



Warszawa, 31 października 2019 r.

**PREZES
URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ**

DK.WPA.46.8.2019.11

Tani Opał sp. z o.o.
ul. Elizy Orzeszkowej 2
59-900 Zgorzelec

DECYZJA

Na podstawie art. 210 ust. 1-3 oraz art. 209 ust. 1 pkt 25 w związku 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., zwanej dalej „Pt”), oraz na podstawie art. 104 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j.: Dz. U. z 2018 r., poz. 2096 z późn. zm., zwanej dalej „k.p.a.”) po przeprowadzeniu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie nałożenia kary pieniężnej na Tani Opał sp. z o.o. z siedzibą w Zgorzelcu (zwanej dalej „Stroną”, „Spółką” lub „Tani Opał”) 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.

nakładam

na Tani Opał sp. z o.o. z siedzibą w Zgorzelcu karę pieniężną w wysokości: 500 000 PLN (słownie: pięćset tysięcy złotych), płatną do budżetu państwa, za naruszenie art. 172 ust. 1 Pt w związku z art. 174 pkt 1 Pt, poprzez niewypełnienie 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 Taniego Opału, w tym o ofercie sprzedaży węgla oraz ekogroszku w okresie od 1 stycznia 2017 r. do 16 października 2017 r.

UZASADNIENIE

Stan faktyczny sprawy

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (zwany dalej „Prezesem UKE”) w okresie od 16 października do 25 października 2017 r. przeprowadził kontrole w Spółce w celu zweryfikowania przestrzegania przez Stronę przepisów ustawy Pt 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 Pt.

Powyższa kontrola zakończyła się podpisaniem przez Stronę protokołu kontroli z dnia 25 października 2017 r., znak: OWR.WK.420.19.2017.6.

W trakcie kontroli oraz na podstawie udzielonych w jej toku wyjaśnień ustalono, że Strona prowadzi marketing bezpośredni własnych produktów z wykorzystaniem należącej do Spółki



Do dnia 30 czerwca 2017 r. Strona korzystała ze wsparcia

Analiza treści skryptu rozmowy oraz przykładowych zapisów rozmów, stanowiących załączniki do protokołu kontroli Spółki, pozwala stwierdzić, iż pierwsze uzyskane od dzwoniącego w imieniu Spółki konsultanta informacje miały charakter informacji marketingowych, tj.: *„dzwonię w imieniu największego w Polsce dostawcy węgla oraz ekogroszku Tani Opał. 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 Spółka w okresie od 1 stycznia do 16 października 2017 r. wykonała 2 180 360 połączeń telefonicznych wychodzących w celach marketingowych zgodnie z powyższym schematem rozmowy.

Uwzględniając powyższe, Prezes UKE zawiadomieniem z 12 kwietnia 2019 r., znak: DK.WPA.46.8.2019.1 (doręczonym Stronie 23 kwietnia 2019 r.), zawiadomił Stronę o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie nałożenia kary pieniężnej na Tani Opał 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. W tymże piśmie, Prezes UKE wezwał Stronę do przekazania danych dotyczących wielkości przychodu osiągniętego w 2018 r., niezbędnych do określenia podstawy wymiaru kary, w terminie 30 dni od daty otrzymania zawiadomienia. Jednocześnie Prezes UKE poinformował Stronę 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 sporządzania 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 Pt postanowił włączyć do akt sprawy postępowania administracyjnego materiał dowodowy w postaci kopii protokołu kontroli z dnia 25 października 2017 r., znak: OWR.WK.420.19.2017.6, przeprowadzonej przez Prezesa UKE u Strony, wraz z załącznikami.

Pismem z 21 maja 2019 r. (data wpływu do UKE: 24 maja 2019 r.) Strona, działając przez ustanowionego pełnomocnika, wniosła o umorzenie postępowania jako bezprzedmiotowe wskazując że: *„wykładnia literalna ww przepisu (tj. art. 172 ust 1) prowadzi do wypaczenia jego sensu. [...] Zatem należy zastosować inny rodzaj wykładni art. 172 prawa telekomunikacyjnego. Przepis ten uzależnia możliwości przekazania oferty handlowej przy użyciu min połączenia telefonicznego od zgody abonenta. Bez zgody abonenta, nie ma możliwości prawnej zastosowania żadnych działań w ramach marketingu bezpośredniego tj. min zaprezentowania oferty handlowej. Ze względu na ważność przedmiotowej zgody, ustawodawca wyraźnie wskazał w art. 174 pkt ustawy prawo telekomunikacyjne 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, podkreślenia wymaga przede*

wszystkim to, że przepis ten stanowi podstawę prawną do ochrony abonenta przed tzw. Spamem tj niezamówioną informacją handlową (niezamówionego komunikatu). W tym miejscu zwrócić uwagę należy na komentarz do art. 172 prawa telekomunikacyjnego (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 zagrożenie dla prywatności oraz dla ekonomicznych interesów odbiorcy przekazów. Powodując u niego koszty i uciążliwości związane z przyjęciem, drukiem lub przechowywaniem wiadomości” W powyższym komentarzu zwrócono uwagę na „zagrożenie dla prywatności oraz dla ekonomicznych interesów odbiorcy przekazów”. Zatem intencją ustawodawcy była przede wszystkim ochrona abonenta. Dlatego wykładając powyższy przepis art. 172 prawa telekomunikacyjnego, należy wziąć pod uwagę cel regulacji, a mianowicie ochronę abonenta przed działaniami marketingowymi, przed niezamówionymi ofertami handlowymi tj przed ingerencją w ich prywatność. Stosować należy zatem wykładnię celowościową”.

W piśmie Strony przywołano także: „wyrok Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie IV Wydział Cywilny Odwoławczy z 4 stycznia 2019 r. o sygn. akt IV Ca 1873/16., który stwierdził min., że „Wobec powyższego Sąd stwierdził, iż nie jest sprzeczne z art. 172 Prawa Telekomunikacyjnego wykonanie przez pracowników pozwanej połączeń na losowo wybrane numery abonentów bez ich zgody w celu ustalenia, czy wyrażają oni zgodę na kontakt telefoniczny w celu marketingu bezpośredniego. Dopiero po wyrażeniu zgody strona pozwana prowadzi do abonentów czynności polegające na marketingu bezpośrednim. Wyrażony w przytoczonym przepisie zakaz powinien być, zgodnie z konstytucyjną zasadą proporcjonalności, interpretowany w sposób ścisły, a nie rozszerzający, zwłaszcza że obowiązuje również w odniesieniu do abonentów będących przedsiębiorcami. Gdyby bowiem ustawodawca chciał zakazać kontaktów z abonentem w sposób całkowity, zrezygnowałby z wprowadzenia przesłanki dotyczącej celowości kontaktu”. Z uzasadnienia ww wyroku wynika, że dopuszczalne jest wykonanie połączenia w celu uzyskania zgody na przedstawienie oferty. Istotnym jest to, że Sąd wskazał że z przepisu art. 172 prawa telekomunikacyjnego a contrario wynika, że gdyby intencją ustawodawcy było całkowite zakazanie kontaktowania się z abonentem w celu przekazania informacji handlowej, to wówczas ustawodawca wyraziłby też zakaz *expressis verbis*. Ustawodawca zrezygnował jednak z takiego zabiegu legislacyjnego, utrzymując prawo przedsiębiorcy do kontaktowania się telefonicznie z abonentem. Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy, stwierdzić należy, że Spółka z o.o. Tani Opał, prawidłowo wyłożyła i stosowała przepis art. 172 prawa telekomunikacyjnego. Przed przedstawieniem oferty handlowej, Spółka zawsze uzyskiwała zgodę od abonenta”.

Pełnomocnik Strony 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 prawa telekomunikacyjnego”.

