

L. dz.06/11/24/PR

Kraków, 10.11.2024 r.

SZANOWNA PANI
AGNIESZKA MAJEWSKA
RZECZNIK MAŁYCH I ŚREDNICH PRZEDSIĘBIORCÓW

Szanowna Pani Rzecznik

W związku z zaplanowanym na dzień 20 listopada 2024 r. o godzinę 12.00 w formule hybrydowej terminem posiedzenia zespołu roboczego do spraw konkurencji Rady Przedsiębiorców przy Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców zgodnie z naszym zobowiązaniem przedstawiam stanowisko Związku Telewizji Kablowych w Polsce Izba Gospodarcza, zwanej dalej także Izbą lub Izbą Gospodarczą, poświęcone podstawie obliczania pieniężnych kar administracyjnych ustalonej w sposób krzywdzący dla sporej grupy przedsiębiorców, których przedmiot działalności jest o wiele szerszy niż tylko działalność telekomunikacyjna.

Ustawa z dnia 12 lipca 2024 r. prawo komunikacji elektronicznej
(Dz. U. z 2024 r. poz. 1221)

Polski ustawodawca, mimo wielokrotnego podnoszenia przedmiotowych kwestii na etapie konsultacji publicznych projektu ustawy- Prawo komunikacji elektronicznej, kiedy to zagadnienie to przedstawiano Ministrowi Cyfryzacji pod rozwagę, a także na etapie konsultacji prowadzonych przed Sejmową Komisją Nadzwyczajną do spraw rządowych projektów ustaw- Prawo komunikacji elektronicznej oraz Przepisy wprowadzające ustawę- Prawo komunikacji elektronicznej, Sejmowej Komisji Cyfryzacji, Innowacyjności i Nowoczesnych Technologii, a także Senackiej Komisji Infrastruktury, wprowadził regulacje, wedle których kary administracyjne naliczane będą od całego przychodu danego podmiotu za poprzedni rok kalendarzowy, które będą stosowane przez Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych, zwanego dalej Prezesem UODO [art. 445 ust. 1 ustawy z dnia 12.07.2024 r.- Prawo komunikacji elektronicznej (Dz. U. z 2024 r. poz. 1221), zwanej dalej pke lub prawem komunikacji elektronicznej], lub przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, zwanego dalej Prezesem UKE (art. 446 ust. 1 i ust. 5 pke).

We wskazanych powyżej przepisach kara pieniężna wiąże się z naruszeniem stosownych regulacji prawnych lub obowiązków związanych z realizacją przez dany podmiot lub przez osobę trzecią działalności w zakresie komunikacji elektronicznej.

Należy zważyć, że nie każdy podmiot będący przedsiębiorcą komunikacji elektronicznej prowadzi działalność gospodarczą wyłącznie w zakresie komunikacji elektronicznej albowiem są podmioty które w ramach przedsiębiorstwa prowadzą różnorodną działalność, w tym także w zakresie komunikacji elektronicznej, ale i w innym zakresie jak np. sprzedaż komputerów, doradztwo informatyczne dla ludności etc.

Natomiast najjaskrawszym przykładem zdecydowanego pokrzywdzenia przedsiębiorcy telekomunikacyjnego karą pieniężną obliczaną od całego przychodu z działalności za rok ubiegły, a nie tylko od przychodu z działalności w zakresie komunikacji elektronicznej, mogą być spółdzielnie mieszkaniowe.

Wbrew pozorom wiele spółdzielni mieszkaniowych posiada status przedsiębiorców telekomunikacyjnych (około 60 spółdzielni wpisanych jest do rejestru przedsiębiorców

telekomunikacyjnych) i chociażby w Związku Telewizji Kablowych w Polsce Izba gospodarcza jest ich zrzeszonych siedemnaście, a w Polskiej Izbie Komunikacji Elektronicznej siedem, zaś w Związku Pracodawców Mediów Elektronicznych i Telekomunikacji MEDIAKOM jedna..

