

*Sygn. akt VI ACa 51/13*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 19 września 2013 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:*

*Przewodniczący - Sędzia SA Irena Piotrowska*

*Sędziowie: SA Małgorzata Kuracka*

*SO (del.) Beata Waś (spr.)*

*Protokolant: st. sekr. sądowy Ewelina Murawska*

*po rozpoznaniu w dniu 5 września 2013 r.*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa (...) Sp. z o.o. w W.*

*przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej*

*o nałożenie kary pieniężnej*

*na skutek apelacji powoda i pozwanego*

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

*z dnia 6 listopada 2012 r., sygn. akt XVII AmT 50/11*

**1. Zmienia zaskarżony wyrok w całości w ten sposób, że nadaje mu treść:**

**„I. Uchyła decyzję Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 26 maja 2011 r. (...) w całości;**

**II. Zasądza od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz (...) Sp. z o.o. w W. kwotę 460 (czterysta sześćdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu.”**

**2. Oddala apelację pozwanego w całości;**

**3. Zasądza od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz (...) Sp. z o.o. w W. kwotę 370 (trzysta siedemdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

*Sygn. akt VI ACa 51/13*

## UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 26 maja 2011 r. nr (...) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej nałożył na (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. karę pieniężną w wysokości 2.500.000 zł za niewywiązanie się z obowiązków doręczenia na piśmie abonentowi, z wyprzedzeniem co najmniej jednego miesiąca treści dokonanej w dniu 19 lipca 2010 r. zmiany w cenniku oferty (...), poinformowania abonenta o prawie wypowiedzenia umowy w przypadku braku akceptacji tej zmiany oraz poinformowania abonenta, iż w przypadku podwyższenia cen operatorowi nie przysługuje roszczenie

odszkodowawcze, a także prawo do zwrotu ulgi, o których mowa w art. 61 ust. 5 i 6 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (dalej Pt).

Od powyższej decyzji (...) złożyła odwołanie, w którym zaskarżając decyzję Prezesa UKE w całości, zarzuciła:

1. naruszenie art. 61 ust. 5 i 6 w związku z art. 2 pkt 1 Pt tej samej ustawy w brzmieniu sprzed nowelizacji z 29 kwietnia 2010 r., która weszła w życie 20 lipca 2010 r., poprzez błędne przyjęcie, iż obowiązki określone w art. 61 ust. 5 i 6 Pt ciążyły na powódce;
2. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 209 ust. 1 pkt 13a Pt w związku z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP poprzez nałożenie kary za czyn, który nie podlegał karze w chwili jego popełnienia;

Powódka wniosła o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości, ewentualnie zaś o jej zmianę poprzez zmniejszenie nałożonej zaskarżoną decyzją kary pieniężnej przy zachowaniu zasady odpowiedniości i proporcjonalności.

W odpowiedzi na odwołanie Prezes UKE wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 6 listopada 2012 r. Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w punkcie I. zmienił zaskarżoną decyzję w ten sposób, że w miejsce kary pieniężnej w wysokości 2 500 000 zł nałożył na powódkę karę pieniężną w wysokości 1.000.000 zł; w punkcie II zasądził od Prezesa UKE na rzecz powódki kwotę 50 zł tytułem zwrotu połowy opłaty sądowej od odwołania, a w punkcie III zniósł wzajemnie między stronami koszty zastępstwa procesowego.

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

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

W piśmie z dnia 20 września 2010 r. wskazano, że (...) wyróżnia dwa rodzaje oferty promocyjnej (...): wariant postpaidowy i wariant prepaidowy.