Ponadto Strona ww. piśmie wskazała: „w protokole kontroli brak jest sformułowań, argumentów wskazujących na to, że Spółka wadliwie tj sprzecznie z art. 172 i art. 174 prawa telekomunikacyjnego prowadziła 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 którym mowa w art. 172 i art. 174 prawa telekomunikacyjnego jest ewidentnie sprzeczne z zapisami ww protokołu kontroli. Natomiast z zakresu wszczętego postępowania w przedmiocie nałożenia kary pieniężnej wynika, że Organ kontrolujący kwestionuje fakt uzyskania zgody na przedstawienie oferty handlowej w trakcie połączenia telefonicznego. Taki przedmiot postępowania jest niezgodny z w cytowanymi zapisami protokołu, z którego w sposób niebudzący wątpliwości wynika, że niezbędne zgody były przez Spółkę pobierane.”.

Pomimo wezwania Prezesa UKE z dnia 12 kwietnia 2019 r., Strona nie przedstawiła danych dotyczących wielkości przychodu osiągniętego w 2018 r.

Postanowieniem z dnia 22 lipca 2019 r., znak: DK.WPA.46.8.2019.5, 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 Stronę:

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.

Jednocześnie Strona, zgodnie z przepisem art. 36 § 1 k.p.a., została poinformowana o nowym terminie załatwienia sprawy – 31 sierpnia 2019 r.

Pismem z dnia 30 sierpnia 2019 r., znak: DK.WPA.46.8.2019.9 (doręczonym dnia 6 września 2019 r.) Prezes UKE poinformował Stronę, iż z uwagi na szczególnie skomplikowany charakter sprawy nie zostanie ona załatwiona w terminie określonym w art. 35 § 3 k.p.a. Strona została ww. pismem poinformowana o nowym terminie załatwienia sprawy – 31 października 2019 r. - oraz pouczona o możliwości wniesienia do Prezesa UKE ponaglenia wraz z uzasadnieniem. Pismem tym, Strona została poinformowana także, zgodnie z art. 10 k.p.a., o możliwości ostatecznego wypowiedzenia się co do zebranych dowodów w terminie 7 dni od otrzymania tego pisma.

Rozpatrując sprawę Prezes UKE zważył, co następuje:

Zgodnie z art. 206 ust. 1 Pt postępowanie przed Prezesem UKE toczy się na podstawie k.p.a. ze zmianami wynikającymi z Pt oraz ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 2062, z późn. zm.).

Zgodnie z art. 172 ust. 1 Pt zakazane jest używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, chyba że abonent lub użytkownik końcowy uprzednio wyraził na to zgodę. Wyrażona przez abonenta lub użytkownika końcowego zgoda, jako wymagana przepisem ustawy, musi spełniać wymogi określone w art. 174 Pt, tj. 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.

Podkreślić należy, iż jest to brzmienie przepisu art. 174 Pt obowiązujące w okresie, w którym to miało miejsce naruszenie tegoż przepisu. Jak wskazał Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 19 lipca 2017 r., sygn. akt II GSK 3074/15: „Zwłaszcza w odniesieniu do decyzji nakładających karę pieniężną za naruszenie obowiązków wynikających z przepisów prawa, bez wątplenia stosunek administracyjnoprawny (materialny) pomiędzy stroną, a organem administracji publicznej w takiej sprawie nawiązuje się (powstaje) z datą zdarzenia, ponieważ ten moment wyznacza treść obowiązku administracyjnoprawnego, a decyzja administracyjna wydana w takiej sprawie konkretyzuje stosunek administracyjnoprawny oraz niejako potwierdza niejako jego istnienie, określając wysokość sankcji za naruszenie obowiązku, wynikającego z przepisów prawa (por. Uchwała składu 7 sędziów NSA z dnia 10 kwietnia 2006 r., sygn. akt I OPS 1/06), co prowadzi do wniosku, iż stanem prawnym miarodajnym dla prawnej oceny danego zdarzenia jest stan prawny z daty jego zaistnienia (...).”

Ustanowiony w art. 172 ust. 1 Pt zakaz używania automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego stanowi implementację do polskiego porządku prawnego postanowień art. 13 ust. 1 Dyrektywy¹. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny „przepisy art. 172 są konsekwencją postanowień art. 13 DP (tj. Dyrektywy) oraz obszernych wyjaśnień zawartych w punktach 40 – 45 preambuły tej dyrektywy” (S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, Warszawa 2019, Wyd. 4, Legalis, komentarz do art. 172 Pt). Stosownie do art. 13 ust. 1 Dyrektywy „używanie automatycznych systemów wywołujących i systemów łączności bez ludzkiej ingerencji (automatyczne urządzenia wywołujące), faksów lub poczty elektronicznej do celów marketingu bezpośredniego może być dozwolone jedynie wobec abonentów lub użytkowników, którzy uprzednio wyrazili na to zgodę”. Obecnie obowiązujące brzmienie art. 13 ust. 1 Dyrektywy dotyczy wszelkich automatycznych systemów wywołujących i systemów łączności bez ludzkiej ingerencji i ma zastosowanie, jak na to wskazuje motyw 67 dyrektywy 2009/136/WE z dnia 25 listopada 2009 r. (Dz. U. UE L. Nr 337, s. 11) zmieniającej Dyrektywę, nie tylko do wiadomości głosowych, ale również „do wiadomości SMS, MMS i innych rodzajów podobnych aplikacji”.

Powyższy wywód należy również uzupełnić o uzasadnienie zmiany treści art. 172 ust. 1 Pt, dokonanej przepisem art. 48 ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (t.j.: Dz. U. z 2017 r., poz. 683 ze zm., zwanej dalej „u.p.k.”), którym dokonano rozszerzenia zakazu używania automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, bez uprzedniej zgody abonenta lub użytkownika końcowego, o używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych w ww. celu, a także dodano art. 172 ust. 3 Pt, zakazujący używania środków, o których mowa w jego ust. 1, na koszt konsumenta.

Wyjaśniając istotę wyrażonego w art. 172 ust. 1 Pt zakazu używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących, należy stwierdzić, że jest on kierowany do wszystkich, co oznacza, że każdy podmiot jest zobowiązany do jego przestrzegania.

Zakaz wyrażony w tym przepisie dotyczy:

- 1) używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych w celu marketingu bezpośredniego;

¹ Dyrektywa 2002/58/WE parlamentu europejskiego i rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotycząca przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej) (Dz.Urz. WE L Nr 201, s. 37 ze zm.).

2) używania automatycznych systemów wywołujących w celu marketingu bezpośredniego; w przypadku, gdy abonent lub użytkownik końcowy nie wyrazi uprzednio zgody na ww. używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących. Naruszenie zakazu ustanowionego w art. 172 ust. 1 Pt, stanowi każde działanie, które będzie posiadało cechy używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, bez uprzedniego uzyskania zgody abonenta albo użytkownika końcowego. Zatem pierwszą przesłanką zastosowania przepisu art. 172 ust. 1 Pt jest użycie – dla celów marketingu bezpośredniego - telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących. Użyty w treści przepisu spójnik „i” łączący opis dwóch rodzajów czynów będących przedmiotem ustanawianego 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 25.12.2014 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). Należy także wskazać, że włączenie do treści przedmiotowego przepisu zakazu używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych przepisem art. 48 u.p.k. 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 (str. 10, Druk nr 2076). Art. 172 ust. 1 Pt w obecnym brzmieniu wymienia zatem dwa zakazy używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących w celu określonym w tym przepisie.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 43 Pt telekomunikacyjne urządzenie końcowe jest to „*urządzenie telekomunikacyjne przeznaczone do podłączenia bezpośrednio lub pośrednio do zakończeń sieci*”. Zgodnie z definicją urządzenia telekomunikacyjnego (art. 2 pkt 46 Pt), jest to urządzenie elektryczne lub elektroniczne przeznaczone do zapewniania telekomunikacji. Telekomunikacyjne urządzenie końcowe powinno być bezpośrednio lub pośrednio podłączone do sieci. Jak wskazuje się w doktrynie, typowymi urządzeniami końcowymi są: telefony stacjonarne i przenośne, telefaksy, odbiorniki telewizyjne, komputery, konsole do gier (S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, Warszawa 2019, Wyd. 4, Legalis, komentarz do art. 2 Pt. Posłużenie się tym urządzeniem może być dokonane przez człowieka – będzie to wówczas np. nawiązanie indywidualnej rozmowy telefonicznej. Generowanie takiego połączenia za pomocą telekomunikacyjnego urządzenia końcowego będzie stanowiło spełnienie omawianej przesłanki zastosowania art. 172 ust. 1 Pt.

