

Sygn. akt *XVII AmT 24/20*

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 października 2021 r.

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

Przewodniczący –	Sędzia SO Andrzej Turliński
Protokolant –	sekretarz sądowy Iwona Hutnik

po rozpoznaniu 22 października 2021 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania (...) **sp. z o.o. w Z.**

przeciwko **Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej**

o nałożenie kary pieniężnej

na skutek odwołania powoda od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 31 października 2019 r. Nr (...)

1. oddała odwołanie;
2. zasądza od powoda na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 720 zł (siedemset dwadzieścia złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu.

Sędzia SO Andrzej Turliński

Sygn. akt *XVII AmT 24/20*

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 31 października 2019 r. Nr (...) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Prezes UKE, pozwany) na podstawie art. 210 ust. 1 – 3 oraz art. 209 ust. 1 pkt 25 w zw. z art. 172 ust. 1 i art. 174 oraz art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1954 z późn. zm., Pt) oraz na podstawie art. 104 § 1 k.p.a. po przeprowadzeniu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie nałożenia kary pieniężnej na (...) Sp. z o.o. w Z. obecnie w Z. (powód) w związku z niewypełnieniem obowiązku uzyskania zgód abonentów lub użytkowników końcowych, o których mowa w art. 172 i 174 Pt, w związku z kontaktami nawiązanymi dla celów marketingu bezpośredniego przy użyciu telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących w okresie od dnia 1 stycznia 2017 r. do dnia 16 października 2017 r. nałożył na powoda karę pieniężną w wysokości 500 000 zł, płatną do budżetu państwa, za naruszenie art. 172 ust. 1 Pt w związku z art. 174 pkt 1 Pt, za niewypełnienie obowiązku uzyskania uprzedniej zgody abonentów lub użytkowników końcowych na używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych dla celów marketingu bezpośredniego przez użycie telekomunikacyjnych

urządzeń końcowych polegające na nawiązywaniu kontaktów telefonicznych w celu poinformowania o działalności powoda, w tym o ofercie sprzedaży węgla oraz ekogroszku, w okresie od 1 stycznia 2017 r. do 16 października 2017 r.

Od ww. decyzji powód wniósł odwołanie. Wniósł o uchylenie w całości decyzji Prezesa UKE ewentualnie o zmianę w całości decyzji i orzeczenie co do istoty sprawy o uchyleniu nałożonej kary pieniężnej w całości.

Wskazał, że zaskarżona decyzja Prezesa UKE jest sprzeczna z prawem materialnym tj.:

1. art. 209 ust. 1 pkt 25 w związku z art. 172 ust. 1 i art. 174 pkt 1 Pt poprzez jego wadliwe zastosowanie i nałożenie kary pieniężnej w wysokości 500 000 zł, podczas gdy w przedmiotowej sprawie przepis ten nie powinien być stosowany, ponieważ powód w badanym okresie, w nagranych rozmowach pytał abonentów o zgodę, o której mowa w art. 172 ust. 1 i art. 174 pkt 1 Pt i zgody przedmiotowe zostały udzielone, co zostało utrwalone na przedmiotowych nagraniach,

2. art. 172 ust. 1 Pt poprzez jego wadliwe zastosowanie i stwierdzenie, że powód nie wypełnił obowiązku uzyskania uprzedniej zgody abonentów lub użytkowników końcowych na używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych dla celów marketingu bezpośredniego poprzez użycie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych polegające na nawiązywaniu kontaktów telefonicznych celu poinformowania o działalności powoda, w tym o ofercie sprzedaży węgla oraz ekogroszku w okresie od 1 stycznia 2017 r. do 16 października 2017 r., podczas gdy powód w badanym okresie, w nagranych rozmowach pytał abonentów o zgodę, o której mowa w art., 172 ust. 1 i art. 174 pkt 1 Pt i zgody przedmiotowe zostały udzielone, co zostało utrwalone na przedmiotowych nagraniach,

3. art. 174 pkt 1 Pt przez jego zastosowanie i stwierdzenie, że powód nie wypełnił obowiązku uzyskania uprzedniej zgody abonentów lub użytkowników końcowych na używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych dla celów marketingu bezpośredniego poprzez użycie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych polegające na nawiązywaniu kontaktów telefonicznych w celu poinformowania o działalności powoda, w tym o ofercie sprzedaży węgla oraz ekogroszku okresie od 1 stycznia 2017 r. do 16 października 2017 r., podczas gdy powód w badanym okresie, w nagranych rozmowach pytał abonentów o zgodę o której mowa w art. 172 ust. 1 i art. 174 pkt 1 Pt i zgody przedmiotowe zostały udzielone, co zostało utrwalone na przedmiotowych nagraniach,

4. art. 172 ust. 1 Pt poprzez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż „uprzednia” zgoda musi być udzielona przed rozpoczęciem połączenia tj. przed ewentualnym użyciem telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego tj. podczas gdy prawidłowa wykładnia tego przepisu powinna prowadzić do uznania, że zgoda abonenta lub użytkownika końcowego może być udzielona w trakcie tego samego połączenia telefonicznego.

