



Warszawa, 8 listopada 2018 r.

**PREZES
URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ**

DK.WPA.46.36.2016.97

Orange Polska S.A.

Al. Jerozolimskie 160
02-326 Warszawa

Decyzja

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, 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, zwanej dalej „k.p.a.”), po przeprowadzeniu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie nałożenia kary pieniężnej na Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (zwaną dalej „Stroną” lub „OPL”) w związku z niewypełnieniem obowiązku uzyskania zgody abonenta lub użytkownika końcowego, o której mowa w art. 172 Pt, przy wysyłaniu z użyciem telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, w okresie od 1 października 2015 r. do 29 lutego 2016 r., wiadomości SMS o następującej treści:

- „*Nowy pakiet internetowy 500MB za 5zł na 30 dni jest już dostępny. Aby go włączyć, wyślij SMS o treści NET5 pod numer 260 (20gr) i surfuj więcej niż dotychczas!*” (dalej zwanej również „SMS1”),
- „*Rewelacyjna wiadomość BEZPŁATNIE zobaczysz gdzie jest TERAZ Bliski. Wyślij sms (0zł) o treści CP na 60504. 14dniza darmo/ Potem 6,15z VAT tyg/Orange.pl*” (dalej zwanej również „SMS2”);

nakładam na Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie kary pieniężne:

- 1. w wysokości: 4 200 000 PLN (słownie: cztery miliony dwieście tysięcy złotych) płatną do budżetu państwa, za naruszenie art. 172 ust. 1 Pt w związku z art. 174 Pt poprzez niewypełnienie obowiązku uzyskania zgody na używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego w stosunku do¹ 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**

¹ MSISDN - (ang. Mobile Station International Subscriber Directory Number) – numer abonenta sieci komórkowej.



przedstawienia oferty marketingowej o treści: „*Nowy pakiet internetowy 500MB za 5zł na 30 dni jest już dostępny. Aby go włączyć, wyślij SMS o treści NET5 pod numer 260 (20gr) 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 PLN (słownie: cztery miliony dziewięćset tysięcy złotych), płatną do budżetu państwa, za naruszenie art. 172 ust. 1 Pt w związku z art. 174 Pt poprzez niewypełnienie obowiązku uzyskania zgody na używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego w stosunku do należących do abonentów lub użytkowników końcowych i użycie w stosunku do tych abonentów lub użytkowników końcowych automatycznych systemów wywołujących polegające na wysłaniu wiadomości SMS celem przedstawienia oferty marketingowej o treści: „*Rewelacyjna wiadomość BEZPŁATNIE zobaczysz gdzie jest TERAZ Bliski. Wyślij sms (0zł) o treści CP na 60504. 14dniza darmo/ Potem 6,15z VAT tyg/Orange.pl*”, co miało miejsce w okresie od 1 października 2015 r. do 29 lutego 2016 r.

Uzasadnienie

Stan faktyczny sprawy

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (zwany dalej „Prezesem UKE”) pismem z dnia 12 lutego 2016 r. otrzymał wniosek P. o nałożenie kary pieniężnej na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt na OPL w związku z otrzymywaniem za pośrednictwem wiadomości SMS niezamówionych informacji marketingowych. Prezes UKE, jako organ właściwy do analizy zagadnień dotyczących wypełniania przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych nałożonych przepisami prawa obowiązków, o których mowa w treści wniosku, podjął działania mające na celu wyjaśnienie opisanej przez Pana sprawy. Pismem z dnia 24 marca 2016 r. (znak: DK.WPA.620.1.2016.2) Prezes UKE wezwał OPL w trybie artykułu 6 ust. 1 Pt w zw. z art. 192 ust. 1 pkt 5 Pt do przedstawienia stosownych informacji dotyczących wysyłki niezamówionych przez Pana informacji handlowych.

OPL udzieliła Prezesowi UKE wyjaśnień w piśmie z dnia 13 maja 2016 r., znak: TKRDA/AR/OPL-049/05/16. W ww. piśmie OPL potwierdziła, iż w dniu 12 stycznia 2016 r. wysłała wysłała SMS1. OPL wskazała także, że w dniu 15 stycznia 2016 r. na jej zlecenie był wysłany SMS2. Strona poinformowała również, że w okresie od 1 października 2015 r. do 29 lutego 2016 r. SMS1 był wysłany do bazy obejmującej , natomiast SMS2 był wysłany do bazy obejmującej . OPL wyjaśniła również, że

”. Odnosnie zgód na używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących do celów marketingu bezpośredniego przez abonentów lub użytkowników końcowych, do których była skierowana wysyłka, OPL poinformowała, że nie ma jednej zgody, która dotyczy automatycznych systemów wywołujących i telekomunikacyjnych urządzeń końcowych, lecz zbiera dwie odrębne zgody:

a) zgodę o treści: „Zgoda na przesyłanie do mnie informacji handlowych dotyczących Orange Polska S.A. środkami komunikacji elektronicznej”,

b) zgodę o treści: „Zgoda na używanie przez Orange Polska S.A. automatycznych systemów wywołujących w celach marketingowych”.

Dodatkowo, w związku z nowelizacją art. 172 Pt OPL od dnia 24 grudnia 2014 r. zbiera zgodę o treści: „Wyrażam zgodę na kontakt na numery telefoniczne dostępne Orange Polska S.A. w celu przedstawienia oferty Orange”, która pozwala OPL kontaktować się z klientami telefonicznie z informacją o produktach i usługach OPL oraz odnoszących się do nich promocji. OPL w piśmie z dnia 13 maja 2016 r. wskazała również, że „nie posiada obecnie liczby wymienionych powyżej zgód w odniesieniu do liczby wystanych komunikatów, o których mowa w wezwaniu. Weryfikacja posiadanej zgody jest możliwa w odniesieniu do pojedynczych numerów MSISDN”. Dodatkowo OPL poinformowała, że dane przekazanie Prezesowi UKE w piśmie z dnia 13 maja 2016 r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i jako takie, zgodnie z art. 9 Pt nie podlegają udostępnieniu osobom trzecim.

Na podstawie udzielonych przez OPL w piśmie z dnia 13 maja 2016 r. wyjaśnień, po dokonaniu analizy zgromadzonego materiału dowodowego zawiadomieniem z dnia 25 maja 2016 r., znak: DK.WPA.46.36.2016.2, poinformował OPL o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie nałożenia na OPL kary pieniężnej w związku z niewypełnieniem obowiązku uzyskania zgody abonenta lub użytkownika końcowego, o której mowa w art. 172 Pt, przy wysyłaniu z użyciem telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, w okresie od 1 października 2015 r. do 29 lutego 2016 r., wiadomości SMS o następującej treści:

- „Nowy pakiet internetowy 500MB za 5zł na 30 dni jest już dostępny. Aby go włączyć, wyślij SMS o treści NET5 pod numer 260 (20gr) i surfuj więcej niż dotychczas!”;
- „Rewelacyjna wiadomość BEZPŁATNIE zobaczysz gdzie jest TERAZ Bliski. Wyślij sms (0zł) o treści CP na 60504./ 14dniza darmo/ Potem 6,15z VAT tyg/Orange.pl”.

Postanowieniem z dnia 16 czerwca 2016 r., znak: DK.WPA.46.36.2016.3, Prezes UKE włączył do akt sprawy przedmiotowego postępowania administracyjnego następujący materiał dowodowy:

- kopię pisma P. z dnia 12 lutego 2016 r. wraz z załącznikami, dotyczącego wysłania niezamówionych wiadomości SMS o charakterze marketingowym,
- kopię wezwania Prezesa UKE z dnia 24 marca 2016 r. znak: DK.WPA.620.1.2016.2,
- kopię pisma OPL z dnia 13 maja 2016 r. (nr TKRDA/AR/OPL-049/05/16) do Prezesa UKE stanowiącego odpowiedź OPL na wezwanie Prezesa UKE z dnia 24 marca 2016 r.

Pismem z dnia 16 czerwca 2016 r. (nr: TKRRA/DM/2375/06/16), Strona przedstawiła stanowisko w odpowiedzi na wezwanie Prezesa UKE zawarte w zawiadomieniu o wszczęciu postępowania. Według OPL Prezes UKE przyjął, że pojęcie „automatyczne systemy wywołujące” wskazane w art. 172 Pt obejmuje również systemy generujące wiadomości SMS, a zdaniem OPL taka interpretacja art. 172 ust. 1 Pt jest nieuprawniona i nie znajduje podstaw w wykładni literalnej oraz systemowej ww. przepisu. Według OPL, biorąc pod uwagę treść art. 13 ust. 1 Dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej) (Dz. Urz. UE L. Nr 201/37, z późn. zm., dalej zwanej „Dyrektywą”), intencją prawodawcy unijnego było objęcie tym zakazem systemów wyraźnie wskazanych w przepisie art. 13 ust. 1 Dyrektywy, tj. systemów głosowych, faksów oraz poczty elektronicznej. Dokonanie innej wykładni pozostawałaby w sprzeczności z prawem Unii Europejskiej, co nie daje się pogodzić

z zasadą prounijnej wykładni prawa. Według OPL uznanie za automatyczne systemy wywołujące także systemów wysyłających SMS i przyjęcie przez Prezesa UKE takiej interpretacji art. 172 ust. 1 Pt musiałoby się wiązać z zaakceptowaniem rozszerzającej wykładni tego przepisu.

W piśmie z dnia 16 czerwca 2016 r. OPL podniosła także kwestę uznania SMS-ów wysłanych przez OPL jako marketing bezpośredni. OPL opierając się na treści komentarza do Pt wskazała, że cechą marketingu bezpośredniego jest przekazywanie informacji o ofercie handlowej do starannie wybranych, pojedynczych odbiorców w celu uzyskania bezpośredniej reakcji. Zdaniem OPL, w przypadkach SMS1 i SMS2 - nie można mówić, że komunikaty te miały charakter marketingu bezpośredniego oraz, że były kierowane do starannie wybranej grupy odbiorców. OPL wskazała, że informacje dotyczące obu usług (SMS1 i SMS2) były kierowane do grupy klientów, których zachowania (sposób użytkowania telefonu) nie był analizowany pod kątem sprzedaży/oferowania obu usług: pakietu internetowego oraz usługi lokalizacyjnej, a OPL wysyłała informacje do „ogólnej” grupy klientów bez przeprowadzenia analizy potrzeb.

Strona w przedmiotowym piśmie stwierdziła, że „w treści przekazanych wiadomości była przekazywana informacja o cenie usługi, to jednak należałoby rozważyć, czy ze względu na cel i treść, przekazana przez OPL informacja ma walory informacji handlowej, a w szczególności marketingu bezpośredniego, czy jest informacją neutralną, przekazywaną abonentom jako informującą o specyficznych usługach lub mogącą chronić życie, zdrowie lub ograniczającą rachunek za usługi telekomunikacyjne, inaczej mówiąc, czy komunikaty te mają charakter bardziej społeczny niż handlowy”. Strona w nawiązaniu do treści SMS2 przedstawiła również informacje o usługach i produktach, które mają zapewnić kompleksowe bezpieczeństwo dla całej rodziny, o których informuje abonentów. Zdaniem OPL, ze względu na cel oraz treść przekazu, informacje przekazane klientom, za pośrednictwem kanału SMS, które są przedmiotem niniejszego postępowania (SMS1 i SMS2) mają charakter informacji neutralnej, a co więcej mają charakter społeczny - umożliwiają bowiem poinformowanie o możliwościach zapewnienia bezpieczeństwa najbliższym oraz zapewnienia bezpieczeństwa ekonomicznego abonentom OPL.

Pismem z dnia 28 września 2016 r. (numer: TKRRA/MP/OPL-117/09/2016), Strona przedstawiła stanowisko w sprawie. Strona podtrzymała swoje stanowisko, iż SMS1 i SMS2 nie zawierają treści marketingowych oraz, że wysyłka SMS nie stanowi wysyłki dokonanej za pomocą urządzeń końcowych, ani za pomocą automatycznych systemów wywołujących. Strona przedstawiła wyjaśnienia dotyczące wiadomości SMS wysyłanych do P.

„Pan [redacted] posiada dwa numery telefoniczne w sieci Orange: numer [redacted] oraz [redacted]. Oba numery (pre-paid) klient ma zarejestrowane na dwóch różnych kontach abonenckich. Komunikaty SMS, na których otrzymywanie Pan [redacted] poskarżył się Prezesowi UKE pismem z dnia 12 lutego 2016 roku zostały wysłane na numer [redacted] i klient twierdzi, że zostały one wysłane pomimo, że wcześniej informował OPL, iż nie chce otrzymywać od OPL komunikacji SMS. Jednakże prośby te klient zgłaszał OPL z konta abonenckiego dotyczącego numeru [redacted]. Ponieważ na tym numerze klient miał wyrażony sprzeciw na komunikację marketingową, konsultant widząc zgłoszenie wyrażenia sprzeciwu na komunikację handlową mógł stwierdzić, że skoro sprzeciw ten jest już w systemie nie wymaga to dokonywania dodatkowych czynności w celu respektowania woli klienta. W konsekwencji nie doszło do skutecznego zaznaczenia sprzeciwu na otrzymywanie komunikacji dla numeru [redacted]. Jednakże powyższa sytuacja miała charakter incydentalny i wynikała ze specyficznej sytuacji, gdzie klient posiadał dwa konta abonenckie zażądał działań dla numeru innego niż ten, który był przypisany do konta abonenckiego, z którego było wysłane zgłoszenie”.

Dodatkowo w piśmie z dnia 28 września 2016 r. Strona zwróciła uwagę na przypadki, gdy wola klientów co do otrzymywania komunikatów SMS incydentalnie nie jest respektowana, jednak działania tego nie można przypisać OPL: „

”.

Postanowieniem z dnia 28 listopada 2016 r., znak: DK.WPA.46.36.2016.14, Prezes UKE włączył do akt sprawy materiał dowodowy obejmujący:

- kopię wezwania Prezesa UKE do OPL z dnia 6 lipca 2016 r. znak: DK.WPA.620.7.2016.4 (DK.WPA.620.1.2016), wraz z załącznikami;
- kopię pisma OPL z dnia 25 lipca 2016 r. (nr TKRRA/ES/2718/07/16) do Prezesa UKE stanowiącego odpowiedź OPL na wezwanie Prezesa UKE z dnia 6 lipca 2016 r., wraz z załącznikami.

Działając na podstawie art. 50 § 1 k.p.a. pismem z dnia 4 stycznia 2017 r., znak: DK.WPA.46.36.2016.17, Prezes UKE wezwał OPL do przekazania następujących informacji i dokumentów:

„1. W odniesieniu do wysyłki przez OPL [SMS1] proszę o przekazanie informacji o _____, do których w okresie od dnia 1 października 2015 r. do dnia 29 lutego 2016 r. była wysyłana wskazana wyżej wiadomość SMS poprzez uzupełnienie załączonej tabeli zgodnie z opisami jej kolumn.

W przypadku jednak braku technicznej możliwości przekazania całości informacji żądanych w tym punkcie (tj. informacji odnośnie wszystkich _____). Proszę o przekazanie informacji w takim zakresie jaki jest możliwy, a w szczególności informacji o numerach MSISDN, do których została skierowana wskazana wyżej wiadomość SMS.

2. W odniesieniu do wysyłki przez OPL wiadomości [SMS2] w nawiązaniu do danych przekazanych przez OPL w tabeli (plik GJD_UKE_20160725__ASW) wraz z pismem z dnia 25 lipca 2016 r. (nr TKRRA/ES/2718/07/16), uprzejmie proszę o uściślenie przekazanych danych dotyczących _____, poprzez wypełnienie załączonej tabeli - z uwzględnieniem poniższych uwag.

a) W rubryce „Czy klient wyraził zgodę stosownie do art. 172 Pt (tak, nie)” – proszę o ponowne przekazanie danych odnośnie statusu posiadanych zgód aktualnych na dzień wysyłki wiadomości SMS, a w razie braku takich danych, zgód aktualnych na dzień przekazania podmiotowi współpracującemu numeru w celu zrealizowania wysyłki SMS.

b) W rubryce „Data pozyskania zgody abonenta lub użytkownika końcowego” – proszę o ponowne przekazanie informacji o dacie pozyskania zgody posiadanej w dniu wysyłki SMS lub na dzień przekazania podmiotowi współpracującemu numeru w celu zrealizowania wysyłki SMS.

c) Proszę o wskazanie, czy brak daty w rubryce „Data pozyskania zgody abonenta lub użytkownika końcowego” oznacza, że OPL nie jest w ogóle w posiadaniu zgody na użycie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych urządzeń wywołujących w celu marketingu bezpośredniego (także na dzień przekazania podmiotowi współpracującemu numeru w celu zrealizowania wysyłki SMS).

d) Proszę o wyjaśnienie, czy informacje zawarte w rubrykach „Rodzaj zgody” („SMS”, „SMS/ASW”, „ASW”) i „Treść uzyskanej zgody” odnoszą się do zgód posiadanych w dniu

wysyłki SMS lub na dzień przekazania podmiotowi współpracującemu numeru w celu zrealizowania wysyłki SMS; jeśli nie, to proszę o ponowne przekazanie wskazanych w ww. rubrykach informacji odnośnie rodzaju i treści zgód posiadanych w dniu wysyłki SMS lub na dzień przekazania podmiotowi współpracującemu numeru w celu zrealizowania wysyłki SMS.

3. Proszę o odrębne przesłanie informacji wskazanych w załączonej tabeli odnośnie numerów MSISDN należących do Pana wraz z kopią lub wydrukiem zgody udzielonej przez Pana na używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących w celu marketingu bezpośredniego.

4. Biorąc pod uwagę informację OPL zawartą w piśmie z dnia 28 września 2016 r., iż „Wysyłka SMS „Gdzie jest dziecko” była realizowana za pomocą podmiotu zewnętrznego - firmy Locon”, proszę o przedstawienie kopii umowy zawartej z podmiotem realizującym wysyłkę wiadomości SMS, z której wynika, że podmiot ten działał na zlecenie OPL i określającej warunki wykonania tego zlecenia.”

Do ww. wezwania Prezesa UKE została załączona Tabela do wypełnienia o następującej treści:

„Poniższą tabelę należy wypełnić dwukrotnie, odrębnie:

1. w odpowiedzi na pkt 1 wezwania – tj. dla na które były wysyłane w okresie od 1 października 2015 r. do 29 lutego 2016 r. wiadomości [SMS1]
2. w odpowiedzi na pkt 2 wezwania – tj. dla , na które były wysyłane w okresie od 1 października 2015 r. do 29 lutego 2016 r. wiadomości [SMS2]”

| lp. | Nr MSISDN | Aktualna na dzień wysyłki wiadomości SMS zgoda abonenta lub użytkownika końcowego wyrażona stosownie do art. 172 Pt (Tak/Nie) | Rodzaj zgody aktualnej na dzień wysyłki wiadomości SMS (na używanie telekomunikacyjnego urządzenia końcowego /na używanie automatycznego systemu wywołującego/inna (jaka) | Treść posiadanej zgody – aktualnej na dzień wysyłki wiadomości SMS | Data pozyskania zgody abonenta lub użytkownika końcowego aktualnej na dzień wysyłki wiadomości SMS | Data pierwszego kontaktu przy użyciu telekomunikacyjnego urządzenia końcowego/ automatycznego systemu wywołującego |
|-----|-----------|---|---|--|--|--|
| 1. | | | | | | |

Pismem z dnia 6 lutego 2017 r. (nr: TKRRA/ES/OPL-017/02/2017),² Strona

udzieliła odpowiedzi na wezwanie Prezesa UKE z dnia 4 stycznia 2017 r. OPL wskazała, iż zgodnie z informacją przekazaną przez OPL w piśmie z dnia 25 lipca 2016 roku, nie przechowuje danych dotyczących tej wysyłki innych niż ilość wysłanych SMS, treść SMS oraz w jakich dniach wysyłka była organizowana, ze względu na brak znaczenia biznesowego przechowywania takich danych oraz oszczędność miejsca na serwerach. W związku z powyższym, nie są przez OPL przechowywane także numery MSISDN, dla których była realizowana wysyłka. Zgodnie zaś z informacją przekazaną w piśmie z dnia 13 maja 2016 r. weryfikacja zgód jest możliwa w odniesieniu do pojedynczych numerów MSISDN. OPL wskazała także, że „w związku z dużą ilością numerów MSISDN, których dotyczy zapytanie (uściślenia informacji przekazanych pismem z dnia 25 lipca 2016 r.) oraz faktem, że dane, których przekazania żąda Prezes UKE mają charakter archiwalny, na chwilę obecną podejmujemy kolejne próby pozyskania tych danych, korzystając z dostępnych systemów,

² Jako oczywistą omyłkę należało potraktować błędne oznaczenie roku w dacie pisma: „06 lutego 2016 r.”, z uwagi na to, że przedmiotowe pismo stanowi odpowiedź na wezwanie Prezesa UKE z dnia 4 stycznia 2017 r.

jednakże na dzień przekazania niniejszej odpowiedzi danych tych nie udało się pozyskać. W przypadku pozyskania finalnych danych, zostaną one niezwłocznie przekazane w ramach niniejszego postępowania". W przedmiotowym piśmie Strona poinformowała również, że brak daty (w danych przekazanych pismem z dnia 25 lipca 2016 r.) oznacza, że OPL nie ma w systemie informacji, czy klient złożył oświadczenie woli odnośnie zgód na wysyłanie SMS-ów, zaś wszystkie dane przekazane w tabeli odnoszą się do zgód aktualnych w czasie udzielania odpowiedzi na wezwanie Prezesa UKE.

W piśmie z dnia 6 lutego 2017 r. Strona wskazała, iż Locon sp. z o.o. (dalej zwanej „Locon”) został przekazany jedynie jeden numer należący do Pana [redacted] tj. numer [redacted] w dniu 28 października 2015 roku „na ten dzień w systemie obsługi klienta dla tego numeru nie było danych dotyczących posiadanych przez klienta zgód na wysyłanie SMS. W związku z tym nie jesteśmy w stanie przekazać kopii ani wydruku zgody udzielonej przez Pana [redacted] na używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących w celu marketingu bezpośredniego”. Do pisma Strony z dnia 6 lutego 2017 r. został załączony wyciąg z umowy z dnia 22 sierpnia 2014 r. (zwanej dalej „Umową”) zawartej między OPL a Locon, zawierający postanowienia dotyczące wysyłania komunikatów SMS2 na zlecenie OPL przez Locon.

Działając na podstawie art. 50 § 1 k.p.a. pismem z dnia 19 kwietnia 2017 r., znak: DK.WPA.46.36.2016.25, Prezes UKE wezwał OPL do przekazania następujących informacji i dokumentów:

„1. W związku z brakiem merytorycznej odpowiedzi na pytania Prezesa UKE zawarte w pkt 1 wezwania z dnia 4 stycznia 2017 r. (znak: DK.WPA.46.36.2016.17) niniejszym wzywam do przekazania listy obejmującej [redacted] do których w okresie od dnia 1 października 2015 r. do dnia 29 lutego 2016 r. była wysyłana wiadomość SMS o treści: [SMS1].

2. W odniesieniu do wysyłki przez OPL wiadomości [SMS2], uprzejmie proszę o przekazanie kopii lub wydruków zgód (w przypadku zgód udzielonych w formie elektronicznej) na używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących w celu marketingu bezpośredniego, aktualnych na dzień wysłania wyżej wskazanej wiadomości sms w stosunku do abonentów lub użytkowników końcowych, do których należą losowo wybrane numery MSISDN wymienione w tabeli załączonej do niniejszego wezwania.

Jednocześnie proszę o przekazanie informacji o posiadanych przez OPL zgodach dla abonentów lub użytkowników końcowych, do których należą numery MSISDN wymienione w tabeli załączonej do niniejszego wezwania, poprzez wypełnienie tej tabeli.

3. W terminie odpowiedzi na niniejsze wezwanie proszę również o uzupełnienie odpowiedzi na pytanie zawarte w pkt 3 wezwania z dnia 4 stycznia 2017 r. (znak: DK.WPA.46.36.2016.17), dotyczące posiadanych przez OPL danych dotyczących numerów MSISDN należących do Pana [redacted].

