

UCHWAŁA

Dnia 17 lutego 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Halina Kuryło (przewodniczący)

SSN Jolanta Frańczak

SSN Dawid Miąsik (sprawozdawca)

Protokolant Halina Kurek

w sprawie z powództwa T. S.A. w W.
przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej
o nałożenie kary pieniężnej,
po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw
Publicznych w dniu 17 lutego 2016 r.,
zagadnienia prawnego przekazanego postanowieniem Sądu Apelacyjnego w W.
z dnia 13 maja 2015 r.,

"czy dopuszczalne jest nałożenie kary pieniężnej, na podstawie 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, na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, w sytuacji gdy zlecił on przeprowadzenie akcji promującej jego usługi innemu podmiotowi, który wykonał to zlecenie używając dla celów marketingu bezpośredniego automatycznych systemów wywołujących bez uzyskania na to zgody abonentów lub użytkowników końcowych będących adresatami takich działań?"

podjął uchwałę:

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.

UZASADNIENIE

Decyzją z 2 sierpnia 2011 r., nr DKE-WPP-621-2/11(32) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Prezes UKE) nałożył na P. (obecnie T. S.A., powód) na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 25 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r.- Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. z 2004 r. Nr 171, poz. 1800, ze zm., dalej jako PT) karę pieniężną w wysokości 5.000.000,00 zł za naruszenie art. 172 ust. 1 PT w zw. z art. 174 pkt 1 PT poprzez niewypełnienie obowiązku uzyskania od 95 abonentów lub użytkowników końcowych sieci telekomunikacyjnej powoda zgody na używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego i użycie oraz stosowanie w stosunku do tych abonentów lub użytkowników końcowych automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego polegające na wysyłaniu komunikatów tekstowych SMS zachęcających do udziału w loterii promocyjnej pod nazwą „Czy stałeś się dzisiaj Milionerem” (loteria), w sytuacji gdy posiadane przez powoda zgody zostały wyrażone niezgodnie z art. 174 pkt 1 PT oraz za naruszenie art. 172 ust. 1 PT przez niewypełnienie obowiązków uzyskania zgody od 1.711.294 abonentów lub użytkowników końcowych sieci telekomunikacyjnej powoda na używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego i użycie w stosunku do tych abonentów lub użytkowników końcowych automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego polegające na wysyłaniu komunikatów tekstowych SMS lub komunikatów głosowych IVR zachęcających do udziału w loterii.

W toku postępowania administracyjnego w sprawie nałożenia kary pieniężnej Prezes UKE ustalił następujący stan faktyczny. Na zlecenie powoda w okresie od 25 października 2010 r. do 14 kwietnia 2011 r. spółka M. sp. z o.o. w K. (organizator) przeprowadzała loterię wśród abonentów i użytkowników końcowych

sieci powoda. Organizator loterii celem zachęcenie do udziału w niej przesyłał do abonentów komunikaty tekstowe SMS lub komunikaty głosowe IVR. W wyniku licznych skarg dotyczących uczestnictwa w loterii Prezes UKE wezwał powoda do zajęcia stanowisk w sprawie, w zakresie dopełnienia obowiązku uzyskania zgód abonentów lub użytkowników końcowych, o których mowa w art. 172 PT i art. 174 PT. Prezes UKE wezwał także powoda do przekazania danych dotyczących wielkości przychodu, niezbędnych do określenia podstawy wymiaru kary.

