

Sygn. akt XVII AmT 79/13

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 marca 2015 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący: SSO Jolanta de Heij - Kaplińska

Protokolant: sekretarz sądowy Jadwiga Skrzyńska

po rozpoznaniu w dniu 12 marca 2015 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z odwołania (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

o nałożenie kary pieniężnej

na skutek odwołania od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 27 grudnia 2012 r., nr (...)

1. oddala odwołanie,

2. zasądza od (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W. na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 360 (trzysta sześćdziesiąt) zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

SSO Jolanta de Heij - Kaplińska

Sygn. akt XVII AmT 79/13

## UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 27 grudnia 2012 r. (znak: (...))wydaną na podstawie art. 210 ust. 1 i art. 209 ust. 1 pkt 24 w zw. z art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (dalej: PT) oraz art. 104 § 1 k.p.a., po przeprowadzeniu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie nałożenia kary pieniężnej na (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej: (...)) w związku z naruszeniem obowiązku zachowania tajemnicy telekomunikacyjnej, o którym mowa w art. 159 ust. 3 PT, na co wskazują skargi A. S. złożone do Prezesa UKE dnia 3 kwietnia 2012 r. oraz 4 lipca 2012 r.,

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej: Prezes UKE, Prezes, organ) nałożył na (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. karę pieniężną w wysokości 20.000 zł, płatną do budżetu państwa, za naruszenie obowiązku zachowania tajemnicy telekomunikacyjnej, o którym mowa w art. 159 ust. 3 PT, poprzez ujawnienie danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną, tj. danych dotyczących użytkownika i danych transmisyjnych, dotyczących abonentki A. S., innej osobie, które miało miejsce podczas rozmów telefonicznych z dnia 17 marca 2012 r. i z dnia 29 czerwca 2012 r., przeprowadzonych z numeru telefonicznego ww. abonentki z Biurem (...) sp. z o.o.

(decyzja, k. 3-19).

Odwołanie od powyższej decyzji w dniu 10 stycznia 2013 r. wywiodła (...) sp. z o.o., zaskarżając decyzję w całości i wnosząc o jej uchylenie w całości, a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku – zmianę decyzji poprzez obniżenie

kary. Strona odwołująca wniosła również o zasądzenie na jej rzecz kosztów procesu według norm przepisanych. Spółka wniosła o przeprowadzenie dowodów:

- z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu odwołania, tj. dowodu z nagrań rozmów z BOK z 17 marca 2012 r. i 29 czerwca 2012 r. oraz dowodu z protokołu przesłuchania świadka A. S. z 6 listopada 2012 r.,
- z odsłuchania nagrań rozmów z BOK z 17 marca 2012 r. i 29 czerwca 2012 r.

Zakwestionowanemu orzeczeniu zarzucono:

1. naruszenie art. 209 ust. 1 pkt 24 PT, w zw. z art. 159 ust. 3 PT poprzez błędne uznanie, że (...) dopuścił się naruszenia tajemnicy telekomunikacyjnej poprzez ujawnienie osobie nieupoważnionej danych Pani A. S.,
2. naruszenie art. 209 ust. 1 pkt 24 PT, w zw. z art. 5 k.c. poprzez nieuznanie, że doszło do nadużycia prawa podmiotowego tj. prawa do ochrony tajemnicy telekomunikacyjnej,
3. naruszenie art. 210 ust. 2 PT, poprzez jego błędną interpretację i wadliwe zastosowanie polegające na wzięciu pod uwagę przy wymierzaniu kary pieniężnej decyzji uprzednio nakładających kary pieniężne na powoda, które to decyzje nie były jednak prawomocne oraz poprzez błędne określenie zakresu naruszenia.

Strona odwołująca podtrzymała powyższe stanowisko w sprawie w piśmie procesowym z dnia 20 grudnia 2013 r.

(odwołanie, k. 21-30; pismo procesowe powoda, k. 62-68).

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 27 listopada 2013 r. Prezes UKE wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości,
2. przeprowadzenie dowodu z akt administracyjnych sprawy nr (...) przekazanych do Sądu wraz z odwołaniem,
3. zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

(odpowiedź na odwołanie, k. 49-58).

#### **Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:**

(...) sp. z o.o. z siedzibą w W. w dacie wydania zaskarżonej decyzji była przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, prowadzącym działalność w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych.

W dniu 31 grudnia 2013 r. (...) S.A. z siedzibą w W. połączyła się z (...) Sp. z o.o. oraz (...) sp. z o.o. z siedzibą w W., tworząc nową spółkę - (...)S.A. z siedzibą w W., będącą następcą prawnym ww. podmiotów.

