

Sygn. akt VII AGa 277/21

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 marca 2022 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy i Własności Intelektualnej w składzie:

Przewodniczący: Sędzia Jolanta de Heij-Kaplińska

Protokolant: Weronika Michalak

po rozpoznaniu w dniu 16 marca 2022 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) S.A. w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

o nałożenie kary pieniężnej

na skutek apelacji powoda

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

z dnia 4 lutego 2021 r., sygn. akt XVII AmT 81/19

I. oddala apelację;

II. zasądza od (...) S.A. w W. na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 540 zł (pięćset czterdzieści złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Jolanta de Heij-Kaplińska

Sygn. akt VII AGa 277/21

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej decyzją z 8 listopada 2018 r., Nr (...) (...) (...), na podstawie art. 210 ust. 1 i 2 oraz art. 209 ust. 1 pkt 25 w zw. z art. 172 ust. 1 i art. 174 oraz art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (tj. Dz.U. z 2018 r., poz. 1954, dalej: p.t.) oraz art. 104 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tj. Dz.U. z 2018 r., poz. 2096, dalej: k.p.a.), po przeprowadzeniu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie nałożenia kary pieniężnej na (...) S.A. z siedzibą w W. w związku z niewypełnieniem obowiązku uzyskania zgody abonenta lub użytkownika końcowego, o której mowa w art. 172 p.t., przy wysyłaniu z użyciem telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, w okresie od 1 października 2015 r. do 29 lutego 2016 r., wiadomości SMS o następującej treści:

- „Nowy pakiet internetowy 500MB za 5 zł na 30 dni jest już dostępny. Aby go włączyć wyślij SMS o treści (...) pod numer 260 (20 gr) i surfuj więcej niż dotychczas!” (dalej zwanej również „(...)”),

- „Rewelacyjna wiadomość BEZPŁATNIE zobaczysz gdzie jest TERAZ bliski. Wyślij sms (ozł) o treści CP na (...). 14 dni za darmo/ Potem 6,15z VAT tyg/O.(...)” (dalej zwanej również „(...)”);

nałożył na (...) S.A. z siedzibą w W. kary pieniężne:

1. w wysokości: 4 200 000 (słownie: cztery miliony dwieście tysięcy złotych) płatną do budżetu państwa, za naruszenie art. 172 ust. 1 p.t. w zw. z art. 174 p.t. poprzez niewypełnienie obowiązku uzyskania zgody na używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego w stosunku do 1 763 334 numerów (...) należących do abonentów lub użytkowników końcowych i użycie w stosunku do tych abonentów lub użytkowników końcowych automatycznych systemów wywołujących polegające na wysłaniu wiadomości SMS celem przedstawienia oferty marketingowej o treści: „Nowy pakiet internetowy 500MB za 5 zł na 30 dni jest już dostępny. Aby go włączyć wyślij SMS o treści (...) pod numer 260 (20 gr) i surfuj więcej niż dotychczas!”, co miało miejsce w okresie od 1 października 2015 r. do 29 lutego 2016 r.;

2. w wysokości: 4 900 000 (słownie: cztery miliony dziewięćset tysięcy złotych) płatną do budżetu państwa, za naruszenie art. 172 ust. 1 p.t. w zw. z art. 174 p.t. poprzez niewypełnienie obowiązku uzyskania zgody na używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego w stosunku do 2 056 851 numerów (...) należących do abonentów lub użytkowników końcowych i użycie w stosunku do tych abonentów lub użytkowników końcowych automatycznych systemów wywołujących polegające na wysłaniu wiadomości SMS celem przedstawienia oferty marketingowej o treści: „Rewelacyjna wiadomość BEZPŁATNIE zobaczysz gdzie jest TERAZ bliski. Wyślij sms (ozł) o treści CP na (...). 14 dni za darmo/ Potem 6,15z VAT tyg/O.(...)”, co miało miejsce w okresie od 1 października 2015 r. do 29 lutego 2016 r.

Od niniejszej decyzji (...) S.A. z siedzibą w W. złożył odwołanie, zaskarżając decyzję w całości i wnosił o jej uchylenie w całości, ewentualnie o zmianę zaskarżonej decyzji poprzez obniżenie wymiaru nałożonej na powoda kary oraz o zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego od pozwanego na rzecz powoda według norm przepisanych. Zaskarżonej decyzji powód zarzucił naruszenie:

1. art. 209 ust. 1 pkt 25 p.t. w zw. z art. 172 ust. 1 p.t. i art. 174 p.t. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i nałożenie na O. kary pieniężnej, podczas gdy nie zostały spełnione przesłanki zastosowania tych przepisów, w szczególności wysyłka (...) i (...) prowadzona przez O. nie stanowi wysyłki z wykorzystaniem automatycznego systemu wywołującego, a wysyłkę za pomocą środków komunikacji elektronicznej,

2. art. 172 ust. 1 w zw. z art. 174 p.t. w zw. z art. 13 ust. 1 i 2 Dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej) (Dz. Urz. UE z 31 lipca 2002 r., s. 37-47, dalej „dyrektywa”, „dyrektywa 2002/58/WE”) poprzez ich błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż wymóg posiadania zgody abonenta dotyczy sytuacji, w której komunikaty SMS dla celów marketingu bezpośredniego przesyłane są do własnych klientów i dotyczą podobnych towarów lub usług w stosunku do tych, których zakupu klienci dokonali,

3. art. 209 ust. 1 pkt 25 i 210 ust. 1 w zw. z art. 172 ust. 1 p.t. w zw. z art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 326 z 26 października 2012 r. s. 47-390, dalej jako „TFUE”) oraz art. 13 ust. 2 Dyrektywy poprzez nałożenie na O. kary pieniężnej za działania marketingowe podjęte bez posiadania zgody abonentów, które nie wymagały zgodnie z art. 13 ust. 2 Dyrektywy posiadania takiej zgody,

4. art. 7 i 77 k.p.a. oraz art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności w zw. z art. 209 ust. 1 pkt 25 p.t. i nałożenie na powoda kary pieniężnej na podstawie przyjętego domniemania braku posiadania zgód od abonentów lub użytkowników końcowych, tj. nałożenia kary pomimo niewykazania przez Prezesa UKE przesłanki odpowiedzialności w postaci braku zgód na wykorzystanie automatycznych systemów wywołujących i telekomunikacyjnych urządzeń końcowych celem prowadzenia marketingu bezpośredniego,

5. art. 7 i 77 k.p.a. przez dowolną, a nie swobodną ocenę materiału dowodowego oraz poczynienie błędnych ustaleń stanu faktycznego, a w szczególności:

a) stwierdzenie, że O. nie posiadał zgód na wysłanie (...) do bazy 1 763 334 numerów (...) podczas, gdy ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że okoliczność ta nie została ustalona,

b) stwierdzenie, że O. nie posiadał zgód na wysłanie (...) do 2 056 851 numerów (...) podczas, gdy nie wynika to ze zgromadzonego materiału dowodowego,

c) ustalenie przez Prezesa UKE, na podstawie pisma z 12 lipca 2016 roku, iż O. nie posiadał zgód dla 2 056 851 numerów spośród 2 550 661, do których wysyłka (...) mogła zostać skierowana podczas, gdy dane przekazane w piśmie z dnia 12 lipca 2016 roku odnośnie statusu zgód klientów odnosiły się do aktualnego na dzień sporządzenia pisma statusu zgód, a nie statusu na dzień przekazania numerów (...) jak twierdzi w decyzji Prezes UKE,

d) ustalenie, że O. w zakresie wysyłki (...) nie posiadał zgód w stosunku do 2 056 851 numerów podczas, gdy w aktach sprawy znajdują się jedynie dane dotyczące zgód na dzień przekazania numerów firmie (...) dla 50 numerów (...),

e) brak wyjaśnienia nieścisłości w materiale dowodowym odnośnie tego, czy (...) był wysłany do bazy 2 550 661 numerów, czy też – z uwagi na różną treść SMSów wysłany w ramach kampanii „Gdzie jest dziecko” – liczba ta była mniejsza,

f) oparcie rozstrzygnięcia na domniemaniu, że O. nie posiadał zgód na wysyłkę (...) i (...) (w stosunku do 2 056 851 numerów (...)) podczas, gdy okoliczność faktyczna, czy O. posiadał zgody nie została w sprawie ustalona,

g) ocenę działań O. w ramach toczącego się postępowania celem zebrania materiału dowodowego jako brak współpracy i współdziałania celem uniemożliwienia zebrania Prezesowi UKE materiału dowodowego odnośnie posiadania zgód przez O. podczas, gdy O. odpowiadał każdorazowo na wezwania Prezesa UKE, a nawet przedstawiał szereg stanowisk z własnej inicjatywy,

h) błędne utożsamianie braku możliwości wykazania zgód w ramach niniejszego postępowania z brakiem zgód w czasie realizowania wysyłki;

6. art. 209 ust. 1a p.t. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i brak odstąpienia od nałożenia kary pomimo, iż zostały spełnione jego przesłanki (z uwagi na zaniechanie naruszenia, krótki okres jego trwania oraz znikomy zakres obejmujący co najwyżej 30 numerów),

7. art. 210 ust. 2 p.t. w zw. z art. 209 ust. 1 pkt 25 p.t. oraz art. 2 Konstytucji i art. 31 ust. 3 Konstytucji poprzez nałożenie na O. rażąco wygórowanej kary, niewspółmiernej do zakresu rzekomego naruszenia, nieproporcjonalnej i niezajdującej uzasadnienia w dotychczasowej działalności powoda oraz nieuwzględnienie przy wymiarze kary wszystkich okoliczności mających wpływ na wymiar kary, a to:

a) błędną ocenę negatywnych skutków otrzymania przez klientów wiadomości (...) i (...) poprzez wyolbrzymienie negatywnych skutków i nieuwzględnienie przy wymiarze kary okoliczności, że nie było reklamacji,

b) nieuwzględnienie przy wymiarze kary braku zawinienia po stronie O., o czym świadczą m. in. wyjaśnienia odnośnie Pana P.,

c) błędną ocenę dotychczasowej działalności spółki jako okoliczność mającą wpływ na zaostrzenie wymiaru kary,

d) wymierzenie kary nieproporcjonalnej do rzekomego naruszenia: brak uwzględnienia incydentalności rzekomego naruszenia oraz brak uwzględnienia przychodu z usług mobilnych,

e) błędną ocenę, że łączna kara w wysokości 9 100 000 złotych nie przekracza możliwości finansowych spółki,

8. art. 189 ust. 2 pkt 2 lit. c) p.t. i art. 32 ust. 1 Konstytucji poprzez nierówne traktowanie przedsiębiorców telekomunikacyjnych przejawiające się w niejednolitej polityce prowadzenia postępowań dot. naruszeń obowiązków wynikających z art. 172 p.t.,

9. art. 96a § 1 k.p.a. poprzez odmowę przeprowadzenia mediacji pomimo, że charakter sprawy nie sprzeciwiał się jej przeprowadzeniu, co miało istotny wpływ na wynik sprawy, gdyż sprawa zakończyła się wydaniem wysokiej nieproporcjonalnej kary w sytuacji, gdy nie było podstaw do jej nałożenia i dzięki mediacji można było uniknąć błędnych ustaleń faktycznych w sprawie.