W przesłanym stanowisku powód stwierdził, iż całkowicie realizuje obowiązek informacyjny względem abonentów i użytkowników końcowych. Ponadto poinformował, że stosowany u niego system zgód na otrzymywanie informacji handlowych opiera się na modelach *Opt-in+*, *Opt-in* oraz *Non-Opt-in*. Model *Opt-in* oznacza zbiór klientów, którzy wyrazili zgodę na otrzymywanie informacji handlowych. Model *Non-Opt-in* oznacza zbiór klientów, którzy nie wyrazili zgody ani sprzeciwu na otrzymywanie informacji handlowych, natomiast model *Opt-in+* docelowo obejmuje wszystkie kategorie pozyskiwanych od klientów zgód. Powód przekazał ponadto, iż klienci mogą wyrazić zgodę na otrzymywanie informacji handlowych poprzez: 1) zawarcie umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych; 2) wysłanie wiadomości tekstowej o treści TAK na numer 80888; 3) Biuro Obsługi Abonenta (tj. podczas rozmowy z „Call Center”); 4) serwis IBOA (Internetowe Biuro Obsługi Abonenta); 5) bramkę sponsorowaną. Zgodnie z postanowieniami wzorca Umowy/Aneksu oraz dokumentu „*Zasady korzystania z usługi Informacja Handlowa*” wyrażenie przez abonenta/użytkownika końcowego zgody obejmuje: „*otrzymywanie od Operatora i Partnerów informacji handlowych, w tym drogą elektroniczną i przy użyciu automatycznych systemów informacji głosowej oraz przetwarzanie danych osobowych i danych transmisyjnych dla celów marketingowych Operatora i Partnerów*”. Powód stwierdził, iż informacje o loterii przesyłane były na posiadane przez niego numery telefonów, z wyłączeniem klientów, którzy wyraźnie odmówili swojej zgody. Ponadto z każdej kolejnej tury wyłączano klientów, którzy wzięli już udział w loterii oraz tych, którzy odmówili zgody na otrzymywanie komunikatów jej dotyczących. Powód przekazał także informacje o podjętych działaniach proklienckich, w stosunku do klientów, którzy złożyli skargi w związku z loterią.

Powód w odpowiedzi na wezwanie Prezesa UKE do uzupełnienia przekazanego stanowiska poinformował, że treść zgody, jaką konsultanci przekazują klientom w trakcie rozmowy z Call Center odpowiada treści zawartej w „Zasadach korzystania z usługi Informacja Handlowa”. Powód przekazał ponadto, iż w stosunku do klientów, którzy otrzymywali komunikaty o loterii za pomocą systemu IVR (4.385.027 abonentów i użytkowników końcowych) powód posiadał: 1) 1.150.023 zgód typu *Opt-in+*; 2) 1.917.550 zgód typu *Opt-in*; 3) 1.317.454 zgód typu *Non-Opt-in*. Natomiast w stosunku do abonentów i użytkowników końcowych, którzy otrzymywali komunikaty zachęcające do udziału w loterii za pomocą wiadomości SMS (5.263.391 abonentów i użytkowników końcowych) powód posiadał: 1) 3.650.332 zgód typu *Opt-in+* lub *Opt-in*; 2) 1.613.059 zgód typu *Non-Opt-in*.

W toku postępowania powód złożył wniosek o umorzenie postępowania, z uwagi na jego bezpodstawność, gdyż w momencie wszczęcia postępowania Prezes UKE nie posiadał żadnych dowodów świadczących o nieprawidłowym wykonywaniu przez powoda obowiązków wynikających z art. 172 ust. 1 PT oraz art. 174 PT. Alternatywnie powód wniósł o zawieszenie postępowania na podstawie art. 97 § 1 pkt 4 k.p.a. oraz umorzenie postępowania w przypadku wykonania ewentualnych zaleceń pokontrolnych lub w przypadku stwierdzenia prawidłowego wykonywania obowiązków przewidzianych w przepisach art. 172 ust. 1 PT i art. 174 PT.

W oparciu o tak ustalony stan faktyczny Prezes UKE stwierdził, iż zgodnie z art. 172 ust. 1 PT oraz art. 174 PT zgoda abonenta lub użytkownika końcowego na stosowanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego musi być zgodą uprzednią, nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści oraz nie może być wyprowadzona z faktu korzystania z usługi. Loteria przeprowadzana była przez organizatora na zlecenie powoda, zatem wszelkie czynności podejmowane przez organizatora wywoływały bezpośrednio skutki prawne dla powoda. Jeżeli w ramach tych czynności doszło do użycia automatycznych systemów wywołujących, o których mowa w art. 172 ust. 1 PT, to skutki prawne w postaci naruszenia obowiązku posiadania zgody wymaganej ww. przepisem obciążają bezpośrednio powoda.