Przesłanką zastosowania przepisu art. 172 ust. 1 Pt może być także użycie automatycznych systemów wywołujących. W celu wyjaśnienia znaczenia tego pojęcia należy odwołać się do interpretacji przedstawionej przez prof. Stanisława Piątka, który stwierdził że: „*Automatycznym systemem wywołującym będzie każdy system techniczny służący do przekazywania komunikatów indywidualnym odbiorcom bez bezpośredniego udziału człowieka. Cecha automatyczności jest związana z inicjowaniem i realizowaniem przekazu za pomocą odpowiednio zaprogramowanych urządzeń przyłączonych do sieci telekomunikacyjnej. Po stronie użytkownika wywołującego występuje jedynie nadanie komunikatu, a po stronie użytkownika wywoływanego wyłącznie odbiór. Po stronie nadawcy brak jest bezpośredniego udziału człowieka w procesie komunikowania. Przepis art. 172 ust. 1 dotyczy wszelkich automatycznych systemów wywołujących, nie tylko systemów*

głosowych, faksowych i poczty elektronicznej. Przepis ustawy ma również zastosowanie do systemów generujących komunikaty SMS, MMS, komunikatorów internetowych i innych form komunikowania drogą telekomunikacyjną za pomocą głosu, tekstów, obrazów itp.”

(S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, Warszawa 2019, Wyd. 4, Legalis, komentarz do art. 172 Pt). Zatem automatycznym systemem wywołującym są wszelkie rozwiązania techniczne, które umożliwiają inicjowanie i realizowanie połączeń bez ludzkiej ingerencji. Oznacza to, że automatycznym systemem wywołującym, o którym mowa w art. 172 ust. 1 Pt jest system techniczny służący do przekazywania komunikatów indywidualnym odbiorcom bez bezpośredniego udziału człowieka, niezależnie od tego, czy jest to system generujący komunikaty głosowe (ang. calling machines), system generujący komunikaty SMS lub MMS, czy też systemy generujące połączenia faksowe i pocztę elektroniczną.

Kolejną przesłanką naruszenia zakazu wyrażonego w art. 172 ust. 1 Pt jest użycie ww. telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących „dla celów marketingu bezpośredniego”. Zatem zakaz określony w art. 172 ust. 1 Pt nie dotyczy samego używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących, lecz używanie tych urządzeń w celu, jakim jest marketing bezpośredni. W kontekście zakresu przedmiotowego pojęcia „marketing bezpośredni” zauważyć należy, że mimo, iż pojęcie nie zostało zdefiniowane w przepisach Pt, to jest ono stosowane w obowiązującym w Polsce ustawodawstwie. Jak wskazuje się w doktrynie, marketing bezpośredni jest działalnością polegającą na dostarczaniu bezpośrednio klientom informacji lub propozycji dotyczących sprzedaży towarów i usług, promujących konkretną działalność gospodarczą, poprzez różne kanały komunikowania. Użyte przez ustawodawcę w przepisach Pt pojęcie marketingu bezpośredniego oznacza jeden z rodzajów działalności określanej jako przekaz informacji handlowej w rozumieniu ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym (t.j.: Dz. U. z 2015 r., poz. 1341). Zgodnie bowiem z art. 2 pkt 5 ww. ustawy przekaz informacji handlowej oznacza „*usługi, których przedmiotem jest przekazywanie, w dowolnej formie, informacji służących promocji działalności gospodarczej, w szczególności reklama, marketing bezpośredni, sponsorowanie, promocja sprzedaży i inne akcje promocyjne*”. Zakres przedmiotowy tego przepisu dotyczy wszelkich usług, takich jak m.in. reklama czy marketing bezpośredni, które to mają na celu promowanie konkretnej działalności gospodarczej poprzez dostarczanie na rynek informacji o niej. Zgodnie z wyraźną dyspozycją ustawodawcy wyliczenie to nie ma charakteru wyczerpującego i w związku z tym przepis należy rozumieć szeroko. Jak wskazuje Prof. Piątek „*Istotą marketingu bezpośredniego jest dostarczanie informacji o możliwości nabywania towarów lub usług*” (S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz. Wyd. 4, Warszawa 2019 r., Legalis, komentarz do art. 172 Pt). Obejmuje on wszelkie działania promujące działalność gospodarczą, której te działania dotyczą. Będą to zatem działania nakierowane na dotarcie z informacją do potencjalnych odbiorców o produktach promowanej działalności gospodarczej. Składa się na to zarówno wprowadzenie ich na rynek, jak i późniejsze ich na nim utrzymanie. Zatem pojęcie marketingu bezpośredniego oznacza działania nakierowane na dotarcie do potencjalnych odbiorców z informacją o działalności przedsiębiorcy, mające na celu promowanie tej działalności. Stosownie do brzmienia art. 172 ust. 1 Pt cel w postaci marketingu bezpośredniego będzie zatem istniał, gdy użycie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących będzie polegało na przekazywaniu informacji o działalności gospodarczej określonego przedsiębiorcy do abonentów lub użytkowników końcowych, niezależnie od tego czy celem tego działania będzie promocja konkretnych usług tego przedsiębiorcy, czy też przekazywanie w sposób ogólny informacji o prowadzonej przez tego przedsiębiorcę działalności. Natomiast z perspektywy prawa

ochrony danych osobowych za działania w zakresie marketingu bezpośredniego uznaje się wszelkie działania promujące produkty lub usługi, które skierowane są do osoby, której dotyczą dane osobowe wykorzystywane w celu prowadzenia tej formy marketingu (A. Krasuski, Prawo telekomunikacyjne komentarz, LexisNexis, Warszawa 2010 r., s. 643). Kontakt z abonentem lub użytkownikiem końcowym będzie miał charakter marketingu bezpośredniego, jeżeli będzie komunikatem kierowanym w celu uzyskania bezpośredniej reakcji (odpowiedzi) klienta, w szczególności w celu zachęcenia do nabywania określonych towarów, usług oraz promowania określonych postaw, zachowań lub wizerunku określonych podmiotów.

Zakaz określony w art. 172 ust. 1 Pt może być wyłączony przez wyrażenie **uprzedniej** zgody przez abonenta lub użytkownika końcowego na używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego. Z treści przepisu art. 172 ust. 1 Pt wynika, że „uprzednia” zgoda musi być udzielona przed ewentualnym użyciem telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego. Wymogi w odniesieniu do zgody abonenta lub użytkownika końcowego, określone w art. 174 Pt, znajdują zastosowanie do wszelkich sytuacji, gdy przepisy ustawy wymagają wyrażenia zgody przez abonenta lub użytkownika końcowego. Stosownie do art. 174 pkt 1 Pt ww. zgoda *„nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści”*. Wyrażenie zgody, o której mowa w art. 172 ust. 1 Pt oznacza zatem złożenie przez abonenta lub użytkownika końcowego oświadczenia woli o określonej treści. Dokonując interpretacji art. 174 pkt 1 Pt należy odwołać się do znaczenia pojęć „zgody dorozumianej” i zgody „domniemanej”. Zgodnie ze stanowiskiem prof. S. Piątka *„zgoda (o której mowa w art. 174 Pt) musi mieć charakter wyraźny, a wszystkie jej aspekty muszą być jasne dla podpisującego w momencie jej wyrażenia. Czynności tej nie konwalidują późniejsze działania podmiotu zobowiązanego do uzyskania zgody na przetwarzanie danych, możliwość zgłaszania zastrzeżeń dotyczących przetwarzania danych. Zakaz wyprowadzania zgody z innych oświadczeń woli dotyczy w szczególności oświadczeń woli w sprawie zawarcia umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, nabycia urządzenia 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. [...] Nie powinien w tej sprawie odsyłać do innych dokumentów, reklam, prospektów. Zgoda nie może być wyrażona per facta concludentia, w sposób „milczący” lub inne pasywne działanie (J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, Ochrona danych osobowych. Komentarz, Kraków 2004, s. 416—419). Zgoda nie może być wyprowadzana z faktu korzystania z usługi”*. Zatem udzielona przez abonenta lub użytkownika końcowego zgoda, o której mowa w art. 174 pkt 1 Pt nie może być w jakikolwiek sposób domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści. Zgoda abonenta lub użytkownika końcowego powinna zatem stanowić odrębne i wyraźne oświadczenie woli, a wszystkie jej aspekty muszą być jasne dla osoby wyrażającej zgodę już w momencie jej wyrażenia. Oznacza to w szczególności, że zgoda, o której mowa w art. 174 pkt 1 Pt nie może odsyłać w swej treści do innych dokumentów (np. regulaminów, reklam) celem doprecyzowania jej treści oraz, że nie może być złożona w sposób milczący lub przez inne dorozumiane działania abonenta lub użytkownika końcowego. W tym kontekście należy wskazać, że przywołany przez Stronę wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z 4 stycznia 2019 r. zapadł w stanie faktycznym zgoła odmiennym od niniejszej sprawy. Sprawa, w toku której wydano powyższy wyrok w swej istocie dotyczyła naruszenia dóbr osobistych, a nie realizacji obowiązków nałożonych na Prezesa UKE w kontekście kontroli przestrzegania obowiązku wynikającego z art. 172 Pt. Stwierdzenie przez Sąd na kanwie powyższej sprawy iż *„nie jest sprzeczne z art.*