(dowód: okoliczności bezsporne; pismo procesowe odwołującego z dnia 28.01.2014 r., k. 74; odpis pełny z Rejestru Przedsiębiorców KRS, k. 75-86).

W dniu 19 czerwca 2009 r. pomiędzy (...) (...) a A. S. zawarta została umowa o świadczenie usług telekomunikacyjnych, dotycząca nr telefonu (...), zmodyfikowana następnie aneksami z dnia 26 marca 2010 r. i 15 marca 2012 r.

(dowód: kserokopia umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, k. 79-80 akt admin.; kserokopie aneksów do umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, k. 81-82 akt admin.).

Dnia 17 marca 2012 r. o godz. 17:48 oraz dnia 29 czerwca 2012 r. o godz. 23:30 miały miejsce połączenia telefoniczne z Biurem (...) z numeru A. S. (tj. nr (...)). Połączenia z ww. numeru wykonał i przeprowadził rozmowy z pracownikiem BOK M. K. (1), któremu ujawniono następujące informacje dotyczące abonentki:

- podczas rozmowy 17 marca 2012 r. - informacja o usługach, z których korzysta abonent - nazwa usługi abonamentowej; informacja o liczbie przesyłanych danych w danym dniu oraz godzinach nawiązywania połączeń, podczas których dane były przesyłane;
- podczas rozmowy w dniu 29 czerwca 2012 r. - informacja o usługach, z których korzysta abonent - nazwa usługi abonamentowej, informacja o wykorzystywanym pakiecie internetowym oraz od kiedy został włączony, informacja o braku blokad włączonych dla numeru; informacja o braku połączeń z Internetem z danego dnia oraz o nawiązywaniu w tym dniu połączeń z numerami komórkowymi.

(dowód: skargi A. S. z 3.04. i 4.07.2012 r., k. 5-6, 12 akt admin.; protokół zeznań świadka A. S., znak: (...), k. 93-98 akt admin.; pisma (...) (...) do Prezesa UKE z 16.05.2012 r. - k. 9 akt admin., z 24.07.2012 r. - k. 15 akt admin., z 3.09.2012 r. - k. 17-18 akt admin., z 25.09.2012 r., k. - 71 akt admin.; odwołanie (...) (...), k. 21-30, nagrania rozmów protokół rozprawy 12.03.2015, k. 101).

W dniu 3 kwietnia 2012 r. i 4 lipca 2012 r. A. S. wniosła do Prezesa UKE skargi na (...) (...), w których sugerowała naruszenie przez operatora sieci komórkowej obowiązku zachowania tajemnicy telekomunikacyjnej.

(dowód: wydruk wiadomości e-mail „Skarga na operatora sieci komórkowej (...)” k. 5-6, 12 akt admin.).

Pismem z dnia 20 sierpnia 2012 r. Prezes UKE zawiadomił (...) (...) o wszczęciu postępowania administracyjnego ws. nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej za w zw. z naruszeniem obowiązku zachowania tajemnicy telekomunikacyjnej, o którym mowa w art. 159 ust. 3 PT na co wskazuje skarga A. S. złożona dnia 3 kwietnia 2012 r.

(dowód: zawiadomienie o wszczęciu postępowania znak: (...), k. 1-2 akt admin.).

W dniu 6 listopada 2012 r. w Urzędzie Komunikacji Elektronicznej przeprowadzono dowód z przesłuchania świadka A. S.. A. S. zeznała, że połączenie z BOK z numeru (...) w dniu 17 marca 2012 r. o godz. 17:48 oraz w dniu 29 czerwca 2012 r. o godz. 23:30 wykonała ta sama osoba, tj. M. K. (1), który prowadził te rozmowy w całości. A. S. udzieliła zgody i przyzwolenia na prowadzenie rozmowy przez M. K. (1). Ponadto była obecna przy rozmowie, która odbyła się w dniu 17 marca 2012 r. (była w tym samym pomieszczeniu, co M. K. (1)) i była poinformowana o treści ww. rozmów telefonicznych. A. S. chciała, aby w toku ww. rozmów M. K. (1) przekazane zostały informacje dotyczące transmisji danych związanych z dostępem do Internetu oraz informacje o kosztach transmisji danych; świadek zeznała także, że chciała, aby podczas drugiej rozmowy P. K. spowodował włączenie dostępu do Internetu i aby przekazano mu informacje związane z transmisją danych dot. dostępu do Internetu – wszystko, co dotyczy Internetu w związku z zawartym aneksem do umowy. Udzielenie M. K. (1) ww. informacji nie skutkowało dla A. S. żadnymi konsekwencjami.