Pismem z dnia 12 maja 2017 r. (nr: TKRRA/ES/2175/05/17), Strona udzieliła odpowiedzi na wezwanie Prezesa UKE z dnia 4 stycznia 2017 r. OPL wskazała, iż „w dotychczasowej korespondencji wskazywaliśmy, że OPL nie przechowuje numerów MSISDN dla wysyłki [SMS1]. W piśmie z dnia 25 lipca 2016 roku na analogiczne pytanie Prezesa UKE OPL wskazał: „Odpowiadając na tak postawione pytanie w pierwszej kolejności wyjaśniamy, że OPL nie dysponuje wszystkimi danymi, do których przekazania wzywa Prezes UKE. Obie akcje wysyłkowe były organizowane przez różne jednostki w OPL, co przekłada się na informacje przechowywane przez OPL, a dotyczące tych wysyłek. Każda bowiem jednostka organizacyjna

decyduje o tym czy i jakie informacje przechowuje, z uwzględnieniem wymogów ustawowych oraz potrzeb biznesowych danej jednostki”. Strona oświadczyła także, że „Wysyłka o treści [SMS1] była realizowana przez jednostkę odpowiedzialną w OPL za obsługę klientów pre-paid i jednostka ta nie przechowuje danych dotyczących tej wysyłki innych niż ilość wysyłanych SMS, treść SMS oraz w jakich dniach wysyłka była organizowana ze względu na brak znaczenia biznesowego przechowywania takich danych oraz oszczędność miejsca na serwerach. W związku z powyższym, nie są obecnie przechowywane także numery MSISDN, do których była realizowana wysyłka. Zgodnie z wyjaśnieniami OPL zawartymi w pkt. 1 pisma z dnia 12 maja 2016 roku, weryfikacja posiadanej zgody marketingowej jest możliwa w odniesieniu do poszczególnych numerów MSISDN”. Odpowiadając na pytanie Prezesa UKE z pkt. 1 wezwania z dnia 19 kwietnia 2017 r. OPL powtórnie oświadczyła „OPL nie dysponuje numerami MSISDN dla wysyłki [SMS1]”.

W załączeniu do pisma z dnia 12 maja 2017 r. OPL przesłała żądane przez Prezesa UKE dane dotyczące 50 numerów MSISDN w zakresie zgód dla numerów, które zostały przekazane spółce Locon, celem zrealizowania wysyłki SMS2. OPL wskazała także, że „nie otrzymuje od Locon potwierdzeń, do jakiej bazy numerów SMSy zostały wysłane oraz w jakiej dacie to nastąpiło. W związku z tym możliwe było jedynie przekazanie danych dotyczących zgód na dzień przekazania numerów firmie Locon. Dlatego wszędzie, gdzie UKE pyta o dane „aktualne na dzień wysyłki SMS” OPL przekazuje dane „aktualne na dzień przekazania numerów firmie Locon”. Jednocześnie wskazuję, że Orange nie ma wiedzy, do jakich numerów wysyłka została zrealizowana (...) Jednocześnie OPL zastrzega, że nie otrzymuje od firmy Locon potwierdzenia, czy i w jakim zakresie baza numerów przekazanych do wysyłki została w tym celu wykorzystana”. OPL w przedmiotowym piśmie wskazała również, że „na dzień przekazania numeru Pana [redacted] w systemie nie było informacji o wyrażeniu przez niego zgody marketingowej, nie jest możliwe przesłanie kopii takiego oświadczenia woli”. Do pisma OPL załączyła kopie umów klientów ze zgodami na kontakt marketingowy w odpowiedzi na pkt 2 wezwania Prezesa UKE z dnia 19 kwietnia 2017 r. oraz zrzut ekranu z systemu obsługowego OPL z oznaczeniem zgód klientów.

Pismem z dnia 4 lipca 2017 r. (nr: TKRRA/ES/2629/07/17), Strona przedstawiła stanowisko w sprawie. OPL wskazała, iż wysyłka SMS objętych postępowaniem nie była realizowana wbrew woli klientów. OPL dokonał weryfikacji reklamacji klientów dla usług objętych postępowaniem, (a zatem SMS1 i SMS2 w okresie od października 2015 do lutego 2016), a przeprowadzona analiza wykazała, że wysyłka nie generowała skarg po stronie klientów. OPL stwierdziła, że skoro wysyłka SMS1 i SMS2 obejmowała znaczną liczbę użytkowników ([redacted]), a do OPL wpłynęły 3 reklamacje w tym zakresie, to „nie można stwierdzić, aby wysyłka była realizowana wbrew woli klientów lub była dla nich uciążliwa”. OPL nawiązując do treści własnego pisma z dnia 16 czerwca 2016 r. wskazała, że „w ocenie OPL skierowanie do klientów wysyłki dotyczącej usługi „Gdzie jest Dziecko” nie jest równoznaczne z kierowaniem do nich wysyłki o charakterze marketingowym, z uwagi na społeczny charakter tej usługi”. OPL wskazała również m.in., że „istotna i świadcząca o braku cech marketingu bezpośredniego w SMS skierowanym do klientów jest również okoliczność, iż SMS jest tylko jednym z elementów szerszej akcji edukacyjno-społecznej dotyczącej bezpieczeństwa, w tym dzieci, prowadzonej przez firmę Locon, we współpracy również z operatorami komórkowymi”. Ze względu na powyższe Strona podtrzymała prezentowane dotychczas stanowisko, iż skierowanie do klientów wysyłki SMS informującego o dostępności usługi „Gdzie jest dziecko” nie stanowi naruszenia art. 172 Pt.

Działając na podstawie art. 50 § 1 k.p.a. pismem z dnia 17 sierpnia 2017 r., znak: DK.WPA.46.36.2016.34, Prezes UKE wezwał OPL do przekazania następujących informacji i dokumentów:

przechowuje informacji dotyczących wysyłki innych niż ilość, treść i data wysyłki. Treść wysyłanych SMS nie jest widoczna również na koncie klienta, a zatem również w ten sposób nie jest możliwym ustalenie czy pod dany numer była kierowana wysyłka określonej treści. W związku z faktem, że nie jesteśmy w stanie ustalić, czy na numery wskazane przez Prezesa UKE były wysyłane SMSy o treści jak w wezwaniu OPL, nie jest możliwe przekazanie danych żądanych przez Prezesa UKE: skoro nie wiemy, czy dla danego numeru była realizowana wysyłka, nie możemy określić daty pierwszej wysyłki, która z kolei jest punktem odniesienia dla wskazania, czy na danym numerze w dacie wysyłki była zgoda na kontakt marketingowy". W piśmie z dnia 5 września 2017 r., Strona poinformowała także, iż dane odnoszące się do statusu zgód są zgodne z informacją przesłaną w piśmie z dnia 12 maja 2017 r., a jedynie omyłkowo nie został załączony dokument potwierdzający wyrażenie przez klienta zgód. Strona wskazała, że dla numeru MSISND: _____, klient wyraził zgodę kanałem elektronicznym, dowodem wyrażenia zgody jest zrzut z systemu przesłany w załączeniu do ww. pisma.

Niezależnie od wezwania, Strona przesłała w załączeniu do pisma z dnia 5 września 2017 r. wyniki badań marketingowych zrealizowanych przez firmę _____ na zlecenie OPL dotyczących rozumienia treści wyrażanych przez klientów zgód. OPL wskazała, że celem projektu badawczego było przeanalizowanie, jakie kanały kontaktu klienci rozumieją pod treścią poszczególnych zgód, które OPL wykorzystuje. OPL na podstawie wyników przedmiotowych badań wskazała, że „*badania te potwierdzają twierdzenia Spółki, iż adekwatną zgodą z punktu widzenia niniejszego postępowania - z uwagi na to, że kanałem komunikacji był SMS - mogłaby być zarówno zgoda na przesyłanie informacji handlowych dotyczących Orange Polska S.A. środkami komunikacji elektronicznej, jak i zgoda na używanie przez Orange Polska S.A. automatycznych systemów wywołujących w celach marketingowych. Spółka w piśmie z dnia 13 maja 2016 roku wskazała również, że posiada zgodę na kontakt na numery telefoniczne dostępne Orange Polska S.A. w celu przedstawienia oferty Orange i wprawdzie w ramach niniejszego postępowania nie zostały Prezesowi UKE przekazane dane dot. statusu tych zgód dla numerów, do których była realizowana wysyłka. Jednak z uwagi na wynik badania rynkowego przedstawionego w załączeniu wydaje się, że jeżeli zdaniem Prezesa UKE zgodą adekwatną (oprócz zgody na komunikację środkami komunikacji elektronicznej) jest zgoda na automatyczne systemy wywołujące, to również należałoby uwzględnić status zgód dot. kontaktów na numery telefoniczne Orange*”.

Pismem z dnia 21 września 2017 r., znak: DK.WPA.46.36.2016.42, Prezes UKE wezwał OPL do przekazania następujących informacji i dokumentów:

„1. Proszę o wskazanie liczby abonentów, na kontach których znajduje się informacja o wysłaniu przez OPL do danego abonenta wiadomości SMS (bez względu na treść tych wiadomości) w okresie od dnia 1 października 2015 r. do dnia 29 lutego 2016 r.

2. Proszę o wskazanie liczby abonentów spośród wskazanych w odpowiedzi na pytanie w pkt 1, na kontach których widnieje adnotacja o posiadaniu przez OPL zgód na używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących, według stanu na dzień wysyłki pierwszej wiadomości SMS przypadający w okresie od dnia 1 października 2015 r. do dnia 29 lutego 2016 r.;

3. Proszę o wskazanie liczby abonentów, spośród wskazanych w odpowiedzi na pytanie w pkt 1, którzy wyrazili zgodę o treści:

a) „Zgoda na przesyłanie do mnie informacji handlowych dotyczących Orange Polska S.A. środkami komunikacji elektronicznej”,

b) „Zgoda na używanie przez Orange Polska S.A. automatycznych systemów wywołujących w celach marketingowych”,

c) „Zgoda na kontakt na numery telefoniczne dostępne Orange Polska S.A. w celu przedstawienia oferty Orange”.

W odpowiedzi na powyższe pytanie, proszę o wskazanie liczb abonentów odrębnie dla każdej z trzech wymienionych wyżej treści zgód. W przypadku stosowania przez OPL zgód o treści innej niż wymienione wyżej, proszę również o odrębne uwzględnienie liczby tych zgód ze wskazaniem ich treści”.

Pismem z dnia 3 października 2017 r. (nr: TKRRA/ES/3239/10/17), Strona udzieliła odpowiedzi na wezwanie Prezesa UKE z dnia 21 września 2017 r. OPL wskazała, że „ustalenie statusu zgody jest możliwe wyłączenie w odniesieniu do poszczególnych numerów MSISDN, a te nie były przechowywane - nie jest możliwe odtworzenie tej zgody. Strona nawiązała do treści uprzednio udzielanej w tym zakresie odpowiedzi (w piśmie z dnia 5 września 2017 r.) i dodatkowo wyjaśniła, że „konto klienta” oznacza konto systemowe CRM, w którym jest historia klienta. Jednocześnie, celem usunięcia wszelkich wątpliwości oświadczam, że w CRM nie tylko nie ma informacji o treści wysyłanych SMS, ale także o tym czy jakkolwiek wysyłka SMS z OPL była realizowana. Z uwagi na brak możliwości ustalenia czy była kierowana na wskazane przez Prezesa UKE numery MSISDN jakkolwiek wysyłka SMS, nie jesteśmy w stanie również odpowiedzieć na dalsze pytania (pyt. 2 i 3 z wezwania Prezesa UKE)”.

Postanowieniem z dnia 20 listopada 2017 r., znak: DK.WPA.46.36.2016.53, Prezes UKE włączył do akt sprawy materiał dowodowy obejmujący:

- I. kopie prawomocnych decyzji administracyjnych nakładających kary pieniężne na: Telekomunikację Polską S.A. (zwaną dalej „TP”), będącą poprzednikiem prawnym OPL;
- II. kopie prawomocnych decyzji administracyjnych nakładających kary pieniężne na Polską Telefonię Komórkową - Centertel sp. z o.o. (dalej zwaną „PTK”), będącą poprzednikiem prawnym OPL;
- III. 1. kopię wezwania Prezesa UKE z dnia 17 sierpnia 2017 r. (znak: DK.WPA.46.36.2016.35), skierowanego do Locon;
2. kopię pisma Locon z dnia 18 września 2017 r. (pismo zostało włączone do akt sprawy w postaci zanonimizowanej, bez załączników);
3. kopię formularza F00 – informacja o przedsiębiorcy telekomunikacyjnym – OPL, wraz z kopią pisma przewodniego z dnia 31 marca 2016 r. (nr TKRHA/KKS/OPL-040/03/17).

Zgodnie z treścią włączonego do akt sprawy pisma Locon z dnia 18 września 2017 r.,

”.

Jednocześnie w piśmie z dnia 20 listopada 2017 r., Prezes UKE poinformował Stronę zgodnie z art. 10 k.p.a., o możliwości zapoznania się z zebrany materiał dowodowy w sprawie, a także o możliwości ostatecznego wypowiedzenia się przed wydaniem decyzji, co do zebranych dowodów i materiałów w terminie 7 dni od daty otrzymania pisma.

Postanowieniem z dnia 20 listopada 2017 r., znak: DK.WPA.46.36.2016.55, zwanym dalej „Postanowieniem”, Prezes UKE ograniczył OPL prawo wglądu w akta przedmiotowego postępowania administracyjnego w zakresie informacji, które stanowią tajemnicę

przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j.: Dz. U. z 2018 r., Nr 419, z późn. zm., zwanej dalej „u.z.n.k.”), zawartych w piśmie Locon z dnia 18 września 2017 r., które zostało włączone do akt sprawy przedmiotowego postępowania postanowieniem - znak: DK.WPA.46.36.2016.53, tj. informacji dotyczących:

- wielkości wolumenów baz numerów MSISDN i dat ich przekazania przez OPL do Locon;
- dat wysłania przez Locon wiadomości SMS do bazy numerów i wielkości wolumenu wysłanych SMS.

Prezes UKE uznał, że dane Locon wskazane w sentencji ww. postanowienia i zastrzeżone przez Locon jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa spełniają wszystkie przesłanki niezbędne do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a także stwierdził, iż udostępnienie tych informacji groziłoby ujawnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa Locon. Dlatego też niezbędne było ograniczenie OPL w trybie art. 74 § 2 k.p.a. prawa wglądu w akta sprawy przedmiotowego postępowania w zakresie wskazanym w ww. postanowieniu.

Pismem z dnia 1 grudnia 2017 r. (nr GPP-2733/ES/17) Strona złożyła wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej Postanowieniem. Strona Wniosła o uchylenie ww. Postanowienia i udostępnienie Orange pisma Locon w całości.

Pismem z dnia 7 grudnia 2017 r. (nr GPP - 2817/ES/17) Strona uzupełniła uprzednio złożony wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej postanowieniem (o ograniczeniu OPL prawa wglądu do materiału dowodowego z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa Locon). OPL podtrzymała w całości swoją argumentację zawartą w ww. wniosku, a dodatkowo wskazała na nowe okoliczności przemawiające za zasadnością wniosku.

Pismem z dnia 12 grudnia 2017 r. (nr GPP-2861/ES/17) OPL przedłożyła „*stanowisko końcowe w sprawie o nałożenie kary pieniężnej za naruszenie art. 172 Pt*”. OPL składając w ww. piśmie wniosek o umorzenie przedmiotowego postępowania wskazała, że „*z uwagi na brzmienie przepisu i spójnik „i” użyty w przepisie należałoby założyć, że dyspozycję art. 172 Pt spełnia przypadek, gdy informacja marketingowa jest kierowana do klientów za pomocą techniki, która spełnia wymogi zarówno automatycznego systemu wywołującego oraz telekomunikacyjnego urządzenia końcowego*”. OPL w ww. piśmie stwierdziła także, że *stoi na stanowisku, iż automatyczne systemy wywołujące to jedynie systemy głosowe, a zatem SMSy nie mogą być jako takie potraktowane. Taka interpretacja art. 172 ust. 1 Pt byłaby nieuprawniona z uwagi na wykładnię literalną, systemową oraz prounijną. Występujące w tym przepisie pojęcie „automatycznych systemów wywołujących” powinno być bowiem interpretowane zgodnie z zasadą prounijnej wykładni prawa krajowego*”. Zdaniem OPL należy oprzeć się w tym zakresie na przepisach Dyrektywy, które w ocenie OPL nie obejmują wysyłki SMS – natomiast „*niniejsze postępowanie dotyczy wysyłki SMS, który to kanał kontaktu nie spełnia ani kryterium wysyłki za pomocą automatycznych systemów wywołujących, ani za pomocą telekomunikacyjnych urządzeń końcowych, a jest inną formą środka komunikacji elektronicznej. Tym samym art. 172 Pt w niniejszej sprawie nie może być zastosowany, a kwestia możliwości kierowania wysyłek o treści handlowej uregulowana jest w ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną*”.

Dodatkowo, zdaniem OPL w przypadku SMS2 nie można mówić o kierowaniu do klientów wysyłki o charakterze marketingowym z uwagi na społeczny charakter usługi „*Gdzie jest dziecko*”, która służy poprawie lub zapewnieniu bezpieczeństwa.

Według OPL „*postępowanie w zakresie wysyłki SMS 1 powinno zostać umorzone również z tego powodu, że w materiale dowodowym nie ma informacji, które pozwoliłyby na postawienie wniosku, że Orange nie posiadała zgód marketingowych dla numerów, do których*

została skierowana wysyłka na dzień wysyłki. Orange już w odpowiedzi na pierwsze tego typu zapytanie odpowiedział, że nie jest w stanie przekazać tych danych, ponieważ ich nie posiada: jednostka biznesowa odpowiedzialna za tę akcję marketingową nie przechowuje informacji archiwalnych dotyczących zrealizowanych wysyłek innych niż liczba numerów do których była kierowana wysyłka, treść SMS oraz termin wysyłki. A zatem są to jedynie informacje statystyczne zbierane o wysyłce. Oznacza to, że nie są przechowywane numery MSISDN dla tej wysyłki, co uniemożliwia przypisanie wartości zgód archiwalnych do klientów, do których była realizowana wysyłka. Orange przechowuje historie zgód klienta w systemach obsługi klienta, jednak przypisanie tych zgód jest możliwe przez odniesienie nie do konkretnej akcji wysyłkowej, a do poszczególnych numerów MSISDN. Skoro więc Orange nie przechowuje numerów MSISDN, nie mógł powiązać zgód archiwalnych z bazą do której była realizowana wysyłka W niniejszym postępowaniu Prezes UKE powinien zatem ustalić nie tylko, czy Orange prowadził wysyłkę, czy wysyłka ta spełnia przesłanki z art. 172 Pt, ale także to czy operator nie posiadał zgód na wysyłkę. Ustalenie tej ostatniej kwestii było niemożliwe z uwagi na brak danych po stronie Orange, jednak z uwagi na brak obowiązku ustawowego przechowywania tych danych nie można negatywnymi konsekwencjami z tego tytułu obciążać Orange” (w załączeniu do przedmiotowego pisma OPL przedstawiła opinię prawną, potwierdzającą powyżej stawiane tezy odnośnie rozkładu ciężaru dowodu mających zastosowanie w niniejszej sprawie)”.

W piśmie z dnia 12 grudnia 2017 r. OPL przedstawiła również argumentację wskazującą na to, że nawet stwierdzając naruszenie po stronie Orange, w sprawie zachodzą przesłanki odstąpienia od nałożenia kary. OPL w tym zakresie wskazała „Przesłanki obligatoryjnego odstąpienia od wymierzenia kary z k.p.a. [w art. 189f k.p.a.] są bardzo podobne (częściowo się pokrywają) do przesłanek fakultatywnego odstąpienia od wymierzenia kary z art. 209 ust. 1a Pt: Pt dopuszcza bowiem odstąpienie od wymierzenia kary, jeżeli podmiot zaprzestął naruszenia lub naprawił szkodę, jeżeli przemawiają za tym czas trwania, zakres lub skutki naruszenia (te trzy przesłanki są analogiczne do przesłanki znikomej wagi naruszenia z art. 189f pkt. 1 k.p.a.)”. Zdaniem OPL, skoro w Pt wskazane są przesłanki fakultatywnego odstąpienia od wymierzenia kary, to w pozostałym zakresie, tj. w zakresie przesłanek obligatoryjnego odstąpienia od nałożenia kary stosuje się przepisy k.p.a., zgodnie z art. 206 Pt w zw. z art. 189a k.p.a.

OPL wskazała, że prowadziła SMS-owe kampanie w okresie wstecznym, od którego minął już ponad rok, co przemawia za tym, że spełniona jest przesłanka zaniechania. Zdaniem OPL „o znikomej wadze naruszenia świadczy czas, zakres i skutki naruszenia, przy czym podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 209 ust. 1a Pt nie jest koniecznym spełnienie wszystkich kryterium (zakres, czas i skutki naruszenia) a wyłącznie jedno z nich (świadczy o tym użycie spójnika „lub”). „Czas trwania zarzucanego naruszenia wynosi niecałe pół roku, zaś OPL jest operatorem działającym na rynku nieprzerwanie od kilkadziesiąt lat. Z tej perspektywy, ale także obiektywnie oceniając charakter zarzucanej praktyki, czas poniżej pół roku świadczy o braku jej długotrwałości, wręcz o incydentalności. Zakres i skutki naruszenia są ze sobą powiązane. W związku z niniejszym postępowaniem Orange sprawdził skalę reklamacji klientów związanych z przedmiotem niniejszego postępowania. W ramach niniejszego postępowania Orange załączył wyniki tej analizy, a wynika z niej, że na ponad [redacted], które mogły być objęte wysyłką (z uwagi na to, że SMS GJD był wysyłany przez firmę zewnętrzną to Locon posiada wiedzę co do faktycznie zrealizowanej wysyłki), klienci złożyli reklamację wyłącznie w trzech przypadkach. A zatem wyłącznie do tych 3 przypadków można byłoby postawić tezę, że odczuli oni negatywne skutki praktyki. A zatem skutki praktyki należy ocenić jako znikome. Odnośnie samego zakresu (zarzucanego) naruszenia dodatkowo wskazuję, że również jest on nieznaczny:

- odnośnie wysyłki SMS 1 Orange nie był w stanie przekazać Prezesowi UKE danych, które pozwoliłyby organowi ustalić, czy Orange wysłał te sms posiadając odpowiednie zgody. [...]

-odnośnie wysyłki SMS GJD Prezes UKE w ramach niniejszego postępowania mógłby stwierdzić naruszenie wyłącznie w przypadku

). Jest to bardzo mała skala

zarzucanego naruszenia”.

OPL w piśmie z dnia 12 grudnia 2017 r., odniosła się także do kwestii włączenia do akt sprawy kopii decyzji administracyjnych wydanych w stosunku do Orange a nakładających kary pieniężne. OPL stwierdziła, że włączenie do akt sprawy miało formę postanowienia, a pomimo to nie zostało opatrzone pouczeniem co do możliwości jego zaskarżenia, co stanowi istotne uchybienie mogące mieć wpływ na uprawnienia strony postępowania, gdyż nie była świadoma przysługujących jej uprawnień co do możliwości kwestionowania tego postanowienia. OPL wskazała także, że Prezes UKE nie wyjaśnił, jaki wpływ na niniejszą sprawę mają włączane decyzje, tym bardziej, że część z nich została uchylona „Dziwi również, że Prezes UKE poprzestał na włączeniu wyłącznie decyzji, pomimo, że cały ogląd na kwestię ewentualnych przeszłych naruszeń Orange stwierdzonych decyzją o nałożeniu kary daje dopiero orzecznictwo dotyczące tych decyzji. Z uwagi na powyższe konieczne jest włączenie do akt sprawy również wszystkich wyroków dotyczących włączonych do akt sprawy decyzji, o co niniejszym wnioskuję”.

OPL w piśmie z dnia 12 grudnia 2017 r. poinformowała również, że „Niniejsze postępowanie może jednak nie dotyczyć całej kampanii marketingowej akcji „Gdzie jest dziecko” realizowanej za pomocą SMS, a jedynie jego wycinka. Wynika to z faktu, że w ramach kampanii „Gdzie jest dziecko” mogły być w okresie 1.10.2015 r. - 29.02.2016. wysłane różne treści SMSów - w tym SMS GJD, którego dotyczy niniejsze postępowanie. Decyzja odnośnie tego do ilu numerów była kierowana wysyłka i jakiej treści należała do Locona. W ocenie Orange sformułowanie przez Prezesa UKE pytań odnośnie wysyłki SMS1 z pominięciem pytania o pozostałe treści SMS dla Akcji Gdzie jest dziecko mogło sugerować Locon, że chodzi o wszystkie SMSy wysłane w ramach wysyłki Gdzie jest dziecko - co z uwagi na przedmiot niniejszego postępowania dawałoby błędny obraz skali zrealizowanej wysyłki SMS 1”.

