

Sygn. akt VI ACa 693/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 2 czerwca 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA Teresa Mróz (spr.)

Sędzia SA Agata Wolkenberg

Sędzia SA Aleksandra Kempczyńska

Protokolant Katarzyna Łopacińska

po rozpoznaniu w dniu 19 maja 2016r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) S.A. w W. (dawniej (...) S.A.)

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z dnia 26 lutego 2015 r., sygn. akt XVII Ama 86/13

I oddala apelację;

II zasądza od (...) S.A. w W. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 540 zł (pięćset czterdzieści złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI A Ca 693/15

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, decyzją z dnia 31 grudnia 2012 r. nr (...), wydaną na podstawie art. 26 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów:

I uznał za naruszające zbiorowe interesy konsumentów działania (...) S.A. z siedzibą w W. obecnie (...) S.A. polegające na:

1. nieprzekazywaniu konsumentom przed zawarciem umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych poza lokalem przedsiębiorstwa wzoru oświadczenia o odstąpieniu od umowy jako naruszające art.3 ust.1 ustawy z dnia 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny (Dz. U. Nr 22, poz. 271, ze zm.) oraz godzące w zbiorowe interesy konsumentów;

2. zastrzeżeniu w umowie o świadczenie usług telekomunikacyjnych i pobieraniu od konsumentów opłaty za aktywację umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, w sytuacji dokonania przez konsumenta wyboru (...) S.A. jako dostawcy publicznie dostępnych usług telefonicznych przez numer dostępu lub preselekcję, przed rozpoczęciem

świadczenia konsumentowi Usługi (...), jako naruszające art. 72 ust. 2 i art. 57 ust. 5 ustawy z dnia 16 lipca 2004r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 ze zm.) oraz godzące w zbiorowe interesy konsumentów;

3. zastrzeżeniu w umowie o świadczenie usług telekomunikacyjnych i pobieraniu od konsumentów opłaty wyrównawczej z tytułu rozwiązania umowy zawartej na czas oznaczony przez konsumenta lub przez (...) S.A. z winy konsumenta, przed upływem terminu, na jaki umowa została zawarta, w sytuacji dokonania przez konsumenta wyboru (...) S.A. jako dostawcy publicznie dostępnych usług telefonicznych przez numer dostępu lub preselekcję, a następnie braku rozpoczęcia świadczenia konsumentowi Usługi (...) wobec wycofania lub zmiany przez konsumenta zamówienia (...) lub zlecenia preselekcji, jako naruszające art. 72 ust. 2 i art. 57 ust. 5 w zw. z art. 57 ust. 6 Prawa telekomunikacyjnego oraz godzące w zbiorowe interesy konsumentów i nakazał zaniechanie ich stosowania.

II na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nałożył na (...) S.A. karę pieniężną w wysokości:

1. 175.022 zł, z tytułu naruszenia zakazu, o jakim mowa w art. 24 ust. 1 u.o.k. i k. w zakresie opisanym w punkcie I.1 sentencji decyzji;

2. 583.407 zł zakazu, o jakim mowa w art. 24 ust. 1 u.o.k. i k. zakresie opisanym w punkcie I.2 sentencji decyzji;

3. 583.407 zł z tytułu naruszenia zakazu, o jakim mowa w art. 24 ust. 1 u.o.k. i k. w zakresie opisanym w punkcie I.3 sentencji decyzji.

(...) S.A. z siedzibą w W. złożonym odwołaniem zaskarżyła decyzję Prezesa UOKiK w części dotyczącej pkt I ppkt 2 i 3 oraz pkt II ppkt 1, 2 i 3.

Powódka zarzuciła:

I w zakresie pkt I ppkt 2 Decyzji naruszenie:

a) art. 72 ust. 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne w zw. z art 24 ust. 2 u.o.k. i k. przez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że przepis art. 72 ust. 2 Pt używając sformułowania „roszczenie w stosunku do abonenta” zabrania ustalać i pobierać przez nowego dostawcę w relacji z konsumentem opłaty aktywacyjnej związanej z wyborem, podczas gdy pojęcie „roszczenia w stosunku do abonenta” użyte w przepisie art. 72 ust. 2 Pt dotyczy dotychczasowego dostawcy usługi zapewniającego przyłączenie do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej operatora o znaczącej pozycji rynkowej, tym samym praktyka (...) nie jest bezprawna,

b) art. 72 ust. 2 Pt w zw. z art. 24 ust. 2 u.o.k. i k. przez niewłaściwe ich zastosowanie w ten sposób, że w ustalonym stanie faktycznym Prezes UOKiK powinien uznać, że opłata aktywacyjna, stosowana przez (...) nie stanowi roszenia, o którym mowa w art. 72 ust. 2 Pt, a tym samym praktyka (...) nie jest bezprawna,

c) art. 57 ust. 5 Pt w zw. z art. 24 ust. 2 u.o.k. i k. poprzez ich błędną wykładnię przez przyjęcie, że przepis art. 57 ust. 5 Pt obejmuje swoim zakresem opłaty stosowane przez wybranego dostawcę usług, podczas gdy przepis ten dotyczy warunków umowy z dotychczasowym dostawcą usług, w szczególności dotyczących zasad jej rozwiązania.

II w zakresie pkt I ppkt 3 Decyzji naruszenie:

d) art. 72 ust. 2 Pt w zw. z art. 24 ust. 2 u.o.k. i k. w zw. z art. 57 ust. 6 Pt przez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że art. 72 ust 2 Pt używając sformułowania „roszczenie w stosunku do abonenta” zabrania ustalać i pobierać opłatę wyrównawczą z tytułu udzielonej ulgi, podczas gdy takie uprawnienie przysługuje z uwagi na dyspozycję art. 57 ust. 6 Pt, wobec czego praktyka (...) nie jest bezprawna,

e) art. 72 ust. 2 Pt w zw. z art. 24 ust. 2 u.o.k. i k. w zw. z art. 57 ust. 6 Pt przez niewłaściwe ich zastosowanie i uznanie, że pobieranie opłaty wyrównawczej przez (...) przed rozpoczęciem świadczenia Usługi (...) narusza art. 72 ust. 2 Pt, podczas gdy zgodnie z art. 57 ust. 6 Pt dostawca usługi ma uprawnienia do żądania zwrotu udzielonych ulg w sytuacji

jednostronnego rozwiązania umowy przez abonenta lub dostawcę usług z winy abonenta przed upływem terminu, na jaki umowa została zawarta, a abonent ma możliwość skorzystania z usług (...) z wykorzystaniem selekcji, a tym samym praktyka (...) nie jest bezprawna,

f) art. 57 ust. 5 Pt w zw. z art. 57 ust. 6 Pt z art. 24 ust. 2 u.o.k. i k. poprzez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że przepis art. 57 ust. 5 Pt obejmuje swoim zakresem opłaty wyrównawcze z tytułu udzielonej ulgi, podczas gdy (...) może pobierać opłaty wyrównawcze zgodnie z 57 ust. 6 Pt stanowiącym *lex specialis* w stosunku do art. 57 ust. 5 Pt, wobec czego praktyka (...) nie jest bezprawna,

g) art. 57 ust. 5 Pt w zw. z art. 57 ust. 6 Pt w zw. z art. 24 ust. 2 u.o.k. i k., poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że pobieranie opłaty wyrównawczej przez (...) uniemożliwia lub utrudnia abonentowi korzystanie z prawa do zmiany dostawcy publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych, podczas gdy art. 57 ust. 6 Pt daje dostawcy usługi uprawnienie do żądania zwrotu udzielonych ulg w sytuacji jednostronnego rozwiązania umowy przez abonenta lub dostawcę usług z winy abonenta przed upływem terminu, na jaki umowa została zawarta, a abonent ma możliwość skorzystania z usług (...) z wykorzystaniem selekcji, a tym samym praktyka (...) nie jest bezprawna.

III w zakresie pkt II ppkt 1 Decyzji, powódka zarzuciła naruszenie:

h) art. 106 ust. 1 pkt 4 u.o.k. i k. poprzez nałożenie kary pieniężnej w sytuacji, gdy (...) nie ponosi żadnej winy w zakresie praktyki wskazanej w pkt I ppkt 1 Decyzji, bowiem działała w zaufaniu do opinii prawnej sporządzonej w wyżej wymienionym zakresie,

[zarzut ewentualny]

i) art. 32 ust 1 i 2 w związku z art. 8 ust. 1 i 2 Konstytucji RP poprzez nieuwzględnienie konstytucyjnych zasad równości i zakazu dyskryminacji przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej,

j) art. 111 u.o.k. i k. poprzez ustalenie wysokości kary w sposób dowolny oraz nieuwzględnienie przy wymiarze kary nałożonej na (...) okoliczności łagodzących,

IV w zakresie pkt II ppkt 2 i 3 Decyzji powódka zarzuciła naruszenie:

k) art. 106 ust. 1 pkt 4 u.o.k. i k. poprzez nałożenie kary pieniężnej w sytuacji, gdy praktyki opisane w pkt I ppkt 2 i 3 Decyzji nie stanowią praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 u.o.k. i k. ze względu na brak ich bezprawności

[zarzut ewentualny]

l) art. 32 ust. 1 i 2 w związku z art. 8 ust 1 i 2 Konstytucji RP poprzez nieuwzględnienie konstytucyjnych zasad równości i zakazu dyskryminacji przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej,

m) art. 111 u.o.k. i k. poprzez ustalenie wysokości kary w sposób dowolny oraz nieuwzględnienie przy wymiarach kary nałożonej na (...) okoliczności łagodzących.

W konkluzji apelacji powódka wniosła o:

1. uchylenie Decyzji w pkt I ppkt 2 i 3 oraz pkt II ppkt 1, 2 i 3 (z powołaniem się na zarzuty a-o, h i k)

ewentualnie:

2. uchylenie Decyzji w pkt I ppkt 2 i 3 oraz pkt II ppkt 2 i 3 (z powołaniem się na zarzuty a-g oraz k) oraz zmianę Decyzji w pkt II ppkt 1 (z powołaniem się na zarzut h) i wymierzenie kary w wysokości 9.218 zł

ewentualnie:

3. zmianę Decyzji w pkt II ppkt 1, 2 i 3 (z powołaniem się na zarzuty i-m) i wymierzenie kary w następujących wysokościach:

a) 9.218 zł w zakresie pkt II ppkt 1 Decyzji,

b) 77.788 zł w zakresie pkt II ppkt 2 Decyzji,

c) 29.171 zł w zakresie pkt II ppkt 3 Decyzji.

4. zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Zdaniem powódki, Prezes UOKiK dokonał błędnej interpretacji przepisów art. 72 ust. 2 Pt. i art. 57 ust. 6 Pt. bezzasadnie uznając, że opłata aktywacyjna pobierana przez nią stanowi jej „roszczenie w stosunku do abonentów” z tytułu wyboru dostawcy publicznie dostępnej usługi telefonicznej. Powódka twierdziła, że przepis art. 72 ust. 2 Pt. dotyczy pobierania opłat przez dotychczasowego dostawcę usługi, posiadającego znaczącą pozycję rynkową lub zapewniającego przyłączenie do jego sieci. Zarzuciła pozwanemu pominięcie interpretacji pozostałych jednostek redakcyjnych art. 72 Pt., w szczególności ust. 2 i 3, która powinna prowadzić do wniosku, że realizacja uprawnienia wynikającego z art. 72 ust. 1 Pt. dotyczy wyłączenie operatora zajmującego pozycję znaczącą na rynku.