5. art. 210 ust. 2 Pt poprzez jego błędne zastosowanie, polegające na braku analizy możliwości finansowych podmiotu, podczas gdy prawidłowe zastosowanie tego przepisu wymaga uwzględnienia możliwości finansowych podmiotu jako jednej z ustawowych przesłanek do ustalenia wysokości kary pieniężnej.

Powód wskazał, że zaskarżona decyzja została wydana także z naruszeniem przepisów procesowych:

1. art. 80 k.p.a. w związku z art. 172 ust. 1 Pt poprzez błędną ocenę dowodów w postaci nagrań rozmów konsultantów powoda z abonentami lub użytkownikami końcowymi, polegającą na przyjęciu, iż powód nie wypełnił obowiązku uzyskania uprzedniej zgody abonentów lub użytkowników końcowych na używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych dla celów marketingu bezpośredniego poprzez użycie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych polegające na nawiązywaniu kontaktów telefonicznych w celu poinformowania o działalności powoda w tym o ofercie sprzedaży węgla oraz ekogroszku w okresie od 1 stycznia 2017 r. do 16 października 2017 r. podczas gdy prawidłowa ocena przedmiotowych nagrań wskazuje, że pracownicy powoda w każdej rozmowie pytali o zgody, które to zgody były udzielane przez abonentów,

2. art. 107 pkt 6 k.p.a. poprzez błędne zastosowanie, a przez to wadliwe, nieprecyzyjne, lakoniczne uzasadnienie zaskarżonej decyzji.

Powód wniósł o przeprowadzenie następujących dowodów:

1. z dokumentów

- a) decyzji z 31 października nr (...),
- b) protokołu kontroli z 25 października 2017 r. wraz z załącznikami,
- c) pisemnego wyjaśnienia powoda z 21 maja 2019 r.,
- d) zapisów rozmów pracowników powoda z abonentami na CD

na okoliczność:

- braku podstaw prawnych do nałożenia kary pieniężnej,
 - wypełnienia przez powoda obowiązku wynikającego z art. 172 ust. 1 i art. 174 pkt 1 Pt tj. uzyskania uprzednich zgód na użycie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych dla celów marketingowych,
 - błędnego przyjęcia przez pozwanego, iż „uprzednia” zgoda musi być udzielona przed rozpoczęciem połączenia tj przed ewentualnym użyciem telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego,
 - braku analizy dotyczącej możliwości finansowych powoda w celu nałożenia kary pieniężnej,
 - nałożenia za wysokiej kary pieniężnej w stosunku do możliwości finansowych powoda,
 - błędnej oceny dowodów w zaskarżonej decyzji,
 - wadliwego uzasadnienia zaskarżonej decyzji
- e) informacji o przychodach powoda za 2018 r. Powód zastrzegł prawo do złożenia tego dowodu, który to na dzień składania odwołania nie istniał, gdyż bilans powoda za 2018 r. był jeszcze przedmiotem badania przez biegłego rewidenta. Dowód ten jest na okoliczność wysokości przychodów za 2018 r.

2. z zeznań świadków:

- A. W., pracownika powoda, dyrektor Call Center,
- U. F., pracownika powoda, asystenta Zarządu,
- S. U., byłego Prezesa Zarządu powoda,
- J. S., współpracownika powoda,
- T. R.

wszystkich na okoliczność wypełnienia przez powoda obowiązku wynikającego z art. 172 ust. 1 i art. 174 pkt 1 Pt tj. uzyskania zgód na użycie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych dla celów marketingowych.

3. przesłuchania w imieniu powoda M. W., Prezesa Zarządu powoda na okoliczność wypełnienia przez powoda obowiązku wynikającego z art. 172 ust. 1 i art. 174 pkt 1 Pt tj. uzyskania zgód na użycie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych dla celów marketingowych.

W odpowiedzi pozwany Prezes UKE wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od powoda na swoją rzecz kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 1440 zł wraz z ustawowymi odsetkami obliczonymi zgodnie z normami przepisanyymi.

Wniósł również o przeprowadzenie dowodów z dokumentów stanowiących akta administracyjne sprawy, za pomocą których wykazane mają zostać następujące fakty: przebieg postępowania administracyjnego, ustalony przez Prezesa UKE stan faktyczny sprawy oraz treść zaskarżonej decyzji Prezesa UKE.

Wniósł także o oddalenie wniosków dowodowych zgłoszonych przez powoda z zeznań świadków.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny.

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej w okresie od 16 października do 25 października 2017 r. przeprowadził kontrolę u powoda, w celu zweryfikowania przestrzegania przez powoda przepisów ustawy Pł odnoszących się do obowiązków określonych w art. 172 ust. 1, dotyczących zakazu używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, w związku z art. 174 Pł.