Pozwany Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego zwrotu kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 4 lutego 2021 r. Sąd Okręgowy w Warszawie, Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów rozpoznając odwołanie (...) S. A. w W. od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z 8 listopada 2018 r. Nr (...) (...) (...) w punkcie pierwszym oddalił odwołanie i w punkcie drugim zasądził od (...) S.A. w W. na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 720 zł (siedemset dwadzieścia złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Powyższy wyrok został wydany na podstawie następujących ustaleń i rozważań prawnych:

Powód - (...) S.A. z siedzibą w W. (dalej jako (...)) jest spółką prawa handlowego wpisaną do Krajowego Rejestru (...) pod numerem KRS (...) prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego. Przedmiotem działalności przedsiębiorcy jest m. in. działalność w zakresie telekomunikacji.

W okresie od 1 października 2015 r. do 29 lutego 2016 r. (...) S.A. przeprowadzała działania marketingu bezpośredniego w formie przesyłania do swoich klientów bezpośrednich komunikatów SMS.

W tym czasie abonenci (...) S.A. otrzymali dwa sms-y:

– (...) o treści: „Nowy pakiet internetowy 500MB za 5 zł na 30 dni jest już dostępny. Aby go włączyć wyślij SMS o treści (...) pod numer 260 (20 gr) i surfuj więcej niż dotychczas!”

– (...) o treści: „Rewelacyjna wiadomość BEZPŁATNIE zobaczysz gdzie jest TERAZ bliski. Wyślij sms (ozł) o treści CP na (...). 14 dni za darmo/ Potem 6,15z VAT tyg/O.(...)”.

Powód wygenerował bazę klientów obejmującą liczbę 1 763 334 numerów (...) swoich abonentów, którym następnie wysłał komunikat SMS₁ przy pomocy automatycznego systemu wywołującego. Natomiast przesłanie wiadomości (...) odbyło się na zlecenie powoda przez spółkę (...) sp. z o.o. z siedzibą w S. dla 2 550 661 numerów (...) abonentów (...) S.A.

W związku ze swoją działalnością powód odbiera od swoich klientów trzy rodzaje oświadczeń zawierających zgody klienta o treści:

1. „zgoda na przesyłanie do mnie informacji handlowych dotyczących (...) S.A. środkami komunikacji elektronicznej”,
2. „zgoda na używanie przez (...) S.A. automatycznych systemów wywołujących w celach marketingowych”,
3. „wyrażam zgodę na kontakt na numery telefoniczne dostępne (...) S.A. w celu przedstawienia oferty O.”.

Powód nie przedstawił na żądanie Prezesa UKE danych dotyczących liczby i treści oświadczeń o wyrażeniu zgody przez konsumentów, do których zostały wysłane wiadomości (...) i (...). (...) S.A. wskazał, iż nie przechowuje numerów (...), co do których dokonał wysyłki komunikatu SMS₁, z uwagi na brak biznesowego znaczenia przechowywania danych

i oszczędność miejsca na serwerach. Tymczasem weryfikacja posiadanej zgody jest możliwa jedynie w odniesieniu do pojedynczych numerów (...). Informacje, którymi dysponuje powód dotyczą tylko ilości, treści i daty wysłanych wiadomości (...).

Odnosnie danych dotyczących posiadanych zgód abonentów, do których wysłany został, przy wykorzystaniu automatycznych systemów wywołujących, komunikat SMS2 powód przyznał, że o ile dysponuje bazą numerów (...), do których została wysłana wiadomość (...), to jednak nie może przedstawić zgód odbiorców (...), abonentów (...), na otrzymywanie marketingowych informacji tekstowych przy użyciu automatycznych systemów wywołujących. Powód twierdził, że nie może wygenerować z systemu informacji dotyczących posiadanych zgód na datę przekazania bazy odbiorców (...) do (...) sp. z o.o.

Sąd Okręgowy przyjął, że powód nie przedstawił pomimo wezwania Prezesa UKE zgód na używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, które byłyby uprzednio wyrażone przez abonentów lub użytkowników końcowych, którzy odebrali od powoda wiadomość (...) (1 763 334 numerów (...)) i (...) (2.550.661 numerów (...)).

Do Urzędu Komunikacji Elektronicznej wpłynęła skarga konsumenta R. P. na wysyłkę przedmiotowych komunikatów SMS, bez uzyskania uprzedniej zgody na otrzymywanie informacji marketingowych. W korespondencji z konsumentem powód przyznał, iż pomimo wyrażenia sprzeciwu przez Pana R. P. wobec przesyłania mu informacji handlowych i marketingowych przez (...) S.A., kontakty takie były do konsumenta generowane. Jednakże powód wskazał na fakt posiadania przez Pana R. P. dwóch numerów abonenckich w sieci O.. Zgłoszony przez konsumenta brak woli otrzymywania informacji marketingowych został odnotowany tylko przy jednym jego numerze telefonu, stąd też omyłkowo na drugi numer zostały wysłane wiadomości (...) i (...).

Sąd Okręgowy ustalił przychód powoda za 2017 r. rzędu 12 363 071 243,65 zł (zeznanie o wysokości osiągniętego dochodu (...) S.A. CIT – 8 za rok 2017).

Ustalenia faktyczne w zasadniczej części opierały się na zgodnych twierdzeniach stron. Bezsporne było między stronami, że powód oraz działająca na jego zlecenie spółka (...) wysłała do abonentów (...) i (...). Dane dotyczące liczby wysłanych (...) pochodzą od (...), a wobec faktu, że pozwany tej wielkości nie kwestionował Sąd Okręgowy uznał ją za bezsporną. Co do liczby wysłanych (...) na nr (...) abonentów (...), to ich liczbę Sąd ustalił w oparciu o oświadczenie powoda o liczbie wszystkich nr (...), które przekazał do (...) sp. z o.o., na które miały być wysłane sms-y, gdyż brak jest podstaw aby uznać, w świetle oświadczenia (...) sp. z o.o. o wykonaniu zobowiązania wobec (...), że liczba ta była inna niż objęta umową stron (liczba rekordów określających nr (...), zawarta na płycie przesłanej przez (...), załączonej do pisma z 26 lipca 2016r.).

Sąd Okręgowy za sporne między stronami wskazał, czy w dacie dokonywania wysyłki SMS-ów (...) posiadała stosowne zgody użytkowników końcowych, do których (...) i (...) zostały wysłane. Abstrahując na tym etapie rozważań od tego, jakie zgody abonentów, na jaki zakres i formę kontaktu ze strony przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, (...) powinna posiadać, Sąd jednoznacznie stwierdził, że (...) nie wykazał, aby posiadał jakiegokolwiek zgody własnych abonentów w dacie wysyłania SMS-ów.

Za niewątpliwe Sąd Okręgowy uznał, że w sytuacji, gdy normy prawa wymagają od przedsiębiorcy uzyskania od konsumenta zgody, przedsiębiorca musi taką zgodą dysponować w dacie podjęcia kontaktu z klientem. Musi też być w stanie wykazać posiadanie stosowanych zgód tak wobec kwestionującego ten fakt abonenta, jak i wobec organu uprawnionego do kontroli przedsiębiorcy w tym zakresie. W tym stanie rzeczy nieprzedstawienie przez powoda, pomimo wezwania Prezesa UKE, treści i zakresu zgód poszczególnych odbiorców (...) i (...) jest jednoznaczne z przyznaniem przez (...), że w dacie dokonywania wysyłki SMS-ów stosownych zgód nie posiadał.

Sąd Okręgowy podzielił w tej kwestii stanowisko Sądu Apelacyjnego w Warszawie zaprezentowane w innej sprawie regulacyjnej, dotyczącej rynku energetycznego, w wyroku z 26 lutego 2015 r., w sprawie VI ACa 150/15, w którym Sąd ten stwierdził, że „niewątpliwie powód jako przedsiębiorca prowadzący koncesjonowaną działalność gospodarczą

powinien dysponować dokumentacją pozwalającą na ustalenie zakresu wykonania obowiązków ustawowych i okazywać ją na żądanie właściwych organów. W przeciwnym razie należałoby przyjąć, że powód może skutecznie unikać odpowiedzialności administracyjnej oświadczając, że nie dysponuje niezbędnymi informacjami”. Orzeczenie to pomimo, że dotyczy innego rynku regulowanego niż telekomunikacyjny, odnosi się do tożsamego problemu prawnego dotyczącego konieczności przedstawiania przez przedsiębiorców stosownych dowodów potwierdzających wykonywanie obowiązków ustawowych.

Sąd Okręgowy nie zgodził się z powodem, że to na organie ciążył obowiązek znalezienia dowodów na okoliczność posiadania przez (...) stosownych zgód. O ile przepisy postępowania administracyjnego istotnie nakładają na organ obowiązek ustalenia prawdy materialnej, wyrażonej w art. 7 k.p.a., a rozwijanej w dalszych przepisach m.in. art. 77 k.p.a., zgodnie z którą organy administracji stoją na straży praworządności i podejmują kroki niezbędne do dokładnego ustalenia stanu faktycznego oraz do załatwienia sprawy, mając na względzie interes społeczny i słuszny interes obywateli, to jednak przepis art. 7 k.p.a. nie może być rozumiany jako zwalniający stronę z obowiązku przedstawiania dowodów na żądanie organu. Należy bowiem mieć na uwadze fakt, że w sytuacji jak opisana w stanie faktycznym, Prezes UKE nie może samodzielnie pozyskać dowodów na okoliczność posiadania przez (...) zgód abonentów, gdyż wiedzę w tym zakresie posiada tylko przedsiębiorca. Organ nie ma więc możliwość samodzielnie, z urzędu, bez udziału strony dokonać ustaleń i zebrać dowodów, gdyż nie posiada także stosownych uprawnień, do pozyskania takich dowodów, jeśli spółka nie przedstawi ich dobrowolnie.

Dalej Sąd uznał, że nieprzedstawienie przez spółkę dowodów, że posiadała w dacie wysyłki SMS-ów zgody abonentów, musi zostać potraktowane jako brak takich zgód. Argumentacja spółki, że zgody posiadała, ale nie może ich aktualnie odzyskać, raz z uwagi na nieposiadanie nr (...), na które SMS zostały wysłane, a dwa z powodu nieprzechowywania zarchiwizowanych zgód (niemożność odzyskania z systemu informatycznego danych dotyczących istniejących zgód na datę wysyłki SMS-ów), należy jednoznacznie ocenić jako brak zgód. O ile bowiem w świetle treści przepisów wymagane jest posiadanie określonych zgód, to konieczne jest ich przedstawienie na żądanie uprawnionego organu.