W ramach pierwszego wariantu Klienci dokonujący zakupu telefonu w promocyjnej cenie zawierali jednocześnie z Operatorem pisemną umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych. (...) Wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Klientów, w sierpniu 2009 roku (...) wprowadził nowy rodzaj oferty promocyjnej (...) o charakterze prepaidowym. (...) (...) umożliwił Klientom już posiadającym umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych (tj. zawartą przez Klienta poprzez włączenie się do sieci w ramach usług przedpłaconych) zawarcie umowy o zakup telefonu w promocyjnej cenie. Klienci nie ponosili pełnej jednorazowej opłaty za aparat telefoniczny, ale w ramach oferowanej promocyjnej, niejako ratalnej sprzedaży telefonu zobowiązali się dodatkowo do korzystania z oferowanych przez (...) usług telekomunikacyjnych świadczonych w zakresie posiadanej przez klienta oferty prepaid. Reasumując należy wskazać, iż w ramach przedmiotowej oferty (...), dany klient pozostawał/był użytkownikiem oferty telekomunikacyjnej świadczonej w ramach usług przedpłaconych oraz nie posiadał z tego tytułu żadnej pisemnej umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych z (...), natomiast w zakresie „ratalnego” zakupu telefonu warunki i zobowiązania były określone w stosownej umowie pisemnej. (...) W związku ze zmianą cen usług połączeń telefonicznych do BOK w ramach ofert na kartę, w tym w ramach danej oferty przedpłaconej (...) w dniu 17.06 i 18.06.2010 poinformowała swoich klientów, o rzeczony zmianie cen poprzez ogłoszenie prasowe (...)i informacje na stronie www. Informacja ta

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

Pismem z dnia 18 listopada 2010 r., znak (...), Prezes UKE zawiadomił Spółkę o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie nałożenia kary pieniężnej na (...) za niewywiązanie się z obowiązków doręczenia na piśmie abonentowi z wyprzedzeniem co najmniej jednego miesiąca, treści zmiany w cenniku oferty (...), poinformowania abonenta o prawie wypowiedzenia umowy w przypadku braku akceptacji tej zmiany, a także poinformowania abonenta, iż w przypadku podwyższenia cen operatorowi nie przysługuje roszczenie odszkodowawcze, a także prawo do zwrotu ulgi, o których mowa w art. 61 ust. 5 i 6 Pt.

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

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

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

Pismem z dnia 13 grudnia 2010r. znak: (...) (...) przedstawiła swoje stanowisko w sprawie. W piśmie tym zostały jednocześnie przekazane dane dotyczące wielkości przychodu osiągniętego w 2009r. (...) podtrzymała swoje wyjaśnienia przedstawione w piśmie z dnia 20 września 2010r. Dodatkowo wyjaśniła rozróżnienie poszczególnych wariantów oferty (...). Operator postanowił, iż umowa o udział w promocji (...) nie będzie miała wpływu na obowiązywanie umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych w ofercie na kartę i założenie to znalazło odzwierciedlenie w drugim wariantcie (...) tj. obowiązującej od dnia 14 sierpnia 2009 r. Operator wprowadził ofertę (...) w dwóch opcjach (z tym zastrzeżeniem, iż określenie „opcja” zostało użyte przez Operatora w celu skategoryzowania grup Klientów i nie jest stosowane w dokumentacji ofertowej), a mianowicie:

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

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

- w przypadku opcji standardowej tj. bez miesięcznego zobowiązania - w sytuacji nie wywiązywania się przez Abonenta z obowiązków określonych umową o udział w promocji (...), po wystawieniu noty windykacyjnej przez (...) Abonent może wykorzystać posiadane przez siebie środki na koncie (środki te nie przepadają) oraz może doładować konto;
- w przypadku opcji z miesięcznym zobowiązaniem, w sytuacji niedokonania przez Abonenta w terminie wymaganego doładowania, wystawienie przez Operatora noty windykacyjnej nie powoduje wstrzymania Abonentowi możliwości wykonywania połączeń wychodzących (Abonent może wykonywać połączenia wychodzące o ile posiada na koncie środki) oraz może dokonywać doładowań konta;
- rozwiązanie umowy o udział w promocji (...) nie ma wpływu na obowiązywanie umowy o świadczenie usługi telekomunikacyjnej zawartej przez Abonenta w ofercie na kartę - są dwie niezależne umowy powiązane jedynie „spłatą” ceny telefonu w postaci określonych doładowań konta. Zaprzestanie „spłaty” telefonu powoduje jedynie to, iż Abonent ma obowiązek uregulowania płatności wobec Operatora, a mianowicie jest zobowiązany do zapłaty kwoty stanowiącej różnicę pomiędzy ceną niepromocyjną i promocyjną telefonu. Dodatkowo Operator miarkuje tę kwotę, a Klient nie ponosi żadnych dodatkowych kosztów związanych z niejako „odroczonej terminem zapłaty za telefon”.

