

Sygn. akt *XVII AmT 234/19*

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 maja 2021 r.

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

Przewodniczący –	<i>Sędzia Sądu Okręgowego Ewa Malinowska</i>
Protokolant –	Sekretarz sądowy Joanna Nande

po rozpoznaniu 11 maja 2021 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania (...) S.A. z siedzibą we W. (*poprzednio (...) S.A. z siedzibą we W.*)

przeciwko *Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej*

o nałożenie kary pieniężnej

na skutek odwołania (...) S.A. z siedzibą we W. od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z 18 czerwca 2019 r. Nr (...)

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

SSO Ewa Malinowska

XVII AmT 234/19

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 18 czerwca 2019 r. wydaną w sprawie (...) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej na podstawie art. 210 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 209 ust. 1 pkt 25 w związku z art. 172 ust. 1 i art. 174 oraz art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 1954, z późn. zm. zwanej dalej „Pt”) oraz art. 104 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 2096 z późn. zm., zwanej dalej „k.p.a.”), po przeprowadzeniu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie nałożenia kary pieniężnej na (...) S.A. z siedzibą we W. (zwaną dalej „Stroną”, Spółką” lub (...)) w związku z niewypełnieniem obowiązku uzyskania zgody abonenta lub użytkownika końcowego, o którym mowa w art. 172 w związku z 174 Pt, w związku z kontaktami, nawiązanymi dla celów marketingu bezpośredniego przy użyciu telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących w okresie od dnia 1 maja 2017 r. do dnia 14 listopada 2017 r. nałożył na (...) S.A. karę pieniężną w wysokości: 80 000 PLN, płatną do budżetu państwa, za naruszenie art. 172 ust. 1 Pt w związku z art. 174 Pt poprzez niewypełnienie obowiązku uzyskania uprzedniej zgody na używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych dla celów marketingu bezpośredniego i użycie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych polegające na

nawiązaniu 30 636 kontaktów telefonicznych w celu poinformowania o działalności (...), w tym promowaniu usług oferowanych przez ww. podmiot w zakresie umów abonamentowych na usługi prawne i windykacyjne, co miało miejsce w okresie od dnia 1 maja 2017 r. do dnia 14 listopada 2017 r.

(decyzja k. 7-21)

Powód (...) S.A. z siedzibą we W. (poprzednio: (...) S.A. z siedzibą we W.) wniósł odwołanie od tej decyzji zaskarżając ją w całości. Zaskarżonej decyzji zarzucił:

1. naruszenie prawa materialnego:

a) art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i wymierzenie kary pieniężnej pomimo faktu, że powód nie dopuścił się naruszenia wskazanego w tym przepisie

b) art. 201 ust. 1-3 w zw. z art. 209 ust 1 PT poprzez niezastosowanie art. 201 PT

c) naruszenie art. 210 ust. 2 w zw. z art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt poprzez nałożenie na powoda rażąco wygórowanej kary

2. Poczynienie błędnych ustaleń faktycznych polegających na:

a) Błędym ustaleniu, że podmiotem zobowiązanym do uzyskania zgód w świetle ustawy prawo telekomunikacyjne był powód

b) Błędym ustaleniu, że łączący powoda z (...) Sp. z o.o. stosunek prawny obejmował w swojej treści użycie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznym systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego w odniesieniu do abonentów i użytkowników końcowych, którzy nie udzielili zgody na używanie takich systemów.

(odwołanie k. 22-39)

W odpowiedzi na odwołanie pozwany Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wniósł o jego oddalenie.

(odpowiedź na odwołanie k. 58-68)

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

Przedsiębiorca (...)S.A. we W. (poprzednio (...) S.A. we W.) prowadzi działalność gospodarczą między innymi w zakresie usług finansowych i pośrednictwa pieniężnego. Firma (...) sp. z o.o. we W. świadczy usługi marketingowe na rzecz (...) S.A. we W..

Od dnia 15 lutego 2012 r. prezesem zarządu (...) S.A. we W. jest A. K., który równocześnie od dnia 12 listopada 2013 r. jest prezesem zarządu (...) sp. z o.o. we W.. Spółki (...) S.A. we W. i (...) sp. z o.o. we W. nie są wpisane do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

(informacja z KRS k. 49-50, 76-86 akt adm. protokół kontroli – płyta CD,)

W okresie od 1 maja 2017 r. do 14 listopada 2017 r. (...) świadczyła usługi marketingowe wyłącznie na rzecz (...) na podstawie Umowy o współpracę w zakresie informowania przedsiębiorców o działalności gospodarczej (...), a także przygotowywaniu i realizowaniu kampanii promującej oferowane przez (...) umowy abonamentowe na usługi prawne i windykacyjne (...) i (...) Firma za pomocą telekomunikacyjnych urządzeń końcowych w oparciu o szablony rozmowy „Sprzedaż pakietu (...)” przez (...).