Decyzja biznesowa (...), który zadecydował, że w przypadku (...) nie zachował nr (...) na które wysłał (...), a w odniesieniu do funkcjonalności własnych systemów informatycznych nie zagwarantował możliwości odtworzenia posiadanych zgód w określonej dacie, nie może prowadzić do zwolnienia go z obowiązku wykazania, że stosowne zgody w określonej dacie posiadał. Zdaniem Sądu Okręgowego przyjęcie narracji powoda prowadziłoby do uznania, że przedsiębiorca de facto nie musi uzyskiwać zgód konsumentów, skoro przekazanie organowi informacji o niemożności ich odtworzenia i okazania w toku postępowania, prowadzić winno do zwolnienia go od odpowiedzialności za nieposiadanie stosownych zgód. W każdej zatem sytuacji przedsiębiorca telekomunikacyjny mógłby uniknąć odpowiedzialności administracyjnej za przesyłanie informacji marketingowych z wykorzystaniem automatycznych systemów wywołujących bez posiadania stosownych zgód, gdyż mógłby się powołać na niemożność ich odtworzenia.

Sąd Okręgowy miał na uwadze fakt, że powód jest liderem rynku telekomunikacyjnego, a więc posiada odpowiednie zasoby finansowe i osobowe do zdiagnozowania zagrożeń dla praw abonentów i ich właściwego zabezpieczenia. Zatem (...) jako profesjonalny uczestnik rynku miał również możliwość prawidłowego określenia ryzyka prawnego przy podejmowaniu decyzji dotyczących strategii akcji reklamowej SMS przy wykorzystaniu automatycznych systemów wywołujących, w szczególności decyzji o niearchiwizowaniu nr (...), do których SMS został wysłany i przyporządkowania im stosowanych zgód.

Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że skoro dowodami potwierdzającymi posiadanie zgód dysponuje tylko (...), to ciężar dowodzenia w tym zakresie zdecydowanie przesuwa się na (...). A zatem to (...) musi udowodnić fakty, które przemawiałyby za uznaniem, że posiadał zgody od wszystkich abonentów, którym przesłał (...) i (...), zwłaszcza w sytuacji, gdy organ administracyjny nie jest władny zweryfikować danej okoliczności w ramach prowadzonego postępowania. Jedynie fakty powszechnie znane lub znane organowi z urzędu nie wymagają przedłożenia dowodu. Nieprzedstawienie stosownych zgód pozwoliło Sądowi na jedyne w tych okolicznościach logiczny wniosek, że (...) nie posiadał stosownych zgód w dacie dokonywania wysyłki SMS-ów.

Sąd Okręgowy powołał się na treść art. 172 p.t., iż 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.

Kwestię zgody użytkowników końcowych reguluje z kolei art. 174 p.t. W myśl tego przepisu, jeżeli przepisy ustawy wymagają wyrażenia zgody przez abonenta lub użytkownika końcowego, 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.

Istotna dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu jest również regulacja art. 209 ust 1 pkt 25 p.t. w myśl której „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”. Kara może zostać nałożona także w przypadku, gdy podmiot zaprzestał naruszania prawa lub naprawił wyrządzoną szkodę, jeżeli Prezes UKE uzna, że przemawiają za tym czas trwania, zakres lub skutki naruszenia.

Wysokość kary pieniężnej i zasady jej wymierzania określa przepis art. 210 ust 1 i 2 p.t. Karę pieniężną w myśl tej regulacji nakłada Prezes UKE, w drodze decyzji, w wysokości do 3% przychodu ukaranego podmiotu, osiągniętego w poprzednim roku kalendarzowym. Decyzji o nałożeniu kary pieniężnej nie nadaje się rygoru natychmiastowej wykonalności. Ustalając wysokość kary pieniężnej, Prezes UKE uwzględnia zakres naruszenia, dotychczasową działalność podmiotu oraz jego możliwości finansowe.

Dokonując subsumpcji ustalonego stanu faktycznego do przedstawionych regulacji prawnych Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że powód dopuścił się naruszenia art. 172 p.t. i w związku z tym podlega karze, o jakiej mowa w art. 209 ust 1 pkt 25 p.t.

W ocenie Sądu Okręgowego wysłanie przez powoda wiadomości (...) i (...) zostało dokonane przy użyciu automatycznych systemów wywołujących.

Pojęcie automatycznych systemów wywołujących nie zostało zdefiniowane w prawie telekomunikacyjnym. Jednak powszechnie przyjmuje się w literaturze, że odnosi się do systemów technicznych służących do przekazywania treści indywidualnym odbiorcom, bez bezpośredniego udziału człowieka. Wskazuje się, że automatycznymi systemami wywołującymi mogą być zarówno systemy głosowe, faksowe, oparte na poczcie elektronicznej, generatory SMS i (...) itp. (tak komentarz do prawa telekomunikacyjnego pod redakcją M. Rogalskiego jak i pod redakcją S. Piątka). Cechą charakterystyczną tych systemów jest automatyczność związana z inicjowaniem, realizowaniem przekazu treści, za pomocą odpowiednio zaprogramowanych urządzeń przyłączonych do sieci telekomunikacyjnej. Po stronie nadawcy treści jest więc brak bezpośredniego udziału człowieka w inicjowaniu komunikowania się z odbiorcą, pomimo że programowania urządzeń technicznych dokonuje człowiek. Jednak to nie indywidualny człowiek odpowiada za zainicjowanie przesłania poszczególnego komunikatu, każdemu z odbiorców.

Wbrew stanowisku powoda automatycznych systemów wywołujących, o jakich mowa w art. 172 p.t., nie można ograniczyć jedynie do systemu głosowego. Powód powołując się w tym zakresie na odosobniony pogląd P. L. wyrażony w artykule „Artykuł 172 prawa telekomunikacyjnego - próba wykładni”, opublikowanym w M. (...), nr 8 s.400, abstrahuje od wykładni celowościowej i funkcjonalnej analizowanego przepisu. Celem uzyskiwania stosowanych zgód abonentów na wykorzystywanie tej technologii w komunikacji z nimi jest ograniczenie zalewu informacji marketingowych kierowanych do abonentów. Automatyzm, istotny w tej technologii przekazywania treści, umożliwia bowiem masową wysyłkę informacji. Natomiast celem tej i innych regulacji prawa telekomunikacyjnego, jest dbałość o interes abonentów. Przy czym dobrostan abonenta w odniesieniu do treści art. 172 p.t. jest rozumiany jako prawo do korzystania z urządzeń służących do komunikacji, niezakłócone nadmiarem informacji marketingowych,

generowanych automatycznie. Na taki kierunek wykładni wskazuje przepis art. 13, ale także pkt 40 preambuły dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 12.7.2002 r. dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej), którego implementację do prawa polskiego stanowi przepis art. 172 i 174 p.t..

W myśl 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”. Natomiast z motywu 40 preambuły do dyrektywy (...) wynika, że „należy zapewnić środki zabezpieczające abonentów przed ingerencją w ich prywatność przez niezamówione komunikaty do celów marketingu bezpośredniego w szczególności przez urządzenia do wywołań automatycznych, telefaksy i wiadomości z poczty elektronicznej (e-mail), w tym wiadomości SMS. Te formy niezamówionych komunikatów handlowych mogą z jednej strony być stosunkowo proste i tanie w przesyłaniu, z drugiej strony zaś, mogą powodować obciążenie i/lub koszty dla odbiorcy. Ponadto, w niektórych przypadkach ich pojemność może powodować również problemy w sieci łączności elektronicznej i terminalu. W przypadku takich form niezamówionych komunikatów dotyczących marketingu bezpośredniego, uzasadnione staje się wymaganie uprzedniej wyraźnej zgody odbiorcy przed wysłaniem do niego komunikatu”.

Także „należy zapewnić środki zabezpieczające abonentów przed uciążliwościami, które mogą być spowodowane automatycznym przekazywaniem połączeń przez inne podmioty. Ponadto, w takich przypadkach, abonenci muszą mieć możliwość zablokowania przekazywanych na ich terminale połączeń na podstawie prostego wniosku do dostawcy publicznie dostępnych usług łączności elektronicznej (pkt 37 preambuły).

Przy tak wyartykułowanym celu dyrektywy, jakim jest ochrona uzasadnionego interesu abonenta, w szczególności jego prawa do prywatności, wykorzystywanie automatycznych systemów wywołujących w komunikacji z konsumentem odnosić się musi do wszystkich możliwych i dostępnych systemów komunikacji z abonentem i nie może zostać ograniczone, tak jak twierdzi powód, jedynie do systemów głosowych. Każdy bowiem komunikat marketingowy, niezależnie od sposobu jego przekazania, z uwagi na automatyczność wywoływania, może być w równym stopniu uciążliwy i powodować u abonenta tożsamy dyskomfort związany z masowością takiej wysyłki, ale także z jej częstotliwością, szczególnie jeśli abonent nie wyraził zgody na taki sposób komunikacji.

Sąd Okręgowy za trafną przyjął wykładnię celowościową, która nie pozwala na przyjęcie kierunku interpretacji zaproponowanego przez powoda. Także wykładnia językowa analizowanego przepisu art. 172 p.t. wyklucza ograniczenie pojęcia „automatycznych systemów wywołujących” tylko do systemów głosowych, skoro przepis posługuje się ogólnym sformułowaniem automatycznych systemów wywołujących, nie wykluczając z niego poszczególnych systemów, które mogą w sposób automatyczny inicjować przekaz informacji.

Dodatkowo Sąd nadmienił, że także Sąd Najwyższy orzekając w sprawie o zbliżonym stanie faktyczny, gdzie to właśnie SMS-y, generowane automatycznie przez nadawcę, były nośnikiem informacji marketingowej, nie miał najmniejszych wątpliwości co do tego, że używaniem automatycznych systemów wywołujących jest także wysyłanie do abonentów SMS-ów przy użyciu systemów automatycznych (tak Sąd Najwyższy w wyroku z 17.02.2016 r. w sprawie III SZP 7/15, oraz w wyroku z 9.10.2019r w sprawie I NSK 63/18).

Analizując stan faktyczny sprawy Sąd Okręgowy nie miał także wątpliwości, że analizowane w sprawie (...) i (...) były formą marketingu bezpośredniego. Marketing bezpośredni także nie został zdefiniowany w prawie telekomunikacyjnym, lecz jest pojęciem powszechnie używanym. Rozumie się przez niego wszelkie formy reklamy i promocji, które są kierowane bezpośrednio do zidentyfikowanego podmiotu.