W ramach prowadzenia działalności gospodarczej i statutowej spółdzielnie mieszkaniowe uzyskują w skali roku wielomilionowe, a nierzadko kilkudziesięciomilionowe przychody pochodzące głównie z działalności innej niż komunikacja elektroniczna, a mianowicie inwestycyjnej (budowa nowych lokali mieszkalnych i lokali o innym przeznaczeniu), zarządzania własnymi i cudzymi nieruchomościami, prowadzenie działalności kulturalno-oświatowej, wynajmowanie lokali, prowadzenie własnej działalności remontowo-budowlanej, a wśród tych wszystkich rodzajów działalności realizowanej przez spółdzielnie mieszkaniowe roczne przychody z tytułu komunikacji elektronicznej stanowią niewielką tylko część wszystkich przychodów spółdzielni mieszczącej się w granicach od 2% do 5 %, w nielicznych przypadkach na poziomie zbliżonym do 10 % z całej działalności statutowej i gospodarczej spółdzielni mieszkaniowej.

W takiej sytuacji rażąco niesprawiedliwością niemożliwą do pogodzenia z zasadą słuszności oraz konstytucyjną zasadą sprawiedliwości społecznej [art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2.04.1997 r. (Dz. U. nr 78 poz. 483 z późn. zm.), zwanej dalej Konstytucją RP] jest obliczanie kary wymierzonej spółdzielni mieszkaniowej przez Prezesa UODO lub Prezesa UKE od całego rocznego przychodu spółdzielni mieszkaniowej, a nie tylko od przychodu uzyskanego z działalności w zakresie komunikacji elektronicznej, w ramach której zaistniały podstawy do wymierzenia kary.

W skrajnych przypadkach może dojść do sytuacji wręcz rażąco krzywdzącej dla spółdzielni mieszkaniowej, której wysokość kary pieniężnej (3 %) liczonej od przychodów z całej działalności spółdzielni może nawet przekroczyć całoroczny przychód uzyskany z prowadzonej działalności w zakresie komunikacji elektronicznej.

Należy wreszcie skończyć z rażąco niesprawiedliwą regulacją, w świetle której przedsiębiorca komunikacji elektronicznej prowadzący dodatkowo lub głównie działalność nietelekomunikacyjną karany jest z tego tytułu wymierzaniem mu kary obliczanej od całego rocznego przychodu z działalności obejmującego nie tylko przychody z działalności w zakresie komunikacji elektronicznej, ale i przychody pozyskiwane z innych źródeł ich uzyskania.

Znamienne w przedmiotowej sytuacji jest to, że projektodawca w przypadku wymierzania kary pieniężnej (administracyjnej) oblicza ją od przychodu z całej działalności statutowej, czy też gospodarczej danego podmiotu mając niejaką trudność w ustaleniu przychodu z realizowanej przez przedsiębiorcę komunikacji elektronicznej działalności telekomunikacyjnej, ale już w ramach przepisów poświęconych opłacie telekomunikacyjnej nagle dla projektodawcy nie stanowi problemu ustalenie wysokości przychodu uzyskanego przez tego rodzaju przedsiębiorcę, jak choćby spółdzielnia mieszkaniowa, jedynie z działalności telekomunikacyjnej, gdyż to roczna wysokość tegoż przychodu przesądza o zakwalifikowaniu lub też nie podmiotu do grona podmiotów zobligowanych do uiszczania opłaty telekomunikacyjnej (art. 23 ust. 7 pke), a nadto podstawę obliczenia opłaty telekomunikacyjnej stanowi przychód przedsiębiorcy telekomunikacyjnego uzyskany z prowadzonej przez niego działalności telekomunikacyjnej (art. 23 ust. 2, ust. 4, ust. 9 pke).

