



Warszawa, 18 czerwca 2019 r.

**PREZES
URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ**

DK.WPA.46.197.2018.15

KOKSZTYS S.A.

ul. Objazdowa 50
54-513 Wrocław

Decyzja

Na podstawie art. 210 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 209 ust. 1 pkt 25 w związku z art. 172 ust. 1 i art. 174 oraz art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 1954, z późn. zm. zwanej dalej „Pt”) oraz art. 104 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 2096 z późn. zm., zwanej dalej „k.p.a.”), po przeprowadzeniu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie nałożenia kary pieniężnej na Koksztys S.A. z siedzibą we Wrocławiu (zwaną dalej „Stroną”, „Spółką” lub „Koksztys”) w związku z niewypełnieniem obowiązku uzyskania zgody abonenta lub użytkownika końcowego, o którym mowa w art. 172 w związku z 174 Pt, w związku z kontaktami, nawiązywanymi dla celów marketingu bezpośredniego przy użyciu telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących w okresie od dnia 1 maja 2017 r. do dnia 14 listopada 2017 r.

nakładam

na Koksztys S.A. karę pieniężną w wysokości: 80 000 PLN (słownie: osiemdziesiąt tysięcy złotych), płatną do budżetu państwa, za naruszenie art. 172 ust. 1 Pt w związku z art. 174 Pt poprzez niewypełnienie obowiązku uzyskania uprzedniej zgody na używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych dla celów marketingu bezpośredniego i użycie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych polegające na nawiązaniu 30 636 kontaktów telefonicznych w celu poinformowania o działalności Koksztys, w tym promowaniu usług oferowanych przez ww. podmiot w zakresie umów abonamentowych na usługi prawne i windykacyjne, co miało miejsce w okresie od dnia 1 maja 2017 r. do dnia 14 listopada 2017 r.

Uzasadnienie

Stan faktyczny sprawy

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (zwany dalej „Prezesem UKE”) w okresie od 5 stycznia 2018 r. do dnia 29 maja 2018 r. przeprowadził kontrole bezpośrednie w Koksztys oraz (zwaną dalej) w celu sprawdzenia przestrzegania przez Koksztys i przepisów ustawy Pt odnoszących się do obowiązków określonych w art. 172 ust. 1 Pt, dotyczących zakazu używania



telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, w związku z art. 174 Pt.

Powyższe kontrole zakończyły się podpisaniem przez Koksztys protokołu kontroli z dnia 29 maja 2018 r., znak: OWR.WK.420.21.2017.17 (zwany dalej „Protokołem kontroli Koksztys”) oraz przez _____ protokołu kontroli z dnia 29 maja 2018 r., znak: OWR.WK.420.22.2017.18 (zwany dalej „Protokołem kontroli _____”).

W toku kontroli Prezes UKE stwierdził naruszenie art. 172 ust. 1 Pt w związku z art. 174 Pt poprzez niewypełnienie obowiązku uzyskania zgody na używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych dla celów marketingu bezpośredniego i użycie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych polegające na nawiązywaniu 30 636 kontaktów telefonicznych w celu poinformowania o działalności Koksztys, w tym promowaniu usług oferowanych przez ww. podmiot w zakresie umów abonamentowych na usługi prawne i windykacyjne, co miało miejsce w okresie od dnia 1 maja 2017 r. do dnia 14 listopada 2017 r.

Uwzględniając powyższe, Prezes UKE pismem z dnia 13 grudnia 2018 r., znak: DK.WPA.46.197.2018.1 (pismo zostało doręczone Stronie w dniu 14 grudnia 2018 r.), zawiadomił Stronę o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie nałożenia kary pieniężnej na Koksztys w związku z niewypełnieniem obowiązków uzyskania zgody abonenta lub użytkownika końcowego, o którym mowa w art. 172 i 174 Pt, w związku z kontaktami, nawiązanymi dla celów marketingu bezpośredniego przy użyciu telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących w okresie od dnia 1 maja 2017 r. do dnia 14 listopada 2017 r.

Pismem tym Prezes UKE na podstawie art. 123 § 1 w związku z art. 75 § 1 k.p.a. oraz art. 206 ust. 1 Pt postanowił włączyć do akt sprawy postępowania administracyjnego następujący materiał dowodowy:

1. kopię protokołu kontroli z dnia 29 maja 2018 r., znak: OWR.WK.420.22.2017, wraz z załącznikami do ww. protokołu;
2. kopię protokołu kontroli z dnia 29 maja 2018 r., znak: OWR.WK.420.21.2017, Koksztys wraz z załącznikami do ww. protokołu, w tym umową o współpracy pomiędzy Koksztys i _____ z dnia _____ r. (zwaną dalej „Umową”);
3. kopie następujących dokumentów złożonych do Krajowego Rejestru Sądowego przez Koksztys¹: Sprawozdanie finansowe Koksztys za okres od 1.01.2017 r. do 31.12.2017 r. zawierające Bilans za rok 2017, Rachunek przepływów pieniężnych (metoda pośrednia), Zestawienie zmian w kapitale własnym, Wprowadzenie do sprawozdania finansowego Koksztys, Rachunek zysków i strat, Sprawozdanie niezależnego biegłego rewidenta z badania rocznego sprawozdania finansowego, Uchwały nr 3,4,5,6 Zwyczajnego Walnego Zgromadzenia Koksztys z dnia 23.11.2018 r., Sprawozdanie Zarządu Koksztys za okres od 1.01.2017 r. do 31.12.2017 r.;
4. kopię Informacji odpowiadającej odpisowi pełnemu z Rejestru Przedsiębiorców dla Koksztys;
5. kopię Informacji odpowiadającej odpisowi pełnemu z Rejestru Przedsiębiorców dla _____

Powyższy materiał dowodowy został załączony do powyższego zawiadomienia w postaci wydruku dokumentów oraz płyty DVD, zawierającej załączniki o nr 14, 22 i 23 do protokołu kontroli z dnia 29 maja 2018 r., znak: OWR.WK.420.22.2017, dotyczącej _____

¹ Dokumenty zostały pobrane ze strony <https://ekrs.ms.gov.pl>.

Ponadto Prezes UKE działając na podstawie art. 10 § 1 k.p.a. poinformował Stronę o możliwości zapoznania się z zebrany materiałem dowodowym w sprawie, a także o możliwości ostatecznego wypowiedzenia się, co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań, w terminie 7 dni od daty otrzymania ww. pisma. Jednocześnie poinformował Stronę, iż zgodnie z art. 73 § 1 k.p.a. w związku z art. 10 k.p.a. strona ma prawo wglądu w akta sprawy, sporządzania z nich notatek, kopii lub odpisów; prawo to przysługuje również po zakończeniu postępowania.

Pismem z dnia 20 grudnia 2018 r. (data wpływu do UKE: 10 stycznia 2019 r.), Strona przedłożyła swoje stanowisko w sprawie. Na wstępie ww. pisma Strona powołując się na zawiadomienie o wszczęciu postępowania z dnia 13 grudnia 2018 r. wskazała, iż „z przedmiotowego pisma nie wynika jednakże do jakich nieprawidłowości w ocenie Prezesa Urzędu doszło w Spółce, które to skutkowałyby naruszeniem przepisu art. 172 ust. 1 w związku z art. 174 Prawa telekomunikacyjnego”. Następnie Koksztys przywołując przepisy art. 172 ust. 1 oraz art. 209 ust. 1 PT podniosła, iż „z brzmienia powyższych artykułów wynika, iż kara pieniężna może zostać nałożona na podmiot, który używa telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego bez uzyskania zgody abonenta lub użytkownika końcowego. Podnieść należy, że Koksztys Spółka akcyjna nie prowadziła samodzielnie działalności marketingowej oraz nie wykorzystuje własnych numerów telefonów do wykonywania połączeń, podczas których przedstawiała oferty handlowe lub z których mogłoby nastąpić użycie automatycznych systemów wywołujących lub telekomunikacyjnych urządzeń końcowych. Co wyraźnie było podkreślane podczas prowadzonej w Spółce kontroli, Koksztys spółka akcyjna zleciła prowadzenie działalności marketingowej na podstawie umowy o

(przedmiotowa umowa załączona została do akt postępowania kontrolnego). Podnieść przy tym należy, że Spółka nie pozyskuje samodzielnie bazy abonentów i użytkowników końcowych, ani takich baz nie udostępnia. Kampania ta skierowana była wyłącznie do przedsiębiorców. Strony ustaliły, iż świadczyła będzie przedmiotowe usługi w oparciu o własną infrastrukturę techniczną i przy użyciu własnych środków (). Nadto zleceniodawca - Koksztys Spółka akcyjna dla potrzeb świadczenia usług przez nie udostępniła żadnych narzędzi, infrastruktury technicznej lub baz danych osobowych. Zwrócić przy tym należy uwagę na jeszcze jeden obowiązek, który w ramach zawartej umowy został nałożony na zleceniobiorcę - , a który to jest niezwykle istotny w kontekście prowadzonego przez Prezesa UKE postępowania. jako wykonawca usług zobowiązała się do używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego wyłącznie wobec osób, które na takie działania wyraziły uprzednią i wyraźną zgodę. Zakazane zostało tym samym wykonywanie przez działań marketingowych wobec osób, które takiej zgody nie udzieliły. Dodatkowo zobowiązała się do kierowania informacji i kampanii wyłącznie do przedsiębiorców. Strony umowy wprowadziły zakaz prowadzenia jakichkolwiek działań przez zleceniobiorcę - w stosunku do konsumentów (). Podkreślić należy, że działania marketingowe wykonywała wobec przedsiębiorców, których dane ujawnione są w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, na powszechnie dostępnych stronach internetowych”. Uwzględniając powyższe Strona wskazała, iż „w ocenie Koksztys spółka akcyjna w przypadku, gdyby doszło do naruszenia przez zobowiązań określonych umową z dnia , Koksztys spółka akcyjna nie może ponosić w tym zakresie odpowiedzialności. (...) w ocenie Koksztys Spółka akcyjna nie ma podstaw prawnych ani faktycznych do stosowania przez Prezesa UKE wobec

Kosztys spółka akcyjna przepisów art. 172, 174 i 209 ust. 1 pkt 25 ustawy Prawo telekomunikacyjne, skoro spółka nie prowadziła żadnych działań marketingowych, w tym przy użyciu telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących bez uzyskania zgody abonenta lub użytkownika końcowego". Jednocześnie Kosztys poinformowała Prezesa UKE, iż „z treści pisma z dnia 13 grudnia 2018 r. stanowiącego zawiadomienie o wszczęciu przez Prezesa UKE postępowania administracyjnego w sprawie nałożenia na Kosztys Spółka akcyjna kary pieniężnej, nie wynika jakie konkretne działania Kosztys Spółka akcyjna doprowadziły do naruszenia przepisów ustawy Prawo telekomunikacyjne" oraz przywołując przepisy art. 201 ust.1 Pt podniosła, iż „Kosztys spółka akcyjna podkreśla, że w trakcie kontroli przeprowadzonej w okresie od dnia 05 stycznia 2018r. do dnia 29 maja 2018r., jak i po jej zakończeniu nie otrzymała żadnych informacji wskazujących jakie nieprawidłowości wystąpiły w kontrolowanej Spółce, które skutkowałyby w ocenie Prezesa UKE, naruszeniem prawa w zakresie art. 172 i 174 Prawa telekomunikacyjnego. Podnieść przy tym należy, że postępowanie kontrolne było już wcześniej prowadzone przez pracowników Urzędu Komunikacji Elektronicznej Delegatura we Wrocławiu w okresie od dnia 01 marca 2017r. do 09 marca 2017r. Na skutek tego postępowania Spółka nie otrzymała także od Prezesa UKE żadnych zaleceń kontrolnych, nie zostało także wszczęte przeciwko Kosztys spółka akcyjna postępowanie w sprawie nałożenia kary pieniężnej. W ocenie Kosztys spółka akcyjna oznacza to, że kontrolerzy nie stwierdzili żadnych nieprawidłowości po stronie Spółki. Podnieść także należy, że podczas obu postępowań kontrolnych przedstawiciele Kosztys Spółka akcyjna wielokrotnie dopytywali pracowników UKE prowadzących kontrolę, czy sposób działania Spółki jest zgodny z przepisami i czy w tym zakresie dostrzegają jakiegokolwiek nieprawidłowości. Także po zakończonej kontroli Spółka kontaktowała się z Naczelnikiem Delegatury we Wrocławiu w celu ustalenia czy w razie stwierdzenia jakichkolwiek nieprawidłowości Spółka otrzyma zalecenia pokontrolne, które będzie mogła wdrożyć w prowadzonym przez siebie przedsiębiorstwie. Wszelkie wystąpienia Spółki w tym zakresie pozostały jednak bez odpowiedzi".

Dlatego Strona „z daleko idącej ostrożności, jak i brzmienia art. 201 ustawy Prawo telekomunikacyjne regulującego skutki przeprowadzenia kontroli, Kosztys Spółka akcyjna wnosi o zastosowanie art. 201 ustawy i wydanie przez Prezesa Urzędu zaleceń pokontrolnych, które Spółka będzie mogła zrealizować w określonym przez Prezesa UKE terminie". (...) Kontrolowana Spółka nie zalicza się do grona wymienionych w tym przepisie podmiotów, jednakże nie może to stanowić przesłanki do dyskryminowania przedsiębiorcy, u którego została przeprowadzona kontrola na podstawie art. 199 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego."