(dowód: protokół z zeznań świadka z dnia 6 listopada 2012 r. znak: (...)k. 93-98 akt admin.).

W piśmie z dnia 13 grudnia 2012 r. Prezes UKE, w nawiązaniu do zawiadomienia z dnia 20 sierpnia 2012 r., o wszczęciu postępowania administracyjnego, poinformował (...) (...), że przedmiotowe postępowanie administracyjne jest obecnie prowadzone w związku z naruszeniem obowiązku zachowania tajemnicy telekomunikacyjnej, o którym mowa w art. 159 ust. 3 PT, na co wskazuje skarga Pani A. S. złożona do Prezesa UKE zarówno dnia 3 kwietnia 2012 r., jak i dnia 4 lipca 2012 r. W piśmie tym organ pouczył także Spółkę o możliwości zapoznania się z zebrany materiał dowodowy w sprawie, a także o możliwości ostatecznego wypowiedzenia się, co do zebranych dowodów i materiałów w sprawie.

(dowód: pismo znak: (...), k. 258 akt admin.).

W dniu 27 grudnia 2012 r. Prezes UKE wydał decyzję ws. nałożenia na (...) (...) kary pieniężnej, która to decyzja została zaskarżona w niniejszym postępowaniu sądowym.

W 2011 r. Spółka (...) osiągnęła przychód w wysokości (...) zł.

(dowód: pismo (...) (...) z 13.09.2012 r., k. 24 akt admin.; oświadczenie Spółki dot. przychodu, k. 25 akt admin.; sprawozdanie finansowe za rok obrotowy 2011, k. 36-70 akt admin.).

Powyżej opisany stan faktyczny nie był sporny między stronami i został ustalony przez Sąd w oparciu o ww. dowody, których wiarygodność i moc dowodowa nie budziły zastrzeżeń.

**Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z treścią art. 159 ust. 2 PT, na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego nałożony został obowiązek zachowania tajemnicy telekomunikacyjnej, przez który to obowiązek należy rozumieć zakaz zapoznawania się, utrwalania, przechowywania, przekazywania lub innego wykorzystywania treści lub danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną przez osoby inne niż nadawca i odbiorca komunikatu. Tylko w przypadkach określonych przepisami prawa, ujawnianie i przetwarzanie treści albo danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną nie będzie naruszeniem obowiązku zachowania tajemnicy. Wskazane sytuacje należy rozumieć jako wyjątki od zasady i o nich traktują przepisy prawa: art. 159 ust. 2 PT, art. 159 ust. 4 PT, art. 161 ust. 1 PT, art. 161 ust. 2 PT, art. 161 ust. 3 PT.

Ustawodawca objął ochroną szereg informacji dotyczących użytkownika, a udostępnianych przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu w związku z świadczonymi przez tego przedsiębiorcę usługami. Do katalogu informacji - danych chronionych tajemnicą telekomunikacyjną ustawodawca zaliczył m.in. dane dotyczące użytkownika, jak również dane transmisyjne.

Pierwsze, wymienia art. 161 ust. 2 i 3 PT i obejmują one nazwiska i imiona, imiona rodziców, miejsca i daty urodzenia, adres miejsca zamieszkania i adres korespondencyjnego jeżeli jest on inny niż adres miejsca zamieszkania, numer ewidencyjnego PESEL - w przypadku obywatela Rzeczypospolitej Polskiej, nazwy, serii i numer dokumentów potwierdzających tożsamość, a w przypadku cudzoziemca, który nie jest obywatelem państwa członkowskiego albo Konfederacji Szwajcarskiej - numer paszportu lub karty pobytu, dane zawarte w dokumentach potwierdzających możliwość wykonania zobowiązania wobec dostawcy publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych wynikającego z umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych. Oprócz wymienionych powyżej danych, dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych może, za zgodą użytkownika będącego osobą fizyczną, przetwarzać inne dane tego użytkownika w związku ze świadczoną usługą, w szczególności numer konta bankowego lub karty płatniczej, a także adres poczty elektronicznej oraz numery telefonów kontaktowych.

Drugie, zgodnie z definicją wskazaną w art. 159 ust. 1 pkt 3 PT oznaczają „(...) dane przetwarzane dla celów przekazywania komunikatów w sieciach telekomunikacyjnych lub naliczania opłat za usługi telekomunikacyjne, w tym dane lokalizacyjne, które oznaczają wszelkie dane przetwarzane w sieci telekomunikacyjnej lub w ramach usług telekomunikacyjnych wskazujące położenie geograficzne urządzenia końcowego użytkownika publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych”.

