisemnej) umowę w ramach promocji (...), byli abonentami w rozumieniu wówczas obowiązujących przepisów Pt, a zatem na powodzie ciążyły obowiązki określone przepisami art. 61 ust. 5 i 6 Pt.

Należy ponadto zauważyć, że wnoszona przez użytkownika telefonu opłata przedpłatowa zostaje nastęnie w całości wykorzystana poprzez korzystanie przez użytkownika z usług telekomunikacyjnych a żadna jej część nie jest wyodrębniona w celu zapłaty ratalnej opłaty za przekazany w ramach promocji aparat telefoniczny. Z tego względu należy uznać, iż opłata wnoszona przez użytkownika stanowi należność za usługi telekomunikacyjne a nie formę spłaty należności za telefon. Oznacza to, że status użytkownika telefonu był taki sam jak abonenta i również w stosunku do użytkownika ciążyły na powodzie obowiązki informacyjne określone w art. 61 ust. 5 i 6 Pt.

Na uwagę nie zasługiwał również zarzut dotyczący obrazy art. 209 ust. 1 pkt 13a Pt w zw. z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP poprzez nałożenie kary za czyn, który nie podlegał karze w chwili jego popełnienia.

Jak słusznie wskazał pozwany od dnia 6 lipca 2009r. tj w okresie niewywiązania się przez (...) (...) z obowiązków informacyjnych związanych z dokonanymi zmianami w cenniku (19 lipca 2010r.) naruszenie obowiązku określonego w art. 61 ust. 5 Pt penalizowane było na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 4 Pt, zaś naruszenie obowiązku przewidzianego w art. 61 ust. 6 Pt penalizowane było na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 13a Pt.

Ponadto, wobec dokonanej w przedmiotowym zakresie nowelizacji przepisów Pt ustawą z dnia 29 kwietnia 2010r. o zmianie ustawy – Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 86, poz. 554), która weszła w życie w dniu 20 lipca 2010r. zmieniła się jedynie podstawa prawna penalizacji dokonanego przez spółkę naruszenia obowiązków informacyjnych w stosunku do użytkowników końcowych (dyspozycje i sankcje uregulowane dotychczas w art. 209 ust. 1 pkt 4 Pt i art. 209 ust. 1 pkt 13a Pt zostały łącznie zamieszczone w znowelizowanym art. 209 ust. 1 pkt 13a Pt.

W ocenie Sądu wymierzając karę Prezes UKE nie uwzględnił jednak w sposób dostateczny dyrektyw wymiaru kary określonych w art. 210 ust. 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne. Wymierzona kara, co prawda uwzględniała zakres naruszenia i możliwości finansowe powoda, jednak w sposób niedostateczny uwzględniała kryterium dotychczasowej działalności podmiotu. Zaznaczyć należy, iż wbrew twierdzeniom pozwanego powodowa Spółka była dotychczas tylko

jednokrotnie karana za naruszenie tego samego rodzaju, a tylko takie naruszenie można brać pod uwagę określając wymiar kary w niniejszym postępowaniu. Ponadto, na korzyść powodowej Spółki przemawia również okoliczność niejasnego sformułowania przez ustawodawcę przepisu nakładającego na powoda sankcję karną z tytułu naruszenia art. 61 ust. 5 i 6 Pt. Chodzi o przepis art. 209 ust. 1 pkt 4 Pt, który był sformułowany w sposób ogólny. Dopiero wchodząca w życie w dniu 20 lipca 2010r. nowelizacja art. 209 ust. 1 pkt 13a Prawa telekomunikacyjnego w wyraźny sposób wymieniła naruszenia prawa, które przynoszą skutek w postaci nałożenia przez Prezesa UKE kary pieniężnej. Z tych względów zdaniem Sądu nałożona przez Prezesa UKE kara w wysokości 2.500.000 zł była zbyt wygórowana i oderwana od realiów niniejszego postępowania.

Mając na uwadze przedstawione okoliczności Sąd Okręgowy na podstawie art. 479⁶⁴ § 2 kpa zmienił zaskarżoną decyzję w zakresie wysokości określonej w niej kary pieniężnej.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sporu – art. 98 k.p.c. w zw. z art. 100 kpc.

SSO Witold Rękosiewicz