Powołując się na art. 19 dyrektywy 2002/22 WE Parlamentu Europejskiego i Rady o usłudze powszechnej powódka stwierdziła, że wybór dostawcy usług w drodze selekcji lub preselekcji jest usługą dodatkową, realizowaną przez operatora o znaczącej pozycji rynkowej, to zarówno nakaz jak też wymóg, by opłaty za ustanowienie takich usług nie były pobierane, kierowany jest do adresatów tych obowiązków.

Zdaniem powódki dokonana przez Prezesa UOKiK interpretacja art. 72 ust. 2 Pt. prowadzi do wniosku, że niemożliwe jest pobieranie od abonenta opłaty aktywacyjnej w sytuacji, gdy oferta operatora alternatywnego realizowana jest w oparciu o usługę selekcji i preselekcji. Konsekwencją niewłaściwej wykładni powyższego przepisu jest niesłuszne uznanie, że praktyki stosowane przez powódkę naruszają zbiorowe interesy konsumentów i stanowią podstawę do nałożenia przez Prezesa UOKiK kar pieniężnych.

Odwołując się do § 15 ust.2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 16 grudnia 2010 r. w sprawie warunków korzystania z uprawnień w publicznych sieciach telefonicznych powódka stwierdziła, że wybór dostawcy usług przez selekcję oznacza wybór numeru dostępu (prefiksu) dostawcy usług, którego wybrał konsument przed wykonaniem połączenia. Na podstawie takiej definicji wyboru dostawcy powódka wywodziła, że pobierana przez (...) opłata aktywacyjna nie jest roszczeniem z tytułu wyboru dostawcy usług w rozumieniu art. 72 ust. 2 Pt. ale związana jest z zawarciem umowy, z czym wiąże się szereg kosztów ponoszonych przez Spółkę (koszty procesu sprzedaży).

Natomiast wybór dostawcy usługi poprzez preselekcję oznacza, zdaniem powódki, złożenie przez abonenta dotychczasowemu dostawcy usług, w formie pisemnej zlecenia kierowania połączeń do wybranego dostawcy. Powódka wskazała, że nie bierze udziału w procesie realizacji uprawnienia abonenta do wyboru dostawcy usług poprzez preselekcję i nie pobiera opłat z tytułu takiego wyboru. Oświadczyła, że opłata aktywacyjna pobierana przez (...) w związku z zawarciem umowy nie może być uznana za roszczenie, o którym mowa w art. 72 ust.2 Pt.

Powódka powołała się również na fakt, że w toku trzech przeprowadzonych kontroli Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej nie stwierdził w działalności (...) żadnych nieprawidłowości.

W ocenie powódki Prezes UOKiK dokonał także błędnej wykładni art. 57 ust. 5 Pt., regulującego relację pomiędzy dotychczasowym dostawcą usług i abonentem. Zdaniem (...), wykładnia przepisu art. 57 ust. 5 Pt. prowadzi do wniosku, że dotyczy on takiej sytuacji, w której postanowienia umowy (regulaminu) łączącej abonenta z obecnym dostawcą, uniemożliwiają temu abonentowi możliwość skorzystania z prawa do zmiany dostawcy usług świadczącego publicznie dostępne usługi telekomunikacyjne. W tym kontekście nie powinno być uznawane za naruszenie przepisu art. 57 ust. 5 Pt. postanowienie umowy przewidujące obowiązek zwrotu udzielonej abonentowi ulgi. W ocenie Spółki pobieranie

opłaty aktywacyjnej w sytuacji, w której ostatecznie nie doszło do aktywacji usługi (...), nie narusza art. 72 ust. 2 lub art. 57 ust. 5 i 6 Pt oraz nie godzi w zbiorowe interesy konsumentów.

Za niezasadne uznała powódka przedstawione w zaskarżonej decyzji twierdzenie pozwanego, że pobieranie opłat za aktywację umów o świadczenie usług mogło zniechęcać konsumentów do zawierania takich umów z innymi, alternatywnymi operatorami dostarczającymi usługi telefoniczne.

Odwołując się do ustalonego w Decyzji stanu faktycznego oraz § 8 ust. 2 regulaminu świadczenia usługi (...), powódka uznała za niezgodne z rzeczywistym stanem faktycznym twierdzenie Prezesa UOKiK, jakoby stosowane przez powódkę postanowienia wzorców nie przewidywały wyjątku od obciążenia konsumenta opłatą wyrównawczą w sytuacji, gdy nie dojdzie do rozpoczęcia świadczenia konsumentowi usługi (...).

Prezes UOKiK wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie od powódki kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwany wniósł także o oddalenie wniosku powódki o zobowiązanie Prezesa UOKiK do przekazania treści dwudziestu ostatnio wydanych decyzji dotyczących praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, w których Prezes UOKiK nałożył karę na przedsiębiorcę oraz zestawienia okoliczności, które pozwolą na porównanie zakresu naruszeń oraz ich skutków, tak by sprawdzić obowiązywanie wobec powoda zasady równości wobec prawa.

Podtrzymał w całości stanowisko przedstawione w decyzji i uznał, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ zaskarżona decyzja nie narusza wskazanych w odwołaniu przepisów prawa.

Pozwany stwierdził, że wbrew zarzutom powódki dokonał prawidłowej wykładni art. 72 ust. 2 Pt. i uwzględnił pozostałe jednostki redakcyjne tego przepisu, w tym również delegację ustawową do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 16 grudnia 2010 r. w sprawie warunków korzystania z uprawnień w publicznych sieciach telefonicznych, wynikającą z treści art. 73 Pt. W ocenie pozwanego, z wykładni językowej art. 72 ust. 2 w zw. z art. 72 ust. 1 Pt wynika, że dotyczy on zakazu występowania wobec abonenta z roszczeniem z tytułu dokonania wyboru dostawcy usług telefonicznych poprzez numer dostępu lub preselekcję nie tylko przez dotychczasowego, ale również przez nowego dostawcę usług. Zdaniem pozwanego, nie budzi wątpliwości, że dokonywany przez abonenta wybór dostawcy publicznie dostępnych usług telefonicznych nie dotyczy wyłącznie dotychczasowego dostawcy usług, z którego abonent rezygnuje, ale również nowego dostawcy usług, którego abonent wybiera i z którym zawiera umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych. Stąd też, w przepisie art. 72 ust. 2 Pt ustawodawca posłużył się sformułowaniem „nie przysługuje roszczenie w stosunku do abonenta” bez określenia podmiotu występującego z przedmiotowym roszczeniem.

W ocenie pozwanego przepis art. 72 Pt w oczywisty sposób koreluje obowiązek operatora o znaczącej pozycji na rynku z uprawnieniem abonenta do dokonania wyboru - przez numer dostępu lub preselekcję - dostawcy publicznie dostępnych usług telefonicznych, którego usługi są dostępne w połączonych sieciach. Jednak, z faktu że operator ten jest odpowiedzialny za realizację uprawnienia abonenta nie jest dopuszczalne wnioskowanie, że określony zakaz w art. 72 ust. 2 Pt odnosi się wyłącznie do tego operatora. Wbrew stanowisku powódki, Prezes UOKiK uznał, że zapewnianie abonentom przez operatora o znaczącej pozycji rynkowej możliwości wyboru dostawcy usług telefonicznych poprzez numer dostępu lub preselekcję nie jest usługą dodatkową, świadczoną przez tego operatora na zasadach komercyjnych, lecz wykonywaniem przez niego obowiązków wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów prawa oraz decyzji organów regulacyjnych.

Odnosząc się do podniesionego przez powódkę argumentu związanego z brzmieniem art. 71 ust. 3 Pt, pozwany zaznaczył, że przepis ten dotyczy zakazu pobierania opłat od abonenta za przeniesienie przydzielonego numeru, natomiast przepis art. 72 ust. 2 Pt dotyczy zakazu występowania z roszczeniem w stosunku do abonenta z tytułu dokonania wyboru dostawcy publicznie dostępnych usług telefonicznych. W ocenie pozwanego zakresy regulacji (zakresy przedmiotowe) obu przepisów nie krzyżują się ze sobą, ponieważ przy dokonywaniu przez abonenta wyboru

dostawcy usług telefonicznych przez numer dostępu lub preselekcję, nie dochodzi do przeniesienia przydzielonego abonentowi numeru.

Prezes UOKiK stwierdził, że określona w pkt I.2 Decyzji, stosowana przez powoda praktyka utrudnia konsumentom korzystanie z prawa do zmiany dostawcy usług świadczących usługi telekomunikacyjne poprzez numer dostępu lub preselekcję w zakresie wyboru przez konsumenta kolejnego dostawcy usług telefonicznych, a takie działanie stanowi naruszenie art. 57 ust. 5 Pt.

Zdaniem Prezesa UOKiK pobieranie opłaty aktywacyjnej może stanowić dla konsumenta ograniczenie ekonomiczne w korzystaniu z prawa wyboru dostawcy usług poprzez numer dostępu lub preselekcję na zasadach określonych w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury w sprawie warunków korzystania z uprawnień w publicznych sieciach telefonicznych. Pobieranie opłat za aktywację umów o świadczenie tych usług zniechęca konsumentów do zawierania takich umów z większą liczbą dostawców usług. W rezultacie konsument ze względu na ograniczenie ekonomiczne zawierałby umowę z jednym dostawcą usług. W przypadku chęci korzystania z oferty innego dostawcy i zmiany dostawcy usług konsument musiałby ponosić kolejną opłatę aktywacyjną.

Prezes UOKiK podkreślił, że o świadczeniu przez powódkę usług w oparciu o przedstawiony w Decyzji model (model nr (...)- wynikający z Decyzji Prezesa UKE z dnia 10 lipca 2006r.) można mówić dopiero po aktywacji usługi (...) (w niniejszej sprawie usługi (...)). Prezes UOKiK wskazał, że stwierdzone w Decyzji praktyki określone w pkt I.2 i I.3 dotyczą stanu faktycznego, gdy nie doszło jeszcze do aktywowania przez powódkę Usługi (...).

Pozwany wskazał też, że wbrew zarzutom powódki, nie kwestionował w Decyzji okoliczności, że na wysokość udzielanej abonentowi ulgi związanej z zawartą umową o świadczenie usług telekomunikacyjnych mogą wpływać poniesione przez przedsiębiorcę, koszty obsługi procesu sprzedaży. Natomiast brak stwierdzenia nieprawidłowości w działaniu (...) w trakcie podejmowanych przez Prezesa UKE czynności kontrolnych, nie może stanowić podstawy do merytorycznego kwestionowania stanowiska Prezesa UOKiK zaprezentowanego w Decyzji.

Prezes UOKiK zaznaczył, że wbrew twierdzeniom powódki, decyzja w zakresie pkt I.2 nie dotyczy kwestionowania pobierania przez dostawców usług telekomunikacyjnych jakichkolwiek opłat aktywacyjnych, lecz wyłącznie naliczania konsumentom przez (...) opłaty aktywacyjnej po dokonaniu przez konsumenta wyboru (...) jako dostawcy usług telefonicznych przez numer dostępu lub preselekcję przed uruchomieniem Usługi (...). Wskazał, że w okresie świadczenia konsumentom usług telekomunikacyjnych poprzez numer dostępu lub preselekcję, przed uruchomieniem Usługi (...), powódka nie świadczy konsumentom usług na zasadach promocyjnych (ulgowych), ponieważ konsumentowi nie zostają przyznane ulgi z tytułu opłat abonamentowych za świadczenie wskazanych usług.