Powyzsza kontrola zakończyła się podpisaniem przez powoda protokołu kontroli z dnia 25 października 2017 r. znak: (...) (k. 3 – 5 akt adm.).

W trakcie kontroli oraz na podstawie udzielonych w jej toku wyjaśnień ustalono, że powód prowadzi marketing bezpośredni własnych produktów z wykorzystaniem należącej do niego infrastruktury teleinformatycznej oraz personelu Call Center pozostającego w jego strukturze. Analiza treści skryptu rozmowy (k 15 – 16 akt adm.) oraz przykładowych zapisów rozmów (k 26 akt adm.), stanowiących załączniki do protokołu kontroli (k 3 - 5 akt. adm.), pozwala stwierdzić, iż pierwsze uzyskane od dzwoniącego w imieniu powoda konsultanta informacje miały charakter informacji marketingowych, tj. „dzwonię w imieniu największego w Polsce dostawcy węgla oraz ekogroszku (...). Kontaktuję się ponieważ w związku z czyszczeniem magazynów przed zimą, przygotowaliśmy promocyjne ceny, a jak wiadomo na rynku opał z tygodnia na tydzień drożeje”. Dopiero po przekazaniu informacji o charakterze marketingowym konsultant zadawał pytanie „czy mogę przedstawić króciutko szczegóły?” oraz przekazywał informację o nagrywaniu rozmowy.

Z protokołu kontroli, uwzględniającego wyjaśnienia zawarte w piśmie z dnia 20 października 2017 r. wynika, że powód w okresie od 1 stycznia do 16 października 2017 r. wykonał 2 180 360 połączeń telefonicznych wychodzących w celach marketingowych zgodnie z powyższym schematem rozmowy.

Uwzględniając powyższe, Prezes UKE zawiadomieniem z 12 kwietnia 2019 r. (k. 1 akt adm.) zawiadomił powoda o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie nałożenia na niego kary pieniężnej w związku z niewypełnieniem obowiązku uzyskania zgód abonentów lub użytkowników końcowych, o których mowa w art. 172 i 174 Pł, w związku z kontaktami nawiązanymi dla celów marketingu bezpośredniego przy użyciu telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących w okresie od dnia 1 stycznia 2017 r. do dnia 16 października 2017 r. W piśmie tym Prezes UKE wezwał powoda do przekazania danych dotyczących wielkości przychodu osiągniętego 2018 r. niezbędnych do określenia podstawy wymiaru kary, w terminie 30 dni od daty otrzymania zawiadomienia. Jednocześnie poinformował go o możliwości ostatecznego wypowiedzenia się przed wydaniem decyzji co do zebranych dowodów i materiałów w terminie 30 dni od daty otrzymania tego pisma oraz zgodnie z art. 73 k.p.a. w związku z art. 10 k.p.a. o możliwości przeglądania akt sprawy oraz sporządzenia z nich notatek i odpisów w każdym stadium postępowania.

Pismem tym Prezes UKE na podstawie art. 123 § 1 w związku z art. 75 § 1 k.p.a. oraz art. 206 ust. 1 Pł postanowił włączyć do akt sprawy postępowania administracyjnego materiał dowodowy w postaci kopii protokołu kontroli z dnia 25 października 2017 r. znak: (...) przeprowadzonej przez Prezesa UKE u powoda, wraz z załącznikami.

Pismem z dnia 21 maja 2019 r. (k. 26 – 31 akt adm.) powód wniósł, między innymi, o umorzenie postępowania jako bezprzedmiotowego wskazując, że wykładnia literalna przepisu (art. 172 ust. 1 Pt) prowadzi do wypaczenia jego sensu. Zatem należy zastosować inny rodzaj wykładni art. 172 Pt. Przepis ten uzależnia możliwości przekazania oferty handlowej przy użyciu m.in. połączenia telefonicznego od zgody abonenta. Bez zgody abonenta, nie ma możliwości prawnej zastosowania jakichkolwiek działań w ramach marketingu bezpośredniego w tym zaprezentowania oferty handlowej. Ze względu na ważność przedmiotowej zgody, ustawodawca wyraźnie wskazał w art. 174 Pt w brzmieniu obowiązującym w badanym okresie, że jeżeli przepisy ustawy wymagają wyrażenia zgody przez abonenta lub użytkownika końcowego, zgoda ta nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści. Ponadto przepis ten stanowi podstawę prawną do ochrony abonenta przed tzw. spamem tj. niezamówioną informacją handlową (niezamówionego komunikatu). Powód zwrócił uwagę na komentarz do art. 172 Pt (S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz. Wyd. 4, Warszawa 2019 r.) „[...] Niezamówione komunikaty mogą być także przedstawiane w bezpośrednim kontakcie z odbiorcą np. w formie rozmów marketingowych. Niezamówione komunikaty mogą stanowić zagrożenia dla prywatności oraz dla ekonomicznych interesów odbiorcy przekazów powodując u niego koszty i uciążliwości związane z przyjęciem, drukiem lub przechowywaniem wiadomości.” Intencją ustawodawcy była przede wszystkim ochrona abonenta. Dlatego wykładając powyższy przepis art. 172 Pt, zdaniem powoda, należy wziąć pod uwagę cel regulacji, a mianowicie ochronę abonenta przed działaniami marketingowymi, przed niezamówionymi ofertami handlowymi tj. przed ingerencją w ich prywatność. Stosować zatem należy wykładnię celowościową.