Strona w tym zakresie wyjaśniła, iż „zgodnie z wyrażoną w art. 12 ustawy Prawo przedsiębiorców zasadą pogłębiania zaufania, proporcjonalności, bezstronności i równego traktowania, organ prowadzi postępowanie w sposób budzący zaufanie przedsiębiorców do władzy publicznej, kierując się zasadami proporcjonalności, bezstronności i równego traktowania. Z uwagi na powyższe brzmienie przepisów w ocenie Kosztys Spółka akcyjna niewątpliwie znaleźć powinien zastosowanie art. 201 ustawy Prawo telekomunikacyjne. W tym miejscu należy się także odwołać do treści wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 26 stycznia 2016r., sygn. akt VI ACa 1926/14 (LEX nr 2039641), zgodnie z którym: „Korzystanie przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z uprawnienia do nakładania na przedsiębiorców kar pieniężnych w wyniku przeprowadzenia samoistnego postępowania w sprawie nałożenia kary pieniężnej podlega pewnemu ograniczeniu. Jeżeli Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej przeprowadził postępowanie kontrolne, które wykazało - w zakresie przedmiotu kontroli - fakt naruszenia przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego przepisów p.t., powinien on najpierw podjąć czynności przewidziane dla tego trybu

postępowania w art. 201 p.t. Bez wyczerpania trybu postępowania kontrolnego (wydanie zaleceń pokontrolnych, wyznaczenie terminu na zastosowanie się do nich, bezskuteczny upływ terminu) nie aktualizuje się bowiem kompetencja do ukarania przedsiębiorcy telekomunikacyjnego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, skoro przepisy p.t. określają wprost sekwencję czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Wszczęcie postępowania kontrolnego, w toku którego ustalone zostaną nieprawidłowości w działaniu kontrolowanego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego (w zakresie przedmiotu kontroli) powoduje, że kompetencja Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej do ukarania przedsiębiorcy telekomunikacyjnego w wyniku samoistnego postępowania w sprawie nałożenia kary pieniężnej zostaje wyłączona" (tak samo: wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 7 listopada 2014r., sygn. akt VI ACa 159/14). Ponadto zgodnie ze stanowiskiem judykatury „Kara przewidziana w art. 201 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego jest sankcją stosowaną wobec przedsiębiorcy telekomunikacyjnego z tytułu niewykonania zaleceń pokontrolnych, a nie sankcją z tytułu dopuszczenia się przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego naruszeń wymienionych enumeratywnie w art. 209 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego (tak: postanowienie Sąd Najwyższego z dnia 23 września 2013r., sygn. akt III SK 3/13). Odnieść się także należy do wyroków Sądu Najwyższego z dnia 14 lutego 2014r., sygn. akt III SK 24/11 (OSNP 2013/1-2/25) i z dnia 21 września 2010r., sygn. akt III SK 8/10 (OSNP 2012/3-4/52) które traktują o wykładni art. 201 Prawa telekomunikacyjnego:

- „Przepis art. 209 ust. 1 p.t, zawarty w odrębnym dziale XI ustawy "Przepisy karne i kary pieniężne", sankcjonuje każde zachowanie przedsiębiorcy telekomunikacyjnego objęte dyspozycją unormowań wynikających z kolejnych jednostek redakcyjnego tego przepisu. Natomiast określona w art. 201 ust. 3 p.t. możliwość nałożenia kary pieniężnej stanowi szczególną formę wykorzystania takiej kary jako środka przymusu, który organ regulacyjny jest władny zastosować wobec przedsiębiorcy uchylającego się od wykonania powinności nałożonych na niego w zaleceniach pokontrolnych.”(wyrok SN z dnia 14 lutego 2014r., sygn. akt III SK 24/11).

- „W przypadku wszczęcia postępowania kontrolnego na podstawie art. 199 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz. 1800 ze zm.), warunkiem nałożenia kary pieniężnej na podstawie art. 209 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego jest wyczerpanie trybu unormowanego w art. 201 tego Prawa", (wyrok SN z dnia 21 września 2010r., sygn. akt III SK 8/10).

Powyższe stanowisko judykatury prowadzi do wniosku skutującego wydaniem w pierwszej kolejności przez Prezesa UKE zaleceń pokontrolnych i wskazaniu przedsiębiorcy kontrolowanemu zakresu stwierdzonych nieprawidłowości, umożliwiając jednocześnie podmiotowi kontrolowanemu zastosowanie się do stwierdzonych uchybień i doprowadzenie do stanu zgodnego z prawem”.

Jednocześnie Strona wyjaśniła, iż „wejście w życie Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (RODO) i związane z tym obostrzenia, doprowadziły do ograniczenia skali prowadzonych działań związanych z kampanią informacyjną realizowaną przez [redakcja] na rzecz Koksztys spółka akcyjna. W okresie objętym kontrolą Koksztys spółka akcyjna otrzymywała od zleceniobiorcy [redakcja] około [redakcja] miesięcznie zawartych na skutek działań marketingowych realizowanych na warunkach określonych umową z dnia [redakcja], podczas gdy w 2018 roku ilość ta uległa znacznemu [redakcja] i obecnie ilość umów zawieranych i dostarczanych przez [redakcja] wynosi [redakcja] miesięcznie.

Powyższe przełożyło się także na wyniki finansowe Koksztys spółka akcyjna, które w 2018r.

Strona powołując się na art. 210 ust. 2 Pt podniosła, iż „działalność Koksztys spółka akcyjna była i jest zgodna z obowiązującymi przepisami prawa, Spółka na bieżąco opłacała i opłaca wszelkie zobowiązania, w tym świadczenia publicznoprawne.

Nadto w ocenie Spółki prowadzona przez nią działalność w żadnym zakresie nie narusza zasad uczciwej konkurencji, w tym praw konsumenta, w szczególności prawa do prywatności, nie godzi w interes publiczny czy słuszny interes przedsiębiorców, nie stanowi także zagrożenia dla bezpieczeństwa powszechnego, życia i zdrowia ludzkiego, moralności publicznej, ochrony środowiska, itp. Wśród jednej z wymienionych w art. 210 ust. 2 ustawy przesłanek branych pod uwagę przy wymierzeniu kary odwołano się do możliwości finansowych podmiotu kontrolowanego.

Obliczenie ewentualnej kary od przychodu bez uwzględnienia ponoszonych przez Spółkę kosztów działalności stanowiłoby dla Koksztys spółka akcyjna okoliczność, która doprowadzić Przychód, bez uwzględnienia ponoszonych kosztów, nie daje bowiem obrazu możliwości finansowych kontrolowanego podmiotu. Przypomnieć należy, że zgodnie ze stanowiskiem doktryny istotą administracyjnej kary pieniężnej jest wymierzenie dolegliwości finansowej podmiotowi wykonującemu działalność gospodarczą niezgodnie z przepisami prawa, jednakże organ nakładający tą sankcję zobligowany jest uwzględnić sytuację ekonomiczną karanego podmiotu. Nałożenie nadmiernie wysokiej kary pieniężnej doprowadzić mogłoby bowiem przedsiębiorcę nie tylko do przejściowych problemów natury finansowej, ale wręcz do upadłości, co mijałoby się z celem przepisów regulujących odpowiedzialność karnoadministracyjną, którym jest zapewnienie prowadzenia działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę w sposób zgodny z prawem, a nie doprowadzenie do jego likwidacji”.

Ponadto Strona wskazała, iż „od 30 kwietnia 2018r. obowiązuje pakiet ustaw uchwalonych z myślą o przedsiębiorcach, zbiorczo nazwany „Konstytucją biznesu”. Wprowadzeniu tych przepisów, jak zapowiadał Rząd Rzeczypospolitej Polskiej oraz premier Mateusz Morawiecki, przyswiecał jasny cel - przedsiębiorca ma być dla państwa partnerem, a nie przeciwnikiem. Konstytucja ma przede wszystkim pomóc zbudować na partnerskie relacje między przedsiębiorcami a urzędnikami i ułatwić założenie oraz prowadzenie działalności gospodarczej w Polsce. (...) Prawo przedsiębiorców wprowadza kanon podstawowych zasad dających przedsiębiorcom gwarancję możliwości korzystania z ich praw w relacjach z władzą publiczną. Prawo przedsiębiorców jako akt centralny ma za zadanie wpływać na sposób stanowienia, interpretacji i stosowania wszystkich przepisów dotyczących działalności gospodarczej. Przywołać w tym miejscu należy zasady określone w art. 10 i 11 Prawa przedsiębiorców, które wprowadziły zasadę domniemania uczciwości przedsiębiorcy i rozstrzygania przez organ, przed którym toczy się postępowanie wątpliwości odnośnie do stanu faktycznego oraz wątpliwości co do treści normy prawnej na korzyść przedsiębiorcy:

„art. 10 1. Organ kieruje się w swoich działaniach zasadą zaufania do przedsiębiorcy, zakładając, że działa on zgodnie z prawem, uczciwie oraz z poszanowaniem dobrych obyczajów.

2. Jeżeli przedmiotem postępowania przed organem jest nałożenie na przedsiębiorcę obowiązku bądź ograniczenie lub odebranie uprawnienia, a w tym zakresie pozostają niedające się usunąć wątpliwości co do stanu faktycznego, organ rozstrzyga je na korzyść przedsiębiorcy”.

„art. 11. ust. 1. Jeżeli przedmiotem postępowania przed organem jest nałożenie na przedsiębiorcę obowiązku bądź ograniczenie lub odebranie uprawnienia, a w sprawie

pozostają wątpliwości co do treści normy prawnej, wątpliwości te są rozstrzygane na korzyść przedsiębiorcy, chyba że sprzeciwiają się temu sporne interesy stron albo interesy osób trzecich, na które wynik postępowania ma bezpośredni wpływ".

Postanowienia powyższe mają zastosowanie w postępowaniach przed organami władzy publicznej, których przedmiotem jest nałożenie na przedsiębiorcę obowiązku (np. kary administracyjnej), zatem w ocenie Spółki powinny zostać zastosowane także w przedmiotowej sprawie.

Nadto Spółka podkreśla, że aktywnie uczestniczyła w prowadzonych przez Urząd Komunikacji Elektronicznej kontrolach, tj. w okresie od dnia 01 do dnia 09 marca 2017r. oraz od dnia 05 stycznia 2018r. do dnia 29 maja 2018r., bez zbędnej zwłoki wyjaśniała wszelkie wątpliwości osób prowadzących kontrolę oraz przedstawiała w określonych terminach wnioskowane dokumenty".

Strona podkreśliła, iż „(...) przedstawiciele Urzędu pomimo pozyskania w trakcie obu przeprowadzonych kontroli w Spółce wiedzy na temat sposobu i zakresu zleconych przez Spółkę działań marketingowych podmiotowi trzeciemu (), nie informowali o jakichkolwiek nieprawidłowościach w tym zakresie, tak by Spółka mogła podjąć bez zbędnej zwłoki czynności naprawcze. W ocenie Spółki powyższe okoliczności, jak i współpraca ze strony przedstawicieli Spółki winny zostać wzięte pod uwagę w toku przedmiotowego postępowania.

Zaznaczyć także należy, że czas po którym zostało wszczęte postępowanie w sprawie nałożenia kary pieniężnej na Spółkę licząc od dnia przeprowadzonej pierwszej kontroli (marzec 2017r.) jest niewspółmiernie długi w stosunku do terminu jaki został wyznaczony Koksztys spółka akcyjna do zajęcia stanowiska w sprawie - 7 dni. Nadto zawiadomienie o wszczęciu postępowania (DK.WPA.46.197.2018.) zostało doręczone Spółce na kilka dni przed Świątami Bożego Narodzenia, a jak wiadomo jest to okres urlopowy w większości przedsiębiorstw. Stoi to w sprzeczności art. 12 ustawy Prawo Przedsiębiorców".

Podsumowując „w ocenie Spółki nie doszło do naruszenia przez Spółkę art. 172 i 174 ustawy Prawo telekomunikacyjne, ponieważ Koksztys Spółka akcyjna nie wykonywała żadnych kontaktów dla celów marketingu bezpośredniego przy użyciu telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących. Spółka zleciła podmiotowi trzeciemu wykonywanie czynności marketingowych, nie przekazując przy tym żadnych baz danych. Nadto podmiot świadczący na rzecz Koksztys Spółka akcyjna czynności marketingowe realizował je w oparciu o własną infrastrukturę techniczną i przy użyciu własnych środków. Koksztys spółka akcyjna otrzymywała finalny efekt działalności - zawartą przez przedsiębiorcę umowę o świadczenie usług prawnych i windykacyjnych, nie biorąc udziału w procesie pozyskiwania tych umów".

Pismem z dnia 8 stycznia 2019 r. (data wpływu do UKE: 14 stycznia 2019 r.), Strona przedłożyła wyjaśnienia w kwestii sporządzenia i daty wysłania pisma oznaczonego datą 20 grudnia 2018 r. Strona wskazała, iż „(...) w nawiązaniu do pisma z dnia 20 grudnia 2018r. stanowiącego odpowiedź na zawiadomienie o wszczęciu postępowania z dnia 13 grudnia 2018r., doręczonego Spółce w dniu 14 grudnia 2018r., informuję, iż wskazane pismo z uwagi na błąd pracownika Działu Administracji Spółki nie zostało wysłane pocztą w dniu 21 grudnia 2018r. Bezwzględnie po uzyskaniu informacji w tym zakresie przez pracownika Spółki, pismo datowane na dzień 20 grudnia 2018r. zostało skierowane do wysyłki, tj. dnia 07 stycznia br.". Jednocześnie Koksztys wniosła o uwzględnienie stanowiska Strony z dnia 20 grudnia 2018 r.