Aby stwierdzić, czy zachodzą przesłanki do nałożenia na (...) (...) kary pieniężnej konieczne jest ustalenie, czy

1. (...) (...) jest podmiotem zobowiązanym do zachowania tajemnicy telekomunikacyjnej,
2. doszło do ujawnienia lub przetwarzania danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną,
3. zaszły okoliczności wyłączające obowiązek zachowania tajemnicy telekomunikacyjnej.

(...) (...) jest wpisany do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzonego przez Prezesa UKE i uczestniczy w wykonywaniu działalności telekomunikacyjnej w sieciach publicznych zgodnie z art. 160 PT

stanowiącym, że podmiot uczestniczący w wykonywaniu działalności telekomunikacyjnej w sieciach publicznych oraz podmioty z nim współpracujące są obowiązane do zachowania tajemnicy telekomunikacyjnej.

W dniu 17 marca 2012 r. o godzinie 17:48 oraz w dniu 29 czerwca 2012 r. o godz. 23:30 miały miejsca połączenia do BOK z numeru (...) należącego do pani A. S.. Obie rozmowy prowadził z numeru (...) pan M. K. (1) w obecności pani A. S. za jej zgodą i przyzwoleniem. W trakcie rozmów (...) (...) przekazał panu M. K. (1) przypisane do numeru (...) dane dotyczące transmisji związanych z dostępem do Internetu, w szczególności dotyczących faktu nawiązania transmisji danych, godziny jej nawiązania oraz ilości przesłanych danych, informacji o kosztach transmisji danych. Ponadto doszło do przekazania przez (...) (...) informacji o usługach, z których korzysta pani A. S. oraz informacji o wykorzystywanym pakiecie internetowym oraz danych, od kiedy usługa została włączona, informacji o braku blokad włączonych dla numeru. Sposób zakwalifikowania danych jako danych dotyczących użytkownika i danych dotyczących transmisji stanowi rozbieżność pomiędzy stronami.

Bezsporne jest w niniejszej sprawie, że informacje uzyskał pan M. K. (2). Aby inna osoba niż nadawca lub odbiorca komunikatu mogła uzyskać dane objęte tajemnicą telekomunikacyjną, musi mieć miejsce jedna z sytuacji dająca się przyporządkować do przypadków opisanych dyspozycją art. 159 ust. 2 pkt 1- 4 PT, art. 161 ust. 1 PT, art. 161 ust. 2 PT, art. 161 ust. 3 PT. Jak słusznie zauważyła strona odwołująca, obowiązek zachowania przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego tajemnicy telekomunikacyjnej będzie wyłączony w przypadkach wskazanych w art. 159 ust. 2 pkt 1 – 3 PT. Okolicznością wyłączającą taki obowiązek jest zatem sytuacja, w której do ujawnienia przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną dochodzi w związku z wyrażeniem na takie właśnie działanie zgody nadawcy lub odbiorcy, których dane te dotyczą. Podstawową kwestią podnoszoną przez odwołującego w niniejszej sprawie była zgoda pani A. S.. Zdaniem (...) (...) pani A. S. udzieliła zgody na przetwarzanie treści i danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną, zdaniem Prezesa UKE do udzielenia takiej zgody nie doszło. Odwołująca się Spółka twierdziła ponadto, że w niniejszej sprawie doszło do ujawnienia jedynie danych transmisyjnych, natomiast – wbrew ustaleniom Prezesa UKE – nie doszło do ujawnienia danych o użytkowniku. W ocenie strony, przekazanie ww. danych nastąpiło za zgodą abonentki, co w świetle art. 159 ust. 3 PT i art. 159 pkt 2 PT oznacza, że nie stanowiło ono naruszenia tajemnicy telekomunikacyjnej.

Ustosunkowując się do powyższego zarzutu, Sąd uznaje, że doszło do ujawnienia danych dotyczących użytkownika w postaci nazwy usługi abonamentowej. Nazwa usługi abonamentowej może w sposób pośredni identyfikować osobę. W orzecznictwie sądów administracyjnych przyjmuje się, że danymi osobowymi są wszelkie informacje o osobie fizycznej, pozwalające na określenie tożsamości tej osoby. W świetle art. 6 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (tj. Dz. U. z 2014, poz. 1182) nie budzi wątpliwości, że pojęcie „dane osobowe” na gruncie prawa polskiego obejmuje wszelkie informacje dotyczące osoby fizycznej, o ile możliwe jest zidentyfikowanie tej osoby. Za osobę możliwą do zidentyfikowania uważana jest osoba, której tożsamość można określić w sposób bezpośredni lub pośredni. Z kolei informacji nie uważa się za umożliwiająca określenie tożsamości osoby, jeżeli wymagałoby to nadmiernych kosztów, czasu lub działań, czyli a contrario informacje, które bez nadzwyczajnego wysiłku, bez nieproporcjonalnie dużych nakładów dają się „powiązać” z określoną osobą, zwłaszcza przy wykorzystaniu łatwo osiągalnych źródeł powszechnie dostępnych, również zasługują na zaliczenie ich do kategorii danych osobowych (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 19 maja 2011 r. I OSK 1086/10, [www.legalis.pl](http://www.legalis.pl)).