W oparciu o powyższe powód stwierdził, że prawidłowo wyłożył i stosował przepis art. 172 Pt. przed przedstawieniem oferty handlowej, ponieważ zawsze uzyskiwał zgodę od abonenta.

Pełnomocnik powoda powołując się na punkt VIII ppkt 5 protokołu kontroli wskazał: „przedsiębiorca pozyskuje zgodę abonenta na używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych do przedstawiania informacji handlowej bezpośrednio po zainicjowaniu rozmowy z abonentem i uzyskaniu zgody na nagrywanie rozmowy. Do czasu pozyskania zgody abonenta na przedstawienie informacji o charakterze handlowym, przedsiębiorca nie przedstawia abonentom w czasie rozmowy żadnych informacji, które byłyby przeznaczone bezpośrednio lub pośrednio do promowania” oraz zaznaczył: „Skoro możliwe jest wykonanie połączenia telefonicznego w celu zapytania o zgodę, to po uzyskaniu tej zgody można przedstawić ofertę handlową. Nie ma żadnego uzasadnienia do wykonania drugiego połączenia z abonentem (od którego uzyskano zgodę), w celu przedstawienia oferty handlowej. [...] wobec powyższego działanie spółki w przedmiotowym zakresie jest zgodne z art. 172 Pt”.

Ponadto powód w piśmie wskazał, że w protokole kontroli brak jest sformułowań, argumentów wskazujących na to, że powód wadliwie, to jest sprzecznie z art. 172 i 174 Pt, prowadził swą działalność (call center). Brak jest w tym zakresie jakichkolwiek twierdzeń kontrolujących. Wobec powyższego, wszczęcie postępowania w przedmiocie nałożenia kary pieniężnej w związku z niewypełnieniem obowiązku uzyskania zgód, o których mowa w art. 172 i art. 174 Pt jest ewidentnie sprzeczne z zapisami ww. protokołu kontroli. Natomiast z zakresu wszczętego postępowania w przedmiocie nałożenia kary pieniężnej wynika, że Prezes UKE kwestionuje fakt uzyskania zgody na przedstawienie oferty handlowej w trakcie połączenia telefonicznego. Taki przedmiot postępowania jest niezgodny z cytowanymi zapisami protokołu, z którego w sposób nie budzący wątpliwości wynika, że niezbędne zgody były przez powoda pobierane.

Pomimo wezwania Prezes UKE z dnia 12 kwietnia 2019 r. powód nie przedstawił danych dotyczących wielkości przychodu osiągniętego w 2018 r.

Postanowieniem z dnia 22 lipca 2019 r. (k. 40 akt adm.) Prezes UKE na podstawie art. 123 § 1 w związku z art. 75 § 1 k.p.a. oraz art. 206 ust. 1 Pt włączył do akt sprawy materiał dowodowy w postaci kopii następujących dokumentów złożonych do Krajowego Rejestru Sądowego przez powoda:

1. Rachunek zysków i strat (wariant kalkulacyjny) z dnia 29 czerwca 2018 r.;

2. Dodatkowe informacje i objaśnienia z dnia 29 czerwca 2018 r.;
3. Rachunek przepływów pieniężnych (metoda pośrednia) z dnia 29 czerwca 2018 r.;
4. Bilans na 31.12.2017 r. z dnia 29 czerwca 2018 r.

Sąd pominął dowody z zeznań świadków uznając zgłoszone przez powoda tezy dowodowe za zmierzające do dokonywania ocen czy postępował on zgodnie z prawem podczas, gdy celem zeznań świadków na być ujawnienie faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje.

Odwołanie jest nieuzasadnione, a zaskarżona nim decyzja okazała się prawidłowa.