(szablony rozmowy załącznik Nr 11 do Protokołu kontroli oraz załącznik Nr 13 do Protokołu kontroli (...), płyta CD).

Zgodnie z §3 pkt 3 lit. a, b, c Umowy (...) sp. z o.o. we W. była zobowiązany wobec (...) S.A. we W. do:

- prowadzenia rozmów telefonicznych z adresatami kampanii wyłącznie zgodnie z wymaganym przez (...) Wykazem Obligatoryjnych Elementów Rozmowy, której schemat stanowi Załącznik nr 2 do Umowy. Wykaz ten wymienia następujące niezbędne elementy prowadzonej rozmowy o charakterze marketingowym: informacja o nagrywaniu rozmowy, zgoda klienta na przedstawienie oferty, cena pakietu - w trakcie testu i po jego zakończeniu, czas trwania umowy, forma odstąpienia, zakres obsługi, informacja o kurierze, podsumowanie wyboru klienta.
- zapewnienia, aby w dniu zawarcia Umowy oraz przez cały okres jej trwania pracownicy oraz współpracownicy Zleceniobiorcy ((...)) posiadali wiedzę z zakresu problematyki funkcjonowania Zleceniodawcy ((...)) oraz aby znali zakres oraz rodzaje oferowanych usług lub produktów (...);
- zapewnienia i przestrzegania, aby w dniu zawarcia Umowy oraz przez cały okres jej trwania pracownicy oraz współpracownicy Zleceniobiorcy ((...)) byli pouczeni i stosowali się do zakazu używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego wobec osób, które na takie działanie nie wyraziły uprzedniej, wyraźnej zgody.

Stroną umowy prezentowanej za pomocą telekomunikacyjnych urządzeń końcowych przez (...) jej wykonawcą oraz beneficjentem w zakresie oferty na usługi prawne i windykacyjne (...): „(...)”, jak i (...) była firma (...) S.A. z siedzibą we W.. Oferta (...) S.A. we W. skierowana była do przedsiębiorców.

Zleceniobiorca (...) miał świadczyć usługi marketingowe w oparciu o własną infrastrukturę techniczną i przy użyciu własnych środków.

(Umowa załącznik nr 6 do protokołu kontroli (...)– płyta CD)

W celu świadczenia powyższych usług w okresie od 1 maja 2017 r. do 14 listopada 2017 r. (...) korzystała z dwóch baz danych należących do: (...) Spółka z o.o. z siedzibą w W. oraz (...) sp z o.o. w W., które nie zawierały informacji o zgodach wyrażonych uprzednio przez abonentów na przedstawienie ofert dla celów marketingu bezpośredniego.

(fakt niesporny, protokół kontroli płyta CD)

W okresie od 1 maja 2017 r. do 14 listopada 2017 r. (...) realizując umowę wykonywała połączenia o charakterze marketingowym przy użyciu systemu on-line (...), udostępnionego za pośrednictwem strony internetowej (...)

W okresie od 1 maja 2017 r. do 14 listopada 2017 r. (...), prezentując ofertę marketingową (...), przeprowadziła 30.636 rozmów o charakterze marketingowym nie posiadając zgód abonentów na przedstawienie oferty dla celów marketingu bezpośredniego. Firma (...) w toku postępowania kontrolnego nie przedstawiła zapisów nagrań zawierających potwierdzenia pozyskiwała zgody abonenta przed przedstawieniem informacji handlowej, powołując się na to, że zapisy z rozmów zostały skasowane. Nie przedstawiono też zgód abonentów w wersji pisemnej.

(oświadczenie (...) 99 z 10 stycznia 2018 r., załącznik Nr 14 do Protokołu kontroli (...), płyta CD, fakty niesporne)

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej w okresie od 5 stycznia 2018 r. do dnia 29 maja 2018 r. przeprowadził kontrole bezpośrednie w (...) oraz (...) sp. z o.o. z siedzibą we W. w celu sprawdzenia przestrzegania przez (...) i (...) 99 przepisów ustawy Pt odnoszących się do obowiązków określonych w art. 172 ust. 1 Pt, dotyczących zakazu używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, w związku z art. 174 Pt. Powyższe kontrole zakończyły się podpisaniem przez (...) protokołu kontroli z dnia 29 maja 2018 r. oraz przez (...) protokołu kontroli z dnia 29 maja 2018 r.

(protokół kontroli płyta CD)

Prezes UKE pismem z dnia 13 grudnia 2018 r., zawiadomił powoda o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie nałożenia kary pieniężnej na (...) w związku z niewypełnieniem obowiązków uzyskania zgody abonenta lub użytkownika końcowego, o którym mowa w art. 172 i 174 Pt, w związku z kontaktami,

nawiązanymi dla celów marketingu bezpośredniego przy użyciu telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących w okresie od dnia 1 maja 2017 r. do dnia 14 listopada 2017 r.