Pozwany podtrzymał również wyrażone w decyzji stanowisko dotyczące naruszenia przez powódkę art. 57 ust. 5 Pt w zw. z art. 57 ust. 6 Pt w odniesieniu do stosowanej przez (...) praktyki pobierania opłaty wyrównawczej dotyczącej ulgi z tytułu opłaty aktywacyjnej oraz ulgi z tytułu opłat abonamentowych. Pozwany wskazał, że warunkiem koniecznym wystąpienia przez dostawcę usług telekomunikacyjnych z roszczeniem wobec abonenta o zwrot równowartości ulgi na podstawie przepisu art. 57 ust. 6 Pt jest istnienie umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych związanej z ulgą, określenie w niej równowartości ulgi oraz jej przedmiotu, realne przyznanie abonentowi ulgi oraz określenie terminu, w którym jednostronne rozwiązanie umowy przez abonenta lub dostawcę z winy abonenta, będzie uprawniało dostawcę usługi do wystąpienia z roszczeniem zwrotu równowartości ulgi.

W ocenie Prezesa UOKiK, w okresie świadczenia konsumentom usług telekomunikacyjnych poprzez numer dostępu lub preselekcję, przed uruchomieniem Usługi (...), powódka nie świadczy konsumentom usług na zasadach promocyjnych. Konsumentowi nie zostają przyznane ulgi z tytułu opłat abonamentowych za świadczenie powyższej Usługi. Pozwany podkreślił, że przyznanie abonentowi ulgi wiąże się z momentem rozpoczęcia przez (...) świadczenia na rzecz konsumenta usługi będącej przedmiotem umowy, z którą związana jest ulga.

Pozwany stwierdził, że brak było również przesłanek potwierdzających legalność działań powódki wskazanych w pkt I.1 Decyzji. W szczególności bowiem konsumenci zawierający z (...) umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych

poza lokalem przedsiębiorstwa nie zawierali umów na podstawie oferty sprzedaży lub przez odwołanie się do ogłoszeń, reklam, cenników i informacji skierowanych do ogółu lub do poszczególnych osób, a w konsekwencji nie mogli się oni uprzednio zapoznać z treścią otrzymanej oferty lub informacji pod nieobecność drugiej strony. Zdaniem pozwanego brak było zatem przeszkód do stwierdzenia w tym zakresie nieumyślnego charakteru naruszenia przez (...) zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów i nałożenia w pkt II.1 kary pieniężnej.

Pozwany podkreślił, że kary nałożone w pkt II.1, II.2, II.3 Decyzji zostały zmiarkowane z uwzględnieniem wszystkich przesłanek i zasad określonych w art. 111 u.o.k. i k. oraz przyjętych przez Prezesa UOKiK opublikowanych w Wyjaśnieniach w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Wskazał też, że kara nałożona w pkt II.1 Decyzji jest porównywalna z innymi karami nakładanymi na przedsiębiorców za naruszenia zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów na etapie przedkontraktowym.

Wbrew twierdzeniu powódki, pozwany uznał, że wysokości oszacowanej kwoty bazowej (dot. pkt II.1 Decyzji) nie można uznać za wygórowaną, ponieważ jest ona adekwatna do wagi naruszenia spowodowanego przez powódkę. Pozwany dodał, że powódka dopuściła się naruszenia podstawowego obowiązku ciążącego na przedsiębiorcy zawierającym umowy poza lokalem przedsiębiorstwa, tj. doręczenia wzoru oświadczenia o dostąpieniu od umowy co stanowi naruszenie art. 3 u. o n.p.k.

Waga naruszenia w zakresie kar pieniężnych określonych w pkt II.2 i II.3 Decyzji nie nosi, w ocenie pozwanego, znamion dowolności. Za bezpodstawny uznał pozwany zarzut powódki dotyczący nieuwzględnienia faktu, jaki procent przychodów powódki pochodzi z bezpośredniej sprzedaży partnerskiej.

Zdaniem pozwanego, współpraca powódki z organem w trakcie postępowania administracyjnego nie miała charakteru nadzwyczajnego, lecz wynikała z ciążącego na niej obowiązku, określonego w art 50 u.o.k. i k. Zobowiązanie powódki do niezwłocznego wprowadzenia do stosownaia w obrocie handlowym wzoru odstąpienia od umowy, nie mogło zostać uznane za realizację przesłanki łagodzącej, gdyż nie stanowiło reakcji na wszczęcie przez Prezesa UOKiK postępowania.

Wyrokiem z dnia 26 lutego 2015 r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie i rozstrzygnął o kosztach postępowania.

Orzeczenie powyższe zapadło na podstawie następujących ustaleń faktycznych oraz rozważań prawnych Sądu Okręgowego:

(...) S.A. w W. (dawniej: (...) S.A.) jest podmiotem wpisanym do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, który w oparciu o sieć (...) świadczy usługi telekomunikacyjne na rzecz konsumentów na terenie całego kraju.

W związku z prowadzoną działalnością (...) pozyskuje klientów z zastosowaniem sprzedaży własnej i sprzedaży partnerskiej.

W ramach sprzedaży partnerskiej Spółka zawiera z klientami (konsumentami) umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych poza lokalem przedsiębiorstwa, wykorzystując dwa modele procesu sprzedaży: sprzedaż z wykorzystaniem (...) oraz sprzedaż (...)((...)). W pierwszej opcji sprzedaż realizowana jest z zastosowaniem kontaktu telefonicznego z konsumentem, nawiązywanego przez konsultantów (...) przed ewentualną wizytą przedstawiciela partnera handlowego (...), umocowanego do podpisania umowy, w miejscu zamieszkania konsumenta. W przypadku sprzedaży partnerskiej (...) wizyta przedstawiciela partnera handlowego w miejscu zamieszkania konsumenta nie jest poprzedzona telefoniczną rozmową sprzedażową z konsumentem.

Z Regulaminu świadczenia Usługi (...) i wzorca umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych wynika, że (...) realizuje na rzecz abonentów usługi:

- realizacji połączeń telefonicznych krajowych i międzynarodowych kierowanych do sieci (...) S.A. poprzez wybranie przez konsumenta każdorazowo przed inauguracją połączenia numeru dostawcy usług ((...), numer dostępu, prefiks – (...)), wskazanego przez Operatora lub poprzez preselekcję (Usługa (...)) tj. automatyczną selekcję, na podstawie złożenia przez konsumenta zlecenia preselekcji (§1 b – wzorca umowy).

- utrzymania łącza abonenckiego do sieci telefonicznej (...) S.A. w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych (Usługa (...)) wraz z innymi Usługami, których szczegółowa lista oraz data ich dostępności dla Abonenta określona jest w Cenniku (Usługi (...)) - § 1a wzorca umowy. Świadczenie Usługi (...) realizowane jest w oparciu o usługę hurtowego dostępu do sieci telekomunikacyjnej (...) S.A – tzw. (...), na podstawie decyzji Prezesa UKE z dnia 30 lipca 2009 r. i Porozumienia w zakresie realizacji migracji usług hurtowych w ramach dostępu telekomunikacyjnego do sieci (...). W ramach korzystania z usługi hurtowego dostępu do sieci (...) przejmuje od innego operatora obsługę połączeń telefonicznych razem z pobieraniem opłaty abonamentowej i sprzedaje abonentom usługi pod własną marką,

- realizacji innych usług telekomunikacyjnych, których świadczenie stanie się możliwe w przyszłości (§1 c – wzorca umowy).

Rozpoczęcie korzystania przez abonenta z Usługi (...) ((...)) oraz Usługi (...) wymaga zawarcia przez abonenta z (...) umowy o świadczenie usług (...) oraz złożenia Zamówienia (...) wraz ze Zleceniem Preselekcji.

Zgodnie z treścią § 5 zd. 1 wzoru umowy o świadczenie Usług (...), warunkiem skorzystania przez abonenta z Usługi (...) oraz Usług (...) jest złożenie przez abonenta odrębnego Zamówienia (...) zawierającego jednocześnie oświadczenie abonenta o wypowiedzeniu umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych z (...) S.A. lub z innym dostawcą usług, zapewniającym przyłączenie do sieci (...).

Zgodnie z § 5 zd. 2 wzoru umowy o świadczenie Usługi (...) powódka (...) S.A. rozpoczyna świadczenie Usług (...) dopiero z chwilą upływu terminu wypowiedzenia umowy łączącej abonenta z (...). S.A. lub z innym, dotychczasowym dostawcą zapewniającym abonentowi przyłączenie do sieci (...) S.A. z zachowaniem ciągłości usługi.

Z § 6 zd. 1 i zd. 2 wzoru umowy o świadczenie Usług (...) wynika, że po skompletowaniu poprawnie wypełnionych i podpisanych formularzy umowy o świadczenie Usługi (...) oraz Zamówienia (...) wraz z (...), (...) w terminie 14 dni od dnia otrzymania tych dokumentów jest zobowiązana przekazać Zamówienie (...) wraz ze Zleceniem Preselekcji do (...) S.A. lub innego, dotychczasowego dostawcy zapewniającego abonentowi przyłączenie do sieci (...) S.A.

Do czasu realizacji Zlecenia Preselekcji przez (...) S.A. abonent może korzystać z usług (...) S.A., objętych usługą (...), poprzez wybieranie numeru dostępu - prefiks (...), wskazanego przez (...), od momentu wprowadzenia (aktywacji) do systemu informatycznego (...).

Zgodnie z § 6 zd.3 wzoru umowy o świadczenie Usług (...) aktywacja nowego abonenta w systemie informatycznym (...) S.A. jest dokonywana w następnym dniu po otrzymaniu wypełnionego i podpisanego przez abonenta formularza umowy o świadczenie Usługi (...). Spółka (...) nie ma zwyczaju dodatkowego informowania konsumentów o aktywacji w systemie informatycznym (...).

Zlecenie Preselekcji jest realizowane w terminie wynikającym z przepisów prawa, niezależnie od terminu realizacji Zamówienia (...), bez konieczności ponoszenia przez (...) dodatkowych opłat z tego tytułu, co wynika z art. 4 pkt I ppkt 6 Decyzji Prezesa UKE z dnia 30 lipca 2009 r.

Informacja o możliwości korzystania przez abonenta z połączeń objętych Usługą (...) z zastosowaniem automatycznej preselekcji, bądź – do czasu realizacji Zlecenia Preselekcji – poprzez każdorazowe wybieranie numeru dostępu (Prefiksu) wskazanego przez (...) zawarta jest również w § 3 ust. 7 Regulaminu świadczenia Usługi (...).

W ramach Usługi (...), Spółka zawiera z konsumentem umowy na czas nieoznaczony, chyba że strony postanowiły inaczej w treści umowy (§ 7 - strona 2 wzoru umowy). Zgodnie ze stosowanym przez Spółkę wzorem umowy o świadczenie Usługi (...), umowa z konsumentem, może być zawarta na czas nieokreślony lub na okres 28 miesięcy (strona 1 wzoru umowy).

Z § 5 ust.1 Regulaminu świadczenia usług (...) wynika, że po zawarciu umowy abonent jest zobowiązany do terminowego uiszczania na rzecz Spółki wszelkich należności z tytułu świadczonych przez operatora usług zgodnie z umową bez względu na to, kto z tych usług bezpośrednio skorzystał. W szczególności abonent jest zobowiązany do uiszczenia opłaty aktywacyjnej (jednorazowej) oraz ponoszenia opłat abonamentowych przez czas trwania umowy w wysokości określonej w Cenniku Usług (...). Stosowane przez (...) wzorce umowne nie przewidują zasady, że abonent nie jest obciążany opłatą aktywacyjną, gdy do świadczenia usługi telekomunikacyjnej nie dochodzi w sytuacji gdy, konsument nie dokonał zmiany operatora.