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

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

Pismem z dnia 1 lutego 2011 r., znak: (...) Spółka przekazała żądane przez Prezesa UKE w piśmie z dnia 24 stycznia 2011 r. dokumenty oraz przedstawiła żądane przez Prezesa UKE informacje. Wskazała w nich, iż w chwili wprowadzania zmian w cennikach w dniu 19 lipca 2010 r. liczba użytkowników, posiadających umowę z (...) w ramach oferty (...), wynosiła 1.152.800. Pismem z dnia 11 lutego 2011 r. (...) przedstawiła dodatkowe wyjaśnienia w sprawie. Powtórzyła w nim już wcześniej przedstawioną argumentację, podkreślając ponownie odrębność umowy o udział w promocji (...) (formy i przedmiotu) od umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych. Wskazała również na możliwość wprowadzenia uzależnienia zawarcia umowy w ramach promocji (...) od pozostawiania stroną umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych przez określony okres czasu. Przedstawiła szacunkową informację o wielkości osiągniętego w 2010 r. przychodu.

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

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

5. kopię decyzji Prezesa UKE z dnia 5 grudnia 2007 r., znak: (...) nakładającej karę w wysokości 900.000 zł za naruszenie obowiązków informacyjnych w stosunku do użytkowników końcowych,

6. kopię decyzji Prezesa UKE z dnia 1 kwietnia 2008 r., znak: (...) nakładającej karę w wysokości 500.000 zł za niewypełnianie warunków zapewnienia (...) S.A. dostępu telekomunikacyjnego,

7. kopię decyzji Prezesa UKE z dnia 10 listopada 2008 r., znak: (...) nakładającej karę w wysokości 340.000 zł za wykorzystywanie częstotliwości bez posiadanych do tego uprawnień,

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

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

1. kopię wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 listopada 2010 r., sygn. akt: III SK18/08,

2. kopię wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 19 grudnia 2007 r., sygn. akt: VI ACa 368/07,

3. kopię wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 26 listopada 2008 r., sygn. akt: XVII AmT 53/07,

4. kopię wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 30 stycznia 2009 r., sygn. akt: XVII AmT 85/07.

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

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

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

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

W oparciu o powyższe ustalenia Sąd Okręgowy uznał, że zmiany w cenniku oferty (...) zostały dokonane z pominięciem obowiązków określonych w art. 61 ust 5 i 6 Pt, tj. doręczenia abonentowi na piśmie z wyprzedzeniem co najmniej jednego miesiąca, treści zmiany w cenniku oferty, poinformowania abonenta o prawie wypowiedzenia umowy w przypadku braku akceptacji tej zmiany, a także poinformowania abonenta, iż w przypadku podwyższenia cen, operatorowi nie przysługuje roszczenie odszkodowawcze, a także prawo do zwrotu ulgi, które to okoliczności legły u podstaw wydania zaskarżonej decyzji nakładającej na powoda karę pieniężną.

Za bezsporną uznał Sąd Okręgowy okoliczność, że sprawa winna być rozstrzygana w oparciu o przepisy Pt obowiązujące w okresie, w którym dokonano zmiany cennika tj. w dacie 19 lipca 2010 r. Sporna pozostawała natomiast kwestia charakteru stosunku prawnego łączącego uczestników i organizatora promocji.

Rozważając charakter wiążącej strony więzi prawnej, czyli ustalenia co jest źródłem łączącego pozwaną spółkę z klientami, stosunku zobowiązaniowego, Sąd Okręgowy wskazał, że (...) zorganizowała i przeprowadziła w okresie od 14 sierpnia 2009 r. promocję (...), której zasady określone zostały w „Warunkach oferty promocyjnej (...)”. Przesądzały one o tym, iż regulowany na ich podstawie stosunek prawny stanowi przykład umowy nienazwanej.

W umowie takiej poza zobowiązaniem zasadniczym (świadczeniem usług telekomunikacyjnych), sprzedawca, będący organizatorem promocji zobowiązuje się do spełnienia dodatkowego świadczenia tj. sprzedaży telefonu w promocyjnej cenie. Powyższe, nie znamięnia jednak charakteru świadczonej przez operatora usługi i mieści się w granicach swobody kontraktowania.

Uprawnienia kupującego do uczestnictwa w promocji nie tworzą między stronami samoistnego stosunku umownego i nie mają w związku z tym, wpływu na całokształt prawnej regulacji sprzedaży, a korzystający ze świadczonych przez operatora telekomunikacyjnego usług uzyskuje fakultatywnie możliwość wzięcia udziału w promocji i otrzymania atrakcyjnego telefonu komórkowego nowej generacji. Powyższe, ma na celu utrzymanie dotychczasowych klientów oraz pozyskanie nowych odbiorców usług telekomunikacyjnych operatora.