(zawiadomienie k. 1 akt adm.)

Przychód powoda za rok 2018 wyniósł: (...) PLN.

(dokumenty finansowe płyta CD, fakt niesporny)

Powyższy stan faktyczny Sąd ustali na podstawie wskazanych wyżej dokumentów, które nie były kwestionowane przez żadną ze stron niniejszego postępowania. Sąd pominął dowód z przesłuchania w charakterze strony Prezesa Zarządu A. K. na okoliczność przedmiotu umowy o współpracę i zakresu współpracy pomiędzy firmami (...) S.A. we W., a (...) sp. z o.o. we W., bowiem dowód ten ma charakter subsydiarny, zaś umowa łącząca obie firmy znajduje się na płycie CD jako załącznik do protokołu kontroli i wynikają z niej nie budzące wątpliwości ustalenia poczynione przez Prezesa UKE w zakresie jej treści i zakresu współpracy, tym bardziej, że zasadniczo ustalenia te nie są sporne. Sąd pominął także dowód z przesłuchania w charakterze świadków M. B., S. U., i A. B., bowiem okoliczności dotyczące zakresu kontaktów powoda z przedstawicielami Delegatury UKE we W. i wniosku powoda o wskazanie dostrzeżonych uchybień nie mają istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, co będzie omówione w dalszej części uzasadnienia.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 172 ust. 1 Pt 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. Zakaz ten ma charakter powszechny, kierowany do wszystkich, co oznacza, że każdy podmiot jest zobowiązany do jego przestrzegania.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 43 Pt telekomunikacyjnego urządzenia końcowe jest to urządzenie telekomunikacyjne przeznaczone do podłączenia bezpośrednio lub pośrednio do zakończeń sieci. Zgodnie z art. 2 pkt 46 Pt urządzenie telekomunikacyjne, jest to urządzenie elektryczne lub elektroniczne przeznaczone do zapewniania telekomunikacji. Telekomunikacyjne urządzenie końcowe powinno być bezpośrednio lub pośrednio podłączone do sieci.

Automatycznym systemem wywołującym są natomiast wszelkie rozwiązania techniczne, które umożliwiają inicjowanie i realizowanie połączeń bez ludzkiej ingerencji.

Z art. 172 ust. 1 Pt wynika, że po pierwsze, zakazem objęte jest wykorzystywanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących w celu marketingowym. Po drugie, ustawodawca w sposób wyraźny wymaga zgody o charakterze uprzednim. Oznacza to, że zgoda taka powinna zostać udzielona przed pierwszym skorzystaniem z tego środka komunikacji. Zgoda ta powinna być udzielona odrębnie, podobnie jak w przypadku zgody na otrzymywanie informacji handlowej za pomocą środków komunikacji elektronicznej.

Wymogi, jakim powinna odpowiadać zgoda abonenta lub użytkownika końcowego określa art. 174 Pt (w brzmieniu sprzed nowelizacji, która weszła w życie 4 maja 2019 r.), który stanowił, że jeżeli przepisy ustawy wymagają wyrażenia zgody przez abonenta lub użytkownika końcowego, zgoda ta:

- 1) nie może być domniemana lub dorożumiana 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.

Oznacza to, że po stronie podmiotów używających telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących w celu marketingu bezpośredniego pojawia się nie tylko obowiązek uzyskania, ale także utrwalenia przedmiotowych zgód. Ma to zasadnicze znaczenie dla oceny przestrzegania przez ten podmiot art. 172 ust. 1 Pt.

Zgodnie z art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt 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.

Odnosząc powyższe do okoliczności powyższej sprawy wskazać należy, że firma (...) sp. z o.o. we W. na podstawie umowy o współpracę obowiązującej w okresie od 1 maja 2017 r. do 14 listopada 2017 r. świadczyła usługi marketingowe na rzecz (...) S.A. we W. za pomocą telekomunikacyjnych urządzeń końcowych nie dysponując zgodą abonentów i użytkowników końcowych. Fakt rejestrowania zgód i następnie kasowania zapisów, na co powoływała się firma (...) w toku kontroli, nie realizuje wymogów ustawowych, o których była mowa powyżej. Powód nie udowodnił w toku postępowania administracyjnego, ani sądowego, że dysponował taką zgodą, co powinien był uczynić zgodnie z zasadą rozkładu ciężaru dowodu wynikającą z art. 6 k.c.

Kwestią do rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie było to, czy prawidłowo Prezes UKE obciążył odpowiedzialnością za te działania powoda, który zlecił wykonanie działań marketingowych na jego rzecz przy użyciu telekomunikacyjnych urządzeń końcowych firmie (...).

W ocenie Sądu odpowiedź na to pytanie jest pozytywna.