Pismem z dnia 14 lutego 2019 r., znak: DK.WPA.46.197.2018.10 (pismo zostało doręczone Stronie w dniu 21 lutego 2019 r.), Prezes UKE wezwał Stronę do przekazania w terminie 30

dni od otrzymania pisma danych dotyczących wielkości przychodu osiągniętego w 2018 r., niezbędnych do określenia podstawy wymiaru kary. Ponadto na podstawie art. 36 k.p.a. Prezes UKE poinformował Stronę, iż sprawa przedmiotowego postępowania, z uwagi na brak posiadania przez Prezesa UKE danych dotyczących przychodów Strony za rok 2018 r., nie może być załatwiona w terminie określonym w art. 35 § 3 k.p.a. i wskazał nowy termin załatwienia sprawy na dzień 30 czerwca 2019 r. Ponadto zgodnie z art. 10 k.p.a. Prezes UKE poinformował o możliwości zapoznania się z zebrany materiał dowodowy w sprawie, a także prawie do ostatecznego wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów w terminie 14 dni od daty otrzymania niniejszego zawiadomienia oraz przypomniał, że zgodnie z art. 73 k.p.a. w związku z art. 10 k.p.a. strona może w każdym stadium postępowania przeglądać akta sprawy oraz sporządzać z nich notatki i odpisy.

Pismem z dnia 26 kwietnia 2019 r. (data wpływu do UKE: 6 maja 2019 r.), Strona przedłożyła swoje dodatkowe stanowisko w sprawie, w którym na wstępie podała dane dotyczące osiągniętego przez Stronę przychodu w roku 2018 w wysokości: . Ponadto wyjaśniła, iż „*że koszty związane z prowadzoną działalnością gospodarczą obciążające Spółkę wyniosły . co skutkowało uzyskaniem w 2018r. dochodu na poziomie .*”. Jednocześnie Strona podniosła, iż w jej ocenie nie doszło do naruszenia przepisów art. 172 i 174 Pt, które uprawniałyby do nałożenia kary pieniężnej na Stronę, ponieważ „*Kosztys Spółka akcyjna nie wykonywała żadnych czynności, przedmiotem których byłby kontakt dla celów marketingu bezpośredniego przy użyciu telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących. Spółka zleciła podmiotowi trzeciemu wykonywanie czynności marketingowych, nie przekazując przy tym żadnych baz danych. Nadto podmiot świadczący na rzecz Kosztys Spółka akcyjna czynności marketingowe realizował je w oparciu o własną infrastrukturę techniczną i przy użyciu własnych środków. Kosztys spółka akcyjna otrzymywała finalny efekt pracy podmiotu realizującego czynności marketingowe - zawartą przez przedsiębiorcę umowę o świadczenie usług prawnych i windykacyjnych, nie biorąc udziału w procesie pozyskiwania tych umów. (...)* Z brzmienia powyższych artykułów [172 ust. 1 Pt i art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt] wynika, iż kara pieniężna może zostać nałożona na podmiot, który używa telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego bez uzyskania zgody abonenta lub użytkownika końcowego. Podnieść należy, że **Kosztys Spółka akcyjna nie prowadziła samodzielnie działalności marketingowej oraz nie wykorzystuje własnych numerów telefonów do wykonywania połączeń, podczas których przedstawiałaby oferty handlowe lub z których mogłoby nastąpić użycie automatycznych systemów wywołujących lub telekomunikacyjnych urządzeń końcowych**”. Strona powtórzyła w swoim piśmie argumenty przedstawione uprzednio Prezesowi UKE w piśmie z dnia 20 grudnia 2018 r. dotyczące braku podstaw prawnych oraz faktycznych do stosowania przez Prezesa UKE wobec Strony przepisów art. 172, 174 i 209 ust. 1 pkt 25 Pt z uwagi na fakt, iż „*spółka nie prowadziła żadnych działań marketingowych, w tym przy użyciu telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących bez uzyskania zgody abonenta lub użytkownika końcowego*”. Ponadto Strona odnosząc się do treści art. 210 ust. 2 Pt wskazała, iż „*działalność Kosztys spółka akcyjna była i jest zgodna z obowiązującymi przepisami prawa, Spółka na bieżąco opłacała i opłaca wszelkie zobowiązania, w tym świadczenia publicznoprawne. Nadto w ocenie Spółki prowadzona przez nią działalność w żadnym zakresie nie narusza zasad uczciwej konkurencji, w tym praw konsumenta, w szczególności prawa do prywatności, nie godzi w interes publiczny czy słuszny interes przedsiębiorców, nie stanowi także zagrożenia dla bezpieczeństwa powszechnego, życia i zdrowia ludzkiego, moralności publicznej, ochrony środowiska, itp. Wśród jednej z wymienionych w art. 210 ust. 2 ustawy przesłanek branych pod uwagę przy wymierzeniu*

kary odwołano się do możliwości finansowych podmiotu kontrolowanego. Wskazać należy, że przychód Spółki w stosunku do osiąganego przez nią dochodu dzieli bardzo duża dysproporcja. Obliczenie ewentualnej kary od przychodu bez uwzględnienia ponoszonych przez Spółkę kosztów działalności stanowiłoby dla Koksztys spółka akcyjna okoliczność, która doprowadzić . Przychód, bez uwzględnienia ponoszonych kosztów, nie daje bowiem obrazu możliwości finansowych kontrolowanego podmiotu. Przypomnieć należy, że zgodnie ze stanowiskiem doktryny istotą administracyjnej kary pieniężnej jest wymierzenie dolegliwości finansowej podmiotowi wykonującemu działalność gospodarczą niezgodnie z przepisami prawa, jednakże organ nakładający tą sankcję zobligowany jest uwzględnić sytuację ekonomiczną karanego podmiotu. Nałożenie nadmiernie wysokiej kary pieniężnej doprowadzić mogłoby bowiem przedsiębiorcę nie tylko do przejściowych problemów natury finansowej, ale wręcz do upadłości, co miałoby się z celem przepisów regulujących odpowiedzialność karnoadministracyjną, którym jest zapewnienie prowadzenia działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę w sposób zgodny z prawem, a nie doprowadzenie do jego likwidacji". Strona ponownie powołując się na art. Ustawy Prawo przedsiębiorców przytoczyła wybrany fragment wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 26 stycznia 2016r., sygn. akt VI ACa 1926/14 (LEX nr 2039641) oraz poinformowała Prezesa UKE, iż „w okresie objętym kontrolą Koksztys spółka akcyjna otrzymywała od zleceniobiorcy około miesięcznie zawartych na skutek działań marketingowych realizowanych na warunkach określonych umową z dnia . podczas gdy w 2018 roku i 2019 roku ilość ta uległa znacznemu W chwili obecnej ilość umów zawieranych i dostarczanych przez wynosi około miesięcznie. Powyższe przełożyło się także na wyniki finansowe Koksztys spółka akcyjna". Jednocześnie analogicznie do treści pisma z dnia 20 grudnia 2018 r. wskazała, iż „w razie gdyby zdaniem Prezesa UKE doszło do naruszenia przez Spółkę art. 172 i 174 Prawa telekomunikacyjnego w pierwszej kolejności winien mieć zastosowanie art. 201 Prawa telekomunikacyjnego, który zawiera nakaz stosowania przez Prezesa Urzędu zaleceń pokontrolnych w stosunku do przedsiębiorcy kontrolowanego". Strona porównując treści art. 201 Pt przed wprowadzoną w dniu 12 grudnia 2018 r. zmianą treści tego przepisu oraz odnosząc się uzasadnienia rządowego projektu ustawy o zmiany ustawy Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw wprowadzającą ww. zmiany na wstępie przytoczyła fragment uzasadnienia o treści „projekt ujednocila zakres podmiotowy art. 201 Pt z zakresem podmiotowym art. 199 ust. 1 Pt. Zgodnie z art. 199 ust. 1 Pt przedmiotem kontroli prowadzonej przez Prezesa UKE jest przestrzeganie przepisów, decyzji oraz postanowień z zakresu telekomunikacji, gospodarki częstotliwościami lub spełniania wymagań dotyczących kompatybilności elektromagnetycznej. Jednocześnie przepis ten nie zawiera podmiotowego ograniczenia prowadzonych kontroli, ponieważ potencjalnych naruszeń z zakresu telekomunikacji, gospodarki częstotliwościami lub spełniania wymagań dotyczących kompatybilności elektromagnetycznej może dokonać każdy podmiot (np. każdy może używać urządzenia radiowego bez pozwolenia). Z kolei krąg podmiotów, wobec których można wydać, na podstawie art. 201 ust. 1, zalecenia pokontrolne (a w konsekwencji tego zastosować całą przewidzianą w art. 201 Pt procedurę), jest ograniczony do przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, podmiotu posiadającego rezerwację częstotliwości lub przydział numeracji, podmiotu wykorzystującego częstotliwości na podstawie pozwolenia, decyzji, o której mowa w art. 144a i art. 144b Pt lub wpisu do rejestru, o którym mowa w art. 144c ust. 1 Pt oraz jednostki samorządu terytorialnego wykonującej działalność, o której mowa w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (Dz. U. z 2017 r. poz. 2062). Obecne brzmienie ww. przepisów Pt powoduje zatem, że w przypadku w którym w trakcie kontroli stwierdzi się nieprawidłowość, która dotyczy podmiotu niewymienionego w art. 201 ust. 1 Pt,

to nie można wydać wobec niego zaleceń pokontrolnych dotyczących tych nieprawidłowości. W takim przypadku nie zostaje osiągnięty jeden z głównych celów kontroli jakim jest możliwość wskazania podmiotowi kontrolowanemu nieprawidłowości i umożliwienie mu ich usunięcia (a w przypadku ich nieusunięcia podjęcie przez Prezesa UKE kroków, o których mowa w art. 201 ust. 3 Pt)". Odnosząc się do powyższego Strona poinformowała, iż „przypomnieć należy, że na powyższe okoliczności powoływała się również kontrolowana Spółka w piśmie z dnia 20 grudnia 2018r. Tą swoistą lukę prawną dostrzegł także ustawodawca dokonując zmiany treści wspomnianego przepisu. Powyższe jest także reakcją racjonalnego ustawodawcy na orzecznictwo sądowe dotyczące wykładni i stosowania art. 201 Prawa telekomunikacyjnego”. Jednocześnie Strona przywołując ponownie treść przepisów i wyroków, o których uprzednio w piśmie z dnia 20 grudnia 2018 r. poinformowała Prezesa UKE podniosła, iż „Przywołane jednolite stanowisko judykatury, jak i obowiązujący na skutek zmian legislacyjnych art. 201 Prawa telekomunikacyjnego prowadzi do wniosku skutkującego wydaniem przez Prezesa UKE. w razie naruszenia przepisów ustawy przez podmiot kontrolowany, zaleceń pokontrolnych i wskazaniu przedsiębiorcy kontrolowanemu zakresu stwierdzonych nieprawidłowości, umożliwiając mu jednocześnie zastosowanie się do stwierdzonych uchybień i doprowadzenie do stanu zgodnego z prawem”.

Ponadto „Koksztyś spółka akcyjna podkreśla, że w trakcie kontroli przeprowadzonej w okresie od dnia 05 stycznia 2018r. do dnia 29 maja 2018r., jak i po jej zakończeniu nie otrzymała żadnych informacji wskazujących jakie nieprawidłowości wystąpiły w kontrolowanej Spółce, które skutkowałyby w ocenie Prezesa UKE, naruszeniem prawa w zakresie art. 172 i 174 Prawa telekomunikacyjnego. Podnieść także należy, że podczas przeprowadzonego postępowania kontrolnego przedstawiciele Koksztyś Spółka akcyjna wielokrotnie dopytywali pracowników UKE prowadzących kontrolę, czy sposób działania Spółki jest zgodny z przepisami i czy w tym zakresie dostrzegają jakiegokolwiek nieprawidłowości. Także po zakończonej kontroli Spółka kontaktowała się z Naczelnikiem Delegatury we Wrocławiu w celu ustalenia czy w razie stwierdzenia jakichkolwiek nieprawidłowości Spółka otrzyma zalecenia pokontrolne, które będzie mogła wdrożyć w prowadzonym przez siebie przedsiębiorstwie. Wszelkie wystąpienia Spółki w tym zakresie pozostały jednak bez odpowiedzi. Nie bez znaczenia jest również fakt, iż **od dnia przeprowadzenia pierwszej kontroli w zakresie przestrzegania art. 172 i 174 Prawa telekomunikacyjnego (10 kwietnia 2017r.) upłynęły ponad dwa (2) lata.** Przez cały ten okres Spółka nie otrzymała ze strony przedstawicieli UKE jakichkolwiek informacji, które pozwalałyby przypuszczać, że procedury obowiązujące w Spółce stanowią choćby w najmniejszym stopniu naruszenie przepisów Prawa telekomunikacyjnego. Fakt ten uniemożliwił Spółce przez okres ostatnich dwóch lat wprowadzenie zmian w zachodzących w Spółce procesach. Wszystko to powoduje, iż **Spółka przez cały ten okres pozostaje w niepewności biznesowej.** Ponadto brak informacji ze strony przedstawicieli UKE pozwalały przypuszczać kontrolowanej Spółce, iż funkcjonujący w niej sposób procedowania jest prawidłowy i zgodny z obowiązującymi przepisami prawa. Fakt wszczęcia przez Urząd ponownej kontroli w tożsamym zakresie przedmiotowym bez uprzedniego wydania zaleceń pokontrolnych czy wszczęcia postępowania administracyjnego w sprawie nałożenia kary, było w ocenie Spółki nieprawidłowe, takie działanie przedstawicieli Urzędu Spółka odbiera jako „wpuszczenie w pułapkę”. Brak wskazania na nieprawidłowości podczas pierwszej kontroli (o ile takie występowały) uniemożliwiło podjęcie przez Spółkę czynności mających na celu wdrożenie procedury naprawczej. Nadto skutkowało to powielaniem przez kolejne miesiące funkcjonowania Spółki dotychczasowych, być może naruszających Prawo telekomunikacyjne, procesów”.