172 Prawa telekomunikacyjnego wykonywanie przez pracowników pozwanej połączeń na losowo wybrane numery abonentów, w celu ustalenia, czy wyrażają oni zgodę na kontakt telefoniczny w celu marketingu bezpośredniego.” podkreśla kwestię celu w jakim połączenie telefoniczne było wykonywane. W niniejszym postępowaniu administracyjnym, jak poniżej zostanie to wskazane, połączenia wykonywane przez Stronę nie miały na celu uzyskania zgody abonentów/użytkowników końcowych na używanie wobec nich telekomunikacyjnych urządzeń końcowych w celach marketingu bezpośredniego, ale przedstawienie oferty sprzedaży opału – co niewątpliwie stanowi marketing bezpośredni. Jak słusznie wskazał Sąd ww. wyroku – „Gdyby bowiem ustawodawca chciał zakazać kontaktów z abonentem w sposób całkowity, zrezygnowałby z wprowadzenia przesłanki dotyczącej celowości kontaktu.” – zatem cel w jakim inicjowany jest kontakt oraz konieczność uzyskania uprzedniej zgody mają kluczowe znaczenie.

Ponadto zgodnie z art. 174 pkt 2 Pt zgoda „może być wyrażona drogą elektroniczną, pod warunkiem jej utrwalenia i potwierdzenia przez użytkownika”. Wymóg utrwalenia zgody przekazanej drogą elektroniczną obciąża podmiot zobowiązany do jej uzyskania. Wymaga to zarejestrowania przez podmiot zobowiązany do uzyskania zgody w odpowiedni sposób aktu wyrażenia zgody. Niewątpliwie wskazany przepis doprecyzowuje i uzupełnia wyrażony w art. 172 ust. 1 Pt obowiązek. Oba przepisy wskazują, że w związku z działaniami użytkownika (wyrażenie zgody, potwierdzenie zgody) po stronie dostawcy usługi pojawia się obowiązek uzyskania i jednocześnie utrwalenia przedmiotowych zgód, który to obowiązek faktycznie będzie wiązał się z koniecznością posiadania tych zgód (celem wykazania zadośćuczynienia temu obowiązkowi). Skorzystanie przez dostawcę usług z wynikającego z udzielonej zgody uprawnienia jest zatem uzależnione od posiadania utrwalonej zgody użytkownika (abonenta). Fakt posiadania zgód (oświadczeń woli lub utrwalonych zgód wyrażonych drogą elektroniczną) przez podmiot używający telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących w celu marketingu bezpośredniego, ma zasadnicze znaczenie dla oceny przestrzegania przez ten podmiot art. 172 ust. 1 Pt w związku z art. 174 Pt. W razie zatem ustalenia przez organ (Prezesa UKE), iż doszło do użycia telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących w celu marketingu bezpośredniego, podmiot, który tego dokonał, zobowiązany jest wykazać, iż działał w warunkach wyłączających zakaz wyrażony w art. 172 ust. 1 Pt, tj. posiadał przedmiotowe zgody spełniające wymagania określone w art. 174 Pt, aktualne na dzień użycia ww. urządzeń lub systemów.

Zgodnie natomiast z art. 174 pkt 3 Pt przedmiotowa zgoda „może być wycofana w każdym czasie, w sposób prosty i wolny od opłat”.

Niewypełnienie obowiązku uzyskania uprzedniej zgody abonenta lub użytkownika na używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, o którym mowa w art. 172 ust. 1 Pt stanowi podstawę do nałożenia przez Prezesa UKE kary pieniężnej, ponieważ zgodnie z art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt każdy „Kto: (...) nie wypełnia obowiązków uzyskania zgody abonenta lub użytkownika końcowego, o których mowa w art. 161, art. 166, art. 169 i art. 172-174, (...) podlega karze pieniężnej”.

Na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego oraz biorąc pod uwagę omówione wyżej podstawy i rozważania prawne, Prezes UKE ustalił, że:

- a) w okresie od 1 stycznia 2017 r. do 16 października 2017 r. Strona wykonała 2 180 360 połączeń marketingowych wychodzących, dotyczących oferowania własnych produktów z wykorzystaniem telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i należącej

do Spółki

b) w związku z prowadzoną działalnością przedsiębiorca

ramach współpracy numeracji

c) bazy numerów, z których korzystała Spółka

d) w odniesieniu do

Strona nie dysponowała uprzednimi zgodami abonentów na kontakt przy użyciu automatycznych systemów wywołujących lub telekomunikacyjnych urządzeń końcowych, w celu przekazania treści marketingowych;

e)

f) zgodnie z treścią skryptu rozmowy oraz przykładowych zapisów rozmów stanowiących załączniki do protokołu kontroli Spółki, pierwszy uzyskany od dzwoniącego w imieniu Spółki konsultanta przekaz miał charakter informacji marketingowej z uwagi na jego treść, tj. *„dzwonię w imieniu największego w Polsce dostawcy węgla oraz ekogroszku Tani Opał. 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 później skierowane było przez konsultanta pytanie *„czy mogę przedstawić króciutko szczegóły?”* oraz

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Prezes UKE stwierdził, że Strona wykonała 2 180 360 połączeń wychodzących o charakterze marketingowym w okresie od 1 stycznia 2017 r. do 16 października 2017 r. Połączenia te wykonywane były w celu przedstawienia oferty handlowej Strony – oferty sprzedaży węgla oraz ekogroszku (opału workowanego, zabezpieczonego kapturem przeciwdeszczowym z bezpłatną dostawą) – 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 Tani Opał. Kontaktuję się ponieważ w związku z czyszczeniem magazynów przed zimą, przygotowaliśmy promocyjne ceny, a jak wiadomo na rynku opał z tygodnia na tydzień drożeje.”* – jako działanie nakierowane na dotarcie z informacją do potencjalnych odbiorców produktów promowanej działalności gospodarczej stanowi bowiem przekaz marketingowy.

Wobec kierowania przekazu marketingowego z użyciem telekomunikacyjnych urządzeń końcowych, Strona była zobowiązana posiadać uprzednio wyrażone przez abonentów lub użytkowników końcowych zgody. Zgodnie z 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 Stronę połączenia o charakterze marketingowym

nie mogła ona posiadać uprzedniej zgody na taki kontakt.

Jak zostało to już wykazane, Strona nie uzyskiwała tej zgody uprzednio, tj. przed rozpoczęciem przekazu marketingowego. Za pytanie o zgodę na 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 Strony, co pozbawia go cechy „uprzedniości” nawet gdyby hipotetycznie uznać je za dopuszczalne w swojej formie pytanie o zgodę. Natomiast Strona ani w toku kontroli, ani w toku niniejszego postępowania nie przedstawiła 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 Stronę skryptu i próbek rozmów przeczą takiemu twierdzeniu).