Skoro bowiem przedmiotową informację o wysokości przychodu z działalności telekomunikacyjnej każdego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego corocznie uzyskuje Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej w oparciu o stosowną informację zawartą w pozycji 00.02.1 Formularza OO „Informacja o przedsiębiorcy telekomunikacyjnym” stanowiącym załącznik nr 1 do rozporządzenia Ministra Cyfryzacji z dnia 7.12.2018 r. w sprawie przekazywania danych dotyczących działalności telekomunikacyjnej (Dz. U. z 2018 r. poz. 2315), przeto nie zachodzą żadne przeszkody uniemożliwiające Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej przy wymierzaniu kary pieniężnej ustalenie przychodu z działalności telekomunikacyjnej przedsiębiorcy telekomunikacyjnego za poprzedni rok kalendarzowy stanowiącego podstawę do wymierzenia tejże kary.

Pytanie zatem dlaczego od lat ustawodawca jako podstawę kary pieniężnej przyjmuje wysokość przychodu z całej działalności danego podmiotu i nie zmienia swojego stanowiska w tej sprawie także w pke, czyniąc to z oczywistym pokrzywdzeniem tych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, którzy uzyskują przychody z działalności gospodarczej o szerszym zakresie niż tylko działalność telekomunikacyjna.

Jak wskazano powyżej podstaw przyjmowania i podtrzymywania tego rodzaju regulacji na dzień dzisiejszy po prostu brak, stąd przedmiotową wadliwą regulację z polskiego porządku prawnego wskazane jest jak najszybciej wyeliminować, do czego doskonałą okazję stanowić mogło wdrażanie do polskiego systemu prawnego ustawy- prawo komunikacji elektronicznej, z której to możliwości wbrew naszym propozycjom niestety nie skorzystano.

Proponowana przez nas regulacja art. 446 a pke stanowi antidotum na zagrożenia wskazane w trakcie posiedzenia Sejmowej Komisji Nadzwyczajnej do spraw rządowych projektów ustaw- Prawo komunikacji elektronicznej oraz Przepisy wprowadzające ustawę- Prawo komunikacji elektronicznej w dniu 27.06.2024 r. przez Zastępcę Dyrektora Departamentu Telekomunikacji Ministerstwa Cyfryzacji Pana Tomasza Opolskiego wskazującego, że nie w każdym przypadku wymierzania kary pieniężnej ukaranym jest przedsiębiorca telekomunikacyjny.

Nasza propozycja dodatkowo nie skutkuje potrzebą regulowania w ustawach szczególnych kary pieniężnej przy jednoczesnym zachowaniu w niezmienionym kształcie regulacji art. 444 ust. 1 i ust. 2 pke, czy też art. 445 ust. 1 pke.

Wbrew także przekonaniu wyrażanemu przez przedstawicieli Ministerstwa Cyfryzacji problemu nie załatwia regulacja art. 446 ust. 7 pke dotycząca stosowania kar przez Prezesa UKE, a odnoszona także do kar wymierzanych przez Prezesa UODO (art. 445 ust. 2 pke) albowiem w przedmiotowych regulacjach projektodawca wprowadzając miarkowanie stosowania kar pieniężnych nie wymienia elementów tego miarkowania branych pod uwagę jedynie przykładowo jak czyni to ustawodawca w przypadku miarkowania kar stosowanych przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zwanego dalej Prezesem UOKiK, w art. 111 ust. 1 ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 2024 r. poz. 1616), zwanej dalej ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów, także w odniesieniu do uwzględniania przez Prezesa UOKiK okoliczności łagodzących (art. 111 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów), jak i okoliczności obciążających branych pod uwagę przez Prezesa UOKiK (art. 111 ust. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów).

Tymczasem w art. 446 ust. 7 pke projektodawca enumeratywnie wymienia przesłanki miarkowania stosowania kary, co skutkuje tym, iż żadne inne przesłanki miarkowania wysokości stosowanej kary pieniężnej nie mogą już być brane pod uwagę przez Prezesa UKE lub Prezesa UODO poza wskazanymi w art. 446 ust. 7 pke.