Powód decydował o warunkach organizowania i przeprowadzania loterii, w tym także szczegółach związanych z komunikowaniem się w związku z loterią z abonentami i użytkownikami końcowymi sieci powoda. W związku z powyższym Prezes UKE uznał, iż podmiotem odpowiedzialnym za przesyłanie w ramach loterii komunikatów głosowych IVR oraz komunikatów SMS jest powód. Zatem to na powodzie ciążył obowiązek pozyskania zgód abonentów i użytkowników końcowych na kierowanie do nich komunikatów w związku z loterią.

Prezes UKE stwierdził ponadto, że zgody udzielone przez abonentów lub użytkowników końcowych podczas zawierania umowy lub aneksu do umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, a także zgody pozyskane poprzez Biuro Obsługi Abonenta zawierały sformułowanie, iż zgoda obejmuje „*automatyczne systemy informacji głosowej*”, co nie jest sformułowaniem zbieżnym z tym zawartym w treści art. 172 ust. 1 PT, gdzie użyto określenia „*automatyczne systemy wywołujące*”. W związku z tym powód nie posiadał zgody na używanie innych niż głosowe automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego. Nie miał zatem prawa przesyłać do klientów wiadomości tekstowych SMS. W wyniku tych działań powoda doszło do naruszenia obowiązku pozyskania zgód w stosunku do 95 klientów. Co więcej Prezes UKE zaznaczył, że powód skierował komunikaty dotyczące loterii do 1.711.294 klientów, w stosunku do których posiadał zgody typu *Non-Opt-in*. Nadmienić należy, że ww. typ zgody oznacza grupę klientów, którzy nie wyrazili zgody ani sprzeciwu na otrzymywanie informacji handlowych, natomiast przepis art. 172 ust. 1 PT w zw. z art. 174 PT stanowi o wyrażeniu wyraźnej zgody, a nie braku wyraźnej odmowy. Oznacza to, że w stosunku do tych klientów doszło do naruszenia obowiązku pozyskania zgody.

Powód zaskarżył decyzję Prezesa UKE odwołaniem w całości. Wniósł o zmianę zaskarżonej decyzji w całości i umorzenie postępowania administracyjnego jako bezpodstawnego, względnie o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości. Ewentualnie zaś o zmianę decyzji w całości poprzez obniżenie nałożonej kary pieniężnej do kwoty nie wyższej niż 100.000 zł. Ponadto powód wniósł o zasądzenie na swoją rzecz kosztów postępowania oraz przedstawił liczne wnioski dowodowe.

Wyrokiem z 21 marca 2014 r., Sąd Okręgowy w W. - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie powoda.

Sąd Okręgowy ustalił, że powód zawarł 21 października 2010 r. umowę o współpracę z organizatorem loterii, która miała zostać przeprowadzona dla klientów powoda. Ponadto 25 października 2010 r. powód zawarł z U. S.A. z siedzibą w A. umowę o świadczenie usług związanych z przeprowadzeniem kampanii medialnej i obsługę platformy technologicznej dla celów kampanii promocyjnej, przekazując tej spółce informacje dotyczące abonentów z wyrażeniem ich zgód dotyczących przekazywania informacji. Komunikaty dotyczące loterii były przesyłane z wykorzystaniem infrastruktury powoda. W okresie trwania loterii do abonentów i użytkowników końcowych powoda wysyłane były komunikaty tekstowe SMS oraz komunikaty głosowe IVR za pośrednictwem automatycznych systemów wywołujących.