Ustawa o ochronie danych osobowych dokonuje w zakresie swojej regulacji wdrożenia dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz.Urz. WE L 281 z 23.11.1995, str. 31, z późn. zm.; Dz.Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 13, t. 15, str. 355, z późn. zm.). Z kolei przepisy zawarte w dziale VII prawa telekomunikacyjnego „Tajemnica telekomunikacyjna i ochrona danych użytkowników końcowych” (art. 159 i nast.) mieszczą się w zakresie 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.L Nr 201, str. 37), która została znowelizowana w roku 2009 wraz z pozostałymi dyrektywami regulującymi łączność elektroniczną. Jako dyrektywa sektorowa rozwija ona w dziedzinie łączności elektronicznej ogólne wymagania w kwestiach ochrony danych osobowych zawarte w dyrektywie 95/46/WE.

Dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej ma zastosowanie do przetwarzania danych osobowych w związku z dostarczaniem publicznie dostępnych usług łączności elektronicznej w publicznych sieciach łączności we Wspólnocie, włącznie z publicznymi sieciami łączności służącymi do zbierania danych i obsługi urzędów identyfikacyjnych. Jak wskazano w pkt 10 preambuły dyrektywy 2002/58/WE, do wszystkich spraw dotyczących ochrony podstawowych praw i wolności, które nie są objęte szczegółowo jej przepisami stosuje się dyrektywę 95/46/WE. Zgodnie z art. 2 dyrektywy 2002/58/WE stosuje się definicje z dyrektywy 95/46/WE, co oznacza, że przez dane osobowe należy rozumieć wszelkie informacje dotyczące zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej ("osoby, której dane dotyczą"); osoba możliwa do zidentyfikowania to osoba, której tożsamość można ustalić bezpośrednio lub pośrednio, szczególnie przez powołanie się na numer identyfikacyjny lub jeden bądź kilka szczególnych czynników określających jej fizyczną, fizjologiczną, umysłową, ekonomiczną, kulturową lub społeczną tożsamość. Natomiast zgodnie z art. 2 pkt f „zgoda” użytkownika lub abonenta odpowiada zgodzie podmiotu danych określonej w dyrektywie 95/46/WE, czyli według tej ostatniej „zgoda osoby, której dane dotyczą” oznacza konkretne i świadome, dobrowolne wskazanie przez osobę, której dane dotyczą na to, że wyraża przyzwolenie na przetwarzanie odnoszących się do niej danych osobowych. Dane dotyczące użytkowników będących osobami fizycznymi obejmują więc dane osobowe w rozumieniu ustawy o ochronie danych osobowych (tak też S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz. Wyd. 3, Warszawa 2013).

W niniejszej sprawie identyfikacja użytkownika jest możliwa poprzez zespolenie nazwy usługi abonamentowej i pozostałych danych udzielanych osobie dzwoniącej, jak data transmisji danych internetowych, czas transmisji, ich ilość. Połączenie wszystkich uzyskanych parametrów może doprowadzić do uzyskania wiedzy na temat numeru telefonicznego, a przez to do identyfikacji osoby, która jest właścicielem tego numeru. W ocenie Sądu informacja o nazwie usługi abonamentowej pozwala więc na zidentyfikowanie w sposób pośredni osoby fizycznej, przez co stanowi dane dotyczące użytkownika podlegające ochronie. Przy czym nie ma znaczenia zdaniem Sądu, czy uzyskujący dane ma możliwości techniczne ich „powiązania” z określoną osobą. Nie tyle subiektywnie, ile obiektywnie oceniane możliwości techniczne są w tym przypadku wyznacznikiem statusu uzyskanych danych.