Wątpliwe się zatem staje, czy mogąc uwzględniać w procesie miarkowania kary jedynie charakter i zakres naruszenia, dotychczasową działalność podmiotu oraz jego możliwości finansowe organ karę wymierzający będzie w stanie uwzględnić tę okoliczność, że jeden naruszciciel osiąga przychody wyłącznie z działalności telekomunikacyjnej i wówczas obliczanie podstawy wymiaru kary od podstawy jej obliczenia z całego przychodu wątpliwości nie budzą, drugi zaś naruszciciel przepisów osiąga przychody nie tylko z działalności telekomunikacyjnej.

Nie wiadomo jak w ramach procesu miarkowania kary organ ją stosujący miałby w taki sposób ją miarkować by uwzględnić fakt, że ten drugi naruszciciel osiąga przychody nie tylko z samej działalności w zakresie komunikacji elektronicznej, a naruszenie którego się dopuścił odnosiło się wyłącznie do prowadzonej działalności z zakresu komunikacji elektronicznej.

Naszym zdaniem cztery przesłanki miarkowania kary określone w art. 446 ust. 7 pke nie pozwolą organowi karę wymierzającemu na takie jej miarkowanie, które pozwoli uwzględnić zróżnicowanie podstawy od jakiej kara powinna być wymierzana kierując się zasadami słuszności i sprawiedliwości społecznej, czyli w drugim przypadku jedynie od przychodu z działalności w zakresie komunikacji elektronicznej.

Zresztą, aby osiągnąć efekt, o którym tutaj mowa organ karę wymierzający za identyczny czyn musiałby dokonywać swoistych operacji na samej wysokości kary i przykładowo wskazując odnośnie podmiotu, który osiąga przychody wyłącznie z działalności z zakresu komunikacji elektronicznej kara wynieść by musiała np. 2 %, w przypadku zaś podmiotu, który osiąga przychody także z innej działalności, które w przypadku spółdzielni mieszkaniowych znacząco przewyższałyby przychody z działalności w zakresie komunikacji elektronicznej, karę musiałby ustalić np. na poziomie 0,0002 %..

Mając jednakże na uwadze, że kara wymierzana jest za taki sam czyn pojawi się problem czy nie naruszono obowiązku równości wszystkich wobec prawa oraz obowiązku równego traktowania podmiotów, przedsiębiorców przez organy władzy publicznej [art. 32 ust. 1 Konstytucji RP, art. 12 ustawy z dnia 6.03.2018 r. prawo przedsiębiorców (tekst jedn. Dz. U. z 2024 r. poz. 236 z późn. zm.), zwanej dalej prawem przedsiębiorców, art. 8 § 1 k.p.a. w zw. z art. 440 ust. 1 pke].

O ocenie bowiem czynu lub zaniechania podlegającego ukaraniu, o wadze popełnionego naruszenia nie będzie świadczyła kwota jaką za identyczny lub mocno zbliżony czyn lub zaniechanie zapłacą dwa podmioty, która będzie mocno zbliżona, lecz wysokość kary, która będzie mocno w omawianym przykładzie zróżnicowana (2 %, 0,0002 %)., i bez znaczenia w tej ocenie będzie to, że organ karę wymierzający zmierzał w swoich działaniach do wyważenia podstawy wymiaru kary, bo o wadze naruszenia świadczyć będzie wymiar kary znacząco się różniący, a nie kwota którą poszczególne podmioty będą musiały zapłacić, która będzie zbliżona.

Przytaczany przez przedstawicieli Ministerstwa Cyfryzacji argument, że Prezes UKE stosuje niskie kary od wielu lat w zestawieniu z poziomem kar wymierzanych przez Prezesa UOKiK pozbawiony jest znaczenia prawnego albowiem kwestia ta winna być rozwiązana systemowo, mocą konkretnych regulacji prawnych, a nie polegać na wyłącznym zdawaniu się na czynnik personalny odnoszący się do osób orzekających w danej jednostce czasowej o wymierzaniu kar przez przedstawicieli konkretnego organu administracji publicznej.

