

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 grudnia 2020 r.

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

Przewodniczący –	Sędzia SO Anna Maria Kowalik
Protokolant –	Starszy sekretarz sądowy Joanna Preizner

po rozpoznaniu 11 grudnia 2020 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej w W.

przeciwko **Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

o stwierdzenie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów i nałożenie kary pieniężnej

na skutek odwołania powoda od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 6 marca 2019 r. Nr (...)

1. oddala odwołanie;

2. zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej w W. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 720,00 zł (siedemset dwadzieścia złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sędzia SO Anna Maria Kowalik

Sygn. akt XVII AmA 22/19

UZASADNIENIE

Decyzją nr (...) z 6 marca 2019 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej Prezes UOKIK, pozwany):

I. na podstawie art. 27 ust. 1 i 2 w związku z art. 24 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r., poz. 184 ze zm.) (dalej u.o.k.i.k.) w związku z art. 7 ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz. 1634), po przeprowadzeniu postępowania w sprawie praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, uznał za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów działanie (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w W. (dawniej: (...) Spółka Akcyjna spółka komandytowa z siedzibą w W.) (dalej powód, Spółka) polegające na wykorzystywaniu telekomunikacyjnych urządzeń końcowych dla celów marketingu bezpośredniego dotyczącego produktów marki (...) bez uprzedniej zgody abonentów lub użytkowników końcowych będących konsumentami, co stanowi naruszenie art.

172 ust. 1 w związku z art. 174 ustawy z 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2016 r., poz. 1489 ze zm.) (dalej p.t.) oraz godzi w zbiorowe interesy konsumentów;

i stwierdził jej zaniechanie z dniem 1 lutego 2017 r.

II. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r., poz. 184 ze zm.) w związku z art. 7 ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 poz. 1634) nałożył na (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w W. (dawniej: (...) Spółka Akcyjna spółka komandytowa z siedzibą w W.), płatną do budżetu państwa, karę pieniężną w wysokości 35 388,00 zł (słownie: trzydzieści pięć tysięcy trzysta osiemdziesiąt osiem złotych), z tytułu naruszenia zakazu, o jakim mowa w art. 24 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w zakresie określonym w punkcie pierwszym rozstrzygnięcia niniejszej Decyzji.

III. na podstawie art. 77 ust. 1 i art. 80 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r., poz. 184 ze zm.) oraz na podstawie art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2016 r., poz. 23 ze zm.) (dalej k.p.a.) w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, obciążył (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w W. (dawniej: (...) Spółka Akcyjna spółka komandytowa z siedzibą w W.) kosztami przeprowadzonego postępowania w sprawie praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów oraz zobowiązał tego przedsiębiorcę do zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kosztów postępowania w kwocie 185,60 złotych w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się niniejszej Decyzji.

Od przedmiotowej Decyzji powód wniósł odwołanie, zaskarżając ją w całości. W odwołaniu powód domagał się: uchylenia Decyzji; stwierdzenia, iż Decyzja została wydana bez podstawy prawnej albo z rażącym naruszeniem prawa; zasądzenia na rzecz powoda od pozwanego zwrotu kosztów postępowania sądowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł. Z ostrożności procesowej powód wniósł o uchylenie zaskarżonej Decyzji w części dotyczącej nałożenia kary pieniężnej, tj. w zakresie punktu II sentencji zaskarżonej Decyzji i zniesienie kosztów postępowania sądowego między stronami.

Zaskarżonej Decyzji zarzucił:

1. naruszenie przepisów postępowania mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, tj. art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 84 u.o.k.i.k., a także art. 7 k.p.a. w zw. z art. 83 u.o.k.i.k. poprzez ich błędne zastosowanie, polegające na wadliwej analizie materiału dowodowego oraz zaniechaniu pełnego wyjaśnienia całokształtu okoliczności sprawy, skutkujące następującymi błędnymi ustaleniami faktycznymi, iż:

a) powód wykorzystywał urządzenia końcowe dla celów marketingu bezpośredniego, podczas gdy powód w objętym Decyzją okresie nie prowadził działalności telemarketingowej, a jedynie zlecał organizację pokazów podmiotom trzecim na ich odpowiedzialność i ryzyko;

b) powód administrował systemem (...) oraz zorganizował system pozyskiwania numerów telefonów, a następnie udostępnił go, podczas gdy wszystkie numery w bazie powoda zostały pozyskane legalnie, a dalsze ich przetworzenie z wykorzystaniem modułu (...) oraz ew. zorganizowanie tego systemu i jego wykorzystanie w celu wykonywania połączenia odbywało się całkowicie poza kontrolą powoda, w ramach działalności innego podmiotu - (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. (dalej (...)), któremu to powód nie zlecał jakichkolwiek usług;

c) powód stosował moduł (...) po dniu 25 grudnia 2014 roku, podczas gdy w związku z wejściem w życie nowelizacji art. 172 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2018 r., poz. 1954) powód zaniechał jego stosowania, a od 1 kwietnia 2016 r. powód dodatkowo zablokował również dostęp do danych, które mogłyby być źródłem generowania numerów z wykorzystaniem tego systemu przez inne podmioty;

d) do 1 kwietnia 2016 r. powód udostępnił (...) dane osób, które nie udzieliły zgody na przetwarzanie ich danych, w tym numeru telefonu, w celach marketingowych, podczas gdy powierzenie danych dotyczyło wyłącznie danych osób, które udzieliły zgody, a wykorzystanie danych innych osób za pośrednictwem własnego systemu odbywało się wyłącznie na ryzyko i odpowiedzialność (...).

2. naruszenie przepisów prawa materialnego w postaci:

a) art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 u.o.k.i.k. w zw. z art. 172 oraz art. 174 p.t. przez ich niewłaściwe zastosowanie, a w konsekwencji bezpodstawne uznanie, że powód odpowiada za wykorzystanie urządzeń końcowych dla celu marketingu bezpośredniego, mimo tego, iż wykorzystanie tych urządzeń odbywało się przez podmiot trzeci, któremu powód nie zlecał świadczenia usług, a co za tym idzie, wykorzystanie urządzeń końcowych miało miejsce na zasadach stosowanych przez ww. podmiot samodzielnie, z wykorzystaniem samodzielnie wytworzonych danych, tj. ciągów numeru telefonu;

b) art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 u.o.k.i.k. w zw. z art. 172 ust. 1 p.t. oraz art. 174 p.t. przez ich błędną wykładnię, a w konsekwencji zbyt szeroką wykładnię pojęcia marketingu bezpośredniego i bezpodstawne uznanie, że wyłączona jest możliwość jakiegokolwiek kontaktu z abonentem bez jego uprzedniej zgody, jeśli choćby pośrednim skutkiem takiego kontaktu miałyby być zawarcie umowy, w tym w szczególności wyłączona jest możliwość kontaktu w celu uzyskania zgody na podjęcie działań marketingowych;

c) art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 u.o.k.i.k. w zw. z art. 172 ust. 1 p.t. oraz art. 174 p.t., poprzez ich błędną wykładnię, a w konsekwencji przyjęcie, iż połączona z podaniem numeru telefonu zgoda abonenta na działania marketingowe, udzielona przed dniem 25 grudnia 2014 r. (wejście w życie nowelizowanego brzmienia art. 172 ust. 1 p.t.) nie jest wystarczająca w rozumieniu aktualnego brzmienia ww. przepisów;

d) [z ostrożności procesowej] art. 106 ust. 1 pkt 4 u.o.k.i.k. przez bezpodstawne nałożenie kary pieniężnej, ewentualnie nałożenie kary niewspółmiernej do zakresu zarzucanego naruszenia zbiorowych interesów konsumentów, szczególnie w kontekście wątpliwości interpretacyjnych dot. art. 172 i 174 p.t. „powszechnych rozbieżności w interpretacji tego przepisu oraz braku publicznych działań Prezesa UOKiK, w celu jasnego określenia stanowiska dot. jego stosowania przed jego wejściem w życie, jak również na długo po jego wejściu w życie.

W podsumowaniu powód wskazał, że Prezes UOKiK przy wydawaniu decyzji naruszył przepisy postępowania mające znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy poprzez wadliwą analizę materiału dowodowego oraz zaniechanie pełnego wyjaśnienia całokształtu okoliczności sprawy, co skutkowało błędnymi ustaleniami faktycznymi. Podniósł, iż w okresie objętym Decyzją nie wykorzystywał urządzeń końcowych dla celów marketingu bezpośredniego, gdyż w ogóle nie prowadził działalności telemarketingowej, a jedynie zlecał organizację pokazów podmiotom trzecim na ich odpowiedzialność i ryzyko. Spółka co prawda opracowała system (...) do generowania numerów telefonów, jednakże nie umożliwiał on wykonywanie połączeń, jak również nigdy nie został udostępniony podmiotom trzecim - spółce (...) lub spółce (...). Co więcej, powód zaprzestał generowania numerów przy użyciu systemu (...) po wejściu w życie nowelizacji art. 172 p.t., tj. w dniu 25 grudnia 2014 roku. Powód zauważył, iż nie jest prawdą, aby udostępnił podmiotom trzecim dane osób, które nie udzielały zgody na przetwarzanie ich danych, umowie, oraz danych nabytych przez Spółkę od profesjonalnego brokera danych, (...) sp. z o.o.

Powód wywiódł, iż wydana Decyzja narusza również przepisy prawa materialnego przez ich niewłaściwe zastosowanie oraz błędną wykładnię. Jak podniósł, na podstawie art. 172 ust. 1 p.t. powód nie ponosi bowiem odpowiedzialności za wykorzystywanie urządzeń końcowych dla celu marketingu bezpośredniego przez podmioty, z którymi nie łączy go żadne, bezpośrednie stosunki prawne. Natomiast według powoda prawidłowa wykładnia pojęcia: „marketing bezpośredni” powinna prowadzić do wniosku, że nie obejmuje ono nawiązania połączenia z abonentem w celu uzyskania od niego zgody na kontakt marketingowy. Zaznaczył, że nie ma żadnych podstaw prawnych do uznania za nieaktualne zgód wyrażonych przed nowelizacją art. 172 ust. 1 p.t., które jednocześnie nadal spełniają warunki z art. 174 p.t.

Z daleko posuniętej ostrożności procesowej powód zgłosił zarzut nieprawidłowego ukształtowania kary pieniężnej. Wskazał, że po pierwsze zarzucana mu praktyka nie naruszyła prawa konsumentów do otrzymania prawdziwej, rzetelnej i pełnej informacji o podmiotach, które kontaktują się w celach marketingowych, podczas gdy okoliczność ta została nieprawidłowo wzięta pod uwagę, co skutkowało wymierzeniem wyższej sankcji. Z drugiej strony powód stopniowo ograniczał stosowanie działań marketingowych przy pomocy podmiotów trzecich, najpierw rezygnując ze systemu (...), następnie nie udostępniając podmiotom trzecim baz z numerami telefonów, na które samodzielnie uzyskał prawnie wiążące zgody, by w końcu całkowicie zrezygnować ze zlecenia działań marketingowych.

Pozwany Prezes UOKIK złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Powód pismem z 25 lutego 2020 r. złożył uzupełnienie odwołania w związku z wydaniem wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie, XVII Wydziału Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 13 stycznia 2020 r. o sygn. XVII AmA 12/18, zaskarżonemu rozstrzygnięciu dodatkowo zarzucając naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 106 ust. 1 pkt 4 u.o.k.i.k. poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie, wskazując, iż zgodnie z zasadą *lex specialis derogat legi generali* w przypadku naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 172 p.t., zastosowanie ww. przepisu jest wyłączone przez art. 209 ust. 1 pkt 25 p.t. w zw. z art. 210 ust. 1 p.t., wobec czego Prezes UOKIK, stwierdzając praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów wskutek naruszenia zakazu z art. 172 ust. 1 p.t. w zw. z art. 174 p.t. „nie jest uprawniony do nałożenia kary pieniężnej, gdyż prerogatywa w tym zakresie przysługuje wyłącznie Prezesowi UKE.

W odpowiedzi na uzupełnienie odwołania pozwany wniósł o oddalenie dodatkowego zarzutu zgłoszonego przez powoda.