W przypadku nie przychylenia się do wniosków Orange zawartych w piśmie OPL z dnia 12 grudnia 2017 r. Prezes UKE, zdaniem OPL, powinien rozważyć wymierzenia kary w minimalnej wysokości. W tym zakresie OPL wskazała, że „w niniejszym postępowaniu konieczne jest zapewnienie przez organ, że wymiar ewentualnej kary pozostawać będzie w uzasadnionej i odpowiedniej proporcji do stwierdzonego naruszenia. Niewielki zakres naruszenia art. 172 Pt, o którym mowa powyżej, musi zostać, zgodnie z zasadą proporcjonalności, odzwierciedlony w ewentualnej karze, która miałaby zostać nałożona na OPL [...] zaś proporcjonalność kary nie powinna być odnoszona wyłącznie do wysokości przychodu przedsiębiorcy” [...] Ze względu na niewielki zakres naruszenia OPL, skutkujący niską szkodliwością społeczną, jak również brak zawinienia lub brak umyślnego działania OPL, ewentualna kara pieniężna nałożona przez Prezesa UKE powinna zostać odpowiednio zmniejszona. Odnośnie zaś możliwości finansowych OPL wskazała, że jako podmiot ogólnopolski, posiadający zarówno sieć mobilną jak i stacjonarną jest zmuszona do ponoszenia znacznych obciążeń finansowych o charakterze publicznoprawnym oraz do dokonywania inwestycji w infrastrukturę (OPL wymieniła przedmiotowe inwestycje). Ponadto OPL podkreśliła, że aby móc konkurować również jakością z konkurencją musi rozwijać swoją sieć zarówno stacjonarna jak i mobilną – OPL wskazała na inwestycje tym zakresie. Zdaniem OPL skala realizowanych zobowiązań, w tym o charakterze publicznym przemawia za brakiem możliwości finansowych Orange do zapłaty kar ze strony Prezesa UKE.

Pismem z dnia 22 grudnia 2017 r. (nr GPP-2989/ES/17) OPL przedłożyła „*stanowisko w sprawie o nałożenie kary pieniężnej za naruszenie art. 172 Pt - wnioski o mediację*”. OPL wniosła o przeprowadzenie mediacji w ramach przedmiotowego postępowania w zakresie dotyczącym ustaleń mających znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Zdaniem OPL „*niniejsza sprawa, w szczególności kwestie dotyczące zakresu naruszenia czasu jego trwania i skutków - stanowiące zarówno przesłanki nałożenia kary jak i odstąpienia od niej - mogą być przedmiotem mediacji z uwagi na to, iż:*

- *kwestie te są sporne między organem administracji a Orange, zaś przepisy dopuszczają mediację między organem administracji a stroną;*
- *jest to sprawa, w której organ ma zamiar wydać decyzję na niekorzyść adresata i może się spodziewać odwołań - zgodnie z uzasadnieniem zmian do k.p.a. sprawy takie podlegają mediacji;*
- *sprawy o nałożenie kar administracyjnych nie są a priori wyłączone spod mediacji pomiędzy stroną a organem administracji: takie ograniczenie nie wynika z przepisów, zaś z uwagi na możliwość odstąpienia od nałożenia kary możemy mówić, że jest to sprawa, która leży w gestii uznania administracyjnego (co oznacza, że ma charakter mediacyjny);*
- *w niniejszej sprawie mamy skomplikowany stan faktyczny: z uwagi na obiektywny brak możliwości przekazania przez Orange danych pozwalających na ustalenie stanu faktycznego mogą istnieć problemy z ustaleniem zakresu rzekomego naruszenia, a co za tym idzie ustalenia poczynione przez Organ mogą w łatwy sposób stać się przyczynkiem do uchylecia decyzji na drodze postępowania sądowego”.*

Pismem z dnia 19 stycznia 2018 r. (nr GPP-140/ES/18) OPL przedłożyła stanowisko w sprawie. Nawiązując do pisma z dnia 12 grudnia 2017 r., OPL wskazała dodatkowo na dotychczasową praktykę Prezesa UKE. Odwołując się do protokołów kontroli przeprowadzonych przez Prezesa UKE w: Nasza S.A., Twoja Telekomunikacja sp. z o.o., Telekomunikacja Cyfrowa sp. z o.o., OPL stwierdziła, że w stosunku do żadnego z tych podmiotów nie zostały stwierdzone jakiegokolwiek naruszenia w zakresie art. 172 Pt w zw. z art. 174 Pt. Zdaniem OPL „*analogia powyższej sprawy do niniejszego postępowania wyraża się bowiem w tym, że w obu przypadkach nie było możliwe przez Prezesa ustalenie tego, czy klienci do których była kierowana komunikacja (...) wyrazili zgodę na kierowanie do nich tej komunikacji za pomocą środków komunikacji elektronicznej*”. OPL biorąc pod uwagę powyższe stwierdziła „*skoro w przypadku Nasza S.A. brak możliwości ustalenia, czy klienci do których były wykonywane telefony z ofertą marketingową wyrazili uprzednio stosowne zgody, doprowadził Prezesa UKE do braku stwierdzenia naruszeń, tym bardziej takie samo podejście powinno być zastosowane w stosunku do Orange. Zgodnie z konstytucyjnymi zasadami równości wobec prawa, niedyskryminacji i proporcjonalności podmioty znajdujące się w podobnych sytuacjach należałoby traktować w sposób tożsamy*”.

Postanowieniem z dnia 19 lutego 2018 r., znak: DK.WPA.46.36.2016.66, Prezes UKE uchylił Postanowienie z dnia 20 listopada 2017 r., znak: DK.WPA.46.36.2016.55 (zwane dalej „*Postanowieniem*”), o ograniczeniu OPL prawa wglądu do materiału dowodowego w zakresie informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 u.z.n.k., zawartych w piśmie Locon z dnia 18 września 2017 r., które zostało włączone do akt sprawy przedmiotowego postępowania postanowieniem - znak: DK.WPA.46.36.2016.53, tj. informacji dotyczących:

- wielkości wolumenów baz numerów MSISDN i dat ich przekazania przez OPL do Locon;
- dat wysłania przez Locon wiadomości SMS do bazy numerów i wielkości wolumenu wysłanych SMS.

Podsumowując uzasadnienie ww. postanowienia, Prezes UKE stwierdził, że Locon podjęła wobec treści wskazanych w sentencji Postanowienia niezbędne działania w celu zachowania ich poufności m.in. poprzez objęcie ich klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”, co oznacza spełnienie trzeciej przesłanki z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. W tym jednak przedmiotowe (zastrzeżone przez Locon) informacje są dostępne OPL i dotyczą wykonania umowy zawartej między OPL, a Locon, zatem zastrzeżenie Locon nie obejmowało zachowania poufności tychże treści wobec OPL. Mając na uwadze powyższe, Prezes UKE uznał, że dane Locon wskazane w sentencji postanowienia z dnia 19 lutego 2018 r. i zastrzeżone przez Locon jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa spełniają wszystkie przesłanki niezbędne do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a także stwierdził, że w odniesieniu do wskazanych treści przedmiotowa tajemnica przedsiębiorstwa Locon nie odnosi się do OPL. Z tego też powodu należało uchylić Postanowienie ograniczające OPL w trybie art. 74 § 2 k.p.a. prawo wglądu w akta sprawy przedmiotowego postępowania w zakresie wskazanym w przedmiotowym postanowieniu.

Postanowieniem z dnia 19 lutego 2018 r., znak: DK.WPA.46.36.2016.67, Prezes UKE włączył do akt sprawy przedmiotowego postępowania administracyjnego materiał dowodowy obejmujący kopię pisma Locon sp. z o. o. z dnia 18 września 2017 r. (pismo zostało włączone do akt sprawy wraz z załącznikami).

Postanowieniem z dnia 21 lutego 2018 r., znak: DK.WPA.46.36.2016.76, Prezes UKE działając na podstawie art. 77 § 4 i art. 78 § 1 w związku z art. 123 § 1 k.p.a., po rozpatrzeniu wniosku o włączenie do akt sprawy „wszystkich wyroków dotyczących włączonych do akt sprawy decyzji” złożonego w piśmie z dnia 12 grudnia 2017 r. przez OPL, postanowił odmówić przeprowadzenia żądanych dowodów t.j. włączenia do akt sprawy „wszystkich wyroków dotyczących włączonych do akt sprawy decyzji”. Uzasadniając ww. postanowienie Prezes UKE stwierdził, że zgodnie z art. 77 § 4 k.p.a. informacja o wyrokach (będących przedmiotem wniosku OPL) jako znana Prezesowi UKE z urzędu i zakomunikowana stronie (t.j. OPL) nie wymaga dowodu. Jednocześnie treść prawomocnych wyroków, wydawanych w toku postępowań sędowo-administracyjnych, których stroną były Telekomunikacja Polska S.A. oraz Polska Telefonia Komórkowa – Centertel sp. z o.o., znana jest również OPL, jako następcy prawnemu tych podmiotów. W związku z powyższym Prezes UKE stwierdził w ww. postanowieniu brak podstaw do przeprowadzenia dowodów z dokumentów, tj. włączenia do akt sprawy „wszystkich wyroków dotyczących włączonych do akt sprawy decyzji” w związku z tym, że wnioskowane dowody obejmują fakty znane Prezesowi UKE z urzędu, które zostały zakomunikowane OPL i nie wymagają dowodu. Prezes UKE zaznaczył jednocześnie, że z punktu widzenia ogólności sformułowania wniosku OPL (tego, iż dotyczy „wszystkich wyroków”) nie było możliwe jego rozpatrzenie poprzez ocenę zasadności włączenia do materiału dowodowego konkretnych dokumentów, których włączenia może domagać się OPL, a także nie było możliwe stosownie do art. 78 § 1 k.p.a. dokonanie oceny jakie znaczenie prawne dla sprawy miałyby mieć dowodzone okoliczności.

Pismem z dnia 26 marca 2018 r., znak: DK.WPA.46.36.2016.77, Prezes UKE wezwał OPL do przekazania, w terminie 30 dni od dnia otrzymania wezwania, danych dotyczących wielkości przychodu osiągniętego w 2017 r., niezbędnych do określenia podstawy wymiaru kary.

Pismem z dnia 3 kwietnia 2018 r., znak: DK.WPA.46.36.2016.80, w odpowiedzi na złożony pismem z dnia 22 grudnia 2017 r. (znak: GPP-2989/ES/17) na podstawie art. 96a § 1 k.p.a. wniosek o przeprowadzenie mediacji, w zakresie dotyczącym ustaleń mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, Prezes UKE poinformował Stronę o braku możliwości przeprowadzenia mediacji we wskazanym postępowaniu administracyjnym. W ocenie Prezesa UKE podniesiona przez OPL argumentacja nie ma zastosowania do postępowania administracyjnego w przedmiocie nałożenia kary przez Prezesa UKE. Uzasadniając swoje

Informacja o bonusie została zatytułowana jako „Ważna informacja dla Klientów” po to, aby zapewnić jego czytelność i widoczność i aby klienci mogli w łatwy sposób go zauważyć. Celem skorzystania z bonusu klient powinien wysłać SMS o treści wskazanej w komunikacie w terminie od 19 września 2018 do 3 października 2018 (jest to również okres, w którym komunikat będzie powieszony na stronach internetowych Orange)”. OPL w przedmiotowym piśmie zastrzegła jednocześnie, że „z uwagi na okoliczności wskazane w ramach niniejszego postępowania ustalenie tej bazy nie jest możliwe, dlatego Orange przyjął maksymalnie szerokie kryteria: w przypadku SMS z akcji „Gdzie jest dziecko” uprawnieni są nie tylko klienci, którzy mogli otrzymać SMS o treści „Rewelacyjna wiadomość BEZPŁA TNIE zobaczysz gdzie jest TERAZ Bliski. Wyślij sms (0 zł) o treści CP na 60504./14dnia darmo/Potem 6,15z VATtyg/Orange.pl”, ale też inne treści dotyczące tej usługi. Z kolei w przypadku akcji 500 MB uprawnieni są wszyscy klienci pre-paid, którzy na koniec lutego 2016 roku byli klientami Orange, gdyż pakiet 500 MB jest skierowany do klientów oferty pre-paid”. Do pisma OPL z dnia 24 września 2018 r. zostały załączone obrazy zrzutów ekranu z dnia 19 września 2018 r. potwierdzające rozpoczęcie opisywanej wyżej akcji.

OPL pismem z dnia 15 października 2018 r. (numer: GPP-ES/2954/18) przedstawiła informacje dotyczące podsumowania przeprowadzonej akcji przyznawania bonusów dla klientów. OPL poinformowała, że „z akcji mogli skorzystać klienci, do których mógł być wysłany w okresie pomiędzy 1 października 2015 roku a 29 lutego 2016 roku SMS1 i SMS2 „przy zastrzeżeniu informacji wskazanych w piśmie Orange z dnia 24 września 2018 roku odnośnie kryteriów wyselekcjonowania klientów uprawnionych do skorzystania z bonusu, co doprowadziło do objęcia bonusem bazy znacznie większej, niż bazy klientów, którzy potencjalnie mogli otrzymać smsy, których dotyczy niniejsze postępowanie. Akcja bonusowa, w szczególności dotycząca pakietu 500 MB cieszyła się popularnością, również w mediach branżowych. W dniu 26 września 2018 roku, na portalu www.telepolis.pl pojawił się artykuł informujący o możliwości skorzystania z pakietu:

<https://www.telepolis.pl/wiadomosci/tafvfv-promocie-usluQi/iesli-okolo-3-lat-temu-dostales-od-oranqe-pewnego-sms-a-teraz-mozesz-dostac-za-darmo-pakiet-500-mb>. (...) Po zakończeniu akcji (w dniu 4 października 2018) komunikaty o bonusie zostały zdjęte ze strony internetowej”. W załączeniu do ww. pisma OPL przedstawiła:

1. Zrzut ekranu z portalu branżowego www.telepolis.pl z publikacją artykułu z dnia 26.09.2018 informującego o bonusie 500 MB;
2. Zrzut ekranu ze strony <https://www.orange.pl/view/oferta-na-karte#pakietv-internetowe-obecnv-klient> aktualny na dzień 15.10.2018;
3. Zrzut ekranu ze strony <https://www.oranqe.pl/kid.4000377334.id.40Q0377368.title,Gdzie-Jest-Dziecko-.article.html> aktualny na dzień 15.10.2018”

Pismem z dnia 19 października 2018 r., znak: DK.WPA.46.36.2016.94, Prezes UKE poinformował Stronę o tym, że Prezesowi UKE znany jest z urzędu fakt, iż przychody Strony uzyskane w 2017 r. z tytułu prowadzenia działalności telekomunikacyjnej (zgodnie z danymi wykazanymi w formularzu F00 – informacja o przedsiębiorcy telekomunikacyjnym, złożonym przez Stronę do UKE) wyniosły: PLN. Prezes UKE w ww. piśmie poinformował OPL, zgodnie z art. 10 § 1 k.p.a., o możliwości zapoznania się z zebrany materiał dowodowy w sprawie, a także o możliwości ostatecznego wypowiedzenia się, co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań, w terminie 7 dni od daty otrzymania niniejszego pisma.

Pismem z dnia 26 października 2018 r. (numer: GPP-3116/ES/17) Strona przedstawiła stanowisko końcowe w niniejszej sprawie. Strona podtrzymała wniosek o umorzenie postępowania, ewentualnie o odstąpienie od wymierzenia kary, złożony w piśmie z dnia

12 grudnia 2017 r. wskazując, że przedstawiona w ww. piśmie argumentacja pozostaje aktualna również na tym etapie postępowania. Strona nawiązała również do wcześniej wskazywanej argumentacji dotyczącej „*praktyki operatorów, którzy dzwonią do klientów konkurentów nie posiadając żadnych zgód, które to działanie nie zostało ocenione przez Prezesa UKE jako naruszenie art. 172 Pt*”. Strona wskazała, że z załączonych do akt postępowania protokołów kontroli wynika, że „*Prezes UKE nie znalazł podstaw nałożenia zaleceń pokontrolnych powołując się na niemożność ustalenia stanu faktycznego tj. faktu, czy kontrolowani operatorzy dzwoniли do klientów*”. Zdaniem OPL z analogiczną mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Według OPL „*z uwagi na zasadę równego traktowania, mając na względzie wyniki kontroli Prezesa UKE dla spółek Nasza S.A., Twoja Telekomunikacja sp. z o.o., Telekomunikacja Cyfrowa sp. z o.o., niniejsze postępowanie powinno zostać umorzone*”.

OPL w piśmie z dnia 26 października 2018 r., wskazała również na kwestię relacji korespondencji z Locon do ustaleń stanu faktycznego w niniejszej sprawie. OPL stwierdziła, że „*Orange, ani Locon nie prowadził rejestru tych SMSów [SMS2] - stąd podmioty te zapytane o wolumen SMSów o konkretnej treści potraktowały zapytanie Prezesa UKE rozszerzając jako zapytanie o SMSy wysyłane w ramach akcji „Gdzie jest dziecko”. Orange zwrócił uwagę na tę nieścisłość dopiero po przeczytaniu odpowiedzi Locon. Z uwagi na charakter sprawy i precyzyjnie określony zakres postępowania, okoliczność ta powinna zostać wzięta pod uwagę przez Prezesa UKE w ramach ustaleń stanu faktycznego, w szczególności dot. ustaleń zakresu rzekomego naruszenia, prowadząc go do wniosku o konieczności umorzenia niniejszego postępowania, albo przynajmniej odstąpienia od wymierzenia kary*”.

OPL w piśmie z dnia 26 października 2018 r., wskazała także, iż chcąc rozwiązać wątpliwości Prezesa UKE co do intencji OPL postanowiła zaproponować klientom, którzy mogli otrzymać SMS o treści objętej zakresem postępowania „*bonus w postaci możliwości bezpłatnego korzystania z usług przez określony czas i okoliczność ta powinna również zostać uwzględniona w ramach niniejszej sprawy jako okoliczność przemawiająca co najmniej za odstąpieniem od wymierzenia kary*”.

Z uwagi na zawiadomienie Orange w piśmie z dnia 19 października 2018 r. o tym, iż Prezesowi znana jest z urzędu kwota przychodów z tytułu działalności telekomunikacyjnej, OPL zwróciła uwagę, że „*informacja o przychodach z działalności telekomunikacyjnej nie jest adekwatnym punktem odniesienia w ramach niniejszego postępowania, gdyż dotyczy ono wyłącznie usług detalicznych, które mogą być świadczone w ramach telefonii mobilnej. Te zaś, zgodnie ze sprawozdaniem finansowym za 2017 rok, dla 2017 roku wynosiły*”
”. Informacje powyższe potwierdza załączony do ww. pisma OPL wyciąg ze sprawozdania finansowego.

Rozpatrując sprawę Prezes UKE zważył, co następuje:

Zgodnie z art. 206 ust. 1 Pt postępowanie przed Prezesem UKE toczy się na podstawie k.p.a. ze zmianami wynikającymi z Pt oraz ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2062, z późn. zm.).

Na wstępie niniejszych rozważań wskazać należy, iż po wszczęciu niniejszego postępowania nastąpiła zmiana stanu prawnego w odniesieniu do przepisów k.p.a. Mając jednak na uwadze brzmienie art. 16 ustawy z dnia 12 maja 2017 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2017 r., poz. 935), zgodnie z którym „*do postępowań administracyjnych wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia niniejszej ustawy ostateczną decyzją lub postanowieniem stosuje się przepisy ustawy zmienianej w art. 1, w brzmieniu dotychczasowym, z tym że do tych postępowań stosuje się przepisy art. 96a-96n ustawy zmienianej w art. 1*” stwierdzić należy, iż przepisy te

nie znajdują zastosowania w niniejszym postępowaniu tj. postępowaniu wszczętym przed 1 czerwca 2017 r. z wyłączeniem przepisów art. 96a-96n k.p.a. obowiązujących w brzmieniu po 1 czerwca 2017 r.

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. Wyrażona przez abonenta lub użytkownika końcowego zgoda jako wymagana przepisem ustawy musi spełniać wymogi określone w art. 174 Pt, tj. 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.

Ustanowiony w art. 172 ust. 1 Pt zakaz używania automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego stanowi implementację do polskiego porządku prawnego postanowień art. 13 ust. 1 Dyrektywy. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny „przepisy art. 172 są konsekwencją postanowień art. 13 DP (tj. Dyrektywy) oraz obszernych wyjaśnień zawartych w punktach 40 – 45 preambuły tej dyrektywy” (S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, Warszawa 2005 str. 936). Stosownie do 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*”. Obecnie obowiązujące brzmienie art. 13 ust. 1 Dyrektywy dotyczy wszelkich automatycznych systemów wywołujących i systemów łączności bez ludzkiej ingerencji i ma zastosowanie, jak na to wskazuje motyw 67 dyrektywy 2009/136/WE z dnia 25 listopada 2009 r. (Dz. U. UE L. Nr 337, s. 11) zmieniającej Dyrektywę, nie tylko do wiadomości głosowych, ale również „*do wiadomości SMS, MMS i innych rodzajów podobnych aplikacji*”.

Powyższe informacje należy uzupełnić o uzasadnienie zmiany treści art. 172 ust. 1 Pt dokonanej przepisem art. 48 ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (t.j.: Dz. U. z 2017 r., poz. 683), którym dokonano rozszerzenia zakazu używania automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, bez uprzedniej zgody abonenta lub użytkownika końcowego, o telekomunikacyjne urządzenia końcowe, a także dodano art. 172 ust. 3 Pt, zakazujący używania środków, o których mowa w jego ust. 1, na koszt konsumenta. Zgodnie z uzasadnieniem *Rządowego projektu ustawy o prawach konsumenta* (str. 10, Druk nr 2076) zmiany te miały na celu zapewnienie transpozycji art. 10 dyrektywy 2002/65/WE, a przy okazji uzupełnienie transpozycji art. 13 dyrektywy 2002/58/WE. Zgodnie zatem z art. 10 ust. 1 dyrektywy 2002/65/WE zastosowanie automatycznych urządzeń wywołujących bez ludzkiej ingerencji (automatyczne urządzenia wywołujące) i faksów wymaga wcześniejszej zgody konsumenta. Ponadto w myśl art. 10 ust. 2 dyrektywy 2002/65/WE środki porozumiewania się na odległość inne niż określone w art. 10 ust. 1, jeśli pozwalają na indywidualne porozumiewanie się, nie są dozwolone, chyba że otrzymano zgodę konsumenta, lub mogą być stosowane wyłącznie wtedy, gdy konsument nie wyraził wyraźnego sprzeciwu. Nowelizacja uzupełnia transpozycję art. 13 Dyrektywy, który zgody abonenta lub użytkownika wymaga w przypadku używania automatycznych systemów wywołujących i systemów łączności bez ludzkiej ingerencji (automatyczne urządzenia wywołujące), faksów lub poczty elektronicznej do celów marketingu bezpośredniego (art. 13 ust. 1 Dyrektywy).

Wyjaśniając istotę wyrażonego w art. 172 ust. 1 Pt zakazu używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących, należy stwierdzić, że jest on kierowany do wszystkich, co oznacza, że każdy podmiot jest zobowiązany do jego przestrzegania. Zgodnie z ww. 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. Zatem na zakaz wyrażony w tym przepisie dotyczy:

- 1) używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych,
- 2) używania automatycznych systemów wywołujących,

w celu marketingu bezpośredniego, w przypadku, gdy abonent lub użytkownik końcowy nie wyrazi uprzednio zgody na ww. używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących. Naruszenie zakazu ustanowionego w art. 172 ust. 1 Pt, stanowi każde działanie, które będzie posiadało cechy używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, bez uprzedniego uzyskania zgody abonenta albo użytkownika końcowego. Wyrażony omawianym przepisem zakaz dotyczy zatem dwóch możliwych rodzajów działań: używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych oraz używania automatycznych systemów wywołujących, które to działania są powiązane z jednym celem w postaci prowadzenia marketingu bezpośredniego (za pomocą jednego, względnie obu ww. rodzajów działań). Zatem pierwszą przesłanką zastosowania przepisu art. 172 ust. 1 Pt jest użycie – dla celów marketingu bezpośredniego - telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących.