Zdaniem SOKiK ustalenia potwierdzają, iż w stosunku do 95 abonentów lub użytkowników końcowych doszło do naruszenia art. 172 ust. 1 PT w zw. z art. 174 pkt 1 PT, poprzez używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego i wysyłanie komunikatów tekstowych SMS zachęcających do udziału w loterii, w sytuacji gdy posiadane przez powoda zgody były wyrażone w sposób niezgodny z art. 174 pkt 1 PT. Co więcej ustalono, że w stosunku do 1.711.294 abonentów lub użytkowników końcowych doszło do naruszenia obowiązku wynikającego z art. 172 ust. 1 PT. W stosunku do tych klientów nie dopełniono bowiem obowiązku pozyskania zgody na używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, mimo to używano ich wobec tych klientów wysyłając komunikaty tekstowych SMS lub komunikaty głosowe IVR zachęcające do udziału w loterii.

W ocenie SOKiK zawarcie przez powoda umów, dotyczących obsługi loterii nie wyłącza jego odpowiedzialności za wykonywanie technicznych czynności związanych z obsługą loterii, które powinny być zgodne z obowiązującymi przepisami Prawa telekomunikacyjnego. SOKiK za bezpodstawne uznał zarzuty powoda, iż nie można mu przypisać odpowiedzialności za naruszenie przepisów Prawa telekomunikacyjnego, gdyż nie jest on sprawcą bezpośrednim czynu. W opinii Sądu pierwszej instancji niezasadne jest zrównywanie standardu

administracyjnego z karnym w zakresie przesłanek odpowiedzialności. SOKiK uznał, iż Prezes UKE zastosował właściwą wykładnię obowiązujących przepisów, nakładając na powoda karę, gdyż jest on jedynym podmiotem, który dopuścił się naruszenia, w sytuacji gdy spoczywał na nim szczególny obowiązek wynikający z Prawa telekomunikacyjnego. W ocenie Sądu pierwszej instancji zleceniobiorcy nie są przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, dlatego też Prezes UKE nie ma kompetencji do nakładania na nich kar w oparciu o art. 209 ust. 1 pkt 25 PT. Gdyby przyjąć sugerowaną przez powoda wykładnię ww. przepisu okazałoby to, że odpowiedzialność za wysyłanie nieuprawnionych komunikatów w ramach loterii mogłaby ponosić jedynie osoba, która fizycznie dokonywała takich czynności, co pozostawałoby w sprzeczności z zamiarem ustawodawcy, aby chronić abonentów lub użytkowników końcowych przed określonymi zachowaniami operatora telekomunikacyjnego, a nie jego pracowników.

Powód zaskarżył wyrok SOKiK apelacją w całości i wniósł o jego uchylenie oraz przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji, ewentualnie o jego zmianę i uchylenie zaskarżonej decyzji w całości lub o zmianę decyzji i obniżenie nałożonej kary, na karę nie wyższą niż 100.000 zł. Ponadto wniósł o zasądzenie kosztów postępowania za obie instancje. Prezes UKE wniósł o oddalenie apelacji w całości i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania apelacyjnego.

Postanowieniem z 13 maja 2015 r., Sąd Apelacyjny postanowił na podstawie art. 390 § 1 k.p.c. przekazać Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia następujące zagadnienie prawne: „czy dopuszczalne jest nałożenie kary pieniężnej, na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 25 PT w zw. z art. 172 ust. 1 PT i art. 174 pkt 1 PT na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, w sytuacji gdy zlecił on przeprowadzenie akcji promocyjnej jego usług innemu podmiotowi, który wykonywał to zlecenie używając dla celów marketingu bezpośredniego automatycznych systemów wywołujących bez uzyskania na to zgody abonentów lub użytkowników końcowych będących adresatami takich działań?”.

Z ustaleń Sądu Apelacyjnego wynika, że zgodnie z umową zawartą pomiędzy powodem a spółką odpowiedzialną za promocję loterii do obowiązków tego drugiego przedsiębiorstwa należało przekazywanie wiadomości