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

(...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w W., wpisana do Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem (...), działając uprzednio pod firmą (...) Spółka Akcyjna spółka komandytowa w W., prowadziła działalność gospodarczą z zakresu sprzedaży detalicznej naczyń ze stali szlachetnej, a także sztućców i zastaw stołowych. Sprzedaż prowadzona była poza lokalem przedsiębiorstwa, w trakcie pokazów oraz za pośrednictwem upoważnionych przez Spółkę przedstawicieli handlowych, tj. osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą we własnym zakresie. Podczas pokazów współpracujący ze Spółką przedstawiciele handlowi prezentowali zaproszonym osobom produkty Spółki, a z zainteresowanymi konsumentami zawierali, w imieniu i na rzecz Spółki, umowy sprzedaży tychże produktów (dowód: k. 7 akt adm.).

W toku prowadzonej działalności Spółka współpracowała z **[dwoma podmiotami: (...) oraz (...) tajemnica przedsiębiorstwa]** (dowód: k. 7 akt adm.).

Współpraca (...) z (...) **tajemnica przedsiębiorstwa]** trwała od **[kwietnia 2006 r.- tajemnica przedsiębiorstwa]** (dowód: k. 302 akt adm.) i obejmowała organizację pokazów produktów marki (...) oraz organizację telefonicznego zapraszania konsumentów na niniejsze pokazy (dowód: k. 7 akt adm.). Z przedmiotową spółką powód **[nie miał zawartej pisemnej umowy o współpracę- tajemnica przedsiębiorstwa]** (dowód: k. 7, 36 akt adm.). (...) **tajemnica przedsiębiorstwa]** czynności związane z telefonicznym zapraszaniem konsumentów na pokazy produktów marki (...) zlecał spółce (...) **tajemnica przedsiębiorstwa]** (dowód: k. 7 akt adm.). Współpraca tych podmiotów nie była sformalizowana i opierała się jedynie na telefonicznych zleceniach poszczególnych akcji telemarketingowych (dowód: k. 290, 302). Spółki współpracowały ze sobą w okresie od **[września 2009 r.- tajemnica przedsiębiorstwa]** do **[1 lutego 2017 r.- tajemnica przedsiębiorstwa]** (dowód: k. 302, 371 akt adm.).

Współpraca (...) z (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**] polegała na udostępnianiu (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**] bazy danych administrowanej przez (...), w celu wykonywania przez (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**] czynności związanych z telefonicznym zapraszaniem konsumentów na pokazy. **[W celu uregulowania zasad dostępu (...) do ww. bazy, powód zawarł z (...) umowę w zakresie przetwarzania danych osobowych- tajemnica przedsiębiorstwa]** (dowód: k. 7, 36, 42 akt adm.).(...) **tajemnica przedsiębiorstwa**] nie była zobligowana do rejestrowania rozmów telefonicznych przeprowadzanych z konsumentami w celu zaproszenia ich na pokaz produktów marki (...) (dowód: k. 131 akt adm.).

Numery telefonów konsumentów, na które wykonywane były połączenia telefoniczne celem zaproszenia na pokaz produktów marki (...), pozyskiwane były z następujących źródeł:

1. baz danych powierzanych Spółce do wykorzystania w celach marketingowych w ramach umowy ze **[(...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.- tajemnica przedsiębiorstwa]**;
2. w wyniku uzyskania od konsumentów zgód na przetwarzanie ich danych osobowych w celach marketingowych, udzielonych odrębnie przy zawarciu umowy z (...);
3. w wyniku uzyskania od konsumentów zgód na przetwarzanie ich danych osobowych w celach marketingowych oraz zgód na używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych w stosunku do podanego przez konsumenta numeru telefonu dla celu marketingu bezpośredniego, udzielonych na bonie prezentowym, tj. dokumencie, który uczestnik pokazu podpisuje, potwierdzając otrzymanie upominku za obecność na pokazie;
4. uzyskanych w wyniku anonimowego generowania numeru telefonu w systemie informatycznym stworzonym przez (...) - system o nazwie **[(...) - tajemnica przedsiębiorstwa]** (dowód: k. 8 akt adm.).

Powierzenie bazy danych na mocy umowy o korzystanie z bazy danych zawartej z **[S.- tajemnica przedsiębiorstwa]** było jednorazowe, jednakże następowało wielokrotnie na mocy pojedynczych umów o korzystanie z bazy danych poprzez udzielanie jedynie na czas określony elektronicznego dostępu do bazy danych **[S.- tajemnica przedsiębiorstwa]**. Po dniu **[1 kwietnia 2016 r.- tajemnica przedsiębiorstwa]** umowy o korzystanie z bazy danych nie były zawierane (dowód: k. 228-229 akt adm.).

Baza danych **[S.- tajemnica przedsiębiorstwa]** powierzana do korzystania przez powoda obejmowała rekordy w postaci [pliku (...), który pobierano z serwera (...). Po każdej kampanii plik był kasowany.- **tajemnica przedsiębiorstwa**]. Celem powierzenia bazy danych było udostępnienie baz danych w celu jednorazowego przeprowadzenia telemarketingowej kampanii sprzedażowej (dowód: k. 228- 229 akt adm.). Udostępnione przez **[S.- tajemnica przedsiębiorstwa]** rekordy, zgodnie z zamówieniem składanym przez (...), zawierały: imię, nazwisko, miasto oraz numer telefonu. Wskazany przez (...) cel wykorzystania bazy danych został określony jako „umawianie spotkań sprzedażowych” (dowód: k. 238 akt adm.). Baza danych **[S.- tajemnica przedsiębiorstwa]** była przekazywana na podstawie art. 31 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2016 r. poz. 922) (dowód: k. 15, 236 akt adm.).

Zarówno (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**], jak i (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**] posiadały dostęp do baz danych administrowanych przez (...) (dowód: k. 42-45, 46-49 akt adm.).

Powód przy zawieraniu z konsumentami umów sprzedaży pozyskiwał zgody konsumentów na przetwarzanie ich danych osobowych, tj. imienia, nazwiska, adresu oraz numeru telefonu, w celach marketingowych (dowód: k. 229, 246-286 akt adm.). Posiadał również bazę danych zawierającą zgody konsumentów udzielone na bonie prezentowym, które zostały wyrażone nie tylko w zakresie przetwarzania danych osobowych w celach marketingowych, ale także w zakresie używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących, w stosunku do podanego przez konsumenta numeru telefonu, dla celów marketingu bezpośredniego (dowód: k. 229, 241-245 akt adm.).

(...) **tajemnica przedsiębiorstwa**] w celu realizacji działań telemarketingowych posiadał dostęp do bazy danych administrowanych przez powoda (dowód: k. 36, 302, 371 akt adm.).

System [(...) **tajemnica przedsiębiorstwa**], za pomocą którego Spółka pozyskiwała nowe numery telefonów, funkcjonował w oparciu o posiadane już przez nią numery. Działanie systemu polegało na generowaniu numerów telefonów. [Numery te analizowane były jako ciągi dziewięciocyfrowe w strukturze (...), z których to ciągów system dokonywał zawężenia początku numeru interesującego (...), poprzez określenie dwóch pierwszych cyfr (AA). Zawężenie dokonywane było na podstawie powszechnie dostępnych informacji, np. internet, wskazujących na możliwość pochodzenia numeru z danego miasta (prefix). Następnie system generujący wyszukiwał wszystkie podane w bazie danych numery telefonów ze zdefiniowanymi dwoma pierwszymi cyframi (AA). System grupował numery według kolejnych czterech cyfr numeru (...), a Spółka otrzymywała liczbę posiadanych numerów rozpoczynających się do sześciu cyfr (...) z różnymi cyframi stanowiącymi koniec numeru (XXX). Spółka posiadając informację o posiadanych numerach z końcówkami XXX ustalała ilość potencjalnie istniejących brakujących numerów w każdej z grup. Po dokonaniu zatwierdzenia system generujący (...) uzupełniał brakujące numery w bazie danych Spółki, wstępnie przypisując je do prawdopodobnego miasta pochodzenia, które zostało wybrane na etapie początkowym (określenie cyfr AA). – **tajemnica przedsiębiorstwa**]. Powstałe numery dodawane były anonimowo oraz nie musiały rzeczywiście istnieć. Tak wygenerowane numery przekazywane były w celu wykonania połączeń telefonicznych. W przypadku nieudanego połączenia wygenerowany numer był eliminowany (dowód: k. 8- 9 akt adm.).

(...) **tajemnica przedsiębiorstwa**] posiadała dostęp do systemu [(...) tajemnica **przedsiębiorstwa**], który pozwalał na wygenerowanie numeru na podstawie innych zakupionych przez powoda od brokerów (podmiotów udostępniających zbiory baz danych) baz danych lub na podstawie numerów już przez niego posiadanych (dowód: k. 290, 371, 42 akt adm.).

To (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**] zaproponowała (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**] możliwość generowania numerów na podstawie numerów znajdujących się już w bazie (...) (dowód: k. 371 akt adm.), jednak system [(...) t **ajemnica przedsiębiorstwa**] został stworzony i był administrowany przez (...), a nie przez (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**] lub (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**], które posiadały do niego dostęp elektroniczny (dowód: k. 231 akt adm.).

Powód zaprzestał generowania numerów z wykorzystaniem systemu [(...) **tajemnica przedsiębiorstwa**] w dniu 1 kwietnia 2016 r. Po tej dacie (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**] realizowała działania telemarketingowe jako podwykonawca (dowód: k. 229 akt adm.), wykorzystując numery telefonów anonimowo- bez możliwości identyfikacji abonenta przed wykonaniem rozmowy (dowód: k. 291 akt adm.). Wykorzystywanie numerów telefonów anonimowo polegało na tym, że używane przez (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**] numery nie były powiązane z danymi abonenta tego numeru. Nawet jeśli wykorzystywany numer pochodził z bazy (...) to dzwoniący nie wiedział, do kogo dzwoni, jak również nie było to ujęte w systemie (dowód: k. 372, 9 akt adm.). Numery były wykorzystywane losowo, bez sporządzania jakichkolwiek zestawień. Nie zostały utworzone żadne bazy danych, a jedynie zestawienia numerów telefonów (dowód: k. 372 akt adm.). Numery były pozyskiwane m.in. ze źródeł powszechnie dostępnych, tj. stron internetowych (dowód: k. 372 akt adm.).

Współpraca (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**] z (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**], a tym samym (...) została definitywnie zakończona z dniem 1 lutego 2017 r. (dowód: k. 371).

Powyższe było wynikiem zamiany modelu biznesowego powoda, który skupił się na [wyprzedaży stanów magazynowych produktów marki (...) oraz zaprzestała nabywania produktów marki Philipiak- **tajemnica przedsiębiorstwa**] oraz sprzedaż drobnego sprzętu AGD. Jednocześnie powód zaprzestał organizowania pokazów (dowód: k. 402 akt adm.). Ostatecznie sprzedaż konsumencką zakończył z dniem [18 sierpnia 2017 r.- **tajemnica przedsiębiorstwa**] (dowód: k. 426 akt adm.).

W między czasie Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wszczął z urzędu postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnie ustalenia, czy wobec otrzymanych od konsumentów informacji na temat praktyk polegających na wykorzystywaniu telekomunikacyjnych urządzeń końcowych dla celów marketingowych dotyczących produktów marki (...) bez uprzedniej zgody użytkownika końcowego, doszło do naruszenia przepisów u.o.k.i.k uzasadniającego wszczęcie postępowania w sprawie zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów oraz naruszenia chronionych prawem interesów konsumentów, uzasadniającego podjęcie działań określonych w odrębnych ustawach (sygn.(...)) (dowód: k. 1- 77 akt adm.).

W toku postępowania wyjaśniającego, pismami z dnia: 10 marca 2015 r. (dowód: k. 2- 4 akt adm.), 16 kwietnia 2015 r. (dowód: k. 32- 33 akt adm.), 20 maja 2015 r. (dowód: k. 71- 72 akt adm.), Prezes Urzędu skierował wezwania do (...) oraz pismami z dnia 9 lipca 2015 r. (dowód: k. 124- 126 akt adm.) i 24 sierpnia 2015 r. (dowód: k. 128- 129 akt adm.) do (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**].