Przesłanką zastosowania przepisu art. 172 ust. 1 Pt może być zatem po pierwsze użycie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych. Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 43 Pt telekomunikacyjne urządzenie końcowe – jest to „*urządzenie telekomunikacyjne przeznaczone do podłączenia bezpośrednio lub pośrednio do zakończeń sieci*”. Zgodnie z definicją urządzenia telekomunikacyjnego, telekomunikacyjne urządzenie końcowe, które jest jedną z kategorii urządzeń telekomunikacyjnych (art. 2 pkt 46 Pt), jest to urządzenie elektryczne lub elektroniczne przeznaczone do zapewniania telekomunikacji.

Telekomunikacyjne urządzenie końcowe powinno być bezpośrednio lub pośrednio podłączone do sieci. Jak wskazuje się w doktrynie typowymi urządzeniami końcowymi są: telefony analogowe, telefony cyfrowe ISDN, telefaksy, analogowe i cyfrowe telefony komórkowe odbiorniki telewizyjne (S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne - Komentarz, Wyd. CH Beck, Warszawa 2013, s. 99) . Posłużenie się tym urządzeniem może być dokonane przez człowieka – będzie to wówczas np. nawiązanie indywidualnej rozmowy telefonicznej. Generowanie takiego połączenia za pomocą telekomunikacyjnego urządzenia końcowego będzie stanowiło spełnienie omawianej przesłanki zastosowania art. 172 ust. 1 Pt.

Przesłanką zastosowania przepisu art. 172 ust. 1 Pt może być także użycie automatycznych systemów wywołujących. W kwestii wyjaśnienia znaczenia tego pojęcia należy odwołać się do interpretacji przedstawionej przez prof. Stanisława Piątka, który komentując ten przepis stwierdził „*Automatycznym systemem wywołującym będzie każdy system techniczny służący do przekazywania komunikatów indywidualnym odbiorcom bez bezpośredniego udziału człowieka. Cecha automatyczności jest związana z inicjowaniem i realizowaniem przekazu za pomocą odpowiednio zaprogramowanych urządzeń przyłączonych do sieci telekomunikacyjnej. Po stronie użytkownika wywołującego występuje jedynie nadanie komunikatu, a po stronie użytkownika wywoływanego wyłącznie odbiór. Po stronie nadawcy brak jest bezpośredniego udziału człowieka w procesie komunikowania. Przepis art. 172 ust. 1 dotyczy wszelkich automatycznych systemów wywołujących, nie tylko systemów głosowych, faksowych i poczty elektronicznej. Przepis ustawy ma również zastosowanie do*

systemów generujących komunikaty SMS, MMS, komunikatorów internetowych i innych form komunikowania drogą telekomunikacyjną za pomocą głosu, tekstów, obrazów itp.”

(S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, Warszawa 2013 str. 732). Zatem automatycznym systemem wywołującym są wszelkie rozwiązania techniczne, które umożliwiają inicjowanie i realizowanie połączeń bez ludzkiej ingerencji. Oznacza to, że automatycznym systemem wywołującym, o którym mowa w art. 172 ust. 1 Pt jest system techniczny służący do przekazywania komunikatów indywidualnym odbiorcom bez bezpośredniego udziału człowieka, niezależnie od tego, czy jest to system generujący komunikaty głosowe (ang. calling machines), system generujący komunikaty SMS lub MMS, czy też systemy generujące połączenia faksowe i pocztę elektroniczną.

Kolejną przesłanką naruszenia zakazu wyrażonego w art. 172 ust. 1 Pt jest użycie ww. telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących „dla celów marketingu bezpośredniego”. Zatem zakazem określonym w art. 172 ust. 1 Pt nie jest samo używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących, lecz używanie tych urządzeń w celu, jakim jest marketing bezpośredni. W kontekście zakresu przedmiotowego pojęcia „marketing bezpośredni” zauważyć należy, że mimo, iż pojęcie nie zostało zdefiniowane w przepisach Pt, to jest ono stosowane w obowiązującym w Polsce ustawodawstwie. Jak wskazuje się w doktrynie marketing bezpośredni jest działalnością polegającą na dostarczaniu bezpośrednio klientom informacji lub propozycji dotyczących sprzedaży towarów i usług poprzez różne kanały komunikowania. Użyte przez ustawodawcę w przepisach Pt pojęcie marketingu bezpośredniego oznacza jeden z rodzajów działalności określanej jako przekaz informacji handlowej w rozumieniu ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym (t.j.: Dz. U. z 2015 r., poz. 1341) . Zgodnie z art. 2 pkt 5 ww. ustawy przekaz informacji handlowej oznacza „*usługi, których przedmiotem jest przekazywanie, w dowolnej formie, informacji służących promocji działalności gospodarczej, w szczególności reklama, marketing bezpośredni, sponsorowanie, promocja sprzedaży i inne akcje promocyjne*”. Zakres przedmiotowy tego przepisu dotyczy wszelkich usług „*których przedmiotem jest dostarczanie na rynek informacji promujących konkretną działalność gospodarczą (...) zalicza się do nich reklamę, marketing bezpośredni, sponsorowanie, promocję sprzedaży i inne akcje promocyjne*”. Zgodnie z wyraźną dyspozycją ustawodawcy wyliczenie to nie ma charakteru wyczerpującego i w związku z tym przepis należy rozumieć szeroko. Obejmuje on wszelkie działania promujące działalność gospodarczą, której dotyczą. Będą to zatem działania nakierowane na dotarcie z informacją do potencjalnych odbiorców o produktach promowanej działalności gospodarczej. Składa się na to zarówno wprowadzenie ich na rynek, jak i późniejsze ich na nim utrzymanie. Zatem pojęcie marketingu bezpośredniego oznacza działania nakierowane na dotarcie do potencjalnych odbiorców z informacją o działalności przedsiębiorcy, mające na celu promowanie tej działalności. Stosownie do brzmienia art. 172 ust. 1 Pt cel w postaci marketingu bezpośredniego będzie zatem istniał, gdy użycie automatycznych systemów wywołujących będzie polegało na przekazywaniu informacji o działalności gospodarczej określonego przedsiębiorcy do abonentów lub użytkowników końcowych, niezależnie od tego czy celem tego działania będzie promocja konkretnych usług tego przedsiębiorcy, czy też przekazywanie w sposób ogólny informacji o prowadzonej przez tego przedsiębiorcę działalności.

Zakaz określony w art. 172 ust. 1 Pt może być wyłączony przez wyrażenie zgody przez abonenta lub użytkownika końcowego na używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego. Z treści przepisu art. 172 ust. 1 Pt wynika, że zgoda musi być udzielona

przed ewentualnym użyciem automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego. Wymogi, jakim powinna odpowiadać zgoda abonenta lub użytkownika końcowego określa art. 174 Pt, który odnosi się do wszelkich sytuacji, gdy przepisy ustawy wymagają wyrażenia zgody przez abonenta lub użytkownika końcowego. Stosownie do art. 174 pkt 1 Pt ww. zgoda „nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści”. Wyrażenie zgody, o której mowa w art. 172 ust. 1 Pt stanowi zatem złożenie przez abonenta lub użytkownika końcowego oświadczenia woli o określonej treści. Dokonując interpretacji art. 174 pkt 1 Pt należy odwołać się do znaczenia pojęć „zgody dorozumianej” i zgody „domniemanej”. Zgodnie ze stanowiskiem prof. S. Piątka „zgoda (o której mowa w art. 174 Pt) musi mieć charakter wyraźny, a wszystkie jej aspekty muszą być jasne dla podpisującego w momencie jej wyrażenia. Czynności tej nie konwalidują późniejsze działania podmiotu zobowiązanego do uzyskania zgody na przetwarzanie danych, możliwość zgłaszania zastrzeżeń dotyczących przetwarzania danych. Zakaz wyprowadzania zgody z innych oświadczeń woli dotyczy w szczególności oświadczeń woli w sprawie zawarcia umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, nabycia urządzenia końcowego, udziału w promocji itp. Oświadczenie woli musi mieć odrębny, wyraźny charakter, choć może być zamieszczone w dokumencie zawierającym również inne oświadczenia woli abonenta lub użytkownika końcowego. [...] Nie powinien w tej sprawie odsyłać do innych dokumentów, reklam, prospektów. Zgoda nie może być wyrażona *per facta concludentia*, w sposób „milczący” lub inne pasywne działanie (J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Ochrona danych osobowych. Komentarz, Kraków 2004, s. 416—419*). Zgoda nie może być wyprowadzana z faktu korzystania z usługi”. Zatem udzielona przez abonenta lub użytkownika końcowego zgoda, o której mowa w art. 174 pkt 1 Pt nie może być w jakikolwiek sposób domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści. Zgoda abonenta lub użytkownika końcowego powinna zatem stanowić odrębne i wyraźne oświadczenie woli, a wszystkie jej aspekty muszą być jasne dla podpisującego w momencie jej wyrażenia. Oznacza to w szczególności, że zgoda, o której mowa w art. 174 pkt 1 Pt nie może odsyłać w swej treści do innych dokumentów (np. regulaminów, reklam) celem doprecyzowania jej treści oraz, że nie może być złożona w sposób milczący lub przez inne dorozumiane działania abonenta lub użytkownika końcowego.

Ponadto zgodnie z art. 174 pkt 2 Pt zgoda „może być wyrażona drogą elektroniczną, pod warunkiem jej utrwalenia i potwierdzenia przez użytkownika”. Wymóg utrwalenia zgody przekazanej drogą elektroniczną obciąża podmiot zobowiązany do jej uzyskania. Wymaga to zarejestrowania przez podmiot zobowiązany do uzyskania zgody w odpowiedni sposób aktu wyrażenia zgody. Niewątpliwie wskazany przepis doprecyzowuje i uzupełnia wyrażony w art. 172 ust. 1 Pt obowiązek. Oba przepisy wskazują, że w związku z działaniami użytkownika (wyrażenie zgody, potwierdzenie zgody) po stronie dostawcy usługi pojawia się obowiązek uzyskania i jednocześnie utrwalenia przedmiotowych zgód, który to obowiązek faktycznie będzie wiązał się z koniecznością posiadania tych zgód (celem wykazania zadośćuczynienia temu obowiązkowi). Skorzystanie przez dostawcę usług z wynikającego z udzielonej zgody uprawnienia jest zatem uzależnione od posiadania utrwalonej zgody użytkownika. Fakt posiadania zgód (oświadczeń woli lub utrwalonych zgód wyrażonych drogą elektroniczną) przez podmiot używający telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących w celu marketingu bezpośredniego, ma zasadnicze znaczenie dla oceny przestrzegania przez ten podmiot art. 172 ust. 1 Pt w związku z art. 174 Pt. W razie zatem ustalenia przez organ (Prezesa UKE), iż doszło do użycia telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących w celu marketingu bezpośredniego, podmiot, który tego dokonał, zobowiązany jest wykazać, iż działał w warunkach wyłączających zakaz wyrażony w art. 172 ust. 1 Pt, tj. posiadał przedmiotowe

zgody spełniające wymagania określone w art. 174 Pt, aktualne na dzień użycia ww. urządzeń lub systemów.

Zgodnie natomiast z art. 174 pkt 3 Pt przedmiotowa zgoda „może być wycofana w każdym czasie, w sposób prosty i wolny od opłat”.

Niewypełnienie obowiązku uzyskania zgody abonenta lub użytkownika na używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, o którym mowa w art. 172 ust. 1 Pt stanowi podstawę do nałożenia przez Prezesa UKE kary pieniężnej, ponieważ 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”.

Na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego oraz biorąc pod uwagę omówione wyżej podstawy prawne, Prezes UKE stwierdził co następuje.

I.

Użycie w stosunku do abonentów lub użytkowników końcowych automatycznych systemów wywołujących polegające na wysłaniu wiadomości SMS1 celem przedstawienia oferty marketingowej.

Prezes UKE na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego ustalił następujące okoliczności stanu faktycznego sprawy:

- OPL w okresie od 1 października 2015 r. do 29 lutego 2016 r. wysłała wiadomość SMS1 do bazy obejmującej _____ należących do abonentów i użytkowników końcowych OPL;
- Prezes UKE przyjął za prawdziwe informacje OPL zawarte w piśmie z dnia 13 maja 2016 r., iż proces wysyłki dla SMS1 polegał na wygenerowaniu bazy klientów, do której miałyby zostać wysłane SMS-y, następnie do tej bazy został wysłany uprzednio przygotowany SMS1 – z systemów OPL;
- OPL zbiera odrębne zgody: a) zgodę o treści: „Zgoda na przesyłanie do mnie informacji handlowych dotyczących Orange Polska S.A. środkami komunikacji elektronicznej”, b) zgodę o treści: „Zgoda na używanie przez Orange Polska S.A. automatycznych systemów wywołujących w celach marketingowych”; c) zgodę o treści: „Wyrażam zgodę na kontakt na numery telefoniczne dostępne Orange Polska S.A. w celu przedstawienia oferty Orange”;
- Prezes UKE przyjął za prawdziwe informacje OPL zawarte w piśmie z dnia 13 maja 2016 r., iż OPL nie posiada obecnie liczby wymienionych powyżej zgód w odniesieniu do liczby wysłanych komunikatów (SMS1 i SMS2), a weryfikacja posiadanej zgody jest możliwa w odniesieniu do pojedynczych numerów MSISDN;
- OPL pomimo wezwań Prezesa UKE: z dnia 24 marca 2016 r., 6 lipca 2016 r., 4 stycznia 2017 r., 19 kwietnia 2017 r., 17 sierpnia 2017 r. i 21 września 2017 r.; nie przedstawiła informacji o liczbie i treści zgód w odniesieniu do liczby wysłanych komunikatów SMS1, OPL wskazała, że nie przechowuje numerów MSISDN dla wysyłki SMS1; wysyłka o treści SMS1 była realizowana przez jednostkę, która nie przechowuje danych dotyczących tej wysyłki innych niż ilość wysyłanych SMS, treść SMS oraz w jakich dniach wysyłka była organizowana, ze względu na brak znaczenia biznesowego przechowywania takich danych oraz oszczędność miejsca na serwerach;
- OPL wysłała na numer _____ abonenta Pana _____, wiadomość SMS1 nie posiadając zgody tego abonenta na używanie telekomunikacyjnych urządzeń

końcowych i automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego („Komunikaty SMS, na których otrzymywanie Pan [imię] [nazwisko] oskarżył się Prezesowi UKE pismem z dnia 12 lutego 2016 roku [tj. SMS1 i SMS2] zostały wysłane na numer [numer]” (pismo OPL z dnia 28 września 2016 r.); „numer [numer] został przekazany firmie Locon w dniu 28 października 2015 roku. Na ten dzień w systemie obsługi klienta dla tego numeru nie było danych dotyczących posiadanych przez klienta zgód na wysyłanie SMS” (zgodnie z wyjaśnieniami OPL w piśmie z dnia 6 lutego 2017 r.).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Prezes UKE stwierdził, że OPL wysłała do [imię] [nazwisko] abonentów i użytkowników końcowych OPL wiadomość SMS1 przy pomocy automatycznego systemu wywołującego. Wygenerowanie liczby wiadomości SMS nastąpiło bowiem przy wykorzystaniu „systemów OPL”, a biorąc pod uwagę liczbę wysłanych wiadomości uzasadnione było stwierdzenie, iż proces wysyłki tej liczby wiadomości odbył się przy użyciu urządzeń automatycznych - systemu technicznego służącego do przekazywania komunikatów indywidualnym odbiorcom bez bezpośredniego udziału człowieka. Należy dodatkowo zauważyć, że nawet w przypadku uznania, że OPL dokonywała wysyłki wiadomości SMS1 za pomocą telekomunikacyjnych urządzeń końcowych – to również spełnione byłyby przesłanki zakazu wyrażonego w art. 172 ust. 1 Pt.

Celem stwierdzenia, czy w stanie faktycznym sprawy będzie miał zastosowanie art. 172 ust. 1 Pt, należy dodatkowo stwierdzić, czy automatyczne systemy wywołujące zostały użyte w celu marketingu bezpośredniego. Treść SMS1 („Nowy pakiet internetowy 500MB za 5zł na 30 dni jest już dostępny. Aby go włączyć, wyślij SMS o treści NET5 pod numer 260 (20gr) i surfuj więcej niż dotychczas!”) była informacją o usłudze świadczonej w sieci OPL i stanowiła zachętę do odpłatnego skorzystania z tej usługi. SMS1 miał na celu bezpośrednio dotarcie do abonenta lub użytkownika końcowego i przekazanie mu informacji produktach promowanej działalności gospodarczej prowadzonej przez OPL. Przywołując przedstawione już wcześniej wyjaśnienia dotyczące rozumienia sformułowania „marketingu bezpośredniego”, które oznacza działania nakierowane na dotarcie do potencjalnych odbiorców z informacją o działalności przedsiębiorcy mające na celu promowanie tej działalności, należy zauważyć, że przedstawianie oferty świadczenia konkretnej usługi (przyznania możliwości korzystania z pakietu 500MB danych), informowanie o jej warunkach i zachęcanie do skorzystania z niej konkretnych osób (wybranych użytkowników, do których informacja SMS1 była wysyłana) stanowi marketing bezpośredni. W związku z powyższym treść SMS1 świadczy o tym, że była to wiadomość wysłana w celu marketingu bezpośredniego odpłatnej usługi świadczonej przez OPL.

Celem wyłączenia wyrażonego w art. 172 ust. 1 Pt zakazu używania automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego OPL w opisanym stanie faktycznym powinna dysponować uprzednio udzieloną zgodą każdego z abonentów lub użytkowników końcowych, do których realizowana była wysyłka wiadomości SMS1. Przedmiotowe zgody powinny być udzielone w formie i na warunkach określonych w art. 174 Pt.

Niewykazanie faktu posiadania przedmiotowych zgód przez OPL w toku postępowania i przed jego wszczęciem, wobec stwierdzonego w toku postępowania i przyznanego przez OPL faktu wysłania wiadomości SMS1 do [imię] [nazwisko] abonentów lub użytkowników końcowych skutkuje stwierdzeniem naruszenia zakazu wyrażonego w art. 172 ust. 1 Pt. Jak już bowiem wyżej wskazano, w razie ustalenia przez organ (Prezesa UKE), iż doszło do użycia telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących w celu marketingu bezpośredniego, podmiot, który tego dokonał, zobowiązany jest wykazać, iż działał w warunkach wyłączających zakaz wyrażony w art. 172

ust. 1 Pt, tj. iż uzyskał i posiadał przedmiotowe zgody spełniające wymagania określone w art. 174 Pt, aktualne na dzień użycia ww. urządzeń i systemów.

Powyższe oznacza, że na OPL spoczywał obowiązek przedstawienia posiadanych zgód abonentów lub użytkowników końcowych na skierowanie do nich zakazanej zgodnie z art. 172 ust. 1 Pt komunikacji. Stanowisko to znajduje oparcie w utrwalonym orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego, zgodnie z którym: *rozkład ciężaru dowodu jest kwestią materialnoprawną. Innymi słowy, rozkład ciężaru dowodu wynika zasadniczo z przepisu prawa materialnego, który organ administracji publicznej ma obowiązek zastosować w sprawie (art. 6 KPA). Nie wchodzi więc tutaj w grę potrzeba odwoływania się do art. 6 KC. Może zatem zaistnieć sytuacja, iż w świetle przepisu prawa materialnego udowodnienie określonej okoliczności faktycznej obciąża stronę postępowania, nie zaś organ, tym niemniej nie zwalnia to organu od jego powinności podjęcia wszelkich kroków niezbędnych do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego, wyczerpującego zebrania, rozpatrzenia, całego materiału dowodowego sprawy i oceny przedstawionych w sprawie dowodów (art. 7, art. 77 § 1 i art. 80 KPA). Nie można się także zgodzić ze stanowiskiem zajęтым w zaskarżonym wyroku, według którego w postępowaniu administracyjnym ciężar dowodu na mocy art. 77 KPA obciąża organ administracyjny. Kwestia rozkładu ciężaru dowodu, jak to już wskazano, jest zagadnieniem materialnoprawnym, zaś przepis art. 77 § 1 KPA ma charakter normy prawa procesowego, nie zaś materialnoprawnego (patrz: wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 2 czerwca 2009 r., II GSK 989/08, jak również liczne orzeczenia cytujące, w tym również na gruncie przepisów Ordynacji podatkowej - wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 25 maja 2010 r. I GSK 831/09).*

W przedmiotowej sprawie przepisem materialnoprawnym, określającym obowiązek leżący po stronie przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, w postaci zakazu wysyłania smsów o charakterze marketingowym przy pomocy automatycznych systemów wywołujących jest art. 172 ust. 1 Pt. Przepis ten określa dwie łączne przesłanki odpowiedzialności przedsiębiorcy telekomunikacyjnego: 1) używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących 2) dla celów marketingu bezpośredniego. Trzecia przesłanka stanowi natomiast okoliczność wyłączającą odpowiedzialność, w postaci uprzedniego otrzymania zgody na wysyłkę od użytkownika końcowego. W myśl przytoczonego orzeczenia NSA, udowodnienie pierwszych dwóch przesłanek, dotyczących odpowiedzialności przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, obciąża organ, zaś udowodnienie przesłanki trzeciej (okoliczności wyłączającej odpowiedzialność), obciąża przedsiębiorcę telekomunikacyjnego (gdyż to on wywodzi skutki prawne wynikające z tego przepisu i to jemu znane są informacje na temat posiadanych zgód). Samoistny przepis art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt nie statuuje bowiem żadnego obowiązku, ani prawa, po stronie przedsiębiorcy telekomunikacyjnego (nie ma zatem charakteru przepisu materialnoprawnego), tylko upoważnia Prezesa UKE do nałożenia kary za naruszenie wskazanego w nim innego przepisu o charakterze materialnoprawnym (w przedmiotowym przypadku art. 172 ust. 1 Pt).

Powyższą argumentację potwierdza także NSA w wyroku z dnia 5 marca 2015 r., II GSK 188/14, w którym podniósł, że *ciężar wykazania okoliczności - objętych hipotezą art. 29 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o czasie pracy kierowców (Dz.U. Nr 92, poz. 879 ze zm.) oraz art. 13 ust. 1 lit. b rozporządzenia (WE) nr 561/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 marca 2006 r. w sprawie harmonizacji niektórych przepisów socjalnych odnoszących się do transportu drogowego oraz zmieniającego rozporządzenie Rady (EWG) nr 3821/85 i (WE) 2135/98, jak również uchylającego rozporządzenie Rady (EWG) nr 3820/85 (Dz.Ur.UE.L z 2006 r. Nr 102, poz. 1 ze zm.) - obciąża przedsiębiorcę, gdyż to on wywodzi skutki prawne wynikające z tych przepisów i to jemu znane są okoliczności, które pozwoliłyby zastosować wyłączenie m.in. z obowiązku zachowania przerw w prowadzeniu pojazdu oraz*

dziennego i tygodniowego okresu wypoczynku. Wprawdzie w postępowaniu administracyjnym to na organie spoczywa ciężar udowodnienia faktów istotnych dla rozstrzygnięcia, jednakże na stronie ciąży obowiązek współdziałania z organem i przedstawienia konkretnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, zwłaszcza gdy postępowanie zmierza do nałożenia na nią obowiązków, a nieudowodnienie konkretnego faktu może prowadzić do wydania decyzji dla niej niekorzystnej. A zatem NSA stanął na stanowisku, że pojawienie się wątpliwości co do zaistnienia określonych okoliczności wyłączających odpowiedzialność strony za niezrealizowanie jakiegoś ustanowionego prawem obowiązku nie skutkuje rozstrzygnięciem tych wątpliwości na korzyść strony, gdyż przeprowadzenie dowodu na tę okoliczność z oczywistych względów jest niewykonalne przy braku woli udowodnienia jej przez stronę (podobnie wywiódł NSA w wyroku z dnia 5 marca 2015 r., sygn. II GSK 989/08). Czyniłoby to z gruntu niemożliwym nałożenie kary pieniężnej na jakikolwiek podmiot, który wprost nie przyznałby, że w danej sprawie nie zachodzą okoliczności wyłączające jego odpowiedzialność. Zasady wykładni (w tym przede wszystkim wykładni celowościowej) wymagają natomiast przyjęcie założenia, że ustawodawca jest racjonalny i nie uchwała przepisów, których dyspozycji nie da się zrealizować. W związku z powyższym nieracjonalnym byłoby przyjęcie, że to na Prezesie UKE spoczywa ciężar dowodu wykazania, iż przedsiębiorca telekomunikacyjny nie posiadał wymaganych przepisem art. 172 ust. 1 Pt zgód, gdyż przy braku kooperacji ze strony przedsiębiorcy telekomunikacyjnego nigdy nie byłoby możliwym udowodnienie niezaistnienia tej przesłanki.