Sprawa zgody jest problemem wtórnym w niniejszej sprawie. Odwołujący jest podmiotem zobowiązanym do zachowania tajemnicy telekomunikacyjnej (art. 160 PT). Czynnościami wchodzącymi w zakres tajemnicy telekomunikacyjnej są (i) zapoznanie się, (ii) utrwalanie, (iii) przechowywanie, (iv) przekazywanie, (v) inne wykorzystywanie treści lub danych (art. 159 ust. 2 PT). Zakres dozwolonego przetwarzania treści i danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną przez osoby inne niż nadawca i odbiorca komunikatu wynika przede wszystkim z art. 159 ust. 2 PT i wskazanych przypadkach zwolnienia od zakazu, o czym traktuje pkt 1 – 4 tego przepisu. Zgoda, o której mowa w art. 159 ust. 2 pkt 2 PT, jest oświadczeniem woli nadawcy lub odbiorcy komunikatu, w którym wyrażony został zamiar udzielenia innej osobie zezwolenia na przetwarzanie danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną (S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz. Wyd. 3, Warszawa 2013). Dane, których omawiany przepis dotyczy należy przyporządkować do określonej osoby, który jest dysponentem chronionego przekazu. Dane objęte tajemnicą telekomunikacyjną, które są przedmiotem niniejszego postępowania, są to dane transmisyjne i dane dotyczące użytkownika, którym jest pani A. S.. Zatem osobą, która mogła udzielić zgody określonej w art. 159 ust. 2 pkt 2 PT jest pani A. S., gdyż ze względu na specyfikę świadczenia usług dostępu do sieci Internet i związanej z tym transmisji danych była jednocześnie nadawcą i odbiorcą komunikatów.

Aby jednak doszło do zwolnienia od zachowania tajemnicy telekomunikacyjnej i przekazania danych objętych tajemnicą podmiotowi innemu niż nadawca i odbiorca komunikatu, ten na którym spoczywa obowiązek zachowania tajemnicy musi wiedzieć, że udostępnia dane podmiotowi nieuprawnionemu. W niniejszej sprawie przedsiębiorca, mimo iż był obowiązany do zachowania tajemnicy telekomunikacyjnej, udostępnił informacje objęte tajemnicą nie wiedząc, komu je udostępnia i nie wiedząc, że osoba ta nie jest uprawniona do uzyskiwania informacji. (...) (...) ujawnił dane bez uprzedniej weryfikacji mającej na celu sprawdzenie, czy rozmówca jest osobą uprawnioną do uzyskiwania informacji. Gdyby doszło do identyfikacji osoby dzwoniącej, przedsiębiorca miałby wiedzę, że jego rozmówca nie jest abonentem i dopiero wówczas pojawiłby się problem zgody i formy jej uzyskania.

Zauważyć przy tym należy, że prawidłowa ocena kwestii zgody wyrażonej przez abonenta czy też użytkownika końcowego, powinna opierać się na wytycznych wskazanych w art. 174 PT, zgodnie z którym: „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”. Należy zatem stwierdzić, że w art. 174 PT ustawodawca przewidział szczególne warunki wyrażenia zgody abonenta lub użytkownika końcowego, których spełnienie uprawnia przedsiębiorcę telekomunikacyjnego do dysponowania powierzonymi mu danymi. W przypadku niespełnienia kwalifikowanych wymogów przyjętych przez ustawodawcę dla tego rodzaju oświadczenia woli, należy uznać, że zgoda ta nie wywiera skutków prawnych aktualizując tym samym możliwość zastosowania wobec przedsiębiorcy kary pieniężnej w przypadku dokonania czynności polegających na niezachowaniu tajemnicy telekomunikacyjnej. Tak też się stało na gruncie niniejszej sprawy. Wbrew twierdzeniom odwołującego, zgoda o której mowa w art. 174 PT nie może być wyrażona przez każde zachowanie ujawniające wolę w sposób dostateczny. Do zgody tej nie znajdzie zatem zastosowanie art. 60 K.C. Należy przy tym zgodzić się ze stanowiskiem przedstawianym w doktrynie, zgodnie z którym podstawowym wymogiem dla zgody, w kontekście zakazu domniemywania zgody bądź jej dorozumienia, jest jak wyjaśnia K. K.: „konieczność jasnego, wyraźnego, nienasuującego wątpliwości pozytywnego oświadczenia woli przy tak samo wyraźnym jednoznacznym określeniu przedmiotu, którego zgoda dotyczy” (por. K. Kawalek, M. Rogalski. Prawo telekomunikacyjne. Komentarz. Wydawnictwo Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o. Warszawa 2010, s. 894). Takie rozumienie warunków zgody wynika również z dyrektywy 95/46/WE.