Jednocześnie Strona poinformowała, iż „od 30 kwietnia 2018r. obowiązuje pakiet ustaw uchwalonych z myślą o przedsiębiorcach, zbiorczo nazwany „Konstytucją biznesu”. Wprowadzeniu tych przepisów, przyświecał jasny cel - przedsiębiorca ma być dla państwa partnerem, a nie przeciwnikiem. Konstytucja ma przede wszystkim pomóc zbudować na nowo partnerskie relacje między przedsiębiorcami a urzędnikami i ułatwić założenie oraz prowadzenie działalności gospodarczej w Polsce. Szczególną rolę należy przypisać kluczowej ustawie Pakietu Konstytucji Biznesu - ustawie Prawo przedsiębiorców, która tworzy prawne fundamenty i daje konkretne narzędzia do budowania zaufania i partnerstwa w relacjach przedsiębiorca - organ państwowy. Ustawa zawiera zasady, które winny być wyraźnie zaznaczone w polskim prawie gospodarczym, daje stabilne i przewidywalne reguły tak tworzenia jak i stosowania prawa. Prawo przedsiębiorców wprowadza kanon podstawowych zasad dających przedsiębiorcom gwarancję możliwości korzystania z ich praw w relacjach z władzą publiczną. Prawo przedsiębiorców jako akt centralny ma za zadanie wpływać na sposób stanowienia, interpretacji i stosowania wszystkich przepisów dotyczących działalności gospodarczej. Odnieść się w tym miejscu należy do zasad określonych w art. 10 i 11 Prawa przedsiębiorców, które wprowadziły zasadę domniemania uczciwości przedsiębiorcy i rozstrzygania przez organ, przed którym toczy się postępowanie wątpliwości odnośnie do stanu faktycznego oraz wątpliwości co do treści normy prawnej na korzyść przedsiębiorcy. Przepisy te mają zastosowanie w postępowaniach przed organami władzy publicznej, których przedmiotem jest nałożenie na przedsiębiorcę obowiązku (np. kary administracyjnej), zatem w ocenie Spółki powinny zostać zastosowane także w przedmiotowej sprawie. **Mając na uwadze ustalony stan faktyczny i prawny, w ocenie Spółki nie mogło dojść i nie doszło do naruszenia przez Spółkę art. 172 i 174 ustawy Prawo telekomunikacyjne. Koksztys Spółka akcyjna nie wykonywała żadnej działalności, która zdefiniowana jest w Prawie telekomunikacyjnym. Czynności marketingowe mające na celu promowanie i pozyskiwanie odbiorców na usługi oferowane przez Koksztys Spółka akcyjna, zlecone zostały przez Spółkę podmiotowi trzeciemu na podstawie umowy Spółka nie przekazała przy tym zleceniobiorcy żadnych baz danych, a podmiot świadczący na rzecz Koksztys Spółka akcyjna czynności marketingowe realizował je w oparciu o własną infrastrukturę techniczną i przy użyciu własnych środków. W przypadku gdyby Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej uznał, iż Spółka naruszyła art. 172 w zw. z art. 174 Prawa telekomunikacyjnego, Spółka wnosi o odstąpienie od wymierzenia kary i zgodnie z art. 201 Prawa telekomunikacyjnego wydania zaleceń pokontrolnych”.**

W załączeniu do ww. pisma Strona przedłożyła dane dotyczące przychodu Strony za rok 2018 w postaci Zeznania CIT-8.

Rozpatrując sprawę Prezes UKE zważył, co następuje:

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

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

- 1) nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści;
- 2) może być wyrażona drogą elektroniczną, pod warunkiem jej utrwalenia i potwierdzenia przez użytkownika;
- 3) może być wycofana w każdym czasie, w sposób prosty i wolny od opłat.

Ustanowiony w art. 172 ust. 1 Pt zakaz używania automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego stanowi implementację do polskiego porządku prawnego postanowień art. 13 ust. 1 Dyrektywy². Zgodnie ze stanowiskiem doktryny „przepisy art. 172 są konsekwencją postanowień art. 13 DP (tj. Dyrektywy) oraz obszernych wyjaśnień zawartych w punktach 40 – 45 preambuły tej dyrektywy” (S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, Warszawa 2005 str. 936). Stosownie do art. 13 ust.

1 Dyrektywy „używanie automatycznych systemów wywołujących i systemów łączności bez ludzkiej ingerencji (automatyczne urządzenia wywołujące), faksów lub poczty elektronicznej do celów marketingu bezpośredniego może być dozwolone jedynie wobec abonentów lub użytkowników, którzy uprzednio wyrazili na to zgodę”. Obecnie obowiązujące brzmienie art. 13 ust. 1 Dyrektywy dotyczy wszelkich automatycznych systemów wywołujących i systemów łączności bez ludzkiej ingerencji i ma zastosowanie, jak na to wskazuje motyw 67 dyrektywy 2009/136/WE z dnia 25 listopada 2009 r. (Dz. U. UE L. Nr 337, s. 11) zmieniającej Dyrektywę, nie tylko do wiadomości głosowych, ale również „do wiadomości SMS, MMS i innych rodzajów podobnych aplikacji”.

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

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

Zakaz wyrażony w tym przepisie dotyczy:

- 1) używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych w celu marketingu bezpośredniego;
- 2) używania automatycznych systemów wywołujących w celu marketingu bezpośredniego;

w przypadku, gdy abonent lub użytkownik końcowy nie wyrazi uprzednio zgody na ww. używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących. Naruszenie zakazu ustanowionego w art. 172 ust. 1 Pt, stanowi każde działanie, które będzie posiadało cechy używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, bez uprzedniego uzyskania zgody abonenta albo użytkownika końcowego. Zatem pierwszą przesłanką zastosowania przepisu art. 172 ust. 1 Pt jest użycie – dla celów marketingu bezpośredniego - telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących. Użyty w treści przepisu spójnik „i” łączący opis dwóch rodzajów czynów będących przedmiotem ustanawianego zakazu wskazuje wyraźnie na to, że mamy do czynienia z wyczeniem dwóch rodzajów zakazanych czynów. Podobne stanowisko prezentuje P. Litwiński, który stwierdza, iż *art. 172 Pt, w brzmieniu obowiązującym od 25.12.2014 r., znajduje zastosowanie do dwóch typów zachowań: 1) używania automatycznych systemów wywołujących, 2) używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych*. (P. Litwiński, Artykuł 172 Prawa telekomunikacyjnego - próba wykładni, Monitor

² Dyrektywa 2002/58/WE parlamentu europejskiego i rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotycząca przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej) (Dz.Urz. WE L Nr 201, s. 37 ze zm.).

Prawniczy, rok 2015 numer 8 str. 399). Należy także wskazać, że włączenie do treści przedmiotowego przepisu zakazu używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych przepisem art. 48 ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (Dz. U. z 2014 r., poz. 827, z późn. zm.), miało na celu „*rozszerzenie na telekomunikacyjne urządzenia końcowe (...) zakazu używania dla celów marketingu bezpośredniego, bez uprzedniej zgody abonenta lub użytkownika końcowego, automatycznych systemów wywołujących*” (zgodnie z treścią uzasadnienia projektu ustawy o prawach konsumenta (str. 10, Druk nr 2076). Art. 172 ust. 1 Pt w obecnym brzmieniu wymienia zatem dwa zakazy używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących w celu określonym w tym przepisie.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 43 Pt telekomunikacyjne urządzenie końcowe jest to „*urządzenie telekomunikacyjne przeznaczone do podłączenia bezpośrednio lub pośrednio do zakończeń sieci*”. Zgodnie z definicją urządzenia telekomunikacyjnego (art. 2 pkt 46 Pt), jest to urządzenie elektryczne lub elektroniczne przeznaczone do zapewniania telekomunikacji. Telekomunikacyjne urządzenie końcowe powinno być bezpośrednio lub pośrednio podłączone do sieci. Jak wskazuje się w doktrynie, typowymi urządzeniami końcowymi są: telefony analogowe, telefony cyfrowe ISDN, telefaksy, analogowe i cyfrowe telefony komórkowe odbiorniki telewizyjne (S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne - Komentarz, Wyd. CH Beck, Warszawa 2013, s. 99). Posłużenie się tym urządzeniem może być dokonane przez człowieka – będzie to wówczas np. nawiązanie indywidualnej rozmowy telefonicznej. Generowanie takiego połączenia za pomocą telekomunikacyjnego urządzenia końcowego będzie stanowiło spełnienie omawianej przesłanki zastosowania art. 172 ust. 1 Pt.

Przesłanką zastosowania przepisu art. 172 ust. 1 Pt może być także użycie automatycznych systemów wywołujących. W celu wyjaśnienia znaczenia tego pojęcia należy odwołać się do interpretacji przedstawionej przez prof. Stanisława Piątka, który stwierdził że: „*Automatycznym systemem wywołującym będzie każdy system techniczny służący do przekazywania komunikatów indywidualnym odbiorcom bez bezpośredniego udziału człowieka. Cecha automatyczności jest związana z inicjowaniem i realizowaniem przekazu za pomocą odpowiednio zaprogramowanych urządzeń przyłączonych do sieci telekomunikacyjnej. Po stronie użytkownika wywołującego występuje jedynie nadanie komunikatu, a po stronie użytkownika wywoływane wyłącznie odbiór. Po stronie nadawcy brak jest bezpośredniego udziału człowieka w procesie komunikowania. Przepis art. 172 ust. 1 dotyczy wszelkich automatycznych systemów wywołujących, nie tylko systemów głosowych, faksowych i poczty elektronicznej. Przepis ustawy ma również zastosowanie do systemów generujących komunikaty SMS, MMS, komunikatorów internetowych i innych form komunikowania drogą telekomunikacyjną za pomocą głosu, tekstów, obrazów itp.*” (S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, Warszawa 2013 str. 732). Zatem automatycznym systemem wywołującym są wszelkie rozwiązania techniczne, które umożliwiają inicjowanie i realizowanie połączeń bez ludzkiej ingerencji. Oznacza to, że automatycznym systemem wywołującym, o którym mowa w art. 172 ust. 1 Pt jest system techniczny służący do przekazywania komunikatów indywidualnym odbiorcom bez bezpośredniego udziału człowieka, niezależnie od tego, czy jest to system generujący komunikaty głosowe (ang. calling machines), system generujący komunikaty SMS lub MMS, czy też systemy generujące połączenia faksowe i pocztę elektroniczną.

Kolejną przesłanką naruszenia zakazu wyrażonego w art. 172 ust. 1 Pt jest użycie ww. telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących „dla celów marketingu bezpośredniego”. Zatem zakaz określony w art. 172 ust. 1 Pt nie dotyczy samego używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących, lecz używanie tych urządzeń w celu, jakim jest marketing bezpośredni.

W kontekście zakresu przedmiotowego pojęcia „marketing bezpośredni” zauważyć należy, że mimo, iż pojęcie nie zostało zdefiniowane w przepisach Pt, to jest ono stosowane w obowiązującym w Polsce ustawodawstwie. Jak wskazuje się w doktrynie, marketing bezpośredni jest działalnością polegającą na dostarczaniu bezpośrednio klientom informacji lub propozycji dotyczących sprzedaży towarów i usług, promujących konkretną działalność gospodarczą, poprzez różne kanały komunikowania. Użyte przez ustawodawcę w przepisach Pt pojęcie marketingu bezpośredniego oznacza jeden z rodzajów działalności określanej jako przekaz informacji handlowej w rozumieniu ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym (t.j.: Dz. U. z 2015 r., poz. 1341). Zgodnie bowiem z art. 2 pkt 5 ww. ustawy przekaz informacji handlowej oznacza „*usługi, których przedmiotem jest przekazywanie, w dowolnej formie, informacji służących promocji działalności gospodarczej, w szczególności reklama, marketing bezpośredni, sponsorowanie, promocja sprzedaży i inne akcje promocyjne*”. Zakres przedmiotowy tego przepisu dotyczy wszelkich usług „*których przedmiotem jest dostarczanie na rynek informacji promujących konkretną działalność gospodarczą (...) zalicza się do nich reklamę, marketing bezpośredni, sponsorowanie, promocję sprzedaży i inne akcje promocyjne*”. Zgodnie z wyraźną dyspozycją ustawodawcy wyliczenie to nie ma charakteru wyczerpującego i w związku z tym przepis należy rozumieć szeroko. Obejmuje on wszelkie działania promujące działalność gospodarczą, której te działania dotyczą. Będą to zatem działania nakierowane na dotarcie z informacją do potencjalnych odbiorców o produktach promowanej działalności gospodarczej. Składa się na to zarówno wprowadzenie ich na rynek, jak i późniejsze ich na nim utrzymanie. Zatem pojęcie marketingu bezpośredniego oznacza działania nakierowane na dotarcie do potencjalnych odbiorców z informacją o działalności przedsiębiorcy, mające na celu promowanie tej działalności. Stosownie do brzmienia art. 172 ust. 1 Pt cel w postaci marketingu bezpośredniego będzie zatem istniał, gdy użycie automatycznych systemów wywołujących będzie polegało na przekazywaniu informacji o działalności gospodarczej określonego przedsiębiorcy do abonentów lub użytkowników końcowych, niezależnie od tego czy celem tego działania będzie promocja konkretnych usług tego przedsiębiorcy, czy też przekazywanie w sposób ogólny informacji o prowadzonej przez tego przedsiębiorcę działalności. Natomiast z perspektywy prawa ochrony danych osobowych za działania w zakresie marketingu bezpośredniego uznaje się wszelkie działania promujące produkty lub usługi, które skierowane są do osoby, której dotyczą dane osobowe wykorzystywane w celu prowadzenia tej formy marketingu (A. Krasuski, Prawo telekomunikacyjne komentarz, LexisNexis, Warszawa 2010 r., s. 643). Kontakt z abonentem lub użytkownikiem końcowym będzie miał charakter marketingu bezpośredniego, jeżeli będzie komunikatem kierowanym w celu uzyskania bezpośredniej reakcji (odpowiedzi) klienta, w szczególności w celu zachęcenia do nabywania określonych towarów, usług oraz promowania określonych postaw, zachowań lub wizerunku określonych podmiotów.