Wystarczy bowiem zaistnienie sytuacji głębokiej dziury budżetowej, z czym mamy do czynienia w obecnych czasach, by postawy przedstawicieli organu wymierzającego kary uległy zmianie i z mocno oddalonych od fiskalizmu nagle uległy znaczącemu zbliżeniu do postaw akceptujących fiskalizm Państwa Polskiego nastawiony na pozyskanie do budżetu jak największych środków finansowych(w omawianym przypadku działania te doprowadzą do znaczącego zwiększenia wpływów Funduszu Szerokopasmowego z wymierzanych kar pieniężnych- art. 446 ust. 9 pke).

Na zakończenie tej części rozważań podnieść należy, że przepisy Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dnia 11.12.2018 r. ustanawiającej Europejski kodeks łączności elektronicznej (wersja przekształcona) (Dz. U. UE.L. 2018.321.36 z późn. zm.), zwanej dalej Dyrektywą EKŁE, które legły u podstaw wdrożenia do polskiego systemu prawnego prawa komunikacji elektronicznej nie uzasadniają bynajmniej obliczania stosowanych kar pieniężnych od przychodu z całej działalności naruszydela za rok ubiegły.

Powołanie się zatem na zapisy Dyrektywy EKŁE celem uzasadnienia wprowadzenia takiej podstawy obliczania kar pieniężnych musiałoby okazać się kompletnie chybione.

W zaistniałej sytuacji w oparciu o regulację art. 9 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 6.03.2018 r. o Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców (tekst jedn. Dz. U. z 2023 r. poz. 1668), zwanej dalej ustawą o Rzeczniku MŚP, Związek Telewizji Kablowych w Polsce Izba Gospodarcza zwraca się do Pani Rzecznik z wnioskiem o skierowane do Prezesa Rady Ministrów wniosku o uruchomienie inicjatywy ustawodawczej nakierowanej na dodanie do ustawy z dnia 12.07.2024 r.- Prawo komunikacji elektronicznej (Dz. U. z 2024 r. poz. 1221) po art. 446 pke przepisu art. 446 a pke w brzmieniu: „***W przypadkach, o których mowa w art. 445 ust. 1, art. 446 ust. 1 oraz art. 446 ust. 5, jeżeli ukaranym jest przedsiębiorca komunikacji elektronicznej podstawę kary pieniężnej stanowi przychód osiągnięty w***

poprzednim roku kalendarzowym z prowadzonej działalności w zakresie komunikacji elektronicznej.”.

Projekt z dnia 23.04.2024 r. ustawy o zmianie ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa oraz niektórych innych ustaw (nr w wykazie prac legislacyjnych i programowych Rady Ministrów UC32)

Niestety resort cyfryzacji w swoich dążeniach dotyczących podstawy obliczenia kary pieniężnej od całego przychodu z działalności w roku ubiegłym bynajmniej nie ograniczył się do zapisów pke.

Z analogicznym bowiem problemem stykamy się w projekcie z dnia 23.04.2024 r. ustawy o zmianie ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa oraz niektórych innych ustaw (nr w wykazie prac legislacyjnych i programowych Rady Ministrów UC32), zwanego dalej projektem ustawy zmieniającej ustawę o KSC,

Zdecydowanie bowiem należy się sprzeciwić opcji obliczania kary pieniężnej od przychodów osiągniętych przez podmiot kluczowy oraz przez podmiot ważny z całej działalności gospodarczej tych podmiotów osiągniętych w poprzednim roku obrotowym

Za sprzeczne z konstytucyjnymi zasadami sprawiedliwości społecznej i demokratycznego państwa prawnego (art. 2 w zw. z art. 8 Konstytucji RP) uznać należy przyjęcie w art. 73 ust. 3 i ust. 4 ustawy z dnia 5.07.2018 r. o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa (tekst jedn. Dz. U. z 2024 r. poz. 1077 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą o KSC, na mocy art. 1 pkt. 74 lit. d i lit. f projektu ustawy zmieniającej ustawę o KSC podstawy wyliczenia kary pieniężnej dla podmiotu kluczowego i podmiotu ważnego obliczanej od całego przychodu osiągniętego przez tegoż przedsiębiorcę w poprzednim roku kalendarzowym.