W odpowiedzi na pierwsze wezwanie Prezesa Urzędu powód wyjaśnił, że samodzielnie nie organizuje pokazów, podczas których następuje prezentacja produktów marki (...) oraz wskazał, że ich organizację, jak również obowiązki związane z telefonicznym zapraszaniem potencjalnych klientów, powierza spółce o nazwie [(...) Sp. z o.o.- **tajemnica przedsiębiorstwa**]. (...) zaznaczyła, że rozmowa telefoniczna z konsumentem nie jest rejestrowana oraz że w jej toku nie ma możliwości zawarcia umowy sprzedaży. Ponadto Spółka wskazała, że każdy sprzeciw konsumenta dotyczący kontaktu telefonicznego jest odnotowywany, jednakże dla jego skutecznego odnotowania nie zawsze wystarczające jest podanie przez konsumenta jedynie imienia i nazwiska, a konieczne jest także podanie numeru telefonu, ponieważ numery te w większości przetwarzane są anonimowo. Spółka oświadczyła także, że w zakresie telefonicznego zapraszania konsumentów na pokazy spółka (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**] współpracuje ze spółką (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**], która realizuje niniejsze połączenia telefoniczne do konsumentów (dowód: k. 6- 11 akt adm.).

(...) złożyła również pisma z 28 kwietnia 2015 r. (dowód: k. 35- 63 akt adm.) i 3 czerwca 2015 r. (dowód: k. 74- 76 akt adm.).

Na wezwanie Prezesa Urzędu do przekazania dokumentów dotyczących współpracy z (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**] i (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**], powód przekazał umowy dotyczące przetwarzania danych osobowych zawarte z (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**] (dowód: k. 42- 45 akt adm.) oraz (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**] (dowód: k. 46- 49 akt adm.), generalny schemat rozmów telefonicznych z konsumentami stosowany przez (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**] (dowód: k. 18 akt adm.) oraz umowę o korzystaniu z bazy danych z dnia [11 lutego 2015 r.] zawartą z [(...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.- **tajemnica przedsiębiorstwa**] – podmiot świadczący usługi polegające na udostępnianiu zbiorów baz danych m.in. w celu przeprowadzania telemarketingowych kampanii sprzedażowych (dowód: k. 14- 17 akt adm.).

(...) **tajemnica przedsiębiorstwa**] nie przekazała żądanych przez Prezesa Urzędu w piśmie z dnia 24 sierpnia 2015 r. nagrań 30 rozmów telefonicznych, które przeprowadziła po dniu 25 grudnia 2014 r. z konsumentami na zlecenie (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**], którego przedmiotem było zapraszanie konsumentów na pokazy produktów marki (...), ponieważ nie została zobowiązana przez (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**] do rejestrowania rozmów i ich przechowywania. W konsekwencji oświadczyła, że nie jest w stanie wskazać na jakiej podstawie nastąpił z nimi kontakt telefoniczny (dowód: k. 131 akt adm.).

Prezes UOKiK, w dniu 28 sierpnia 2015 r., wszczął wobec (...) postępowanie w sprawie stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów polegających na wykorzystywaniu telekomunikacyjnych urządzeń końcowych dla celów marketingu bezpośredniego dotyczącego produktów marki (...) bez uprzedniej zgody abonentów lub użytkowników końcowych będących konsumentami, co może stanowić naruszenie art. 172 ust. 1 w związku z art. 174 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. z 2016 r., poz. 1489), a w konsekwencji godzić w zbiorowe interesy konsumentów (dowód: k. 78- 80 akt adm.).

Postanowienie o wszczęciu postępowania z dnia 28 sierpnia 2015 r. wraz z zawiadomieniem o jego wszczęciu, jak również o możliwości ustosunkowania się do przedstawionych przez Prezesa Urzędu zarzutów zostało skutecznie doręczone Spółce 24 września 2015 r. (dowód: k. 84- 88 akt adm.). W dniu 30 września 2015 r. pełnomocnik Spółki zapoznał się z aktami sprawy (dowód: k. 89 akt adm.).

Do akt postępowania w sprawie stosowania przez (...) praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów włączono część dokumentacji zgromadzonej w trakcie postępowania wyjaśniającego o sygn. (...). O powyższym Spółka została zawiadomiona postanowieniami z dnia 28 sierpnia 2015 r. oraz 22 grudnia 2015 r. (dowód: k. 123 akt adm.).

W celu dokonania dalszych ustaleń stanu faktycznego sprawy, pismami z dnia 28 sierpnia 2015 r. (dowód: k. 81- 82 akt adm.), 22 grudnia 2016 r. (dowód: k. 188- 200 akt adm.), 18 stycznia 2017 r. (dowód: k. 319- 320 akt adm.), 10 maja 2017 r. (dowód: k. 400 akt adm.) oraz 31 maja 2017 r. (dowód: k. 409- 411 akt adm.) Prezes Urzędu wezwał (...) do przekazania niezbędnych informacji i dokumentów.

W toku prowadzonego postępowania (...) przekazała żądane informacje i dokumenty pismami z dnia: 7 października 2015 r. (dowód: k. 92- 94 akt adm.), 19 listopada 2015 r. (dowód: k. 99- 107 akt adm.), 30 grudnia 2016 r. (dowód: k. 228- 288 akt adm.), 1 lutego 2017 r. (dowód: k. 326- 362 akt adm.), 6 czerwca 2017 r. (dowód: k. 402- 406 akt adm.).

W piśmie z 19 listopada 2015 r. Spółka zaprezentowała swoje szczegółowe stanowisko dotyczące zarzutu określonego w punkcie I sentencji Decyzji. Wówczas podkreśliła, że jej zdaniem zarzuty dotyczące naruszenia art. 172 p.t. są bezpodstawne, ponieważ poddawane w wątpliwość przez Prezesa Urzędu działania Spółki, odnoszące się do sposobu oraz zakresu prowadzonych rozmów telefonicznych nie stanowią i nie stanowiły nigdy działania Spółki. Jak wskazano, obowiązki związane z organizacją pokazów naczyń marki (...), w tym organizacja i zebranie odpowiedniej liczby uczestników, należały do zakresu działania spółek współpracujących z (...), tj. (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**] oraz (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**]. Spółka oświadczyła, że podmioty te były zobowiązane do wykonania zleconych im działań, tj. organizowania pokazów produktów marki (...) oraz telefonicznego zapraszania na nie konsumentów zgodnie z obowiązującymi przepisami. W ocenie powoda, spółki te działały wyłącznie na własną odpowiedzialność, a Prezes UOKiK wszczynając postępowanie w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów nie wykazał, by (...) miała jakikolwiek wpływ na działalność ww. spółek. Powołując się na wyjaśnienia przedstawione w toku postępowania wyjaśniającego, Spółka wskazała, że nie ponosi odpowiedzialności za schematy rozmów, jakimi posługuje się spółka (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**], a wszelkie działania związane z organizowaniem pokazów, podczas których możliwe jest dokonanie zakupu produktów marki (...), realizowane są przez spółkę [(...) **tajemnica przedsiębiorstwa**].

Odnosząc się do stawianego przez Prezesa Urzędu zarzutu uchybienia art. 172 p.t. Spółka wskazała, że pojęcie „marketingu bezpośredniego” nie ma jednej, ostatecznie zaakceptowanej, definicji legalnej. W jej ocenie celem marketingu bezpośredniego jest osiągnięcie skutku/dążenie do osiągnięcia skutku w postaci reakcji o charakterze transakcyjnym (np. zawarcia umowy). Spółka zaznaczyła, że działania polegające na telefonicznym zapraszaniu konsumentów na „warsztaty żywieniowe, podczas których poznają oni tajniki zdrowej kuchni oraz zasady zdrowego odżywiania się, ale także mają możliwość poznania oferty (...) (...), nie spełniają dyspozycji art. 172 ust. 1 prawa telekomunikacyjnego, jako że nie stanowią marketingu bezpośredniego. Działania takie nie są zindywidualizowane oraz nie mają na celu spowodowania reakcji konsumenta o charakterze handlowym”.

Niezależnie jednak od przedstawionego przez Spółkę stanowiska, wniosła ona o wydanie decyzji zobowiązującej. Następnie w toku przedmiotowego postępowania zaproponowane przez Spółkę zobowiązanie było modyfikowane i uszczegóławiane pismami z dnia 21 stycznia 2016 r. (dowód: k. 144- 147 akt adm.), 25 marca 2016 r. (dowód: k. 153- 157 akt adm.), 15 listopada 2016 r. (dowód: k. 168- 172 akt adm.), 18 listopada 2016 r. (dowód: k. 175- 178 akt adm.) oraz 30 grudnia 2016 r. (dowód: k. 231- 233 akt adm.). Ponadto, treść zobowiązania była konsultowana w trakcie spotkań przedstawicieli Spółki z przedstawicielami Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Podczas ostatniego spotkania, które odbyło się 16 grudnia 2016 r. Spółka poinformowała o planowanej w pierwszym kwartale 2017 r. zmianie modelu biznesowego, która miałaby polegać na [rozpoczęciu współpracy Spółki z dystrybutorami,

opartej na umowach o charakterze B2B, na podstawie których dystrybutorzy mogliby nabywać produkty od Spółki celem ich dalszej odsprzedaży- **tajemnica przedsiębiorstwa**] oraz poinformowała o planowanym zakończeniu współpracy ze spółkami (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**] oraz (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**] (dowód: k. 187 akt adm.).

(...) w piśmie z dnia 30 grudnia 2016 r. oświadczyła, że zaprzestała generowania numerów z wykorzystaniem systemu [(...) tajemnica przedsiębiorstwa] w dniu 1 kwietnia 2016 r., oraz wskazała, że: „po tej dacie czynności polegające na wykonywaniu

połączeń w pełni przejęła spółka (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**], która realizuje działania telemarketingowe jako podwykonawca (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**], wykorzystując w tym celu informacje pozyskiwane we własnym zakresie” (dowód: k. 229 akt adm.). Ponadto wskazała, że w związku z planowanymi zmianami modelu biznesowego oraz planowanym zakończeniem współpracy ze spółką (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**] gotowa jest złożyć oświadczenie o zaniechaniu zarzucanej przez Prezesa Urzędu praktyki. Spółka oświadczyła, że definitywne zaniechanie zarzucanej jej przez Prezesa Urzędu praktyki będzie możliwe do dnia 15 lutego 2017 r., kiedy to zostanie zakończona współpraca z (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**] (dowód: k. 233 akt adm.).

Następnie, pismem z 6 czerwca 2017 r. Spółka oświadczyła, że całkowicie zmieniła model biznesowy, koncentrując się [na wyprzedaży stanów magazynowych- **tajemnica przedsiębiorstwa**], podkreślając, że aktualnie głównym obszarem jej działalności jest hurtowa sprzedaż drobnego sprzętu AGD. Ponadto wskazała, iż nie organizuje już pokazów, jednocześnie zaznaczając, że istnieje możliwość dokonania zakupu produktów marki (...) na pokazach organizowanych przez inne podmioty. Spółka wskazała również, że [z uwagi na utratę prawa do używania marki (...), zaprzestała nabywania towarów tej marki od producenta.- **tajemnica przedsiębiorstwa**]. Jednocześnie w ww. piśmie Spółka oświadczyła, że [nie zawarła żadnych umów dystrybucyjnych, o których była mowa w piśmie Spółki z dnia 30 grudnia 2016 r.- **tajemnica przedsiębiorstwa**] (dowód: k. 402- 403 akt adm.).

Prezes UOKiK, pismem z 7 sierpnia 2018 r., wezwał Spółkę do przekazania informacji, czy powyższe oświadczenia Spółki pozostają aktualne (dowód: k. 422- 423 akt adm.). W odpowiedzi, pismem z dnia 10 września 2018 r., Spółka podtrzymała powyższe wyjaśnienia złożone w piśmie z dnia 6 czerwca 2017 r. wskazując, że nie powróciła do organizowania pokazów, na które zapraszała potencjalnych klientów poprzez wykorzystywanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych oraz doprecyzowując, iż sprzedaż konsumencką zakończyła w dniu [18 sierpnia 2017 r.- **tajemnica przedsiębiorstwa**] (dowód: k. 425- 427 akt adm.).

W toku postępowania Spółka przekazała kopie 20 przykładowych oświadczeń konsumentów zawierających zgody marketingowe wyrażone podczas pokazów. Zgody te były składane przez konsumentów na bonach podarunkowych oraz miały następującą treść:

„TAK NIE Wyrażam zgodę na zbieranie i przetwarzanie w celach marketingowych moich danych osobowych podanych powyżej [imię, nazwisko, adres, numer telefonu - przyp.włas.], przez (...) Spółka Akcyjna sp.k. z siedzibą w W. przy ul. (...). Zgoda obejmuje przetwarzanie danych osobowych w przyszłości, o ile nie zmieni się cel przetwarzania. Przyjmuję do wiadomości, że przetwarzanie będzie odbywać się wyłącznie zgodnie z ustawą z dnia 29.08.1997 r. o ochronie danych osobowych (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 1182 z późn. zm.); przekazanie danych ma charakter dobrowolny, mam w każdej chwili prawo do uzyskania informacji o treści przetwarzanych danych oraz prawo ich poprawiania i usunięcia, a także prawo cofnięcia zgody.