W przedmiotowej sprawie wysyłki SMS1 zostało wykazane, że OPL wykorzystywał automatyczne systemy wywołujące dla celów marketingowych (fakt bezsporny). Natomiast OPL w toku postępowania powołuje się na okoliczność posiadania uprzednich zgód od użytkowników końcowych na automatyczną wysyłkę smsów marketingowych, odmawiając jednocześnie ich udostępnienia Prezesowi UKE, zasłaniając się brakiem wiedzy, co do konkretnych numerów, na które smsy zostały wysłane. Prezes UKE podjął liczne próby uzyskania od OPL dowodów potwierdzających posiadanie zgód, a zatem wypełnił dyspozycję przepisów art. 7 i art. 77 k.p.a., podejmując wszelkie niezbędne czynności w celu dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego. Niemniej jednak nie istnieje środek dowodowy, który zagwarantowałby Prezesowi UKE uzyskanie informacji na temat pełnej listy numerów, na które zostały wysłane przedmiotowe smsy bez współpracy w tym zakresie ze strony OPL. Jeśli zatem przedsiębiorca nie będzie miał woli udostępnienia listy numerów, na które została przeprowadzona wysyłka smsów o charakterze marketingowym (lub z przyczyn technicznych będzie to niewykonalne), to Prezes UKE nie ma możliwości skutecznego pozyskania konkretnych zgód przypisanych do konkretnych numerów – a tym samym możliwości udowodnienia faktu posiadania przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego przedmiotowych zgód. Konstrukcja zakazu wyrażonego w art. 172 ust. 1 Pt, zgodnie z orzecnictwem NSA, nakłada ciężar udowodnienia okoliczności uzyskania zgód na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, gdyż tylko on może wykazać tę okoliczność, bowiem to w jego posiadaniu powinny znajdować się odpowiednie dowody. Ponieważ to w interesie przedsiębiorcy telekomunikacyjnego leży udowodnienie okoliczności wyłączającej jego odpowiedzialność, to sam przedsiębiorca we własnym zakresie winien był zawczasu zadbać o to, żeby móc w ewentualnym postępowaniu przed Prezesem UKE okoliczność tę udowodnić (przykładowo utrwalając i zachowując zestawienie numerów i zgód, na które dokonano wysyłki smsów, zwłaszcza w sytuacji ustawowego wymogu uzyskania zgody uprzedniej – art. 172 ust. 1 Pt).

Biorąc pod uwagę powyższe Prezes UKE, dokonując oceny stanu faktycznego sprawy nie uznał wartości dowodowej oświadczeń OPL, dotyczących posiadania przez OPL wymaganych prawem zgód abonentów i użytkowników końcowych, do których została wysłana

wiadomość SMS1, z uwagi na brak okazania przedmiotowych zgód. Pomimo bowiem wielokrotnego wzywania OPL w toku postępowania (wezwania z: 24 marca 2016 r., 6 lipca 2016 r., 4 stycznia 2017 r., 19 kwietnia 2017 r., 17 sierpnia 2017 r. i 21 września 2017 r.) oraz wobec ustawowych wymogów dotyczących konieczności posiadania przedmiotowych zgód, Strona nie była w stanie przedstawić Prezesowi UKE szczegółowych informacji o posiadanych zgodach, a nawet okazać zgód dla wszystkich losowo wybranych 50 numerów MSISDN (wezwanie Prezesa UKE z dnia 17 sierpnia 2017 r., odpowiedź OPL z dnia 5 września 2017 r.). Wobec powyższego oświadczenia OPL o posiadaniu wymaganych przez Pt zgód abonentów i użytkowników końcowych nie mogły stanowić miarodajnego dowodu na istnienie określonego stanu faktycznego (tj. faktu posiadania przez OPL wymaganych przez Pt zgód). Biorąc pod uwagę powyższe należało stwierdzić, że na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego brak jest podstaw do stwierdzenia, że wysyłka SMS1 przez OPL była przeprowadzana w warunkach wyłączających zakaz wynikający z art. 172 ust. 1 Pt, tj. w sytuacji posiadania przez OPL wymaganych przez ww. przepis uprzednich zgód abonentów lub użytkowników końcowych.

Biorąc pod uwagę powyższe, w zakresie naruszenia określonego w pkt I sentencji decyzji, Prezes UKE stwierdził, że OPL naruszyła zakaz wyrażony w art. 172 ust. 1 Pt, poprzez użycie automatycznych systemów wywołujących w stosunku do należących do abonentów i użytkowników końcowych, do których w okresie od 1 października 2015 r. do 29 lutego 2016 r. OPL wysłała wiadomość SMS1, zawierającą informację marketingową o usłudze świadczonej przez OPL, bez uprzedniego uzyskania zgody abonentów i użytkowników końcowych. Prezes UKE stwierdził, że wskazane wyżej naruszenie spełnia przesłanki zastosowania art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt, zatem OPL podlega karze pieniężnej.

II.

Użycie w stosunku do abonentów lub użytkowników końcowych automatycznych systemów wywołujących polegające na wysłaniu wiadomości SMS2 celem przedstawienia oferty marketingowej.

Prezes UKE na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego ustalił następujące okoliczności stanu faktycznego sprawy:

- w okresie od 1 października 2015 r. do 29 lutego 2016 r. na zlecenie OPL została zrealizowana wysyłka wiadomości SMS2 przez Locon do bazy obejmującej należących do abonentów i użytkowników końcowych OPL;
-

;

- proces wysyłki dla SMS2 polegał na wygenerowaniu bazy klientów, do której miałyby zostać wysłane SMS-y, następnie do tej bazy został wysłany uprzednio przygotowany SMS2 – od podmiotu, który na zlecenie OPL prowadził tę wysyłkę;
- OPL utrzymuje, że zbiera odrębne zgody: a) zgodę o treści: „Zgoda na przesyłanie do mnie informacji handlowych dotyczących Orange Polska S.A. środkami komunikacji

elektronicznej”, b) zgodę o treści: „Zgoda na używanie przez Orange Polska S.A. automatycznych systemów wywołujących w celach marketingowych”; c) zgodę o treści: „Wyrażam zgodę na kontakt na numery telefoniczne dostępne Orange Polska S.A. w celu przedstawienia oferty Orange”;

- biorąc pod uwagę dane przekazane w postaci elektronicznej w załączeniu do pisma OPL z dnia 25 lipca 2016 r. (OPL wyjaśniła bowiem, że „właściciel biznesowy odpowiedzialny za wysyłkę SMS o treści: [SMS2] przez określony czas przechowuje informacje dotyczące numerów MSISDN, które zostały przekazane firmie Locon (realizującej wysyłkę sms dla usługi „Gdzie jest dziecko”). Dzięki temu możliwe jest wygenerowanie i przekazanie większości danych żądanych przez Prezesa UKE”), dokonano następujących ustaleń:
 - dla abonentów lub użytkowników końcowych, OPL podała status aktualnie posiadanych zgód (tj. zgód aktualnych na dzień przekazania numerów Locon) – w odniesieniu do tych numerów MSISDN została podana odpowiedź „NIE” – oznaczająca brak zgody (zgodnie z wyjaśnieniami zawartymi w piśmie OPL z dnia 25 lipca 2016 r.);
 - w tych numerach zawiera się – , przekazanych przez OPL Locon, których dotyczyło wezwanie Prezesa UKE z dnia 19 kwietnia 2017 r., w odniesieniu do których OPL nie udokumentowała zgód, ani ich treści (informacje i dokumenty załączone do pisma OPL z dnia 12 maja 2017 r.);
 - dla abonentów lub użytkowników końcowych, OPL jako „Rodzaj zgody” wskazała „SMS” adekwatny dla zgody o treści „Zgoda na przesyłanie do mnie informacji handlowych dotyczących Orange Polska SA. środkami komunikacji elektronicznej”;
 - w tych numerach zawiera się – , przekazanych przez OPL Locon, których dotyczyło wezwanie Prezesa UKE z dnia 19 kwietnia 2017 r., w odniesieniu do których OPL przedstawiła posiadane zgody (kopie umów, zrzuty z ekranów) o treści wyżej przytoczonej (informacje i dokumenty załączone do pisma OPL z dnia 12 maja 2017 r.);
- Locon został przekazany również jeden numer należący do Pana , tj. numer w dniu 28 października 2015 roku „na ten dzień w systemie obsługi klienta dla tego numeru nie było danych dotyczących posiadanych przez klienta zgód na wysyłanie SMS” (zgodnie z wyjaśnieniami OPL w piśmie z dnia 6 lutego 2017 r.); ww. numer został zawarty w bazie numerów (załączonej do pisma OPL z dnia 25 lipca 2016 r.), a jako status aktualnie posiadanej zgody wskazano dla tego numeru odpowiedź „NIE” – oznaczająca brak zgody.

Przedmiotowa wiadomość SMS2 była wysyłana na zlecenie OPL przez Locon. Dowodem powyższego są informacje znajdujące się w pismach OPL znajdujących się w materiale dowodowym sprawy, a w szczególności piśmie z dnia 6 lutego 2017 r. oraz postanowienia załączonej do ww. pisma Umowy zawartej przez OPL z Locon. Zgodnie z § 2 pkt 5 Umowy

. OPL bezpośrednio

(w piśmie z dnia 25 lipca 2016 r.) potwierdziła także, że

. Przedstawiona

argumentacja pozwala uznać, że OPL decydowała o warunkach organizowania i przeprowadzania wysyłki wiadomości SMS2 do abonentów i użytkowników końcowych, których numery MSISDN przekazała bezpośrednio wykonawcy zlecenia (tj. Locon). Wszelkie czynności związane z organizacją wysyłki i samą wysyłką wiadomości SMS2 były zatem realizowane przez Locon na zlecenie i na rzecz OPL. Ustalenia powyższe potwierdza w szczególności sama treść wysyłanej wiadomości SMS2, na końcu której, jako podpis jej nadawcy widnieje nazwa OPL tj. „Orange.pl”.

W związku z powyższym należy zauważyć, że zgodnie z przepisami art. 734 i nast. ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 1025, z późn. zm., zwanej dalej „k.c.”) istota umowy zlecenia wyraża się w tym, że przyjmujący zlecenie zobowiązuje się do dokonania określonej czynności prawnej dla dającego zlecenie. Jak wyjaśnia się w literaturze przedmiotu *„zasadniczymi elementami wyodrębnionymi w definicji tej umowy są: dokonanie czynności prawnej (określonej) oraz działanie dla dającego zlecenie. Zlecenie stanowi konstrukcję umożliwiającą dokonywanie czynności prawnych przy wykorzystaniu zastępstwa. Zastępstwo to polega na dokonywaniu czynności prawnej dla innej osoby (dającego zlecenie), a tym samym może się wyrażać zarówno w działaniu w jego imieniu i z bezpośrednim skutkiem prawnym dla niego, jak i w działaniu w imieniu własnym, ale na rachunek (dla) dającego zlecenie”*. Jednocześnie, zgodnie z art. 750 k.c. przepisy o zleceniu stosuje się także do umów o świadczenie usług, które nie są uregulowane innymi przepisami. Zatem w przypadku umowy zlecenia czynności prawne dokonywane przez zleceniobiorcę wywołują bezpośrednie skutki prawne dla dającego zlecenie. Dodatkowo należy także zwrócić uwagę na to, że również niezależnie od sposobu zakwalifikowania umowy zawartej między Locon a OPL jako umowy zlecenia, przepisy k.c. formułują ogólne zasady odpowiedzialności dłużnika za inne osoby. Zgodnie z art. 474 k.c. *dłużnik odpowiedzialny jest jak za własne działanie lub zaniechanie za działania i zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonywa, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza. Przepis powyższy stosuje się także w wypadku, gdy zobowiązanie wykonywa przedstawiciel ustawowy dłużnika*. Cytowany przepis wprowadza zasadę odpowiedzialności dłużnika za osoby, które na jego rzecz uczestniczyły przy spełnieniu świadczenia. Stosownie do treści art. 474 k.c., dłużnika obciąża zachowanie innych osób działających na jego rachunek, tj. przedstawiciela ustawowego, oraz tych, przy pomocy których wykonuje on zobowiązanie lub którym wykonanie zobowiązania powierza (Kodeks cywilny. Komentarz, red. prof. dr hab. Edward Gniewek, prof. dr hab. Piotr Machnikowski, rok: 2017, Wydanie: 8, komentarz do art. 474 k.c.). Zatem niezależnie od oceny rodzaju stosunku prawnego łączącego OPL i Locon, czynności podejmowane w ramach organizacji usługi „Gdzie jest dziecko”, w toku której wysyłane były wiadomości SMS2 zgodnie z postanowieniami umowy przez zleceniobiorcę (Locon), wywoływały bezpośrednio skutki prawne dla zleceniodawcy (dłużnika), którym była OPL. Jeżeli w ramach tych czynności 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 czyli OPL.

Powyższe znalazło również potwierdzenie w treści uchwały Sądu Najwyższego - Izba 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) „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 [automatycznych systemów wywołujących] 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 PrTelekom 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 PrTelekom, 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”. W związku z powyższym należy stwierdzić, że w niniejszej sprawie OPL jest podmiotem, odpowiedzialnym za użycie automatycznych systemów wywołujących poprzez wysłanie wiadomości SMS2 w toku realizacji usługi „Gdzie jest dziecko” zgodnie z postanowieniami umowy zawartej z Locon.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Prezes UKE stwierdził, że na zlecenie OPL została wysłana wiadomość SMS2 do łącznie należących abonentów i użytkowników końcowych. Prezes UKE stwierdził, iż wysyłka SMS2 realizowana była przy użyciu automatycznego systemu wywołującego, o czym świadczy liczba wysłanych wiadomości SMS2, a także fakt, iż „

” jak przyznała OPL w piśmie z dnia 13 maja 2016 r. Ponadto na użycie automatycznych systemów wywołujących bezpośrednio wskazują postanowienia umowy, zgodnie z którą „

” (§ 3 pkt 11). Wysyłka wiadomości SMS do określonej „bazy” odbiorców (w szczególności, jeśli liczy ona ponad) świadczy, iż proces wysyłki zakłada użycie urządzeń automatycznych - systemu technicznego służącego do przekazywania komunikatów indywidualnym odbiorcom bez bezpośredniego udziału człowieka. Należy dodatkowo zauważyć, że nawet w przypadku uznania, że OPL dokonywała wysyłki wiadomości SMS2 za pomocą telekomunikacyjnych urządzeń końcowych – to również spełnione byłyby przesłanki zakazu wyrażonego w art. 172 ust. 1 Pt.

Prezes UKE rozważył także podniesioną w piśmie z dnia 11 czerwca 2018 r. (i powtórzoną w piśmie z dnia 26 października 2018 r.) okoliczność, iż

„...”, (co zostało stwierdzone w przedstawionym przez OPL stanowisku Locon z dnia 21 maja 2018 r.). Powyższe informacje stoją bezpośrednio w sprzeczności z treścią dotychczas przedstawianych stanowisk OPL i informacjami Locon (pismo z dnia 18 września 2017 r. włączone do akt sprawy), a w szczególności z precyzyjnie udzielonymi

informacjami dotyczącymi wysyłki przez Locon SMS2 o treści wskazanej w zawiadomieniu o wszczęciu postępowania z wyszczególnieniem ilości wysyłanych SMS-ów, co odpowiada ustaleniom faktycznym niniejszej decyzji w zakresie wysyłki SMS2, w szczególności w pkt. 2 sentencji. OPL informowała bowiem w toku postępowania, iż:

- „z kolei właściciel biznesowy odpowiedzialny za wysyłkę SMS o treści: „Rewelacyjna wiadomość BEZPŁATNIE zobaczysz gdzie jest TERAZ Bliski. Wyślij sms (0zł) i treść CP na 60504./14 dni za darmo/ Potem 6,15z VAT tyg/Orange.pl” przez określony czas przechowuje informacje dotyczące numerów MSISDN, które zostały przekazane firmie Locon (realizującej wysyłkę sms dla usługi „Gdzie jest dziecko”). Dzięki temu możliwe jest wygenerowanie i przekazanie większości danych żądanych przez Prezesa UKE” (pismo OPL z dnia 25 lipca 2017 r.); w załączeniu do ww. pisma OPL przedstawiła tabelę stanowiącą podstawę rozstrzygnięcia w zakresie SMS2 – lista numerów i informacje o posiadanych zgodach;
- Locon wysłała SMS o treści "Rewelacyjna..." w okresie od 11 października 2015 roku do 29 lutego 2016 roku do bazy numerów przekazanej przez OPL w określonych dniach i określonym wolumenie (Locon wyliczyła poszczególne wysyłki i ich daty oraz wolumeny numerów, do których wysyłano SMS2 – pismo Locon z dnia 18 września 2017 r.);
- „OPL wskazuje, iż w dniu 15/01/2016 na jego zlecenie był wysłany SMS o treści: „Rewelacyjna wiadomość BEZPŁATNIE zobaczysz gdzie jest TERAZ Bliski. Wyślij sms (0zł) o treści CP na 60504. 14dnia za darmo/ Potem 6,15z VAT tyg/Orange.pl”. (...) „W okresie 1/10/2015-29/02/2016 SMS-y były wysłane do następującej bazy numerów MSISDN, odpowiednio: (...) -SMS(zpkt.2) - .” (pismo OPL z dnia 13 maja 2016 r.).

Wskazany wyżej materiał dowodowy potwierdza fakt wysyłki SMS2 (o treści wskazanej w zawiadomieniu) do bazy wskazywanej w kolejnych pismach Strony i Locon znajdujących się w aktach sprawy. Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia oraz mając na uwadze, że zgodnie z art. 80 k.p.a. organ administracji publicznej ocenia na podstawie całokształtu materiału dowodowego, czy dana okoliczność została udowodniona, Prezes UKE uznał za udowodnioną okoliczność wysłania wiadomości SMS2 (o treści wskazanej w zawiadomieniu) do bazy , co zostało realizowane przez Locon w okresie od 1 października 2015 r. do 29 lutego 2016 r.

Dokonując oceny przedstawionego wyżej materiału dowodowego Prezes UKE nie uznał wiarygodności informacji OPL przedstawionych w piśmie z dnia 11 czerwca 2018 r. i powtórzonych w piśmie z dnia 26 października 2018 r. oraz oświadczenia Locon z dnia 21 maja 2018 r.

. Powyższe

stwierdzenia są sprzeczne z okolicznościami dotychczas przedstawianymi przez OPL i Locon (tj. we wskazanych wyżej pismach OPL: z dnia 25 lipca 2017 r., z dnia 13 maja 2016 r., oraz piśmie Locon z dnia 18 września 2017 r.) jednoznacznie wskazującymi na to, że wysyłka SMS2 do bazy dotyczyła wiadomości SMS o treści „Rewelacyjna wiadomość BEZPŁATNIE zobaczysz gdzie jest TERAZ Bliski. Wyślij sms (0zł) o treści CP na 60504. 14dni za darmo/ Potem 6,15z VAT tyg/Orange.pl”. Dodatkowo znajdujące się w aktach sprawy stanowiska OPL (pismo z dnia 25 lipca 2017 r.) i Locon (pismo z dnia 18 września 2017 r.) precyzyjnie wyliczające poszczególne numery MSISDN oraz wolumeny numerów, do których realizowano wysyłkę w poszczególnych dniach przeczą późniejszym twierdzeniom OPL. Powyższe, w ocenie Prezesa UKE, wyraźnie pozwala na uznanie za udowodniony fakt wysyłki SMS2 (o treści wskazanej w zawiadomieniu) do bazy i w konsekwencji konieczność odmowy wiarygodności informacji OPL o wysyłce do ww. bazy numerów SMS-ów o różnej treści.

W ocenie Prezesa UKE, wskazywanie przez OPL (pośrednio) i Locon (pisma z dnia 11 czerwca 2018 r. i 21 maja 2018 r.), iż

– stanowi, w opinii Prezesa UKE, próbę podważenia jednoznaczności dotychczas udokumentowanego stanu faktycznego w zakresie SMS2 i zdewaluowania zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego celem uniknięcia odpowiedzialności lub pomniejszenia zakresu naruszenia.

Abstrahując od poczynionych wyżej ustaleń faktycznych i oceny dowodów w zakresie wysyłki SMS2, Prezes UKE dodatkowo wskazuje, że nawet przy ewentualnym założeniu, iż wysyłka wiadomości SMS w ramach akcji „Gdzie jest dziecko” obejmowała wysyłkę

zasadnym byłoby również przyjęcie, iż przedmiotowe SMS-y jako wysyłane przy użyciu automatycznych systemów wywołujących i stanowiące informacje marketingowe o usłudze oferowanej w sieci OPL byłyby również smsami, do których zastosowanie miałyby zakaz wyrażony w art. 172 ust. 1 Pt.

Wobec powyższego rozważając całokształt zebranego materiału dowodowego Prezes UKE stwierdził, że na zlecenie OPL została wysłana wiadomość SMS2 (o treści wskazanej w zawiadomieniu) w okresie od 1 października 2015 r. do 29 lutego 2016 r., do łącznie należących do abonentów i użytkowników końcowych.

Celem stwierdzenia, czy w stanie faktycznym sprawy będzie miał zastosowanie art. 172 ust. 1 Pt, należy dodatkowo stwierdzić, czy automatyczne systemy wywołujące zostały użyte w celu marketingu bezpośredniego. Treść SMS2 stanowiła informację o usłudze świadczonej na rzecz OPL i stanowiła zachętę do odpłatnego skorzystania z tej usługi. SMS2 miał na celu bezpośrednio dotarcie do abonenta lub użytkownika końcowego i przekazanie mu informacji produktach promowanej działalności gospodarczej prowadzonej przez OPL. Przywołując w tym miejscu przedstawione już wcześniej wyjaśnienia dotyczące rozumienia sformułowania „marketingu bezpośredniego”, które oznacza działania nakierowane na dotarcie do potencjalnych odbiorców z informacją o działalności przedsiębiorcy mające na celu promowanie tej działalności, należy zauważyć, że przedstawianie oferty świadczenia płatnej (w dalszej perspektywie) usługi otrzymywania informacji o lokalizacji innych osób, informowanie o jej warunkach i zachęcanie do skorzystania z niej konkretnych osób (wybranych użytkowników, do których informacja SMS2 była wysyłana) stanowi marketing bezpośredni. W związku z powyższym treść SMS2 świadczy o tym, że była to wiadomość wysłana w celu marketingu bezpośredniego odpłatnej usługi świadczonej przez OPL (w treści wiadomości SMS2 została bowiem wskazana „Orange.pl”).

Celem wyłączenia wyrażonego w art. 172 ust. 1 Pt zakazu używania automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, OPL w opisanym stanie faktycznym powinna dysponować uprzednio udzieloną zgodą każdego z abonentów lub użytkowników końcowych, do których realizowana była wysyłka wiadomości SMS2. Przedmiotowe zgody powinny być udzielone w formie i na warunkach określonych w art. 174 Pt. Analiza przedstawionych przez Stronę w toku postępowania informacji odnośnie stanu posiadania zgód i ich treści w zakresie dotyczącym SMS2 wykazała, co następuje.

1. Jak wynika z pisma Strony z dnia 25 lipca 2016 r. oraz przesłanej w załączeniu tabeli (dotyczącej wysyłki SMS2) dla abonentów lub użytkowników końcowych, OPL podała status aktualnie posiadanych zgód (tj. zgód aktualnych na dzień przekazania numerów Locon) – w odniesieniu do tych numerów MSISDN została wpisana odpowiedź „NIE” – oznaczająca brak zgody. OPL nie posiadała zatem dla abonentów lub użytkowników końcowych zgód na używanie automatycznych systemów wywołujących lub telekomunikacyjnych urządzeń końcowych dla celów marketingu bezpośredniego.