Zakaz określony w art. 172 ust. 1 Pt może być wyłączone przez wyrażenie zgody przez abonenta lub użytkownika końcowego na używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego. Z treści przepisu art. 172 ust. 1 Pt wynika, że „uprzednia” zgoda musi być udzielona przed ewentualnym użyciem automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego. Wymogi, jakim powinna odpowiadać zgoda abonenta lub użytkownika końcowego określa art. 174 Pt, który odnosi się do wszelkich sytuacji, gdy przepisy ustawy wymagają wyrażenia zgody przez abonenta lub użytkownika końcowego. Stosownie do art. 174 pkt 1 Pt ww. zgoda „*nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści*”. Wyrażenie zgody, o której mowa w art. 172 ust. 1 Pt oznacza zatem złożenie przez abonenta lub użytkownika końcowego oświadczenia woli

o określonej treści. Dokonując interpretacji art. 174 pkt 1 Pt należy odwołać się do znaczenia pojęć „zgody dorozumianej” i zgody „domniemanej”. Zgodnie ze stanowiskiem prof. S. Piątka *„zgoda (o której mowa w art. 174 Pt) musi mieć charakter wyraźny, a wszystkie jej aspekty muszą być jasne dla podpisującego w momencie jej wyrażenia. Czynności tej nie konwalidują późniejsze działania podmiotu zobowiązanego do uzyskania zgody na przetwarzanie danych, możliwość zgłaszania zastrzeżeń dotyczących przetwarzania danych. Zakaz wyprowadzania zgody z innych oświadczeń woli dotyczy w szczególności oświadczeń woli w sprawie zawarcia umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, nabycia urządzenia końcowego, udziału w promocji itp. Oświadczenie woli musi mieć odrębny, wyraźny charakter, choć może być zamieszczone w dokumencie zawierającym również inne oświadczenia woli abonenta lub użytkownika końcowego. [...] Nie powinien w tej sprawie odsyłać do innych dokumentów, reklam, prospektów. Zgoda nie może być wyrażona per facta concludentia, w sposób „milczący” lub inne pasywne działanie (J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, Ochrona danych osobowych. Komentarz, Kraków 2004, s. 416—419). Zgoda nie może być wyprowadzana z faktu korzystania z usługi”*. Zatem udzielona przez abonenta lub użytkownika końcowego zgoda, o której mowa w art. 174 pkt 1 Pt nie może być w jakikolwiek sposób domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści. Zgoda abonenta lub użytkownika końcowego powinna zatem stanowić odrębne i wyraźne oświadczenie woli, a wszystkie jej aspekty muszą być jasne dla podpisującego w momencie jej wyrażenia. Oznacza to w szczególności, że zgoda, o której mowa w art. 174 pkt 1 Pt nie może odsyłać w swej treści do innych dokumentów (np. regulaminów, reklam) celem doprecyzowania jej treści oraz, że nie może być złożona w sposób milczący lub przez inne dorozumiane działania abonenta lub użytkownika końcowego.

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

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

Niewypełnienie obowiązku uzyskania zgody abonenta lub użytkownika na używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, o którym mowa w art. 172 ust. 1 Pt stanowi podstawę do

nałożenia przez Prezesa UKE kary pieniężnej, ponieważ zgodnie z art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt każdy „Kto: (...) nie wypełnia obowiązków uzyskania zgody abonenta lub użytkownika końcowego, o których mowa w art. 161, art. 166, art. 169 i art. 172-174, (...) podlega karze pieniężnej”.

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

- a) w okresie od 1 maja 2017 r. do 14 listopada 2017 r. świadczyła usługi marketingowe na rzecz Koksztys na podstawie Umowy w zakresie informowania przedsiębiorców o działalności gospodarczej Koksztys a także przygotowywaniu i realizowaniu kampanii promującej oferowane przez Koksztys umowy za pomocą telekomunikacyjnych urządzeń końcowych w oparciu o szablon rozmowy pn. „Sprzedaż pakietu , przez (szablon rozmowy stanowi załącznik Nr 11 do Protokołu kontroli oraz załącznik Nr 13 do Protokołu kontroli). Ponadto na podstawie §3 pkt 3 lit. a, b, c Umowy zobowiązała się wobec Koksztys do:
- prowadzenia rozmów telefonicznych z adresatami kampanii wyłącznie zgodnie z (wymaganym przez Koksztys) Wykazem Obligatoryjnych Elementów Rozmowy, której schemat stanowi Załącznik nr 2 do Umowy. Wykaz ten wymienia następujące niezbędne elementy prowadzonej rozmowy o charakterze marketingowym: informacja o nagrywaniu rozmowy, zgoda klienta na przedstawienie oferty, cena pakietu - w trakcie testu i po jego zakończeniu, czas trwania umowy, forma odstąpienia, zakres obsługi, informacja o kurierze, podsumowanie wyboru klienta.
 - zapewnienia, aby w dniu zawarcia Umowy oraz przez cały okres jej trwania pracownicy oraz współpracownicy Zleceniobiorcy () posiadali wiedzę z zakresu problematyki funkcjonowania Zleceniodawcy (Koksztys) oraz aby znali zakres oraz rodzaje oferowanych usług lub produktów Koksztys;
 - zapewnienia i przestrzegania, aby w dniu zawarcia Umowy oraz przez cały okres jej trwania pracownicy oraz współpracownicy Zleceniobiorcy () byli pouczeni i stosowali się do zakazu używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego wobec osób, które na takie działanie nie wyraziły uprzedniej, wyraźnej zgody;
- b) w przypadku prezentowanej przez oferty na usługi prawne i windykacyjne Koksztys: jako strona tej umowy (i jej wykonawca oraz beneficjent) wskazany był Koksztys.
- c) w okresie od 1 maja 2017 r. do 14 listopada 2017 r. w celu świadczenia powyższych usług na rzecz Koksztys, korzystała z dwóch baz danych należących do: oraz które nie zawierały informacji o zgodach wyrażonych uprzednio przez abonentów na przedstawienie ofert dla celów marketingu bezpośredniego;
- d) w okresie od 1 maja 2017 r. do 14 listopada 2017 r. wykonywała (na zlecenie Koksztys) połączenia o charakterze marketingowym przy użyciu systemu on-line , udostępnionego za pośrednictwem strony internetowej ;
- e) abonentom lub użytkownikom końcowym, do których była skierowana oferta marketingowa Koksztys, przekazywana przez w okresie od 1 maja 2017 r. do 25 października 2017 r. wyświetlał się numer telefonu , a w okresie od 26 października 2017 r. do 14 listopada 2017 r. wyświetlał się numer telefonu ;
- f) w okresie od 1 maja 2017 r. do 14 listopada 2017 r. , prezentując ofertę marketingową Koksztys, przeprowadziła następującą liczbę rozmów o charakterze

marketingowym nie posiadając zgód abonentów na przedstawienie oferty dla celów marketingu bezpośredniego:

Miesiąc [2017 r.]	Liczba [szt.]
Maj	
Czerwiec	
Lipiec	
Sierpień	
Wrzesień	
Październik	
Listopad [do 14.11.2018 r. włącznie]	
Suma za okres 1.05.2017 r. – 14.11.2017 r.:	30636

W zakresie liczby połączeń przedmiotowe dane ustalono na podstawie oświadczenia z dnia 10 stycznia 2018 r. oraz zestawienia rozmów telefonicznych o charakterze marketingowym za okres od 1 maja 2017 r. do 30 listopada 2017 r., który stanowi załącznik Nr 14 do Protokołu kontroli . Należy nadmienić, iż miesiąc listopad zawiera odmienną liczbę połączeń niż została wskazana przez w oświadczeniu z dnia 10 stycznia 2018 r. z uwagi na fakt, iż liczba ta odpowiadała liczbie połączeń o charakterze marketingowym wykonanych w całym miesiącu listopadzie 2017 r. Dlatego rzeczywistą liczbę połączeń ustalono na podstawie zestawienia rozmów telefonicznych o charakterze marketingowym, który stanowi załącznik Nr 14 do Protokołu kontroli ;

g) podniosła, iż, prezentując ofertę marketingową Koksztys, pozyskiwała zgody przed przedstawieniem informacji handlowej. wskazała, iż nie utrzymywała zgód w wersji pisemnej, a zabezpieczała zgody w formie nagrań, które zostały skasowane. Proces kasowania przedmiotowych nagrań odbywał się dwa razy w miesiącu (w połowie i pod koniec miesiąca) ze względu na brak miejsca na archiwizowanie danych. Proces ten dotyczył zarówno rozmów, których rezultatem było podpisanie umów z klientami, jak również tych, w których po przedstawieniu oferty marketingowej umowy nie zostały podpisane.

h) Od dnia 15 lutego 2012 r. prezesem zarządu Koksztys jest p. Amadeusz Łukasz Krawczyk,

3.

Dokonując ustaleń w zakresie podlegania Koksztys odpowiedzialności za naruszanie obowiązku wskazanego w art. 172 ust. 1 w związku z art. 174 Pt, należy na wstępie odnieść się do charakteru Umowy, łączącej jako Zleceniobiorcę oraz Koksztys jako Zleceniodawcę (akcji marketingowej), na podstawie której prezentowana była oferta marketingowa Koksztys. Na wstępie należy zauważyć, iż zgodnie z postanowieniami Umowy Koksztys m.in. zobowiązana była na bieżąco współpracować z w celu realizacji Umowy, udzielać w tym zakresie wsparcia, udzielać odpowiedzi na zadawane pytania, a także udzielać wskazówek do prawidłowego wykonania Umowy. Zatem wszelkie czynności przedsięwzięte w związku z Umową przez były realizowane w imieniu i na rzecz Koksztys. Należy zauważyć, że zgodnie z przepisami art. 734 i nast. ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 1025 z późn. zm., zwanej dalej „k.c.”) istota

³ Ustalono na podstawie odpisu pełnego Koksztys i pismem z dnia 13 grudnia 2018 r.

włączonego do postępowania administracyjnego

umowy zlecenia wyraża się w tym, że przyjmujący zlecenie zobowiązuje się do dokonania określonej czynności prawnej dla dającego zlecenie. Jak wyjaśnia się w literaturze przedmiotu „zasadniczymi elementami wyodrębnionymi w definicji tej umowy są: dokonanie czynności prawnej (określonej) oraz działanie dla dającego zlecenie. Zlecenie stanowi konstrukcję umożliwiającą dokonywanie czynności prawnych przy wykorzystaniu zastępstwa. Zastępstwo to polega na dokonywaniu czynności prawnej dla innej osoby (dającego zlecenie), a tym samym może się wyrażać zarówno w działaniu w jego imieniu i z bezpośrednim skutkiem prawnym dla niego, jak i w działaniu w imieniu własnym, ale na rachunek (dla) dającego zlecenie”. Jednocześnie, zgodnie z art. 750 k.c. przepisy o zleceniu stosuje się także do umów o świadczenie usług, które nie są uregulowane innymi przepisami. Zatem w przypadku umowy zlecenia czynności prawne dokonywane przez zleceniobiorcę wywołują bezpośrednie skutki prawne dla dającego zlecenie. Dodatkowo należy także zwrócić uwagę na to, że niezależnie od sposobu zakwalifikowania umowy zawartej między a Koksztys jako umowy zlecenia, przepisy k.c. formułują ogólne zasady odpowiedzialności dłużnika (tu: Koksztys, który zgodnie ze zobowiązaniem płynącym z ustawy, tj. z art. 172 Pt zobowiązany był do uzyskania uprzednich zgód abonentów/użytkowników końcowych celem prowadzenia marketingu bezpośredniego swoich usług z wykorzystaniem urządzeń lub systemów wskazanych w ww. przepisie prawa) za inne osoby, którymi dłużnik przy realizacji zobowiązania się posługuje. Zgodnie z art. 474 k.c. dłużnik odpowiedzialny jest jak za własne działanie lub zaniechanie za działania i zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonywa, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza. Cytowany przepis wprowadza zasadę odpowiedzialności dłużnika za osoby, które na jego rzecz uczestniczyły przy spełnieniu świadczenia. Stosownie do treści art. 474 k.c., dłużnika obciąża zachowanie innych osób działających na jego rachunek, tj. przedstawiciela ustawowego, oraz tych, przy pomocy których wykonuje on zobowiązanie lub którym wykonanie zobowiązania powierza (Kodeks cywilny. Komentarz, red. prof. dr hab. Edward Gniewek, prof. dr hab. Piotr Machnikowski, rok: 2017, Wydanie: 8, komentarz do art. 474 k.c.). Zatem możemy mówić o umowie podobnej do zlecenia bowiem niezależnie od oceny rodzaju stosunku prawnego łączącego Koksztys i , wszelkie czynności podejmowane w zakresie przygotowywania i realizowania kampanii promującej usługi Koksztys, w której były wykonywane połączenia o charakterze marketingowym zgodnie z postanowieniami Umowy przez zleceniobiorcę (), były realizowane dla Koksztys i celem promowania jego działalności gospodarczej, a zatem wywoływały bezpośrednio skutki prawne dla zleceniodawcy, którym był Koksztys. Jeżeli w ramach tych czynności następowało użycie automatycznych systemów wywołujących lub urządzeń końcowych, o którym mowa w art. 172 ust. 1 Pt, to skutek prawny w postaci naruszenia obowiązku posiadania zgody wymaganej ww. przepisem obciąża bezpośrednio zleceniodawcę, czyli Koksztys.