marketingowych, promujących usługę przy użyciu komunikatów SMS lub IVR i tylko to przedsiębiorstwo faktycznie realizowało ową czynność przy użyciu automatycznych systemów wywołujących. W ocenie Sądu Apelacyjnego krąg jednostek, na które może być nakładana kara za naruszenie art. 209 ust. 1 pkt 25 nie ogranicza się jedynie do przedsiębiorstw telekomunikacyjnych, a ze względu na represyjny charakter odpowiedzialności wynikającej z tego przepisu konieczne jest jego ścisła wykładnia. Zdaniem Sądu Apelacyjnego obowiązek pozyskania zgody abonenta lub użytkownika końcowego spoczywa na podmiocie, który używa automatycznych systemów wywołujących do celów marketingu bezpośredniego. Sąd Apelacyjny zaznaczył także, że z umów powoda z organizatorem loterii, jak i spółką odpowiedzialną za jej promocję nie wynika, iż podmioty te działały w imieniu powoda, choć niewątpliwie na jego rzecz. W związku z tym Sąd Apelacyjny nie podzielił poglądu SOKiK, jakoby możliwe było przypisanie odpowiedzialności za naruszenie art. 209 ust. 1 pkt 25 beneficjentom bezprawnych działań lub zaniechań. W obliczu powyższych rozważań, a także biorąc pod uwagę treść umowy łączącej powoda ze spółką odpowiedzialną za promocję loterii Sąd Apelacyjny wyraził pogląd, że należałoby rozważyć, czy nie doszło do wspólnego naruszenia przez oba ww. podmioty art. 172 i 174 PT. Jednakże Sąd Apelacyjny poddał w wątpliwość możliwość przeniesienia konstrukcji współsprawstwa na grunt przepisów Prawa telekomunikacyjnego.

Powód przedstawiając swoje stanowisko w sprawie zagadnienia prawnego przekazanego Sądowi Najwyższemu postanowieniem z 13 maja 2015 r., wniósł o podjęcie uchwały o następującej treści: „Nie jest dopuszczalne nałożenie kary pieniężnej, na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 25 PT w zw. z art. 172 ust. 1 i art. 174 pkt 1 PT na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, w sytuacji gdy zlecił on przeprowadzenie akcji promocyjnej jego usług innemu podmiotowi, który wykonał to zlecenie używając dla celów marketingu bezpośredniego automatycznych systemów wywołujących bez uzyskania na to zgody abonentów lub użytkowników końcowych będących adresatami takich działań. Nie jest także dopuszczalne nałożenie kary pieniężnej na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 25 PT w zw. z art. 172 ust. 1 i art. 174 pkt 1 PT na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, w sytuacji, w której nie używa on w celu marketingu bezpośredniego automatycznych systemów

wywołujących, lecz czyni to podmiot trzeci, działający we własnym imieniu, lecz pozostający w relacji umownej z przedsiębiorcą telekomunikacyjnym.”

Sąd Najwyższy zważył co następuje:

Przedstawiając do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne w niniejszej sprawie Sąd Apelacyjny kierował się uzasadnieniem wyroku Sądu Najwyższego z 27 sierpnia 2014 r., III SK 80/13 (OSNP 2016 nr 2, poz. 29) nie zauważając, że stan faktyczny i prawny tamtej sprawy oraz stan faktyczny i prawny tej sprawy różnią się zasadniczo. Sprawa III SK 80/13 dotyczyła praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, polegającej na wprowadzeniu konsumentów w błąd. Praktyką naruszającą zbiorowe interesy konsumentów jest zaś „bezprawne zachowanie przedsiębiorcy”. Dlatego do przypisania przedsiębiorcy takiej praktyki konieczne jest zidentyfikowanie sprzecznego z prawem zachowania, którego dopuszcza się przedsiębiorca karany przez Prezesa UOKiK. W sprawie III SK 80/13 z uwagi na stan faktyczny, treść zarzutu naruszenia zbiorowych interesów konsumentów oraz ustalenia sądów obu instancji i argumentację prawną, skarga kasacyjna przedsiębiorcy została uwzględniona z powodu różnic między zasadami odpowiedzialności cywilnej i odpowiedzialności administracyjnej za własne i cudze działania.