Zgodnie z umową o współpracę łączącą obie firmy wszystkie materiały merytoryczne do przeprowadzenia kampanii przygotowane były przez powoda. Kampania promująca usługi (...) S.A. z siedzibą we W. odbywała się w oparciu o szablon rozmowy przygotowany przez powoda i stanowiący załącznik do umowy. W przypadku prezentowanej przez (...) oferty na usługi prawne i windykacyjne powoda : „(...)”, jak i (...) jako strona tej umowy wskazany był (...) S.A. z siedzibą we W..

Prowadzenie rozmów telefonicznych z adresatami kampanii miało przebiegać wyłącznie zgodnie z Wykazem Obligatoryjnych Elementów Rozmowy, stanowiącym załącznik do umowy. Zgodnie z zawartą umową powód jako zleceniodawca był zobowiązany na bieżąco współpracować z (...) w celu realizacji umowy, udzielać w tym zakresie wsparcia, udzielać odpowiedzi na zadawane pytania, a także udzielać wskazówek do prawidłowego wykonania umowy. Wszelkie czynności dokonywane w związku z umową przez (...) były realizowane w imieniu i na rzecz (...) S.A. z siedzibą we W.. (...) sp. z o.o. we W. jako zleceniobiorca mógł posługiwać się innymi osobami do wykonania umowy, ale ponosił nieograniczoną odpowiedzialność za ich działania i zaniechania. Zgodnie z umową zleceniobiorca miał świadczyć usługi przy pomocy własnej infrastruktury technicznej i przy użyciu własnych środków. Zleceniodawca był zobowiązany do używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego wyłącznie wobec osób, które wyraziły na to uprzednią i wyraźną zgodę.

Firma (...) S.A. we W. nie przekazała zleceniobiorcy baz danych abonentów, zaś firma (...) sp. z o.o. we W. zawarła umowy z podmiotami zewnętrznymi w celu pozyskania tych danych. Oceniając umowę łączącą obie firmy Sąd podziela stanowisko pozwanego, że zawiera ona elementy pozwalające zakwalifikować ją jako umowę zlecenia. Najistotniejsze jest jednak to, że wszelkie czynności i działania marketingowe w tym wykonywanie połączeń o charakterze marketingowym były realizowane dla powoda celem promowania jego działalności gospodarczej, a także wywoływały bezpośrednio skutki prawne dla powoda jako zleceniodawcy. W ocenie Sądu ochrona abonenta lub użytkownika końcowego, przed niepożądanymi połączeniami wykonywanymi w celach marketingowych, którą ma zapewniać art. 172 Pt byłaby iluzoryczna, gdyby przyjąć, że wykonywanie tych połączeń za pośrednictwem innego podmiotu zwalnia od odpowiedzialności przedsiębiorcę, na rzecz którego tego rodzaju działania są wykonywane, i który jest ich beneficjentem. W ocenie Sądu niezależnie od tego, przedsiębiorca będący zleceniodawcą przekazał bazę danych abonentów zleceniobiorcy, czy zleceniobiorca miał pozyskać ją sam, decydujące znaczenie ma fakt, że działania w przypadku umowy zlecenia lub umowy podobnej do umowy zlecenia, wywołują bezpośrednio

skutki dla zleceniodawcy. Oznacza to, że jeżeli w ramach czynności podejmowanych na rzecz zleceniodawcy następowało użycie automatycznych systemów wywołujących lub urządzeń końcowych, o którym mowa w art. 172 ust. 1 Pt, to skutek prawny w postaci naruszenia obowiązku posiadania zgody wymaganej ww. przepisem obciąża bezpośrednio zleceniodawcę, natomiast (...) jako zleceniobiorca może jedynie ponieść w stosunku do zleceniodawcy odpowiedzialność cywilnoprawną z tytułu nienależyte wykonanego zobowiązania.

W uzasadnieniu wyroku z dnia 11 lipca 2014 r., sygn. XVII AmT 41/12 wydanego w podobnej sprawie dotyczącej naruszenia art. 172 Pt Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów stwierdził m.in.: „treść tych umów [umowy o współpracy, w której zleceniobiorca zobowiązał się do zorganizowania i przeprowadzenia loterii udostępnianej użytkownikom za pomocą serwisu SMS, na zlecenie powoda- zleceniodawcy], ani ich charakter nie wyłączają odpowiedzialności powoda [zleceniodawcy] za zachowania naruszające obowiązki wynikające z art. 172 i 174 Pt. (...) Inne zapatrywania prowadziłyby do obejścia obowiązującego prawa”.