Sąd Okręgowy uznał uczestnictwo w tego typu promocjach niewątpliwie należy łączyć z nabywaniem towarów lub usług - głównym bowiem celem organizowania takich wydarzeń jest zwiększenie sprzedaży usług telekomunikacyjnych oferowanych przez operatora i związany z tym wzrost zysków podmiotów na rzecz których prowadzona jest tego typu akcja promocyjna. Powyższe znajdowało także potwierdzenie w zamieszczeniu w stosowanym przez operatora wzorcu postanowienia o obowiązku zapłaty przez konsumenta, który nie wywiązał się z umowy kwoty stanowiącej równowartość udzielonego użytkownikowi upustu według wartości na dzień zawarcia Umowy o udział w promocji (tj. rynkowej wartości telefonu objętego promocją), pomniejszonego proporcjonalnie o wartość za okres od dnia zawarcia umowy o udział w promocji do dnia jej rozwiązania.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Prezesa UKE art. 61 ust. 5 i 6 Pt w zw. z art. 2 ust. 1 Pt poprzez błędne przyjęcie, że obowiązki te ciążyły na (...) Sąd Okręgowy wskazał iż nie zasługiwał on uwzględnienie.

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

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

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

Ponadto Sąd I instancji wskazał, że wnoszona przez użytkownika telefonu opłata przedpłatowa zostaje następnie w całości wykorzystana poprzez korzystanie przez użytkownika z usług telekomunikacyjnych, a żadna jej część nie jest wyodrębniona w celu zapłaty ratalnej opłaty za przekazany w ramach promocji aparat telefoniczny. Z tego względu Sąd Okręgowy uznał, iż opłata wnoszona przez użytkownika stanowi należność za usługi telekomunikacyjne a nie formę opłaty należności za telefon, co z kolei oznaczało, że status użytkownika telefonu był taki sam jak abonenta i również w stosunku do użytkownika ciążyły na powódzie obowiązki informacyjne określone w art. 61 ust. 5 i 6 Pt.

Na uwagę nie zasługiwał zdaniem Sądu Okręgowego zarzut dotyczący obrazu art. 209 ust. 1 pkt 13a Pt w zw. z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP poprzez nałożenie kary za czyn, który nie podlegał karze w chwili jego popełnienia, gdyż jak wskazał pozwany od dnia 6 lipca 2009 r. tj. w okresie niewywiązania się przez (...) z obowiązków informacyjnych

związanych z dokonanymi zmianami w cenniku (19 lipca 2010r.) naruszenie obowiązku określonego w art. 61 ust. 5 Pt penalizowane było na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 4 Pt, zaś naruszenie obowiązku przewidzianego w art. 61 ust. 6 Pt penalizowane było na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 13a Pt.

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

W ocenie Sądu I instancji wymierzając karę Prezes UKE nie uwzględnił jednak w sposób dostateczny dyrektyw wymiaru kary określonych w art. 210 ust. 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne. Wymierzona kara, co prawda uwzględniała zakres naruszenia i możliwości finansowe powoda, jednak w sposób niedostateczny uwzględniała kryterium dotychczasowej działalności podmiotu. Wbrew twierdzeniom pozwanego powodowa Spółka była dotychczas tylko jednokrotnie karana za naruszenie tego samego rodzaju, a tylko takie naruszenie można brać pod uwagę określając wymiar kary w niniejszym postępowaniu. Ponadto, na korzyść powodowej Spółki przemawia również okoliczność niejasnego sformułowania przez ustawodawcę przepisu nakładającego na powoda sankcję karną z tytułu naruszenia art. 61 ust. 5 i 6 Pt. Chodzi o przepis art. 209 ust. 1 pkt 4 Pt, który był sformułowany w sposób ogólny. Dopiero wchodząca w życie w dniu 20 lipca 2010r. nowelizacja art. 209 ust. 1 pkt 13a Prawa telekomunikacyjnego w wyraźny sposób wymieniła naruszenia prawa, które przynoszą skutek w postaci nałożenia przez Prezesa UKE kary pieniężnej. Z tych uznając nałożoną przez Prezesa UKE karę w wysokości 2.500.000 zł za zbyt wygórowaną i oderwaną od realiów niniejszego postępowania, Sąd I instancji dokonał jej stosownego obniżenia, co na podstawie art. 479<sup>(64)</sup> § 2 kpc uzasadniało zmianę zaskarżonej decyzji w zakresie wysokości określonej w niej kary pieniężnej.