Należy jednocześnie wskazać, że w orzecznictwie na gruncie prawa telekomunikacyjnego także ukształtował się pogląd wskazujący, iż odpowiedzialność za naruszenie obowiązku wskazanego w art. 172 ust. 1 i art. 174 pkt 1 Pt powinna zostać przypisana podmiotowi, który zlecił innemu podmiotowi wykorzystanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego usług podmiotu zlecającego. Należy w tym kontekście wskazać na treść uchwały Sądu Najwyższego - Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych z dnia 17 lutego 2016 r., III SZP 7/15 (Opubl: Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Administracyjna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych rok 2016, Nr 8, poz. 111, str. 1092) „*zlecenie przez dostawcę publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych [w omawianej sprawie nie ma znaczenia fakt, iż Koksztys nie jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym w świetle Pt gdyż przepis art. 172 ust. 1 wprowadza zakaz nieograniczony podmiotowo] innemu przedsiębiorcy wysyłania wiadomości noszących znamiona marketingu*

bezpośredniego przy użyciu automatycznych systemów wywołujących SMS i IVR na przekazane przez dostawcę numery telefonów jest używaniem ASW [automatycznych systemów wywołujących] dla celów marketingu bezpośredniego przez tego dostawcę. W świetle konstrukcji zakazu używania ASW w takim stanie faktycznym nie ma znaczenia, czy dostawca posługuje się samodzielnie ASW, czy też zleca posłużenie się ASW innemu podmiotowi dla celów marketingu bezpośredniego usług tego dostawcy telekomunikacyjnego. Przepis art. 172 ust. 1 PrTelekom nie wprowadza rozróżnienia między takimi sytuacjami. W konsekwencji Sąd Najwyższy uznaje, że obowiązek uzyskania zgody abonenta celem legalnego korzystania z ASW obciąża przedsiębiorcę, który faktycznie używa ASW oraz przedsiębiorcę, który posługuje się ASW innego przedsiębiorcy (zleca użycie ASW innemu przedsiębiorcy) dla celów marketingu bezpośredniego adresowanego do abonentów i użytkowników końcowych, których bazę przekazał temu innemu przedsiębiorcy". Podobnie w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 11 lipca 2014 r., sygn. XVII AmT 41/12 stwierdzono m.in.: „treść tych umów [umowy o współpracy, w której zleceniobiorca zobowiązał się do zorganizowania i przeprowadzenia loterii udostępnianej użytkownikom za pomocą serwisu SMS, na zlecenie powoda-zleceniodawcy], ani ich charakter nie wyłączają odpowiedzialności powoda [zleceniodawcy] za zachowania naruszające obowiązki wynikające z art. 172 i 174 Pt. (...) Inne zapatrywania prowadziłyby do obejścia obowiązującego prawa”.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że w niniejszej sprawie Koksztys, na którego rzecz

- wykonawca akcji marketingowej działający na rzecz i w imieniu Koksztys

zgodnie z postanowieniami umowy zawartej między Koksztys i - prowadziła działania marketingowe z naruszeniem art. 172 ust. 1 w związku z art. 174 Pt, jest podmiotem podlegającym odpowiedzialności za użycie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych poprzez nawiązywanie kontaktów telefonicznych celem informowania o działalności Koksztys, w tym promowaniu usług oferowanych przez ww. podmiot w zakresie umów abonamentowych na usługi prawne i windykacyjne, bez uprzedniego uzyskania zgody tych abonentów i użytkowników końcowych. Ponadto w Umowie wskazano, że to wprawdzie ma obowiązek pozyskania tych zgód abonentów lub użytkowników końcowych, co jednak nie zmienia istoty naruszenia, skoro używanie automatycznych systemów wywołujących lub urządzeń końcowych bez pozyskanych zgód ww. osób, odbywało się w związku z realizacją akcji marketingowej na rzecz Koksztys. Obowiązany do uzyskania zgód w świetle Pt był zatem Koksztys (art. 172 ust. 1 w związku z art. 174 Pt), natomiast może jedynie ponosić odpowiedzialność cywilnoprawną (w szczególności odszkodowawczą) wobec Koksztys z tytułu nienależycie wykonanego zobowiązania.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia należy wskazać, że w okresie od 1 maja 2017 r. do 14 listopada 2017 r. świadczyła na rzecz Koksztys usługi w zakresie informowania przedsiębiorców o działalności gospodarczej Koksztys, tj. usługi polegające na przygotowywaniu i realizowaniu kampanii promujących oferowane przez Koksztys umowy abonamentowe na usługi prawne i windykacyjne za pomocą telekomunikacyjnych urządzeń końcowych. Proces sprzedaży usług Koksztys odbywał się na podstawie przygotowanego skryptu pn. „Sprzedaż pakietu , podczas którego konsultanci wykonali 30 636 połączeń o charakterze marketingowym na rzecz Koksztys, korzystając z baz danych , oraz , za pośrednictwem systemu on-line , udostępnionego za pośrednictwem strony internetowej . Proces dzwonienia był realizowany do indywidualnie oznaczonych adresatów, tj. abonentów lub użytkowników końcowych konkretnych numerów telefonicznych (jak wynika z materiału dowodowego – numerów należących do przedsiębiorców). Powyższe oznaczają, że opisana działalność

stanowiła marketing bezpośredni realizowany na rzecz i w imieniu Koksztys, i była wykonywana za pośrednictwem telekomunikacyjnych urządzeń końcowych, zapewnianych przez . Natomiast podkreślić należy, że choć na podstawie Umowy została cywilnoprawnie zobowiązana do pozyskiwania zgód abonentów/użytkowników końcowych na rzecz prowadzenia marketingu usług Koksztys, to była ona jedynie wykonawcą zlecenia Koksztys, która zobowiązana była do uprzedniego, przed przedstawieniem swojej oferty handlowej, pozyskania zgód abonentów i użytkowników końcowych wymaganych w takiej sytuacji zgodnie z art. 172 ust. 1 Pt i odpowiadających warunkom określonym w art. 174 Pt. Należy dodatkowo wskazać, iż , działająca na zlecenie Koksztys, w trakcie prowadzonego postępowania kontrolnego oraz administracyjnego nigdy nie podnosiła faktu, iż rozmowy te nie podlegały regulacjom ww. przepisu, a jedynie podnosiła, iż pozyskiwała zgodnie z prawem zgody abonentów przed przedstawieniem oferty marketingowej w formie nagrań, które według jej twierdzeń zostały usunięte ze względu na brak miejsca na archiwizowanie danych. Uwzględniając powyższe nie ulega wątpliwości, iż oświadczenia dotyczące prowadzenia działalności marketingowej na rzecz Koksztys zgodnie z postanowieniami Umowy, a zatem pozyskiwania i zabezpieczania w formie nagrań zgód osób, do których była kierowana ww. działalność, nie znalazły odzwierciedlenia w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym. Zarówno Strona, jak i , nie przedstawiły Prezesowi UKE żadnych dowodów, czy to w formie pisemnej, czy elektronicznej, świadczących o realizowaniu obowiązku uzyskania od użytkowników końcowych uprzedniej zgody jeszcze przed rozpoczęciem rozmowy o charakterze marketingowym.

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

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

Powyższe oznacza, że na Koksztys spoczywał obowiązek zapewnienia uprzedniego uzyskania i następnie (w toku przeprowadzonej kontroli czy w ramach niniejszego postępowania) przedstawienia posiadanych zgód abonentów lub użytkowników końcowych na skierowanie do nich zakazanej zgodnie z art. 172 ust. 1 Pt komunikacji. Stanowisko to znajduje oparcie w utrwalonym orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego, zgodnie z którym: *rozkład*

ciężaru dowodu jest kwestią materialnoprawną. Innymi słowy, rozkład ciężaru dowodu wynika zasadniczo z przepisu prawa materialnego, który organ administracji publicznej ma obowiązek zastosować w sprawie (art. 6 KPA). Nie wchodzi więc tutaj w grę potrzeba odwoływania się do art. 6 KC. Może zatem zaistnieć sytuacja, iż w świetle przepisu prawa materialnego udowodnienie określonej okoliczności faktycznej obciąża stronę postępowania, nie zaś organ, tym niemniej nie zwalnia to organu od jego powinności podjęcia wszelkich kroków niezbędnych do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego, wyczerpującego zebrania, rozpatrzenia, całego materiału dowodowego sprawy i oceny przedstawionych w sprawie dowodów (art. 7, art. 77 § 1 i art. 80 KPA). Nie można się także zgodzić ze stanowiskiem zajęтым w zaskarżonym wyroku, według którego w postępowaniu administracyjnym ciężar dowodu na mocy art. 77 KPA obciąża organ administracyjny. Kwestia rozkładu ciężaru dowodu, jak to już wskazano, jest zagadnieniem materialnoprawnym, zaś przepis art. 77 § 1 KPA ma charakter normy prawa procesowego, nie zaś materialnoprawnego (patrz: wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 2 czerwca 2009 r., II GSK 989/08⁴, jak również liczne orzeczenia cytujące, w tym również na gruncie przepisów Ordynacji podatkowej - wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 25 maja 2010 r. I GSK 831/09⁵).

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

Powyższą argumentację potwierdza także NSA w wyroku z dnia 5 marca 2015 r., II GSK 188/14⁶, w którym podniósł, że ciężar wykazania okoliczności - objętych hipotezą art. 29 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o czasie pracy kierowców (Dz.U. Nr 92, poz. 879 ze zm.) oraz art. 13 ust. 1 lit. b rozporządzenia (WE) nr 561/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 marca 2006 r. w sprawie harmonizacji niektórych przepisów socjalnych odnoszących się do transportu drogowego oraz zmieniającego rozporządzenie Rady (EWG) nr 3821/85 i (WE) 2135/98, jak również uchylającego rozporządzenie Rady (EWG) nr 3820/85 (Dz.Ur.UE.L z 2006 r. Nr 102, poz. 1 ze zm.) - obciąża przedsiębiorcę, gdyż to on wywodzi skutki prawne wynikające z tych przepisów i to jemu znane są okoliczności, które pozwoliłoby zastosować wyłączenie m.in. z obowiązku zachowania przerw w prowadzeniu pojazdu oraz dziennego i tygodniowego okresu wypoczynku. Wprowadzie w postępowaniu

⁴ <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/5D44595E82>

⁵ <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/6DF0DE4299>

⁶ <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/2C13F6CE35>

administracyjnym to na organie spoczywa ciężar udowodnienia faktów istotnych dla rozstrzygnięcia, jednakże na stronie ciąży obowiązek współdziałania z organem i przedstawienia konkretnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, zwłaszcza gdy postępowanie zmierza do nałożenia na nią obowiązków, a nieudowodnienie konkretnego faktu może prowadzić do wydania decyzji dla niej niekorzystnej. A zatem NSA stanął na stanowisku, że pojawienie się wątpliwości co do zaistnienia określonych okoliczności wyłączających odpowiedzialność strony za niezrealizowanie jakiegoś ustanowionego prawem obowiązku nie skutkuje rozstrzygnięciem tych wątpliwości na korzyść strony, gdyż przeprowadzenie dowodu na tę okoliczność z oczywistych względów jest niewykonalne przy braku woli udowodnienia jej przez stronę (podobnie wywiódł NSA w wyroku z dnia 5 marca 2015 r., sygn. II GSK 989/08). Czyniłoby to z gruntu niemożliwym nałożenie kary pieniężnej na jakikolwiek podmiot, który wprost nie przyznałby, że w danej sprawie nie zachodzą okoliczności wyłączające jego odpowiedzialność. Zasady wykładni (w tym przede wszystkim wykładni celowościowej) wymagają natomiast przyjęcie założenia, że ustawodawca jest racjonalny i nie uchwała przepisów, których dyspozycji nie da się zrealizować. W związku z powyższym nieracjonalnym byłoby przyjęcie, że to na Prezesie UKE spoczywa ciężar dowodu wykazania, iż przedsiębiorca nie posiadał wymaganych przepisem art. 172 ust. 1 Pt zgód, gdyż przy braku kooperacji ze strony przedsiębiorcy nigdy nie byłoby możliwym udowodnienie zaistnienia tej przesłanki.