Odnosząc się do braku dowodów na okoliczność uzyskania zgody abonenta lub użytkownika końcowego, o której mowa w art. 174 Pt wskazać należy, że celem wyłączenia wyrażonego w art. 172 ust. 1 Pt zakazu używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, Strona, prowadząc działalność o charakterze marketingowym powinna dysponować, uprzednio udzieloną zgodą każdego z abonentów lub użytkowników końcowych, do których realizowany był proces nawiązywania połączeń i przedstawiania jej oferty marketingowej. Przedmiotowe zgody powinny być udzielone w formie i na warunkach określonych w art. 174 Pt, omówionych wyżej.

Niewykazanie faktu posiadania przedmiotowych uprzednio wyrażonych zgód przez Stronę wobec stwierdzonego w toku postępowania i przyznanego przez Stronę faktu realizowania połączeń telefonicznych związanych z przedstawieniem oferty marketingowej dotyczącej działalności Spółki abonentom lub użytkownikom końcowym prowadzi do uznania przez Prezesa UKE, iż doszło do naruszenia zakazu wyrażonego w art. 172 ust. 1 Pt. Jak już bowiem wyżej wskazano, w razie ustalenia przez organ (Prezesa UKE), iż doszło do użycia telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących w celu marketingu bezpośredniego, podmiot, który wykonywał tego typu działalność, zobowiązany jest wykazać, iż działał w warunkach wyłączających zakaz wyrażony w art. 172 ust. 1 Pt, tj. iż uzyskał i posiadał przedmiotowe uprzednio wyrażone zgody spełniające wymagania określone w art. 174 Pt, aktualne na dzień użycia ww. urządzeń i systemów.

Powyższe oznacza, że na Stronie spoczywał obowiązek zapewnienia uprzedniego uzyskania i następnie (w toku przeprowadzonej kontroli czy w ramach niniejszego postępowania) przedstawienia posiadanych zgód abonentów lub użytkowników końcowych na skierowanie do nich zakazanej zgodnie z art. 172 ust. 1 Pt komunikacji. Stanowisko to znajduje oparcie w utrwalonym orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego, zgodnie z którym: *rozkład ciężaru dowodu jest kwestią materialnoprawną. Innymi słowy, rozkład ciężaru dowodu wynika zasadniczo z przepisu prawa materialnego, który organ administracji publicznej ma obowiązek zastosować w sprawie (art. 6 KPA). Nie wchodzi więc tutaj w grę potrzeba odwoływania się do art. 6 KC. Może zatem zaistnieć sytuacja, iż w świetle przepisu prawa materialnego udowodnienie określonej okoliczności faktycznej obciąża stronę postępowania, nie zaś organ, tym niemniej nie zwalnia to organu od jego powinności podjęcia wszelkich kroków niezbędnych do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego, wyczerpującego zebrania, rozpatrzenia, całego materiału dowodowego sprawy i oceny przedstawionych w sprawie dowodów (art. 7, art. 77 § 1 i art. 80 KPA). Nie można się także zgodzić ze stanowiskiem zajęтым w zaskarżonym wyroku, według którego w postępowaniu administracyjnym ciężar dowodu na mocy art. 77 KPA obciąża organ administracyjny. Kwestia rozkładu ciężaru dowodu, jak to już wskazano, jest zagadnieniem*

materialnoprawnym, zaś przepis art. 77 § 1 KPA ma charakter normy prawa procesowego, nie zaś materialnoprawnego (patrz: wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 2 czerwca 2009 r., II GSK 989/08², jak również liczne orzeczenia cytujące, w tym również na gruncie przepisów Ordynacji podatkowej - wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 25 maja 2010 r. I GSK 831/09³).

W przedmiotowej sprawie przepisem materialnoprawnym, określającym obowiązek leżący po stronie przedsiębiorcy, w postaci zakazu realizowania połączeń telefonicznych o charakterze marketingowym przy pomocy telekomunikacyjnych urządzeń końcowych jest art. 172 ust. 1 Pt. Przepis ten określa dwie łączne przesłanki odpowiedzialności: 1) używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących, 2) dla celów marketingu bezpośredniego. Trzecią przesłanką wyłączającą odpowiedzialność jest uzyskanie uprzedniej zgody abonenta lub użytkownika końcowego na użycie względem niego telekomunikacyjnego urządzenia końcowego lub automatycznego systemu wywołującego do celów marketingowych. W myśl przytoczonego orzeczenia NSA, udowodnienie pierwszych dwóch przesłanek, dotyczących odpowiedzialności przedsiębiorcy, obciąża organ, zaś udowodnienie przesłanki trzeciej (okoliczności wyłączającej odpowiedzialność), obciąża używającego telekomunikacyjne urządzenie końcowe lub automatyczny system wywołujący dla celów marketingu bezpośredniego (gdyż to on wywodzi skutki prawne, tj. zniesienie zakazu wynikającego z tego przepisu i to jemu znane są informacje na temat posiadanych zgód). Samoistny przepis art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt nie statuuje bowiem żadnego obowiązku, ani prawa, po stronie używającego telekomunikacyjnego urządzenia końcowe lub automatyczny system wywołujący dla celów marketingu bezpośredniego (nie ma zatem charakteru przepisu materialnoprawnego), tylko upoważnia Prezesa UKE do nałożenia kary za naruszenie wskazanego w nim innego przepisu o charakterze materialnoprawnym (w przedmiotowym przypadku art. 172 ust. 1 Pt).

Powyższą argumentację potwierdza także NSA w wyroku z dnia 5 marca 2015 r., II GSK 188/14⁴, w którym podniósł, że *ciężar wykazania okoliczności - objętych hipotezą art. 29 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o czasie pracy kierowców (Dz.U. Nr 92, poz. 879 ze zm.) oraz art. 13 ust. 1 lit. b rozporządzenia (WE) nr 561/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 marca 2006 r. w sprawie harmonizacji niektórych przepisów socjalnych odnoszących się do transportu drogowego oraz zmieniającego rozporządzenie Rady (EWG) nr 3821/85 i (WE) 2135/98, jak również uchylającego rozporządzenie Rady (EWG) nr 3820/85 (Dz.Ur.UE.L z 2006 r. Nr 102, poz. 1 ze zm.) - obciąża przedsiębiorcę, gdyż to on wywodzi skutki prawne wynikające z tych przepisów i to jemu znane są okoliczności, które pozwoliłyby zastosować wyłączenie m.in. z obowiązku zachowania przerw w prowadzeniu pojazdu oraz dziennego i tygodniowego okresu wypoczynku. Wprawdzie w postępowaniu administracyjnym to na organie spoczywa ciężar udowodnienia faktów istotnych dla rozstrzygnięcia, jednakże na stronie ciąży obowiązek współdziałania z organem i przedstawienia konkretnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, zwłaszcza gdy postępowanie zmierza do nałożenia na nią obowiązków, a nieudowodnienie konkretnego faktu może prowadzić do wydania decyzji dla niej niekorzystnej. A zatem NSA stanął na stanowisku, że pojawienie się wątpliwości co do zaistnienia określonych okoliczności wyłączających odpowiedzialność strony za niezrealizowanie jakiegoś ustanowionego prawem obowiązku nie skutkuje rozstrzygnięciem tych wątpliwości na korzyść strony, gdyż przeprowadzenie dowodu na tę okoliczność z oczywistych względów jest niewykonalne przy*

² <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/5D44595E82>

³ <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/6DF0DE4299>

⁴ <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/2C13F6CE35>

braku woli udowodnienia jej przez stronę (podobnie wywiódł NSA w wyroku z dnia 5 marca 2015 r., sygn. II GSK 989/08). Czyniłoby to z gruntu niemożliwym nałożenie kary pieniężnej na jakikolwiek podmiot, który wprost nie przyznałby, że w danej sprawie nie zachodzą okoliczności wyłączające jego odpowiedzialność. Zasady wykładni (w tym przede wszystkim wykładni celowościowej) wymagają natomiast przyjęcie założenia, że ustawodawca jest racjonalny i nie uchwała przepisów, których dyspozycji nie da się zrealizować. W związku z powyższym nieracjonalnym byłoby przyjęcie, że to na Prezesie UKE spoczywa ciężar dowodu wykazania, iż przedsiębiorca nie posiadał wymaganych przepisem art. 172 ust. 1 Pt uprzednich zgód, gdyż przy braku kooperacji ze strony przedsiębiorcy nigdy nie byłoby możliwym udowodnienie zaistnienia tej przesłanki.