TAK NIE Wyrażam zgodę na używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących w stosunku do podanego przeze mnie numeru telefonu dla celów marketingu bezpośredniego (...) Spółka Akcyjna sp.k. z siedzibą w W. przy ul. (...). Zgoda ma charakter dobrowolny i w każdej chwili mam prawo do jej cofnięcia.”

Przekazane przez Spółkę bony pochodziły z okresu pomiędzy 7 a 10 czerwca 2016 r. (k. 241-245 akt adm.).

Ponadto Spółka przekazała kopie 20 przykładowych umów zawartych w okresie od kwietnia do grudnia 2016 r., zawierających oświadczenia konsumentów w zakresie zgody marketingowej o treści:

„ Wyrażam zgodę na przetwarzanie moich danych osobowych przez (...) Spółka Akcyjna sp.k. z siedzibą w W. (ul. (...)) w celach marketingowych.

Wyrażam zgodę na przekazywanie moich danych osobowych osobom trzecim współpracującym z (...) Spółka Akcyjna sp.k. z siedzibą w W. (ul. (...)) w celach marketingowych.

Przyjmuję do wiadomości, że przetwarzanie danych i ich przekazywanie będzie odbywać się wyłącznie zgodnie z ustawą z dnia 29.08.1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1182 z późn. zm.); podanie danych jest dobrowolne, mam prawo dostępu do treści swoich danych oraz ich poprawiania, a moja zgoda może być odwołana w każdym czasie.”

Przekazane przez Spółkę umowy pochodziły z okresu pomiędzy 1 kwietnia 2016 r. a 3 grudnia 2016 r. (k. 246-287 akt adm.)

W toku przedmiotowego postępowania Prezes UOKiK wezwał (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**] pismami z dnia 22 grudnia 2016 r. (dowód: k. 202- 203 akt adm.) oraz 21 lutego 2017 r. (dowód: k. 367- 368 akt adm.), oraz (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**] pismami z dnia 22 grudnia 2016 r. (dowód: k. 216- 217 akt adm.), 14 lutego 2017 r. (dowód: k. 364- 365 akt adm.) oraz 6 czerwca 2017 r. (dowód: k. 415- 416 akt adm.) do przekazania informacji i dokumentów niezbędnych do ustalenia stanu faktycznego sprawy.

Dokumenty i wyjaśnienia zostały przekazane przez (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**] pismami z dnia 5 stycznia 2017 r. (dowód: k. 302- 317 akt adm.) oraz 14 marca 2017 r. (dowód: k. 381- 398 akt adm.). (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**] również udzieliła odpowiedzi Prezesowi Urzędu pismami z dnia 4 stycznia 2017 r. (dowód: k. 290- 298 akt adm.) oraz 27 lutego 2017 r. (dowód: k. 370- 379 akt adm.).

W piśmie z 27 lutego 2017 r. (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**] wskazała, że według posiadanych przez nią informacji zasady współpracy z (...) uległy zmianie w marcu 2016 r. oraz, że w tym czasie wyłączona została możliwość wykorzystywania jakichkolwiek elementów bazy i systemu [(...) **tajemnica przedsiębiorstwa**] lub zawartych tam informacji do generowania numerów (dowód: k. 371 akt adm.). W ww. piśmie (...) tajemnica przedsiębiorstwa] oświadczyła, że „na własną odpowiedzialność i na własne ryzyko, wykorzystywało procedurę generowania numerów, które były wykorzystywane całkowicie anonimowo” (dowód: k. 372 akt adm.). Jak wskazała (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**] po połączeniu z danym numerem telefonu, pracownicy (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**] zobligowani byli do uzyskania zgody na rozmowę, a w przypadku jej udzielenia również do uzyskania zgody na przekazanie informacji handlowych. Dopiero po uzyskaniu przedmiotowych zgód, pracownicy mogli pozyskać dane osobowe konsumenta (dowód: k. 372 akt adm.).

Również z wyjaśnień przekazanych przez (...) wynikało, że po przeprowadzonej rozmowie telefonicznej i wyrażeniu przez konsumenta chęci wzięcia udziału w pokazie organizowanym w imieniu (...), osoba kontaktująca się z konsumentem prosiła konsumenta o podanie imienia, nazwiska, jak również adresu korespondencyjnego w celu wysłania zaproszenia na pokaz (dowód: k. 9 akt adm.).

Jednakże (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**] nie wskazała wnioskowanej przez Prezesa Urzędu w piśmie z dnia 14 lutego 2017 r. ilości pozyskanych w taki sposób danych oraz nie przekazała 20 przykładowych rekordów zawierających pozyskane przez nią w powyżej opisany sposób zgody na rozmowę. (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**] wskazała, że numery były wykorzystywane losowo, bez sporządzania jakichkolwiek zestawień oraz że nie zostały utworzone żadne bazy danych, a jedynie zestawienia numerów telefonów (dowód: k. 372 akt adm.).

Ponadto (...) **tajemnica przedsiębiorstwa**] w piśmie z 27 lutego 2017 r. oświadczyła, że jednym ze źródeł z jakich pozyskiwała numery telefonów były również „numery ze źródeł powszechnie dostępnych tj. stron internetowych”.

Niemniej jednak nie przekazała informacji o ilości pozyskanych w taki sposób numerów telefonów wraz ze wskazaniem stosownych zgód na kontakt z abonentem (dowód: k. 372 akt adm.).

Jako materiał dowodowy do postępowania zostały także włączone skargi konsumentów dotyczące działań marketingowych podejmowanych przez (...) oraz materiały wykorzystywane przez Spółkę, tj.:

1. kopia bonu prezentowego - „B. - potwierdzenie odbioru prezentu” (numery bonów: (...), (...), (...), (...));
1. kopia zaproszenia na pokaz (numer zaproszenia: (...));
2. wiadomość e-mail z dnia 23 września 2015 r. wysłana przez konsumenta;
2. wiadomość e-mail z dnia 4 listopada 2015 r. skierowana przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów do konsumenta;
3. wiadomość e-mail z dnia 12 listopada 2015 r. wysłana przez konsumenta;
3. pismo Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 listopada 2015 r. skierowane do konsumentki, (...)
4. pismo konsumentki z dnia 17 listopada 2015 r. skierowane do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

(dowód: k. 133- 140 akt adm.)

Pismem z 10 grudnia 2018 r. Spółka została zawiadomiona o zakończeniu zbierania materiału dowodowego oraz o możliwości zapoznania się z aktami sprawy (dowód: k. 431- 432 akt adm.). Spółka nie skorzystała z możliwości zapoznania się z aktami sprawy.

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie dokumentów złożonych w trakcie postępowania administracyjnego, których autentyczność nie była kwestionowana przez żadną ze stron postępowania.

W tym stanie faktycznym Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem zaskarżona Decyzja jest słuszna i ma oparcie w przepisach prawa a podnoszone przez powoda zarzuty nie są trafne, stąd nie mogą skutkować uchYLENIEM, czy też zmianą Decyzji.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w istocie rzeczy odwołanie stanowi polemikę z ustaleniami poczynionymi w zaskarżonej Decyzji. Powód w żaden sposób nie odnosi się do dowodów, w oparciu o które stan faktyczny został ustalony, a tym samym nie podważa ich wiarygodności. Odwołanie nie zawiera również przytoczenia i omówienia dowodów, które zdaniem powoda świadczą o tym, że ustalenia są wadliwe. W tej sytuacji zarzuty dotyczące błędów Prezesa UOKiK przy ustalaniu stanu faktycznego nie mogły być skuteczne. W ocenie Sądu w oparciu o zgromadzony w toku postępowania administracyjnego materiał dowodowy, Prezes UOKiK dokonał prawidłowych ustaleń, które Sąd w całości przyjmuje za swoje.

Przede wszystkim, nie jest prawdziwe twierdzenie powoda, iż w Decyzji błędnie przyjęto, iż system (...) stworzony przez powoda nie był wykorzystywany do wykonywania połączeń (str. 6 Odwołania). Bowiem w toku postępowania administracyjnego sam powód prezentował odmienne stanowisko. Otóż w piśmie z 20 marca 2015 roku (k.6-11 akt adm.) stanowiącym odpowiedź na wezwanie Prezesa UOKiK powód wyjaśnił, że (...) kontaktuje się z potencjalnymi klientami w celu zaproszenia ich na organizowane przez (...) pokazy produktów, a numery pozyskiwane są, co do zasady, z następujących źródeł:

- a) baz danych powierzonych do wykorzystania w celach marketingowych przez brokerów;

- b) w wyniku uzyskania od konsumentów dobrowolnej zgody na przetwarzanie ich danych osobowych w celach marketingowych, udzielona na bonie prezentowym;
- c) w wyniku uzyskania od konsumentów dobrowolnej zgody na przetwarzanie ich danych osobowych w celach marketingowych, udzielonej przy zawieraniu umowy z powodem,
- d) w wyniku anonimowego generowania numeru w systemie informatycznym.

Również (...) w piśmie z 4 stycznia 2017 roku (k. 290 akt adm.) potwierdził, że miał dostęp do systemu (...). „Informujemy, iż nie przekazano nam baz danych objętych zapytaniem. Rekordy były udostępniane przez umożliwienie elektronicznego dostępu do bazy danych (...) Spółka Akcyjna sp.k.- dostęp do modułu (...) systemu (...). Obecnie nie posiadamy tego dostępu z uwagi na zmianę zasad współpracy.” Powyższe znalazło potwierdzenie w kolejnym piśmie (...) z 27 lutego 2017 roku (k.371 akt adm.), w którym stwierdzono „Wcześniej do dyspozycji (...) pozostawał system (...) wraz z modułem (...), który pozwalał (...) na wygenerowanie i wydzwonienie numeru na podstawie innych numerów zakupionych przez (...) Polska od brokerów baz danych lub na podstawie numerów posiadanych przez (...) Polska.” oraz dalej „Moduł (...) stanowił część programu komputerowego, który pozwalał na zdalny dostęp do bazy danych (...) Polska obsługiwanej przez program (...) i wydzwonienia wpisanych tam numerów lub pozyskania przez (...) nowych numerów za pośrednictwem „Generatora numerów” (...). Było to rozwiązanie bardzo łatwe do zastosowania stosowane powszechnie przez wiele podmiotów zajmujących się telemarketingiem. Moduł (...) pozwalał również wykonującemu połączenie pracownikowi (...) odznaczyć opcję „nie chcę kontaktów”, co skutkowało zablokowaniem numeru tj. nie były wykonywane na ten numer dalsze próby połączeń.”. To stanowisko (...) podtrzymał również w piśmie z 14 lutego 2017 r. (k.364 akt adm.) oraz sam powód w piśmie z 30 grudnia 2016 roku (k.231 akt adm.), w którym potwierdził, że pracownicy (...) mieli dostęp do administrowanego przez niego systemu (...) poprzez moduł (...).

Nie znajdują potwierdzenia w materiale dowodowym twierdzenia powoda zawarte w odwołaniu, iż po dniu 25 grudnia 2014 roku zaprzestał wykorzystywania systemu (...) w swojej działalności, który nie był również udostępniany żadnym podmiotom trzecim.

Tymczasem w toku postępowania administracyjnego powód wskazał, że zaprzestał samodzielnego generowania numerów z wykorzystaniem systemu (...) z dniem 1 kwietnia 2016 roku (pismo z 30 grudnia 2016 roku k. 299 akt adm.).

W dalszej części Odwołania powód stwierdził, że „Po dniu 01 kwietnia 2016 r. (...) nie miał dostępu do bazy danych powódki i nie mógł w oparciu o nią generować numerów. Powódka co prawda kontynuowała współpracę z (...), a (...) z (...), jednakże (...) nie mógł już wówczas korzystać z bazy danych powódki. (...) Od 01 kwietnia 2016 r. (...) telefonicznie zapraszał uczestników na organizowane pokazy w oparciu samodzielnie uzyskane numery, zobowiązując się do zapewnienia legalności ich przetwarzania.”