Przed wszystkim jednak Sąd Najwyższy w uchwale Izby Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych z dnia 17 lutego 2016 r., III SZP 7/15 (Opubl: Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Administracyjna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych rok 2016, Nr 8, poz. 111, str. 1092) przyjął, że odpowiedzialność za naruszenie obowiązku wskazanego w art. 172 ust. 1 i art. 174 pkt 1 Pt powinna zostać przypisana podmiotowi, który zlecił innemu podmiotowi wykorzystanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego. Sąd Najwyższy stwierdził, że „Art. 209 ust. 1 pkt 25 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 ze zm.) w związku z art. 172 ust. 1 i art. 174 pkt 1 tej ustawy może stanowić podstawę prawną nałożenia kary pieniężnej na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, który zlecił innemu podmiotowi wykorzystanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego usług tego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego wśród jego abonentów lub użytkowników końcowych na podstawie bazy przekazanych numerów telefonicznych.”

Sąd Najwyższy uznał, że obowiązek uzyskania zgody abonenta celem legalnego korzystania z ASW obciąża przedsiębiorcę, który faktycznie używa ASW oraz przedsiębiorcę, który posługuje się ASW innego przedsiębiorcy (zleca użycie ASW innemu przedsiębiorcy) dla celów marketingu bezpośredniego adresowanego do abonentów i użytkowników końcowych, których bazę przekazał temu innemu przedsiębiorcy.

Stan faktyczny w której zapadła uchwała różnił się dwoma elementami, które w ocenie Sądu Okręgowego nie mają wpływu na odpowiedzialność zlecającego. W sprawie przywołanej powyżej umowa była zawarta pomiędzy dwoma przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi. Odnośnie do tej okoliczności wskazać należy, że zakaz zawarty w art. 172 ust. 1 Pt ma charakter powszechny i odnosi do wszystkich podmiotów, a zatem okoliczność ta jest bez znaczenia dla możliwości przypisania odpowiedzialności za działania naruszające powyższy zakaz. Jest to przepis, który ma chronić abonentów przed niepożądanymi połączeniami i krąg adresatów nie ogranicza się on jedynie do przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Tego rodzaju wykładnia wynika również wprost z uzasadnienia uchwały o której mowa powyżej. Drugim elementem odróżniającym obie sprawy było to, że w sprawie na kanwie której zapadła uchwała SN przedsiębiorstwo telekomunikacyjne, które było zleceniodawcą przekazało przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu, które było zleceniobiorcą bazę danych abonentów. Wskazać jednak należy, że powód nie jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, a zatem nie dysponuje bazą własną abonentów i użytkowników końcowych, którą mógłby przekazać zleceniobiorcy. Gdyby przyjąć, że warunkiem umożliwiającym przypisanie odpowiedzialności przedsiębiorcy zlecającemu jest przekazanie bazy abonentów zleceniobiorcy to oznaczałoby to, że praktycznie przy takiej konstrukcji umowy jak miało to miejsce w niniejszej sprawie podmiot na rzecz którego wykonywane są wszystkie działania, które w przypadku braku zgody mogą być bardzo kłopotliwe dla wielu abonentów i użytkowników końcowych, uniknie odpowiedzialności, co w praktyce oznacza, że ochrona, którą miał zapewniać art. 172 Pt okazałaby się iluzoryczna. Tego rodzaju interpretacja stanowiłaby wręcz zachętę dla większych podmiotów gospodarczych z wielu branż do wykonywania szeroko zakrojonych działań marketingowych kosztem abonentów i użytkowników końcowych poprzez tworzenie spółek celowych, które wykonywałyby zlecenie i przenoszenia potencjalnej odpowiedzialności za naruszenie przepisu art. 172 Pt na podmioty mniejsze, a wówczas nakładane kary nie miałyby waloru prewencyjnego i odstrasżającego.

W przywołanej powyżej uchwale Sąd Najwyższy stwierdził, że „dla ustalenia rzeczywistego zakresu podmiotowego zakazu z art. 172 ust. 1 PT kluczowe znaczenie ma sformułowanie „używanie ASW”. Z uwagi na znaczenie prawa do prywatności oraz uciążliwość tego rodzaju form komunikacji marketingowej dla użytkowników telefonii komórkowej, zwrot ten nie może być interpretowany zawężająco, tym bardziej, że zakaz z art. 172 ust. 1 PT służy realizacji celów 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.U.UE.L.2002.201.37) oraz obowiązku władz publicznych przewidzianego w art. 76 Konstytucji RP. Zwrot „używanie ASW” nie jest językowo precyzyjny. „Używanie” to posługiwanie się czymś, wykorzystywanie czegoś jako środka, narzędzia do realizacji określonego celu. Skoro zakazane jest używanie ASW dla celów marketingu bezpośredniego, niedozwolone jest posługiwanie się ASW, wykorzystywanie ASW jako środka do realizacji tych celów, o których mowa w art. 172 ust. 1 PT (tj. do marketingu bezpośredniego).”

Sąd Okręgowy stoi na stanowisku, że adresatem zakazu i zarazem obowiązku zawartego w art. 172 Pt. w zw. z art. 174 Pt naruszenie którego sankcjonowane jest w art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt jest podmiot na rzecz i w imieniu którego wykonywana była w konkretnym terminie akcja marketingowa przez zleceniobiorcę przy pomocy telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i który czerpał korzyści z jej prowadzenia.

