

Sygn. akt *XVII AmT 81/19*

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 lutego 2021 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie, XVII Wydział Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
w składzie:

Przewodniczący –	Sędzia SO Małgorzata Perdion-Kalicka
Protokolant –	st.sekr.sądowy Jadwiga Skrzyńska

po rozpoznaniu 4 lutego 2021 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania **(...) S. A. w W.**

przeciwko **Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej**

o nałożenie kary pieniężnej

na skutek odwołania od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z 8 listopada 2018 r. Nr DK.WPA.46.36.2016.97

1. oddala odwołanie;
2. zasądza od (...) S.A. w W. na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 720 zł (siedemset dwadzieścia złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

SSO Małgorzata Perdion-Kalicka

Sygn. akt XVII AmT 81/19

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej decyzją z 8 listopada 2018 r., Nr DK.WPA.46.36.2016.97, 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 (...) jest już dostępny. Aby go włączyć wyślij SMS o treści (...) pod numer (...) (20 gr) i surfuj więcej niż dotychczas!” (dalej zwanej również „SMS1”),

- „Rewelacyjna wiadomość BEZPŁATNIE zobaczysz gdzie jest (...). Wyślij sms (Ozł) o treści (...) na (...). 14 dni za darmo/ Potem 6,15z VAT tyg/(...)” (dalej zwanej również „SMS2”);

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 (...) jest już dostępny. Aby go włączyć wyślij SMS o treści (...) pod numer (...) (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 (...). Wyślij sms (Ozł) o treści (...) na (...). 14 dni za darmo/ Potem 6,15z VAT tyg/(...)”, co miało miejsce w okresie od 1 października 2015 r. do 29 lutego 2016 r.

(decyzja, k. 7-32v)

Od niniejszej decyzji powódka – (...) S.A. z siedzibą w W. złożyła odwołanie, zaskarżając decyzję w całości i wniosła 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 powódka zarzuciła 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 (...) kary pieniężnej, podczas gdy nie zostały spełnione przesłanki zastosowania tych przepisów, w szczególności wysyłka SMS1 i SMS2 prowadzona przez (...) 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 (...) 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 (...) nie posiadał zgód na wysłanie SMS1 do bazy 1 763 334 numerów (...) podczas, gdy ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że okoliczność ta nie została ustalona;

b) stwierdzenie, że (...) nie posiadał zgód na wysłanie SMS2 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 (...) nie posiadał zgód dla 2 056 851 numerów spośród 2 550 661, do których wysyłka SMS2 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 (...) w zakresie wysyłki SMS2 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 SMS2 był wysłany do bazy 2 550 661 numerów, czy też – z uwagi na różną treść SMSów wysłany w ramach kampanii „(...)” – liczba ta była mniejsza;

f) oparcie rozstrzygnięcia na domniemaniu, że (...) nie posiadał zgód na wysyłkę SMS1 i SMS2 (w stosunku do 2 056 851 numerów (...)) podczas, gdy okoliczność faktyczna, czy (...) posiadał zgody nie została w sprawie ustalona;

g) ocenę działań (...) 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 (...) podczas, gdy (...) 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 (...) rażąco wygórowanej kary, niewspółmiernej do zakresu rzekomego naruszenia, nieproporcjonalnej i nieuzasadnionej 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 SMS1 i SMS2 poprzez wyobrazienie negatywnych skutków i nieuwzględnienie przy wymiarze kary okoliczności, że nie było reklamacji;

b) nieuwzględnienie przy wymiarze kary braku zawinienia po stronie (...), 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.

(odwołanie k. 34-53).

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.

(odpowiedź na odwołanie, k. 80- 114)

Rozpoznając odwołanie Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił następujący stan faktyczny:

Powód - (...) S.A. z siedzibą w W. (dalej jako (...)) jest spółką prawa handlowego wpisaną do Krajowego Rejestru Przedsiębiorców 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. (Odpis aktualny z KRS powoda, k. 57-63).

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:

– SMS1 o treści: „Nowy pakiet internetowy (...) jest już dostępny. Aby go włączyć wyślij SMS o treści (...) pod numer (...) (20 gr) i surfuj więcej niż dotychczas!”

– SMS2 o treści: „Rewelacyjna wiadomość BEZPŁATNIE zobaczysz gdzie jest (...). Wyślij sms (Ozł) o treści (...) na (...). 14 dni za darmo/ Potem 6,15z VAT tyg/(...).pl” (pismo powoda z 13 maja 2016 r., k. 3-3v, t. I akt adm.)

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 SMS2 odbyło się na zlecenie powoda przez spółkę (...) sp. z o.o. z siedzibą w S. dla 2 550 661 numerów (...) abonentów (...) S.A. (pismo powoda z 13 maja 2016 r., k. 3-3v, t. I akt adm.; umowa na usługi z 22 sierpnia 2014 r., k. 58-65v, pismo spółki (...) sp. z o.o. z 18 września 2017 r., k. 238-242, t. I akt adm.)