Jednakże spółka (...), w toku postępowania administracyjnego, w piśmie z 14 lutego 2017 roku na pytanie Prezesa UOKiK od kiedy i w jaki sposób zamieniły się zasady współpracy z powodem oraz od kiedy nie posiada dostępu do bazy danych powoda, oświadczyła „(...) zasady współpracy z (...) Spółka Akcyjna sp.k. zmieniły się istotnie w marcu 2016 r. Zgodnie z wymogami (...) możliwość wykorzystania numerów pochodzących od (...) Spółka Akcyjna sp.k. została dla (...) ograniczona wyłącznie do numerów takich osób, które wyraziły wcześniej wobec (...) Spółka Akcyjna sp.k. wyraźną zgodę na kontakt telefoniczny w celu marketingu bezpośredniego np. w umowie lub na podstawie bonu. Wyłączona została możliwość wykorzystania jakichkolwiek elementów bazy czy też systemu (...) lub zawartych tam informacji do generowania numerów.”

W związku z powyższym Prezes UOKiK prawidłowo ustalił w Decyzji, że po 1 kwietnia 2016 roku (...) zaprzestał wykorzystywania systemu (...) powoda oraz że współpraca pomiędzy powodem a (...) zakończyła się z dniem 1 lutego 2017 roku.

Przechodząc do kolejnych zarzutów Odwołania, należy podnieść, iż w punkcie pierwszym Decyzji Prezes UOKiK uznał za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów działania powoda polegające na wykorzystywaniu telekomunikacyjnych urządzeń końcowych dla celów marketingu bezpośredniego dotyczącego produktów marki (...) bez uprzedniej zgody abonentów lub użytkowników końcowych będących konsumentami, co stanowiło naruszenie art. 172 ust. 1 w związku z art. 174 p.t. oraz godziło w zbiorowe interesy konsumentów.

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 1 u.o.k.i.k zakazane jest stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Stosownie do treści art. 24 ust. 2 ustawy przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działania przedsiębiorcy. Oceny, czy w danym przypadku mamy do czynienia z praktyką określoną w art. 24 ust. 2 u.o.k.i.k należy zatem dokonać na podstawie łącznego spełnienia następujących przesłanek:

- 1) bezprawności działania przedsiębiorcy,
- 2) godzenia tymi działaniami w zbiorowy interes konsumentów.

Nie budzi wątpliwości w niniejszej sprawie, że powód jest przedsiębiorcą i że podejmował działania w obrocie z konsumentami. Rozstrzygnięcia wymagały więc kwestie, czy działania opisane w stanie faktycznym sprawy są bezprawne i czy naruszają zbiorowe interesy konsumentów.

O bezprawności w rozumieniu powołanego przepisu możemy mówić, gdy zachowanie przedsiębiorcy - czyli jego działanie, jak również zaniechanie - jest sprzeczne z powszechnie obowiązującym porządkiem prawnym, a więc zarówno z normami prawnymi, jak również z zasadami współżycia społecznego i dobrymi obyczajami. Bezprawność jest przy tym obiektywnym czynnikiem, a więc jest niezależna od winy i jej stopnia, jak również bez znaczenia jest świadomość istnienia naruszeń. Bezprawność jest także niezależna od wystąpienia szkody.

W przypadku opisanej praktyki jej bezprawność wynika z naruszenia powszechnie obowiązującej normy prawnej wyrażonej w 172 p.t. w zw. z art. 174 p.t. zgodnie z którym 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, a zgoda ta nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści, może być wyrażona drogą elektroniczną, pod warunkiem jej utrwalenia i potwierdzenia przez użytkownika, oraz może być wycofana w każdym czasie, w sposób prosty i wolny od opłat (pogrubienie pochodzi od Sądu).

Powód w odwołaniu podniósł, że praktyka będąca przedmiotem postępowania nie może być do niego odnoszona, ponieważ nie wykonywał połączeń do abonentów. W uzasadnieniu stanowiska powód podał, że nie miał bezpośredniego wpływu na sposób działania spółki (...). Jego zdaniem w Decyzji błędnie ustalono, że: „Współpraca (...) z (...) polegała na udostępnianiu (...) bazy danych administrowanej przez (...) w celu wykonywania przez (...) czynności związanych z telefonicznym zapraszaniem konsumentów.” (str. 7 uzasadnienia decyzji). Powódka nigdy nie współpracowała bezpośrednio ze spółką (...), spółka (...) podjęła samodzielną decyzją w przedmiocie zlecenia tej spółce zapraszania gości na organizowane pokazy. Powódka powierzała jedynie legalnie przetwarzane dane osobowe osób, które przekazały swój numer telefonu na potrzeby kontaktów marketingowych — były to jednak dane wykorzystywane w działalności (...) jedynie w małym zakresie.”.

Sąd stoi na stanowisku, iż nie jest możliwe przyjęcie koncepcji powoda, w której jako beneficjent działań marketingowych nie ponosi żadnej odpowiedzialności za sposób ich prowadzenia, tylko podmioty działające w jego imieniu i na jego rzecz. W tym zakresie Sąd w pełni podziela ustalenia Prezesa UOKiK.

Ponadto, Sąd w składzie rozpoznającym sprawę w pełni podziela i przyjmuje za własny pogląd wyrażony w uchwale Sądu Najwyższego z 17 lutego 2016 roku, (sygn. akt III SZP 7/15, Lex nr 1977624), w którym Sąd ten stwierdził, iż „Dla ustalenia rzeczywistego zakresu podmiotowego zakazu z art. 172 ust. 1 PT kluczowe znaczenie ma sformułowanie "używanie (...)". Z uwagi na znaczenie prawa do prywatności oraz uciążliwość tego rodzaju form komunikacji

marketingowej dla użytkowników telefonii komórkowej, zwrot ten nie może być interpretowany zawężająco, tym bardziej, że zakaz z art. 172 ust. 1 PT służy realizacji celów dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej), (Dz.U.UE.L.2002.201.37) oraz obowiązku władz publicznych przewidzianego w art. 76 Konstytucji RP. Zwrot "używanie (...)" nie jest językowo precyzyjny. (...) to posługiwanie się czymś, wykorzystywanie czegoś jako środka, narzędzia do realizacji określonego celu. Skoro zakazane jest używanie (...) dla celów marketingu bezpośredniego, niedozwolone jest posługiwanie się (...), wykorzystywanie (...) jako środka do realizacji tych celów, o których mowa w art. 172 ust. 1 PT (tj. do marketingu bezpośredniego).(...) Do rozstrzygnięcia pozostaje, czy zakaz używania (...) bez posiadania zgód marketingowych narusza przedsiębiorca, który zleca innemu podmiotowi użycie (...) w celach promocyjnych usług zleceniodawcy i dostarcza bazę numerów abonentów lub użytkowników końcowych, na urządzenia których mają być kierowane wiadomości SMS? Sąd Najwyższy uznaje, że takie zachowanie mieści się w zakresie normowania analizowanego zakazu już przy samej językowej wykładni art. 172 ust. 1 PT. Takie zachowanie jest użyciem (...), czyli posłużeniem się (...), zastosowaniem (...) jako środka służącego promowaniu usług przedsiębiorcy-zleceniodawcy. Zleceniodawca wskazuje bowiem (...) jako narzędzie kierowania komunikatów marketingu bezpośredniego do zdefiniowanego przez niego za pomocą numeru telefonu odbiorcy, co powoduje, że posługuje się on (...) (a zatem używa go w rozumieniu art. 172 ust. 1 PT) dla celów marketingu bezpośredniego. (...) W świetle konstrukcji zakazu używania (...) w takim stanie faktycznym nie ma znaczenia, czy dostawca posługuje się samodzielnie (...), czy też zleca posłużenie się (...) innemu podmiotowi dla celów marketingu bezpośredniego usług tego dostawcy telekomunikacyjnego. (...) W konsekwencji Sąd Najwyższy uznaje, że obowiązek uzyskania zgody abonenta celem legalnego korzystania z (...) obciąża przedsiębiorcę, który faktycznie używa (...) oraz przedsiębiorcę, który posługuje się (...) innego przedsiębiorcy (zleca użycie (...) innemu przedsiębiorcy) dla celów marketingu bezpośredniego adresowanego do abonentów i użytkowników końcowych, których bazę przekazał temu innemu przedsiębiorcy.”.

Ponadto należy podkreślić, że spółki [(...) i (...) - tajemnica przedsiębiorstwa] nie podejmowały kwestionowanych przez Prezesa UOKiK działań w imieniu własnym, tylko w imieniu i na rzecz powoda.

Taki wniosek można wysnuć nie tylko ze sposobu zorganizowania współpracy pomiędzy stronami, ale również poszczególnych dokumentów, na przykład w skrypcie rozmowy telefonicznej, przekazanej przez powoda przy piśmie z 20 marca 2015 roku, widnieje informacja, że osoba dzwoniąca miała się przedstawić w następujący sposób „Nazywam się...dzwonię do Pana/i z firmy (...) spółka z o.o. spółka komandytowa **w imieniu (...) S.A. sp.k. w W., właściciela prestiżowej marki P. (...)** i mam dla Pana/i wiadomość ...”. (k. 18 akt adm.).

Również z treści Umów zawartych przez powoda z (...) i (...) a dotyczących udostępnienia danych osobowych, wynika że powód udostępnił obu spółkom dane osobowe w celu pozyskania klientów **dla powoda** (§ 1 pkt 2 k.42 i 46 akt adm.)

Dodatkowo powód ściśle nadzorował działalność (...) i (...). W piśmie z 20 marca 2015 roku powód min. oświadczył, że „(...) zaznacza, że zarówno pracownicy (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. jak i (...) sp. z o.o. szkoleni są m.in. z zakresu przepisów o ochronie danych osobowych. Podmioty współpracujące ze spółka zobowiązane są do stosowania metod umożliwiających niezwłoczne odnotowanie sprzeciwu każdego abonenta, z którym nastąpił kontakt telefoniczny, wobec dalszych kontaktów telefonicznych ze strony Spółki (jej zleceniodawców).” (k.10 akt adm.).

Również powód miał świadomość jak (...) i (...) będą organizowały działania marketingowe, gdyż sam przekazał im dostęp do baz danych w celu pozyskania klientów dla powoda. Zarówno w umowie zawartej z (...) jak i (...) w § 1 pkt 2 wskazano bowiem, że „Zleceniodawca zleca, a Zleceniobiorca zobowiązuje się do przetwarzania danych osobowych w zakresie **usługi polegającej na rozmowach telefonicznych** z dotychczasowymi oraz nowymi klientami Zleceniodawcy, mającej na celu **pozyskanie klientów na rzecz Zleceniodawcy** . Treść rozmowy przeprowadzanej z klientami Zleceniobiorca ustali ze Zleceniodawcą.” (Umowa z 04/03/2014 r. k.42 akt adm., Umowa z 16/06/2008 r. k.46). Ponadto z treści § 1 pkt 6 Umowy z 16/06/2008 roku zawartej z (...) wynika, że „Niedopuszczalne jest powierzenie przez Zleceniobiorcę czynności wynikających z niniejszej Umowy

osobom trzecim bez pisemnej zgody Zleceniodawcy. Niniejszym Zleceniodawca wyraża zgodę na zlecenie przez Zleceniobiorcę wykonywania określonych działań z zakresu będącego przedmiotem niniejszej Umowy w ramach dalszego powierzenia przetwarzania danych osobom współpracującym ze Zleceniodawcą.” (k.46 akt adm.).

Powód udostępniając w/w podmiotom z nim współpracującym bazy danych robił to w celu przeprowadzenia przez kontrahentów akcji telemarketingowych, a skoro tak to powinien mieć wiedzę, czy osoby których dane znajdują się w tych bazach wyraziły zgodę na kontakt telefoniczny w celu marketingu bezpośredniego. Ponadto, to na powódzie jako profesjonalistę spoczywał obowiązek takiego skonstruowania umów z przedsiębiorcami, którzy mieli wykonywać akcje marketingowe, aby były one zgodne z obowiązującymi przepisami, w tym art. 172 i 174 Pt. Inne zapatrywanie prowadziło do obejścia obowiązującego prawa (tak też SOKiK w uzasadnieniu do wyroku z 21 marca 2014 r., sygn. akt XVII AmT 10/12, Lex nr 2155559). Zresztą w toku postępowania administracyjnego, powód nie kwestionował faktu współpracy z obiema spółkami np.: w piśmie z 28 kwietnia 2015 roku (k.37 akt adm.) wyjaśnił, że [„Generalne wytyczne odnoszące się do prowadzenia działalności handlowej przekazywane są przez Spółkę ustnie na corocznym spotkaniu z przedstawicielami (...). Na spotkaniu tym omawiane są metody i plany działania spółek w kolejnym roku kalendarzowym oraz zapadają decyzje o zakresie i rodzaju działań, jakie podejmować ma (...). W efekcie przyjętych przez spółki planów, (...) zleca (...) w odpowiednim zakresie szereg działań związanych z realizowaniem połączeń z klientami/potencjalnymi klientami Spółki.” – **tajemnica przedsiębiorstwa**].