W przedmiotowej sprawie realizowania połączeń telefonicznych o charakterze marketingowym zostało wykazane, że Strona, wykorzystywała telekomunikacyjne urządzenia końcowe dla celów marketingu bezpośredniego jej usług (fakt bezsporny). Należy ponownie podkreślić, iż konstrukcja zakazu wyrażonego w art. 172 ust. 1 Pt, zgodnie z orzecznictwem NSA, nakłada ciężar udowodnienia okoliczności uzyskania zgód na używającego telekomunikacyjne urządzenie końcowe lub automatyczny system wywołujący dla celów marketingu bezpośredniego, gdyż tylko on może wykazać tę okoliczność, bowiem to w jego posiadaniu powinny znajdować się odpowiednie dowody. Ponieważ to w interesie używającego telekomunikacyjne urządzenie końcowe lub automatyczny system wywołujący dla celów marketingu bezpośredniego leży udowodnienie okoliczności wyłączającej jego odpowiedzialność, więc to sam ww. podmiot we własnym zakresie winien był zawczasu zadbać o to, żeby móc w ewentualnym postępowaniu czy to kontrolnym, jak miało miejsce w przedmiotowej sprawie, czy w trakcie prowadzonego postępowania administracyjnego przed Prezesem UKE, okoliczność tę udowodnić, zabezpieczając uprzednio zapis z nagrań z przeprowadzonych rozmów o charakterze marketingowym z abonentami lub użytkownikami końcowymi, zwłaszcza w sytuacji ustawowego wymogu uzyskania uprzedniej zgody – art. 172 ust. 1 Pt.

Biorąc pod uwagę powyższe Prezes UKE, dokonując oceny stanu faktycznego sprawy nie uznał wartości dowodowej oświadczeń Strony w zakresie posiadania wymaganych prawem uprzednich zgód abonentów i użytkowników końcowych (tj. uzyskiwania zgody od abonenta przed przedstawieniem oferty handlowej na początku rozmowy w formie pytania „*Czy mogę króciutko przedstawić szczegóły*”), do których realizowane były połączenia telefoniczne o charakterze marketingowym, z uwagi na brak okazania przedmiotowych zgód. Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego brak jest podstaw do stwierdzenia, że proces realizowania połączeń telefonicznych o charakterze marketingowym przez Stronę był przeprowadzony w warunkach wyłączających zakaz wynikający z art. 172 ust. 1 Pt, tj. poprzez uzyskanie i posiadanie przez Stronę wymaganych przez ww. przepis uprzednich zgód abonentów lub użytkowników końcowych.

Biorąc pod uwagę powyższe Prezes UKE stwierdził, że Strona, naruszyła zakaz wyrażony w art. 172 ust. 1 Pt, poprzez używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych, w okresie od 1 stycznia 2017 r. do 16 października 2017 r. dla celów marketingu bezpośredniego, poprzez używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych polegające na nawiązywaniu kontaktów telefonicznych w celu poinformowania o swojej działalności, w tym o ofercie sprzedaży węgla oraz ekogroszku.

Prezes UKE stwierdził, że wskazane wyżej naruszenie spełnia przesłanki zastosowania art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt, zgodnie z którym „*kto (...) nie wypełnia obowiązków uzyskania zgody abonenta lub użytkownika końcowego, o którym mowa w art. 161, art. 166, art. 169 i art.*

172-174 [Pt], podlega karze pieniężnej”. Wobec tego zaistniały podstawy do wydania niniejszej decyzji w przedmiocie nałożenia kary.

Odnosząc się do wniosku Strony o umorzenie postępowania jako bezprzedmiotowego Prezes UKE rozważył, co następuje. Zgodnie z art. 105 § 1 k.p.a. organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania, jeżeli postępowanie to z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe. Przedmiotem postępowania jest sprawa indywidualna załatwiana w drodze decyzji administracyjnej (art. 1 pkt 1 k.p.a.). Sprawa administracyjna natomiast jest zawsze konsekwencją powstania materialnego stosunku administracyjnego, czy inaczej stosunku administracyjno-prawnego (tak: NSA w wyroku z dnia 12 marca 2013 r. sygn. akt II OSK 2141/11, Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych, zwana dalej „CBOSA”). Sprawę administracyjną stanowi bowiem przewidziana w przepisach materialnego prawa administracyjnego możliwość konkretyzacji wzajemnych uprawnień i obowiązków stron stosunku administracyjno-prawnego, którymi są organ administracyjny i indywidualny podmiot niepodporządkowany organizacyjnie temu organowi (tak: NSA w wyroku z dnia 18 kwietnia 2013 r. sygn. akt II FSK 1673/11, opubl. CBOSA). A zatem bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego należy ująć jako: brak któregoś z elementów stosunku materialno-prawnego, skutkującego tym, iż nie można załatwić sprawy przez rozstrzygnięcie jej co do istoty. Jest to orzeczenie formalne, kończące postępowanie bez jego merytorycznego rozstrzygnięcia (tak: Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 24 kwietnia 2003 r. sygn. akt: III SA 2225/01, opubl. CBOSA).

Na stosunek administracyjno-prawny składają się cztery elementy:

- podmiot stosunku,
- przedmiot stosunku,
- sfera faktów mających znaczenie dla możliwości konkretyzacji stosunku,
- sfera prawna, z której wywodzi się określony stosunek prawny (interes prawny) i który przesądza o możliwości i kształcie konkretyzacji tego stosunku.

W świetle ugruntowanego w orzecznictwie rozumienia bezprzedmiotowości brak któregoś z wymienionych powyżej elementów stosunku administracyjno-prawnego oznaczać będzie, iż postępowanie administracyjne stało się bezprzedmiotowe. W nauce przedmiotu przyjmuje się ponadto, iż: bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego może mieć różne postacie: a) obiektywną (np. uchylene podstawy prawnej do działania organu administracji publicznej w formie decyzji administracyjnej) i subiektywną (strona uznaje postępowanie wszczęte na jej żądanie za bezprzedmiotowe i składa oświadczenie o cofnięciu podania), b) podmiotową (np. śmierć strony ubiegającej się o uprawnienie osobiste) i przedmiotową (zniszczenie rzeczy, której status podlega uregulowaniu w postępowaniu administracyjnym), c) uprzednią (pierwotną - wszczęto postępowanie administracyjne w sprawie, która nie jest sprawą indywidualną w rozumieniu art. 1 pkt 1 kodeksu, np. w sprawie ustanowienia drogi koniecznej) i wtórną (następczą - np. ustaje byt prawny osoby prawnej ubiegającej się o zezwolenie), d) prawną i faktyczną (por. wyr. NSA z dnia 12 lutego 2008 r., II OSK 2042/06, niepubl.) oraz e) całkowitą i częściową (np. w trakcie postępowania uchylono podstawę wydania decyzji w zakresie jednego z uprawnień (lub obowiązków), w zakresie których toczy się postępowanie) (Komentarz do art. 105 Kodeksu postępowania administracyjnego, Łaszczycza Grzegorz, Martysz Czesław, Matan Andrzej komentarz, LEX 2010).