2. Jak wynika z pisma Strony 25 lipca 2016 r. oraz przesłanej w załączeniu tabeli (dotyczącej wysyłki SMS2) dla abonentów lub użytkowników końcowych, OPL w rubryce „Rodzaj zgody” wskazała „SMS” co oznaczało posiadanie zgody o treści *„Zgoda na przesyłanie do mnie informacji handlowych dotyczących Orange Polska SA. środkami komunikacji elektronicznej”*.

Na podstawie oświadczenia Locon (pismo z dnia 18 września 2017 r.) należało stwierdzić, że

W związku z powyższym fakt posiadania zgód, o których mowa w art. 172 ust. 1 Pt, wskazywany w wyjaśnieniach OPL jako stan aktualny na dzień przekazania tych numerów firmie Locon celem realizacji umowy, był miarodajnym dla dokonania ustaleń faktycznych co do stanu posiadania zgód na dzień wysyłki na te numery wiadomości SMS2.

Dodatkowych wyjaśnień wymagają ustalenia przedstawione w pkt 2 powyżej. Zgodnie z informacjami zawartymi w pismach z dnia 13 maja 2016 r. oraz z dnia 5 września 2017 r., OPL stosowała trzy rodzaje zgód abonentów i użytkowników końcowych:

- a) *„Zgoda na przesyłanie do mnie informacji handlowych dotyczących Orange Polska S.A. środkami komunikacji elektronicznej”*,
- b) *„Zgoda na używanie przez Orange Polska S.A. automatycznych systemów wywołujących w celach marketingowych”*,
- c) *„Zgoda na kontakt na numery telefoniczne dostępne Orange Polska S.A. w celu przedstawienia oferty Orange”*.

Analizując wskazane wyżej informacje, Prezes UKE na wstępie wskazuje, że art. 172 ust. 1 Pt stawia wymóg posiadania zgody na „używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego”, a nie zgody na otrzymywanie „informacji handlowych”. Pojęcie „informacji handlowych” jest ogólne i nie jest równoznaczne ze szczegółowym określeniem zgody wynikającym z art. 172 ust. 1 Pt, która uprawnia do używania automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego.

W przypadku zgody o treści: *„Zgoda na przesyłanie do mnie informacji handlowych dotyczących Orange Polska S.A. środkami komunikacji elektronicznej”* – OPL posługując się sformułowaniem „środkami komunikacji elektronicznej”, użyła pojęcia, którego desygnaty nie odpowiadają desygnatom przesłanki ustawowej, zawartej w treści art. 172 ust. 1 Pt pod pojęciem „automatyczne systemy wywołujące”. Udzielający zgody abonent lub użytkownik końcowy nie ma wskutek tego wiedzy o tym, że kontakt z nim może być nawiązywany z wykorzystaniem systemów automatycznych (bez udziału człowieka), co stanowi istotną informację, zważywszy na stwarzaną w ten sposób możliwość wysokiej częstotliwości otrzymywania tychże informacji handlowych poprzez ich generowanie automatyczne (które jest tańsze i prostsze niż nawiązywanie bezpośrednich kontaktów dokonywane indywidualnie przez innego człowieka). Oceniając, czy pozyskiwana przez OPL zgoda na przesyłanie informacji „środkami komunikacji elektronicznej” stanowi jednocześnie zgodę na użycie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących należy odwołać się do treści przepisów ustawy z dnia 18 lipca 2002 r.

o świadczeniu usług drogą elektroniczną (tj.: Dz. U. z 2017 r., poz. 1219 z późn. zm., dalej zwanej u.s.u.d.e.). Zgodnie z art. 2 pkt 5 u.s.u.d.e. środki komunikacji elektronicznej, są to „rozwiązania techniczne, w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe, umożliwiające indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi, a w szczególności pocztę elektroniczną”. Cytowana definicja wskazuje wyraźnie na pocztę elektroniczną jako główny środek komunikacji elektronicznej, jaki należy wziąć pod uwagę. Wysłanie informacji poprzez SMS nie mieści się w zakresie definicji ustawowej pojęcia środka komunikacji elektronicznej. W związku z powyższym zgoda na użycie środków komunikacji elektronicznej nie obejmuje wysyłania wiadomości SMS przy użyciu automatycznych systemów wywołujących.

Według Prezesa UKE treść zgody, wymaganej zgodnie z art. 172 ust. 1 Pt powinna obejmować bezpośrednio wskazanie na możliwość użycia automatycznych systemów wywołujących (lub telekomunikacyjnych urządzeń końcowych). Biorąc pod uwagę fakt, iż zgodnie z art. 174 pkt 1 Pt zgoda „nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści”, a wyrażenie zgody jest złożeniem oświadczenia woli, które musi mieć charakter wyraźny, to cytowana powyżej treść oświadczenia stosowanego przez Stronę nie stanowi zgody na używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego. Zatem w stosunku do abonentów lub użytkowników końcowych, którzy udzielili zgody „na przesyłanie do mnie informacji handlowych dotyczących Orange Polska S.A. środkami komunikacji elektronicznej”, nadal działa ustanowiony w art. 172 ust. 1 Pt zakaz używania automatycznych systemów wywołujących, dla celów marketingu bezpośredniego.

Prezes UKE zwrócił uwagę, że Strona dla abonentów lub użytkowników końcowych, posiadała na dzień przekazania numerów Locon i wysyłki na te numery wiadomości SMS2, zgody o treści „Zgoda na przesyłanie do mnie informacji handlowych dotyczących Orange Polska SA. środkami komunikacji elektronicznej”. Stosowanie przez OPL zgód, których treść nie obejmuje przedmiotu zakazu, który ma uchylać, oznacza, że zakaz wyrażony w art. 172 ust. 1 Pt nie został w tym przypadku uchylony. Zatem dla abonentów lub użytkowników końcowych OPL nie posiadała zgód na używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego odpowiadających treści zakazu wyrażonego w art. 172 ust. 1 Pt i skutkujących uchYLENIEM tego zakazu.

Biorąc pod uwagę powyższe, w zakresie naruszenia określonego w pkt 2 sentencji decyzji, Prezes UKE stwierdził, że OPL naruszyła zakaz wyrażony w art. 172 ust. 1 Pt. Na zlecenie OPL została bowiem przy użyciu automatycznych systemów wywołujących wysłana wiadomość SMS2, w celu marketingu bezpośredniego, do w sumie należących do abonentów i użytkowników końcowych spośród których: w przypadku – OPL nie posiadała uprzednio wyrażonych zgód wymaganych zgodnie z art. 172 ust.1 Pt, a w przypadku posiadane przez OPL zgody, ze względu na swoją treść, nie uchylały zakazu wyrażonego w art. 172 ust. 1 Pt. Prezes UKE stwierdził, że wskazane wyżej naruszenie spełnia przesłanki zastosowania art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt, a OPL podlega karze pieniężnej.

Prezes UKE ustosunkował się poniżej do argumentacji przedstawianej przez Stronę w toku postępowania. Poniżej nie zostały powtórzone argumenty Strony, w odniesieniu do których odpowiedź i stanowisko Prezesa UKE jest zawarte w przedstawionym wyżej uzasadnieniu naruszeń stwierdzonych niniejszą decyzją.

Pismem z dnia 16 czerwca 2016 r. OPL wskazała, że przyjęta przez Prezesa UKE interpretacja pojęcia „automatyczne systemy wywołujące” zakładająca, iż obejmuje ono również systemy generujące wiadomości SMS, jest zdaniem OPL nieuprawniona i nie znajduje podstaw w wykładni literalnej oraz systemowej art. 172 ust. 1 Pt. Prezes UKE odpowiadając na powyższe, wyjaśnia, że przedstawiona już wyżej i uzasadniona w niniejszej decyzji interpretacja pojęcia „automatyczne systemy wywołujące” znajduje oparcie w przepisach prawa Unii Europejskiej (ponownie należy wskazać motyw 67 dyrektywy 2009/136/WE z dnia 25 listopada 2009 r. (Dz. U. UE L. Nr 337, s. 11) zmieniającej dyrektywę 2002/58/WE). Interpretacja przedstawiona przez Prezesa UKE nie stanowi rozszerzającej wykładni art. 172 ust. 1 Pt, ale jest oparta na literalnym brzmieniu przepisu w kontekście jego wykładni systemowej.

W piśmie z dnia 16 czerwca 2016 r. OPL podniosła także kwestę uznania SMS-ów wysłanych przez OPL jako marketing bezpośredni. OPL wskazała, że cechą marketingu bezpośredniego jest przekazywanie informacji o ofercie handlowej do starannie wybranych, pojedynczych odbiorców w celu uzyskania bezpośredniej reakcji. OPL wskazała, że informacje dotyczące obu usług (SMS1 i SMS2) były kierowane do grupy klientów, których zachowania (sposób użytkowania telefonu) nie był analizowany pod kątem sprzedaży/oferowania obu oferowanych usług. W ocenie Prezesa UKE powyższe stanowisko OPL należy uznać za nadinterpretację omawianego przepisu posługującą się przesłankami nieznanymi oparcia w przepisach Pt, a w szczególności nie wynikającymi z art. 172 ust. 1 Pt. Wyjaśnione już wyżej w niniejszej decyzji rozumienie pojęcia „marketingu bezpośredniego” nie uzasadnia bowiem włączania w definicję tego pojęcia przesłanki celowego wyboru odbiorców/adresatów. Należy wyjaśnić, że jeżeli dane działanie marketingowe zostaje skierowane do jakiegokolwiek kręgu odbiorców w taki sposób, że ma dotrzeć do indywidualnie wskazanych adresatów, to stanowi ukierunkowany i bezpośredni przekaz. Wysyłka wiadomości SMS jest natomiast, ze swej natury, działaniem ukierunkowanym na dotarcie do określonej osoby – określonej przez wskazanie jej numeru MSISDN – jest to zatem działanie bezpośrednio skierowane do określonych odbiorców. Nie jest przy tym istotne, czy wybór adresatów był oparty na przemyślanej weryfikacji ich cech, czy był to wybór przypadkowy, a ważne jest to, że działanie marketingowe było adresowane bezpośrednio do określonych adresatów (określonych poprzez wskazanie należącego do nich numeru MSISDN).

W piśmie z dnia 16 czerwca 2016 r. OPL wskazała, że ze względu na cel oraz treść przekazu, informacje przekazane klientom, za pośrednictwem kanału SMS, które są przedmiotem niniejszego postępowania mają charakter informacji neutralnej, a co więcej mają charakter społeczny - umożliwiają bowiem poinformowanie o możliwościach zapewnienia bezpieczeństwa najbliższemu (SMS2) oraz zapewnienia bezpieczeństwa ekonomicznego abonentom OPL (SMS1).

Odpowiadając na powyższe stwierdzenia, Prezes UKE wyjaśnił i uzasadnił już w niniejszej decyzji na czym polega marketingowy charakter treści wiadomości SMS1 i SMS2, podkreślając ich ukierunkowanie na oferowanie płatnych usług świadczonych przez OPL. Inne właściwości oferowanych usług (np. ich społeczny charakter) nie mają znaczenia wobec ich zasadniczej cechy, jaką jest informacja o działalności OPL, która decyduje o marketingowym celu przekazywanej wiadomości. W ocenie Prezesa UKE pojęcie marketingu bezpośredniego obejmuje nie tylko działania o charakterze sprzedażowym, ale również te, które służą dostarczaniu informacji, jeśli ich końcowym efektem jest zainteresowanie adresata ofertą przedsiębiorcy. Informacje przekazywane przez OPL spełniają zatem przesłanki uznania ich za przesyłane w celu marketingu bezpośredniego w rozumieniu art. 172 ust. 1 Pt.

Powyższe wyjaśnienia odnoszą się również do przywołanego przez OPL argumentu, jakoby przedmiotowe wiadomości miały na celu „zapewnienie bezpieczeństwa ekonomicznego abonentom OPL”. Ustosunkowując się do powyższego Prezes UKE wskazuje, że zapewnienie „kompleksowego bezpieczeństwa dla całej rodziny” nie stanowi wyjaśnienia dla oferowania przez OPL odpłatnych pakietów danych indywidualnie wskazanym klientom, które pozbawiałoby tych ofert (zawartych w SMS-ach) cechy marketingu bezpośredniego. Przypisywanie ofercie handlowej, iż ta ma zapewniać „bezpieczeństwo ekonomiczne” stanowi wyłączenie subiektywną ocenę oferenta (OPL), któremu zależy na postrzeganiu jego oferty jako korzystnej i atrakcyjnej finansowo. Zapewnienie bezpieczeństwa ekonomicznego nie jest argumentem, który wywoływałby wątpliwości co do stwierdzonego w niniejszej decyzji marketingowego charakteru SMS1 i SMS2. Pismem z dnia 28 września 2016 r., Strona wyjaśniła przyczyny wysyłki wiadomości SMS na numer MSISDN należący do Pana [redacted] wskazując, że nie doszło do skutecznego zaznaczenia sprzeciwu na otrzymywanie komunikacji dla numeru [redacted], a zaistniała sytuacja miała charakter incydentalny i wynikała ze specyficznej sytuacji, gdzie klient posiadał dwa konta abonenckie, a zażądał działań dla numeru innego niż ten, który był przypisany do konta abonenckiego, z którego było wysłane zgłoszenie. Wyjaśnienia OPL mogą świadczyć w ocenie Prezesa UKE jedynie o tym, że wysyłając wiadomości SMS1 i SMS2 na ww. numer MSISDN należący do Pana [redacted] który nie wyraził zgody, o której mowa w art. 172 ust. 1 Pt, OPL nie działała celowo, a zaistniała sytuacja mogła być wynikiem błędu po stronie OPL. Prezes UKE wskazuje, że przedstawione okoliczności nie wyłączają odpowiedzialności OPL za naruszenie, do którego doszło w opisanej sytuacji, dlatego pomimo wyjaśnienia stanu faktycznego w tym zakresie, numer MSISDN Pana [redacted] zawiera się w zakresie naruszeń stwierdzonych niniejszą decyzją.

Uzasadniając ocenę stwierdzonego stanu faktycznego sprawy w zakresie wysyłki przez OPL wiadomości SMS1 i braku możliwości wykazania przez OPL danych dotyczących wysyłki SMS1 i posiadania zgód, o których mowa w art. 172 ust. 1 Pt, Prezes UKE ustosunkował się jednocześnie do przedstawianych w tym zakresie wyjaśnień OPL dotyczących braku możliwości udzielenia szczegółowych informacji o numerach i posiadanych zgodach (zawartych m.in. w pismach z: 12 maja 2017 r., 5 września 2017 r. i 3 października 2017 r.). OPL przeprowadzając wysyłkę wiadomości SMS1 miała obowiązek posiadania zgód dla wszystkich abonentów i użytkowników końcowych numerów, do których realizowana była wysyłka. Jak wynika z przedstawionego już wyżej uzasadnienia, na OPL spoczywał ciężar udowodnienia okoliczności skutkującej wyłączeniem zakazu wyrażonego w art. 172 ust. 1 Pt. Wskazywany przez OPL brak możliwości okazania przedmiotowych zgód przy jednoczesnym spełnieniu przesłanek zastosowania zakazu wyrażonego w art. 172 ust. 1 Pt skutkuje poniesieniem przez OPL odpowiedzialności w związku z naruszeniem art. 172 ust. 1 Pt.

W piśmie z dnia 4 lipca 2017 r. OPL wskazała, iż wysyłka SMS objętych postępowaniem nie była realizowana wbrew woli klientów. OPL dokonał weryfikacji reklamacji klientów dla usług objętych postępowaniem, (a zatem SMS1 i SMS2 w okresie od października 2015 do lutego 2016), a przeprowadzona analiza wykazała, że wysyłka nie generowała skarg po stronie klientów. Wskazane wyżej okoliczności, w ocenie Prezesa UKE nie wpływają na ocenę stanu faktycznego sprawy, ani na kwalifikację prawną stwierdzonego naruszenia.

W piśmie z dnia 4 lipca 2017 r. OPL wskazała również m.in., że „istotna i świadcząca o braku cech marketingu bezpośredniego w SMS skierowanym do klientów jest również okoliczność, iż SMS jest tylko jednym z elementów szerszej akcji edukacyjno-społecznej dotyczącej bezpieczeństwa, w tym dzieci, prowadzonej przez firmę Locon, we współpracy również z operatorami komórkowymi”. Ustosunkowując się do powyższego, Prezes UKE podtrzymuje

wyżej już przedstawioną argumentację dotyczącą uznania wiadomości SMS1 i SMS2 za komunikację kierowaną w celu marketingu bezpośredniego.

Strona w piśmie dnia 5 września 2017 r. na podstawie wyników badań zrealizowanych przez firmę Kantar TNS S.A. na zlecenie OPL, wskazała, że badania te potwierdzają twierdzenia OPL, iż adekwatną zgodą z punktu widzenia niniejszego postępowania - z uwagi na to, że kanałem komunikacji był SMS - mogłaby być zarówno zgoda na przesyłanie informacji handlowych dotyczących OPL środkami komunikacji elektronicznej, jak i zgoda na używanie przez OPL automatycznych systemów wywołujących w celach marketingowych.

Ustosunkowując się do powyższej argumentacji, Prezes UKE wskazuje, iż ocena zgodności stosowanych przez OPL zgód z wymaganiami wynikającymi z art. 172 ust. 1 Pt i art. 174 Pt została dokonana we wcześniejszej części uzasadnienia niniejszej decyzji. Wyniki badania opinii publicznej stanowią w tym przypadku źródło wiedzy o sposobie postrzegania przez klientów treści stosowanych zgód, jednak nie mogą stanowić punktu odniesienia dla dokonywania kwalifikacji prawnej treści tych zgód. Należy zatem jeszcze raz podkreślić, że literalne wskazanie w treści zgody „automatycznych systemów wywołujących” ma w świetle obowiązujących przepisów znaczenie, którego w ocenie Prezesa UKE nie wolno pominąć. Brak wskazanego sformułowania w treści stosowanych zgód, pomimo wyników przedstawionych przez OPL badań, może mieć istotne znaczenie dla wyrażającego zgodę, jak również później może mieć znaczenie dla stopnia uciążliwości ewentualnie otrzymywanej komunikacji odbywającej się bez bezpośredniego udziału człowieka. Tym samym Prezes UKE podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w uzasadnieniu niniejszej decyzji, w przedmiocie oceny stosowanej przez OPL zgody.

Spółka w piśmie z dnia 13 maja 2016 r. (oraz późniejszych pismach znajdujących się w aktach sprawy) wskazywała, że posiada zgodę na kontakt na numery telefoniczne dostępne Orange Polska S.A. w celu przedstawienia oferty OPL. Według OPL jeżeli zdaniem Prezesa UKE zgodą adekwatną (oprócz zgody na komunikację środkami komunikacji elektronicznej) jest zgoda na automatyczne systemy wywołujące, to należałoby również uwzględnić status zgód dotyczących kontaktów na numery telefoniczne Orange. W odpowiedzi, podtrzymując stanowisko wyrażone w akapicie poprzedzającym, Prezes UKE zwraca uwagę na to, iż wyżej już, stwierdzono, iż „Zgoda na kontakt na numery telefoniczne dostępne Orange Polska S.A. w celu przedstawienia oferty Orange” nie wskazuje na możliwość użycia automatycznych systemów wywołujących lub telekomunikacyjnych urządzeń końcowych. Treść wskazanej zgody nie spełnia zatem, w ocenie Prezesa UKE warunków wynikających z art. 172 ust. 1 Pt i art. 174 Pt.

Pismem z dnia 12 grudnia 2017 r. OPL przedłożyła wniosek o umorzenie przedmiotowego postępowania. Prezes UKE rozważył w związku z powyższym, czy w przedmiotowej sprawie nie zostały spełnione przesłanki uzasadniające umorzenie postępowania. Zgodnie z art. 105 § 1 k.p.a. organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania, jeżeli postępowanie to z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe. Przedmiotem postępowania jest sprawa indywidualna załatwiana w drodze decyzji administracyjnej (art. 1 pkt 1 k.p.a.). Sprawa administracyjna natomiast jest zawsze konsekwencją powstania materialnego stosunku administracyjnego, czy inaczej stosunku administracyjno-prawnego (tak: NSA w wyroku z dnia 12 marca 2013 r. sygn. akt II OSK 2141/11, Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych, zwana dalej „CBOSA”). Sprawę administracyjną stanowi bowiem przewidziana w przepisach materialnego prawa administracyjnego możliwość konkretyzacji wzajemnych uprawnień i obowiązków stron stosunku administracyjno-prawnego, którymi są organ administracyjny i indywidualny podmiot niepodporządkowany organizacyjnie temu organowi (tak: NSA w wyroku z dnia 18 kwietnia 2013 r. sygn. akt II FSK 1673/11, opubl. CBOSA). A zatem bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego

należy ująć jako: brak któregoś z elementów stosunku materialno-prawnego, skutkującego tym, iż nie można załatwić sprawy przez rozstrzygnięcie jej co do istoty. Jest to orzeczenie formalne, kończące postępowanie bez jego merytorycznego rozstrzygnięcia (tak: Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 24 kwietnia 2003 r. sygn. akt: III SA 2225/01, opubl. CBOSA).

Na stosunek administracyjno-prawny składają się cztery elementy:

- podmiot stosunku,
- przedmiot stosunku,
- sfera faktów mających znaczenie dla możliwości konkretyzacji stosunku,
- sfera prawna, z której wywodzi się określony stosunek prawny (interes prawny) i który przesądza o możliwości i kształcie konkretyzacji tego stosunku.

W świetle ugruntowanego w orzecznictwie rozumienia bezprzedmiotowości brak któregoś z wymienionych powyżej elementów stosunku administracyjno-prawnego oznaczać będzie, iż postępowanie administracyjne stało się bezprzedmiotowe. W nauce przedmiotu przyjmuje się ponadto, iż: bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego może mieć różne postacie: a) obiektywną (np. uchylene podstawy prawnej do działania organu administracji publicznej w formie decyzji administracyjnej) i subiektywną (strona uznaje postępowanie wszczęte na jej żądanie za bezprzedmiotowe i składa oświadczenie o cofnięciu podania), b) podmiotową (np. śmierć strony ubiegającej się o uprawnienie osobiste) i przedmiotową (zniszczenie rzeczy, której status podlega uregulowaniu w postępowaniu administracyjnym), c) uprzednią (pierwotną - wszczęto postępowanie administracyjne w sprawie, która nie jest sprawą indywidualną w rozumieniu art. 1 pkt 1 kodeksu, np. w sprawie ustanowienia drogi koniecznej) i wtórną (następczą - np. ustaje byt prawny osoby prawnej ubiegającej się o zezwolenie), d) prawną i faktyczną (por. wyr. NSA z dnia 12 lutego 2008 r., II OSK 2042/06, niepubl.) oraz e) całkowitą i częściową (np. w trakcie postępowania uchylono podstawę wydania decyzji w zakresie jednego z uprawnień (lub obowiązków), w zakresie których toczy się postępowanie) (Komentarz do art. 105 Kodeksu postępowania administracyjnego, Łaszczyca Grzegorz, Martysz Czesław, Matan Andrzej komentarz, LEX 2010).

Stosunek administracyjno-prawny w sprawie, o której mowa w przepisie art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt w związku z art. 172 ust. 1 Pt polega na skonkretyzowaniu przez Prezesa UKE obowiązków przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, poprzez nałożenie kary pieniężnej na podmiot, który użył telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących w celu marketingu bezpośredniego nie mając jednocześnie uprzednich zgód abonentów lub użytkowników końcowych. Odnosząc powyższe ustalenia co do elementów stosunku administracyjno-prawnego do okoliczności niniejszej sprawy, Prezes UKE wskazuje, że w niniejszej sprawie nie zachodzi brak w zakresie jakiegokolwiek elementu tego stosunku. Należy bowiem wskazać, iż postępowanie toczyło się na podstawie art. 210 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt w związku z art. 172 ust. 1 i 174 Pt. Jak to już wyżej wykazano, w przedmiotowej sprawie zostały spełnione przesłanki zastosowania ww. przepisów w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy. Z okoliczności faktycznych niniejszej sprawy wynika bowiem, że Strona użyła automatycznych systemów wywołujących w celu marketingu bezpośredniego nie posiadając jednocześnie uprzednich zgód abonentów lub użytkowników końcowych, w stosunku do których to użycie nastąpiło.

W związku z powyższym przedmiotowe postępowanie nie jest bezprzedmiotowe i nie podlega umorzeniu na podstawie art. 105 § 1 k.p.a., a wniosek Strony w tym zakresie należy uznać za bezzasadny.