Wskazać też należy, że wprawdzie umowa o współpracę w § 3 ust. 2 e przewidywała zobowiązanie zleceniobiorcy do używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego wyłącznie wobec osób, które na takie działanie wyraziły uprzednią i wyraźną zgodę i zakazane było używanie tych urządzeń i systemów wobec osób, które takiej zgody nie udzieliły, ale jak trafnie zauważa pozwany, zgodnie z załącznikiem nr 2 do Umowy o współpracę – Wykaz Obligatoryjnych Elementów Rozmowy (płyta CD) zleceniobiorca miał obowiązek prowadzić rozmowy telefoniczne z adresatami kampanii wyłącznie zgodnie z tym wykazem. Wykaz zaś nie zawierał zapisu dotyczącego wyrażenia zgody klienta na przedstawienie oferty przy użyciu telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i ASW, a jedynie obowiązek uzyskania zgody klienta na przedstawienie oferty. Ponadto w przypadku skryptu „Sprzedaż pakietu (...)”, używanego przez konsultantów wykonujących połączenia telefoniczne o charakterze marketingowym na rzecz powoda, zawierał on pytanie o zgodę na przedstawienie oferty przez telefon, ale nie spełnia to wymogu z art. 172 w zw. z art. 174 Pt uzyskania „uprzedniej” zgody – czyli zasady dwóch rozmów. Oznacza to, że powód nie zapewnił abonentom i użytkownikom końcowym dostatecznej ochrony przed niechcianymi połączeniami telefonicznymi wykonywanymi na jego zlecenie i co najmniej godził się na to, że zleceniobiorca działając na jego rzecz może naruszać zakaz wynikający z art. 172 Pt. Oznacza to, że istniała podstawa do nałożenia na powoda kary na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt.

Odnośnie do zarzutu naruszenia art. 201 ust. 1-3 w zw. z art. 209 ust. 1 Pt poprzez niezastosowanie art. 201 ust. 1-3 Pt i przyjęcie, że wydanie przez Prezesa UKE decyzji nakładającej na powoda karę pieniężną jest możliwe, pomimo pominięcia trybu przewidzianego w art. 201 ust. 1-3 Pt w ocenie Sądu jest on nietrafny. Postępowanie kontrolne w niniejszej sprawie toczyło się od 5 stycznia do 29 maja 2018 r. zakończyło się podpisaniem Protokołu kontroli przez powoda. Ustalenia poczynione w trakcie kontroli nie zostały zakwestionowane przez powoda. Należy zgodzić się z powodem, że do dnia 11 grudnia 2018 r. art. 201 Pt tryb postępowania pokontrolnego i wydania stronie zaleceń pokontrolnych dotyczył tylko określonego kręgu podmiotów: przedsiębiorców telekomunikacyjnych, podmiotu posiadającego rezerwację częstotliwości lub przydział numeracji, podmiotu wykorzystującego częstotliwości na podstawie pozwolenia, decyzji, o której mowa w art. 144a i art. 144b lub wpisu do rejestru, o którym mowa w art. 144c ust. 1 albo jednostki samorządu terytorialnego wykonującej działalność, o której mowa w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych. Powód się do tego kręgu nie zaliczał. Postępowanie kontrolne zakończyło się przed wejściem w życie nowelizacji, co miało miejsce 12 grudnia 2018 r.

Rację ma też pozwany, że gdyby nawet przyjąć, że, że można zastosować znowelizowany przepis art. 201 Pt w niniejszej sprawie, to uruchomienie procedury przewidzianej w art. 201 ust. 1 Pt nie wykluczałoby możliwości nałożenia przez Prezesa UKE kary na podstawie art. 209 ust. 1 Pt bez konieczności wyczerpania trybu z art. 201 ust. 1 Pt, bowiem naruszenie art. 172 ust. 1 Pt nie mieści się w kategorii naruszeń o których mowa w art. 10 ust. 1 dyrektywy 2002/20/

WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej. Ponadto zgodzić należy się z pozwanym, że przyszłe działania powoda nie mogły doprowadzić do usunięcia nieprawidłowości, ponieważ w okresie objętym kontrolą zostało wykonanych ponad 30.000 połączeń, co do których nie przedstawiono zgód abonentów, a zatem przyszłe działania powoda nie mogły już doprowadzić do stanu zgodnego z prawem.

Nieistotne dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie są kwestie dotyczące kontroli, która miała miejsce wcześniej, zakończonej podpisaniem protokołu kontroli z dnia 9 marca 2017 r., bowiem ustalenia dokonane w trakcie tamtego postępowania administracyjnego podlegały ocenie w świetle całokształtu okoliczności, które miały miejsce w tamtej sprawie. W niniejszej sprawie kontroli podlegał okres od 1 maja 2017 r. do 14 listopada 2017 r. i wszystkie okoliczności, które występują w tej sprawie.