Stosunek administracyjno-prawny w sprawie, o której mowa w przepisie art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt w związku z art. 172 i 174 Pt polega na skonkretyzowaniu przez Prezesa UKE obowiązków przedsiębiorcy, poprzez nałożenie kary pieniężnej na podmiot, który użył

telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących w celu marketingu bezpośredniego nie mając jednocześnie uprzednich zgód abonentów lub użytkowników końcowych. Odnosząc powyższe ustalenia co do elementów stosunku administracyjno-prawnego do okoliczności niniejszej sprawy, Prezes UKE wskazuje, że w niniejszej sprawie nie zachodzi brak w zakresie jakiegokolwiek elementu tego stosunku. Należy bowiem wskazać, iż postępowanie toczyło się na podstawie art. 210 ust. 1-3 oraz art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt w związku z art. 172 i 174 Pt. Jak już wyżej szczegółowo wykazano, w przedmiotowej sprawie zostały spełnione przesłanki zastosowania ww. przepisów w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy. Z okoliczności faktycznych niniejszej sprawy wynika bowiem, że Strona użyła telekomunikacyjnych urządzeń końcowych dla celów marketingu bezpośredniego, nie posiadając jednocześnie zgód uprzednio wyrażonych przez abonentów lub użytkowników końcowych, w stosunku do których skierowany został przekaz o charakterze marketingowym.

W związku z powyższym przedmiotowe postępowanie nie jest bezprzedmiotowe i nie podlega umorzeniu na podstawie art. 105 § 1 k.p.a., a wniosek Strony w tym zakresie należy uznać za bezzasadny.

Zgodnie z treścią przepisu art. 210 ust. 2 Pt Prezes UKE ustalając wysokość kary uwzględnia: zakres naruszenia, dotychczasową działalność podmiotu oraz jego możliwości finansowe.

Zakres naruszenia

W doktrynie podnosi się, że „zakres naruszenia należy ustalać z uwzględnieniem podstawowych celów ustawy, biorąc pod uwagę głównie elementy szkodliwości o charakterze przedmiotowym. Dotyczą one rodzaju naruszonych obowiązków, rodzaju naruszonych dóbr, intensywności naruszenia oraz wartości społecznych i ekonomicznych, następstw czynu objętego karą finansową, wysokości spowodowanej szkody, sposobu działania”⁵. Cele Pt zostały określone w art. 1 ust. 2 Pt. Do celów tych należą m.in. wspieranie równoprawnej i skutecznej konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych oraz zapewnienie użytkownikom maksymalnych korzyści w zakresie różnorodności, ceny i jakości usług telekomunikacyjnych. Podkreślenia wymaga także, że celami polityki regulacyjnej prowadzonej przez Prezesa UKE zgodnie z art. 189 ust. 2 Pt jest między innymi zapewnienie ochrony konsumenta w relacjach z przedsiębiorcą oraz przyczynianie się do zapewnienia wysokiego poziomu ochrony danych osobowych (art. 189 ust. 2 pkt 3 lit. b i c Pt).

Cele ustawy określone w art. 1 ust. 2 Pt „(...) nie stanowią samoistnej podstawy do działania administracji, natomiast powinny być uwzględnione przy podejmowaniu wszelkich działań wykonywanych na podstawie ustawy. Cel ustawy jest bowiem realizowany zarówno w sposób bezpośredni poprzez przestrzeganie praw i obowiązków ustanowionych w ustawie jak i poprzez stosowanie ustawy w działaniach administracji telekomunikacyjnej (...)”⁶. Realizacja celów ustawy powinna przejawiać się między innymi w podejmowanych przez organ regulacyjny decyzjach administracyjnych, w tym także decyzjach administracyjnych o nałożeniu kar pieniężnych, stanowiących indywidualne akty administracyjne. Powyższe rozważania odnoszą się w sposób odpowiedni do celów polityki regulacyjnej, określonych w art. 189 ust. 2 pkt 3 lit. b i c Pt. W tym zakresie należy zauważyć, jak na to słusznie zwraca się uwagę w doktrynie, że „cele polityki regulacyjnej powinny mieć bardzo szerokie

⁵ Komentarz do art. 210 ust. 2 Pt, S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, Warszawa 2019, wyd. 4, Legalis.

⁶ Komentarz do art. 1 ust. 2 Pt, S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, Warszawa 2019, wyd. 4, Legalis.

zastosowanie w praktyce administracyjnej (...) cele sformułowane w art. 189 ust. 2 [Pt] powinny być materialnoprawną podstawą wszelkich decyzji regulacyjnych, decyzji rozstrzygających spory między przedsiębiorcami i decyzji usuwających naruszenia prawa telekomunikacyjnego podejmowanych przez Prezesa UKE” (S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne - Komentarz, Warszawa 2019, Wyd. 4, Legalis, komentarz do art. 189 Pt). Naruszenie przepisów Pt, którego dotyczy niniejsza decyzja, w sposób szczególny dotyczy kwestii ochrony praw abonentów i użytkowników końcowych w ich relacjach z przedsiębiorcą, stanowiącej, stosownie do art. 189 ust. 2 pkt 3 lit. b Pt, cel polityki regulacyjnej Prezesa UKE.

Zakres naruszenia należy rozważać w szczególności w odniesieniu do rodzaju naruszonych dóbr, uwzględniając jego intensywność oraz wartość społecznych i ekonomicznych następstw czynu objętego karą, szkody spowodowanej czynami jak również sposobu działania.

Wnikliwa i wszechstronna analiza materiału dowodowego zebranego w trakcie niniejszego postępowania administracyjnego wykazała, iż naruszenie zakazu wyrażonego w art. 172 ust. 1 Pt, polegało na użyciu telekomunikacyjnych urządzeń końcowych do wykonania 2 180 360 wychodzących połączeń w celu przedstawienia oferty handlowej Spółki, bez uprzedniego uzyskania zgody abonentów lub użytkowników końcowych będących adresatami tych połączeń.

Prezes UKE, oceniając zakres naruszenia zwrócił uwagę, także na to, iż bezpośrednią konsekwencją naruszeń stwierdzonych niniejszą decyzją było obniżenie przewidzianego prawem stopnia ochrony praw abonentów i użytkowników końcowych w relacji z profesjonalnym podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą. Ochrona praw abonentów i użytkowników końcowych wyraża się między innymi w ustanowieniu przepisami prawa określonych zasad komunikowania się z nimi przez przedsiębiorców i bezpośredniego przedstawiania im informacji marketingowych, co jest dopuszczalne tylko pod warunkiem wyrażenia uprzednio przewidzianej prawem zgody. Naruszenie tak ustalonego porządku poprzez nawiązywanie kontaktów telefonicznych w celach marketingowych bez zgody abonentów lub użytkowników końcowych stanowi naruszenie przez przedsiębiorcę ich praw chronionych przepisami Pt.

Działanie Strony mogło w istotny sposób narażać abonentów i użytkowników końcowych na niechciane, niezamówione komunikaty marketingowe, zakłócające ich prywatność (w przypadku osób fizycznych) lub dezorganizujące pracę (w przypadku przedsiębiorców), poprzez przedstawienie im oferty marketingowej wbrew ich woli. Zatem dochodziło do narzuconego przez przedsiębiorcę przedstawienia oferty marketingowej za pomocą realizowanych połączeń telefonicznych, w konsekwencji naruszających prywatność odbiorców tych treści, tj. użytkowników końcowych lub abonentów, w dużo większym zakresie, niż w przypadku innych form prowadzenia działalności marketingowej (np. wysyłaniu wiadomości SMS lub wiadomości email). Wskazane powyżej formy prowadzenia działalności marketingowej, polegające na wysyłaniu wiadomości SMS lub email, można zazwyczaj uznać za mniej dolegliwą dla odbiorcy formę prowadzenia marketingu bezpośredniego w porównaniu do prowadzenia marketingu drogą połączeń telefonicznych z uwagi na fakt, iż w przypadku wiadomości email lub SMS to odbiorca sam decyduje o czasie oraz miejscu zapoznania się z przesłaną mu ofertą. Ponadto należy podkreślić, iż podmiot nawiązujący kontakty telefoniczne mógł osiągnąć korzyści finansowe, gdyż przeprowadzane rozmowy o charakterze marketingowym nakłaniały rozmówców, do których kierowany był przekaz, do zakupu oferowanych im towarów. A zatem Strona działała w celu osiągnięcia

korzyści majątkowych, co nie stanowi okoliczności, którą można by uznać za ograniczającą zakres naruszenia.