W szczególności powód nie kwestionuje w odwołaniu ustalonego przez pozwanego schematu rozmów w ramach prowadzonego marketingu bezpośredniego, a w tym przede wszystkim faktu, że w jednej rozmowie pytał abonenta o zgodę na prowadzenie takiego marketingu i przeprowadzał go. Dodatkowo trzeba zauważyć, że już na samym początku rozmowy telefonicznej powód dokonywał przekazu marketingowego, a dopiero w jego trakcie, i to w sposób dorozumiany a nie wprost, pytał o zgodę na jego prowadzenie. Świadczy o tym dobitnie bezsporna treść rozmów z abonentami, ustalona na podstawie treści skryptu rozmowy oraz przykładowych zapisów rozmów, stanowiących załączniki do protokołu kontroli, w brzmieniu: „Kontaktuję się ponieważ w związku z czyszczeniem magazynów przed zimą, przygotowaliśmy promocyjne ceny, a jak wiadomo na rynku opała z tygodnia na tydzień drożeje”. Dopiero po przekazaniu informacji o charakterze marketingowym konsultant zadawał pytanie „czy mogę przedstawić króciutko szczegóły?” oraz przekazywał informację o nagrywaniu rozmowy”.

W świetle powyższego nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem powoda, według którego nie było podstaw faktycznych do zastosowania w stosunku do niego unormowania art. 209 ust. 1 pkt 25 w zw. z art. 172 ust. 1 i art. 174 pkt 1 Pt, ponieważ w badanym okresie, w nagranych rozmowach pytał abonentów o zgodę, o której mowa w art. 172 ust. 1 i art. 174 pkt 1 Pt i zgody abonentów zostały mu udzielone, co zostało utrwalone na przedmiotowych nagraniach.

Wymaga podkreślenia, że powód kierował połączenia o charakterze marketingowym na numery wygenerowane w pliku programu E. (plik roboczo zwany „generatorem numerów”) i tym samym nie mógł posiadać wiedzy w zakresie podmiotu korzystającego z tego numeru, a więc nie mógł posiadać uprzedniej zgody na taki kontakt. Ponadto powód nie pozyskiwał we właściwy sposób zgód od podmiotów, z którymi się kontaktował przed przedstawieniem informacji o charakterze marketingowym. „Zgody”, na które powołuje się powołał, nie były zgodami, o których mowa w przepisie art. 172 ust. 1 w zw. z art. 174 Pt. W ocenie pozwanego Prezesa Urzędu, jak również Sądu, zgody wymagane przepisem art. 172 ust. 1 Pt powinny być uprzednie tzn. wyrażone jeszcze przed tym, nim dojdzie do używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego. Jak słusznie wskazuje S. Piątek w komentarzu do art. 172 Pt „Zgoda powinna odpowiadać wymaganiom określonym w art. 174. Konieczne jest uzyskanie wyraźnej i odrębnej zgody na wykorzystanie automatycznych systemów wywołujących oraz telekomunikacyjnych urządzeń końcowych. Zgoda powinna być uzyskana przed podjęciem jakichkolwiek czynności polegających na marketingu bezpośrednim. Umieszczenie na stronie internetowej jednostki organizacyjnej adresu elektronicznego (np. adresu poczty elektronicznej) nie oznacza wyrażenia zgody na przesyłanie przekazów marketingowych z wykorzystaniem automatycznych systemów wywołujących lub telekomunikacyjnych urządzeń końcowych (St. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz Wydanie 4 z 2019 r.).

W sytuacji gdy powód wykonywał połączenia na numery wygenerowane z programu E., nie mogło być mowy o uprzedniej zgodzie abonenta lub użytkownika końcowego, ponieważ nie wiedział do kogo kieruje połączenie). Niewątpliwie stanowiło to naruszenie art. 172 ust. 1 Pt, a w konsekwencji konieczność zastosowania przez pozwanego sankcji z art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt.

Wskazać należy, że w okresie od 1 stycznia 2017 r. do 16 października 2017 r., a więc w czasie, w którym doszło do naruszenia przepis art. 174 miał brzmienie: „Jeżeli przepisy ustawy wymagają wyrażenia zgody przez abonenta lub użytkownika końcowego, zgoda ta: 1) nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści; 2) może być wyrażona drogą elektroniczną, pod warunkiem jej utrwalenia i potwierdzenia przez użytkownika; 3) może być wycofana w każdym czasie, w sposób prosty i wolny od opłat”. Z ww. unormowania wynikało, iż zgoda wymagana przepisem art. 172 Pt nie mogła być domniemana lub dorozumiana na podstawie oświadczenia woli o innej treści. Jak wskazuje S. Piątek w komentarzu do art. 174 Pt „Zgody wyrażone przez abonentów i użytkowników końcowych na podstawie wcześniejszego brzmienia art. 174 zachowują ważność i powinny być oceniane na podstawie przepisu obowiązującego w momencie ich udzielenia. Zgoda jest oświadczeniem woli. Zgoda nie mogła być domniemana lub dorozumiana z oświadczeniem woli o innej treści. Innymi słowy zgoda musi mieć charakter wyraźny, a jej wszystkie aspekty muszą być jasne dla podpisującego w momencie jej wyrażenia. Czynności tej nie konwalidują późniejsze działania podmiotu zobowiązanego do uzyskania zgody. Zakaz wyprowadzania zgody z innych oświadczeń woli dotyczy w szczególności oświadczeń woli w sprawie zawarcia umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, nabycia urzędnika końcowego, udziału w promocji itp. Oświadczenie woli musi mieć odrębny, wyraźny charakter, choć może być zamieszczone w dokumencie zawierającym również inne oświadczenia woli abonenta lub użytkownika końcowego. Zgoda może być wyrażona na piśmie lub drogą elektroniczną. Droga elektroniczna oznacza przekazania danych zawierających zgodę poprzez sieć telekomunikacyjną. Dane te mogą mieć postać głosową. Podmiot odbierający oświadczenie woli w sprawie wyrażenia zgody może w tym celu przygotować odpowiedni formularz elektroniczny lub inną podobną formę. Wymóg utrwalenia zgody przekazanej drogą elektroniczną obciążał podmiot zobowiązany do jej uzyskania. Wymagało to zarejestrowania w odpowiedni sposób aktu wyrażenia zgody (np. rejestracji rozmowy lub utrwalenia oświadczenia złożonego na formularzu elektronicznym).