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 (...)”. (pismo powoda z 13 maja 2016 r., k. 3-3v, t. I akt adm.)

Powód nie przedstawił na żądanie Prezesa UKE danych dotyczących liczby i treści oświadczeń o wyrażeniu zgody przez konsumentów, do których zostały wysłane wiadomości SMS1 i SMS2. (...) S.A. wskazała, iż nie przechowuje numerów (...), co do których dokonała 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 SMS1.

Odnośnie 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 SMS2, to jednak nie może przedstawić zgód odbiorców SMS2, 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 SMS2 do (...),

Wobec powyższego 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 SMS1 (1 763 334 numerów (...)) i SMS2 (2.550.661 numerów (...)). (pismo powoda z 13 maja 2016 r., k. 3-3v, t. I akt adm., pismo powoda z 25 lipca 2016 r., k. 47-48, t. I akt adm.; pismo powoda z 28 września 2016 r., k. 42-42v, t. I akt adm.; pismo powoda z 6 lutego 2017 r., k. 56-56v, t. I akt adm.; pismo powoda z 12 maja 2017 r. wraz z załącznikiem – tabelą z danymi abonentów, k. 76-78v; pismo spółki (...) sp. z o.o. z 18 września 2017 r., k. 238-242, t. I akt adm.)

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 (...). 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 SMS1 i SMS2. (skarga konsumenta R. P. z 12 lutego 2016 r., k. 5-6, t. I akt adm.; pismo (...) S.A. do konsumenta R. P. z 29 grudnia 2015 r., k. 8v, t. I akt adm.; pismo powoda z 28 września 2016 r., k. 42-42v, t. I akt adm.)

Przychód powoda za 2017 r. wyniósł 12 363 071 243,65 zł (zeznanie o wysokości osiągniętego dochodu (...) S.A. CIT – 8 za rok 2017 wraz z poświadczeniem odbioru, k. 501-505, t. II akt adm.)

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił w zasadniczej części w oparciu o zgodne twierdzenia stron.

Bezsporne było bowiem między stronami, że powód oraz działająca na jego zlecenie spółka (...) wysłała do abonentów OPL SMS1 i SMS2. Dane dotyczące liczby wysłanych SMS1 pochodzą od (...), a wobec faktu, że pozwany tej wielkości nie kwestionował Sąd uznał ją za bezsporną. Co do liczby wysłanych SMS2 na nr (...) abonentów (...), to ich liczbę Sąd ustalił w oparciu o oświadczenie powoda o liczbie wszystkich nr (...), które przekazał do (...) na które miały być wysłane sms-y, gdyż brak jest podstaw aby uznać, w świetle oświadczenia (...) 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 k. 47 akt adm).

Natomiast sporne było między stronami, czy w dacie dokonywania wysyłki SMS-ów (...) posiadała stosowne zgody użytkowników końcowych, do których SMS1 i SMS2 zostały wysłane.

Abstrahując na tym etapie rozważań od tego jakie zgody abonentów, na jaki zakres i formę kontaktu ze strony przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, (...) powinna posiadać, należy jednoznacznie stwierdzić, że (...) nie wykazał, aby posiadał jakiegokolwiek zgody własnych abonentów w dacie wysyłania SMS-ów.

Nie budzi wątpliwości Sądu, 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 SMS1 i SMS2 jest jednoznaczne z przyznaniem przez (...), że w dacie dokonywania wysyłki SMS-ów stosownych zgód nie posiadał.

Sąd podziela w tej kwestii stanowisko Sądu Apelacyjnego w Warszawie zaprezentowane w innej sprawie regulacyjnej, dotyczącej rynku energetycznego, w wyroku z 26 lutego 2015r, 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.

Przy czym nie sposób zgodzić 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.

Natomiast 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 SMS1 nie zachował nr (...) na które wysłał SMS1, 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 określonym dacie posiadał. 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.

Przy czym nie sposób przy ustalaniu stanu faktycznego abstrahować od faktu, 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.

Wobec powyższego, Sąd 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 SMS₁ i SMS₂, 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 jedyny w tych okolicznościach logiczny wniosek, że (...) nie posiadał stosownych zgód w dacie dokonywania wysyłki SMS-ów.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosowanie do treści art. 172 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.

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 doszedł do przekonania, że powód dopuścił się naruszenia art. 172 p.t. i w związku z tym podlega karze o jakiej mowa w art. 109 ust 1 pkt 25 p.t.

W ocenie Sądu wysłanie przez powoda wiadomości SMS1 i SMS2 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 MMS 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 MOP 2015, 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), której 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 2002/58 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-maile), 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.