Analizując treść (...) i (...) Sąd meriti stwierdził, że były one nośnikami informacji reklamowych. (...) reklamował w nich swoje nowe, dodatkowo płatne usługi oferowane abonentom. W treści (...) promował „Nowy pakiet internetowy 500MB za 5 zł na 30 dni.”, który można było aktywować wysyłając do operatora SMS o stosownej treści. Natomiast (...) zawierał reklamę nowej usługi (...) „Zobacz gdzie jest TERAZ bliski”. Usługa po aktywacji SMS miała być darmowa

przez pierwsze 14 dni, a potem jej cena wynieść miała 6,15z VAT tygodniowo. Treść komunikatów zawartych w obu SMS-sch nie budzi wątpliwości, że miały one poinformować abonentów o nowej usłudze świadczonej przez (...) i zachęcić ich do jej nabycia. W tym celu podawana była także cena usługi.

Sąd Okręgowy w tym zakresie nie podzielił stanowiska powoda, że nie można mówić o marketingowym charakterze informacji, skoro (...) niósł treści pożyteczne społecznie, skoro dzięki usłudze dzieci abonentów stawały się bardziej bezpieczne, gdyż rodzic mógł znać ich lokalizację. Zdaniem Sądu cel komercyjny obu SMS-ów jest oczywisty, gdyż powód dążył do uzyskania dochodów z tytułu oferowania nowych usług abonentom, a fakt, że przy okazji potencjalni nabywcy usługi mogli uzyskiwać większy komfort psychiczny dotyczący nadzoru nad dziećmi, nie zmienia marketingowego charakteru informacji.

W tych okolicznościach (...) wysyłając abonentom, przy wykorzystaniu automatycznych systemów wywołujących, rzeczony SMS-y zawierające informacje marketingowe, musiał posiadać uprzednie zgody abonentów na przekazywanie im takich treści w sposób automatyczny, o czym stanowi art. 172 p.t. Ustalony w sprawie stan faktyczny, nie pozwalał uznać, że (...) posiadał uprzednie zgody abonentów, do których wysłał (...) i (...), na przesyłanie im treści marketingowych przy użyciu automatycznych systemów wywołujących.

Sąd Okręgowy dodał, że treść art. 174 p.t. która wyklucza możliwość domniemania lub dorozumienia zgody abonenta z oświadczenia woli innej treści, dodatkowo wskazuje na doniosłość posiadania stosownej zgody. Istotność takiej zgody, wyklucza przyjęcie tezy (...), że nie ciąży na nim obowiązek przechowywania takich zgód i okazywania ich na wezwanie organu, będącego regulatorem rynku, uprawnionym do badania tej kwestii i nakładania kar administracyjnych za naruszenie art. 172 pt.

Sąd Okręgowy nie podzielił argumentu powoda, że uprawnienie (...) do przesyłania abonentom lub użytkownikom końcowym informacji marketingowych przy wykorzystaniu automatycznych systemów wywołujących bez uprzedniej zgody tych abonentów można wywieść z treści art. 13 ust 2 dyrektywy 2002/58/WE. W myśl powołanej regulacji „niezależnie od przepisów art. 13 ust. 1 dyrektywy, w przypadku gdy osoba fizyczna lub prawna otrzymuje od swoich klientów szczegółowe elektroniczne dane kontaktowe dotyczące kontaktu z nimi za pomocą poczty elektronicznej, w kontekście sprzedaży produktu lub usługi, zgodnie z dyrektywą 95/46/WE, ta sama osoba fizyczna lub prawna może używać tych szczegółowych elektronicznych danych kontaktowych na potrzeby marketingu bezpośredniego swoich własnych podobnych produktów lub usług, pod warunkiem, że klienci zostali jasno i wyraźnie poinformowani o możliwości sprzeciwienia się, w prosty i wolny od opłat sposób, takiemu wykorzystywaniu elektronicznych danych kontaktowych w chwili ich pobierania oraz przy każdej okazji otrzymywania wiadomości, w przypadku klientów, którzy początkowo nie sprzeciwili się takiemu wykorzystywaniu.

Po pierwsze, Sąd stwierdził, że powołany przez (...) przepis dyrektywy odnosi się do danych kontaktowych dotyczących poczty elektronicznej, co jest zdaniem Sądu jednoznaczne z tym, że dotyczy to marketingu realizowanego przy wykorzystaniu wiadomości e-mail przesyłanych na adresy konsumentów przekazane przez nich przedsiębiorcom. Po wtóre chodzi tu o dane kontaktowe otrzymane od klientów, natomiast powód próbuje zrównać te informacje z posiadaniem danych kontaktowych do przesyłania SMS, a więc nr (...), które są przedmiotem głównym umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych. Nie są to więc dane uzyskane dobrowolnie od klientów, ale dane które (...) sam pozyskuje, przydzielając poszczególnym abonentom konkretne nr (...). Zatem wysyłka (...) i (...) przez (...) nie mieściła się w hipotezie powołanego przez (...) przepisu dyrektywy.

Po wtóre analizowany przepis dyrektywy zakłada, że przy każdym kontakcie z abonentem polegającym na wysłaniu mu informacji marketingowych, klienci muszą być jasno i wyraźnie poinformowani o możliwości sprzeciwienia się, w prosty i wolny od opłat sposób, takiemu wykorzystywaniu elektronicznych danych kontaktowych. Analiza treści (...) i (...) nie wskazuje jednak, aby (...) informował w nich abonentów o możliwości sprzeciwienia się otrzymywaniu informacji marketingowych w ten sposób. Dodatkowo (...) nie przedstawił informacji, że każdy z abonentów, do którego został wysłany (...) i (...), został jasno i wyraźnie poinformowany w chwili zawierania umowy (w chwili

pobierania elektronicznych danych kontaktowych) o możliwości sprzeciwienia się, w prosty i wolny od opłat sposób, wykorzystywaniu tych danych na potrzeby marketingu bezpośredniego.

Tak więc w świetle powyższych ustaleń Sąd Okręgowy nie przyjął, że powód wysyłając rzeszone SMS-y korzystał z uprawnienia o jakim mowa w art. 13 ust 2 dyrektywy. Sąd też stwierdził dodatkowo, że nie jest też oczywiste, jak twierdzi powód, że treść art. 13 ust 2 dyrektywy odnosi się także do przesyłania informacji marketingowych z wykorzystaniem automatycznych systemów wywołujących. Prezes UKE stoi bowiem na stanowisku, że art. 13 ust 2 nie zezwala na wykorzystywanie w sytuacjach opisywanych w tym przepisie na korzystanie z automatycznych systemów wywołujących bez uprzedniej wyraźnej zgody abonenta. Rozstrzygnięcie jednak tej kwestii, w świetle powyższych rozważań, które wykluczały możliwość skorzystania przez powoda z dobrodziejstwa art. 13 ust 2 dyrektywy, nie było konieczne w sprawie niniejszej.

Reasumując Sąd Okręgowy uznał, że (...) wysyłał do abonentów, dla celów marketingu bezpośredniego, (...) i (...) z wykorzystaniem automatycznych systemów wywołujących, nie posiadając uprzedniej zgody tych abonentów. W tym stanie rzeczy zachodziły podstawy prawne do zastosowania wobec (...) przepisu art. 209 ust 1 pkt 25 p.t. przewidującego administracyjną karę pieniężną dla podmiotu który nie wypełnia obowiązków uzyskania zgody abonenta lub użytkownika końcowego, o której mowa w 172 p.t.

Wysokość kary pieniężnej nałożonej na (...) została ustalona zgodnie z wytycznymi jej wymiaru zawartymi w art. 210 ust 2 p.t. W szczególności Prezes UKE prawidłowo ustalając wysokość kary za każdy z deliktów administracyjnych uwzględnił znaczny zakres naruszenia, który wynika głównie z charakteru naruszenia, ale i jego skali. Po pierwsze Sąd miał na uwadze fakt, że powód jest jednym z 4 największych operatorów telefonii mobilnej w RP, który dysponuje znacznym zasobem organizacyjno-prawnym, pozwalającym na określenie ryzyk i zagrożeń w działalności telekomunikacyjnej. Oddziaływanie powoda na abonentów jest więc także znaczne, bo jego abonenci stanowią około 20 % wszystkich użytkowników telefonii komórkowej. Powód jest więc odpowiedzialny za zapewnienie znacznej liczbie abonentów dobrostanu, jaki abonentom gwarantuje przepis art. 172 p.t. (że nie będą otrzymywali wiadomości marketingowych przesyłanych przy wykorzystaniu (...), jeśli nie wyrazili na to uprzedniej zgody).

Pomimo znacznych możliwości po stronie powoda, nie zapewnił on, aby wysyłka (...) i (...) została dokonana tylko do tych abonentów, którzy uprzednio wyrazili zgody, o jakich mowa w art. 172 p.t., co świadczy zdaniem Sądu o zawinionym, co najmniej w stopniu niedbalstwa, działaniu powoda (zważywszy, że jak twierdził (...) to decyzja biznesowa zadecydowała o niezachowaniu numerów na które SMS-y zostały wysłane i niezabezpieczeniu posiadanych zgód na marketing bezpośredni z wykorzystaniem (...)).

Powyższe, w powiązaniu ze skalą wysłanych SMS-ów, bo liczbą ponad 1,7 mln abonentów w odniesieniu do (...) i 2,5 mln abonentów w odniesieniu do (...), którzy otrzymali od powoda bez swojej zgody SMS-y marketingowe, świadczy zdaniem Sądu o znacznym zakresie naruszenia prawa przez (...), co nie pozwala na ustalenie kary w wymiarze symbolicznym. Zróżnicowanie wysokości kar za wysyłkę każdego z SMS-ów prawidłowo uwzględnia więc liczbę abonentów, do których dany SMS został wysłany, a których prawa zostały wysyłką SMS-ów naruszone.

Zdaniem Sądu Okręgowego przy ustalaniu wysokości kary nie sposób abstrahować także od faktu, że celem akcji marketingowej powoda było uzyskanie korzyści majątkowych, gdyż oczywiste jest, że powód podejmując decyzję o wysyłce SMS-ów liczył, że abonenci skorzystają z dodatkowych, oferowanych im odpłatnie, usług. A więc finansowa motywacja, w zestawieniu z brakiem poszanowania dla prawa do prywatności abonentów, musiała zostać oceniona także jako wpływająca na znaczny zakres naruszenia, zważywszy, że wysyłka Sms-ów była masowa.