Sąd Najwyższy podziela zapatrywania Sądu Apelacyjnego, zgodnie z którymi w braku ogólnej części administracyjnego prawa represyjnego nie ma podstaw do przenoszenia na użytek stosowania norm dotyczących administracyjnych kar pieniężnych konstrukcji przewidzianych w ogólnej części kodeksu karnego. Sprzyja to powstaniu w takich sprawach jak niniejsza wątpliwości przy wykładni i stosowaniu przepisów traktujących o karach pieniężnych, które znalazły odzwierciedlenie w treści i uzasadnieniu pytania prawnego Sądu drugiej instancji. Wątpliwości te Sąd drugiej instancji ułożył (i uargumentował) wadliwie, koncentrując się na zagadnieniach współsprawstwa i współodpowiedzialności za naruszenie obowiązków administracyjnych zagrożonych karą pieniężną, nie poświęcając należytej uwagi podstawom odpowiedzialności za zachowania sankcjonowane karą pieniężną na mocy art. 209 ust. 1 PT oraz wykładni przepisów

dotyczących obowiązku, za naruszenie którego powód został ukarany w niniejszej sprawie. Tymczasem kary pieniężne w prawie telekomunikacyjnym nakładane są, po pierwsze, za naruszenie konkretnych obowiązków, a po drugie, na adresatów tych obowiązków. Przy stosowaniu art. 209 ust. 1 PT podstawowe znaczenie ma wyjaśnienie w drodze wykładni na kim spoczywa obowiązek sankcjonowany na podstawie norm wynikających z tego przepisu oraz jaka jest treść tego obowiązku. W wyroku Sądu Najwyższego z 27 sierpnia 2014 r., III SK 76/13 (LEX nr 1499204) podkreślono konieczność restrykcyjnej wykładni poszczególnych punktów art. 209 ust. 1 PT, a próbując jednocześnie praktykę ustalania znaczenia poszczególnych deliktów regulacyjnych wymienionych w tym przepisie z uwzględnieniem przepisów kreujących sam obowiązek, którego niewykonanie podlega karze.

Kierując się powyższym założeniem należy na wstępie przypomnieć, że przepis art. 209 ust. 1 pkt 25 PT przewiduje karę pieniężną dla każdego, kto nie wypełnia obowiązków uzyskania zgody abonenta lub użytkownika końcowego, o których mowa w art. 161, art. 166, art. 169 i art. 172-174 PT. Z art. 172 ust. 1 PT wynika względny zakaz używania automatycznych systemów wywołujących (ASW) dla celów marketingu bezpośredniego. Zakaz ten uchyla uprzednie udzielenie zgody przez abonenta lub użytkownika końcowego. Już z treści art. 172 ust. 1 PT wynika, że zakaz pod względem podmiotowym został sformułowany szeroko. Obejmuje każdego przedsiębiorcę, który używa ASW w określonym celu nie posiadając stosownej zgody marketingowej adresata komunikatu marketingowego.

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). W dalszej kolejności Sąd Najwyższy podkreśla, że art. 172 ust. 1 PT uzależnia uchylenie zakazu używania ASW od udzielenia uprzedniej zgody przez „abonenta lub użytkownika końcowego”. Abonentem jest „podmiot, który jest stroną umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych zawartej z dostawcą publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych” (art. 2 pkt 1 PT). Z kolei użytkownikiem końcowym jest „podmiot korzystający z publicznie dostępnej usługi telekomunikacyjnej lub żądający świadczenia takiej usługi, dla zaspokojenia własnych potrzeb” (art. 2 pkt 50 PT). Skoro w art. 172 PT mowa jest o abonencie i użytkowniku końcowym, to pośrednio należy założyć związek między obiema kategoriami podmiotów a dostawcą publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych. Zakaz z art. 172 ust. 1 PT nie ogranicza się do przedsiębiorców, którzy oferują innym przedsiębiorcom usługi polegające na kierowaniu za pomocą ASW komunikatów marketingowych do użytkowników telefonów komórkowych. Zakaz z art. 172 ust. 1 PT obejmuje także, jeżeli nie przede wszystkim, przedsiębiorców telekomunikacyjnych mających abonentów i użytkowników końcowych – z racji posiadania stosownej bazy nie mogą oni wykorzystywać jej do promowania własnych usług bez uzyskania stosownych zgód.