Zgodnie ze stanowiskiem Spółki przedstawionym w piśmie z dnia 26 listopada 2012r. opłata aktywacyjna odnosi się do aktywacji umowy. Aktywacja umowy następuje poprzez wpisanie abonenta do systemu informatycznego (...). Wpis dokonywany jest następnego dnia po otrzymaniu skompletowanego, poprawnie wypełnionego i podpisanego formularza umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych. Spółka nie informuje konsumenta o dacie Aktywacji Umowy. W efekcie aktywacji, abonent uzyskuje m. in. możliwość korzystania z usług telekomunikacyjnych poprzez selekcję (tj. każdorazowy wybór numer dostępu). Aktywacja umowy wiąże się z udzieleniem przez (...) ulgi w opłacie aktywacyjnej.

W myśl § 8 ust. 2 Regulaminu świadczenia usług (...) w przypadku rozwiązania Umowy zawartej na czas oznaczony przez Abonenta lub przez Operatora z winy Abonenta przed upływem terminu, na jaki umowa została zawarta, Operatorowi przysługuje uprawnienie do naliczania opłaty wyrównawczej, nie przekraczającej wysokości ulg przyznawanych Abonentowi w związku z zawarciem umowy (aktywacja) lub świadczeniem usługi (...), pomniejszonych o proporcjonalną ich wartość za okres odpowiednio od dnia zawarcia (aktywacji) umowy lub rozpoczęcia świadczenia Usługi (...) do dnia jej rozwiązania. Ulga związana z zawarciem umowy (aktywacją) przyznana jest w dniu zawarcia umowy i stanowi różnicę między opłatą aktywacyjną przewidzianą w cenniku dla umowy zawartej na czas nieoznaczony a opłatą aktywacyjną przewidzianą w cenniku dla umowy zawartej na czas oznaczony dla wybranej taryfy i rodzaju dostępu.

Ulga związana ze świadczeniem Usługi (...) przyznana jest w dniu aktywacji Usługi (...) i stanowi różnicę w wysokości opłat abonamentowych przewidzianych w cenniku dla umowy zawartej na czas nieoznaczony a wysokością opłat abonamentowych przewidzianych w cenniku dla umowy zawartej na czas oznaczony dla wybranej taryfy i rodzaju dostępu. Z wyjaśnień do pkt 6, przedstawionych przez (...) w piśmie z dnia 26 listopada 2012r. (k. 490 akt adm.) wynika, iż zdaniem powoda z usługą preselekcji związana jest ulga w opłatach abonamentowych.

Ulga z tytułu opłaty aktywacyjnej przyznana dla umowy zawartej na czas określony 28 miesięcy w dostępie analogowym wynosi 183,27 zł., a w dostępie (...) wynosi 244,77 zł.

Ulga z tytułu opłat abonamentowych dla umowy zawartej na czas określony 28 miesięcy wynoszą: dla taryfy (...) – 226,80 zł., dla taryfy (...) – 257,60 zł., dla taryfy (...) – 263,20 zł., dla taryfy (...) – 280,00 zł., dla taryfy (...) – 310,80 zł.

W Cenniku usług (...) dla Klientów Indywidualnych - „Informacje o ulgach” w pkt 1.6. (...) stosuje następujące postanowienia :

1) w związku z zawarciem umowy na czas określony 28 miesięcy, abonent otrzymuje ulgę w opłacie abonamentowej – miesięczną wartość ulgi stanowi różnica pomiędzy opłatą abonamentową za wybraną Taryfę określoną w Cenniku Usług (...) dla umowy na czas nieokreślony, a opłatą abonamentową za wybraną Taryfę określoną w niniejszym cenniku dla umowy na czas określony oraz ulgę w opłacie aktywacyjnej stanowiącej różnicę pomiędzy opłatą aktywacyjną dla umowy na czas nieokreślony a opłatą aktywacyjną dla umowy na czas określony,

2) w przypadku rozwiązania umowy zawartej na czas określony 28 miesięcy przez (...) S.A. z winy abonenta lub jej rozwiązania przez abonenta przed upływem okresu, na jaki umowa została zawarta, (...) S.A. ma prawo żądać opłaty wyrównawczej (kary umownej) związanej z przyznaną abonentowi ulgą, pomniejszoną o proporcjonalną jej wartość za okres od dnia zawarcia umowy lub aneksu do

umowy do dnia jej rozwiązania.

Zgodnie z odnośnikiem nr (...) do tabeli nr (...) „Tabela opłat” w Cenniku Usług (...) dla Klientów Indywidualnych, różnica w wysokości opłat abonamentowych przewidzianych w Cenniku dla umowy zawartej na czas nieoznaczony a wysokością opłat abonamentowych przewidzianych w Cenniku dla umowy zawartej na czas określony 28 miesięcy dla wybranej Taryfy i rodzaju dostępu stanowi ulgę przyznaną abonentowi w związku ze świadczeniem Usługi (...) przy zawarciu umowy na czas określony 28 miesięcy.

Zgodnie z odnośnikiem nr (...) do tabeli nr (...) „Opłaty jednorazowe” w Cenniku Usług (...) dla Klientów Indywidualnych, różnica między opłatą aktywacyjną przewidzianą w Cenniku dla umowy zawartej na czas nieoznaczony a opłatą aktywacyjną przewidzianą w Cenniku dla umowy zawartej na czas określony dla wybranej taryfy i rodzaju dostępu stanowi ulgę przyznaną abonentowi w związku z zawarciem (aktywacją) umowy.

(...) nalicza konsumentom na podstawie przedstawionych postanowień wzorców umowy opłaty aktywacyjne i opłaty wyrównawcze.

Mimo złożenia w piśmie z dnia 21 grudnia 2012 r. zobowiązania do stosowania w obrocie handlowym wzoru oświadczenia o odstąpieniu od umowy i pozostawiania konsumentom takiego wzorca przy zawieraniu umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych poza lokalem przedsiębiorstwa, do dnia wydania zaskarżonej decyzji powódka nie wykazała, że stosuje w obrocie konsumenckim wzór oświadczenia o odstąpieniu od umowy zawartej poza lokalem przedsiębiorstwa, o którym mowa w art. 3 ust. 1 uonpk. Z informacji znajdujących się w aktach administracyjnych nie wynika, że współpracujący z powódką partnerzy handlowi lub sama powódka, przed zawarciem umowy poza lokalem przedsiębiorstwa przekazywali konsumentom wzór oświadczenia o odstąpieniu od umowy z oznaczeniem swojej nazwy oraz siedziby.

Wzór umowy, regulamin usług telekomunikacyjnych oraz cennik usług świadczonych przez (...) został zamieszczony na stronie internetowej spółki pod adresem –(...)

Na podstawie złożonych dokumentów Sąd ustalił wysokość osiągniętego w 2011 roku (tj. od 1 stycznia 2011 do 31 grudnia 2011r.) przez powódkę przychodu.

W tych okolicznościach Sąd Okręgowy uznał, że odwołanie powódki nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd podkreślił, że zgodnie z art. 72 ust.1 Pt abonent, który jest stroną umowy z dostawcą usług zapewniającym przyłączenie do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej operatora o znaczącej pozycji rynkowej może wybrać dowolnego dostawcę publicznie dostępnych usług telefonicznych, którego usługi są dostępne w połączonych sieciach.

Warunki korzystania przez abonenta, będącego stroną umowy zawartej z dostawcą usług zapewniającym przyłączenie do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej operatora o znaczącej pozycji rynkowej, z uprawnienia do wyboru dostawcy publicznie dostępnych usług telefonicznych określone zostały w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 16 grudnia 2010 r. w sprawie warunków korzystania z uprawnień w publicznych sieciach telefonicznych (Dz. U. nr 249, poz. 1670). Zgodnie z treścią §15 ust. 1-3 Rozporządzenia abonent dokonuje wyboru dostawcy publicznie dostępnych usług telefonicznych przez wybranie podczas inicjowania połączenia ciągu cyfr zawierającego numer dostępu dostawcy usług (...) (usługa prefiksu), lub poprzez złożenie pisemnego zlecenia kierowania wskazanymi rodzajami połączeń do wybranego dostawcy usług bez konieczności wybierania numeru dostępu dostawcy usług (usługa preselekcji). Wybranie przez abonenta określonego dostawcy usług telefonicznych przez zlecenie preselekcji nie może ograniczać i nie wyłącza wyboru innego, dowolnego dostawcy tych usług przez (...) (numeru dostępu)

- § 15 ust. 7 Rozporządzenia. Zgodnie z § 15 ust. 8 Rozporządzenia wybór dostawcy publicznie dostępnych usług telefonicznych przez zlecenie preselekcji może być w każdym czasie przez abonenta zmieniony lub wycofany. Ponadto zgodnie z art. 72 ust. 2 Pt z tytułu dokonania przez abonenta wyboru dostawcy publicznie dostępnych usług telefonicznych, o którym mowa w art. 72 ust.1 Pt, w stosunku do abonenta roszczenie nie przysługuje. W art.72 ust.2 Pt ustawodawca kategorycznie ustalił, że w przypadku, gdy zgodnie z art. 72 ust.1 Pt abonent dokona wyboru dostawcy usług telefonicznych, dostawcy usług telefonicznych nie przysługuje z tego tytułu uprawnienie do wystąpienia z roszczeniem do abonenta. Przepis art.72 ust.2 Pt nie wskazuje konkretnie, który z dostawców publicznie dostępnych usług telefonicznych nie może zgłaszać roszczeń do abonenta z powodu zmiany dostawcy usług. W ocenie Sądu Okręgowego przyjęte przez ustawodawcę sformułowanie oznacza, że zakaz występowania do abonenta z roszczeniem z tytułu wyboru dostawcy publicznie dostępnych usług telefonicznych, o którym mowa w art. 72 ust.1 Pt, obejmuje zarówno dotychczasowego dostawcę usług telefonicznych, który świadczył abonentowi usługę przed dokonaniem wyboru nowego dostawcy jak i każdego nowo wybranego dostawcę usług. Jest tak również w przypadku, gdyby abonent wybrał dwóch lub więcej nowych dostawców, z których każdy świadczyłby na rzecz abonenta określony rodzaj usługi telefonicznej. Sąd podkreślił, że takie stanowisko jest przejawem działań ustawodawcy w interesie konsumentów, zmierzających do podniesienia poziomu konkurencji pomiędzy dostawcami usług telefonicznych. Znajduje ono również potwierdzenie w poglądach doktryny prawa telekomunikacyjnego (S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz. Wyd. 2 Warszawa 2005 s.488). Zgodnie z przedstawionym stanowiskiem żaden z podmiotów świadczących abonentowi usługi telefoniczne nie może zgłaszać do abonenta roszczeń z powodu zmiany dostawcy. Mając na uwadze, że (...) jest dostawcą usług zapewniającym konsumentom przyłączenie do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej operatora o znaczącej pozycji rynkowej Sąd Okręgowy stwierdził, że sformułowany w art. 72 ust.2 Pt zakaz dotyczy również powódki.

Uwzględniając powyższe, Sąd Okręgowy uznał, że zarzuty odwołania w zakresie pkt I ppkt 2 zaskarżonej decyzji, dotyczącej dokonania przez Prezesa UOKiK błędnej wykładni art. 72 ust.2 Pt, są nietrafne.