Na podstawie analogicznego sformułowania zawartego w ustawie o ochronie danych osobowych NSA w uzasadnieniu wyroku z 4.4.2003 r. (II SA 2135/02, Wokanda 2004, Nr 6, s. 30) stwierdził, że wyrażający zgodę musi mieć świadomość tego, co kryje się pod tym pojęciem. Zgoda musi mieć charakter wyraźny, a jej wszystkie aspekty muszą być jasne dla podpisującego w momencie jej wyrażenia. Czynności tej nie konwalidują późniejsze działania podmiotu zobowiązanego do uzyskania zgody na przetwarzanie danych, możliwość zgłaszania zastrzeżeń dotyczących przetwarzania danych. Zakaz wyprowadzania zgody z innych oświadczeń woli dotyczy w szczególności oświadczeń woli w sprawie zawarcia umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, nabycia urządzenia końcowego, udziału w promocji itp. Oświadczenie woli musi mieć odrębny, wyraźny charakter, choć może być zamieszczone w dokumencie zawierającym również inne oświadczenia woli abonenta lub użytkownika końcowego. Podmiot przetwarzający dane objęte tajemnicą telekomunikacyjną lub dokonujący innych czynności wymagających zgody powinien zwrócić się do osoby uprawnionej o udzielenie takiej zgody. Nie powinien w tej sprawie odsyłać do innych dokumentów, reklam, prospektów. Zgoda nie może być wyrażona *perfecta concludentia*, w sposób "milczący" lub inne pasywne działanie (J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, Ochrona danych osobowych. Komentarz, Kraków 2004, s. 416-419 za S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz. Wyd. 3, Warszawa 2013, komentarz do art. 174, [www.legalis.pl](http://www.legalis.pl)). Zgoda nie może być wyprowadzana z faktu korzystania z usługi. W przypadku uzyskiwania zgody abonenta na różne działania przedsiębiorcy telekomunikacyjnego wymagane jest wyraźne wymienienie czynności objętych zgodą, które ustawodawca uregulował odrębnymi przepisami, w szczególności na przetwarzanie danych dla różnych celów. Z treści umów i aneksów do tych umów, zawartych dla nr (...) oraz treści oświadczenia Spółki zawartego w piśmie z 25 września 2012 r. wynika, że („... Spółka nie posiada żadnego innego [poza ww. umowami i aneksami] oświadczenia Abonentki złożonego łącznie z zawartymi umowami”).

Ponadto dokonując wykładni art. 174 ust. 1 PT należy również odwołać się do art. 174 ust. 2 PT, w którym ustawodawca wskazał, że zgoda może być wyrażona również drogą elektroniczną, pod warunkiem jej utrwalenia i potwierdzenia przez użytkownika. Pomimo, że w art. 174 ust. 1 nie odwołano się wprost do konieczności wyrażenia zgody w formie pisemnej, to wykładania całego art. 174 PT prowadzi do takich właśnie wniosków. Gdyby przyjąć bowiem, że do zgody, o której mowa w art. 174 PT zastosowanie znajdzie art. 60 K.C., zgodnie z którym wola osoby może być wyrażona przez każde zachowanie, to uregulowanie o którym mowa w art. 174 ust. 2 należałoby uznać za nieuzasadnione obostrzenie warunków jakie stawiane są zgodzie wyrażanej w formie elektronicznej w porównaniu do zgody, o której mowa w art. 174 ust. 1 PT. Uznać zatem należy, że ustawodawca regulując w art. 174 PT warunki jakim powinna odpowiadać zgoda miał na myśli, w przypadku art. 174 ust. 1 PT – zgodę wyrażoną w formie pisemnej, natomiast w przypadku art. 174 ust. 2 PT - zgodę w formie elektronicznej opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za

pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, które to oświadczenie jest jak wiadomo równoważne formie pisemnej w świetle art. 78 § 2 K.C.

Ze stanowiska odwołującego wynika akcentowanie wymogu zgody w relacji osoba uprawniona do udzielenia zgody – osoba trzecia. W ocenie Sądu zgoda, o której mowa w art. 174 PT powinna być przedstawiona jej adresatowi (pomiotowi dysponującemu danymi, które podlegają tajemnicy telekomunikacyjnej), w taki sposób aby ten mógł się z nią zapoznać w sposób wyraźny i niebudzący wątpliwości. Zgoda musi więc dotyczyć relacji podmiot zobowiązany do zachowania tajemnicy telekomunikacyjnej – osoba uprawniona do udzielenia zgody. Jak wynika z akt niniejszej sprawy, w dacie przeprowadzania rozmów telefonicznych przedsiębiorca telekomunikacyjny nie dysponował pisemną zgodą Pani A. S., a zatem nie mogło dojść do zapoznania się z treścią zgody w opisany powyżej sposób. Odwołująca się spółka naruszyła zatem tajemnicę telekomunikacyjną podając szczegółowe dane na temat usług telekomunikacyjnych świadczonych na rzecz pani A. S..