Apelację od powyższego wyroku złożyły obie strony.

Pozwany Prezes UKE, zaskarżając orzeczenie w całości zarzucił Sądowi I instancji naruszenie art. 210 ust. 1 i 2 Pt, poprzez ich błędną wykładnię i w konsekwencji uznanie, że Prezes UKE nakładając na (...) karę pieniężną niedostatecznie uwzględnił kryterium „dotychczasowej działalności podmiotu”, a także wprowadzenie przez Sąd do ustawowych dyrektyw wymiaru kary dodatkowego kryterium w postaci „stopnia sprecyzowania regulacji sankcjonujących dane naruszenie” - w efekcie czego nałożona zaskarżoną decyzją kara została uznana przez Sąd I instancji za zbyt wygórowaną i oderwaną od realiów niniejszego postępowania.

Podnosząc powyższe pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zmianę w całości jego punktu I i orzeczenia o oddaleniu odwołania (...) oraz uchylenie w całości punktu II i III wyroku, a nadto o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje według norm przepisanych.

Z kolei powód, zaskarżył wyrok w części, tj. w punkcie I w części, w której wskutek zmiany decyzji Prezesa UKE z dnia 26 maja 2011 r. nr (...) utrzymana została kara pieniężna w wysokości 1 000 000 zł; w punkcie II w części niezasadzającej od Prezesa UKE na rzecz (...) kwoty 50 zł tytułem zwrotu drugiej połowy opłaty sądowej od odwołania; w punkcie III w całości, zarzucając Sądowi I instancji:

- naruszenie art. 321 k.p.c. w związku z art. 479<sup>60</sup> k.p.c., art. 479<sup>64</sup> § 2 k.p.c. oraz art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, mające istotny wpływ na wynik sprawy, polegające na wydaniu orzeczenia, które wykraczało poza zakres sprawy wynikający z podstawy prawnej przyjętej w zaskarżonej decyzji;

- naruszenie art. 233 k.p.c. mające istotny wpływ na wynik sprawy, polegające na przyjęciu sprzecznie z zasadami logicznego rozumowania, że oferta promocyjna o nazwie (...) dotycząca sprzedaży telefonu wiązała się z obowiązkiem zawarcia przed lub po nabyciu telefonu umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych w formie pisemnej, podczas gdy z materiału dowodowego sprawy, uzasadnienia zaskarżonej decyzji, twierdzeń powoda zawartych w

odwołaniu oraz pozwanego przedstawionych w odpowiedzi na odwołanie wynika jednoznacznie, że oferta promocyjna o nazwie (...) dotycząca sprzedaży telefonu wiązała się z obowiązkiem zawarcia przed lub po nabyciu telefonu umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych przez dokonanie czynności faktycznych (tj. usług o charakterze przedpłaconym –pre-paid);

- nierozpoznanie istoty sprawy;

- naruszenie art. 535 k.c. w związku z art. 56 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lipca 2004 roku Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.), dalej „Pt”, przez jego niezastosowanie, polegające na przyjęciu, iż umowa na podstawie której podmiot nabywa telefon i uzyskuje upust za jego nabycie ze względu na korzystanie z usług telekomunikacyjnych, stanowi umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych;

- naruszenie art. 61 ust. 5 i 6 Pt w związku z art. 2 pkt 1 Pt oraz art. 56 ust. 2 Pt zdanie drugie, przez niewłaściwe zastosowanie, polegające na przyjęciu, iż obowiązki określone w art. 61 ust. 5 i 6 Pt ciążyły na powodzie;

- naruszenie art. 209 ust. 1 pkt 4 Pt w związku z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 6 EKPCz przez błędną wykładnię, polegające na przyjęciu, że dopuszczalne było nałożenie kary za czyn, który nie podlegał karze w chwili jego popełnienia.