Sytuację, do jakiej doszło w wyniku naruszeń stwierdzonych w niniejszej decyzji, należy zatem ocenić jako istotne naruszenie praw abonentów i użytkowników końcowych tym bardziej, że proceder był realizowany przez znaczny okres czasu (ponad dziewięć miesięcy) jak również działania Spółki skierowane zostały do znacznego grona abonentów lub użytkowników końcowych. Spółka wykonała w okresie od 1 stycznia do 16 października 2017 r. 2 180 360 połączeń telefonicznych wychodzących w celach marketingowych, co przekłada się na istotny zakres naruszenia stwierdzony niniejszą decyzją.

Dotychczasowa działalność

Dotychczasowa działalność podmiotu jest dyrektywą służącą zindywidualizowaniu wymiaru kary pieniężnej ze względu na sytuację podmiotu, który dopuścił się naruszenia. Ocena dotychczasowej działalności obejmuje szeroki zakres zjawisk, takich jak wykonywanie obowiązków ustawowych, wystąpienie naruszeń prawa, wcześniejsze kary, skala działalności. Omawiane kryterium uzależniające wymiar kary pieniężnej od dotychczasowej działalności Spółki służy zatem dostosowaniu rozstrzygnięcia organu administracji od indywidualnej sytuacji podmiotu naruszającego prawo.

Ocena dotychczasowej działalności podmiotu karanego, dokonywana zgodnie z art. 210 ust. 2 Pt, uwzględnia dotychczasową działalność podmiotu. Prezes UKE ustalając wymiar kary pieniężnej, zgodnie z powyższym kryterium, zobowiązany jest zatem rozważyć całokształt okoliczności związanych z prowadzoną przez Stronę działalnością gospodarczą, uwzględniając w szczególności sposób wykonywania ustawowych obowiązków oraz fakt wystąpienia ewentualnych naruszeń w tym zakresie.

Przy określeniu wysokości kary pieniężnej w niniejszej Prezes UKE wziął pod uwagę dotychczasową działalność Strony ocenioną w oparciu o dane znajdujące się w posiadaniu Prezesa UKE w związku z wykonywaniem przez niego ustawowych zadań. Przy dokonywaniu oceny dotychczasowej działalności Strony, Prezes UKE uwzględnił zatem fakt że Strona nie była dotychczas karana przez Prezesa UKE. Okoliczność ta wpłynęła na złagodzenie wymiaru kary pieniężnej.

Możliwości finansowe

Strona, pomimo wezwania Prezesa UKE, nie przedstawiła danych na temat swoich przychodów za 2018 r. W sytuacji braku danych źródłowych od podmiotu, na którego nakładana jest kara pieniężna, Prezes UKE zobligowany jest do ustalenia możliwości finansowych karanego na podstawie innych źródeł. Zgodnie z poglądem doktryny, do ustalania możliwości finansowych danego podmiotu należy odpowiednio zastosować postanowienie o szacunkowym ustalaniu przychodu (S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, Wyd. 4, Warszawa 2019, Komentarz do art. 210 ust. 2). Zgodnie z art. 210 ust. 3 Pt zdanie drugie „*W przypadku niedostarczenia danych, lub gdy dostarczone dane uniemożliwiają ustalenie podstawy wymiaru kary, Prezes UKE 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 tysięcy złotych - w pozostałych przypadkach”.*

W związku z nieprzekazaniem przez Stronę danych o wielkości przychodu osiągniętego w 2018 r. Prezes UKE wziął pod uwagę zebrane z urzędu dane o przychodach Strony zawarte w dokumentach włączonych do materiału dowodowego postanowieniem z dnia 22 lipca

2019 r., znak: DK.WPA.46.8.2019.5, w postaci kopii następujących dokumentów złożonych do Krajowego Rejestru Sądowego przez Spółkę:

- 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.

Ze wskazanych wyżej dokumentów wynika, że Strona uzyskała łączne przychody za rok 2016 w wysokości: 45 358 508,11 PLN, a za rok 2017 w wysokości 39 697 368,24 PLN. Zatem uzyskane przychody Strony w 2017 r. stanowiły 87,52% przychodów Strony za rok 2016.

Przy braku informacji o przychodach Strony uzyskanych w 2018 r., Prezes UKE uwzględniając metodę porównawczą wewnętrzną oszacował wysokość tych przychodów na kwotę: 34 743 136,68 PLN (kwota ta stanowi 87,52% przychodów Strony uzyskanych w roku 2017 – 39 697 368,24 PLN).

Wskazana powyżej kwota: 34 743 136,68 PLN została przyjęta po pierwsze, jako wartość służąca do oceny możliwości finansowych Strony, a po wtóre jako podstawa wymiaru kary, o której mowa w art. 210 ust. 1 Pt.

Maksymalna kara, jaką Prezes UKE mógłby nałożyć na Stronę, zgodnie z art. 210 ust. 1 Pt wynosi: 1 042 294,1 PLN (słownie: jeden milion czterdzieści dwa tysiące dwieście dziewięćdziesiąt cztery złote i dziesięć groszy), co stanowi 3% podstawy wymiaru kary.

Prezes UKE, po dokonaniu wszechstronnej analizy zebranego w trakcie prowadzonego postępowania materiału dowodowego oraz uwzględniając dyrektywy wymiaru kary pieniężnej, określone w art. 210 ust. 2 Pt, ustalił wysokość kary pieniężnej na kwotę: 500 000 PLN (słownie: pięćset tysięcy złotych), która mieści się w określonych ustawą granicach 3% podstawy wymiaru kary pieniężnej. Wysokość nałożonej kary pieniężnej odpowiada w ocenie Prezesa UKE możliwościom finansowym Strony oraz zakresowi naruszenia. Jednocześnie wyjaśnić należy, że nakładając karę pieniężną w powyższej wysokości, Prezes UKE wziął pod uwagę dotychczasową działalność Strony, a w szczególności fakt, że Strona nie była dotychczas karana przez Prezesa UKE oraz w zakresie możliwości finansowych poprzez uwzględnienie sytuacji ekonomicznej Strony, które miały wpływ na wysokość nakładanej na Stronę kary pieniężnej, która została ustalona w wysokości niższej niż określona w Pt maksymalna wysokość tej kary.

Prezes UKE uznał, że kara pieniężna w tej wysokości jest adekwatna do naruszenia stwierdzonego w niniejszym postępowaniu, uwzględnia dyrektywy wymiaru kary pieniężnej, określone w art. 210 ust. 2 Pt oraz spełni zamierzone funkcje. Zasadnym jest bowiem wskazanie, iż funkcjami kar, o których mowa w art. 209 Pt, są: represja (nakładane są za naruszanie obowiązków wynikających z ustawy, decyzji czy umowy), prewencja (mają zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości) oraz dyscyplinowanie przedsiębiorców (mają zniechęcać ich do naruszania prawa przez samą potencjalną możliwość nałożenia kary pieniężnej przez Prezesa UKE). Kara ma bowiem stanowić z jednej strony dolegliwość dla ukaranego podmiotu, z drugiej zaś ma odnosić się do jego możliwości finansowych. Warunki te zostały spełnione przy nakładaniu kary w wysokości określonej niniejszą decyzją.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

Karę pieniężną należy wpłacić na rachunek bankowy Urzędu Komunikacji Elektronicznej nr:

Narodowy Bank Polski Oddział w Warszawie
75 1010 1010 0060 4422 3100 0000

POUCZENIE

Stosownie do art. 206 ust. 2 pkt 3 i ust. 3 Pł, w związku z art. 479⁵⁸ § 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1460 z późn. zm., zwanej dalej „k.p.c.”) od decyzji niniejszej przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa UKE, w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia decyzji.

Od odwołania od niniejszej decyzji pobiera się opłatę stałą w kwocie 1000 zł, na podstawie art. 32 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 785 z późn. zm., zwanej dalej „Ustawą o kosztach sądowych”).

Strona może ubiegać się o zwolnienie od kosztów sądowych stosownie do przepisów Tytułu IV Ustawy o kosztach sądowych lub przyznanie pomocy prawnej z urzędu stosownie do przepisów Części I Tytułu V Działu II k.p.c.

z up. Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej

Dyrektor Departamentu

Kontroli

Dominik Kołtunowicz

Otrzymują:

1.

2. aa