Sąd nie podzielił zarzutu powoda odnoszącego się do wysokości nałożonej na powoda kary pieniężnej. Oceniając zakres naruszenie Prezes UKE trafnie uwzględnił dużą liczbę wykonanych połączeń telefonicznych w stosunku do ponad 30 tysięcy abonentów i użytkowników koczowych. Prezes UKE trafnie wskazał na to, że działanie powoda mogło w istotny sposób narażać abonentów i użytkowników końcowych na niechciane, niezamówione komunikaty marketingowe, zakłócające ich prywatność (w przypadku osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą) lub dezorganizujące pracę (w przypadku zarówno osób fizycznych, jak i prawnych), poprzez przedstawienie im oferty marketingowej wbrew ich woli oraz w czasie, który był wyłącznie ustalony przez przedsiębiorcę a nie przez abonenta lub użytkownika końcowego. Trafnie także Prezes UKE uwzględnił fakt, że powód jako zleceniodawca akcji marketingowej wykonywanej przez (...) był jej beneficjentem i czerpał korzyści z zawartych w wyniku wykonanych połączeń umów. Jednocześnie Prezes UKE trafnie zestawiał liczbę połączeń z liczbą zawartych umów (772 umowy – fakt niesporny), wskazując na to, że może to oznaczać, że około 97 proc. spośród wykonanych połączeń to niechciane komunikaty marketingowe, przeszkadzające abonentom i użytkownikom końcowym. Prezes UKE oceniając naruszenie jako istotne zasadnie wskazał również czas jego trwania – ponad 6 miesięcy.

Oceniając dotychczasową działalność strony Prezes UKE trafnie jako okoliczność łagodzącą uwzględnił fakt, że powód nie był dotychczas karany za naruszenie przepisów prawa telekomunikacyjnego.

Stosownie do treści art. 210 ust. 1 Pt Prezes UKE nakłada w drodze decyzji karę pieniężną w wysokości do 3% przychodu karanego podmiotu, osiągniętego w poprzednim roku kalendarzowym.

Przychód powoda za rok 2018 wyniósł: (...) PLN i ta kwota została przyjęta jako podstawa wymiaru kary. Maksymalna kara, jaką Prezes UKE mógłby zatem nałożyć na Spółkę, zgodnie z art. 210 ust. 1 Pt wynosi: (...) PLN. Wymierzona kara mieści się w granicach określonych przez ustawę i stanowi (...) % kary maksymalnej, która mogła być wymierzona za stwierdzone naruszenie.

Wskazać należy, że kategorią decydującą o podstawie wymiaru kary zgodnie z przywołanym przepisem jest przychód osiągnięty przez przedsiębiorcę, a nie jego dochód. W ocenie Sądu wymierzona kara spełnia dyrektywy wymiaru kary zawarte w art. 210 ust. 2 Pt i spełnia te funkcje, które powinna. Wskazać należy, że brak dochodu nie może spowodować zaniechania nałożenia kary i nie może ona też być wymierzona w symbolicznej wysokości, aby była skuteczna. W ocenie Sądu rację ma pozwany wskazując na tok, że wysokość kary jest adekwatna do stwierdzonego decyzją naruszenia, które miało istotny charakter zaś skala naruszeń był duża.

Sąd nie uwzględnił wniosku pełnomocnika powoda o odroczenie rozprawy w dniu 11 maja 2021 r. z następujących powodów. Termin rozprawy określony został w dniu 23 marca 2021 r. na rozprawie odroczonej na wniosek pełnomocnika powoda (k.95). W dniu 6 kwietnia 2021 r. pełnomocnik powoda potwierdził otrzymanie zawiadomienia o tym terminie (k. 98). W dniu 6 kwietnia 2021 r. wydane zostało zarządzenie o wyznaczeniu rozprawy w trybie zdalnym. W dniu 28 kwietnia 2021 r. pełnomocnik powoda otrzymał wezwanie z Sądu do wskazania adresu e-mail w celu przesłania linku do rozprawy zdalnej. Na wezwanie to pełnomocnik powoda nie udzielił odpowiedzi. Z urzędu ustalony został adres mailowy ze strony internetowej powoda (...) (notatka k. 106), na który w dniu 6 maja 2021 r. wysłano link do udziału w rozprawie w dniu 11 maja 2021 r. (k. 119). Pełnomocnik powoda w przeddzień rozprawy