Podnosząc powyższe powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w części, tj.: w pkt I poprzez uchylenie zaskarżonej decyzji w całości; w pkt II poprzez zasądzenie od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz (...) kwoty 100 zł tytułem zwrotu opłaty sądowej od odwołania; w pkt III poprzez zasądzenie od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz (...) zwrotu kosztów procesu według norm przepisanych. Ewentualnie powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w części, tj. poprzez zmianę zaskarżonej decyzji w ten sposób, iż kara pieniężna nałożona na (...) zostaje obniżona do kwoty 100 000 zł, względnie ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia wniosku z pkt 1 albo 2 powyżej wnoszę o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania. Nadto skarżący wniósł o zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

***Jedynie Apelacja powoda okazała się zasadna i skutkowałą zmianą zaskarżonego wyroku. Natomiast apelacja pozwanego jako pozbawiona podstaw prawnych podlegała oddaleniu***

Na wstępie odnieść się należy do zarzutu naruszenia art. 233 kpc. Sąd Apelacyjny podzielił ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd I instancji przyjmując je za własne a podniesiony zarzut należy uznać za chybiony. W istocie bowiem Podkreślenia wymaga, iż materiał dowodowy w sprawie istotny dla rozstrzygnięcia składał się z dokumentów przedłożonych przez strony, których ani treść ani autentyczność nie była kwestionowana. W rzeczywistości skarżący zmierza do kwestionowania dokonanej przez Sąd Okręgowy oceny prawnej oferty promocyjnej o nazwie (...) dotyczącej sprzedaży telefonu a nie prawidłowości ustaleń faktycznych dokonanych w sprawie.

Przechodząc do oceny zarzutów naruszenia przepisów prawa materialnego wskazać należy, że słusznie Sąd Okręgowy przyjął, że sprawa winna być rozstrzygana w oparciu o przepisy Prawa Telekomunikacyjnego obowiązujące w okresie, w którym dokonano zmiany cennika tj. w dacie 19 lipca 2010 r. tj. przed zmianami wprowadzonymi nowelą unijną II (ustawa z dnia 29 kwietnia 2010 r. Dz.U.2010.86.55 zmieniającą nin. ustawę z dniem 20 lipca 2010 r.).

A zatem w pierwszej kolejności wypada przypomnieć definicję abonenta zawartą w art. 2 pkt 1 aktualną na dzień 19 lipca 2010r. Przed zmianami wprowadzonymi wspomnianą nowelą unijną II abonent był zdefiniowany jako podmiot, który jest stroną umowy zawartej w formie pisemnej o świadczenie usług z dostawcą publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych. W ten sposób pojęcie abonenta, ze wszystkimi wynikającymi z tego konsekwencjami prawnymi, ograniczone było tylko do podmiotów, które z dostawcą usług mają zawartą umowę w formie pisemnej. A zatem koniecznym elementem uznania podmiotu za posiadający status abonenta było istnienie umowy zawartej w formie



pisemnej. Skonstruowana w ten sposób definicja była sprzeczna z definicją abonenta sformułowaną w art. 2 lit. k dyrektywy 2002/21/WE. Poprzez tak sformułowaną definicję abonentów, które nie korzystały z usług na podstawie umowy zawartej w formie pisemnej nie przysługiwały także liczne uprawnienia i gwarancje, które w prawie telekomunikacyjnym były zastrzeżone tylko dla abonentów. W tym min. obowiązek doręczenia na piśmie abonentowi, treść każdej proponowanej zmiany w cenniku, z wyprzedzeniem co najmniej jednego miesiąca przed wprowadzeniem tych zmian w życie.

Co nie oznaczało, że umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych można było zawrzeć jedynie w formie pisemnej. Zgodnie z treścią art. 56 ust 2 zd 2 wymóg formy pisemnej nie dotyczył umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych zawieranej przez dokonanie czynności faktycznych obejmujących w szczególności umowy o świadczenie usług przedpłaconych świadczonych w publicznej sieci telefonicznej, usług telefonicznych świadczonych za pomocą aparatu publicznego lub przez wybranie numeru dostępu do sieci dostawcy usług. Przepis ten miał także zastosowanie w przypadku innych umów np. o świadczenie usług przedpłaconych występujących, np. w telefonii ruchomej, w tzw. usługach pre-paid, do zawarcia, której dochodzi poprzez nabycie karty lub kodu dostępu. Do stron właśnie takich umów głównie dedykowana była oferta promocyjna (...).