Jeżeli bowiem podmiotem ukaranym będzie spółdzielnia mieszkaniowa osiągająca wielomilionowe przychody z tytułu sprzedaży lokali, czynszów, pobierania opłat eksploatacyjno- użytkowych od lokali spółdzielczych, a także z tytułu zarządzania nieruchomościami i lokalami, zaś przychody uzyskiwane z tytułu prowadzenia działalności telekomunikacyjnej stanowią niewielką jedynie część tego przychodu, to doprawdy trudno byłoby wobec spółdzielni mieszkaniowej przyjmować podstawę wyliczenia kary od całego jej ubiegłorocznego przychodu z działalności gospodarczej obejmującego także przychody uzyskiwane z działalności inwestycyjnej oraz zarządzania lokalami, która to działalność poza umiejscowieniem sieci telekomunikacyjnej niewiele ma wspólnego z działalnością w zakresie komunikacji elektronicznej, szczególnie jeśli się zważy, że kara wymierzana jest w związku z niewykonywaniem lub nienależytym wykonywaniem obowiązków opisanych w art. 73 ust. 1, ust. 1 a i ust. 1 b ustawy o KSC, a nie w związku z wykonywaniem wadliwym lub też niewykonywaniem przez spółdzielnię mieszkaniową innych obowiązków.

Ponadto w przypadku przedsiębiorcy komunikacji elektronicznej świadczącego różnorakie usługi telekomunikacyjne oraz inne usługi i świadczenia (np. naprawa sprzętu komputerowego, handlowanie komputerami) także trudno byłoby jako podstawę wyliczenia kary pieniężnej z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania, obowiązków związanych z cyberbezpieczeństwem przyjmować przychód uzyskany przez przedsiębiorcę komunikacji elektronicznej w poprzednim roku kalendarzowym z całej prowadzonej działalności w zakresie komunikacji elektronicznej oraz jeszcze innej działalności nie będącej działalnością telekomunikacyjną.

Podstawa bowiem obliczenia kary pieniężnej winna być ściśle powiązana z usługą telekomunikacyjną, w ramach której realizacji doszło do zarzucanych naruszeń, nie zaś w związku z przychodem podmiotu uzyskiwanym z całej działalności gospodarczej podmiotu.

W pozostałym zakresie aktualność zachowują sformułowane przez nas powyżej zarzuty oraz zaprezentowana argumentacja odnosząca się do podstawy obliczenia kary umownej przyjętej w art. 445 ust. 1 pke oraz w art. 446 ust. 1 i ust. 5 pke.

W tym stanie rzeczy wnioskujemy do Rzecznika Małych i Średnich Przedsiębiorców o wspomóżenie naszych działań na etapie prac legislacyjnych toczących się zapewne już niedługo w Sejmie poprzez wsparcie autorytetem Urzędu Rzecznika Małych i Średnich Przedsiębiorców naszych starań o dodanie do projektu ustawy zmieniającej ustawę o KSC art. 1 pkt. 74 lit. h w brzmieniu „po ust. 5 dodaje się ust. 6 w brzmieniu „*Jeżeli podmiotem kluczowym lub podmiotem ważnym podlegającym ukaraniu karą pieniężną obliczaną w ust. 3 lub ust. 4 od przychodów osiągniętych z działalności w roku obrotowym poprzedzającym wymierzenie kary jest przedsiębiorca komunikacji elektronicznej, wówczas podstawę obliczenia kary pieniężnej stanowi przychód tego podmiotu z działalności w zakresie komunikacji elektronicznej realizowanej w poprzednim roku obrotowym.*”

Z wyrazami szacunku

Paweł Wołoch

Prezes Zarządu ZTK w Polsce Izba Gospodarcza

Przewodniczący zespołu roboczego do spraw konkurencji
Rady Przedsiębiorców przy Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców