

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wydał w dniu 2 sierpnia 2011 roku Decyzję nr (...), w której na podstawie art. 210 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 209 ust. 1 pkt 25 w zw. z art. 172 ust. 1 i art. 174 pkt 1 oraz art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 roku Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800, z późn. zm., zwanej dalej „Pt”) oraz art. 104§1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 roku Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071, z późn. zm., zwane dalej „Kpa”), po przeprowadzeniu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie nałożenia na (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej zwaną (...) lub „Spółką”) kary pieniężnej w związku z niewypełnieniem obowiązku uzyskania zgody abonenta lub użytkownika końcowego, o których mowa w art. 172 i art. 174 Pt, przy przeprowadzeniu wśród abonentów i użytkowników (...) loterii promocyjnej pod nazwą „(...)” nałożył na (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. karę pieniężną w wysokości (...) PLN (słownie: (...)), płatną do budżetu państwa, za

1. naruszenie art. 172 ust. 1 Pt w związku z art. 174 pkt 1 Pt poprzez niewypełnienie obowiązku uzyskania zgody dla (...) abonentów lub użytkowników końcowych sieci telekomunikacyjnej (...) na używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego i użycie w stosunku do tych abonentów lub użytkowników końcowych automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego polegające na wysłaniu komunikatów tekstowych SMS zachęcających do udziału w loterii promocyjnej pod nazwą „(...)”, w sytuacji gdy posiadane przez (...) zgody zostały wyrażone niezgodnie z art. 174 pkt 1 Pt;

2. naruszenie art. 172 ust 1 Pt przez niewypełnienie obowiązku uzyskania zgody dla (...) abonentów lub użytkowników końcowych sieci telekomunikacyjnej (...) na używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego i użycie w stosunku do tych abonentów lub użytkowników końcowych automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego polegające na wysłaniu komunikatów tekstowych SMS lub komunikatów głosowych (...) zachęcających do udziału w loterii promocyjnej pod nazwą „(...)”.

Odwołanie od powyższej decyzji złożył powód – (...) S.A. w W. (dawniej (...) S.A. w W.) zaskarżając ją w całości. Zaskarżonej decyzji zarzucił:

1. naruszenie art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt w zw. z art. 172 ust. 1 Pt i art. 174 Pt, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i nałożenie na (...) kary pieniężnej, pomimo, że nie zachodziły przesłanki do zastosowania tych przepisów, ponieważ:

(i) (...) podczas loterii promocyjnej „(...)?” („Loteria”) nie wysyłała żadnych komunikatów do abonentów lub użytkowników końcowych, w tym z wykorzystaniem automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego,

(ii) komunikaty wysłane w ramach loterii podczas loterii promocyjnej „(...)?” nie mogą zostać uznane za formę marketingu bezpośredniego,

(iii) (...) posiadała niezbędne zgody abonentów lub użytkowników końcowych uprawniające do wysłania komunikatów z pomocą automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego,

2. naruszenie art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt i art. 210 ust. 2 Pt w zw. z art. 201 ust. 1 – 3 Pt, art. 2 Konstytucji, art. 288 TFUE w zw. z art. 10 ust. 2 i ust. 3 dyrektywy 2002/20/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 roku w sprawie zezwoleń na udostępnianie sieci i usług łączności elektronicznej (Dyrektywy o Zezwoleniach), art. 6 ust. 3 TUE oraz art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności poprzez wydanie zaskarżonej decyzji, pomimo że w dniu 23 lutego 2011 roku Prezes UKE wszczął postępowanie kontrolne w przedmiocie objętym przedmiotem postępowania zakończonym wydaniem zaskarżonej Decyzji, które to postępowanie kontrolne zakończył bez wydania jakichkolwiek zaleceń pokontrolnych wzywających (...) do usunięcia nieprawidłowości lub udzielenia wyjaśnień, czy też wskazując środki jakie powinien zastosować podmiot kontrolowany, w celu usunięcia

nieprawidłowości, tj. bez wyczerpania trybu postępowania wskazanego w art. 201 ust. 1 – 3 Pt, co narusza zasadę proporcjonalności wymiaru kary pieniężnej i czyni ją przedwczesną,

3. naruszenie art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt w zw. z art. 210 ust. 2 Pt oraz art. 2 Konstytucji, poprzez nałożenie na (...) kary rażąco i oczywiście nieproporcjonalnie do zarzucanych (...) uchybień oraz nieuwzględnienie przy ustaleniu wysokości kary pieniężnej nałożonej na (...) przesłanek wymiaru kary pieniężnej wskazanych w Pt, tj. nieuwzględnienie zakresu (rzekomego) naruszenia oraz dotychczasowej działalności (...), w tym:

(i) błędną ocenę doniosłości zarzucanych (...) (rzekomych) naruszeń praw abonentów lub użytkowników końcowych,

(ii) uwzględnienie przy ocenie dotychczasowej działalności (...) faktu wydania decyzji z dnia 30 lipca 2010 roku, znak: (...), nakładającej karę za (rzekome) uniemożliwienie korzystania z uprawnień do przeniesienia przydzielonego numeru, o których mowa w art. 71 ust. 1 pkt 2 Pt, która to decyzja nie jest wykonalna, a sprawa z odwołania (...) od tej decyzji nie została jeszcze prawomocnie zakończona,

(iii) uwzględnienie przy ocenie dotychczasowej działalności (...) faktu wydania: - decyzji z dnia 30 lipca 2010 r., znak: (...), nakładającej karę za (rzekome) uniemożliwianie korzystania z uprawnień do przeniesienia przydzielonego numeru, o których mowa w art. 71 ust. 1 pkt 2 Pt oraz – decyzji z dnia 25 czerwca 2007 r., znak: (...), nakładającej karę za niedopełnienie przez (...) obowiązków w zakresie informowania użytkowników końcowych o prawie wypowiedzenia umowy zgodnie z art. 59 ust. 2 Pt przy zmianie regulaminu świadczenia usług telekomunikacyjnych, podczas gdy w decyzjach tych postawiono (...) zarzut naruszenia całkiem innych przepisów Pt niż będących przedmiotem zaskarżonej Decyzji,

(iv) błędne przyjęcie, że podjęcie przez (...) działań proklienckich nie stanowi okoliczności łagodzącej oraz, że (...) nie podjęła właściwych działań proklienckich,

(v) zakwalifikowanie zwykłych następstw rzekomego naruszenia art. 172 ust. 1 Pt do okoliczności uzasadniających zaostrzenie wymiaru kary pieniężnej,

(vi) rażące i oczywiste przekroczenie wymiaru kary pieniężnej wystarczającego do osiągnięcia prewencyjnej funkcji kary,

4. naruszenie art. 189 ust. 2 pkt 2 lit. c Pt i art. 32 ust. 1 Konstytucji poprzez nierówne traktowanie przedsiębiorców telekomunikacyjnych, a to wskutek niejednolitej polityki karania za naruszenia obowiązków przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych z tytułu donioślejszych naruszeń.

Mając na uwadze powyższe zarzuty powód wniosł o zmianę zaskarżonej Decyzji w całości i umorzenie postępowania administracyjnego jako bezprzedmiotowego, względnie o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości, ewentualnie o zmianę zaskarżonej Decyzji poprzez obniżenie nałożonej na (...) kary pieniężnej do kwoty istotnie niższej od kwoty wskazanej w zaskarżonej Decyzji, nie wyższej niż (...) złotych.

W odpowiedzi na odwołanie Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wniosł o oddalenie odwołania.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

W dniu 21 października 2010 roku Powód zawarł z (...) sp. z o.o. z siedzibą w K. umowę o współpracy nr (...), na podstawie której (...) sp. z o.o. zobowiązała się do zorganizowania i przeprowadzenia loterii promocyjnej pod nazwą „(...)?” dla klientów powoda. (bezsporne)

W dniu 25 października 2010 roku Powód zawarł z (...) S.A. z siedzibą w A. umowę nr (...) o świadczenie usług związanych z przeprowadzeniem kampanii medialnej i obsługą platformy technologicznej do celów Kampanii Promocyjnej. (bezsporne)

Powód przekazał spółce (...) informacje dotyczące abonentów, z wyróżnieniem ich zgód dotyczących przekazywanych informacji. Wysyłane komunikaty były wysyłane za pośrednictwem infrastruktury powoda. (dowód zeznania świadka M. W. na rozprawie w dniu 10.03.2014 roku)

Regulamin Loterii został zatwierdzony przez Dyrektora Izby Celnej w K. i stanowił załącznik do opisanych powyżej umów. (bezsporne)

Loteria trwała w okresie od 25 października 2010 roku do dnia 14 kwietnia 2011 roku. (bezsporne)

Od dnia 25 października 2010 roku abonenci i użytkownicy końcowi powoda otrzymywali komunikaty tekstowe SMS oraz komunikaty głosowe (...) zachęcające do udziału w loterii. Treść SMS brzmiała „(...) (...)! Wyślij za darmo TAK na (...) SMSy na (...) sa darmowe! Reg: (...) (...)”. W kolejnych dniach były przesyłane kolejne wiadomości SMS o podobnej treści dotyczącej Loterii. Podobną treść zawierały również komunikaty głosowe (...) przesyłane za pośrednictwem automatycznych systemów wywołujących. (dowód: reklamacje abonentów i użytkowników końcowych powoda znajdujące się w aktach administracyjnych).

Treść komunikatów zachęcających do wzięcia udziału w loterii została przesłana poprzez system (...) do (...) abonentów i użytkowników końcowych, a w postaci wiadomości SMS do (...) abonentów i użytkowników końcowych. (bezsporne)

Powód pozyskiwał zgodę abonentów i użytkowników końcowych na przesyłanie informacji handlowych typu Opt In + (wszystkie kategorie zgód), Opt In (klienci, którzy wyrazili zgodę na otrzymywanie informacji handlowych) oraz Non Opt In (nie wyrazili ani zgody ani sprzeciwu na otrzymywanie informacji handlowych). Powód posiadał zgody dla otrzymywania komunikatów poprzez system (...), typu Opt In + od (...) klientów, Opt In od (...) klientów oraz Non Opt In od (...) klientów, natomiast SMS zgody typu Opt In + lub Opt In od (...) klientów, a Non Opt In od (...) klientów. (dowód: informacja przedstawiona przez powoda w piśmie z dnia 13.05.2011 roku – akta administracyjne)

Zgoda typu Non Opt In została uzyskana od (...) klientów, do których przesłano komunikaty zachęcające do wzięcia udziału w loterii, natomiast (...) abonentów wyraziło tego typu zgodę na przesyłanie komunikatów za pośrednictwem wiadomości SMS. (bezsporne)

Powód podczas podpisywania z abonentem lub użytkownikiem końcowym umowy przedstawiał klientowi zapis dotyczący jego zgody na „otrzymywanie tekstowych i głosowych informacji handlowych o promocjach i ofertach specjalnych dotyczących mojego numeru telefonu przygotowanych przez (...) i Partnerów oraz związanych z tym przetwarzaniem danych”. Na drugiej stronie umowy widnieją zapisy o zasadach korzystania z usługi Informacja Handlowa o treści: „Definicje: Informacja Handlowa – dostarczanie Abonentowi lub Użytkownikowi informacji handlowych od Operatora lub od Operatora i Partnerów. Partner – podmiot, z którym Operator zawarł umowę na pośrednictwo w dostarczaniu informacji handlowych, w szczególności poprzez umowę sprzedaży reklamy mobilnej. Powyższa definicja obejmuje także podmioty, które nie zawarły bezpośrednio z Operatorem umowy na pośrednictwo w dostarczaniu informacji handlowych, ale które faktycznie, za zgodą Operatora, zlecają rozpowszechnianie informacji handlowej podmiotom-stronom umowy na pośrednictwo w dostarczaniu informacji handlowych. 2. Aktywacja usługi odbywa się po wyrażeniu zgody na otrzymywanie informacji handlowych od Operatora i Partnerów. Zgoda może zostać wyrażona na Umowie, w Biurze Obsługi Abonenta ((...)), w serwisie(...) lub poprzez wysłanie wiadomości SMS o treści TAK na numer (...). W przypadku (...), (...) i SMS zgoda będzie dotyczyła pojedynczego numeru telefonu, którego dotyczy dyspozycja złożona w (...) czy (...) lub, z którego wysłano wiadomość SMS. Dezaktywacja usługi odbywa się po wycofaniu zgody w (...), przez wysłanie wiadomości SMS o treści NIE na numer (...) lub złożenie Operatorowi stosowanego oświadczenia na piśmie. 3. Zgoda obejmuje otrzymywanie od Operatora i Partnerów informacji handlowych, w tym drogą elektroniczną i przy użyciu automatycznych systemów informacji głosowej oraz przetwarzanie danych osobowych i danych transmisyjnych dla celów marketingowych Operatora i Partnerów. 4. Wyrażona zgoda może zostać wycofana w każdym czasie.” Dla klientów (...) i (...) zgoda była wyrażana przez SMS kierowany do klientów o treści: „Chcesz wiedzieć pierwszy o specjalnych ofertach i promocjach?Wyraz zgode na otrzymywanie inf. Handlowych od (...) i Partnerow. SMS TAK na (...).Zasady (...)”, natomiast klientów (...):

„Chcesz wiedzieć pierwszy o specjalnych ofertach i promocjach? Wyraz zgodę na otrzymywanie inf.handlowych od (...) i Partnerow. SMS TAK na (...) (...).(…) Podczas rozmów z klientami (...): konsultanci zobowiązani zostali do udzielenia informacji o treści zgodne z dokumentem „Zasady korzystania z usługi Informacja Handlowa”. Abonent lub użytkownik może także wyrazić zgodę na otrzymywanie informacji handlowej w serwisie (...), natomiast korzystanie z bramki internetowej było możliwe jedynie po wyrażeniu zgody na otrzymywanie informacji handlowych. (bezsporne)

Powód osiągnął w 2010 roku przychód w wysokości (...) zł. (bezsporne)

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie dokumentów załączonych przez strony do pism procesowych, za wyjątkiem tych, co do których wnioski dowodowe zostały oddalone oraz znajdujących się w aktach administracyjnych. Treść tych dokumentów nie była podważana przez strony. Nadto podstawą do ustalenia stanu faktycznego były zeznania świadka M. W. przesłuchanego na rozprawie w dniu 10 marca 2014 roku.

Sąd zważył co następuje:

Odwołanie powoda nie jest zasadne. Zdaniem Sądu Prezes UKE prawidłowo ustalił stan faktyczny, przyjął podstawę prawną nałożenia kary, a jej wymiar został prawidłowo ukształtowany. Sąd uznaje ustalony przez Prezesa UKE stan faktyczny za własny.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów podnoszonych przez powoda należy wskazać, że zarzut naruszenia art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt w zw. z art. 172 ust. 1 Pt i art. 174 Pt nie jest prawidłowy.

Dla Sądu niewątpliwym jest, że organizatorem i beneficjentem Loterii był Powód. Powód jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, którego abonenci lub użytkownicy końcowi mogli być jedynymi uczestnikami Loterii. Regulamin Loterii wskazuje jednoznacznie, że została ona przeprowadzona na zlecenie Powoda (§3 Regulaminu). Nie ma żadnego znaczenia dla rozpoznania sprawy jakiego rodzaju umowy zostały podpisane przez powoda z dwiema firmami, które miały obsługiwać Loterię. Treść tych umów, ani ich charakter nie wyłączają odpowiedzialności powoda za zachowania naruszające obowiązki wynikające z art. 172 i 174 Pt. Powód jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, który jest obowiązany działać na podstawie Prawa telekomunikacyjnego oraz wydanych wobec niego decyzji regulacyjnych. To na powodzie leżał obowiązek takiego skonstruowania umów z przedsiębiorcami, którzy mieli wykonywać techniczne czynności związane z obsługą Loterii, aby były one zgodne z obowiązującymi przepisami, w tym art. 172 i 174 Pt. Inne zapatrywanie prowadziłoby do obejścia obowiązującego prawa. Nadto należy wskazać, że Prezes Urzędu w uzasadnieniu skarżonej Decyzji przedstawił elementy jednoznacznie wskazujące, że to powód jest podmiotem odpowiedzialnym za stwierdzone naruszenia, a Sąd w pełni zapatrywania te podziela. Dodać należy, że świadek M. W. – wnioskowany przez powoda – stwierdził jednoznacznie, że całe przedsięwzięcie, jakim była Loteria było zorganizowane z pomysłu i na rzecz powoda. Sąd uznał zeznania świadka za prawdziwe, gdyż są one zgodne z pozostałymi dowodami przeprowadzonymi w sprawie, są spójne i logiczne, a żadna ze stron nie wskazywała aby nie polegały one na prawdzie.

Niezrozumiałym jest zatem zarzut dotyczące naruszenia art. 209 ust.1 pkt 25 Pt, gdyż nie sposób przypisać powodowi odpowiedzialności, albowiem nie dopuścił się opisanego w Decyzji czynu jako sprawca bezpośredni. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 5 stycznia 2011 r. (sygn. akt III SK 32/10, publ. LEX 824312) wskazał, że „kary pieniężne nakładane przez organy regulacji rynku nie mają charakteru sankcji karnych, jednakże w zakresie, w jakim dochodzi do wymierzenia przedsiębiorcy kary pieniężnej, zasady sądowej weryfikacji prawidłowości orzeczenia organu regulacji powinny odpowiadać wymaganiami analogicznym do tych, jakie obowiązują sąd orzekający w sprawie karnej”. W innym miejscu tego uzasadnienia Sąd Najwyższy dodał, że „uczynienie zadość przedmiotowemu standardowi nie oznacza z oczywistych względów ani konieczności, ani możliwości recypowania do spraw z zakresu regulacji telekomunikacji instytucji prawa karnego materialnego. Odwołanie do standardu konwencyjnego służy bowiem zapewnieniu odpowiednich gwarancji proceduralnych, a nie zrównaniu standardu administracyjnego z karnym w zakresie przesłanek odpowiedzialności.” Sąd Okręgowy w pełni podziela przedstawione przez Sąd Najwyższy powyższe stanowisko. Czyni to bezprzedmiotowymi wywody powoda zawarte w odwołaniu dotyczące form popełnienia czynu zabronionego (sprawstwo, podżeganie). Nie sposób też zgodzić się z zarzutem, że Prezes Urzędu nie zastosował

ściśle wykładni przepisów Prawa telekomunikacyjnego, która umożliwia nałożenie kary pieniężnej wyłącznie na podmiot, który dopuścił się naruszenia. Jedynym podmiotem, który dopuścił się naruszenia jest właśnie powód, na którym jako przedsiębiorcy telekomunikacyjnym świadczącym publicznie dostępne usługi telekomunikacyjne, ciąży szczególnie obowiązki przestrzegania zasad wynikających z Prawa telekomunikacyjnego. Jak wyżej wskazano z Regulaminu jednoznacznie wynika, że Loterię zorganizowano na zlecenie Powoda. Zleceńdawcami, a jednocześnie przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi w rozumieniu Prawa telekomunikacyjnego, nie są wskazywani przez Powoda przedsiębiorcy. Prezes Urzędu nie miał podstaw do nałożenia na (...) i (...) żadnych kar – dokonał więc ściśle wykładni przepisów. Zdaniem Sądu ścisła interpretacja przepisu art. 209 ust. 1 pkt 25 w rozumieniu prezentowanym przez powoda, prowadziłaby do tego, że odpowiedzialność za wysyłanie nieuprawnionych komunikatów w ramach Loterii, mogłaby ponieść jedynie osoba, która fizycznie dokonywała czynności prowadzącej do przekazania komunikatu. Takiej interpretacji sprzeciwia się wykładnia celowościowa i systemowa Prawa telekomunikacyjnego. Ta zaś jednoznacznie wskazuje na to, że podstawą penalizacji zachowań zarzucanych Powodowi była ochrona praw abonentów i użytkowników końcowych przed określonymi zachowaniami operatora telekomunikacyjnego, a nie konkretnego pracownika przedsiębiorcy telekomunikacyjnego lub innego przedsiębiorcy działającego na rzecz operatora.

Nie można się również zgodzić ze stwierdzeniem powoda, że komunikaty wysyłane w ramach Loterii nie mogą zostać uznane za formę marketingu bezpośredniego. W obowiązujących przepisach brak jest definicji marketingu bezpośredniego, dlatego też należy posłużyć się definicją dostępną poza przepisami. Definicja marketingu bezpośredniego została zawarta w Rekomendacji R(85)20 z dnia 25 października 1985 roku Komitetu Ministrów dla Państw Członkowskich w sprawie ochrony danych osobowych używanych dla celów marketingu bezpośredniego Rady Europy „Ochrona danych osobowych wykorzystywanych dla potrzeb marketingu bezpośredniego” (publikowana: (...)). Zgodnie z definicją znajdującą się w tym dokumencie „marketing bezpośredni” to ogół działań, jak również wszelkich dotyczących go usług pomocniczych, umożliwiających oferowanie produktów lub usług bądź przekazywanie innych informacji do grupy ludności - za pośrednictwem poczty, telefonu lub innych bezpośrednich środków - w celach informacyjnych bądź w celu wywołania reakcji ze strony osoby, której dane dotyczą. Według definicji zaproponowanej przez profesora K. B. marketing bezpośredni to: „sprzedaż wielu rodzajów produktów (dóbr fizycznych, usług lub idei), oparta na wykorzystaniu bezpośrednich i/lub pośrednich kontaktów producenta z końcowym nabywcą w celu zawarcia jednej lub wielu transakcji handlowych, usługowych, sprzedaży idei.” (publikowana: (...)) Zdaniem Sądu przekazywana komunikaty SMS i (...) wysyłane w związku z realizacją akcji promocyjnej „(...)?” w pełni mieszczą się w obu przedstawionych definicjach marketingu bezpośredniego, wobec czego Powód powinien uzyskać zgodę abonenta lub użytkownika końcowego na ich przekazywanie. Niewątpliwie, zdaniem Sądu, treść przekazywanych komunikatów umożliwiało oferowanie produktu, jakim była loteria, za pośrednictwem telefonu.

Kolejny zarzut dotyczył naruszenia przez pozwanego art.. 209 ust. 1 pkt 25 Pt w zw. z art. 172 ust. 1 Pt i art. 174 Pt, ponieważ zdaniem powoda posiadał on niezbędne zgody abonentów lub użytkowników końcowych uprawniające do wysyłania komunikatów za pomocą automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, także zdaniem Sądu nie jest prawidłowy.

Zgodnie z treścią art. 172 ust. 1 Pt zakazane jest używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, chyba że abonent lub użytkownik końcowy uprzednio wyraził na to zgodę. Natomiast art. 174 pkt 1 Pt stanowi, że jeżeli przepisy ustawy wymagają wyrażenia zgody przez abonenta lub użytkownika końcowego, zgoda ta nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści. Sąd podziela stanowisko Prezesa Urzędu, który wskazał, że zgoda abonentów lub użytkowników końcowych na otrzymywanie informacji handlowych przy użyciu automatycznych systemów informacji głosowej nie obejmuje swoim zakresem zgody na używanie automatycznych systemów wywołujących (innych niż głosowe) dla celów marketingu bezpośredniego. Definicje informacji handlowej oraz marketingu bezpośredniego nie są tożsame, co wynika także z porównania przytoczonych powyżej obu definicji (w tym definicji informacji handlowej używanej przez powoda). Nawet przyjmując, że definicja marketingu bezpośredniego mieści się w szeroko ujętej definicji informacji handlowej, to przepis ustawy zabrania domniemanej lub dorozumianej zgody abonenta lub użytkownika końcowego na wysyłanie

komunikatów za pomocą automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego. Abonent lub użytkownik końcowy powinien wprost wyrazić zgodę zgodnie z treścią art. 172 ust. 1 w zw. z art. 174 pkt 1 Pt na używanie wobec niego automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, a nie poprzestać na ogólnej zgodzie na otrzymywanie informacji handlowych. Takie rozumienie obu definicji oraz przepisów ustawy prowadzi do wprowadzania w błąd abonentów, co do jego uprawnień oraz znaczenia wyrażanych przez niego zgód. Zapis ustawowy jest bardzo jasny i nie wymaga daleko idącej interpretacji i wykładni, należy go zdaniem Sądu stosować wprost, gdyż ma on chronić abonentów i użytkowników końcowych przed niechcianymi informacjami. Inna interpretacja tej normy wynikającej z przepisów prawa telekomunikacyjnego prowadzi do obejścia obowiązującego prawa. I zdaniem Sądu w ten właśnie sposób działał powód, który w ogólną zgodę otrzymaną przez klienta, włączał szczególne zgody, które musiał od abonenta lub użytkownika końcowego w myśl obowiązujących przepisów otrzymać.

Kolejny zarzut powoda dotyczył wydania zaskarżonej Decyzji pomimo wszczęcia przez Prezesa Urzędu postępowania kontrolnego w przedmiocie objętym przedmiotowym postępowaniem. Ten zarzut także nie zasługuje na uwzględnienie, albowiem art. 209 Pt stanowi samodzielną podstawę do nakładania kar pieniężnych na przedsiębiorców telekomunikacyjnym za stwierdzone naruszenie. Prezes UKE wykazał, że powód swym zachowaniem wypełnił przesłanki wymienione w treści art. 209 pkt 25 Pt i nałożył na powoda karę pieniężną. Orzecznictwo Sądu Najwyższego (wyrok z dnia 16.03.2009 roku w sprawie III SK 35/08, publ. OSNP 2010/17-18/223, wyrok z dnia 14.02.2012 roku w sprawie III SK 24/11, publ. OSNP 2013/1-2/25, postanowienie z dnia 24.09.2013 roku w sprawie III SK 3/13, publ. LEX nr 1380973) jednoznacznie wskazuje, że art. 209 ust. 1 stanowi samoistną podstawę do nałożenia kary pieniężnej i nie musi być poprzedzone postępowaniem kontrolnym. Art. 209 Pt jest samodzielnym przepisem obligującym w razie stwierdzenia przez Prezesa UKE naruszenia do nałożenia kary pieniężnej, o czym świadczy redakcja przepisu, wskazująca, że kto nie wykonuje obowiązku podlega karze pieniężnej. Prezes Urzędu w dniu 15.02.2011 roku (a więc po wszczęciu postępowania o nałożenie kary pieniężnej) zawiadomił powoda o kontroli (znak: (...), której celem było sprawdzenie wykonania obowiązków wynikających z przepisów Prawa Telekomunikacyjnego. Zdaniem Sądu przedmiotowe postępowania miały inny cel. Postępowanie kontrolne miało doprowadzić do sprawdzenia, czy powód wypełnia szeroko zakreślone obowiązki jakie posiada wobec abonentów i użytkowników końcowych w związku z prowadzoną działalnością, natomiast postępowanie zakończone skarżoną decyzją miało od samego początku na celu ukaranie powoda karą pieniężną w razie stwierdzenia w trakcie tego postępowania nieprawidłowości związanych tylko i wyłącznie z obowiązkami nałożonymi przez art. 172 w zw. z art. 174 Pt. Ponadto wcześniejsze wszczęcie postępowania o nałożenie kary pieniężnej od postępowania kontrolnego wskazuje, że nie było one determinowane sposobem prowadzenia postępowania kontrolnego i nie stało na przeszkodzie prowadzeniu odrębnego postępowania w przedmiocie naruszenia częściowo tych samych obowiązków, których dotyczyło postępowanie kontrolne.

Podnoszony przez powoda zarzut naruszenia Dyrektywy o Zezwoleniach (2002/20/WE z 7.03.2002 roku i 2009/140/WE z 25.11.2009 roku) także nie jest zasadny. Należy zauważyć, że skarżona Decyzja została wydana już w momencie kiedy Państwa członkowskie miały stosować zmienioną Dyrektywę, a fakt braku jej implementacji do polskiego systemu prawnego nie może obciążać Prezesa Urzędu. Obecnie art. 10 ust. 3 dyrektywy o zezwoleniach stanowi, że właściwy organ uprawniony jest do żądania zaprzestania naruszeń niezwłocznie albo w rozsądnym terminie, a także przyjmuje odpowiednie i proporcjonalne środki służące zapewnieniu przestrzegania przepisów. W tym celu państwa członkowskie upoważniają właściwe organy m.in. do nakładania w stosownych przypadkach odstraszających sankcji finansowych, które mogą obejmować okresowe sankcje z mocą wsteczną. W ocenie Sądu przedmiotowa decyzja jest zgodna z przepisami prawa unijnego (Dyrektywy o Zezwoleniach w aktualnie obowiązującym brzmieniu), albowiem obecnie zgodna z prawem unijnym wykładnia przepisów krajowego prawa telekomunikacyjnego pozwala na zastosowanie wobec przedsiębiorcy telekomunikacyjnego sankcji, bez uprzedniego sprecyzowania przez organ regulacyjny wymaganego zachowania oraz zastosowania środków zmierzających do dobrowolnego usunięcia naruszenia. Nadto zmiana dyrektywy w tym zakresie nie spowodowała potrzeby zmiany prawa krajowego, albowiem konstrukcja prawa krajowego, zdaniem Sądu, pozwala na takie procesowanie, a inne wcześniejsze zapatrywanie wynikało z innej prounijnej interpretacji Prawa telekomunikacyjnego pod rządami Dyrektywy o Zezwoleniach w brzmieniu z 2002 roku.

Sąd nie znalazł także podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia przez pozwanego art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt w zw. z art. 210 ust. 2 Pt oraz art. 2 Konstytucji. Zdaniem Sądu Prezes Urzędu nałożył na powoda karę w sposób prawidłowy, a jej wysokość nie jest rażąca oraz nieproporcjonalna do zarzucanych uchybień.

Zgodnie z treścią art. 210 ust. 2 Pt ustalając wysokość kary pieniężnej, Prezes UKE uwzględnił zakres naruszenia, dotychczasową działalność podmiotu oraz jego możliwości finansowe. Wszystkie te elementy zostały uwzględnione przez Organ, co znalazło odzwierciedlenie w uzasadnieniu decyzji, a Sąd w pełni wywody te popiera.

Szczegółowo zaś odnosząc się do zarzutów powoda zawartych w odwołaniu, to w pierwszej kolejności należy wskazać, że Prezes Urzędu szczegółowo odniósł się do poszczególnych ustaleń wskazujących na zakres naruszeń przedsiębiorcy. Dodatkowo, Sąd stoi na stanowisku, że zakres naruszenia był bardzo wysoki, albowiem zostało naruszone prawo abonenta lub użytkownika końcowego do niezakłócania mu spokoju (niezależnie czy wypoczynku, czy pracy) przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, z którym wiąże go umowa, jeżeli nie wyraził na to zgody. Zakłócanie codziennego życia przez nachalne (a trudno za inne uznać przesyłane bez zgody) informacje handlowe jest dla wielu osób bardzo uciążliwe. A uciążliwość ta jest tylko niewiele większa przy przesyłaniu wiadomości głosowych niż SMS. Oba rodzaje odebrania wiadomości wymagają przerwania wykonywanych czynności, chociaż niewątpliwie odczytanie wiadomości SMS można nieco przesunąć w czasie.

Wobec powyższego niezrozumiałe jest stanowisko powoda, który wskazał, że Prezes UKE ustalając wysokość kary pieniężnej zrównał powyższe dwie formy naruszeń uznając, że stawka jednostkowa za naruszenie winna wynieść około 2,92 zł. W pierwszej kolejności wskazać należy, że pozwany nie wychodził, wymierzając karę, od ustaleń dotyczących jej wymiaru wobec jednostkowego naruszenia oraz nie rozgraniczył stawki jednostkowej kary w zależności od postaci naruszenia, na co zdaje się wskazywać powód w odwołaniu. Powód w żaden sposób nie wykazał również, że jednostkowa kara za przesyłanie wiadomości SMS jest zawyżona w stosunku do kary za stosowanie systemu (...). W odwołaniu, a także w kolejnym piśmie procesowym twierdzenia te nie niosą za sobą żadnego logicznego wywodu, wobec czego trudno Sądowi się do niego odnieść. Sąd podziela stanowisko przedstawione przez pozwanego w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym w obliczu równych stawek za oba przypadki naruszenia można przyjąć, że stawka za naruszenie w postaci stosowanie systemu (...) została zaniżona. Uzasadnienie skarżonej decyzji jednoznacznie wskazuje, że Prezes URE wskazał jedynie globalnie przypadającą wysokość kary na jednostkowe naruszenie stwierdzone w Decyzji zważywszy na liczbę abonentów lub użytkowników końcowych powoda, których dotknęły konsekwencje naruszeń.

Sąd nie podzielił także stanowiska powoda, co do nieprawidłowej oceny dotychczasowej działalności przedsiębiorcy, na którego nałożona jest kara. Jak wynika z uzasadnienia skarżonej decyzji Prezes UKE wziął pod uwagę fakt, iż decyzja (...) nakładająca na powoda karę jest nieprawomocna, co miało wpływ na wysokość wymierzonej kary. Nie sposób však pominąć, że decyzja ta została wydana, a Urząd stwierdził fakt naruszenia obowiązujących przepisów przez powoda. Na marginesie jedynie należy dodać, że w momencie wyrokowania, przedmiotowa decyzja była już prawomocna. Nie ma także znaczenia fakt, że wskazywane przez Prezesa URE w uzasadnieniu decyzje (...) i (...) dotyczyły innych naruszeń niż w toczącym się postępowaniu. Prezes Urzędu w treści uzasadnienia wyraźnie opisał za co w tych dwóch decyzjach kary pieniężne zostały wymierzone i nigdzie nie wskazał, że decyzje te dotyczyły tożsamego z niniejszym naruszenia. Ze stwierdzenia zawartego w treści art. 210 ust. 2 Pt „dotychczasowa działalność powoda” w żaden sposób nie wynika, aby chodziło ustawodawcy o tożsamość naruszeń. Wskazany przepis nie wymaga, aby ocena dotychczasowej działalności przedsiębiorcy była odnoszona do tego, czy dany podmiot dopuścił się określonego naruszenia po raz pierwszy czy kolejny. Mimo powyższego, zdaniem Sądu, można dostrzec we wszystkich trzech wskazanych przypadkach (łącznie ze skarżoną decyzją) tożsamość działań powoda, gdyż dotyczą one naruszenia praw abonenta lub użytkownika końcowego, wszystkie więc stwierdzone nieprawidłowości miały miejsce w stosunku do klienta powoda, co jest zachowaniem szczególnie nagannym. Sąd stoi na stanowisku, że kary nałożone na powoda innymi decyzjami nie spowodowały, że zaprzestał on naruszania praw swoich klientów, mimo, że działania te były prowadzone na innym obszarze działalności przedsiębiorcy. Co prawda powód zaprzestał już nieinformowania użytkowników końcowych o prawie wypowiedzenia umowy przy zmianie regulaminu oraz nie stwarza trudności

z przenoszeniem przydzielonego numeru, jednakże używał automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego bez zgody abonentów lub użytkowników końcowych. Wszystkie wymienione naruszenia zostały dokonane na niekorzyść klientów przedsiębiorcy i trudno w tym nie dopatrzeć się tożsamości po stronie osób, wobec których powód dopuścił się naruszeń.

Nieprawidłowy jest także zarzut powoda, który wskazuje, że Prezes Urzędu w sposób nieuprawniony przyjął, że podjęcie przez niego działań proklienckich nie stanowi okoliczności łagodzącej, oraz że działania te były niewłaściwe. W uzasadnieniu skarżonej decyzji Prezes UKE stwierdził, że: „Informacje Spółki o pozytywnym załatwieniu skarg abonentów, przyznawanie im dodatkowych minut na korzystnych warunkach oraz korygowaniu faktur obciążających ich w związku z udziałem w Loterii są pozytywną reakcją prokliencką Spółki.” Sąd odczytuje ten zapis jako fakt brania pod uwagę przy wymiarze kary środków zastosowanych przez powoda. Trudno jednakże się nie zgodzić z pozwanym, że były to działania cząstkowe, które nie mogą wpłynąć na całościowy obraz zachowania przedsiębiorcy. Powód bowiem opisane przez siebie działania podjął wyłącznie w stosunku do osób, które reklamacje złożyły, tak więc to sami klienci stali się przyczyną działań przedsiębiorcy, dopiero ich działanie spowodowało reakcję powoda. Naruszenie nastąpiło wobec ogromnej rzeszy abonentów i użytkowników końcowych przedsiębiorcy, a powód nie udowodnił, aby wobec wszystkich tych osób dokonał działań proklienckich. Świadczy o tym także stwierdzenie powoda znajdujące się w odwołaniu, w którym podał, że: „Trudno zatem oczekiwać, że (...) będzie rekompensować koszt udziału w akcji promocyjnej, którego zwrotu osoby uczestniczące nie domagają się, ponieważ chcieli w niej uczestniczyć”. Zapis ten świadczy, że powód wciąż nie zrozumiał sfery naruszeń stwierdzonych niniejszą decyzją, albo czyni to z uwagi na zarzuty podnoszone w odwołaniu. Działania powoda nie były ukierunkowane na usunięcie skutków naruszeń stwierdzonych decyzją, a odnosiły się do kwestii związanych z przeprowadzeniem Loterii i to jedynie w stosunku do bardzo zawężonego grona osób, wobec których nastąpiło naruszenie.

Nie można zgodzić się ze skarżącym, który wskazuje, że Prezes UKE wadliwie wskazał na okoliczności zaostrzające karę, albowiem w uzasadnieniu decyzji takie wyróżnienie nie występuje. Cytowane przez odwołującego się „Zestawienie wysokości kar do zakresu naruszeń” nie jest częścią skarżonej decyzji, nie stanowi do niej załącznika. Publikacja ta nie może wobec tego w jakikolwiek sposób wpłynąć na sądową ocenę Decyzji.

Nie znajduje również uzasadnienia zarzut nieprawidłowego uwzględnienia przy ustalaniu wymiaru kary przez Prezesa Urzędu możliwości finansowych powoda. Art. 210 ust. 1 Pt wskazuje, że karę pieniężną, o której mowa w art. 209 ust. 1, nakłada Prezes UKE, w drodze decyzji, w wysokości do (...) przychodu ukaranego podmiotu, osiągniętego w poprzednim roku kalendarzowym. Wbrew sugestiom skarżącego przepis ten milczy o dochodzie przedsiębiorcy. Przychód wskazany przez powoda jest podstawą do wyliczenia nakładanej na niego kary, wynika to wprost z cytowanego przepisu. Nie sposób zgodzić się ze stwierdzeniem, że dopiero ustalenie faktycznego dochodu przedsiębiorcy, w stosunku do którego prowadzone jest postępowanie pozwala na właściwy wymiar kary. Powód nie wskazał z jakiego przepisu wywodzi powyższe, zacytowany zaś w odwołaniu komentarz nie stanowi źródła prawa. Możliwości finansowe powoda zostały szczegółowo przedstawione w uzasadnieniu decyzji, a Sąd w pełni te wywody popiera.

Zdaniem Sądu wymierzona kara jest proporcjonalna do naruszenia jakiego dopuścił się przedsiębiorca. Naruszenie dotyczyło bardzo wielu abonentów i użytkowników końcowych powoda, sama ilość osób, wobec których zostało dokonane naruszenie wskazuje na wysoki stopień tego naruszenia. Co do działań proklienckich, które miałyby zmniejszyć rozmiar naruszeń, Sąd wypowiedział się powyżej, i w pełni podtrzymuje tezę, że były one bardzo ograniczone i wymuszone przez klientów złożeniem reklamacji, mają więc ograniczony wpływ na wymiar kary. Wymierzona kara w pełni czyni zadość zasadom prewencji ogólnej i szczególnej. Zarzut zaś naruszenia art. 2 Konstytucji RP nie został w żaden sposób przez powoda udowodniony i ogranicza się do stwierdzenia, że zasada proporcjonalności została przez Prezesa UKE zignorowana. Trudno odnieść się Sądowi do tak sformułowanego zarzutu, podczas gdy w uzasadnieniu skarżonej decyzji Organ wszechstronnie rozważył wszystkie okoliczności wpływające na ustalenie wysokości wymierzonej powodowi kary, a Sąd jak wyżej wskazano ustalenia te podziela.

Ostatni z zarzutów podnoszonych przez odwołującego się dotyczy naruszenia art. 189 ust. 2 pkt 2 lit. c Pt i art. 32 Konstytucji RP. Sąd także tak sformułowanego zarzutu nie podziela. Przede wszystkim powód był jedynym uczestnikiem niniejszego postępowania, wobec czego żaden inny przedsiębiorca telekomunikacyjny w analogicznych okolicznościach nie został inaczej potraktowany niż skarżący. Nie sposób także porównać naruszenie różnych obowiązków przez innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych w odmiennych okolicznościach konkretnej sprawy. Nieuprawniona jest zdaniem Sądu ocena działalności pozwanego na tle konkretnego stanu faktycznego występującego w przedmiotowej sprawie. Dywagacje dotyczące zakresu naruszenia przedsiębiorców telekomunikacyjnych w innych sprawach i ich porównywanie z przedmiotowym naruszeniem są czysto subiektywną oceną powoda, który ubiega się o zmniejszenie nałożonej na niego kary. Sąd nie podziela takiego stanowiska zawartego w odwołaniu. Nie sposób nie zgodzić się bowiem z Prezesem UKE, że rozstrzygnięcia wydawane w sprawach innych niż przedmiotowa są wynikiem wielu czynników, na które wpływ mają okoliczności faktyczne i prawne konkretnej sprawy i nie mogą być porównywane do sytuacji Powoda w tym postępowaniu. Jak wskazuje sam powód jest to pierwsze postępowanie w zakresie naruszenia art. 172 i 174 Pt, tak więc nie ma skali porównawczej do wymiaru kary nałożonej na powoda. Nawet gdyby takie postępowanie się odbyło, to i tak stan faktyczny oraz skala naruszenia różniła by się od przedmiotowej i nie mogłaby stanowić prostego matematycznego porównania.

W tym miejscu należy dodać, że Sąd oddalił wnioski dowodowe z dokumentów dotyczących kar nałożonych na innych operatorów, albowiem nie ma to związku z przedmiotowym postępowaniem, a przyczyny takiego zapatrywania zostały omówione powyżej.

Zdaniem Sądu nałożona na powoda kara jest w pełni adekwatna do naruszenia, którego dopuścił się przedsiębiorca. Przy jej nakładaniu Prezes UKE uwzględnił wszystkie przesłanki wynikające z treści art. 210 ust. 2 Pt, co znalazło wyraz w uzasadnieniu decyzji.

Mając na uwadze przedstawione okoliczności Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów na podstawie art. 479⁶⁴ § 1 k.p.c. oddalił wniesione przez powoda odwołanie, z uwagi na brak podstaw do jego uwzględnienia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sporu w oparciu o art. 98 k.p.c. w zw. z § 14 ust. 3 pkt. 2 w zw. z § 2 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu. Na kwotę 360 zł składa się wynagrodzenie pełnomocnika w stawce minimalnej.

SSO Dariusz Dąbrowski