Sąd Okręgowy przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej uwzględnił, że powód już wcześniej został ukarany przez Prezesa UKE za tożsame działanie. Okoliczność ta była znana Sądowi z urzędu, a ponadto została dodatkowo powołana przez Prezesa UKE na rozprawie. Chodzi mianowicie o decyzję Prezesa UKE z 30 grudnia 2011 r., którą na powoda została nałożona kara pieniężna w kwocie 5 mln zł za używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego przez wysyłanie abonentom SMS-ów bez uzyskania zgody tych abonentów. W tej sytuacji podjęcie przez powoda decyzji o kolejnej akcji marketingowej polegającej na wysyłaniu SMS przy wykorzystaniu

automatycznych systemów wywołujących i niezabezpieczenie stosownych zgód abonentów, wskazuje, że poprzednio nałożona na powoda kara pieniężna nie odniosła oczekiwanego rezultatu w postaci prewencji szczególnej. Powód ponownie dokonując tożsamego naruszenia przepisów prawa telekomunikacyjnego, a tym samym naruszenia praw abonentów, wykazał lekceważący stosunek do obowiązujących go norm i zasad prawa telekomunikacyjnego. Sąd Okręgowy okoliczność omawianą potraktował jako obciążającą przy wymierzaniu kary i wpływającą na jej wysokość.

Bez znaczenia była przy tym okoliczność, że pozwany nie powołał się w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji, na wcześniejsze ukarania powoda za tożsame naruszenie decyzją z 30 grudnia 2011 r. Powód w decyzji przywołał liczne dowody na to, że (...), lub jej poprzednicy prawni na przestrzeni ostatnich lat dość często dopuszczali się naruszania różnych przepisów prawa telekomunikacyjnego. Sąd Okręgowy podzielał argumentację powoda, że fakt ukarania przedsiębiorcy karami administracyjnymi 10-8 lat wcześniej nie powinien w sposób znaczący wpływać na podwyższenie kary, właśnie z uwagi na ową dawność ukarania, to jednak ustalenie, że w 2011 r. powód został ukarany za tożsame delikt administracyjny ma dla sprawy niniejszej zasadnicze znaczenie. Przy czym Sąd podkreślił, że w toku postępowania sądowego, które ma charakter procesu kontradyktoryjnego, każda ze stron, a więc także organ wydający decyzję, ma prawo powoływać w toku postępowania dowody i twierdzenia na poparcie swojego stanowiska. A więc nie można odmówić także organowi prawa do powołania w toku postępowania sądowego nowego dowodu wskazującego na działanie powoda w warunkach swoistej recydywy, która to okoliczność powinna wpłynąć na wymiar kary. Dotychczasowa działalność przedsiębiorcy, zgodnie z dyrektywami wymiaru kary określonymi w art. 210 sut 2 p.t., ma bowiem zasadnicze znaczenie dla jej ostatecznego wymiaru.

Określając wysokość każdej z kar Prezes UKE wziął pod uwagę także zachowania powoda, który podjął próbę zadośćuczynienia abonentom naruszenia ich prawa do prywatności, organizując akcję bonusową. Jednak podjęcie następczych działań przez powoda, niemniej jednak bez ukierunkowania ich na konkretnych abonentów, których prawa zostały naruszone, nie pozwala na przyjęcie, że abonenci, którzy otrzymali SMS-y bez uprzedniej zgody, skorzystali z tych bonusów (mogli o nich nie wiedzieć, gdyż informacja dostępna była na stronie internetowej powoda), ale przede wszystkim na pozwalало to na obniżenie kary pieniężnej w sposób radykalny.

Powyższe wywody dawały Sądowi Okręgowemu podstawę do uznania, że wymierzone powodowi kary uwzględniają zakres naruszenia i dotychczasową działalność (...). Kary w wysokości ustalonej przez Prezesa UKE w zaskarżonej decyzji uwzględniają także możliwości finansowe (...).

Podstawę dla tej oceny stanowią całkowite dochody powoda z działalności telekomunikacyjnej, gdyż przepis art. 210 § 1 p.t. odnosi wysokość maksymalnej kary pieniężnej, określonej na 3%, do wielkości całkowitych przychodów przedsiębiorcy. W sprawie niniejszej (...) wskazywał, że całkowite przychody spółki to 12 mld zł, zaś przychody z działalności, której dotyczyło naruszenie to jedynie 3,8 mld zł. Podnosił także okoliczność, że w roku 2017, który był adekwatny dla ustalenia możliwości finansowych spółki, wynik finansowy był ujemny, gdyż spółka odnotowała stratę w wysokości 69 mln zł.

Zasadniczo Sąd Okręgowy zgodził się z organem, że przepis art. 210 § 1 p.t. każe odnosić adekwatność kary do całkowitego przychodu przedsiębiorcy. Niemniej jednak zwrócił uwagę na linię orzecznictwa Sądu Najwyższego, w której Sąd ten wielokrotnie zwracał uwagę na konieczność zapewnienia proporcjonalności kary w stosunku do czynu, poprzez odniesienia jej wysokości do skali przychodów uzyskiwanych z działalności, przy wykonywaniu której doszło do naruszenia (np. wyroki SN w sprawach sygn. akt III SK 24/14, III SK 25/16).

W sprawie niniejszej kwestia ta nie jest jednak tak oczywista, jak na to wskazuje powód, gdyż niemal cała działalność powoda jest działalnością telekomunikacyjną i nie można odnosić się przy wymierzaniu kary, tylko do przychodu z tej części działalności telekomunikacyjnej, której dotyczyło naruszenie. Wprawdzie do naruszenia doszło przy świadczeniu usług telefonii mobilnej, jednak nie sposób tych usług oddzielać od innych usług telekomunikacyjnych świadczonych przez powoda (np. usług telefonii stacjonarnej), gdyż w każdej z tych usług abonent jest w tożsamy sposób chroniony treścią art. 172 p.t., którego naruszenia powód się dopuścił. Przychody powoda z tytułu prowadzenia działalności telekomunikacyjnej w 2017 r. wyniosły 9,5 mld zł. Zatem działalność telekomunikacyjna powoda nie

stanowi ubocznej działalności przedsiębiorcy, ale jest jej zasadniczym przedmiotem, co nie uzasadnia odnoszenia wielkości kary do tej tylko części przychodu przedsiębiorcy.

Sąd Okręgowy nie znajdował podstaw do miarkowania kary z tego powodu, tym bardziej, że odnosząc wysokość wymierzonych kar pieniężnych tylko do przychodu z działalności telekomunikacyjnej, której dotyczyło naruszenie, kary są także adekwatne i do tej wartości. Sąd nie uznał, że kara rzędu 4 mln jest nieadekwatna do możliwości finansowych przedsiębiorcy, szacowanych przez niego na kwotę 3,8 mld złotych. Potencjał ekonomiczny (...) (obroty na poziomie ponad 12 mld zł) wskazuje, że jest to kara do udźwignięcia i nie stanowi niemożliwego dla przedsiębiorcy wydatku finansowego, w szczególności także nie niesie też ze sobą ryzyka wyeliminowania go z obrotu gospodarczego. Kara w orzeczonej wysokości nie stanowi zagrożenia dla dalszego funkcjonowania powoda na rynku, który wprawdzie wykazuje stratę z działalności gospodarczej, jednak kara stanowi nieznaczną część w stosunku do straty całkowitej.

Strata finansowa sama w sobie nie może być podstawą do obniżenia kary pieniężnej, gdyż jak wskazywał powód ujemny wynik finansowy nie jest wynikiem trudności ekonomicznych, ale jest efektem działalności biznesowej, w szczególności szerokiej skali inwestycji, które na obecnym etapie generują większe koszty, lecz w przyszłości będą źródłem dodatkowych zysków. Według Sądu Okręgowego ujemny rachunek ekonomiczny nie oznacza, że możliwości finansowe nie pozwalają mu ponieść kar w orzeczonej wysokości.

Dalej Sąd nie uznał, jak twierdził (...), że brak licznych skarg abonentów na otrzymywane sms-y, powinien skutkować przyjęciem, że czyn nie miał znacznej szkodliwości lub, że nie wywołał u abonentów negatywnych skutków, a tym samym kara powinna być obniżona z tego tytułu. Zdaniem Sądu liczba skarg nie ma znaczenia, gdyż Prezes UKE będąc organem regulacyjnym na rynku telekomunikacyjnym ma obowiązek działać w interesie publicznym, a więc także interesie abonentów. Zatem organ ma chronić interesy abonentów przed ich naruszeniem przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, bez względu na to, czy sami abonenci wnosili do (...) skargi, czy też nie.

Zdaniem Sądu organ także prawidłowo ocenił brak przesłanki do odstąpienia od nałożenia na powoda kary administracyjnej. Jak wynika bowiem z treści art. 209 ust 1a p.t. kara może zostać nałożona także w przypadku, gdy podmiot zaprzestał naruszania prawa lub naprawił wyrządzoną szkodę, jeżeli Prezes UKE uzna, że przemawiają za tym czas trwania, zakres lub skutki naruszenia. W sprawie nie można uznać, że zakres i skutki naruszenia przemawiają za odstąpieniem od nałożenia kary, gdyż naruszenie nie ma znikomej wagi, o czym wyżej, tym bardziej, że nie jest to pierwszy raz, gdy powód dopuścił się naruszenia art. 172 p.t.

Sąd Okręgowy miał na względzie, że celem administracyjnych kar pieniężnych jest prewencja ogólna i szczególna, która ma doprowadzić do sytuacji, w której przedsiębiorca ukarany oraz inni przedsiębiorcy telekomunikacyjni nie będą w przyszłości dopuszczać się podobnych lub tożsamyh naruszeń prawa telekomunikacyjnego. W sprawie niniejszej zachowanie powoda wskazuje, że poprzednio nałożona kara za takie same naruszenie prawa telekomunikacyjnego nie doprowadziła do respektowania praw abonentów, a więc nie sposób uznać, że odstąpienie od kary w sprawie niniejszej spowoduje, że powód będzie w przyszłości respektował prawa swoich klientów.

Sąd Okręgowy kierował się tym, że kara pieniężna ma również stanowić dla przedsiębiorcy odczuwalną dolegliwość, aby dyscyplinować go na przyszłość i ten represyjny charakter nie pozwala wymierzyć jej na poziomie symbolicznym, niższym niż orzeczona w decyzji. Kary wymierzone powodowi w wysokości określonej w decyzji są adekwatne do zakresu naruszenia, dotychczasowej działalności (...) i możliwości finansowych spółki. Zdaniem Sądu, dalsze obniżenie kary nie było możliwe, gdyż powód będąc profesjonalistą z wieloletnim doświadczeniem na rynku, naruszył podstawowe reguły prawa telekomunikacyjnego, których istnienia musiał mieć świadomość, a jednocześnie naruszył prawo abonentów do korzystania z urządzeń służących do komunikacji, niezakłócone nadmiarem informacji marketingowych, generowanych automatycznie.