W przedmiotowej sprawie realizowania połączeń telefonicznych o charakterze marketingowym zostało wykazane, że [redacted], działając na zlecenie Koksztys, wykorzystywał telekomunikacyjne urządzenia końcowe dla celów marketingu usług oferowanych przez Koksztys (fakt bezsporny). Ponadto [redacted] działająca na zlecenie Koksztys powołała się na okoliczność posiadania uprzednich zgód od użytkowników końcowych, zabezpieczonych w formie nagrań z przeprowadzonych rozmów, do realizowania połączeń telefonicznych o charakterze marketingowym, odmawiając jednocześnie ich udostępnienia Prezesowi UKE, z powodu ich usunięcia. Należy ponownie podkreślić, iż konstrukcja zakazu wyrażonego w art. 172 ust. 1 Pt, zgodnie z orzecznictwem NSA, nakłada ciężar udowodnienia okoliczności uzyskania zgód na przedsiębiorcę, gdyż tylko on może wykazać tę okoliczność, bowiem to w jego posiadaniu powinny znajdować się odpowiednie dowody. Ponieważ to w interesie przedsiębiorcy leży udowodnienie okoliczności wyłączającej jego odpowiedzialność, więc to sam przedsiębiorca we własnym zakresie winien był zawczasu zadbać o to, żeby móc w ewentualnym postępowaniu czy to kontrolnym, jak miało miejsce w przedmiotowej sprawie, czy w trakcie prowadzonego postępowania administracyjnego przed Prezesem UKE, okoliczność tę udowodnić, zabezpieczając uprzednio zapis z nagrań z przeprowadzonych rozmów o charakterze marketingowym z abonentami lub użytkownikami końcowymi, zwłaszcza w sytuacji ustawowego wymogu uzyskania uprzedniej zgody – art. 172 ust. 1 Pt.

Biorąc pod uwagę powyższe Prezes UKE, dokonując oceny stanu faktycznego sprawy nie uznał wartości dowodowej oświadczeń [redacted] w zakresie posiadania wymaganych prawem zgód abonentów i użytkowników końcowych, do których realizowane były połączenia telefoniczne o charakterze marketingowym, z uwagi na brak okazania przedmiotowych zgód. [redacted] działająca na zlecenie Koksztys jednoznacznie wskazała, iż takich zgód nie posiada z uwagi na ich usunięcie. Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego brak jest podstaw do stwierdzenia, że proces realizowania połączeń telefonicznych o charakterze marketingowym przez [redacted] na rzecz Koksztys był przeprowadzony w warunkach wyłączających zakaz wynikający z art. 172 ust. 1 Pt, tj. poprzez uzyskanie i posiadanie przez podmiot zlecający, tj. Koksztys, wymaganych przez ww. przepis uprzednich zgód abonentów lub użytkowników końcowych.

Biorąc pod uwagę powyższe Prezes UKE stwierdził, że Koksztys, na zlecenie której działał naruszyła zakaz wyrażony w art. 172 ust. 1 Pt, poprzez użycie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych, w okresie od 1 maja 2017 r. do 14 listopada 2017 r., poprzez nawiązywanie kontaktów telefonicznych celem informowania o działalności Koksztys, w tym promowaniu usług oferowanych przez ww. podmiot w zakresie umów abonamentowych na usługi prawne i windykacyjne bez uprzedniego uzyskania zgody tych abonentów i użytkowników końcowych.

Prezes UKE stwierdził, że wskazane wyżej naruszenie spełnia przesłanki zastosowania art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt, zgodnie z którym „*kto (...) nie wypełnia obowiązków uzyskania zgody abonenta lub użytkownika końcowego, o których mowa w art. 161, art. 166, art. 169 i art. 172-174 [Pt], (...) podlega karze pieniężnej*”.

Odpowiadając na przedstawione pismem z dnia 20 grudnia 2018 r. stanowisko Strony w przedmiotowej sprawie, Prezes UKE wyjaśnia co następuje.

Strona w swoim piśmie przywołując przepisy art. 199 i 201 Pt, dotyczące prowadzenia przez Prezesa UKE postępowania kontrolnego a następnie pokontrolnego, wskazuje na uchybienia Prezesa UKE w tym zakresie, który w ocenie Strony powinien po zakończeniu postępowania kontrolnego wydać zalecenia pokontrolne zgodnie z przepisami Pt. Odnosząc się do powyższego należy podkreślić, iż Prezes UKE faktycznie na podstawie art. 199 Pt przeprowadził w okresie od 5 stycznia 2018 r. do 29 maja 2018 r. dwie niezależne kontrole w i Koksztys w zakresie przestrzegania przepisów Pt odnoszących się do obowiązków określonych w art. 172 ust. 1 w związku z art. 174 Pt, które zakończyły się podpisaniem Protokołu kontroli i Protokołem kontroli Koksztys. Istotnym elementem wartym zwrócenia uwagi jest fakt zaakceptowania przez Stronę bez żadnych uwag wszystkich ustaleń kontrolerów organu zawartych w tych dokumentach oraz brak wniesienia jakichkolwiek uwag do podpisanych protokołów kontroli. Dlatego należy uznać, iż Strona zgodziła się z ustalonym przez kontrolerów stanem faktycznym, z którego wynika, iż doszło do naruszenia art. 172 ust. 1 Pt poprzez niewypełnienie obowiązku określonego w art. 174 Pt w zakresie uzyskania zgody abonentów lub użytkowników końcowych na używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych dla celów marketingu bezpośredniego i użycie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych polegającym na nawiązywaniu kontaktów telefonicznych celem informowania o działalności Koksztys S.A. z siedzibą we Wrocławiu, w tym promowaniu usług oferowanych przez ww. podmiot w zakresie umów abonamentowych na usługi prawne i windykacyjne w okresie od dnia 1 maja 2017 r. do dnia 14 listopada 2017 r.

Odnosząc się do możliwości prowadzenia przez Prezesa UKE postępowania pokontrolnego polegającego na wydaniu Stronie zaleceń pokontrolnych w celu usunięcia nieprawidłowości należy przywołać przepisy art. 201 ust. 1 Pt w brzmieniu obowiązującym do dnia 11 grudnia 2018 r.⁷, z których wynika, iż takie postępowanie może być **wyłącznie** prowadzone, **gdy kontrola** zakończona zgodnie z art. 199 Pt **dotyczyła przedsiębiorcy telekomunikacyjnego**,

⁷ Art. 201 ust. 1 Pt został zmieniony ustawą z dnia 10 maja 2018 r. o zmianie ustawy Prawo telekomunikacyjne oraz innych ustaw (Dz. U. z 2018 r. poz. 1118), która weszła w życie w dniu 12 grudnia 2018 r. Zmiana obejmowała między innymi zmianę treści ww. artykułu na: „Jeżeli w wyniku kontroli, o której mowa w art. 199 ust. 1, stwierdzono, że podmiot podlegający kontroli, zwany dalej „podmiotem kontrolowanym”, nie wypełnia odnoszących się do niego obowiązków wynikających z przepisów prawa lub decyzji wydanej przez Prezesa UKE, Prezes UKE:

1) nakłada karę, o której mowa w art. 209, w przypadku stwierdzenia naruszeń wskazanych w tym przepisie, niezależnie od prowadzonego wobec tego podmiotu postępowania pokontrolnego, lub
2) wydaje zalecenia pokontrolne, w których wzywa podmiot kontrolowany do usunięcia nieprawidłowości lub udzielenia wyjaśnień.”

podmiotu posiadającego rezerwację częstotliwości lub przydział numeracji, podmiotu wykorzystującego częstotliwości na podstawie pozwolenia, decyzji, o której mowa w art. 144a Pt *czasowe używanie urządzenia radiowego* i art. 144b *zezwolenie na czasowe używanie urządzenia radiowego nadawczego lub nadawczo-odbiorczego* lub wpisu do rejestru, o którym mowa w art. 144c *wpis do rejestru urządzeń radiowych bez pozwolenia ust. 1* albo jednostka samorządu terytorialnego wykonująca działalność, o której mowa w art. 3 zaspokajanie zbiorowych potrzeb w zakresie infrastruktury i sieci telekomunikacyjnych przez jednostki samorządu terytorialnego ust. 1 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych. Katalog ten jest katalogiem zamkniętym i ustawodawca nie przewidział możliwości prowadzenia postępowania pokontrolnego wobec podmiotów prawa handlowego nieprowadzących działalności telekomunikacyjnej. Stanowisko takie ma swoje uzasadnienie w doktrynie, gdzie Stanisław Piątek podnosi, iż „*przepisów art. 201 nie stosuje się do podmiotów dokonujących obrotu aparaturą i urządzeniami radiowymi oraz końcowymi, użytkownikami telekomunikacji, właścicielami infrastruktury telekomunikacyjnej, którzy nie prowadzą działalności telekomunikacyjnej, z wyłączeniem jednostek samorządu terytorialnego*” (S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne - Komentarz*, Wyd. CH Beck, Warszawa 2013, s. 1190). Zatem do katalogu ww. podmiotów nie można zaliczyć Strony, która jest spółką prawa handlowego zlecającą działania w zakresie promowania usług Koksztys i która nigdy nie była i nie jest wpisana do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzonego przez Prezesa UKE i nie posiada statusu przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. W związku z powyższym należy uznać, iż w omawianym przypadku Prezes UKE zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa zakończył postępowania kontrolne na podpisaniu protokołów kontroli nie wydając zaleceń pokontrolnych Stronie. Ponadto należy nadmienić, iż Pan Amadeusz Łukasz Krawczyk jest prezesem zarządu Koksztys, która to jest profesjonalnym podmiotem działającym na rynku prawniczym w Polsce oferującym swe usługi szerokiemu spektrum odbiorców, a prowadzona kontrola została przeprowadzona zarówno w i Koksztys S.A. Należy zatem stwierdzić, iż Strona podpisując Protokół kontroli Koksztys bez uwag była świadoma ustalonego w tych dokumentach stanu faktycznego a w konsekwencji jako podmiot profesjonalny działający na rynku prawniczym powinna być również świadoma naruszeń dotyczących art. 172 ust. 1 Pt oraz dalszego trybu postępowania, jaki jest określony w Pt. Strona w piśmie z dnia 15 listopada 2018 r. w zakresie interpretacji art. 201 Pt jednoznacznie sama podniosła, iż *Kontrolowana Spółka nie zalicza się do grona wymienionych w tym przepisie podmiotów*. Odnosząc się do wniosku Strony dotyczącego wydania przez Prezesa UKE zaleceń pokontrolnych *umożliwiających jednocześnie podmiotowi kontrolowanemu zastosowanie się do stwierdzonych uchybień i doprowadzenie do stanu zgodnego z prawem*.

Prezes UKE wskazuje również, iż naruszenie, którego dopuściła się Strona jest niemożliwe do naprawienia i doprowadzenia do stanu zgodnego z prawem, ponieważ jeszcze przed rozpoczęciem prowadzenia działalności marketingowej w zakresie promowania usług powinna wejść w posiadanie zgody abonenta lub użytkownika końcowego (oświadczenia woli) do przedstawienia takiej oferty handlowej oraz ją zabezpieczyć. Zatem przyszłe działania Koksztys oraz nie będą mogły już doprowadzić do stanu zgodnego z prawem, tj. wejścia w posiadanie stosownych zgód na dzień podjęcia działań o charakterze marketingowym.

Ponadto Prezes UKE wyjaśnia, iż Strona nie jest w żaden sposób dyskryminowana, ponieważ zgodnie z przepisami k.p.a. Prezes UKE wszczął postępowanie administracyjne w tej sprawie oraz umożliwił Stronie, działając na podstawie art. 10 § 1 k.p.a., zapoznanie się z zebrany materiał dowodowy w sprawie, a także możliwość ostatecznego wypowiedzenia się, co

do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań. Natomiast zgodnie z art. 73 § 1 k.p.a. w związku z art. 10 k.p.a. wskazał, iż strona ma prawo wglądu w akta sprawy, sporządzania z nich notatek, kopii lub odpisów; prawo to przysługuje również po zakończeniu postępowania. Jednakże uwzględniając stanowisko Strony, iż wyznaczony Stronie termin 7 dni na przedstawienie swojego stanowiska w sprawie może być zbyt krótki dlatego Prezes UKE uwzględnił powyższy pogląd i pismem z dnia 14 lutego 2019 r., znak: Dk.WPA.46.197.2018.10 przedłużył termin załatwienia sprawy do dnia 30 czerwca 2019 r. oraz wezwał do przedłożenia danych w zakresie przychodów za rok 2018 i pouczył Stronę o zapoznanie się z zebraniem materiałem dowodowym w sprawie, a także możliwość ostatecznego wypowiedzenia się, co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań w terminie 14 dni od odbioru pisma. Uwzględniając powyższe Prezes UKE uznaje wszystkie zarzuty w tym zakresie za bezzasadne.

Odnosząc się do informacji dotyczącej sytuacji ekonomicznej Strony w zakresie jej wyników finansowych za rok 2018, w tym dotyczących obniżenia dochodów Strony za ten rok, Prezes UKE informuje, iż wziął pod uwagę ww. okoliczności przy ocenie możliwości finansowych Strony.