Sąd wskazał, że ustanowiony w art.72 ust. 2 Pt zakaz nie odnosi się jednak do roszczenia, o którym mowa w art. 57 ust. 6 Pt, przysługującego dostawcy usług w stosunku do abonenta z tytułu jednostronnego rozwiązania umowy przez abonenta lub dostawcę usług z winy abonenta przed upływem terminu ustalonego w umowie, której zawarcie było związane z przyznaniem abonentowi ulgą. Zdaniem Sądu pierwszej instancji, mając na uwadze, że przepis art. 57 ust.6 Pt dotyczy roszczenia powstałego na gruncie innych okoliczności niż te, o których mowa w art. 57 ust. 5 Pt, nie można zgodzić się z twierdzeniem powódki, że art. 57 ust. 6 Pt jest przepisem o charakterze *lex specialis* w stosunku do art. 57 ust. 5 Pt. Z tego względu przedstawiona w pkt II odwołania argumentacja w zakresie pkt I ppkt 3 decyzji jest bez znaczenia dla oceny zaskarżonej decyzji, a oparte na niej stanowisko powódki, że stosowana przez (...) praktyka nie jest bezprawna, jest bezzasadne.

Sąd Okręgowy wskazał, że zgodnie z art. 57 ust.5 Pt warunki umowy o świadczenie publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych nie mogą uniemożliwiać lub utrudniać abonentowi korzystania z prawa do zmiany dostawcy usług, świadczącego publicznie dostępne usługi telekomunikacyjne. Zakaz utrudniania dotyczy również dostawcy usług telekomunikacyjnych, świadczących te usługi poprzez zastosowanie prefiksu ((...)) i preselekcję (złożenie zlecenia preselekcji), na zasadach określonych w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 16 grudnia 2010 r. w sprawie warunków korzystania z uprawnień w publicznych sieciach telefonicznych. Ustanowiony w art. 57 ust. 5 Pt zakaz ma ułatwić abonentowi skorzystanie z określonego w art. 72 ust.1 Pt uprawnienia do swobodnego wyboru dostawcy usług telefonicznych również za pośrednictwem numeru dostępu lub preselekcji. Zawarta w art. 57 ust.5 Pt regulacja dotyczy zasad kształtowania przez dostawcę usług treści umów zawieranych z konsumentem. Przepis art. 57 ust. 5 Pt zakazuje dostawcom publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych zamieszczania w umowach postanowień, które w jakikolwiek sposób mogłyby uniemożliwiać, utrudniać lub zniechęcać abonentów do zmiany dostawcy usług telekomunikacyjnych. Utrudnienia mogą mieć charakter finansowy, organizacyjny lub dotyczyć różnych interesów konsumentów. Zakazane jest w związku z tym stosowanie we wzorcach umów postanowień wprowadzających utrudnienia o charakterze finansowym, organizacyjnym lub dotyczące innych

interesów konsumentów albo nakładających na abonentów obowiązki, które mogą uniemożliwiać lub utrudniać abonentowi korzystanie z uprawnienia przewidzianego w art. 72 ust.1 Pt.

Sąd Okręgowy podkreślił, że z dokonanych ustaleń wynika, że (...) zamieszcza w umowie o świadczenie usług telekomunikacyjnych postanowienie nakładające na abonentów obowiązek zapłaty opłaty aktywacyjnej. Zawierając z (...) umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych konsument dokonuje wyboru Spółki jako dostawcy publicznie dostępnych usług telefonicznych przez prefiks lub preselekcję i do upływu terminu wypowiedzenia umowy z dotychczasowym dostawcą usług telekomunikacyjnych, korzysta z usług (...) na zasadach określonych w Rozporządzeniu z dnia 16 grudnia 2010 r. z zastosowaniem prefiksu lub preselekcji. W tym okresie konsument jest jeszcze związany umową z dotychczasowym operatorem, na rzecz którego opłaca abonament. Dopiero po upływie wypowiedzenia i rozwiązaniu dotychczasowej umowy możliwe jest rozpoczęcie (uruchomienie) świadczenia konsumentowi Usługi (...). Z informacji pochodzących od Spółki wynika, że aktywacja konsumenta w systemie informatycznym (...) jest dokonywana następnego dnia po otrzymaniu kompletu podpisanych przez konsumenta formularzy umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych. Z dniem aktywacji konsument uzyskuje możliwość korzystania z usług telekomunikacyjnych za pośrednictwem (...) z wykorzystaniem preselekcji. Jednak nie jest jeszcze abonentem (...), ponieważ wiąże go umowa z dotychczasowym dostawcą usług telekomunikacyjnych. W tym okresie konsument może korzystać z usług dostarczanych przez (...) na zasadach określonych w Rozporządzeniu z 2010 r. Z uwagi na to, że stosowany przez (...) wzorzec umowy nie przewiduje wyjątku od zasady obciążania konsumenta opłatą aktywacyjną w sytuacji, gdy nie doszło do rozpoczęcia świadczenia na rzecz konsumenta Usługi (...), Spółka obciąża opłatą aktywacyjną również konsumentów korzystających z usług (...) wyłącznie z zastosowaniem prefiksu lub preselekcji mimo, że w stosunku do tych konsumentów nie doszło jeszcze do zmiany operatora.

W ocenie Sądu Okręgowego, działanie Spółki polegające na zastrzeżeniu w umowie i pobieraniu od konsumentów opłaty za aktywację umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, przed rozpoczęciem świadczenia Usługi (...), gdy konsumenci mogli korzystać z usług (...) wyłącznie za pośrednictwem prefiksu lub preselekcji, utrudnia konsumentom korzystanie z prawa do zmiany dostawcy usług, wywiera negatywny wpływ na podjęcie przez konsumentów decyzji o zmianie dostawcy usług telekomunikacyjnych i może skutecznie zniechęcać konsumentów do wyboru nowego dostawcy usług telekomunikacyjnych poprzez numer dostępu lub preselekcję. W związku z tym, Sąd Okręgowy uznał, że działanie (...) jest niezgodne z regulacją ustawową zawartą w art. 72 ust.2 Pt i art. 57 ust.5 Pt i jako takie jest bezprawne.

Odnośnie do praktyki powódki określonej w pkt I ppkt 3 Decyzji Sąd wskazał, że zgodnie z art 57 ust. 6 Pt, w przypadku zawarcia umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, w tym zapewnienie przyłączenia do publicznej sieci telekomunikacyjnej, związanej z przyznaniem abonentowi ulgi, wysokość roszczenia z tytułu jednostronnego rozwiązania umowy w sposób określony w tym przepisie, nie może być wyższa od określonej w umowie równowartości przyznanej abonentowi ulgi, pomniejszonej o jej wartość za okres od dnia zawarcia umowy do dnia jej rozwiązania.

Sąd podkreślił, że zgodnie z § 8 ust. 2 Regulaminu świadczenia Usługi (...) w przypadku zaistnienia sytuacji przewidzianej w art. 57 ust.6 Pt (tj. rozwiązania umowy zawartej na czas oznaczony przez konsumenta lub przez Spółkę z winy konsumenta przed upływem terminu, na jaki umowa została zawarta) powódce przysługuje uprawnienie do naliczenia opłaty wyrównawczej, nie przekraczającej wysokości ulg przyznawanych abonentowi w związku z zawarciem umowy (aktywacja) lub świadczeniem Usługi (...), pomniejszonych o proporcjonalną ich wartość za okres odpowiednio od dnia zawarcia (aktywacji) umowy lub rozpoczęcia świadczenia Usługi (...) do dnia jej rozwiązania. Ulga związana z zawarciem (aktywacją) umowy przyznana jest w dniu zawarcia umowy, a ulga związana ze świadczeniem Usługi (...) jest przyznana w dniu aktywacji Usługi (...).

Sąd Okręgowy zwrócił uwagę na pismo powódki z dnia 26 listopada 2012 r., w którym wskazała, że po aktywacji w systemie konsument uzyskuje możliwość korzystania z usług telekomunikacyjnych przez numer dostępu. Jednocześnie aktywacja umowy wiąże się z udzieleniem ulgi w opłacie aktywacyjnej, a w związku z korzystaniem przez konsumenta z preselekcji przyznawana jest ulga w opłatach abonamentowych.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji, z powyższego wynika, że (...) ustaliła w Regulaminie praktykę pobierania od konsumentów opłaty wyrównawczej z tytułu opłat abonamentowych w przypadku, gdy konsument dokona wyboru (...) jako dostawcy publicznie dostępnych usług telefonicznych przez prefiks lub preselekcję, przed rozpoczęciem świadczenia Usługi (...), tj. w czasie, gdy konsument jest jeszcze związany umową z dotychczasowym operatorem, na rzecz którego płaci abonament. Stosowane przez (...) postanowienia wzorców umowy nie przewidują wyjątku od zasady obciążenia konsumenta opłatą wyrównawczą w sytuacji, gdy nie dojdzie do rozpoczęcia świadczenia konsumentowi Usługi (...). W związku z tym, zgodnie z ustaloną praktyką Spółka obciąża opłatą wyrównawczą również konsumentów, korzystających z usług (...) wyłącznie przez numer dostępu lub preselekcję.

Zastrzeżenie w umowie i pobieranie przez (...) od konsumentów opłaty wyrównawczej, dotyczącej ulgi z tytułu opłaty aktywacyjnej, zdaniem Sądu Okręgowego, stanowi naruszenie art. 72 ust.2 Pt oraz art. 57 ust. 5 w zw.z art. 57 ust.6 Pt.

Sąd stwierdził, że podstawowym warunkiem, od którego uzależnione jest wystąpienie przez dostawcę usług do konsumenta o zwrot równowartości przyznanej ulgi, jest zawarcie umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, związanej z przyznaniem ulgi oraz faktyczne konsumowanie - korzystanie z ulgi przez odbiorcę usługi, co możliwe jest dopiero po rozpoczęciu świadczenia przez dostawcę na rzecz konsumenta usługi określonej w umowie i której to usługi dotyczyła ulga.

Sąd Okręgowy powołał się na stanowisko Sądu Apelacyjnego w Warszawie wyrażone w wyroku z dnia 19 listopada 2010 r. (sygn. Akt Aca 422/10, niepubl.), że nie można uznać za ulgę świadczenia, do którego konsument jest jedynie uprawniony i z którego nie ma obowiązku skorzystać. Stworzenie abonentowi uprawnienia, z którego nie musi skorzystać ma miejsce na etapie wyboru przez niego konkretnego pakietu usług, ale wybranie określonej umowy nie jest w żadnym razie uważane za ulgę. Przyznanie konsumentowi określonego limitu bezpłatnych minut do wykorzystania w ramach danego planu taryfowego bądź tańszych połączeń telefonicznych w określonym przedziale czasowym nie jest ulgą w rozumieniu ustawy Prawo telekomunikacyjne.

Z powyższego, zdaniem Sądu Okręgowego wynika, że obciążanie konsumenta opłatą wyrównawczą w wysokości równowartości ulgi w rozumieniu art. 57 ust.6 Pt w sytuacji, gdy po zawarciu umowy z dostawcą usług nie dojdzie do rozpoczęcia świadczenia usługi na skutek rezygnacji przez konsumentów z abonamentu lub preselekcji nie ma uzasadnienia w art. 57 ust.6 Pt, ponieważ przed rozpoczęciem świadczenia usług ewentualna korzyść, jaką może uzyskać konsument nie może być uznana za ulgę w rozumieniu przepisów Prawa telekomunikacyjnego. Bezpodstawne jest zatem, w ocenie Sądu pierwszej instancji, obciążanie konsumenta opłatami z tytułu ulg, z których konsument nie skorzystał, ponieważ rozwiązał umowę przed rozpoczęciem jej realizacji. W przypadku braku rozpoczęcia świadczenia Usługi (...) konsumentom nie zostają przyznane ulgi z tytułu opłat abonamentowych, ponieważ przed rozpoczęciem świadczenia tej usługi konsumenci nie mają realnej możliwości skorzystania z ulgi w opłacie abonamentowej. Tym samym zastrzeżenie w umowie opłaty wyrównawczej dotyczącej ulgi z tytułu opłaty abonamentowej w sytuacji braku rozpoczęcia świadczenia konsumentowi usługi (...), także należy uznać za działania naruszające przepisy art. 57 ust.5 Pt. w zw. z art. 57 ust.6 Pt.

Sąd Okręgowy, za Prezesem Urzędu uznał, że jeżeli za bezprawne w świetle art. 72 ust.2 Pt i art. 57 ust.5 Pt uznano zastrzeżenie przez (...) w umowie i pobieranie od konsumentów opłaty za aktywację umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, w sytuacji dokonania przez konsumenta wyboru Spółki jako dostawcy publicznie dostępnych usług telefonicznych przez numer dostępu lub preselekcję przed rozpoczęciem świadczenia konsumentowi Usługi (...), to tym samym odpadła podstawa prawna do naliczenia przez Spółkę konsumentowi z tego tytułu opłaty wyrównawczej.

W związku z powyższym Sąd Okręgowy uznał, że przedstawione w zaskarżonej decyzji działania (...) godziły w zbiorowe interesy konsumentów poprzez narażenie nieokreślonej grupy konsumentów, mogących być odbiorcami usług świadczonych przez powódkę, nie tylko na znaczną stratę finansową, ale również na pozbawienie prawa do uczestniczenia w przejrzystych i niezakłóconych warunkach rynkowych. Niezależnie od pobierania przez Spółkę od konsumentów bezzasadnie opłaty za aktywację i opłaty wyrównawczej w sytuacji braku rozpoczęcia świadczenia

konsumentowi Usługi (...), zastrzeżenie przez Spółkę w umowie i pobieranie opłat mogło stanowić dla konsumentów ograniczenie ekonomiczne w korzystaniu z dostawcy usług przez prefiks lub preselekcję i przez to wpływać na możliwość korzystania przez konsumentów ze swobody wyboru dostawców usług na konkurencyjnym rynku usług telekomunikacyjnych. Sąd pierwszej instancji stwierdził, że działania (...), jako naruszające przepisy Prawa telekomunikacyjnego miały charakter bezprawny.

Sąd Okręgowy powołując się na treść art. 24 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uznał, że działania Spółki nosiły znamiona praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Zdaniem Sądu Okręgowego przy ustalaniu wysokości nałożonych w pkt II.1, II.2 i II.3 decyzją kar pieniężnych Prezes UOKiK dokonał prawidłowej oceny dyrektyw wymiaru kary. Sąd uznał, że nie była to, jak twierdzi powódka, ocena przeprowadzona w sposób dowolny. Podkreślił, że Prezes UOKiK przy każdej z wymierzonych kar przyjął zarówno okoliczności łagodzące jak i obciążające powódkę. Wysokość poszczególnych kwot bazowych nie można uznać za zbyt wygórowane. Prezes UOKiK w sposób właściwy uwzględnił funkcję represyjną, prewencyjną i wychowawczą nakładanych kar pieniężnych. Mając na uwadze rodzaj dotkniętego naruszeniem dobra, charakter, uciążliwość naruszeń interesów konsumentów oraz informacje dotyczące uzyskanego przez (...) S.A. w 2011 r. przychodu Sąd uznał, że wysokość nałożonych na (...) kar pieniężnych została ustalona w zaskarżonej decyzji na poziomie odpowiednim do uzyskanego przez spółkę przychodu, przy uwzględnieniu zasad ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów zawartych w wyjaśnieniach Prezesa UOKiK.

Sąd Okręgowy wskazał również, że oddalił zgłoszone przez powódkę wnioski dowodowe, w tym wniosek o zobowiązanie Prezesa UOKiK o przedłożenie dwudziestu decyzji wydanych w podobnych sprawach uznając, że działania podejmowane przez innych przedsiębiorców w związku ze świadczeniem usług telekomunikacyjnych nie mają wpływu na ocenę stosowanych przez (...) praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Ponadto podkreślił, że okoliczność podejmowania przez Prezesa UOKiK kontroli stosowanych przez innych operatorów alternatywnych praktyk dotyczących konsumentów jest znana Sądowi z urzędu.

Dokonując oceny zarzutu naruszenia art. 111 u.o.k. i k., Sąd Okręgowy podkreślił, że powódka jako profesjonalnie działający przedsiębiorca zobowiązana jest do szczególnej staranności w prowadzeniu działalności gospodarczej. Powódka posiada bowiem odpowiednie doświadczenie oraz ma możliwość korzystania z fachowej obsługi prawnej. Wobec tego dopuszczenie się przez nią stosowania zarzuconych praktyk należy uważać za działania szczególnie naganne nawet jeśli nie były umyślne. Zdaniem Sądu pierwszej instancji, okoliczność, że na działania powódki mogła mieć wpływ ocena jej działalności przeprowadzona przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej nie powinna mieć wpływu na stopień zawinienia, ponieważ kontrola prowadzona przez organ regulacyjny rynku usług elektronicznych dotyczyła innych aspektów niż ochrona interesów konsumentów, jaką ma na celu Prezes UOKiK. Wyniki kontroli prowadzonej przez Prezesa UKE nie mogą więc stanowić okoliczności łagodzącej przy określaniu wymiaru kar pieniężnych. Podobnie takich okoliczności łagodzących nie może stanowić fakt, że powódka działała w zaufaniu do sporządzonej opinii prawnej, na którą powołuje się w odwołaniu.

Podobnie, zdaniem Sądu pierwszej instancji, należało ocenić zarzuty powoda naruszenia przepisów Konstytucji RP, które wobec stwierdzenia, że stosowana przez powoda praktyka jest bezprawna i narusza chronione prawem interesy konsumentów nie zasługują na uwzględnienie.

Ponadto, w ocenie Sądu Okręgowego, podejmowane przez (...) działania mogły być uznane za nieuczciwe praktyki rynkowe. Jako niezgodne z przepisami obowiązującego prawa, były bezprawne i z tego względu sprzeczne z dobrymi obyczajami oraz w istotny sposób zniekształcające lub mogące zniekształcić zachowania rynkowe konsumentów, poprzez wywieranie wpływu na decyzje dotyczące korzystania przez konsumentów z uprawnienia do zmiany dostawcy usług telekomunikacyjnych.

O kosztach postępowania Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku wywiodła powódka. Zaskarżając wyrok w całości zarzuciła Sądowi Okręgowemu, mogące mieć wpływ na wynik sprawy, naruszenie prawa procesowego:

- art. 217 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez oddalenie wniosków dowodowych powódki pomimo, że dotyczyły one okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, co w zakresie też dowodowych powołanych przy wniosku o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka zostało przez Sąd pierwszej instancji przyznane,

- art. 42 Konstytucji RP w zw. z art. 217 § 2 k.p.c. i 227 k.p.c. poprzez zaniechanie ustaleń w przedmiocie winy powódki i oparcie wyroku na jej domniemaniu oraz zaniechanie ustaleń w przedmiocie innych okoliczności wpływających na wymiar kary,

- art. 328 § 2 k.p.c. poprzez sporządzenie uzasadnienia nieodpowiadającego wymogom wskazanym w tym przepisie, w szczególności przez brak odniesienia się do argumentacji powódki, co w konsekwencji doprowadziło do nierozpoznania istoty sprawy i pozbawienia powódki prawa do rozpoznania sprawy przez dwie instancje.

Ponadto powódka zarzuciła Sądowi Okręgowemu naruszenie prawa materialnego:

- art. 57 ust. 5 ustawy Prawo telekomunikacyjne w zw. z art. 24 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na uznaniu, że pobieranie opłaty aktywacyjnej przez wybieranego dostawcę usług narusza ten przepis, podczas, gdy jest on adresowany do dostawców dotychczasowych,

- art. 72 ust. 2 w zw. z art. 72 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne w zw. z art. 19 Dyrektywy o usłudze powszechnej w brzmieniu pierwotnym w zw. z art. 24 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez ich błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że zakaz kierowania roszczeń z tytułu wyboru dostawcy usług jest adresowany zarówno do biorcy jak i dawcy, podczas, gdy wykładnia literalna tego przepisu nie jest jednoznaczna, zaś w świetle wykładni systemowej, celowościowej i prounijnej, nie budzi wątpliwości, że przepis ten jest adresowany do dotychczasowego dostawcy,

- art. 72 ust. 2 w zw. z art. 72 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne w zw. z art. 24 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że pobieranie opłaty aktywacyjnej w związku z zawarciem umowy obejmującej warunki świadczenia usług opartych na mechanizmie selekcji stanowi roszczenie z tytułu wyboru dostawcy usług, podczas gdy w świetle sposobu realizacji uprawnienia wyboru dostawcy w tym trybie opłata ta nie może uznania za roszczenie w stosunku do abonenta z tego tytułu,

- art. 57 ust. 6 w zw. z art. 72 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego w zw. z art. 24 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez ich niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że pobieranie opłaty wyrównawczej z tytułu ulgi w opłacie aktywacyjnej narusza ten przepis, podczas gdy powódka miała podstawy do pobierania opłaty aktywacyjnej, przy jej pobieraniu była udzielana ulga, w związku z czym istniały podstawy do pobierania opłaty wyrównawczej,

- art. 57 ust. 6 Prawa telekomunikacyjnego w brzmieniu na dzień wydania decyzji w zw. z art. 24 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że przepis ten nie pozwala na pobieranie opłat wyrównawczych w sytuacji, w której nie nastąpiło rozpoczęcie świadczenia usługi, podczas, gdy taki zakaz wynika z nowelizacji, która weszła w życie po wydaniu decyzji,

- art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez jego niewłaściwe zastosowanie prowadzące do utrzymania kar nałożonych przez pozwanego w wysokości nieproporcjonalnej do rzekomego naruszenia oraz zysku, jaki miał być osiągnięty z danej praktyki,

- art. 2 Konstytucji RP poprzez niezastosowanie zasady ochrony uzasadnionych oczekiwań wynikającej z tego przepisu polegające na nieuwzględnieniu faktu, że organ wyspecjalizowany w zakresie kontroli przestrzegania przepisów prawa telekomunikacyjnego i mający kompetencję do władczej ingerencji nie stwierdził naruszenia art. 72 ust. 2 i 57 ust. 5 Prawa telekomunikacyjnego, a Prezes UOKiK stwierdził naruszenie tych przepisów,

- art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na braku rozważenia okoliczności mających wpływ na wymiar kary odnośnie każdego z czynów powódki, co wynikało z wady konstrukcyjnej decyzji polegającej na wskazaniu kary odnoszącej się do dwóch czynów,

Powódka zarzuciła Sądowi Okręgowemu naruszenie art. 50 Karty Praw Podstawowych poprzez nałożenie na powódkę kary pieniężnej za czyn, za który wcześniej kara została już nałożona przez Prezesa UKE oraz dwukrotne ukaranie przez Prezesa UKOIK za jeden czyn związany z pobieraniem opłat aktywacyjnych, czego naturalną konsekwencją jest pobieranie opłat wyrównawczych oraz art. 32 ust. 1 i 2 w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 Konstytucji RP poprzez nieuwzględnienie konstytucyjnych zasad równości i zakazu dyskryminacji przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej.