o godzinie 13.40 nadesłał maila z informacją, że nie ma możliwości technicznych i lokalowych do wzięcia udziału w rozprawie w trybie zdalnym i w związku z tym wnosi o odroczenie rozprawy w trybie zdalnym i wyznaczenie nowego terminu w trybie tradycyjnym. Do maila tego dołączono kopię pisma w tej sprawie wysłanego do Sądu w dniu 5 maja 2021 r. (k. 122, 134, 135). W dniu 10 maja 2021 r. wysłane zostało mailowo do pełnomocnika powoda zarządzenie z tej samej daty, w którym poinformowano pełnomocnika powoda, że w związku z tym, że kancelaria radcy prawnego K. K. (2) nie ma możliwości technicznych i lokalowych do wzięcia udziału w rozprawie zdalnej rozprawa taka odbędzie się z udziałem urzędów technicznych Sadu Okręgowego w Warszawie. Pełnomocnik został wezwany do stawiennictwa w budynku przy ul. (...) gdzie urządzenia takie zostaną mu udostępnione i poinformowany o tym, że jej niestawiennictwo nie będzie wstrzymywać rozpoznania sprawy, chyba że przedłoży zwolnienie lekarskie od lekarza sądowego. (k. 124, 126). W odpowiedzi pełnomocnik powoda nadesłał maila z informacją, że nie będzie mógł się stawić z uwagi na wyznaczone na dzień 11 maja 2021 r. godz. 14.15 szczepienie przeciwko Covid 19. Do maila dołączono kopię skierowania na szczepienie wystawionego w dniu 28 kwietnia 2021 r. (k. 128, 129, 130). W dniu 11 maja 2021 r. przed rozprawą pełnomocnik powoda został poinformowany, że kolejny wniosek o odroczenie rozprawy nie zostanie uwzględniony z uwagi na to, że może uczestniczyć w rozprawie zdalnej łącząc się za pośrednictwem smartfona, korzystając z wcześniej przesłanego linku do rozprawy (k. 132). O godzinie 8:38 pełnomocnik powoda nadesłał maila z informacją, że udział w rozprawie za pośrednictwem smartfona nie jest możliwy z uwagi na nieskonfigurowanie poczty mailowej na telefonie i brak możliwości skonfigurowania z uwagi na niekompatybilność modelu telefonu z wymaganiami serwera pocztowego. Publikacja orzeczenia w niniejszej sprawie została odroczone z uwagi na pozostawienie czasu pełnomocnikowi powoda na przesłanie ewentualnego zwolnienia od lekarza sądowego, co nie nastąpiło.

Opisywana sekwencja zdarzeń wskazuje na to, że intencją pełnomocnika było doprowadzenie do odroczenia rozprawy i przedłużanie niniejszego postępowania. Po pierwsze pełnomocnik powoda od 28 kwietnia 2021 r. miał wiedzę o wyznaczeniu terminu szczepienia o czym nie poinformował Sądu aż do 10 maja godz. 15.25, co umożliwiałoby zmianę terminu rozprawy. Wcześniej otrzymał zawiadomienie o rozprawie, która miała odbyć się w budynku sądu, więc kierując się zasadami lojalności procesowej powinien był to uczynić od razu. Co najmniej od 5 kwietnia 2021 r. miał wiedzę o tym, że rozprawa odbędzie się w trybie zdalnym, miał więc możliwość jako profesjonalista przygotować się do tego od strony technicznej i lokalowej, co nie kolidowałoby z terminem szczepienia. Ponadto udzielone K. K. (2) pełnomocnictwo nie wykluczało udzielenia substytucji w niniejszej sprawie (k.46). Dodatkowo wskazać należy, że we wniosku o odroczenie rozprawy z dnia 23 marca 2021r. powódka wskazała na to, że wnosi o odroczenie rozprawy z uwagi na odnotowanie przypadków zachorowania radców prawnych i adwokatów spółki na Covid 19 (k.88) co oznacza, że w przypadku przeszkód do wzięcia udziału w kolejnej rozprawie przez r. pr. K. K. (2) mógł zostać wyznaczony inny pełnomocnik lub substytut, gdyby intencją wnioskującego nie było jedynie doprowadzenie do odroczenia kolejnej rozprawy. Pełnomocnik powoda otrzymał przed rozprawą informację, że wniosek o odroczenie rozprawy nie zostanie uwzględniony. W ocenie Sadu z tych przyczyn wniosek pełnomocnika powoda nie zasługiwał na uwzględnienie.

Z tych względów Sąd nie podzielił zarzutów podniesionych w odwołaniu i na podstawie art. art. 479⁶⁴ § 1 k.p.c. oddalił odwołanie.

O kosztach postępowania rozstrzygnięto, zgodnie z wyrażoną w art. 98 § 1 k.p.c., zasadą odpowiedzialności za wynik procesu przyjmując, że powód - jako przegrywający sprawę – zobowiązany jest do zwrotu pozwanemu Prezesowi UKE kosztów procesu, na które złożyło się wynagrodzenie pełnomocnika procesowego w wysokości 720 zł, ustalone w oparciu o § 14 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych.

SSO Ewa Malinowska