Odnosząc się do zarzutu nierównego traktowania przedsiębiorców telekomunikacyjnych, zdaniem Sądu Okręgowego powód tej okoliczności nie wykazał, gdyż w sprawach na które wskazywał, nie doszło do wymierzania administracyjnych kar pieniężnych. Prezes UKE nie stwierdził używania automatycznych systemów wywołujących.

Mając powyższe na względzie Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, zaś decyzja odpowiada prawu. W konsekwencji Sąd w oparciu o przepis art. 479⁶⁴ § 1 k.p.c. odwołanie powoda oddalił. Orzeczenie o kosztach postępowania zapadło w oparciu o przepis art. 98 k.p.c., który wprowadza zasadę pokrywania przez stronę, która sprawę przegrywa, kosztów poniesionych przez przeciwnika procesowego. Zważywszy, że to powód jest stroną przegrywającą, musi więc pokryć poniesione przez pozwanego koszty postępowania, którymi w sprawie niniejszej był jedynie koszt zastępstwa procesowego Prezesa UKE przez zawodowego pełnomocnika. Wysokość kosztów została zasądzona w stawce minimalnej określonej w Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. 2015, poz. 1804 z zm.).

Powód wniósł apelację od wyroku zaskarżając rozstrzygnięcie w całości, zarzucając na podstawie art. 368 § 1 pkt 2 k.p.c.:

1) naruszenie przepisów prawa materialnego art. 209 ust. 1 pkt 25 p.t. w zw. z art. 172 ust. 1 p.t. i art. 174 p.t. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i oddalenie odwołania pomimo, że wysyłka (...) i (...) nie stanowiła wysyłki z wykorzystaniem automatycznego systemu wywołującego, a wysyłkę za pomocą środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu art. 10 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną (dalej: „usude”),

2) naruszenie przepisów prawa materialnego, a to art. 172 ust. 1 w zw. z art. 174 p.t. w zw. z art. 13 ust. 1 i 2 dyrektywy 2002/58/WE, poprzez ich błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż wymóg posiadania zgody abonenta dotyczy sytuacji, w której komunikaty SMS dla celów marketingu bezpośredniego przesyłane są do własnych klientów i dotyczą podobnych towarów lub usług w stosunku do tych, których zakupu klienci dokonali,

3) naruszenie przepisów prawa materialnego, a to art. 209 ust. 1 pkt 25 i 210 ust. 1 w zw. z art. 172 ust. 1 p.t. w związku z art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 326 z 26 października 2012 r. s. 47-390; dalej jako „TFUE”) oraz art. 13 ust. 2 dyrektywy 2002/58/WE, poprzez nałożenie na O. kary pieniężnej za działania marketingowe podjęte bez posiadania zgody abonentów, które nie wymagały zgodnie z art. 13 ust. 2 dyrektywy posiadania takiej zgody,

4) naruszenie art. 6 k.p.c. w zw. z art. 172 i 174 p.t. oraz z art. 209 ust. 1 pkt 25 p.t. poprzez błędne przyjęcie, że na O. spoczywał ciężar dowodu wykazania zgody na kontakt marketingowy wysyłając (...) i (...), pomimo, że nie wynika to z przepisów,

5) naruszenie przepisów prawa materialnego, a to art. 189 ust. 2 pkt 2 lit. c p.t. i art. 32 ust. 1 Konstytucji poprzez nierówne traktowanie przedsiębiorców telekomunikacyjnych przejawiające się w niejednolitej praktyce stosowania zasad rozkładu ciężaru dowodu w prowadzonych przez siebie postępowaniach dot. naruszenia obowiązków wynikających z art. 172 p.t.,

6) zarzut naruszenia prawa procesowego, art. 231 k.p.c. poprzez oparcie rozstrzygnięcia na domniemaniu, że O. nie posiadał zgód na wysyłkę (...) i (...), podczas gdy okoliczność faktyczna, czy O. posiadał zgody nie została w sprawie ustalona z uwagi na brak możliwości technicznej wygenerowania tych danych przez O. oraz pomimo, iż O. przedstawił dane dot. zgód na dzień przesłania numerów (...) firmie (...) sp. z o.o. celem zrealizowania wysyłki (...) dla 50 numerów,

7) naruszenie prawa procesowego art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę dowodów, a w konsekwencji błędne ustalenia stanu faktycznego polegające na ustaleniu przez Sąd I instancji następujących faktów niezgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy:

-fakt ustalony: O. nie posiadał żadnych zgód na wysyłkę (...) oraz (...), podczas gdy O. nie miał możliwości technicznej przedstawienia informacji w tym zakresie (fakt rzeczywisty),

-fakt ustalony: stwierdzenie, że O. nie miał żadnych zgód na wysyłkę SMS 2 podczas gdy (i) w aktach są zgody na dzień przekazania numerów L. celem wysyłki (...) dla 20 z 50 analizowanych numerów (fakt rzeczywisty),

-fakt ustalony: stwierdzenie, że wysyłka (...) była skierowana do 2 550 661 abonentów i jest to okoliczność bezsporna, podczas gdy z akt sprawy wynika, że O. przekazał firmie (...) sp. z o.o. w okresie pomiędzy 1 października 2015 r a 29 lutego 2016 r. 2 550 661 numerów celem zrealizowania wysyłki, jednak L. wysyłał do abonentów SMSy różnej treści, w tym (...) (fakt rzeczywisty),

8) naruszenie przepisów prawa materialnego, a to art. 210 ust. 2 p.t. w zw. z art. 209 ust. 1 pkt 25 p.t. oraz art. 2 Konstytucji i art. 31 ust. 3 Konstytucji poprzez stwierdzenie, że kara nałożona przez Prezesa UKE była adekwatna, podczas gdy jest ona rażąco wygórowana i niewspółmierna i nieproporcjonalna do zarzucanego naruszenia.

Powołując się na art. 368 § 1 pkt. 5 k.p.c. powód wnosił o:

1) zmianę zaskarżonego wyroku w całości przez uchylenie w całości Decyzji Prezesa UKE, a w konsekwencji zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, lub na wypadek nie uwzględnienia wniosku o:

2) zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez zmianę Decyzji i znaczące obniżenie nałożonej kary pieniężnej, a w konsekwencji zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych ewentualnie o:

3) uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania wraz z pozostawieniem temu sądowi rozstrzygnięcia w zakresie kosztów za wszystkie instancje.

Ponadto powód wnosił o:

1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

- zeznań świadka W. S. i S. S. na okoliczność:

- modelu współpracy z firmą (...) sp. z o.o. w ramach świadczenia usług

- ilości przekazanych (...) sp. z o.o. numerów (...) w okresie 1.10.2015-29.02.2016 celem zrealizowania wysyłki SMS dot. usługi (...) jest dziecko”

- ilości i treści smsów przekazywanych (...) sp. z o.o. w okresie 1.10.2015-29.02.2016 celem zrealizowania wysyłki SMS dot. usługi (...) jest dziecko”,

- dowodu z dokumentu - kopii decyzji Prezesa UOKiK z dnia 24 lipca 2018 roku, nr (...) - na okoliczność, że (...) S.A. dzwoniła do abonentów z ofertą marketingową bez posiadania zgód zgodnie z art. 172 p.t.,

- dowodu z dokumentu - wyciąg ze sprawozdania zarządu z działalności (...) S.A. za pierwsze półrocze zakończone 30 czerwca 2014 roku - na okoliczność przejęcia (...) sp. z o.o. przez (...) S.A. z dniem 31 grudnia 2013 roku.

Pozwany wnosił o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja powoda była niezasadna.

Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do zakwestionowania prawidłowości ustaleń Sądu Okręgowego i w pełni je podzielił przyjmując za podstawę swojego rozstrzygnięcia. Ustalenia te mają oparcie w zgromadzonym materiale dowodowym, zaś wyprowadzone wnioski nie naruszają zasady swobodnej oceny dowodów i zastosowania prawa materialnego.

Zarzuty apelacji naruszenia art. 172 ust. 1 p.t. w związku z art. 174 p.t. oraz art. 13 ust. 1 i 2 dyrektywy 2002/58/WE sprowadzają się do tezy, że wysyłka SMS jest kanałem kontaktu, który nie spełnia, ani kryterium wysyłki za pomocą automatycznych systemów wywołujących, ani za pomocą telekomunikacyjnych urządzeń końcowych, a jest inną formą środka komunikacji elektronicznej. Tym samym art. 172 p.t. w niniejszej sprawie nie może być zastosowany, a kwestia możliwości kierowania wysyłek o treści handlowej za pomocą SMS uregulowana jest w ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną.

Skoro zatem, kwestia wysyłania komunikacji marketingowej w postaci SMS nie została uregulowana w art. 172 p.t., a podlega regulacji przewidzianej w art. 10 usude, to Prezes UKE nie był właściwym organem do analizy, czy O. posiadał stosowne zgody na wysyłkę SMS, gdyż na straży stosowania art. 10 usude stoi Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Sąd Apelacyjny wskazuje, że niniejsze postępowanie nie służy poszukiwaniu dróg ochrony abonentów przed niezamówionymi komunikatami handlowymi/marketingowymi, które w polskim porządku prawnym wynikają z różnych przepisów. W przypadku, gdy przedsiębiorca skieruje do abonenta lub użytkownika końcowego bezpośredni przekaz marketingowy z wykorzystaniem telekomunikacyjnego urządzenia końcowego lub automatycznego urządzenia wywołującego bez uzyskania zgody, Prezes UKE może nałożyć na przedsiębiorcę karę pieniężną na zasadach określonych w art. 209 ust. 1 pkt 25 p.t.

Wykładnia przyjęta przez Sąd pierwszej instancji, że wysyłka zrealizowana przez powoda wypełniała przesłanki z art. 172 p.t. w związku z art. 174 p.t. jako realizowana za pomocą automatycznych systemów wywołujących jest trafna.

Wykładnia językowa jest punktem wyjścia dla wszelkiej wykładni prawa i określa jej granice w ramach możliwego sensu słów zawartych w tekście prawnym. Sąd pierwszej instancji zastosował te wykładnię. Odstępstwo od reguły prymatu językowego sensu przepisu dopuszczalne jest wtedy, gdy wykładnia gramatyczna prowadzi do sprzeczności z fundamentalnymi wartościami konstytucyjnymi lub do rażącej niesprawiedliwości, sankcjonuje nieracjonalność ustawodawcy, niweczy cel instytucji prawnej, prowadzi do wniosków niedorzecznych lub wynika z błędu legislacyjnego (por. wyrok NSA w sprawie II GSK 1283/19 i cytowana w nim orzecznictwo oraz doktryna). Sąd pierwszej instancji uwzględnił również wykładnię celowościową, kierując się tym, że zasada pierwszeństwa wykładni językowej nie powinna zignorować pozostałych wykładni.