Powódka wniosła o przeprowadzenie w postępowaniu apelacyjnym dowodu z przesłuchania świadka R. F. na okoliczności wskazane w treści apelacji wskazując, że powołanie świadka wynika z wadliwej odmowy przeprowadzenia tego dowodu w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji oraz z ustaleń dokonanych przez sąd pierwszej instancji w wyroku, które nie znajdują oparcia w stanie faktycznym oraz dopuszczenie dowodu z dwudziestu decyzji poprzedzających wydanie zaskarżonej decyzji na okoliczność kryteriów stosowanych przez Prezesa UOKiK oraz ich wagi przy wydawaniu decyzji dotyczących praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów (po uprzednim zobowiązaniu Prezesa do ich przedstawienia).

W konkluzji apelacji powódka wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku w punkcie pierwszym i uchylenie decyzji w punkcie I ppkt 2 i 3 oraz w punkcie II ppkt 1, 2 i 3 oraz zmianę wyroku w punkcie drugim i zasądzenie od pozwanego na rzecz powódki kosztów postępowania apelacyjnego, ewentualnie o zmianę wyroku w punkcie pierwszym i zmianę decyzji w punkcie II ppkt 1, 2 i 3 i wymierzenie kary w następujących wysokościach: a) 9.218 zł (w zakresie pkt. II ppkt 1 decyzji), b) 77.788 zł (w zakresie pkt. II ppkt 2 decyzji), c) 29.171 zł (w zakresie pkt. II ppkt 3 decyzji).

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja pozbawiona jest uzasadnionych podstaw prawnych i jako taka podlega oddaleniu.

Sąd Apelacyjny aprobuje poczynione przez Sąd pierwszej instancji ustalenia faktyczne, które w istocie rzeczy nie były przez apelującą kwestionowane. Zgodzić się również należy z dokonaną przez Sąd Okręgowy, oceną prawną zebranego w sprawie materiału dowodowego.

W pierwszym rzędzie, mając na uwadze skutki, jakie może pociągnąć za sobą zasadność podniesionego zarzutu naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 328 § 2 k.p.c. należy odnieść się do tego właśnie zarzutu.

Powódka w jego uzasadnieniu wskazała, że pisemne motywy zaskarżonego orzeczenia nie odpowiadają wymogom określonym w powyższym przepisie, a to z powodu braku odniesienia się przez Sąd pierwszej instancji do argumentacji (...), co w konsekwencji doprowadziło do nierozpoznania istoty sprawy i pozbawienia powódki prawa do rozpoznania sprawy przez dwie instancje.

W orzecznictwie prezentowany jest pogląd, że zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. powinien być uznany za uzasadniony jedynie w przypadkach wyjątkowych, kiedy treść uzasadnienia całkowicie uniemożliwia sądowi drugiej instancji dokonanie oceny toku wyводу, który doprowadził do wydania orzeczenia (vide wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 lipca 2011 r., sygn. akt I UK 325/10). Podnieść należy, że w przedmiotowej sprawie, pomiędzy treścią zaskarżonego wyroku oddalającego apelację powódki a jego uzasadnieniem, z którego wynika tożsama konkluzja, nie zachodzą różnice mogące prowadzić do braku możliwości poddania orzeczenia kontroli instancyjnej.

Wskazywane w uzasadnieniu apelacji wadliwości pisemnych motywów Sądu pierwszej instancji, dotyczą wymiaru kary, a zatem odnoszą się do stosowania prawa materialnego. Model apelacji pełnej, obowiązujący w polskiej procedurze, nakłada na Sąd drugiej instancji obowiązek korygowania ewentualnych uchybień, w tym zakresie, Sądu pierwszej instancji.

Przyjmując zatem, że w ramach podniesionych w apelacji zarzutów naruszenia przez Sąd Okręgowy przepisów prawa materialnego w odniesieniu do nałożonych na powódkę kar pieniężnych, Sąd Apelacyjny ma obowiązek, bez względu na podniesione zarzuty, oceny stosowanych przepisów prawa materialnego, zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. należy uznać za niezasadny.

Odnosnie do podniesionych w apelacji zarzutów naruszenia przez Sąd Okręgowy przepisów prawa materialnego podkreślić należy, że kwestią sporną między stronami, na etapie postępowania apelacyjnego, jest wykładnia, istotnych w przedmiotowej sprawie, przepisów ustawy Prawo telekomunikacyjne, a mianowicie art. 72 i 57 tej ustawy.

Praktyka, którą Prezes UOKiK uznał za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów polega między innymi na zastrzeżeniu w umowie o świadczenie usług telekomunikacyjnych i pobieraniu od konsumentów opłaty za aktywację umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych w sytuacji dokonania przez konsumenta wyboru powódki jako dostawcy publicznie dostępnych usług telefonicznych przez numer dostępu lub preselekcję przed rozpoczęciem świadczenia konsumentowi usługi (...).

Wbrew stanowisku prezentowanemu przez powódkę, zarówno Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów jak i Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznali, że świadczenie roszczenia, o jakich mowa w art. 72 Prawa telekomunikacyjnego dotyczą zarówno poprzedniego jak i obecnego dostawcy.

Sąd Apelacyjny aprobuje ten pogląd.

Zdaniem Sądu drugiej instancji konkluzja ta oparta jest przede wszystkim na literalnym brzmieniu art. 72 Prawa telekomunikacyjnego, zgodnie z którym abonent publicznie dostępnej usługi telefonicznej będący stroną umowy z dostawcą usług zapewniającym przyłączenie do stacjonarnej publicznej sieci telekomunikacyjnej operatora o znaczącej pozycji rynkowej może wybrać dowolnego dostawcę publicznie dostępnych usług telefonicznych, którego usługi są dostępne w połączonych sieciach.

Paragraf drugi tego przepisu stanowi, że z tytułu dokonania wyboru dostawcy publicznie dostępnych usług telefonicznych, o którym mowa w ust. 1, nie przysługuje roszczenie w stosunku do abonenta.

Ustawodawca zatem wskazuje abonenta (konsumenta) jako podmiot uprzywilejowany, natomiast nie określa, który z dostawców – dotychczasowy czy wybrany jest adresatem zakazu występowania z roszczeniem w stosunku do abonenta.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego treść powyższego przepisu wskazuje, że adresatem tym są zarówno dotychczasowy jak i obecny dostawca.

Zważywszy na treść art. 72 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne podkreślić należy, że zakaz wprowadzania do umowy o świadczenie publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych, w tym o zapewnienie przyłączenia do sieci uniemożliwiających lub utrudniających abonentowi skorzystanie z prawa do zmiany dostawcy usług świadczącego publicznie dostępne usługi telekomunikacyjne, ma stanowić ułatwienie skorzystania przez abonenta z uprawnienia wynikającego z art. 72 Prawa telekomunikacyjnego.

Należy również zwrócić uwagę, że stosownie do paragrafu 15 ust. 6 i 7 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 16 grudnia 2010 r. w sprawie warunków korzystania z uprawnień w publicznych sieciach telefonicznych wynika, że wybór przez abonenta dostawcy publicznie dostępnych usług telefonicznych przez zlecenie preselekcji nie może ograniczać możliwości wyboru dowolnego dostawcy tych usług przez (...), a ponadto wybór przez abonenta dostawcy publicznie dostępnych usług telefonicznych przez zlecenie preselekcji może być w każdym czasie przez abonenta zmieniony lub wycofany.

W tych okolicznościach należy zgodzić się z zaprezentowanym w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia stanowiskiem, że zastrzeżenie w umowie i pobieranie od konsumentów opłaty za aktywację umowy o świadczenie usług

telekomunikacyjnych przed rozpoczęciem świadczenia usługi (...), podczas gdy konsumenci mogli korzystać z usług powódki wyłącznie za pośrednictwem prefiksu lub preselekcji, utrudnia konsumentom skorzystanie z prawa do zmiany dostawcy usług, co narusza wszystkie wyżej powołane przepisy.

Podkreślić należy, że to z informacji powódki wynika, że konsument po aktywowaniu go w systemie informatycznym, nie jest jeszcze abonentem powódki, ponieważ w dalszym ciągu wiąże go umowa z poprzednim dostawcą usług telekomunikacyjnych, uzyskuje jedynie możliwość korzystania z usług telekomunikacyjnych powódki z wykorzystaniem preselekcji. A skoro tak, to w świetle przepisów wyżej powołanego rozporządzenia Ministra Infrastruktury

zlecenie preselekcji może być w każdym czasie przez konsumenta zmienione lub wycofane.

Wobec powyższego obciążanie konsumenta opłatą aktywacyjną jeszcze przed rozpoczęciem świadczenia przez powódkę usługi (...) utrudnia konsumentom skorzystanie z prawa do zmiany dostawcy usług, bowiem wywiera negatywny wpływ na podjęcie decyzji o takiej zmianie jak również zniechęca konsumentów do wyboru nowego dostawcy usług telekomunikacyjnych przez numer dostępu lub preselekcję.

W świetle powyższych okoliczności należy uznać, że zastrzeżenie i pobieranie opłaty aktywacyjnej przed rozpoczęciem świadczenia konsumentom usługi (...) jest roszczeniem w rozumieniu art. 72 Prawa telekomunikacyjnego.

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie budzi zastrzeżeń zarówno rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego jak i motywy uznania stosowanej przez powódkę praktyki polegającej na pobieraniu od konsumenta opłaty wyrównawczej w przypadku rozwiązania umowy zawartej na czas oznaczony z winy konsumenta przed upływem terminu, na jaki została zawarta w sytuacji wyboru powódki jako dostawcy publicznie dostępnych usług telefonicznych przez numer dostępu lub preselekcję, a następnie braku rozpoczęcia świadczenia konsumentowi usługi (...) wobec wycofania lub zmiany przez konsumenta zamówienia (...) lub zlecenie preselekcji, za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów.

Podkreślić należy, że powódka w istocie rzeczy nie kwestionuje okoliczności zastrzeżenia i pobierania opłaty wyrównawczej w opisanych wyżej sytuacjach, jednakże kwestionuje możliwość uznania takiej praktyki za bezprawną w świetle obowiązującego w dacie wydania decyzji przepisu art. 57 ust. 6 Prawa telekomunikacyjnego.

Jak jednak wynika z uzasadnienia rządowego projektu nowelizacji ustawy Prawo telekomunikacyjne zarówno w obecnie jak i w poprzednio obowiązującym stanie prawnym interpretacja powyższego przepisu prowadziła do wniosku, że dostawca nie może występować do konsumenta o zwrot z tytułu udzielonej ulgi w sytuacji, gdy do rozwiązania umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych doszło przed rozpoczęciem świadczenia konsumentowi usług na zasadach promocyjnych.

W uzasadnieniu wskazano również, że nowelizacja ma na celu doprecyzowanie, a nie zmianę zasad występowania dostawcy usług telekomunikacyjnych wobec abonenta z tego rodzaju roszczeniami.

Wobec tego, już tylko ubocznie należy wskazać, że w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 19 listopada 2010 r. w sprawie VI A Ca 422/10 wyrażone zostało stanowisko, że ulga w rozumieniu art. 57 ust. 6 Prawa telekomunikacyjnego winna być ulgą „rzeczywistą” tj. taką, z której konsument faktycznie korzysta. Natomiast korzystanie przez konsumenta ze zniżek czy upustów, jak w przypadku korzystania przez niego z usługi prefiksu lub preselekcji, nie stanowi korzystania z ulgi. Ponadto, skoro konsument może, ale nie musi, w ten sposób, wykonywać połączenia telefoniczne po obniżonej cenie, to korzyść ekonomiczna, jaką może konsument w ten sposób uzyskać, ma charakter potencjalny, a nie rzeczywisty.