Powyzsza wykładnia celowościowa nie pozwala więc 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.

Należy w tym miejscu nadmienić, 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 17.02.2016r w sprawie III SZP 7/15, oraz w wyroku z 9.10.2019r w sprawie I NSK 63/18).

Analizując stan faktyczny sprawy Sąd nie miał także wątpliwości, że analizowane w sprawie SMS1 i SMS2 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 SMS1 i SMS2 należy z pełną stanowczością stwierdzić, że były one nośnikami informacji reklamowych. (...) reklamował w nich swoje nowe, dodatkowo płatne usługi oferowane abonentom. W treści (...) promował „Nowy pakiet internetowy (...)”, który można było aktywować wysyłając do operatora SMS o stosownej treści. Natomiast SMS2 zawierał reklamę nowej usługi (...) „Zobacz gdzie jest (...)”. 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 w tym zakresie nie podziela stanowiska powoda, że nie można mówić o marketingowym charakterze informacji, skoro SMS2 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, rzezone SMS-y zawierając 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, o czym wyżej, nie pozwala uznać, że (...) posiadał uprzednie zgody abonentów, do których wysłał SMS1 i SMS2, na przesyłanie im treści marketingowych przy użyciu automatycznych systemów wywołujących.

Należy w tym miejscu tylko dodać, 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.

Jednocześnie Sąd także nie podziela 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 należy stwierdzić, 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 SMS1 i SMS2 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 SMS1 i SMS2 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 SMS1 i SMS2, 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 nie sposób przyjąć, że powód wysyłając rzeczony SMS-y korzystał z uprawnienia o jakim mowa w art. 13 ust 2 Dyrektywy.

Na marginesie należy tylko stwierdzić, 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, (...) wysyłał do abonentów, dla celów marketingu bezpośredniego, SMS1 i SMS2 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 adiustacyjnych uwzględnił znaczny zakres naruszenia, który wynika głównie z charakteru naruszenia, ale i jego skali. Po pierwsze należy mieć 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 SMS1 i SMS2 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 (...)).

Powyzsze, w powiązaniu ze skalą wysłanych SMS-ów, bo liczbą ponad 1,7 mln abonentów w odniesieniu do SMS1 i 2,5 mln abonentów w odniesieniu do SMS2, 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 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.

Nie sposób przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej pominąć też faktu, że powód już wcześniej został ukarany przez Prezesa UKE za tożsame działanie. Okoliczność ta jest znana Sądowi z urzędu, a ponadto została dodatkowo powołana przez Prezesa UKE na rozprawie. Chodzi mianowicie o decyzję Prezesa UKE z 30 grudnia 2011r, 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.

Ta okoliczność musiała więc zostać potraktowana jak obciążająca przy wymierzaniu kary i wpływająca 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 2011r. 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. O ile więc Sąd podziela argumentację powoda, że fakt ukarania przedsiębiorcy karami administracyjnymi 10-8 lat wcześniej nie powinien w sposób znaczący wpływać na podwyższenia kary, właśnie z uwagi na ową dawność ukarania, to jednak ustalenie, że w 2011r powód został ukarany za tożsame delikt administracyjny ma dla sprawy niniejszej zasadnicze znaczenie. Przy czym należy podkreślić, że w toku postępowania sądowego, które ma charakter procesu kontrydiktoryjnego, 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 pozwalalo to, na obniżenie kary pieniężnej w sposób radykalny.

Powyższe wywody dają 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 należy zgodzić się z organem, że przepis art. 210 § 1 p.t. każe odnosić adekwatność kary do całkowitego przychodu przedsiębiorcy. Niemniej jednak należy zwrócić 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 2017r 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.

Zasadniczo więc Sąd nie znajduje w sprawie niniejszej 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. Nie sposób bowiem uznać, 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. Zatem nie można przyjąć, że ujemny rachunek ekonomiczny oznacza, że możliwości finansowe nie pozwalają mu ponieść kar w orzeczonej wysokości.

Nie można także uznać, 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 przedsiębiorcy 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.

Zdaniem Sądu 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.

Należy przy tym mieć 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 go 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.

Ponadto wobec tego, że kara pieniężna ma również stanowić dla przedsiębiorcy odczuwalną dolegliwość, aby dyscyplinować go na przyszłość, to 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 jej możliwości finansowych. 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, to zdaniem Sądu powód tej okoliczności nie wykazał, gdyż w sprawach na które wskazywał, w których nie doszło do wymierzanie administracyjnych kar pieniężnych Prezes UKE nie stwierdził używania automatycznych systemów wywołujących.

Mając powyższe na względzie Sąd 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, to musi on pokryć poniesione przez pozwanego koszty postępowania, którymi w sprawie niniejszej były 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.).

SSO Małgorzata Perdion-Kalicka