W świetle powyższego nie ma wątpliwości, że zgoda musi mieć charakter uprzedni w stosunku do działania objętego wymogiem jej uzyskania. Ciężar udokumentowania, że zgoda została udzielona spoczywa na podmiocie zobowiązanym do jej uzyskania.

„Zgoda”, na którą powołuje się powód nie spełnia tych wymogów.

W okresie od 1.01.2017 r. do 16.10.2017 r. powód wykonał 2 180 360 połączeń wychodzących o charakterze marketingowym. Połączenia te wykonywane były w celu przedstawienia oferty handlowej powoda bez uprzedniego uzyskania zgody abonentów lub użytkowników końcowych będących adresatami tych połączeń.

Komunikat o treści: „Dzwonię w imieniu największego w Polsce dostawcy węgla oraz ekogroszku (...). Kontaktuję się ponieważ w związku z czyszczeniem magazynów przed zimą, przygotowaliśmy promocyjne ceny, a jak wiadomo na rynku opał z tygodnia na tydzień drożeje.” był przekazem marketingowym jako działanie nakierowane na dotarcie z informacją do potencjalnych odbiorców produktów znajdujących się w ofercie powoda.

Wobec kierowania przekazu marketingowego z użyciem telekomunikacyjnych urządzeń końcowych, powód był zobowiązany posiadać uprzednio wyrażone przez abonentów lub użytkowników końcowych zgody. Zgodnie art. 174 Pt zgoda ta nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści. Biorąc pod uwagę, że numery, na które kierowane były przez powoda połączenia o charakterze marketingowym, generowane były w pliku programu E. i tym samym powód nie posiadał wiedzy w zakresie podmiotu korzystającego z danego numeru, nie mógł on posiadać uprzedniej zgody na taki kontakt. Jak zostało to już wykazane powód nie uzyskiwał tej zgody uprzednio, tj. przez rozpoczęciem przekazu marketingowego. Za pytanie o zgodę o używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego nie można też uznać pytania o treści: „czy mogę króciutko przedstawić szczegóły.” Pytanie takie nie stanowi wyraźnego wskazania, iż jego adresat udzielając odpowiedzi twierdzącej zgodzi się na używanie wobec niego telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego. Abstrahując od powyższego, samo pytanie o możliwość przedstawienia szczegółów oferty padało już po przekazaniu podstawowych informacji marketingowych o działalności handlowej powoda, co pozbawia go cechy „uprzedniości” nawet gdyby hipotetycznie uznać je za dopuszczalne w swojej formie pytanie o zgodę. Natomiast powód ani w toku kontroli, ani w

toku niniejszego postępowania, nie przedstawił żadnych przykładów zgód uzyskanych uprzednio przez użytkowników końcowych, poprzestając na twierdzeniu, że zgody te były rzekomo każdorazowo uzyskiwane na samym początku połączenia telefonicznego, przed przekazaniem informacji o charakterze marketingowym, co jednak nie znalazło potwierdzenia w materiale dowodowym (treść dostarczonego przez powoda skryptu i próbek rozmów przeczą takiemu twierdzeniu).

Jeśli przedmiotowa zgoda zostanie uzyskana podczas rozmowy telefonicznej, to przekaz marketingowy może mieć miejsce dopiero w kolejnym połączeniu (tzw. zasada dwóch rozmów).

Reasumując niezasadne okazały się zgłoszone w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 172 i 174 Pt. , a ocena prawna stanu faktycznego dokonana przez Sąd jest identyczna z przedstawioną w zaskarżonej decyzji przez Prezesa UKE.

W kolejnym zarzucie powód podniósł, że Prezes UKE wydając decyzję nie uwzględnił w sposób wystarczający możliwości finansowych powoda.