A zatem do dnia 20 lipca 2010 r. statusem abonenta nie byli objęci użytkownicy końcowi usługi przedpłaconej świadczonej w ruchomej publicznej sieci telefonicznej. Słusznie zatem wskazywał powód, że dla osób, które nie zawarły pisemnej umowy o świadczenie usług z dostawcą publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych ustawa Prawo telekomunikacyjne w brzmieniu obowiązującym przed 20 lipca 2010 r. rezerwowała status użytkownika końcowego usługi przedpłaconej świadczonej w ruchomej publicznej sieci telefonicznej ( art.2 pkt 49 ).

Podsumowując, różnica pomiędzy abonentem a użytkownikiem sprowadzała się do sposobu zawarcia umowy. W pierwszym przypadku umowa o świadczenie usług telekomunikacyjnych zawierana była na piśmie zaś w drugim poprzez dokonanie czynności faktycznych ( np. zakup karty).

Obowiązek za którego zaniechanie wykonania został ukarany powód wynikał z art. 61 ust 5 PT. Przepis ten nakładał na dostawcę publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych obowiązek doręczenia abonentowi na piśmie oraz podania do publicznej wiadomości treści każdej zmiany w cenniku, z wyprzedzeniem co najmniej jednego okresu rozliczeniowego przed wprowadzeniem tych zmian w życie. Z literalnego brzmienia tego przepisu wynika, że obowiązek ten nałożony był jedynie w stosunku do abonentów. A zatem zgodzić się należy z opinią tak Sądu I instancji jak i skarżącego, że istotą rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie była ocena prawna umowy sprzedaży telefonu w ramach oferty promocyjnej (...) oraz uznanie czy w ramach tej umowy lub obok dochodziło do zawarcia umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych w formie pisemnej.

Przypomnieć należy w tym miejscu, że oferta promocyjna (...) skierowana była do dwóch grup adresatów. Pierwsza oferta skierowana była do podmiotów, które przed lub po przystąpieniu do promocji zawarły umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych w formie pisemnej tj do abonentów lub przyszłych abonentów. Druga oferta zaś skierowana była do podmiotów, które przed lub po przystąpieniu do promocji zawarły lub zawarą umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych poprzez dokonanie czynności faktycznych ( wariant pre- prepaidowy ). Co do pierwszej grupy powód wypełnił obowiązek określony art. 61 ust.5 i 6 Pt. W obu wariantach umowa sprzedaży telefonu zawierana była w formie pisemnej.

Słusznie uznał Sąd Okręgowy, że uczestnictwo w tego typu promocjach niewątpliwie należy łączyć z nabywaniem towarów lub usług jej uczestników - głównym bowiem celem organizowania takich wydarzeń jest zwiększenie sprzedaży usług telekomunikacyjnych oferowanych przez operatora i związany z tym wzrost zysków podmiotów na rzecz których prowadzona jest tego typu akcja promocyjna. W żadnym razie nie oznacza to jednak, że zawarta pisemna umowa sprzedaży telefonu po cenie promocyjnej, która to cena pozostawała aktualna tylko w wypadku zakupu określonej ilości usług przedpłaconych w telefonii ruchomej, w tzw. usługach pre-paid jednocześnie przekształcała dotychczasowe lub przyszłe umowy zawierane poprzez fakty dokonane w pisemną umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych w rozumieniu art. 56 ust. Pt a tym samym dotychczasowego użytkownika w abonenta,

wobec którego uaktualniałby się obowiązek z art. 60 ust 5 i 6 Pt. Tym samym nie można podzielić poglądu Sądu Okręgowego, że umowa o udział w promocji (...) to umowa nienazwana, w której podstawowym zobowiązaniem było świadczenie usług telekomunikacyjnych oraz dodatkowym zobowiązaniem sprzedawcy do spełnienia dodatkowego świadczenia w postaci sprzedaży telefonu po promocyjnej cenie. Już chociażby z tej przyczyny, że nabywca telefonu choć zobowiązany do nabywania przedpłaconych usług telekomunikacyjnych nadal czynił to poprzez czynności faktyczne tj zakup kolejnych doładowań. Jednak argumentem najistotniejszym pozostaje kwestia samej umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych wymagająca formy pisemnej, o której mowa w art. 56 ust. 3 Pt. Przepis ten należy do kategorii przepisów bezwzględnie obowiązujących i wymienia elementy, które powinna zawierać umowa o świadczenie publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych (minimalne wymagania). Warunków tych nie spełniała przedmiotowa umowa.