Odwołujący zarzuca również Prezesowi UKE pominięcie podczas rozstrzygnięcia sprawy, okoliczności nadużycia przez Panią A. S. prawa podmiotowego – prawa do ochrony tajemnicy telekomunikacyjnej. Nie przesądzając czy doszło w niniejszej sprawie do nadużycia prawa podmiotowego, należy wskazać, że ocena ta nie ma wpływu na przedmiotowe rozstrzygnięcie. Należy bowiem wskazać, że postępowanie wszczęte wniesionym przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego odwołaniem od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 27 grudnia 2012 r., (...), dotyczy nałożenia kary pieniężnej za czyn ujawnienia tajemnicy telekomunikacyjnej. Istotna dla oceny zgłoszonego zarzutu jest okoliczność niedokonania przez pracownika odwołującego weryfikacji rozmówcy, co spowodowało w konsekwencji udzielenie informacji objętych tajemnicą telekomunikacyjną osobie trzeciej. Dodatkowo należy wskazać pkt 47 preambuły dyrektywy 2002/58/WE stanowiący, że „w przypadku gdy prawa użytkowników i abonentów nie są przestrzegane, ustawodawstwo krajowe powinno zapewnić odpowiednie środki prawne. Kary powinny być nałożone na każdą osobę, niezależnie od tego czy podlega przepisom prawa prywatnego lub publicznego, która nie stosuje się do środków krajowych przyjętych na mocy niniejszej dyrektywy”. Prezes UKE wydając decyzję działał w interesie publiczno-prawnym do czego obligowały go przepisy prawa. Sfera praw podmiotowych opartych na relacji prywatno-prawnych pomiędzy spółką a abonentką nie wpływa na wynik niniejszego postępowania.

Nie można się również zgodzić z zarzutem odwołującego wskazującym na naruszenie art. 210 ust. 2 PT, poprzez jego błędną interpretację i wadliwe zastosowanie polegające na wzięciu pod uwagę przy wymierzaniu kary pieniężnej decyzji uprzednio nakładających kary pieniężne, pomimo iż nie są one prawomocne. Pozwany uzasadniając swoją decyzję, jak również przedstawiając swoje stanowisko w odpowiedzi na odwołanie z dnia 26 listopada 2013 r., zaznaczył, że jest świadomy istnienia w obrocie prawnym decyzji nakładających na (...) (...) kary pieniężne, jednakże ze względu na nieuprawomocnienie się wspomnianych wyżej rozstrzygnięć, fakt ich wydania nie miał wpływu na wymiar kary. W przeciwnym wypadku, kary zaproponowane przez organ byłyby wyższe.

Organ nakładając karę zastosował przesłanki z art. 210 ust. 2 PT i uwzględnił zakres naruszenia, dotychczasową działalność podmiotu oraz jego możliwości finansowe. Kara mieści się w ustawowych granicach do wysokości 3% przychodu ukaranego podmiotu, osiągniętego w poprzednim roku kalendarzowym. Nakładając karę organ nie może pomijać funkcji przynależnych karze, jak prewencyjna, edukacyjna i represyjna. Karę wymierza się przede wszystkim dla odpłaty i odstraszenia od podobnych czynów samego sprawcy i innych. Za utrzymaniem nałożonej kary przemawia przede wszystkim jej funkcja edukacyjna. Po pierwszym ujawnieniu danych telekomunikacyjnych mimo prowadzonych wyjaśnień pomiędzy spółką a Delegaturą UKE w G. (k. 9 akt admin.), (...) nie zmienił zasad postępowania dopuszczając do ponownego ujawnienia danych 29 czerwca 2012 r. Nie ma dowodu, aby Spółka zmieniła system działania BOK mimo złożonych deklaracji. Kara w dolnych progach wymiaru stanowiąca (...)z dopuszczalnego maksymalnego 3% ustawowego zagrożenia świadczy, że jej ideą jest zwrócenie uwagi na nieprawidłowości działania.



Mając powyższe na uwadze, w oparciu o art. 479<sup>64</sup> § 1 k.p.c., odwołanie podlegało oddaleniu, wobec braku podstaw do jego uwzględnienia.

O kosztach postępowania rozstrzygnięto zgodnie z wyrażoną w art. 98 § 1 k.p.c. zasadą odpowiedzialności za wynik procesu przyjmując, że na koszty należne Prezesowi UKE złożyło się wynagrodzenie pełnomocnika procesowego w wysokości 360 zł, ustalone na podstawie § 14 ust. 3 pkt 3 w zw. z § 2 ust. 1 i 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. ws. opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. 2013 r., nr 490 j.t.).

SSO Jolanta de Heij-Kaplińska