Z zarzutem tym nie można się zgodzić. Pozwany nakładając karę zaskarżoną decyzją wziął pod uwagę wszystkie przesłanki wymiaru kary z art. 210 ust. 2 Pt.

Odnosząc się do przesłanki „możliwości finansowych” zauważyć należy, iż Prezes UKE w zawiadomieniu o wszczęciu postępowania w sprawie nałożenia kary wezwał powoda do wskazania informacji o wielkości przychodu za rok 2018, niezbędnych do ustalenia podstawy wymiaru kary pieniężnej. Jednak informacje te nie zostały przekazane, co utrudniło ocenę rzeczywistych możliwości finansowych powoda.

Jak wskazał S. Piątek w komentarzu do art. 210 Pt: „brak danych źródłowych od przedsiębiorcy będzie zmuszał Prezesa UKE do ustalenia tych możliwości na podstawie innych źródeł”. Z tym poglądem trzeba się zgodzić, albowiem w przeciwnym wypadku przedsiębiorca popełniający delikt administracyjny uchylając się od podania danych do wyliczenia kary pieniężnej skutecznie uniknąłby tej sankcji przewidzianej za naruszenie prawa.

W związku z tym, iż powód nie przekazał żądanych danych na wezwanie Prezesa UKE, do akt postępowania włączone zostały jawne dokumenty finansowe powoda za rok 2017 przekazane do KRS, w których znajdowały się informacje o wysokości przychodów osiągnięte przez powoda w roku 2016 i 2017. Pozwany uwzględniając wysokość przychodów powoda za rok 2016 i 2017 z wykorzystaniem metody porównawczej wewnętrznej oszacował wysokość przychodów powoda uzyskanych w roku 2018 na kwotę (...)zł i prawidłowo przyjął tę kwotę jako podstawę wymiaru kary. Maksymalna kara jaką mógł nałożyć Prezes UKE wyniosła (...) zł. Nałożona kara 500 000 zł nie przekroczyła więc progu kary maksymalnej.

Sąd nie dopatrył się w sprawie istnienia przesłanek do odstąpienia od wymierzenia kary pieniężnej, o co postulował powód. Według unormowania art. 209 ust. 1a Pt kara o której mowa w ust. 1 i 1¹ może zostać nałożona także w przypadku, jeżeli Prezes UKE uzna, że przemawiają za tym czas trwania, zakres lub skutki naruszenia. Z przywołanego przepisu wynika, że nawet w przypadku zaprzestania naruszania prawa lub naprawienia wyrządzonej deliktem szkody Prezes UKE ma prawo nałożyć na sprawcę karę pieniężną pod warunkiem spełnienia się choćby jednej z przesłanek, do których w analizowanym przepisie zaliczono: czas trwania naruszenia, zakres naruszenia lub skutki naruszenia. W zakresie swojej hipotezy ww. przepis wyłącza jako *lex specialis* stosowanie bardziej ogólnego unormowania zawartego w art. 189f § 1 pkt 1 KPA, który stanowi, że organ administracji publicznej, w drodze decyzji, odstępuje od nałożenia administracyjnej kary pieniężnej i poprzestaje na pouczeniu, jeżeli waga naruszenia prawa jest znikoma, a strona zaprzestała naruszania prawa. Z tego powodu Prezes URE oraz Sąd są uprawnieni do zbadania przesłanek określonych w art. 209 ust. 1a Prawa telekomunikacyjnego pod kątem istnienia podstawy faktycznej do nałożenia kary pieniężnej z tego przepisu. W przedmiotowej sprawie długi, gdyż ponad roczny był czas trwania naruszenia, a jego zakres znaczny z uwagi na wielką liczbę połączeń telefonicznych (2 180 360), w czasie których doszło do niezgodnego z prawem przekazu marketingowego. Wobec tego w sprawie zachodziły przesłanki do skorzystania przez Prezesa UKE

z przyznanego mu w art. 209 ust. 1a Pt prawa do nieodstąpienia od nałożenia na powoda kary pieniężnej z art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt.

Pomimo braku w odwołaniu wniosku o obniżenie nałożonej sankcji pieniężnej Sąd zważył, że w rozpoznawanej sprawie nie wchodziło w grę obniżenie wysokości wymierzonej kary pieniężnej, albowiem jej wysokość jest prawidłowa. Przyjęta w decyzji podstawa wymiaru kary jest w świetle unormowania art. 210 ust.3 Pt podstawą minimalną, gdyż zgodnie z tym przepisem „W przypadku niedostarczenia danych lub gdy dostarczone dane uniemożliwiają ustalenie podstawy wymiaru kary, Prezes URE może ustalić podstawę wymiaru kary pieniężnej w sposób szacunkowy, nie mniejszą jednak niż:

- 1) Wysokość wynagrodzenia, o której mowa w art.196 ust. 5 w przypadku kary, o której mowa w art. 209 ust.2,
- 2) Kwota 500 000 zł – w pozostałych przypadkach”.