Ustalając znaczenie przepisu należy brać pod uwagę także jego kontekst systemowy i funkcjonalny, a więc na przykład inne przepisy prawne, wolę prawodawcy oraz cel regulacji (uchwała składu 7 sędziów NSA z 10 grudnia 2009 r., sygn. I OPS 8/09, ONSAiWSA2010, Nr 2, poz. 2). Wskazywana przez powoda wykładnia prounijna art. 172 p.t. potwierdza przyjęte przez Sąd pierwszej instancji znaczenie podanego przepisu.

Zgodnie z art. 172 ust. 1 p.t. 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.

Charakter przepisu art. 172 p.t. konstytuuje zakaz określonych działań marketingowych.

Przepis ten wdraża założenia art. 13 dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej) zakazującego posługiwania się automatycznymi systemami wywołującymi, faksami, pocztą elektroniczną do celów marketingowych.

Art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58/WE stanowi, że 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.

Art. 13 ust. 2 dyrektywy 2002/58/WE uzupełnia ust. 1 w ten sposób, że niezależnie od przepisów ust. 1, w przypadku gdy osoba fizyczna lub prawna otrzymuje od swoich klientów szczegółowe elektroniczne dane kontaktowe dotyczące kontaktu z nimi za pomocą poczty elektronicznej, w kontekście sprzedaży produktu lub usługi, zgodnie z dyrektywą 95/46/WE, ta sama osoba fizyczna lub prawna może używać tych szczegółowych elektronicznych danych kontaktowych na potrzeby marketingu bezpośredniego swoich własnych podobnych produktów lub usług, pod warunkiem że klienci zostali jasno i wyraźnie poinformowani o możliwości sprzeciwienia się, w prosty i wolny od opłat sposób, takiemu wykorzystywaniu elektronicznych danych kontaktowych w chwili ich pobierania oraz przy każdej okazji otrzymywania wiadomości, w przypadku klientów, którzy początkowo nie sprzeciwili się takiemu wykorzystywaniu.

Obecne brzmienie art. 13 dyrektywy 2002/58/WE wynika z dyrektywy 2009/136 Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/136/WE z dnia 25 listopada 2009 r. zmieniającej dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, dyrektywę 2002/58/WE dotyczącą przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 w sprawie współpracy między organami krajowymi odpowiedzialnymi za egzekwowanie przepisów prawa w zakresie ochrony konsumentów.

Motyw 67 dyrektywy (...) stanowi, że udostępniane abonentom środki ochrony przed naruszeniem ich prywatności przez niezamówione komunikaty do celów marketingu bezpośredniego rozsyłane pocztą elektroniczną powinny mieć również zastosowanie do wiadomości SMS, MMS i innych rodzajów podobnych aplikacji.

Art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58/WE zezwala na używanie różnych rodzajów komunikacji, a mianowicie automatycznych systemów wywołujących bez ludzkiej ingerencji (aparaty wywołujące automatycznie), faksów lub poczty elektronicznej do celów marketingu bezpośredniego, pod warunkiem że dotyczy to abonentów, którzy uprzednio wyrazili na to zgodę. Art. 2 dyrektywy 2002/58/WE zatytułowany "definicje" stanowi, że poczta elektroniczna oznacza wiadomość tekstową, głosową, dźwiękową lub obrazkową wysłaną za pośrednictwem publicznej sieci łączności, która może być przechowywana w sieci lub terminalu odbiorcy do chwili jej odebrania przez odbiorcę. Wykładnia art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58/WE przeprowadzona przez Trybunał Sprawiedliwości nie pozostawia wątpliwości, że komunikaty niezamówione, o nich traktuje podany przepis, obejmują wiadomości SMS (por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 25 listopada 2021 r. C-102/20).

Kolejnym przepisem podlegającym analizie jest art. 10 ust. 1 usude, który stanowi, że zakazane jest przesyłanie niezamówionej informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy będącego osobą fizyczną za pomocą środków komunikacji elektronicznej, w szczególności poczty elektronicznej. Ustęp 2 tego przepisu precyzuje natomiast, że informację handlową uważa się za zamówioną, jeżeli odbiorca wyraził zgodę na otrzymywanie takiej informacji, w szczególności udostępnił w tym celu identyfikujący go adres elektroniczny.

Inaczej ujmując: zamówiona informacja handlowa to taka, na której otrzymywanie odbiorca wyraził zgodę uprzednio i wskazał do tego celu adres poczty elektronicznej. Zakresem zastosowania objęte jest przesyłanie informacji handlowej do osób fizycznych, zarówno konsumentów, jak i przedsiębiorców. Korespondencja ta musi być kierowana do oznaczonej osoby fizycznej, co oznacza, że nie wystarczy posiadanie samego adresu e-mail bez jego przyporządkowania do skonkretyzowanej osoby.

Artykuł 10 usude stanowi implementację postanowień dyrektywy 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym), a dokładniej jej art. 7, który stanowi, że: "1. Poza wymaganiami przewidzianymi przez prawo wspólnotowe, Państwa Członkowskie, które dopuszczają niezamówione informacje handlowe przesyłane pocztą elektroniczną, zapewniają, żeby informacje handlowe przesyłane przez usługodawcę mającego siedzibę na ich terytorium były wyraźnie i jednoznacznie rozpoznawane jako takie w momencie ich otrzymania przez odbiorcę".

Sąd Apelacyjny nie podziela poglądu powoda, że art. 10 usude jest dopełnieniem implementacji art. 13 dyrektywy 2002/58/WE, skoro podany art.10 jest implementacją art. 7 dyrektywy 2000/31/WE.

Prounijna wykładnia art. 172 Pt nie pozostawia wątpliwości, że wykaz środków komunikacji wymienionych w motywie 40 i art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58/WE nie ma charakteru wyczerpującego. Z jednej strony bowiem dyrektywa (...), która wprowadziła zmiany do dyrektywy 2002/58/WE, odsyła w motywie 67 do form komunikatów innych niż te wspomniane w dyrektywie 2002/58/WE, wskazując, że udostępniane abonentom środki ochrony przed naruszeniem ich prywatności przez niezamówione komunikaty do celów marketingu bezpośredniego rozsyłane pocztą elektroniczną powinny mieć również zastosowanie do wiadomości SMS, MMS i innych rodzajów podobnych aplikacji. Z drugiej strony, jak wyjaśnia motyw 4 dyrektywy 2002/58/WE, realizacja celu polegającego na zapewnieniu równego poziomu ochrony danych osobowych i prywatności użytkownikom dostępnych publicznie usług łączności elektronicznej winna zostać zagwarantowana bez względu na zastosowane technologie, co potwierdza, iż należy przyjąć szeroką i uwzględniającą zmiany technologiczne koncepcję rodzaju komunikatów objętych tą dyrektywą.

Przy prounijnej wykładni art. 172 p.t. należy powołać się też na art. 2 lit. d) dyrektywy 2002/58/WE, w którym została zawarta szeroka definicja pojęcia „komunikatu” obejmująca każdą informację wymienianą lub przekazaną między określoną liczbą stron za pośrednictwem usług publicznie dostępnej łączności elektronicznej. Art. 13 dyrektywy 2002/58/WE zatytułowany „Komunikaty niezamówione” powinien być więc stosowany do każdej informacji wymienianej lub przekazanej między określoną liczbą stron za pośrednictwem usług publicznie dostępnych w łączności elektronicznej. Jeżeli komunikat wchodzi w zakres zastosowania art. 13 ust. 1 jest dozwolony pod warunkiem uzyskania wcześniejszej zgody ze strony jego odbiorcy.

Zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 2002/58/WE przewiduje się w szczególności harmonizację przepisów krajowych wymaganych do zapewnienia równoważnego poziomu ochrony podstawowych praw i wolności, w szczególności prawa do prywatności i poufności, w odniesieniu do przetwarzania danych osobowych w sektorze łączności elektronicznej. Tak jak wynika z motywu 40 tej dyrektywy, jej celem jest zabezpieczenie abonentów przed ingerencją w ich prywatność przez „niezamówione komunikaty do celów marketingu bezpośredniego”, w szczególności przez urządzenia do wywołań automatycznych, telefaksy i wiadomości przesyłane pocztą elektroniczną, w tym wiadomości SMS. Podane przepisy prawa unijnego wskazują, że do zakazu używania dla celów marketingu bezpośredniego z art. 172 p.t. wchodzi wiadomości SMS.

Jak przyjmuje orzecznictwo unijne, w celu zastosowania przepisu art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58/WE należy w pierwszej kolejności zweryfikować, czy rodzaj komunikatu używanego do celów marketingu bezpośredniego jest jednym z tych wskazanych w wymienionym przepisie; w drugiej kolejności, czy taki komunikat ma na celu marketing bezpośredni, i, w trzeciej kolejności, czy spełniony został wymóg uzyskania od użytkownika uprzedniej zgody (pkt 37 wyroku C-102/20).

Pierwsza i druga przesłanka zostały spełnione. Co do drugiej tylko dodatkowo można wskazać, że mało istotne jest, czy przedmiotowe wiadomości SMS były skierowane do odbiorcy wcześniej określonego i indywidualnie skonkretyzowanego, czy też chodziło o masowe i losowe rozpowszechnianie ich wśród licznych odbiorców. Znaczenie ma, że zawierają one komunikat o celu marketingowym, który dotarł bezpośrednio i indywidualnie do abonentów powoda w ten sposób, że został umieszczony w skrzynce odbiorczej wiadomości SMS na koncie tych użytkowników.

Mając na uwadze treść art. 172 ust. 1 p.t., a także art. 10 ust. 1 usude, na przesłanie treści reklamowych za pomocą komunikacji elektronicznej lub za pomocą połączenia telefonicznego lub systemów automatycznego wywoływania niezbędne jest uzyskanie zgody odbiorcy. Właśnie z prounijnej wykładni art. 172 p.t. wynika, że powód nie wypełnił obowiązków uzyskania zgody, co jest obwarowane karą pieniężną.

Powód nie przedstawił wypełnienia warunków z art. 13 ust. 2 dyrektywy 2002/58/WE dla przyjęcia zgody, stąd odnoszenie się do implementacji art. 13 ust. 2 dyrektywy 2002/58/WE dla potrzeb niniejszej sprawy jest zbędne. Uwaga Sądu pierwszej instancji, że art. 13 ust. 2 dotyczy wiadomości e-mail jest zbyt wąska, przy przyjętej definicji

poczty elektronicznej w art. 2 lit. h dyrektywy. Art. 13 ust. 2 dyrektywy umożliwia marketing bezpośredni swoich własnych podobnych produktów lub usług pod warunkiem, to skierowanie oferty produktów lub usług własnych przez powoda jest możliwe wyłącznie po dowiedzeniu spełnienia warunku tj., że klienci zostali jasno i wyraźnie poinformowani o możliwości sprzeciwienia się, w sposób wolny od opłat i prosty, takiemu wykorzystywaniu elektronicznych danych kontaktowych w chwili ich zbierania oraz przy każdej okazji otrzymywania wiadomości, w przypadku klientów, którzy początkowo nie sprzeciwili się takiemu wykorzystywaniu. Taka zgoda przewidziana art. 13 ust. 2 dyrektywy oznaczałaby w drodze wykładni prounijnej art. 172 p.t. wypełnienie obowiązku zgody, której brak jest zagrożony sankcją.