W konsekwencji należy uznać, że Sąd Okręgowy nie naruszył prawa materialnego – art. 72 ust. 2 w zw. z art. 72 ust. 1 oraz art. 57 ust. 5 i 57 ust. 6 ustawy Prawo telekomunikacyjne w zw. z art. 24 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Odnosząc do pozostałych zarzutów naruszenia prawa procesowego, należy podkreślić, że dotyczą one postępowania dowodowego. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą, merytoryczna ocena zasadności postanowienia sądu oddalającego wnioski dowodowe strony w ramach zarzutu naruszenia przepisów postępowania jest możliwa jedynie przy zachowaniu przez skarżącego wymogu zgłoszenia zastrzeżenia o uchybieniu przez sąd przepisom postępowania, zgodnie z treścią art. 162 k.p.c. (vide np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 sierpnia 2009 r., I CSK 13/09, LEX nr 1211185, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 czerwca 2007 r., II CSK 96/07, LEX nr 347245, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 20 lutego 2014 r., VI ACa 1079/13, LEX nr 1477383).

Przyjmuje się w judykaturze również, że z treści art. 162 k.p.c. wynika, że strona ma zwrócić uwagę sądowi na uchybienie przepisom postępowania. Oznacza to, że nie jest wystarczające, w szczególności, gdy strona reprezentowana jest przez profesjonalnego pełnomocnika, zwrócenie się do sądu o zaprotokołowanie, że strona zgłasza i wnosi o wpisanie zastrzeżenia do protokołu. Zastrzeżenie będzie skuteczne, jeżeli strona wskaże przepisy, które sąd, jej zdaniem, naruszył (vide wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2013 r., sygn. akt V CSK 544/12).

Mając powyższe na uwadze oraz treść protokołu rozprawy z dnia 26 lutego 2015 r. należy uznać, że zastrzeżenie powódki zgłoszone w trybie art. 162 k.p.c. nie spełnia powyższych wymogów. Jak wynika bowiem z treści zastrzeżenia, powódka wskazała jedynie, że dowody jakie zgłaszała i które zostały przez Sąd Okręgowy oddalone były dla rozstrzygnięcia istotne.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, treść zastrzeżeń nie spełnia wymogów prawidłowego ich zgłoszenia, co skutkowało powinno brakiem możliwości podnoszenia w apelacji zarzutów naruszenia prawa procesowego, które powinny być przedmiotem zastrzeżeń.

Abstrahując jednak od powyższego należy stwierdzić, że zarzuty naruszenia art. 217 k.p.c. i art. 227 k.p.c. nie są zasadne.

Świadek R. F. zgłoszony został przez powódkę na okoliczności zaniechania przez nią stosowania praktyki polegającej na nieprzekazywaniu w przypadku umów poza lokalem przedsiębiorstwa wzoru oświadczenia o odstąpieniu, wykrycia błędu systemowego powodującego nieprawidłowe naliczanie opłat wyrównawczych z tytułu opłat abonamentowych przed aktywacją usługi (...) oraz daty wykrycia tego błędu, daty zaprzestania naliczania opłat wyrównawczych z tytułu opłat abonamentowych przed aktywacją usługi (...), liczby wystawionych przez powódkę korekt opłat wyrównawczych z tytułu nieprawidłowo naliczonych opłat abonamentowych przed aktywacją usługi (...) po wykryciu błędu systemowego oraz daty zakończenia tej operacji, liczby zawartych umów poza lokalem oraz w innych modelach sprzedażowych oraz procesu zawierania i aktywacji usług.

Mając powyższe na uwadze podkreślić należy, że okoliczność zaprzestania stosowania praktyki, o jakiej mowa w punkcie I.1 zaskarżonej decyzji jest okolicznością, która pojawiła się w toku postępowania przed Sądem pierwszej instancji. W postępowaniu administracyjnym, tuż przed wydaniem zaskarżonej decyzji, powódka zobowiązała się do zaniechania tej praktyki, co nie jest jednoznaczne z jej zaprzestaniem.

Należy ponadto wskazać, że dowód z zeznań świadka F. zgłoszony został w piśmie z dnia 23 grudnia 2014 r., a więc dwa lata po wydaniu zaskarżonej decyzji. Jak wynika z wniosku dowód ten miał służyć właśnie ustaleniu, że powódka zaprzestała stosowania praktyki.

W zakresie kary nałożonej na przedsiębiorcę za stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów dokonuje oceny prawidłowości nałożenia kary pieniężnej decyzją Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na datę wydania decyzji. Skoro zatem powódka w toku postępowania poprzedzającego wydanie decyzji nie przedstawiła dowodów, z których wynikałoby faktyczne zaprzestanie stosowania zaskarżonej praktyki, nie może ona skutecznie podnosić powyższego zarzutu na uzasadnienie wymiaru kary za powyższe naruszenie. Ubocznie należy wskazać, że w sytuacji, gdy przedsiębiorca stosujący praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów zaniecha jej stosowania i wykaże okoliczności potwierdzające to zaniechanie przed

wydaniem decyzji, zastosowanie znajdzie przepis art. 27 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a zatem jakkolwiek Prezes UOKiK wydaje w takiej sytuacji decyzję o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów niemniej jednak stwierdza zaniechanie jej stosowania, a zatem decyzja taka wydawana jest w sytuacji, gdy przedsiębiorca już w dacie wydawania decyzji nie narusza zakazu określonego w przepisie art. 24 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Wymierzenie kary pieniężnej na podstawie art. 106 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ma charakter fakultatywny, ocena zasadności jej nałożenia na przedsiębiorcę pozostawiona jest Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Jednakże, mając na uwadze treść art. 111 ust. 3 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zaprzestanie przez powódkę stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów w dacie wydania decyzji, czego jednak powódka w przedmiotowej sprawie nie wykazała, mogłoby stanowić okoliczność łagodzącą przy ustalaniu wymiaru kary. Nie stanowi to okoliczności uzasadniającej odstąpienie od wymierzenia kary.

Podobnie za niezasadne należy uznać zarzuty naruszenia prawa procesowego w zakresie oddalenia wniosku o dopuszczenie dowodu z szeregu decyzji Prezesa UOKiK na okoliczność wymierzania kar pieniężnych.

W sprawach, w których na przedsiębiorcę nakładane są kary pieniężne badane są okoliczności konkretnej sprawy, charakter naruszenia i okoliczności leżące po stronie przedsiębiorcy a mające wpływ na wymiar kary. Zatem inne decyzje nie mogą stanowić dowodu uzasadniającego zarzut nieprawidłowości ustalenia kary pieniężnej.

Stosownie do art. 106 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania zaskarżonej decyzji podstawą wymiaru kary był uzyskany przez przedsiębiorcę w roku poprzedzającym wydanie decyzji, przychód. Kara ta nie może być jednak wyższa niż 10% uzyskanego przychodu.

Zakres stosowania kryteriów, o których mowa w art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (a także tych w nim niewymienionych) - tj. ocenianie wagi każdego z nich - należy do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Kryteria wzięte pod uwagę przez Prezesa UOKiK przy ustalaniu nałożonych na powódkę kar pieniężnych, zaakceptowane przez Sąd pierwszej instancji, nie budzą wątpliwości Sądu Apelacyjnego.

W szczególności nie jest zasadne twierdzenie powódki, że kary wymierzone powódce nie uwzględniały zysku, jaki miał być osiągnięty z praktyki ocenionej przez Prezesa UOKiK jako naruszającej zbiorowe interesy konsumentów.

W tym kontekście wystarczy jedynie wskazać, że w wyniku dokonanej przez powódkę weryfikacji prawidłowości naliczonych i pobranych od abonentów opłat wyrównawczych w zakresie ulgi związanej z opłatą abonamentową wystawiono (...) not korygujących anulujących te opłaty na łączną kwotę **1.611.610, 06 zł**.

Odnosnie do działania powódki w zaufaniu do opinii prawnej podkreślenia wymaga, że powódka przytaczając w apelacji stanowisko Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 2013 (k.275 v.) sama przyznaje, że przedstawiona przez adwokata opinia prawna nie może (...) stanowić dla danego przedsiębiorstwa podstawy uzasadnionych oczekiwań co do tego, że jego zachowanie nie narusza przepisów prawa, czy też nie pociągnie za sobą nałożenia grzywny (kary pieniężnej). Zatem powódka nie może zasadnie powoływać się na działanie w zaufaniu do opinii prawnej bez względu na to, jakiej specjalności był prawnik wydający opinię oraz, czy opinia wydana została przez organ zewnętrzny.

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie jest uprawnione stanowisko powódki, że w sprawie nie uwzględniono konstytucyjnych zasad równości i zakazu dyskryminacji przy ustalaniu kary pieniężnej, wobec tego, że w innych decyzjach wydanych przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na innych przedsiębiorców nałożone zostały kary pieniężne w mniejszych wysokościach.

Jak już wyżej wskazywano kara pieniężna nałożona na przedsiębiorcę jest związana z karanym podmiotem, rodzajem naruszeniem, jakiego się dopuścił oraz okolicznościami, w jakich doszło do naruszenia. Zatem nałożenie na innego

przedsiębiorcę kary w innej wysokości, nie może być oceniane jako naruszające zakaz dyskryminacji i naruszające zasadę równości.

Odnosnie do kolejnego zarzutu niewłaściwego zastosowania art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stwierdzić należy, że Sąd Apelacyjny nie znajduje podstaw do uznania tego zarzutu za uzasadniony.

Powódka niewłaściwego zastosowania przez Sąd Okręgowy art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów upatruje w wadzie konstrukcyjnej decyzji polegającej na wymierzeniu kary odnoszącej się do dwóch czynów w przypadku kary orzeczonej w punkcie II ppkt 3 decyzji.

Jak wynika z zaskarżonej decyzji pozwanego, praktyką uznaną za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów uznano pobieranie od konsumentów opłaty wyrównawczej z tytułu rozwiązania umowy zawartej na czas oznaczony przez konsumenta z powódką, przez konsumenta lub przez powódkę z winy konsumenta przed upływem terminu, na jaki umowa została zawarta, wówczas, gdy konsument dokonał wyboru powódki jako dostawcy publicznie dostępnych usług telefonicznych przez numer dostępu lub preselekcję, a następnie, gdy nie doszło do rozpoczęcia świadczenia konsumentowi usługi (...) w związku z wycofaniem lub zmianą przez konsumenta zamówienia (...) lub zlecenia preselekcji.

Za to właśnie naruszenie powódce wymierzona została kara pieniężna.

W ocenie Sądu Apelacyjnego naruszenia, jakich dopuściła się powódka zostały przez Prezesa UOKiK jasno sformułowane w treści decyzji i nie może budzić wątpliwości, że praktyka określona w punkcie I.3 decyzji obejmuje jedynie zastrzeżenie i pobieranie opłaty wyrównawczej z tytułu rozwiązania umowy przed upływem terminu, na jaki została zawarta.

Wobec powyższego nie jest również zasadny zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 50 Karty Praw Podstawowych. W przedmiotowej sprawie nie doszło bowiem do dwukrotnego ukarania powódki za ten sam czyn. Okoliczność, że zastrzeżenie pobierania opłaty wyrównawczej w przypadku rozwiązania umowy zawartej na czas oznaczony stanowi, zdaniem powódki, naturalną konsekwencję pobierania opłaty aktywacyjnej od konsumenta, nie przemawia za przyjęciem, że zachowania powódki stanowią jeden czyn naruszający zbiorowe interesy konsumentów.

Mając powyższe okoliczności na uwadze, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. orzekł jak w sentencji wyroku. O kosztach postępowania apelacyjnego rozstrzygnięto zgodnie z art. 98 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. stosownie do jego wyniku.