Reasumując, twierdzenie powoda zawarte w odwołaniu, iż Prezes UOKiK nałożył na niego karę pieniężną za działania osób trzecich jest nieprawidłowe i nie znajduje potwierdzenia w materiale dowodowym oraz obowiązujących przepisach.

W dalszej kolejności powód zarzucił Prezesowi UOKiK, że ten „dokonał błędnej wykładni art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 u.o.k.k. w związku z art. 172 ust. 1 PT oraz art. 174 PT poprzez zbyt szeroką interpretację pojęcia marketingu bezpośredniego, bezpodstawnie uznając, że wyłączona jest możliwość jakiegokolwiek kontaktu z abonentem bez jego uprzedniej zgody, w tym w szczególności wyłączona jest możliwość kontaktu w celu uzyskania zgody na podjęcie działań marketingowych, jeśli choćby pośrednim skutkiem takiego kontaktu miałyby być zawarcie umowy.”.

Ujęty w art. 172 p.t. zakaz używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących bez uprzedniej zgody abonenta lub użytkownika końcowego został przez ustawodawcę odniesiony do marketingu bezpośredniego.

W związku z powyższym, powód stał na stanowisku, że wykonywanie połączeń telefonicznych w celu zaproszenia abonenta na pokaz podczas którego będzie istnieć możliwość zakupu produktów powoda, jak również w celu uzyskania zgody na kontakt telefoniczny, nie stanowi marketingu bezpośredniego, a zatem powód nie mógł dopuścić się naruszenia przepisu art. 172 p.t., który dotyczy wyłącznie tego rodzaju marketingu.

Na wstępie, należy zgodzić się z powodem jak i z pozwanym, że w obowiązujących przepisach brak jest definicji marketingu bezpośredniego.

Prezes UOKiK wskazał, że przez marketing rozumie się działania przedsiębiorców dotyczące sprzedaży, dystrybucji, reklamy, planowania, produkcji, badań rynku. Przez marketing definiuje się również sztukę zdobywania, utrzymywania, rozwijania klienta poprzez tworzenie, dawanie, komunikowanie mu wartości, które mają dla niego największe znaczenie. Działania te mają także na celu poznanie potrzeb konsumentów, ustalenie wielkości produkcji oraz metod dystrybucji, sprzedaży i reklamy towarów lub usług. Bezpośredniość zaś oznacza skierowanie komunikatu do konkretnej osoby (choćby jego nadawca nie dysponował jego danymi), celem uzyskania bezpośredniej reakcji (odpowiedzi).

Z kolei powód w odwołaniu wskazał, iż „Powszechnie przyjmuje się, że marketing bezpośredni służy informowaniu o możliwości bezpośredniego nabycia towarów lub usług oraz składania potencjalnym klientom propozycji zawarcia umów. A contrario za dopuszczalne powinny być więc uznawane kontakty z użytkownikami końcowymi podejmowane celem informowania o działalności przedsiębiorcy bez składania mu oferty handlowej i propozycji zawarcia umowy

przez telefon. Również w doktrynie przyjmuje się, że marketing bezpośredni polega na bezpośrednich komunikatach kierowanych do starannie wybranych, pojedynczych osób, często w indywidualnym kontakcie, w celu uzyskania bezpośredniej reakcji (odpowiedzi). Jedną z podstawowych form marketingu bezpośredniego jest telemarketing. Polega on na wykorzystywaniu telefonu do bezpośredniego kontaktu i sprzedaży. (por. A. Krasuski w komentarzu do Prawa Telekomunikacyjnego art. 172; publ. Lex Polonica). Zgodnie z powszechnie dostępnymi definicjami ekonomicznymi marketing bezpośredni pozwala konsumentom kupować produkty i usługi dzięki wykorzystaniu różnych mediów reklam z pominięciem bezpośredniego kontaktu osobistego ze sprzedawcą. Oprócz tworzenia wizerunku marki, celem marketingu bezpośredniego jest uzyskanie bezpośredniej, najczęściej natychmiastowej i dającej się zmierzyć reakcji konsumenta.”.

Jak widać definicje zaprezentowane przez strony nieco się różnią, natomiast Sąd uznał, że w rozpoznawanej sprawie należy odnieść się do definicji pojęcia „marketingu bezpośredniego” zawartej w Rekomendacji R (85)20 z dnia 25 października 1985 r. Komitetu Ministrów dla Państw Członkowskich w sprawie ochrony danych osobowych używanych dla celów marketingu bezpośredniego Rady Europy. Zgodnie z którą **„marketing bezpośredni”** to ogół działań, jak również wszelkich dotyczących go usług pomocniczych, umożliwiających oferowanie produktów lub usług bądź przekazywanie innych informacji do grupy ludności - za pośrednictwem poczty, telefonu lub innych bezpośrednich środków - w celach informacyjnych bądź w celu wywołania reakcji ze strony osoby, której dane dotyczą.” Powyższa definicja, w ocenie Sądu, najpełniej oddaje naturę marketingu bezpośredniego w obecnych czasach, a co ważniejsze została umieszczona w akcie dotyczącym wykorzystywania danych osobowych dla celów marketingu bezpośredniego.

Na możliwość i zasadność odniesienia się do powyższej definicji wskazał również Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w uzasadnieniu do wyroku z 21 marca 2014 roku (sygn. akt AmT 10/12, Lex nr 2155559), w którym odniósł się również do innej definicji zaproponowanej przez profesora K. B. według którego marketing bezpośredni to: "sprzedaż wielu rodzajów produktów (dóbr fizycznych, usług lub idei), oparta na wykorzystaniu bezpośrednich i/ lub pośrednich kontaktów producenta z końcowym nabywcą w celu zawarcia jednej lub wielu transakcji handlowych, usługowych, sprzedaży idei (publikowana: (...))

Z kolei Główny Inspektor Ochrony D. O., w kontekście podstaw prawnych przetwarzania danych osobowych w celach marketingowych wskazał, że: "Istotą marketingu są działania mające na celu kształtowanie popytu poprzez poszerzenie kręgu nabywców na usługi świadczone przez firmę, jak również poprawienie relacji pomiędzy firmą a klientem". W decyzji tej organ dokonał uszczegółowienia swojego stanowiska dotyczącego definicji marketingu, wskazując, że "w ocenie organu działania polegające na wysyłaniu korespondencji do Skarżącego przypominającej o konieczności zapłaty za fakturę ("płatność z góry") w celu przedłużenia ważności umowy, bądź wysyłanie życzeń należy uznać za działania marketingowe" (zob. decyzja (...) z 11 maja 2012 r., (...)/ (...), (...), (...)) Sąd również zgadza się z tą interpretacją.

Natomiast za wadliwe należy uznać odnośnienie się przez powoda przy ustalaniu definicji marketingu bezpośredniego do innych aktów prawnych np.: ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym) czy też Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) (Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 29 października 2008 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług), ponieważ regulują one zupełnie inne materie i nie ma dla takiego zabiegu żadnego logicznego uzasadnienia. Bowiem te same pojęcia na gruncie poszczególnych aktów prawnych mają przeważnie inne znaczenia. Przy ustalaniu znaczenia danego pojęcia należy przede wszystkim odnosić się do jego znaczenia w języku powszechnym oraz celu w jakim dany akt powstał.

Reasumując, wykonywanie połączeń telefonicznych w celu zaproszenia konsumenta na pokaz podczas którego istnieje możliwość zakupu produktów oferowanych do sprzedaży przez powoda, jest marketingiem bezpośrednim, ponieważ jest przekazaniem informacji w celu wywołania reakcji ze strony konsumenta w postaci udania się na pokaz i zakupu oferowanych produktów. Warto w tym miejscu podkreślić, że powyższe pokazy nie były organizowane przez powoda w celu podniesienia świadomości konsumentów w kwestii zdrowego odżywiania i tym samym w trosce

o ich zdrowie i życie, ale w celu sprzedania jak największej ilości produktów prezentowanych podczas pokazów. Zatem zaproszenie miało charakter czysto komercyjny.

Słusznie zatem Prezes UOKiK w zaskarżonej Decyzji przyjął, „Ponieważ cechą działań podejmowanych w celach marketingu bezpośredniego jest nakierowanie na osiągnięcie efektu handlowego, najczęściej w postaci zwiększenia popytu na towary lub usługi przedsiębiorcy, marketing bezpośredni obejmuje nie tylko działania o charakterze sprzedażowym, ale również jakiegokolwiek działania, które służą dostarczaniu informacji, jeśli ich końcowym efektem jest zainteresowanie adresata ofertą przedsiębiorcy. Tym samym jako mieszczące się w hipotezie art. 172 pt kwalifikowane mogą być nie tylko sytuacje, w których przedsiębiorca kontaktuje się z konsumentem w celu przedstawienia propozycji zawarcia umowy, ale także gdy:

- kontakt ma na celu uzyskanie zgody na marketing bezpośredni, w tym na zaprezentowanie oferty;
- kontakt jest wykorzystywany do umówienia bezpośredniego spotkania z przedstawicielem handlowym, którego zadaniem jest przedstawienie oferty określonego produktu i zawarcie umowy;
- przedsiębiorca nawiązuje kontakt ze swoim klientem w celu zbadania jego potrzeb lub oczekiwań co do oferowanych przez przedsiębiorcę towarów lub usług;
- kontakt ma na celu informowanie o akcjach promocyjnych przedsiębiorcy, bez składania propozycji zawarcia umowy przez telefon, tj. np.:
- zaproszenie na spotkanie lub pokaz produktów, podczas których lub w wyniku których istnieje możliwość zakupu produktów,
- zaproszenie na jazdę próbną,
- informowanie o rabatach i promocjach dostępnych w sklepach stacjonarnych;
- kontakt dotyczy zapowiedzi oferty.”.

Wobec powyższego Prezes UOKiK uznał, że nawiązanie przez przedsiębiorcę z konsumentem kontaktu telefonicznego celem zapytania o wyrażenie zgody na przekazanie informacji handlowej stanowi działanie w celu marketingu bezpośredniego, o którym mowa w art. 172 pt. Tego rodzaju komunikacja z konsumentem, zdaniem Prezesa, w konsekwencji zmierza bowiem do uzyskania możliwości przedstawienia szczegółowych warunków oferty konkretnego przedsiębiorcy. Zawsze więc działanie nakierowane na pozyskanie zgody abonenta na kontakt marketingowy ma na celu promocję usług i towarów przedsiębiorcy, a tym samym jest działaniem dla celów marketingu bezpośredniego.”.

Z powyższym poglądem, dotyczącym uznania za marketing bezpośredni kontaktu, który ma na celu uzyskanie zgody na marketing bezpośredni, powód również się nie zgodził.

Na poparcie swojego stanowiska powód powołał się na uzasadnienie wyroku Sądu Rejonowego dla Warszawy Pragi-Południe w Warszawie, VII Wydział Cywilny w sprawie o sygn. akt VII C 523/16, w którym Sąd ten stwierdził: „Biorąc pod uwagę powyższe rozważania stwierdzić należy, iż nie jest sprzeczne z art. 172 Prawa Telekomunikacyjnego wykonywanie przez pracowników pozwanej połączeń na losowo wybrane numery abonentów bez ich zgody. Tym samym pozwana mogła wykonywać połączenia telefoniczne na numery abonentów, w tym teoretycznie również na numer powoda w celu ustalenia, czy wyrażają oni zgodę na kontakt telefoniczny w celu marketingu bezpośredniego”. Na skutek apelacji strony powodowej wyrok ten został poddany rewizji sądu odwoławczego, który zdecydował o jego utrzymaniu w mocy i oddaleniu apelacji. Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie, IV Wydział Cywilny Odwoławczy w uzasadnieniu do wyroku z 4 stycznia 2019 r. (sygn. akt: IV Ca 1873/16) stwierdził, iż: „Poza tym kwestię wykonywania przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego niechcianych telefonów do przypadkowych osób fizycznych normuje wyczerpująco art. 172 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, którego wykładania została dokonana przez Sąd Rejonowy w sposób prawidłowy”.