A zatem uczestnik promocji nabywający telefon i będący stroną umowy o świadczenie usług przedpłaconych nie stał się abonentem w rozumieniu art. 2 ust.1 Pt. Tym samym zarzut naruszenia art. 61 ust. 5 i 6 Pt w związku z art. 2 pkt 1 Pt oraz art. 56 ust. 2 Pt zdanie drugie, przez niewłaściwe zastosowanie, polegające na przyjęciu, iż obowiązki określone w art. 61 ust. 5 i 6 Pt ciążyły na powodzie okazał się zasadny.

Już tylko na marginesie odnieść należy się do zarzutu naruszenia przez Sąd I instancji naruszenie art. 321 k.p.c. w związku z art. 479<sup>(60)</sup> k.p.c., art. 479<sup>(64)</sup> § 2 k.p.c. oraz art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, mające istotny wpływ na wynik sprawy, polegające na wydaniu orzeczenia, które wykraczało poza zakres sprawy wynikający z podstawy prawnej przyjętej w zaskarżonej decyzji jest co do zasady trafny albowiem niewątpliwie nie rzeczą sądu w sprawie wywołanej odwołaniem przedsiębiorcy od decyzji Prezesa Urzędu, w tym wypadku Komunikacji Elektronicznej jest poszukiwanie podstawy materialnoprawnej dla nałożenia kary pieniężnej czy też jak w przedmiotowej sprawie naprawianie poprzez interpretację przepisów błędów legislacyjnych. Słusznie zatem skarżący posiłkuje się w swojej argumentacji stanowiskiem Sądu Najwyższego zawartym w uzasadnieniu do wyroku z dnia 14 kwietnia 2010r. sygn.akt III SK 1/10 który wskazał, że sądy orzekające w sprawach z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej nakładających kary pieniężne z tytułu niewykonania obowiązków wynikających z mocy ustaw lub decyzji, związane są wskazaną w zaskarżonej decyzji podstawą prawną kary pieniężnej.

Istotnie Prezes UKE w zaskarżonej decyzji nałożył karę pieniężną za niewywiązanie się z obowiązków określonych art. 61 ust 5 i 6 Pt. i jako podstawę prawną jej nałożenia wskazał art.210 i 209 ust.1 pkt 13a Pt. Przy czym przywołany art. 209 ust.1 pkt 13a Pt w brzmieniu przed zmianą z 20 lipca 2010r. nie penalizował obowiązku zakreślonego przepisem art. 61 ust.5 Pt. Penalizował jedynie obowiązek nałożony ust. 6 tego art. Nie można nie zauważyć, że treść ust. 6 art. 61 Pt wyraźnie odwołuje się do treści ust. 5 i jest jego kontynuacją i jedynie za błąd ustawodawcy a nie jego świadome działanie należy uznać pominięcie w treści art. 209 ust. 1 pkt 13a Pt ust. 5 art. 61 Pt. Nie zmienia to faktu, że Sąd I instancji związany był podstawą prawną nałożenia kary pieniężnej wskazaną w zaskarżonej decyzji.

Niezależnie jednak od powyższego pozostała aktualna nadal wskazana w decyzji podstawa prawna tj art. 209 ust. 1 pkt 13a Pt w zakresie niewykonania obowiązku zakreślonego art. 61 ust.6 Pt.

Skoro zatem na powodzie nie ciążył obowiązek przewidziany w art. 61 ust 5 i 6 PT a nadto niewykonanie obowiązku zakreślonego ust. 5 nie było penalizowane to nałożenie na powoda przez Prezesa Komunikacji Elektronicznej kary za niewykonanie tych obowiązków było bezprawne a zatem apelacja pozwana skierowana do wyroku Sądu I instancji w części dotyczącej obniżenia nałożonej przez Prezesa UKE kary pieniężnej jest oczywiście bezzasadna i nie ma potrzeby odnoszenia się do zarzutów w niej podniesionych.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny na skutek apelacji powoda zmienił zaskarżony wyrok na podstawie art. 386 par 1 k.p.c oraz na podstawie art. 385 k.p.c oddalił apelację pozwana. O kosztach procesu za drugą instancję orzeczono na zasadzie odpowiedzialności za wynik sporu stosownie do przepisu art. 98 § 1 i § 3 k.p.c., art. 99 k.p.c. i par 14 ust 3 pkt 3 w związku z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2002 roku Nr 163, poz. 1349 ze zm.).