W świetle ustaleń stanu faktycznego Prezes UKE nie otrzymał od powoda informacji o jego przychodzie osiągniętym w 2018 r. Dlatego jest oczywiste, że w przypadku powoda jako minimum dla podstawy wymiaru kary przyjęto kwota 500 000 zł, ponieważ nie dotyczy go rozwiązanie prawne zawarte w art. 209 ust.2 Pt, w którym ustalono podstawę wymiaru kary przy jej nałożeniu na kierującego przedsiębiorstwem telekomunikacyjnym. Dla ustalenia podstawy wymiaru kary Prezes URE przyjął szacunkowo, przy uwzględnieniu przychodów powoda za 2016 i 2017 r., że jego przychód w 2018 r. wyniósł (...) zł. Nie był więc niższy od ustawowo ustalonej na 500 000 zł minimalnej podstawy wymiaru kary. W związku z tym pozwany prawidłowo przyjął jako podstawę do nałożenia sankcji finansowej kwotę (...) zł. Kwota kary wymierzonej w decyzji jest niższa od kary maksymalnej stanowiącej 3% od ww. przychodu i jest adekwatna do ustalonego znacznego zakresu naruszenia i długości jego trwania, oraz możliwości finansowych powoda mierzonych przychodem za 2018 r., a także przy uwzględnieniu jako okoliczności łagodzącej uprzedniej niekaralności przez Prezesa UKE. Kara niższa nie spełniłaby przypisanych jej funkcji: represyjnej, prewencyjnej i edukacyjnej.

Jeśli chodzi o zarzut naruszenia art. 80 k.p.a. w związku z art. 172 ust. 1 Pt odnosząc się do podnoszonych przez powoda zarzutów naruszenia przy wydawaniu zaskarżonej decyzji przepisów procedury administracyjnej, to zgodnie z od dawna utrwalonym w orzecznictwie sądowym stanowiskiem, wniesienie do Sądu odwołania od decyzji administracyjnej wszczyna od początku nowe cywilne, rozpoznawcze i pierwszoinstancyjne postępowanie sądowe, w którym Sąd OKiK przeprowadza własne postępowanie dowodowe na zasadach cywilnego postępowania kontradyktoryjnego i dokonuje w razie potrzeby własnych ustaleń niezależnie od ustaleń organu. Jak wskazał Sąd Najwyższy „skoro odwołanie strony wszczyna dopiero kontradyktoryjne postępowanie cywilne, gdyż poprzedzające je postępowanie administracyjne warunkowało jedynie dopuszczalność drogi sądowej, to niewątpliwie Sąd Okręgowy powinien osądzić sprawę od początku, rozważając całokształt materiału”. Jak wskazał również Sąd Najwyższy w wyroku z 29.05.1991 r. „w postępowaniu sądowym wykorzystać można materiał dowodowy zebrany w postępowaniu przed Urzędem (...), ale znaczenie tego ostatniego postępowania ogranicza się do tego, że przeprowadzenie postępowania administracyjnego jest warunkiem dopuszczalności drogi sądowej oraz że w postępowaniu sądowym Sąd Antymonopolowy sprawuje kontrolę legalności, a także zasadności i celowości decyzji wydanej przez Urząd w toku tego postępowania”. W konsekwencji przyjęcia takiego modelu postępowania sądowego Sąd Najwyższy stwierdził w cytowanym orzeczeniu, iż „ewentualne uchybienia popełnione w postępowaniu przed tym Urzędem nie są przedmiotem postępowania sądowego, gdyż Sąd Antymonopolowy zobowiązany jest do wszechstronnego zbadania wszystkich istotnych okoliczności sprawy (art. 3 § 2 k.p.c.), przy uwzględnieniu zasad rozkładu ciężaru dowodu i obowiązków stron w postępowaniu dowodowym (art. 232 k.p.c.)”.

Mając zatem na uwadze przedstawiony wyżej charakter postępowania prowadzonego przed SOKiK wskazać należy, iż zarzuty powoda dotyczące naruszenia przepisów procedury administracyjnej są nie tylko bezpodstawne z powodu braku uzasadnienia w okolicznościach niniejszej sprawy, ale także nieistotne w obecnym postępowaniu sądowym, w którym Sąd OKiK rozpoznaje sprawę od nowa według reguł pierwszoinstancyjnego postępowania cywilnego przy uwzględnieniu zakresu odwołania i treści zaskarżonej decyzji. W związku z tym wszystkie zarzuty naruszenia

przepisów kodeksu postępowania administracyjnego w postępowaniu przeprowadzonym przez należało uznać za nieuzasadnione.

W tym stanie rzeczy odwołanie podlegało oddaleniu na podstawie art. 479⁶⁴ § 1 k.p.c. jako niezasadne.

O kosztach procesu, który przegrał powód, orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c., art. 99 k.p.c. i § 14 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U.2015 r., poz. 1804 ze zm.).