Sąd w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę stoi na stanowisku, że zaprezentowany pogląd jest wadliwy, gdyż nie został oparty na dogłębnej analizie omawianego przepisu oraz nie odnosi się do uregulowań unijnych w tym zakresie, chociaż przepisy art. 172 i 174 p.t. zostały wprowadzone do polskiego porządku prawnego w wyniku implementacji przepisów Dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej) (Dz.U.UE L z dnia 31 lipca 2002 r.) (dalej Dyrektywa łącznościowa).

W przepisie art. 1 ust. 1 Dyrektywy łącznościowej wskazano, że „Niniejsza dyrektywa przewiduje harmonizację przepisów krajowych wymaganych do zapewnienia równoważnego poziomu ochrony podstawowych praw i wolności, **w szczególności prawa do prywatności** i poufności, w odniesieniu do przetwarzania danych osobowych **w sektorze łączności elektronicznej** oraz w celu zapewnienia swobodnego przepływu we Wspólnocie tego typu danych oraz urządzeń i usług łączności elektronicznej.” (podkreślenie pochodzi od Sądu).

Z kolei w motywie 40 ustawodawca europejski podkreślił, że należy zapewnić środki zabezpieczające abonentów **przed ingerencją w ich prywatność** przez **niezamówione komunikaty do celów marketingu bezpośredniego** w szczególności przez urządzenia do wywołań automatycznych, telefaksy i wiadomości z poczty elektronicznej (e-maile), w tym wiadomości SMS. Bowiem w jego ocenie, te formy niezamówionych komunikatów handlowych mogą z jednej strony być stosunkowo proste i tanie w przesyłaniu, z drugiej strony zaś mogą powodować obciążenie i/lub koszty dla odbiorcy. Ponadto, w niektórych przypadkach ich pojemność może powodować również problemy w sieci łączności elektronicznej i terminalu. W przypadku takich form niezamówionych komunikatów dotyczących marketingu bezpośredniego, uzasadnione staje się wymaganie uprzedniej wyraźnej zgody odbiorcy przed wysłaniem do niego komunikatu.

Realizację tego postulatu stanowi art. 13 Dyrektywy łącznościowej zgodnie z którym „1. 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**. 2. Niezależnie od przepisów ust. 1, w przypadku gdy osoba fizyczna lub prawna otrzymuje od swoich klientów szczegółowe elektroniczne dane kontaktowe dotyczące kontaktu z nimi za pomocą poczty elektronicznej, w kontekście sprzedaży produktu lub usługi, zgodnie z dyrektywą 95/46/WE, ta sama osoba fizyczna lub prawna może używać tych szczegółowych elektronicznych danych kontaktowych na potrzeby marketingu bezpośredniego swoich własnych podobnych produktów lub usług, pod warunkiem że klienci zostali jasno i wyraźnie poinformowani o możliwości sprzeciwienia się, w prosty i wolny od opłat sposób, takiemu wykorzystywaniu elektronicznych danych kontaktowych w chwili ich pobierania oraz przy każdej okazji otrzymywania wiadomości, w przypadku klientów, którzy początkowo nie sprzeciwili się takiemu wykorzystywaniu.”.

Do celów niniejszej dyrektywy, zgoda użytkownika lub abonenta, niezależnie od tego czy abonentem jest osoba fizyczna czy prawna, powinna mieć to samo znaczenie co zgoda podmiotu danych opisana i szerzej określona w dyrektywie 95/46/WE. Zgoda może być udzielona w jakikolwiek sposób umożliwiający swobodne i świadome wyrażenie woli użytkownika, włączając zaznaczenie okna wyboru podczas przeglądania witryny internetowej (motyw 17).

Z przedstawionych powyżej motywów Dyrektywy łącznościowej i jej przepisów jednoznacznie wynika, że celem jej wprowadzenia była ochrona prywatności abonentów przed niechcianymi komunikatami do celów marketingu bezpośredniego. A zatem dokonując pro unijnej wykładni przepisów art. 172 p.t. i 174 p.t. należy przyjąć, że przedsiębiorcy nie wolno kierować do abonenta/konsumenta komunikatów do celów marketingowych bez uprzedniego uzyskania zgody na taki kontakt. Niewątpliwie kontaktowanie się z abonentem w celu uzyskania zgody na kontakt w celu marketingowym jest naruszeniem prawa do prywatności abonenta zmierzającym do uzyskania zgody, której konsekwencją będzie możliwość przedstawienia oferty/informacji marketingowych przez przedsiębiorcę.

Przyjęcie stanowiska prezentowanego przez powoda oraz Sąd Rejonowy dla Warszawy Pragi – Południe w Warszawie prowadziłoby niewątpliwie do obchodzenia przez przedsiębiorców zakazu wyrażonego w art. 172 p.t. a tym samym uczynienia go martwym. Bowiem przedsiębiorca mógłby niepokoić konsumenta takimi kontaktami/zapytaniami bez ograniczeń, nawet jeśli we wcześniejszej rozmowie konsument nie wyraził zgody na taki kontakt, gdyż za każdym razem tłumaczyłby się, że kontaktuje się abonentem jedynie w celu uzyskania zgody na marketing bezpośredni, a nie w celu marketingu bezpośredniego w rozumieniu ustawy prawo telekomunikacyjne.

Ponadto, co potwierdzają ustalenia w niniejszej sprawie, w sytuacji gdy przedsiębiorca nie nagrywa rozmów z konsumentami, nie ma możliwości wykazania, że zgodę uzyskał oraz jej treści. Tymczasem zgodnie z przepisem art. 174 p.t. zgoda taka, 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 (tak A. Krasuski [w:] Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, wyd. IV, Warszawa 2015, art. 172 oraz motyw 17 Dyrektywy łącznościowej).

Wbrew twierdzeniom powoda przyjęcie prezentowanego poglądu nie prowadzi do wyłączenia możliwości kontaktowania się telefonicznego z abonentami w celu marketingowym, a jedynie określa zasady na jakich taki kontakt może się odbywać. Zresztą z dowodów zgromadzonych w sprawie wynika, że powód nie miał trudności w uzyskaniu właściwych zgód, które zostały wyrażone przez konsumentów na bonach prezentowych. Z kolei zgody zawarte w umowach sprzedaży dotyczyły przetwarzania danych osobowych w celach marketingowych, a nie wykorzystywania tych danych do celów marketingu bezpośredniego.

Nie można również zgodzić się z powodem, że Prezes UOKiK dokonał błędnej wykładni art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 u.o.k.i.k w zw. z art. 172 ust. 1 p.t. oraz art. 174 p.t. przyjmując, iż zgoda abonenta na działania marketingowe połączona z podaniem numeru telefonu, która została udzielona przed dniem 25 grudnia 2014 roku (wejścia w życie znowelizowanego brzmienia art. 172 ust. 1 p.t.) nie jest wystarczająca w rozumieniu brzmienia ww. przepisów.

Na wstępie, należy zauważyć, że w materiale dowodowym brak jest dokumentów zawierających ww. zgody. Załączone do akt Umowy oraz bony prezentowe pochodzą z okresu późniejszego tj. z 2016 roku. Tym samym powód nie wykazał, że dysponował zgodami udzielonymi przed 25 grudnia 2014 roku.

Ponadto, należy podkreślić, że w Decyzji Prezes UOKiK stwierdził jedynie, że zgody marketingowe pozyskane przez powoda nie spełniały wymogów prawidłowo udzielonej zgody na gruncie znowelizowanego prawa telekomunikacyjnego tj. warunków określonych w przepisie art. 174 p.t. bowiem zgoda na kontakt w celach marketingu bezpośredniego przy użyciu telekomunikacyjnych urządzeń końcowych, nie jest tożsama ze zgodą wyrażoną na przetwarzanie danych osobowych w celach marketingowych w rozumieniu ustawy o ochronie danych osobowych. Przez przetwarzanie danych osobowych rozumie się bowiem, stosownie do art. 7 pkt 2 uodo, jakiegokolwiek operacje wykonywane na danych osobowych, takie jak zbieranie, utrwalanie, przechowywanie, opracowywanie, zmienianie, udostępnianie i usuwanie, a zwłaszcza te, które wykonuje się w systemach informatycznych. Natomiast art. 172 p.t. odnosi się wyłącznie do używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych w określonym celu - marketingu bezpośredniego. Dalej Prezes UOKiK podkreślił, że „zgoda w rozumieniu art. 172 pt nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści, co oznacza, iż zgoda taka ma charakter niezależny od innych zgód i nie można jej wywodzić ze zgód udzielonych na przetwarzanie danych osobowych w celach marketingowych, które zostały udzielone na podstawie ustawy o ochronie danych osobowych.”.

Słusznie również Prezes UOKiK uznał, że wykorzystanie w celach marketingu bezpośredniego numerów telefonów znajdujących się w bazie danych, pozyskanej na podstawie uzyskanych od konsumentów zgód na przetwarzanie ich danych w celach marketingowych, udzielonych odrębnie przy zawarciu umowy sprzedaży z (...) nie spełniło wymogów z art. 172 ust. 1 w związku z art. 174 prawa telekomunikacyjnego. Zgody te zostały udzielone bowiem na podstawie ustawy o ochronie danych osobowych, a przedmiotowa formuła nie zawiera w swojej treści wskazania zgody na kontakt w celu marketingu bezpośredniego za pomocą telekomunikacyjnych urządzeń końcowych.

Natomiast omawiane wymogi spełniały zgody udzielane przez konsumentów na bonie prezentowym, bowiem z ich treści wynikało, że były udzielane na przetwarzanie danych osobowych w celach marketingowych oraz na używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych w stosunku do podanego przez konsumenta numeru telefonu dla celu marketingu bezpośredniego (k. 134, 241-245 akt adm.).

Powyższy pogląd zaprezentowany przez Prezesa UOKiK w zaskarżonej Decyzji jest również utrwalony w orzecznictwie sądów administracyjnych. I tak Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 31 stycznia 2012 roku, (sygn. akt I OSK 1317/11, Lex nr 1103556) stwierdził „Klauzula zgody na przetwarzanie danych osobowych w celach marketingowych powinna być sformułowana w sposób **oddzielny** od klauzuli zgody na otrzymywanie informacji handlowych za pomocą poczty elektronicznej.” oraz „Jeżeli szczegółowe elektroniczne dane kontaktowe zostały uzyskane, klient powinien zostać poinformowany o przyszłym ich wykorzystywaniu **do celów marketingu bezpośredniego w sposób jasny i wyraźny**, oraz powinien mieć możliwość wyrażenia sprzeciwu wobec tego rodzaju wykorzystywania jego danych. Ta szczególna ochrona uzasadniona jest gwarancją ochrony bezpieczeństwa w publicznych sieciach łączności, **pewności użytkowników, że ich prywatność nie zostanie zagrożona.**” (zobacz także wyroki wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w W. z 30 listopada 2017 roku, sygn. akt II SA/WA 576/17 Lex nr 2760184 oraz z 1 lutego 2016 roku sygn. akt II SA/WA 1336/15 Lex nr 2045519 oraz Naczelnego Sądu Administracyjnego z 10 stycznia 2013 r., sygn. akt. I OSK 2029/11, LEX nr 1341461).