Do rozstrzygnięcia pozostaje, czy zakaz używania ASW bez posiadania zgód marketingowych narusza przedsiębiorca, który zleca innemu podmiotowi użycie ASW w celach promocyjnych usług zleceniodawcy i dostarcza bazę numerów abonentów lub użytkowników końcowych, na urządzenia których mają być kierowane wiadomości SMS? Sąd Najwyższy uznaje, że takie zachowanie mieści się w zakresie normowania analizowanego zakazu już przy samej językowej wykładni art. 172 ust. 1 PT. Takie zachowanie jest użyciem ASW, czyli posłużeniem się ASW, zastosowaniem ASW jako środka służącego promowaniu usług przedsiębiorcy-zleceniodawcy. Zleceniodawca wskazuje bowiem ASW jako narzędzie kierowania komunikatów marketingu bezpośredniego do zdefiniowanego przez niego za pomocą numeru telefonu odbiorcy, co powoduje, że posługuje się

on ASW (a zatem używa go w rozumieniu art. 172 ust. 1 PT) dla celów marketingu bezpośredniego.

Tym bardziej zlecenie przez dostawcę publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych innemu przedsiębiorcy wysyłania wiadomości noszących znamiona marketingu bezpośredniego przy użyciu automatycznych systemów wywołujących SMS i IVR na przekazane przez dostawcę numery telefonów jest używaniem ASW dla celów marketingu bezpośredniego przez tego dostawcę. W świetle konstrukcji zakazu używania ASW w takim stanie faktycznym nie ma znaczenia, czy dostawca posługuje się samodzielnie ASW, czy też zleca posłużenie się ASW innemu podmiotowi dla celów marketingu bezpośredniego usług tego dostawcy telekomunikacyjnego. Przepis art. 172 ust. 1 PT nie wprowadza rozróżnienia między takimi sytuacjami. W sytuacji, gdy dostawca określa zasady działań marketingowych, grupę docelową oraz przekazuje numery komórkowe, na które mają być wykonywane połączenia przez ASW, a dodatkowo dołącza zgody marketingowe, to w ocenie Sądu Najwyższego jest to używanie ASW w rozumieniu art. 172 ust. 1 PT, a takie używanie wymaga uzyskania uprzedniej zgody abonenta lub użytkownika końcowego. W konsekwencji Sąd Najwyższy uznaje, 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.

Natomiast według art. 209 ust. 1 pkt 25 PT karze pieniężnej podlega ten, kto nie wypełnia obowiązku uzyskania zgody abonenta lub użytkownika końcowego, o którym mowa w art. 172. Przepis sankcjonuje zatem naruszenie obowiązku uzyskania zgody abonenta lub użytkownika końcowego, a nie samo używanie ASW. Zaakcentowano w ten sposób znaczenie zgody użytkownika telefonu komórkowego. Jeśli przedsiębiorca zamierza używać ASW dla celów marketingu bezpośredniego własnych lub cudzych usług, musi uzyskać stosowne zgody. Z punktu widzenia konstrukcji sankcji z art. 209 ust. 1 pkt 25 PT oraz zakazu z art. 172 ust. 1 PT nie ma znaczenia, kim przedsiębiorca (a zwłaszcza wspomniany

wyżej dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych) posłuży się przy wykonywaniu technicznego aspektu używania ASW (używania ASW sensu strictissimo, to jest faktycznego użycia ASW do nadania komunikatu marketingowego). Dla administracyjnego prawa represyjnego podstawowe znaczenie ma kwestia na kim spoczywa obowiązek, którego naruszenie sankcjonowane jest karą pieniężną. Na tej podstawie Sąd Najwyższy orzekł, że art. 209 ust. 1 pkt 25 PT w związku z art. 172 ust. 1 i art. 174 pkt 1 PT może stanowić podstawę prawną dla 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, ponieważ obowiązek uzyskania stosowanych zgód marketingowych obciąża tego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego.

Mając powyższe na względzie Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji.

kc