Zarzut naruszenia art. 6 k.c. w związku z art. 172 i 174 k.c. oraz art. 209 ust. 1 pkt 25 p.t. jest nietrafny. Powód w apelacji kwestionuje przyjęcie przez Sąd pierwszej instancji, że (...) nie posiadał stosownych zgód w dacie dokonywania wysyłki SMSów.

Zarzuty co do braku wykazania posiadania zgód są niezasadne. Sankcja z art. 209 ust. 1 pkt 25 p.t. przewidziana jest za niewypełnienie obowiązku uzyskania zgody. Przeciwnym stanem uwalniającym od kary pieniężnej, jest wypełnienie obowiązku uzyskania zgody. Sposób dowodzenia został przesądzony w wyroku I NSK 63/18. Sąd Najwyższy nie miał wątpliwości, kogo obciąża ciężar dowodu wykazania zgód, mianowicie ciężar dowodu w zakresie dotyczącym naruszenia przepisów ustawy spoczywa na Prezesie UKE i tu organ nie uzyskał od powoda zgód abonentów. Podmiot, w stosunku do którego toczy się postępowanie o nałożenie kary pieniężnej nie może pozostać całkowicie bierny. Spółka powinna zwalczać zarzuty pozwanego i przeciwstawić własne dowody, czego w sprawie nie uczyniła skutecznie.

Brak przekazania danych dotyczących zgód archiwalnych, jak twierdził powód, wynikał z niemożliwości technicznej wygenerowania tych zgód dla tak dużej jednorazowo ilości numerów (dla SMS 2) oraz z powodu braku przechowywania danych dotyczących numerów (...), do których kierowana była wysyłka (...) (dla (...)). Niemożność przedstawienia danych o wypełnieniu obowiązku jest równoznaczna z brakiem dowodu na wypełnienie obowiązku.

Nie następuje przerzucenie ciężaru dowodu. Dyspozycja art. 172 p.t. jest sformułowana jako zakaz, a uwolnieniem od tego zakazu jest przedstawienie zgody. Konstrukcja jest charakterystyczna dla obalenia domniemań, poprzez zastosowanie łącznika "chyba że". Adresat normy, chcący skorzystać z uwolnienia od sankcji, jest obciążony ciężarem dowodu. Podmiot respektujący ustawowy zakaz wyprowadzany z przepisów unijnych winien przechowywać dane dotyczące zgody w taki sposób, aby mógł wylegitymować się ich pozyskaniem. Dodatkowo tylko można powołać art. 10 usude, który zdaniem powoda winien mieć zastosowanie, a który tak samo jak art. 172 p.t. wymaga zgody. Niezależnie, czy art. 172 p.t. czy art. 10 usude, dopuszczalne w ramach powołanych norm zachowanie obwarowane jest zgodą. To do administratora danych należy wykazanie, że osoba, której dane dotyczą, poprzez czynne zachowanie wyraziła zgodę na przetwarzanie swoich danych osobowych i że uprzednio uzyskała ona dotyczące wszelkich okoliczności związanych z przetwarzaniem tych danych informacje mające zrozumiałą i łatwo dostępną formę, wyrażone jasnym i prostym językiem oraz umożliwiające tej osobie łatwe ustalenie konsekwencji jej zgody, w efekcie czego uzyskuje się gwarancję, że zgoda ta została udzielona przy pełnej znajomości stanu rzeczy (por. wyrok Trybunału C-61/19 (...) SA).

Na sądzie rozpatrującym odwołanie ukaranego przedsiębiorcy od decyzji administracyjnej spoczywa obowiązek zapewnienia konwencyjnych standardów przewidzianych dla postępowań w sprawach karnych nie oznacza bynajmniej, że chodzi tu o zagwarantowanie skarżącemu identycznych praw, jakie przysługują oskarżonemu w procesie karnym. Można tu mówić jedynie o istnieniu pewnych analogii z postępowaniem karnym, w szczególności dotyczących wymogów wykazania przez organ regulacyjny, że przedsiębiorca dopuścił się naruszenia prawa, za co zostaje mu wymierzona kara pieniężna.

Porównywanie rozkładu ciężaru dowodu do innych postępowań administracyjnych jest irrelevantne. Sąd dokonuje prawidłowości zastosowania przepisów prawa w konkretnej sprawie.

Nie doszło do naruszenia art. 231 k.p.c. Nie ma błędu w stwierdzeniu Sądu pierwszej instancji, że (...) nie wykazał, aby posiadał jakiegokolwiek zgody własnych abonentów w dacie wysyłania SMS-ów. Pismem z dnia 12 maja 2017

r. O. przekazał Prezesowi UKE dane dotyczące zgód na dzień przekazania numerów firmie (...) sp. z o.o. celem zrealizowania wysyłki SMS 2 dla 50 numerów, wskazanych przez Prezesa UKE. Z danych tych wynikało, że O. dla 50 numerów posiadał zgody na kontakt marketingowy dla 20 numerów (pismo O. z dnia 12 maja 2017 roku).

Podobnie pismo z dnia 25 lipca 2016 roku, którym O. przekazał Prezesowi UKE dane dotyczące zgód dla wszystkich numerów, przekazanych firmie (...) sp. z o.o. (załącznik CD z danymi w programie A.), dotyczy statusu zgód klientów na dzień 13 lipca 2016 roku, a nie okres wysyłania SMS pomiędzy 1 października 2015 roku do 29 lutego 2016 roku. Spośród 2550 061 numerów, 824 243 z nich posiadały stosowne zgody na dzień 13 lipca 2016 roku, a nie rozpatrywany okres (pismo O. z dnia 25 lipca 2016 roku wraz z załącznikiem w formie CD).

Zarzut art. 233 k.p.c. jest polemiką z właściwą oceną materiału dowodnego. Brak przekazania danych dotyczących zgód jest równoznaczne z brakiem dowiedzenia, że powód wypełnił obowiązek z art. 172 p.t. Brak jego wypełnienia uruchomił postępowanie administracyjne, w wyniku którego nałożona kara pieniężna ma podstawę w art. 209 ust. 1 pkt 25 p.t. Dopuszczenie dowodu w postępowaniu apelacyjnym z zeznań świadków na podane okoliczności:

- modelu współpracy z firmą (...) sp. z o.o. w ramach świadczenia usług

- ilości przekazanych (...) sp. z o.o. numerów (...) w okresie 1.10.2015-29.02.2016 celem zrealizowania wysyłki SMS dot. usługi „(...)”

- ilości i treści smsów przekazywanych (...) sp. z o.o. w okresie 1.10.2015-29.02.2016 celem zrealizowania wysyłki SMS dot. usługi „(...)”,

nie stanowiło dowodu faktu niweczącego delikt administracyjny. Sąd Apelacyjny wniosek dowodowy oddalił (protokół rozprawy z dnia 16 marca 2022 r.).

Sąd pierwszej instancji uwzględnił wszystkie dyrektywy wymiaru kary i prawidłowo zastosował art. 210 ust. 2 p.t. w związku z art. 209 ust. 1 pkt 25 p.t.

Na wysokość kary miały wpływ czynniki w postaci udziału powoda w rynku (20% wszystkich użytkowników telefonii komórkowej), stopień zawinienia (co najmniej niedbalstwo), skala naruszenia (1,7 mln i 2,5 mln abonentów), charakter naruszenia (prawo do prywatności), cel naruszenia (korzyści majątkowe). Nawet przyjmując sposób interpretacji powoda co do wykazania zgody 20 numerów, brak zgody przy wysyłce do ponad 4 milionów numerów oznacza, że charakter naruszenia był masowy i nie kwalifikuje się do zmniejszenia kary.

Dotychczasowa działalność i możliwości finansowe powoda zostały właściwie ocenione. Działalność przekładająca się na wymierny rozwój gospodarczy i społeczny kraju, przyczyniająca się też do realizacji głównego programu gospodarczego Rządu tj. Strategii Odpowiedzialnego Rozwoju, nie ma prawa przekreślać praw jednostki. Wymóg zgody osoby, której dane dotyczą, jest główną cechą leżącą u podstaw prawa o ochronie danych. Do tego dochodzi ingerencja w prywatność poprzez kierowanie niezamówionych komunikatów do celów marketingu bezpośredniego. Komunikaty powodują obciążenie dla ich odbiorcy ponad zwykłą uciążliwość, mogą spowodować pomyłki w czasie ich usuwania i przypadkowe akceptacje wiążące się z kosztami. Nie bez znaczenia jest też uciążliwość związana z wycofaniem się z klikniętych ofert, jeżeli treść komunikatu nie odpowiada świadomie wyrażonej zgodzie abonenta. Orientacyjna kalkulacja finansowa tylko (...) wynosi ponad 15 mln zł (6,15 zł razy 2,5 mln abonentów). Nie ma podstaw do zawężenia przychodów powoda do przychodów z działalności mobilnej. Marketing powoda w (...) i (...) wiązał się z działalnością na polu Internetu. Dokonanie linii podziału pomiędzy przychodami uzyskiwanymi z działalności, przy wykonywaniu której doszło do naruszenia staje się utrudnione, gdy przy działaniu na jednym polu, korzyści przenoszą się na inne. Działalność mobilna została wykorzystana do pozyskania korzyści z Internetu, czyniąc za cel powiększenie przychodów z przyjmowanej ogólnie działalności telekomunikacyjnej. Powód poza twierdzeniami nie wyjaśnił też, przy jakiej działalności raportuje przychody z Internetu. Akcja bonusowa nie wiązała się z przeciwdziałaniem naruszenia prywatności, tylko ze złagodzeniem skutków finansowych marketingu naruszającego

tę prywatność. Przejęcie P. sp. z o.o. oznacza, że O. jest następcą prawnym z wszystkimi tego konsekwencjami w zakresie dotychczasowych deliktów administracyjnych.

Nie mając podstaw do uwzględnienia apelacji, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. ją oddalił.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego ma oparcie w art. 98 k.p.c. w związku z art. 108 k.p.c. i art. 391 §1 k.p.c. i na rzecz pozwanego zasądzono wynagrodzenie pełnomocnika stosownie do § 14 ust. 2 pkt 3 w związku z § 10 ust. 1 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. z 2015 r., poz. 1804).

Jolanta de Hej-Kaplińska