Odnosząc się do argumentacji Strony przemawiającej w jej ocenie za umorzeniem postępowania Prezes UKE wyjaśnia, co następuje.

OPL błędnie stwierdza, że „z uwagi na brzmienie przepisu i spójnik „i” użyty w przepisie należałoby założyć, że dyspozycję art. 172 Pt spełnia przypadek, gdy informacja marketingowa jest kierowana do klientów za pomocą techniki, która spełnia wymogi zarówno automatycznego systemu wywołującego oraz telekomunikacyjnego urządzenia końcowego”. W ocenie Prezesa UKE wyrażony omawianym przepisem zakaz dotyczy dwóch rodzajów działań: używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych oraz używania automatycznych systemów wywołujących, z których każdy może być użyty osobno dla celów marketingu bezpośredniego – zatem pierwszą przesłanką zastosowania przepisu art. 172 ust. 1 Pt jest użycie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych albo alternatywnie automatycznych systemów wywołujących. Użyty w treści przepisu spójnik „i” łączący opis dwóch rodzajów czynów będących przedmiotem ustanawianego zakazu wskazuje wyraźnie na to, że mamy do czynienia z wyliczeniem dwóch rodzajów zakazanych czynów. Podobne stanowisko prezentuje P. Litwiński, który stwierdza, iż art. 172 Pt, w brzmieniu obowiązującym od 25 grudnia 2014 r., znajduje zastosowanie do dwóch typów zachowań: 1) używania automatycznych systemów wywołujących, 2) używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych. (P. Litwiński, Artykuł 172 Prawa telekomunikacyjnego - próba wykładni, Monitor Prawniczy, rok 2015 numer 8 str. 399). Omawiany przepis nie wprowadza zatem nowego czynu, którego dokonanie wymaga łącznego użycia telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i jednocześnie automatycznych systemów wywołujących, czego niezbitym dowodem jest istota obu zachowań i terminów użytych do ich zdefiniowania. Art. 172 ust. 1 Pt w obecnym brzmieniu wymienia zatem dwa zakazy używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących w celu marketingu bezpośredniego.

OPL w piśmie z dnia 12 grudnia 2017 r. stwierdziła także, że automatyczne systemy wywołujące to jedynie systemy głosowe, a zatem SMS-y nie mogą być jako takie potraktowane. Taka interpretacja art. 172 ust. 1 Pt zdaniem Strony byłaby nieuprawniona z uwagi na wykładnię literalną, systemową oraz prounijną. Prezes UKE wyjaśnia jednak, że ustanowiony w art. 172 ust. 1 Pt zakaz używania automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego stanowi implementację do polskiego porządku prawnego postanowień art. 13 ust. 1 Dyrektywy. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny „*przepisy art. 172 są konsekwencją postanowień art. 13 DP (tj. Dyrektywy) oraz obszernych wyjaśnień zawartych w punktach 40 – 45 preambuły tej dyrektywy*” (S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, Warszawa 2005 str. 936). Stosownie do 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*”. Należy przy tym zauważyć, że obecnie obowiązujące brzmienie art. 13 ust. 1 Dyrektywy dotyczy wszelkich automatycznych systemów wywołujących i systemów łączności bez ludzkiej ingerencji i ma zastosowanie, na co wskazuje motyw 67 Dyrektywy zmieniającej,³ nie tylko do wiadomości głosowych, ale również „*do wiadomości SMS, MMS i innych rodzajów podobnych aplikacji*”.

³ Art. 13 ust. 1 Dyrektywy otrzymał ww. brzmienie w wyniku wejścia w życie, w dniu 19 grudnia 2010 r., dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/136/WE z dnia 25 listopada 2009 r. zmieniającej dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, dyrektywę 2002/58/WE dotyczącą przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 w sprawie współpracy między

Według OPL „postępowanie w zakresie wysyłki SMS 1 powinno zostać umorzone również z tego powodu, że w materiale dowodowym nie ma informacji, które pozwoliłyby na postawienie wniosku, że Orange nie posiadała zgód marketingowych dla numerów, do których została skierowana wysyłka na dzień wysyłki”. Prezes UKE wskazuje tymczasem (jak zostało to już wyżej wyjaśnione), że aby wysyłka wiadomości zakazana przez art. 172 ust. 1 Pt, do której doszło w stanie faktycznym sprawy, była dozwolona – wymagane jest posiadanie zgód abonentów lub użytkowników końcowych, których to zgód OPL nie przedstawiła.

W piśmie z dnia 12 grudnia 2017 r. OPL przedstawiła również argumentację wskazującą na to, że nawet stwierdzając naruszenie po stronie Orange, w sprawie zachodzą przesłanki odstąpienia od nałożenia kary. Prezes UKE na wstępie wskazuje, że zgodnie z art. 189f § 1 pkt 1 k.p.a. organ administracji publicznej ma obowiązek odstąpić od nałożenia kary, w sytuacji gdy: 1) naruszenie prawa ma znikomą wagę i jednocześnie strona zaprzestała naruszania prawa; 2) za to samo zachowanie prawomocną decyzją na stronę została uprzednio nałożona administracyjna kara pieniężna przez inny uprawniony organ administracji publicznej lub gdy strona została prawomocnie ukarana za wykroczenie lub wykroczenie skarbowe, lub prawomocnie skazana za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe i uprzednia kara spełnia cele, dla których miałyby być nałożona administracyjna kara pieniężna. W związku z tym należało rozważyć czy została spełniona jedna z ww. przesłanek skutkujących koniecznością odstąpienia od nałożenia kary w niniejszej sprawie. Co istotne przesłanki te nie muszą wystąpić łącznie, lecz wystarczające jest ziszczenie się chociażby jednej z nich, co wynika z zastosowania spójnika alternatywy łącznej „lub”.

Jeśli chodzi o przesłanki określone w art. 189f § 1 pkt 2 k.p.a. należy wskazać, że w niniejszej sprawie nie mogły mieć zastosowania. Po pierwsze Prezes UKE jest jedynym organem administracji uprawnionym do nakładania kar pieniężnych za naruszenie zakazu wyrażonego w art. 172 ust. 1 Pt, w związku z tym Prezes UKE stwierdził, że nie wystąpiła sytuacja uprzedniego nałożenia za to samo zachowanie prawomocną decyzją administracyjnej kary pieniężnej przez inny uprawniony organ administracji. Po drugie ww. naruszenie będące przedmiotem postępowania nie wypełnia znamion wykroczenia, przestępstwa ani też przestępstwa skarbowego. Oznacza to, że nie mogła wystąpić sytuacja, w której strona zostałaby prawomocnie ukarana za wykroczenie lub wykroczenie skarbowe, lub prawomocnie skazana za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe i uprzednia kara spełniłaby cele, dla których miałyby być nałożona administracyjna kara pieniężna. Zatem w niniejszej sprawie nie zostały spełnione przesłanki zastosowania art. 189f § 1 pkt 1 i pkt 2 k.p.a., w związku z czym Prezes UKE nie jest zobligowany do odstąpienia od nałożenia kary.

Biorąc natomiast pod uwagę przesłanki określone w art. 189f § 1 pkt 1 k.p.a. na wstępie należy zgodzić się ze stwierdzeniem Strony, iż „SMS-owe kampanie” były prowadzone w okresie, od którego minął ponad rok, co przemawia za tym, że spełniona jest przesłanka zaniechania naruszania prawa. Prezes UKE jednak nie zgadza się z wyrażoną przez Stronę oceną naruszenia jako mającego znikomą wagę. W stanie faktycznym sprawy doszło do użycia automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego bez wymaganej zgody abonenta lub użytkownika końcowego – co dotyczyło

(w przypadku SMS1) i

(w przypadku SMS2). Wskazany

zakres naruszenia, jakiego dopuściła się Strona, jednoznacznie przemawia za uznaniem również znacznej wagi tego naruszenia. Realizowanie wysyłki marketingowych wiadomości SMS na tak szeroką skalę nie jest procederem, który ma „znikomy” charakter. Warto także podkreślić, że w wyniku stwierdzonych naruszeń ucierpiały interesy abonentów

organami krajowymi odpowiedzialnymi za egzekwowanie przepisów prawa w zakresie ochrony konsumentów (Dz. U. UE L. Nr 337, s. 11), zwanej dalej „Dyrektywą zmieniającą”.

i użytkowników końcowych (w przypadku naruszenia stwierdzonego w pkt. 11 sentencji decyzji) oraz (w przypadku naruszenia stwierdzonego w pkt. 22 sentencji decyzji), poprzez zakazaną przepisem Pt ingerencję w ich prywatność i narażenie ich na uciążliwości związane z odbieraniem wiadomości SMS kierowanych do nich z użyciem automatycznych systemów wywołujących. Powyższe w ocenie Prezesa UKE wyklucza możliwość uznania wagi naruszenia jako znikomej. Tym samym nie została spełniona przesłanka odstąpienia od nałożenia kary określona w art. 189f § 1 pkt 1 k.p.a.

Ustosunkowując się do przedstawionej przez Stronę w piśmie z dnia 12 grudnia 2017 r. argumentacji mającej przemawiać za spełnieniem przesłanek odstąpienia od nałożenia kary tj. zakresu, czasu i skutków naruszenia (wymienionych w oparciu o art. 209 ust. 1a Pt), Prezes UKE stwierdził co następuje.

W myśl art. 209 ust. 1a Pt *„Kara, o której mowa w ust. 1, 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”*. Należy zwrócić uwagę, że przepis art. 209 ust. 1a Pt ustanawia zasadę, na mocy której dopuszczalność nałożenia kary pieniężnej w przypadku, w którym doszło do zaprzestania naruszania prawa lub naprawienia wyrządzonej szkody została uzależniona od tego, czy za nałożeniem kary przemawiają czas trwania, zakres lub skutki naruszenia.

W doktrynie podnosi się, że *„zgodnie z przepisem ust. 1a, dodanym w roku 2012, kara pieniężna może zostać nałożona także w przypadku, gdy podmiot zaprzestał naruszania prawa lub naprawił wyrządzoną szkodę. Taka wykładnia była przedstawiana już na gruncie wcześniejszego brzmienia art. 209. W wyroku SA w Warszawie z 20.1.2010 r. (VI ACa 779/09, Gazeta Prawna 2010, Nr 164) stwierdzono, że podstawę do nałożenia kary pieniężnej stanowi fakt stwierdzenia wystąpień naruszeń, bez względu na późniejsze usunięcie tych naruszeń. (...) Możliwe jest nakładanie kar pieniężnych o charakterze odstrasającym, za zachowania które miały miejsce przed wszczęciem postępowania”* (tak: St. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, 3. wydanie Warszawa 2013 str. 1258). Mając na uwadze treść art. 209 ust. 1a Pt należy zauważyć, że zastosowanie tego przepisu jest uzależnione od „zaprzestania naruszania prawa lub naprawienia wyrządzonej szkody”. Należało zatem ocenić, czy wymienione przesłanki zostały spełnione w przedmiotowej sprawie, a następnie celem zastosowania art. 209 ust. 1a Pt rozważyć, czy za nałożeniem kary przemawiają: czas trwania, zakres lub skutki naruszenia.

Przedmiotem postępowania w zakresie określonym w sentencji decyzji jest naruszenie, które miało miejsce w okresie od 1 października 2015 r. do 29 lutego 2016 r., co oznacza, że w zakresie przedmiotowego naruszenia doszło do spełnienia przesłanki „zaprzestania naruszenia prawa”.

Prezes UKE nie zgadza się natomiast z twierdzeniem Strony, iż o znikomej wadze naruszenia świadczy czas naruszenia, które trwało przez okres krótszy niż pół roku. Należy zwrócić uwagę na to, iż na naruszenie składało się szereg jednostkowych (choć bardzo licznych) zdarzeń, w postaci wysyłek wiadomości SMS, które miały miejsce w okresie od 1 października 2015 r. do 29 lutego 2016 r. Naruszenie miało zatem charakter ilościowy (skala naruszenia wynika z liczby wysłanych wiadomości), co wyklucza możliwość zastosowania do tego naruszenia kryterium jego czasu trwania. Podnoszony przez Stronę fakt, iż działa na rynku nieprzerwanie od kilkudziesięciu lat, nie może być brany pod uwagę jako element oceny czasu trwania naruszenia. Incydentalność jednostkowego działania polegającego na użyciu telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących, na którą wskazuje Strona, jest cechą charakterystyczną każdego

takiego działania, a zatem jest immamentną cechą działania opisanego w hipotezie normy wyrażonej w art. 172 ust. 1 Pt.

Prezes UKE nie zgadza się również ze stanowiskiem Strony, iż zakres i skutki naruszenia świadczą o jego znikomym charakterze. Według Prezesa UKE ilość reklamacji złożonych w związku z naruszeniem będącym przedmiotem niniejszego postępowania, nie może być uznana za miarodajne kryterium oceny wagi tego naruszenia. Wystąpienie skutku w postaci reklamacji lub innej formy sprzeciwu abonenta lub użytkownika końcowego, w stosunku do którego użyto automatycznych systemów wywołujących, nie stanowi przesłanki naruszenia zakazu z art. 172 ust. 1 Pt. Zarówno fakt naruszenia, jak i ocena jego skutków są niezależne od reakcji lub też stosunku podmiotów, do których użyto automatycznych systemów wywołujących. Natomiast dla Prezesa UKE nie ulega wątpliwości, że doszło przez to do naruszenia dóbr osobistych użytkowników końcowych, a w szczególności ich prawa do prywatności poprzez zmuszenie ich do odbioru niezamówionych komunikatów, na otrzymanie których nie wyrazili uprzednio zgody. Odnośnie zakresu naruszenia, wyrażona przez Stronę ocena jest niezgodna ze stwierdzonym w niniejszej decyzji stanem faktycznym. Ustalono bowiem, że użycie automatycznych systemów wywołujących miało miejsce w odniesieniu do (w przypadku SMS1) i

(w przypadku SMS2) przy braku udzielonych zgód przez abonentów lub użytkowników końcowych tych numerów. Niezrozumiałe w tym kontekście jest ustalenie przez Stronę, że naruszenie przy wysyłce SMS2 miało miejsce w stosunku do

Podsumowując powyższe, Prezes UKE stwierdził zatem, że w niniejszej sprawie nie zostały spełnione przesłanki zastosowania art. 209 ust. 1a Pt, w związku z czym Prezes UKE nie jest uprawniony do odstąpienia od nałożenia kary. Natomiast za nałożeniem kary przemawia w tym przypadku zakres naruszenia.

W piśmie z dnia 19 stycznia 2018 r. OPL odwołując się do protokołów kontroli przeprowadzonych przez Prezesa UKE w: Nasza S.A., Twoja Telekomunikacja sp. z o.o., Telekomunikacja Cyfrowa sp. z o.o., że „skoro w przypadku Nasza S.A. brak możliwości ustalenia, czy klienci do których były wykonywane telefony z ofertą marketingową wyrazili uprzednio stosowne zgody, doprowadził Prezesa UKE do braku stwierdzenia naruszeń, tym bardziej takie samo podejście powinno być zastosowane w stosunku do Orange”. Odpowiadając na powyższe Prezes UKE zauważył, że oceny Prezesa UKE wyrażane w innych postępowaniach (niezależnie od tego czy kontrolnych, czy administracyjnych) są uwarunkowane każdorazowo charakterem danej sprawy – stanem faktycznym i innymi okolicznościami, a w tym specyfiką danego rodzaju postępowania i wydawanego w jego rezultacie rozstrzygnięcia (np. czy jest to decyzja administracyjna, czy protokół kontroli). Analogia, do której odwołuje się Strona nie jest wobec powyższego dopuszczalna. Stan faktyczny stwierdzony w przywołanych przez Stronę protokołach kontroli, nie może być zatem punktem odniesienia dla ustaleń w zakresie stanu faktycznego dokonywanych w niniejszym postępowaniu.

Abstrahując od powyższego, Prezes UKE wskazuje, iż przywołane przez OPL protokoły kontroli nie stwierdzają używania automatycznych systemów wywołujących lub telekomunikacyjnych urządzeń końcowych, a co za tym idzie bez znaczenia byłaby ewentualna okoliczność braku możliwości ustalenia czy dany podmiot posiadał zgody w stosunku do określonych klientów. Dodatkowo należy zauważyć, że stwierdzenie naruszenia w toku postępowania kontrolnego skutkuje zastosowaniem trybu określonego w art. 201 Pt, który jest inny, niż ten określony w art. 209 ust. 1 Pt. Wskazane okoliczności świadczą o tym, iż przywołana przez OPL analogia do przedmiotowej sprawy jest całkowicie nieadekwatna.

Nałożenie kary pieniężnej

W niniejszej sprawie w zakresie określonym w pkt 11 i 22 sentencji decyzji zostały spełnione przesłanki zastosowania art. 209 ust. 1 i 1a Pt, w związku z czym Prezes UKE jest uprawniony do nałożenia kary pieniężnej.

Prezes UKE stwierdził, że wskazane wyżej naruszenia spełniają przesłanki zastosowania art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt, zgodnie z którym „*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], (...) podlega karze pieniężnej*”.

Przy określaniu wysokości kary pieniężnej Prezes UKE uwzględnił dyrektywy wymiaru kary pieniężnej określone w art. 210 ust. 2 Pt, tj. zakres naruszenia, dotychczasową działalność podmiotu oraz jego możliwości finansowe.

Zakres naruszenia

W doktrynie podnosi się, że „*zakres naruszenia należy ustalać z uwzględnieniem podstawowych celów ustawy*”. Cele Pt zostały określone w art. 1 ust. 2 Pt. Do celów tych należą m.in. wspieranie równoprawnej i skutecznej konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych oraz zapewnienie użytkownikom maksymalnych korzyści w zakresie różnorodności, ceny i jakości usług telekomunikacyjnych. Podkreślenia wymaga także, że celami polityki regulacyjnej prowadzonej przez Prezesa UKE zgodnie z art. 189 ust. 2 Pt jest między innymi zapewnienie ochrony konsumenta w relacjach z przedsiębiorcą telekomunikacyjnym oraz przyczynianie się do zapewnienia wysokiego poziomu ochrony danych osobowych (art. 189 ust. 2 pkt 3 lit. b i c Pt).

Realizacja celów ustawy powinna przejawiać się między innymi w podejmowanych przez organ regulacyjny decyzjach administracyjnych, w tym także decyzjach o nałożeniu kar pieniężnych, stanowiących indywidualne akty administracyjne. Powyższe rozważania odnoszą się w sposób odpowiedni do celów polityki regulacyjnej, określonych w art. 189 ust. 2 pkt 3 lit. b i c Pt. W tym zakresie należy zauważyć, jak na to słusznie zwraca się uwagę w doktrynie, że „*cele polityki regulacyjnej powinny mieć bardzo szerokie zastosowanie w praktyce administracyjnej (...) po czwarte powinny być materialnoprawną podstawą wszelkich decyzji regulacyjnych, decyzji rozstrzygających spory między przedsiębiorcami i decyzji usuwających naruszenia prawa telekomunikacyjnego podejmowanych przez Prezesa URTiP*”.

Naruszenie przepisów Pt, decyzja stwierdzone w niniejszym postępowaniu, dotyczy bezpośrednio ochrony praw abonentów i użytkowników końcowych w ich relacjach z przedsiębiorcą telekomunikacyjnym oraz ochrony ich danych osobowych rozumianej jako zapewnienie, że ich dane nie będą wykorzystywane do prowadzenia wobec nich działań określonych w art. 172 ust. 1 Pt, jeżeli nie wyrazili na takie działania zgody.

Zakres naruszenia należy rozważać w szczególności w odniesieniu do rodzaju naruszonych dóbr, uwzględniając jego intensywność oraz wartość społecznych i ekonomicznych następstw czynu objętego karą, szkody spowodowanej czynami jak również sposobu działania.

Wnikliwa i wszechstronna analiza materiału dowodowego zebranego w trakcie niniejszego postępowania administracyjnego wykazała, iż w stanie faktycznym sprawy doszło do naruszenia, którego zakres został zdefiniowany w pkt 1 i 2 sentencji decyzji.

Określając zakres naruszenia, Prezes UKE zwraca uwagę na zróżnicowanie tegoż zakresu jeśli chodzi o naruszenia stwierdzone w pkt 1 sentencji decyzji i w pkt 2 sentencji decyzji. Dokonana ocena zakresu naruszenia uwzględnia różnice w liczbie numerów MSISDN należących do abonentów lub użytkowników końcowych, których dotknęły poszczególne naruszenia stwierdzone w niniejszej decyzji.

Dokonując oceny zakresu naruszenia w odniesieniu do pkt. 1 sentencji decyzji i w pkt. 2 sentencji decyzji, Prezes UKE wziął również pod uwagę to, że wskazane w obu przypadkach zakresy numerów MSISDN mogą w całości lub części się pokrywać. Przepis art. 172 ust. 1 Pt formułuje bowiem zakaz użycia automatycznych systemów wywołujących stąd uzasadnione było potraktowanie jako naruszenia tego zakazu każdorazowego użycia automatycznych systemów wywołujących, niezależnie od tego czy miało miejsce kilkukrotnie w stosunku do tego samego abonenta lub użytkownika końcowego (który mógł być użytkownikiem więcej niż jednego numeru MSISDN uwzględnionego w bazie numerów, do których były kierowane wiadomości SMS1 lub SMS2).

Prezes UKE oceniając zakres naruszenia zwrócił uwagę także na to, iż bezpośrednią konsekwencją naruszeń stwierdzonych niniejszą decyzją, zarówno jeśli chodzi o wysyłkę SMS1, jak i SMS2, było obniżenie przewidzianego prawem stopnia ochrony praw abonentów i użytkowników końcowych w relacji z przedsiębiorcą telekomunikacyjnym. Jednocześnie nie sposób dokładnie ocenić skali uciążliwości odbierania wiadomości SMS, jaka była po stronie ich odbiorców. Sytuację, do jakiej doszło w wyniku naruszeń stwierdzonych w niniejszej decyzji, należy jednak ocenić jako naruszenie praw abonentów i użytkowników końcowych na dużą skalę, tym bardziej, że skala procederu była znaczna, gdyż objęła abonentów lub użytkowników końcowych (SMS1) i abonentów lub użytkowników końcowych (SMS2).

Dotychczasowa działalność

Dotychczasowa działalność podmiotu jest dyrektywą służącą zindywidualizowaniu wymiaru kary pieniężnej ze względu na sytuację podmiotu, który dopuścił się naruszenia. Ocena dotychczasowej działalności obejmuje szeroki zakres zjawisk, takich jak wykonywanie obowiązków ustawowych, wystąpienie naruszeń prawa, wcześniejsze kary, skala działalności. Omawiane kryterium uzależniające wymiar kary pieniężnej od dotychczasowej działalności Strony służy zatem dostosowaniu rozstrzygnięcia organu administracji od indywidualnej sytuacji podmiotu naruszającego prawo.

Prezes UKE ustalając wymiar kary pieniężnej, zgodnie z kryterium dotychczasowej działalności karanego podmiotu, zobowiązany jest zatem rozważyć całokształt okoliczności związanych z prowadzoną przez Stronę działalnością gospodarczą, uwzględniając w szczególności sposób wykonywania ustawowych obowiązków oraz fakt wystąpienia ewentualnych naruszeń w tym zakresie.

Należy także podkreślić, iż w przypadku ustalenia pozytywnego stosunku do obowiązującego porządku prawnego, wykonywania przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego obowiązków ustawowych, a także braku naruszeń i wcześniejszych kar, tj. okoliczności mających bezpośredni wpływ na wymiar kary, Prezes UKE powinien odpowiednio zmniejszyć wysokość kary pieniężnej.