Jednocześnie Strona wniosła o uwzględnienie w trakcie prowadzonego postępowania przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (tj.: Dz. U. z 2018 poz. 646, zwane dalej „Ustawą Pp”), w tym art. 10 i 11 ww. ustawy, które *wprowadziły zasadę domniemania uczciwości przedsiębiorcy i rozstrzygania przez organ, przed którym toczy się postępowanie wątpliwości odnośnie do stanu faktycznego oraz wątpliwości co do treści normy prawnej na korzyść przedsiębiorcy (...)*. Odnosząc się do powyższego należy jeszcze raz podkreślić, iż ustalony w sprawie stan faktyczny został oparty na zgromadzonym materiale dowodowym w sprawie, w tym w szczególności Protokole kontroli Koksztys oraz Protokole kontroli , obejmującym kontrolę zarówno , jak i Koksztys, a Strona zgodnie z przysługującym jej prawem określonym przepisami k.p.a. miała dostęp do wszystkich materiałów postępowania, miała możliwość złożenia wyjaśnień w sprawie, w tym ostatecznego wypowiedzenia się wraz z prawem zgłaszania żądań. Należy nadmienić, iż w przedmiotowej sprawie nie ma żadnych wątpliwości odnośnie ustalonego stanu faktycznego, który został ustalony w oparciu o protokoły kontroli Strony oraz , które zarówno Strona, jak i , podpisały i nie zgłosiły żadnych uwag lub zastrzeżeń, a z którego wynika, iż Strona dopuściła się naruszenia art. 172 ust. 1 Pt. Ponadto norma prawna dotycząca prowadzonego przez Prezesa UKE postępowania w sprawie naruszenia obowiązku określonego w art. 172 ust. 1 Pt i nałożenia kary na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt jest w pełni jasna i oczywista, nie dając żadnych wątpliwości interpretacyjnych, które mogłyby być rozstrzygnięte na korzyść Strony. W związku z powyższym należało uznać żądanie Strony w tym zakresie za bezzasadne.

Przy określaniu wysokości kary pieniężnej Prezes UKE uwzględnił dyrektywy wymiaru kary pieniężnej, określone w art. 210 ust. 2 Pt, tj. zakres naruszenia, dotychczasową działalność podmiotu oraz jego możliwości finansowe.

Zakres naruszenia

W doktrynie podnosi się, że „zakres naruszenia należy ustalać z uwzględnieniem podstawowych celów ustawy, biorąc pod uwagę głównie elementy szkodliwości o charakterze podmiotowym. Dotyczą one rodzaju naruszonych obowiązków, rodzaju naruszonych dóbr, intensywności naruszenia oraz wartości społecznych i ekonomicznych, następstw czynu objętego karą finansową, wysokości spowodowanej szkody, sposobu

*działania*⁸. Cele Pt zostały określone w art. 1 ust. 2 Pt. Do celów tych należą m.in. wspieranie równoprawnej i skutecznej konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych oraz zapewnienie użytkownikom maksymalnych korzyści w zakresie różnorodności, ceny i jakości usług telekomunikacyjnych. Podkreślenia wymaga także, że celami polityki regulacyjnej prowadzonej przez Prezesa UKE zgodnie z art. 189 ust. 2 Pt jest między innymi zapewnienie ochrony konsumenta w relacjach z przedsiębiorcą oraz przyczynianie się do zapewnienia wysokiego poziomu ochrony danych osobowych (art. 189 ust. 2 pkt 3 lit. b i c Pt).

Cele ustawy określone w art. 1 ust. 2 Pt „(...) nie stanowią samoistnej podstawy do działania administracji, natomiast powinny być uwzględnione przy podejmowaniu wszelkich działań wykonywanych na podstawie ustawy. Cel ustawy jest bowiem realizowany zarówno w sposób bezpośredni poprzez przestrzeganie praw i obowiązków ustanowionych w ustawie jak i poprzez stosowanie ustawy w działaniach administracji telekomunikacyjnej (...)”⁹. Realizacja celów ustawy powinna przejawiać się między innymi w podejmowanych przez organ regulacyjny decyzjach administracyjnych, w tym także decyzjach administracyjnych o nałożeniu kar pieniężnych, stanowiących indywidualne akty administracyjne. Powyższe rozważania odnoszą się w sposób odpowiedni do celów polityki regulacyjnej, określonych w art. 189 ust. 2 pkt 3 lit. b i c Pt. W tym zakresie należy zauważyć, jak na to słusznie zwraca się uwagę w doktrynie, że „cele polityki regulacyjnej powinny mieć bardzo szerokie zastosowanie w praktyce administracyjnej (...) cele sformułowane w art. 189 ust. 2 [Pt] powinny być materialnoprawną podstawą wszelkich decyzji regulacyjnych, decyzji rozstrzygających spory między przedsiębiorcami i decyzji usuwających naruszenia prawa telekomunikacyjnego podejmowanych przez Prezesa UKE” (St. Piątek, Prawo telekomunikacyjne - Komentarz, Wyd. CH Beck, Warszawa 2013, s. 1143). Naruszenie przepisów Pt, którego dotyczy niniejsza decyzja, w sposób szczególny dotyczy kwestii ochrony praw abonentów i użytkowników końcowych w ich relacjach z przedsiębiorcą, stanowiącej, stosownie do art. 189 ust. 2 pkt 3 lit. b Pt, cel polityki regulacyjnej Prezesa UKE.

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

Wnikliwa i wszechstronna analiza materiału dowodowego zebranego w trakcie niniejszego postępowania administracyjnego wykazała, iż naruszenie zakazu wyrażonego w art. 172 ust. 1 Pt polegało na nawiązywaniu połączeń telefonicznych, realizowanych przez

na zlecenie Koksztys w okresie od 1 maja 2017 r. do 25 października 2017 r. z numeru:

., a w okresie od 26 października 2017 r. do 14 listopada 2017 r. z numeru:

do abonentów i użytkowników końcowych celem przedstawienia informacji o działalności Koksztys oraz promowania usług oferowanych przez Koksztys w zakresie umów

. Należy podkreślić, iż połączenia te - w ilości 30636 (z numeru w liczbie 27378 oraz z numeru w liczbie 3258) były nawiązywane w okresie od 1 maja 2017 r. do 14 listopada 2017 r. do abonentów i użytkowników końcowych, bez uprzedniego uzyskania zgody tych abonentów oraz użytkowników końcowych do przedstawienia im oferty marketingowej (handlowej) w zakresie działalności oraz oferowanych usług przez Koksztys.

Prezes UKE oceniając zakres naruszenia zwrócił ponadto uwagę na to, iż w ustalonym stanie faktycznym mamy do czynienia z abonentami - przedsiębiorcami, a zatem profesjonalnymi

⁸ Komentarz do art. 210 ust. 2 Pt, Stanisław Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, Warszawa 2013.

⁹ Komentarz do art. 1 ust. 2 Pt, Stanisław Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, Warszawa 2013.

podmiotami prowadzącymi działalność gospodarczą. Jednakże powyżsi przedsiębiorcy, nie inicjowali, tj. nie zwracali się uprzednio do o przedstawienie oferty marketingowej usług prawnych świadczonych przez Koksztys, a tym samym przeprowadzona przez na zalecenie Koksztys akcja marketingowa nie była przedmiotem zamówienia z ich strony. Wobec powyższego w ocenie Prezesa UKE nie istniały żadne relacje handlowe łączące ww. przedsiębiorców z Koksztys. Ponadto należy podkreślić, iż przeprowadzona akcja marketingowa dotyczyła świadczenia obsługi prawnej na rzecz przedsiębiorców przez Koksztys (ani , ani Koksztys nie występowały w charakterze kontrahenta zwracającego się o zawarcie umowy, której przedmiot dotyczyłby zakresu działalności prowadzonej przez tych przedsiębiorców), a zatem nie mogła być rozumiana jako oferta handlowa dotycząca wprost przedmiotu prowadzonej przez te podmioty działalności gospodarczej. Wobec powyższego należy w tym konkretnym przypadku potraktować ich jak zwykłych abonentów/użytkowników końcowych zgodnie z przepisami Pt. Zatem bezpośrednią konsekwencją naruszeń stwierdzonych niniejszą decyzją było obniżenie przewidzianego prawem stopnia ochrony praw abonentów i użytkowników końcowych w relacji z profesjonalnym podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą. Ochrona praw abonentów i użytkowników końcowych wyraża się między innymi w ustanowieniu przepisami prawa określonych zasad komunikowania się z nimi przez przedsiębiorców i bezpośredniego przedstawiania im informacji marketingowych, co jest dopuszczalne tylko pod warunkiem wyrażenia przewidzianej prawem zgody. Naruszenie tak ustalonego porządku poprzez nawiązywanie kontaktów telefonicznych w celach marketingowych bez zgody abonentów lub użytkowników końcowych stanowi naruszenie przez przedsiębiorcę ich praw chronionych przepisami Pt.

Działanie Strony mogło w istotny sposób narażać abonentów i użytkowników końcowych na niechciane, niezamówione komunikaty marketingowe, zakłócające ich prywatność (w przypadku osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą) lub dezorganizujące pracę (w przypadku zarówno osób fizycznych, jak i prawnych), poprzez przedstawienie im oferty marketingowej wbrew ich woli oraz w czasie, który był wyłącznie ustalony przez przedsiębiorcę a nie przez abonenta lub użytkownika końcowego. Zatem dochodziło do narzuconego przez przedsiębiorcę przedstawienia oferty marketingowej za pomocą realizowanych połączeń telefonicznych, w konsekwencji naruszających prywatność odbiorców tych treści tj. użytkowników końcowych lub abonentów w dużo większym zakresie niż w przypadku innych form prowadzenia działalności marketingowej (np. wysyłaniu wiadomości SMS lub wiadomości email). Wskazane powyżej, formy prowadzenia działalności marketingowej polegające na wysyłaniu wiadomości SMS lub email należy uznać za istotnie mniej agresywną formę prowadzenia marketingu bezpośredniego w porównaniu do prowadzenia marketingu za pośrednictwem wykonywanych połączeń telefonicznych, z uwagi na fakt, iż w przypadku wiadomości email lub SMS to odbiorca sam decyduje o czasie oraz miejscu zapoznania się z przesłaną mu ofertą. Ponadto należy podkreślić, iż podmiot zlecający przeprowadzenie akcji marketingowej, tj. Koksztys, (i na którego rzecz owe działania zostały przeprowadzone) mógł osiągnąć korzyści finansowe, gdyż przeprowadzane rozmowy o charakterze marketingowym nakłaniały przedsiębiorców, do których była kierowany był przekaz, do zakupu oferowanych im usług. W tym miejscu należy wskazać, iż w okresie od maja do listopada 2017 roku w następstwie rozmów telefonicznych o charakterze marketingowym, prowadzonych przez konsultantów spółka zlecająca, czyli Koksztys, , z czego wynika jednoznaczny wniosek, że nawet do spośród abonentów i użytkowników końcowych, do których

zostały skierowane przekazy marketingowe Koksztys, mogło nie być zainteresowanych jej usługami, a zatem blisko abonentów lub użytkowników końcowych mogło zostać narażonych na niechciane komunikaty marketingowe.

Sytuację, do jakiej doszło w wyniku naruszeń stwierdzonych w niniejszej decyzji, należy zatem ocenić jako istotne naruszenie praw abonentów i użytkowników końcowych, tym bardziej, że proceder był realizowany przez znaczny okres czasu (ponad sześć miesięcy) oraz mógł objąć maksymalnie do 30636 abonentów lub użytkowników końcowych.

Dotychczasowa działalność

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

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

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

Możliwości finansowe

Stosownie do brzmienia art. 210 ust. 2 Pt, wysokość kary pieniężnej nakładanej na podmiot dopuszczający się naruszenia uzależniona została także od jego możliwości finansowych.

Prezes UKE pismem z dnia 13 grudnia 2018 r., znak: DK.WPA.46.197.2018.1 postanowił włączyć do akt sprawy prowadzonego postępowania administracyjnego dane dotyczące możliwości finansowych Strony oraz jej przychodu za rok 2017 w postaci kopii następujących dokumentów złożonych do Krajowego Rejestru Sądowego przez Koksztys: Sprawozdania finansowego Koksztys za okres od 1.01.2017 r. do 31.12.2017 r. zawierającego Bilans za rok 2017, Rachunek przepływów pieniężnych (metoda pośrednia), Zestawienie zmian w kapitale własnym, Wprowadzenie do sprawozdania finansowego Koksztys, Rachunek zysków i strat, Sprawozdanie niezależnego biegłego rewidenta z badania rocznego sprawozdania finansowego, Uchwały nr 3,4,5,6 Zwyczajnego Walnego Zgromadzenia Koksztys z dnia 23.11.2018 r., Sprawozdanie Zarządu Koksztys za okres od 1.01.2017 r. do 31.12.2017 r.

Ponadto Prezes UKE pismem z dnia 14 lutego 2019 r., znak: DK.WPA.46.197.2018.10 (pismo zostało doręczone Stronie w dniu 21 lutego 2019 r.), wezwał Stronę do przekazania w terminie 30 dni od otrzymania pisma danych dotyczących wielkości przychodu osiągniętego w 2018 r., niezbędnych do określenia podstawy wymiaru kary. Wyjaśnić należy, iż wystąpienie Prezesa UKE o przekazanie danych dotyczących wielkości przychodu osiągniętego w 2018 r. wynika z faktu, że dla ustalenia wysokości kary pieniężnej istotna jest