Odnosząc się do powyższego wskazać należy, że przy określeniu wysokości kary pieniężnej w niniejszej sprawie Prezes UKE wziął pod uwagę dotychczasową działalność OPL ocenioną w oparciu o dane znajdujące się w posiadaniu Prezesa UKE w związku z wykonywaniem przez niego jego ustawowych zadań. Zatem przy dokonywaniu oceny dotychczasowej działalności OPL Prezes UKE uwzględnił fakt nałożenia na TP i PTK (jako poprzedników prawnych OPL) szeregu kar pieniężnych niżej wymienionymi prawomocnymi decyzjami (kopie decyzji zostały włączonego akt sprawy postanowieniem z dnia 20 listopada 2017 r., znak: DK.WPA.46.36.2016.53):

I. Decyzje nakładające kary pieniężne na TP.

1. Decyzją z dnia 27 lipca 2006 r., znak: DKE-WE-029-3/06(13) Prezes UKE, nałożył na TP karę w wysokości 1 000 000 PLN za brak realizacji wynikającego z art. 64 ust. 2 Pt obowiązku informowania użytkownika końcowego w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej korzystającego z usługi podwyższonej opłacie przed rozpoczęciem naliczania opłat, o cenie jednostki rozliczeniowej połączenia do numeru danej usługi.
2. Decyzją z dnia 22 sierpnia 2006 r., znak: DRTD-WUD-0562-5/2006(19) Prezes UKE nałożył na TP karę w wysokości 50 000 PLN za nieprzedłożenie projektu zmiany cennika świadczonych usług w zakresie promocji pn. „Telefon do planu”.
3. Decyzją z dnia 15 lutego 2007 r., znak: DRTD-WUD-079-22/06(13) Prezes UKE nałożył na TP karę w wysokości 200 000 PLN za nieprzedłożenie projektu zmiany „Cennika usługi linia cyfrowa ISDN tp świadczonej przez TP S.A. (rozwiązania dla biznesu)” w zakresie opłaty abonamentowej za profile: profit pro i biznes pro oraz „Cennika usługi Octopus ISDN świadczonej przez TP S.A.” w zakresie opłaty abonamentowej za profile w dostępie ISDN Octopus XL.
4. Decyzją z dnia 3 kwietnia 2007 r., znak: DKE-SSE-029-5/06(43) Prezes UKE nałożył na TP karę w wysokości 1 000 000 PLN za niewykonywanie decyzji Prezesa UKE z dnia 10 maja 2006 r. nr DRT-WWM-6062-9/04(226) wprowadzającej z urzędu, do stosowania przez TP ofertę ramową określającą warunki dostępu do lokalnej pętli abonenckiej poprzez dostęp do węzłów sieci telekomunikacyjnej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych, zmienionej decyzją Prezesa UKE z dnia 4 października 2006 r. nr DRT-WWM-6062-9/04(264); decyzja została zmieniona wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej „SOKiK”) z dnia 26 czerwca 2008 r., Sygn. akt XVII AmT 28/07 w ten sposób, że obniżono nałożoną na TP karę pieniężną o 20% tj. do kwoty 800.000 zł.
5. Decyzją z dnia 13 sierpnia 2007 r., znak: DKE-WPP-029-21/07(19) Prezes UKE nałożył na TP karę w wysokości 20 000 PLN za naruszenie tajemnicy telekomunikacyjnej, o której mowa w art. 159 ust. 1 pkt 1 Pt oraz niewywiązywanie się z obowiązku uzyskania zgody abonenta, o której mowa w art. 169 ust. 3 Pt, w związku z bezprawnym przetwarzaniem objętych tajemnicą telekomunikacyjną danych abonenta; decyzja została zmieniona wyrokiem SOKiK z dnia 4 grudnia 2008 r., sygn. akt XVII AmT 81/07 w ten sposób, że obniżono nałożoną na TP karę pieniężną o 50% tj. do kwoty 10.000 zł.
6. Decyzją z dnia 10 czerwca 2008 r., znak: DHRT-WKO-6042-5/07(39) Prezes UKE nałożył na TP karę w wysokości 100 000 PLN za nieprzedłożenie w terminie uzasadnienia wysokości opłat ustalonych w oparciu o ponoszone koszty na rynku 12 (dostępu szerokopasmowego); SOKiK uchylił decyzję Prezesa UKE wyrokiem z dnia 9.07.2010 r. Sąd Apelacyjny uchylił wyrok SOKiK wyrokiem z dnia 13.04.2011 r. SOKiK oddalił odwołanie TP wyrokiem z dnia 24.11.2011 r. (decyzja została zmieniona poprzez obniżenie wysokości kary do 50 000 PLN).
7. Decyzją z dnia 14 sierpnia 2008 r., znak: DKE-WPP-029-12/08(12) Prezes UKE nałożył na TP karę w wysokości 50 000 PLN za naruszenie tajemnicy telekomunikacyjnej, o której mowa w art. 159 ust. 1 pkt 1 Pt oraz niewywiązywanie się z obowiązku uzyskania zgody abonenta, o której mowa w art. 169 ust. 3 Pt.
8. Decyzją z dnia 21 października 2008 r., znak: DDRT-WUD-079-25/08(13) Prezes UKE nałożył na TP karę w wysokości 200 000 PLN za brak przedłożenia Prezesowi UKE do zatwierdzenia projektów zmian cenników: 1. Cennika usług telekomunikacyjnych tp, 2. Cennika usługi linia cyfrowa ISDN tp świadczonej przez TP (rozwiązania dla biznesu), 3. Cennika usługi Octopus ISDN świadczonej przez TP, w zakresie wprowadzenia usługi „szukam i łączę tp”. Sąd Najwyższy wyrokiem z 10.11.2010 r. uchylił decyzję Prezesa UKE. Wyrokiem z dnia 31.05.2011 r. Sąd Apelacyjny uchylił zaskarżony wyrok i przekazał

- sprawę SOKiK do ponownego rozpoznania. SOKiK wyrokiem z dnia 5.10.2012 r. oddalił odwołanie TP. Sąd Apelacyjny wyrokiem z 27.11.2013 r. oddalił apelację TP.
9. Decyzją z dnia 27 października 2008 r., znak: DKE-WPP-029-16/08(31) Prezes UKE nałożył na TP karę w wysokości 5 000 000 PLN za nieudzielenie kompletnych informacji na potrzeby przeprowadzenia przez Prezesa UKE analizy rynku świadczenia usługi dzierżawy odcinków łączy niebędących zakończeniami łączy (rynek 14); SOKiK zmniejszył karę do 50 000 zł wyrokiem z dnia 21.10.2010 r. Sąd Apelacyjny utrzymał karę w wysokości 50 000 zł wyrokiem z dnia 8.06.2011 r.
 10. Decyzją z dnia 8 grudnia 2008 r., znak: DKE-WPP-029-17/08(25) Prezes UKE nałożył na TP karę w wysokości 150 000 PLN za nieprzekazanie Prezesowi UKE dokumentów, o których mowa w art. 33 ust. 1 Pt. Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 29.06.2011 r. utrzymał karę.
 11. Decyzją z dnia 18 grudnia 2008 r., znak: DKE-WPP-029-21/08(12) Prezes UKE nałożył na TP karę w wysokości 50 000 PLN za naruszenie przepisów Pt określających zasady dozwolonego przetwarzania danych abonenta. SOKiK oddalił odwołanie TP wyrokiem z dnia 14.10.2010 r.
 12. Decyzją z dnia 2 czerwca 2010 r., znak: DKE-WPP-029-1/10(18) Prezes UKE, nałożył na TP karę w wysokości 2 000 000 PLN za niewywiązanie się z obowiązku zapewnienia bezpłatnych połączeń z numerami alarmowymi; SOKiK oddalił odwołanie TP wyrokiem z dnia 8 października 2012 r., Sąd Apelacyjny w Warszawie wyrokiem z dnia 14 czerwca 2013 r. obniżył karę pieniężną do 1 000 000 PLN, Sąd Najwyższy oddalił skargę kasacyjną wyrokiem z dnia 27 sierpnia 2014 r.

II. Decyzje nakładające kary pieniężne na PTK.

1. Decyzją z dnia 29 czerwca 2006 r., znak: DRTD-WAN-6043-4/06(26) Prezesa UKE nałożył na PTK karę w wysokości 5 000 000 PLN za udzielenie w trakcie postępowania w sprawie wyznaczenia przedsiębiorców o znaczącej pozycji rynkowej na krajowym rynku roamingu międzynarodowego w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych oraz nałożenia na tych przedsiębiorców obowiązków regulacyjnych, niespójnych i nieprawdziwych informacji (Sąd Najwyższy wyrokiem z dnia 21 października 2010 r., sygn. akt III SK 7/10, uchylił wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 kwietnia 2009 r., sygn. akt VI ACa 1342/08, zmieniający wysokość kary pieniężnej do kwoty 2 500 000 PLN. Jednakże w wyniku ponownego rozpatrzenia sprawy Sąd Apelacyjny w Warszawie prawomocnym wyrokiem z dnia 24 marca 2011 r., sygn. akt VI ACa 95/11 zmniejszył karę pieniężną do 2.500.000 PLN).
2. Decyzją z dnia 16 lipca 2007 r., znak: DKE-WPP-029-18/07(15) Prezes UKE nałożył na PTK karę w wysokości 800 000 PLN za wykorzystywanie częstotliwości bez posiadanych do tego uprawnień (kara ta została zmniejszona przez SOKiK, wyrokiem z dnia 26 listopada 2008 r., sygn. akt: XVII AmT 53/07, do 400.000 PLN).
3. Decyzją z dnia 8 sierpnia 2007 r., znak: DKE-WPP-029-22/07(12) Prezes UKE nałożył na PTK karę w wysokości 20.000 PLN za naruszenie obowiązku zachowania tajemnicy telekomunikacyjnej polegające na niedozwolonym przetwarzaniu danych abonenta (kara ta została zmniejszona przez SOKiK, wyrokiem z dnia 30 stycznia 2009 r., sygn. akt: XVII AmT 85/07, do 10 000 PLN).
4. Decyzją z dnia 5 grudnia 2007 r., znak: DKE-WPP-029-24/07(20) Prezes UKE nałożył na PTK karę w wysokości 900 000 PLN za naruszenie obowiązków informacyjnych w stosunku do użytkowników końcowych.
5. Decyzją z dnia 1 kwietnia 2008 r., znak: DKE-WPP-029-26/07(19) Prezes UKE nałożył na PTK karę w wysokości 500 000 PLN w związku z niewypełnieniem warunków zapewnienia Telefonii Dialog S.A. dostępu telekomunikacyjnego.

6. Decyzją z dnia 10 listopada 2008 r., znak: DKE-WPP-029-13/08(20) Prezes UKE nałożył na PTK karę w wysokości 340 000 PLN za wykorzystywanie częstotliwości bez posiadanych do tego uprawnień.

W związku z powyższym, biorąc pod uwagę dotychczasową działalność OPL ocenioną w oparciu o dane znajdujące się w posiadaniu Prezesa UKE, należało stwierdzić, że wskazane wyżej okoliczności przemawiały za zaostreniem wymiaru kar pieniężnych, o których mowa w pkt 1 i w pkt 2 sentencji niniejszej decyzji.

Przy ocenie dotychczasowej działalności podmiotu Prezes UKE wzięt również pod uwagę podjęte przez OPL działania w zakresie przyznania korzyści stanowiących próbę zadośćuczynienia dla abonentów i użytkowników końcowych, do których zostały wysłane SMS1 i SMS2 poprzez przyznanie im „bonusów”.

OPL w piśmie z dnia 24 września 2018 r. oraz piśmie z dnia 15 października 2018 r. poinformowała o zaproponowaniu przez OPL „bonusu dla klientów”, do których mogła zostać skierowana wysyłka SMS1 i SMS2, których dotyczy przedmiotowe postępowanie. Prezes UKE uznał, że przyznanie przez OPL abonentom i użytkownikom końcowym, do których zostały wysłane SMS1 i SMS2, „bonusów” w postaci możliwości bezpłatnego korzystania z określonych usług w sieci OPL, świadczy o podjęciu przez OPL próby aktywnego zrekompensowania negatywnych skutków naruszenia stwierdzonego niniejszą decyzją. Biorąc pod uwagę szczegóły przyznania bonusów „poszkodowanym”, czyli abonentom i użytkownikom końcowym będącym odbiorcami zakazanej komunikacji marketingowej, tj.:

- SMS1: „Klientom, którzy w okresie 1 października 2015 roku do 29 lutego 2016 roku otrzymali SMS „Nowy pakiet internetowy 500 MB na 30 dni jest już dostępny. Aby go włączyć wyślij SMS o treści NET5 pod numer 260(20gr) i surfuj więcej niż dotychczas” przysługuje możliwość bezpłatnego jednokrotnego włączenia pakietu 500 MB na 30 dni. W celu aktywowania bonusu należy wysłać SMS o treści NET5 pod numer 811 w terminie do 3 października 2018 r. Bonus przysługuje również klientom, którzy korzystają z usługi”;
- SMS2: „Klientom, którzy w okresie 1 października 2015 roku do 29 lutego 2016 roku otrzymali SMS „Rewelacyjna wiadomość BEZPŁATNIE zobaczysz gdzie jest TERAZ bliski. Wyślij sms (Ozł) o treść CP na 60504 ./14 dni za darmo/ potem 6,15 z VAT tyg / Orange.pl” przysługuje możliwość korzystania z usługi „Gdzie jest dziecko” bezpłatnie przez okres 2 miesięcy. W celu aktywowania bonusu należy wysłać SMS o treści BONUS pod numer 8082 w terminie do 3 października 2018 r. Bonus przysługuje klientom Orange niezależnie od tego, czy obecnie korzystają oni z usługi, czy też nie. Klientom, którzy są w bezpłatnym okresie korzystania z usługi i aktywują bonus, okres bezpłatnego korzystania z usługi wydłuży się o 2 miesiące, przy czym bonus będzie wykorzystany w pierwszej kolejności, zaś po upływie 2 miesięcy klient wykorzysta okres promocyjny w zakresie niewykorzystanym przed aktywowaniem bonusu”;⁴

Prezes UKE pozytywnie ocenił podjętą w tym zakresie inicjatywę OPL. Prezes UKE pozytywnie ocenił również starania OPL o możliwe skuteczne dotarcie do adresatów uprzednio wysyłanych SMS1 i SMS2 – co wynikało z tego, iż „informacja o bonusie została zatytułowana jako „Ważna informacja dla Klientów” po to, aby zapewnić jego czytelność i widoczność i aby klienci mogli w łatwy sposób go zauważyć. Celem skorzystania z bonusu klient powinien wysłać SMS o treści wskazanej w komunikacie w terminie od 19 września 2018 do 3 października 2018 (jest to również okres, w którym komunikat będzie powieszony na

⁴ Cytowane fragmenty informacji OPL kierowanej dla klientów pochodzą z obrazów zrzutów ekranów załączonych do pisma Strony z dnia 24 września 2018 r.

wykazanymi w formularzu F00 – informacja o przedsiębiorcy telekomunikacyjnym, złożonym do UKE) wyniosły: PLN.

Prezesowi UKE znany był z urzędu fakt, iż przychody Strony uzyskane z tytułu prowadzenia działalności telekomunikacyjnej w 2017 r. stanowią % ogółu przychodów Strony stanowiących podstawę wymiaru kary pieniężnej (wynoszących PLN). Przy określaniu wysokości kar w zakresie oceny możliwości finansowych Strony, została zatem wzięta również pod uwagę okoliczność, iż naruszenie jest przedmiotowo ściśle związane z działalnością telekomunikacyjną, a ta stanowi (jak wynika z powyższych danych) dominujący rodzaj działalności prowadzonej przez OPL. Działalność telekomunikacyjna nie stanowi zatem ubocznej działalności prowadzonej przez OPL, dlatego też nie było powodów dla miarkowania wysokości kary ze względu na niższe przychody Strony z działalności telekomunikacyjnej, w stosunku do przychodów ogółem.

Prezes UKE wziął także pod uwagę informacje przedstawione przez OPL w piśmie z dnia 26 października 2018 r., o tym iż „*informacja o przychodach z działalności telekomunikacyjnej nie jest adekwatnym punktem odniesienia w ramach niniejszego postępowania, gdyż dotyczy ono wyłącznie usług detalicznych, które mogą być świadczone w ramach telefonii mobilnej. Te zaś, zgodnie ze sprawozdaniem finansowym za 2017 rok, dla 2017 roku wyniosły*

”. Zgodnie z załączonym do ww. pisma OPL wyciągiem ze sprawozdania finansowego – OPL uzyskała w 2017 r. z tytułu świadczenia komórkowych usług detalicznych przychody w wysokości PLN. Prezes UKE wziął ww. okoliczność pod uwagę jako świadcząca o przychodach karanego podmiotu w zakresie usług bezpośrednio związanych ze stwierdzonym naruszeniem. Prezes UKE zwraca jednak uwagę, że ocena możliwości finansowych karanego podmiotu zostaje dokonana w odniesieniu do całości jej przychodów zgodnie z dyrektywą wymiaru kary określoną w art. 210 ust. 2 Pt. W tej perspektywie wskazana przez OPL kwota przychodów uzyskanych z tytułu świadczenia komórkowych usług detalicznych może wyłącznie być wzięta pod uwagę jako świadcząca o zakresie działalności OPL w odniesieniu do usług, w zakresie których nastąpiło naruszenie, ale nie jako świadcząca o sytuacji finansowej podmiotu w ogóle.

Oceniając możliwości finansowe OPL, Prezes UKE wziął również pod uwagę informacje przedstawione przez Stronę w piśmie z dnia 12 grudnia 2017 r. Strona poinformowała bowiem, iż OPL jako podmiot ogólnopolski, posiadający zarówno sieć mobilną jak i stacjonarną jest zmuszona do ponoszenia znacznych obciążeń finansowych o charakterze publicznoprawnym oraz do dokonywania inwestycji w infrastrukturę (OPL wymieniła przedmiotowe inwestycje). Ponadto OPL podkreśliła, że aby móc konkurować również jakością z konkurencją musi rozwijać swoją sieć zarówno stacjonarną, jak i mobilną – OPL wskazała na inwestycje tym zakresie. Wskazane wyżej okoliczności zostały wzięte pod uwagę jako wpływające na sytuację finansową karanego podmiotu i tym samym mające znaczenie dla wymiaru nakładanej kary pieniężnej.

Biorąc pod uwagę całość przedstawionych wyżej informacji świadczących o sytuacji finansowej OPL Prezes UKE uznał, że kwoty kar nałożonych niniejszą decyzją są adekwatne do możliwości finansowych OPL.

Ustalenie wysokości kary pieniężnej

Biorąc pod uwagę całość powyższych rozważań, wskazać należy że Strona podlega karze na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt. Wysokość kary pieniężnej, o której mowa w art. 210 ust. 1 Pt wynosi do 3% przychodu osiągniętego w poprzednim roku kalendarzowym.

Maksymalna kara, jaką Prezes UKE mógłby zatem nałożyć na Spółkę, zgodnie z art. 210 ust. 1 Pt (czyli 3% przychodu osiągniętego przez Spółkę w 2017 r.) wynosi: PLN

(słownie:

).

Prezes UKE, po dokonaniu wszechstronnej analizy zebranego w trakcie prowadzonego postępowania materiału dowodowego oraz uwzględniając rozważone wyżej szczegółowo dyrektywy wymiaru kary pieniężnej, określone w art. 210 ust. 2 Pt, ustalił wysokość kar pieniężnych na kwotę:

1. 4 200 000 PLN (słownie: cztery miliony dwieście tysięcy złotych), która mieści się w określonych ustawą granicach 3% przychodu Strony, za naruszenie określone w pkt. 1 sentencji decyzji;
2. 4 900 000 PLN (słownie: cztery miliony dziewięćset tysięcy złotych), która mieści się w określonych ustawą granicach 3% przychodu Strony, za naruszenie określone w pkt. 2 sentencji decyzji;

uznając, że kary pieniężne w ustalonej wysokości mieszczą się w granicach możliwości finansowych Strony.

Wysokość nałożonych kar pieniężnych odpowiada w ocenie Prezesa UKE możliwościom finansowym Strony oraz zakresowi naruszenia. Należy wskazać, że wysokość nałożonych kar stanowi:

- % maksymalnej wysokości kary oraz % podstawy wymiaru kary – dla kary nałożonej w pkt. 1 sentencji decyzji;
- % maksymalnej wysokości kary oraz % podstawy wymiaru kary – dla kary nałożonej w pkt. 2 sentencji decyzji⁵.

Powyższe procentowo przedstawione wielkości nałożonych kar, świadczą o tym, że nałożone kary nie są nadmiernie wygórowane. Należy także wyjaśnić, iż wysokość nałożonych kar pieniężnych jest uwarunkowana m.in. możliwościami finansowymi Strony i z tego względu ustalona wysokość kar jest proporcjonalna do wysokości przychodów Strony, przy jednoczesnym uwzględnieniu zakresu naruszenia i dotychczasowej działalności Strony. Zasadnym jest bowiem wskazanie, iż funkcjami kar, o których mowa w art. 209 Pt, są: represja (nakładane są za naruszenie obowiązków wynikających z ustawy, decyzji czy umowy), prewencja (mają zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości) oraz dyscyplinowanie przedsiębiorców telekomunikacyjnych (mają zniechęcać ich do naruszania prawa przez samą potencjalną możliwość nałożenia kary pieniężnej przez Prezesa UKE). Prezes UKE nakładając kary we wskazanej wysokości miał zatem na uwadze, że wysokość kary powinna być adekwatna do rozmiarów działalności karanego podmiotu oraz uzyskiwanych przez niego przychodów i przez to jednocześnie stanowić dolegliwość, a zarazem nie być nadmiernym obciążeniem rzutującym na działalność tego podmiotu. Każda z kar w nałożonej wysokości spełnia wskazane wyżej warunki.

Dodatkowo wysokość każdej z nałożonych kar pieniężnych uwzględnia okoliczność podjęcia przez OPL działania w zakresie przyznania korzyści stanowiących próbę zadośćuczynienia dla abonentów i użytkowników końcowych, do których zostały wysłane SMS1 i SMS2. W tym zakresie wysokość kar została zmniejszona proporcjonalnie do liczby numerów MSISDN, na które zostały wysłane SMS1 i SMS2 zgodnie ze stwierdzonym stanem faktycznym sprawy.

Prezes UKE uznał, że kary pieniężne w ustalonej wysokości są adekwatne do naruszeń stwierdzonych w niniejszym postępowaniu. Ustalone wysokości kar pieniężnych (w pkt 1 i pkt 2 sentencji decyzji) uwzględniają to, że w wyniku naruszeń stwierdzonych w decyzji ucierpiały interesy abonentów i użytkowników końcowych

⁵ Wartości obliczone w przybliżeniu do setnych części procenta.

(w przypadku naruszenia stwierdzonego w pkt 1 sentencji decyzji) oraz

(w przypadku naruszenia stwierdzonego w pkt 2 sentencji decyzji), poprzez zakazaną przepisem Pt ingerencję w ich prywatność i narażenie ich na uciążliwości związane z odbieraniem wiadomości SMS kierowanych do nich z użyciem automatycznych systemów wywołujących. Ustalając wysokość kary pieniężnej Prezes UKE wziął także pod uwagę okoliczności naruszenia prawa, warunki, w jakich dopuszczono się naruszenia oraz działania Strony podjęte wobec abonentów i użytkowników końcowych mające na celu zadośćuczynienie za naruszenie. Prezes UKE uznał, iż każda z nałożonych niniejszą decyzją kar pieniężnych w ustalonej wysokości jest zasadna i spełni zamierzone, ww. funkcje.

Ustalenia Prezesa UKE w niniejszej sprawie wynikają z prawidłowo zebranego w sprawie materiału dowodowego, zaś dokonana przez organ ocena tego materiału w kontekście zastosowanych przepisów Pt nie budzi zastrzeżeń.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

Kary pieniężne należy wpłacić na rachunek bankowy Urzędu Komunikacji Elektronicznej nr:

Narodowy Bank Polski Oddział w Warszawie

75 1010 1010 0060 4422 3100 0000

Pouczenie

Stosownie do art. 206 ust. 2 pkt. 3 i ust. 3 Pt, w związku z art. 479⁵⁸ § 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 1360 z późn. zm., zwanej dalej „k.p.c.”) od decyzji niniejszej przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa UKE, w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia decyzji.

Od odwołania od niniejszej decyzji pobiera się opłatę stałą w kwocie 100 zł, na podstawie art. 32 ust. 3 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 300 z późn. zm., zwanej dalej „Ustawą o kosztach sądowych”)

Strona może ubiegać się o zwolnienie od kosztów sądowych stosownie do przepisów Tytułu IV Ustawy o kosztach sądowych lub przyznanie pomocy prawnej z urzędu stosownie do przepisów Części I Tytułu V Działu II k.p.c.

Otrzymuje:

1. .
pełnomocnik Orange Polska S.A.

2. aa.

z up. Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej
Zastępca Prezesa

Krzysztof Dyl