W tym ostatnim ze wskazanych orzeczeń, NSA podkreślił, że „zgodnie z dyrektywą 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 12 lipca 2002 r. dotyczącą przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej, podstawową wartością jest zapewnienie praw i wolności w zakresie przetwarzania danych osobowych, **w szczególności prawa do prywatności**, gwarantowanego w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz w konstytucjach Państw Członkowskich. W dyrektywie przyjmuje się, że zgoda użytkownika lub abonenta, niezależnie od tego, czy abonentem jest osoba fizyczna czy prawna powinna mieć to samo znaczenie co zgoda podmiotu danych opisana i szerzej określona w dyrektywie 94/46/WE. Zgoda może być udzielona w jakikolwiek sposób umożliwiający swobodne i świadome wyrażenie woli użytkownika, włączając zaznaczenie okna wyboru podczas przeglądania witryny internetowej. Z omówionych już względów szczególnie wtedy, gdy dane podlegają mają przetwarzaniu w celach marketingowych, prawodawca unijny przywiązuje dużą wagę, by zgoda sformułowana **była w sposób jasny i wyraźny**. Ta szczególna ochrona uzasadniona jest gwarancją ochrony bezpieczeństwa w publicznych sieciach łączności, pewności użytkowników, że ich prywatność nie zostanie zagrożona.”. Sąd ten podkreślił również „, że dokonując wykładni art. 23 ust. 1 pkt 1 powołanej ustawy o ochronie danych osobowych należy uwzględnić dyrektywę 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz.U.U.E.L95.281.31 z późn. zm.), która nakazuje w krajowych przepisach prawa dotyczących przetwarzania danych osobowych uwzględnienie podstawowych praw i wolności, szczególnie prawa do prywatności, które zostało uznane zarówno w art. 8 Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz w zasadach ogólnych prawa wspólnotowego, podkreślając, że należy w ustawodawstwie dążyć do zapewnienia **jak najwyższego stopnia ochrony**. Zasady ochrony praw i wolności jednostki, szczególnie prawa do prywatności, które zawarte są w tej dyrektywie, utrwalają i umacniają zasady wyrażone w Konwencji Rady Europy z 26 stycznia 1981 r. w sprawie ochrony jednostek w zakresie automatycznego przetwarzania danych osobowych. Przetwarzanie danych osobowych musi być **zgodne z prawem i rzetelne wobec zainteresowanych osób**; w szczególności dane muszą być adekwatne, właściwe i nie wykraczać poza cele, dla których są przetwarzane; **cele takie muszą być jednoznaczne i uzasadnione oraz określone w czasie gromadzenia danych**; potrzeby dalszego przetwarzania danych dla potrzeb ich gromadzenia nie mogą być niezgodne z pierwotnie określonymi celami”.

Podsumowując, w ocenie Sądu Prezes UOKiK prawidłowo uznał zachowanie opisane w punkcie pierwszym Decyzji jako nieuczciwą praktykę rynkową naruszającą zbiorowe interesy konsumentów.

--	--	--

Odnośnie nałożenia kary pieniężnej, to w pierwszej kolejności należy odnieść się do najdalej idącego zarzutu strony powodowej, podniesionego w piśmie procesowym z 25 lutego 2020 r. (k.70 akt sąd.) a mianowicie dotyczącego braku po stronie Prezesa UOKiK uprawnienia do nałożenia kary za naruszenie przepisów prawa telekomunikacyjnego. Zdaniem powoda uprawnienie takie przysługuje wyłącznie Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

Z powyższym poglądem nie można się zgodzić, choć należy przyznać że problematyka relacji między przepisami prawa antymonopolowego, na które w polskim systemie prawnym składają się przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a przepisami tzw. ustaw regulacyjnych, w niniejszym postępowaniu ustawy Prawo telekomunikacyjne, należy do jednego z najtrudniejszych zagadnień szeroko rozumianego prawa konkurencji.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do przepisu art. 1 ust. 3 p.t., zgodnie z którym przepisy ustawy Prawo telekomunikacyjne nie naruszają, między innymi, przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów, która ma zastosowanie we wszelkich sprawach związanych z przeciwdziałaniem praktykom ograniczającym konkurencję oraz praktykom naruszającym zbiorowe interesy konsumentów, a także antykonkurencyjnym koncentracjom przedsiębiorców i ich związków. Interpretacja językowa art. 1 ust. 3 p.t. daje podstawę do generalnego stwierdzenia, że przepisy obydwu ustaw mogą być stosowane do tych samych stanów faktycznych i zdarzeń (tak: S. Piątek, Komentarz do art. 56 Prawa telekomunikacyjnego, System Informacji Prawnej Legalis, wyd. 3 z 2013 r.).

Podobne stanowisko wyraził K. K. w głosie do wyroku Sądu Najwyższego z 19 października 2006 roku (sygn. akt III SK 15/06, Lex nr 320697), w której stwierdził, że Prawo telekomunikacyjne oraz ustawa antymonopolowa mogą znaleźć niejako „równoległe” zastosowanie do tej samej sprawy. Zdaniem glosatora wykluczenie stosowania przepisów ustawy antymonopolowej mogłoby mieć miejsce w zasadzie w dwóch przypadkach. Po pierwsze, gdyby wynikało to wprost z przepisu szczególnego (jak to ma miejsce np. w przypadku niektórych innych ustaw, wprost wykluczających stosowanie ww. ustawy); takiego przepisu „derogującego” reżim antymonopolowy nie tylko nie ma w przypadku prawa telekomunikacyjnego, wręcz istnieje unormowanie wyraźnie wskazujące na obowiązywanie tego reżimu do działalności przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Po drugie, wykluczenie stosowania reżimu antymonopolowego możliwe byłoby także na gruncie art. 3 u.o.k.i.k. Zgodnie z nim przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie stosuje się do ograniczeń konkurencji dopuszczonych na podstawie odrębnych ustaw. Co do zasady przepisy prawa telekomunikacyjnego w założeniu nie tylko nie nakazują przedsiębiorcom podejmowania zachowań, jakie mogą ograniczać konkurencję, co wręcz przeciwnie – poprzez określone obowiązki regulacyjne – przepisy te mają konkurencję stymulować (kreować). Już z tegoż względu unormowanie art. 3 u.o.k.i.k. nie będzie wykluczać reżimu antymonopolowego z racji na rozwiązania przyjęte przez daną ustawę „regulacyjną” (prawo telekomunikacyjne).

Za omawianym poglądem zdecydowanie przemawia również orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawach z zakresu telekomunikacji.

W wyroku z 14 października 2010 roku, dotyczącym (...) (...) (C-280/08 P, (...) (...) przeciwko Komisji Europejskiej, ECLI:EU:C:2010:603), Trybunał Sprawiedliwości uznał, za praktykę naruszającą unijny zakaz nadużywania pozycji dominującej (z art. 102 TFUE), stosowanie cen zatwierdzonych przez krajowego regulatora. W omawianej sprawie niemiecki regulator zatwierdził określony poziom cen stosowanych przez to przedsiębiorstwo, jednakże okazało się, iż dane zachowanie (tj. stosowanie takich cen przez dominanta) nie wyklucza reżimu antymonopolowego (tj. zakazu z art. 102 TFUE), który zdaniem Komisji został naruszony (poprzez praktykę tzw. margin squeeze). Stanowisko Komisji opierało się na założeniu, iż (...) (...), mimo zatwierdzenia określonego poziomu cen przez regulatora i tak miał pewien „margines działania” i powinien z niego skorzystać, tak aby wykluczyć zarzut naruszenia ww. zakazu. Omawiane orzeczenie jest wyrazem zasady, iż zastosowanie reguł konkurencji zostaje wyłączone tylko wówczas, gdy skutek interwencji państwa reprezentowanego przez regulatora rynkowego przedsiębiorstwa działające na określonym rynku nie mają żadnej innej możliwości zachowania się, poza sposobem narzuconym im przez regulatora.

Z kolei we wcześniejszym wyroku w sprawie (...) Trybunał Sprawiedliwości uznał, że zarzut działania naruszającego prawo konkurencji stawiany przez Komisję Europejską może dotyczyć także takich działań przedsiębiorcy, które mogą

podlegać krajowej kontroli regulacyjnej (zob. wyr. TS z 2.4.2009 r., C-202/07 P, (...) (...) SA przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, ECLI:EU:C:2009:214).

Zaś w decyzji z 22 czerwca 2011 r., C (2011) 4378 (Dz.Urz. UE C Nr 324, s. 7) dotyczącej naruszenia art. 102 TFUE przez (...), pozytywnie zweryfikowanej wyrokiem Sądu z 17 grudnia 2015 r. (T-486/11, (...) Polska przeciwko Komisji, ECLI:EU:T:2015:1002), Komisja Europejska stwierdziła, że fakt podejmowania działań przez krajowego regulatora oraz nakładania sankcji nie stanowi przeszkody co do nałożenia sankcji przez Komisję. Postępowania UKE i Komisji nie mają bowiem na celu "ochrony tego samego dobra prawnego". Inne są podstawy prawne interwencji Komisji oraz krajowego organu regulacyjnego. Urząd Komunikacji Elektronicznej podejmuje decyzje na podstawie przepisów prawa telekomunikacyjnego, natomiast decyzja Komisji jest oparta na art. 102 TFUE.

Do omawianych orzeczeń odwołał się również Sąd Najwyższy w uzasadnieniu do wyroku z 19 października 2006 roku (jw.) w którym stwierdził, że „Zachowanie operatora telekomunikacyjnego polegające na blokowaniu wejścia na rynek niezależnych dostawców usług "wdzwianego dostępu do internetu" może być oceniane na podstawie przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (jednolity tekst: Dz.U. z 2003 r. Nr 86, poz. 804 ze zm.), a nie wyłącznie na podstawie przepisów ustawy z dnia 21 lipca 2000 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 73, poz. 852 ze zm.). Tym samym Sąd Najwyższy odrzucił koncepcję występowania między przepisami prawa telekomunikacyjnego a przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów relacji *lex specialis*.

W glosie aprobującej do tego orzeczenia K. K. stwierdził, że taka relacja, gdzie przepisy prawa telekomunikacyjnego stanowiłyby *lex specialis* w stosunku do przepisów prawa ochrony konkurencji i konsumentów, zachodziłaby (uzasadniając zatem stosowanie tej reguły kolizyjnej), w przypadku gdy przepisy dwóch ustaw odnosiłyby się do aksjologicznie oraz analitycznie tożsamej kwestii (jak np. obowiązku, terminu) – w tym analogicznie konstruując obowiązek określonego zachowania przedsiębiorcy – a jednocześnie przepisy te normowałyby daną kwestię w sposób odmienny, wykluczając zarazem możliwość jednoczesnego ich zastosowania. Taka tożsamość nie występuje zaś w przypadku prawa telekomunikacyjnego (z jednej strony), a prawa konkurencji (z drugiej), już choćby z racji odmiennej konstrukcji stosownych przepisów, mających w tym pierwszym przypadku charakter – jak to często prawo telekomunikacyjne określa – „obowiązków regulacyjnych” (które w drodze indywidualnej decyzji nakłada na przedsiębiorcę regulator) oraz – mających charakter obowiązujących z mocy samej zakazów antymonopolowych.

Z kolei w wyroku Sądu Najwyższego z 17 marca 2010 r. (sygn. akt III SK 41/09, Legalis) potwierdzono, że w przypadku braku w ofercie operatora planu obejmującego wyłącznie dostęp telekomunikacyjny (stosowanie transakcji wiązanych), wcześniejsze zatwierdzenie przez Prezesa UKE przedłożonego przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego cennika świadczonych usług nie wyłącza możliwości interwencji Prezesa UOKiK.

W podobnym duchu wypowiedział się Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z 28 lutego 2008 roku, w którym uznał, że Prezes UOKiK, wydając decyzję dotyczącą zatwierdzonego przez Prezesa UKE cennika lub regulaminu usług, nie narusza przepisu art. 1 ust. 3, gdyż dopuszczalne jest równoległe stosowanie przepisów prawa antymonopolowego i telekomunikacyjnego do tego samego stanu prawnego (sygn. akt XVII Ama 52/07, Lex nr 402189). Stanowisko to zostało podtrzymane również w późniejszym orzeczeniu tego Sądu z 24 marca 2016 roku (sygn. akt AmA 5/15, Lex nr 2032139), kiedy to SOKiK uznał, że kompetencje Prezesa URE i Prezesa UOKiK są względem siebie odrębne, niezależne, a ustalenia poczynione w ramach postępowania prowadzonego przez jednego z nich nie są wiążące w postępowaniu prowadzonym przez drugiego z Prezesów Urzędu.

Przeciwnie stanowisko zostało wyrażone między innymi w uchwale Sądu Najwyższego z 7 grudnia 2005 r. (III SZP 3/05, Lex nr 164218), w której uznano, wprawdzie na gruncie wcześniejszego stanu prawnego, że przepisy prawa telekomunikacyjnego mają charakter regulacji ustawowej szczególnej (*lex specialis*) względem ogólnych zasad prawnych dotyczących problematyki ochrony konkurencji, które określone zostały przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (*lex generalis*). W konsekwencji organem właściwym do prowadzenia postępowania administracyjnego w wypadku sporu pomiędzy stronami obowiązanymi zawrzeć lub realizować obowiązki wynikające

z zawartej już umowy o dostępie telekomunikacyjnym co do treści lub warunków tej umowy oraz co do wydania rozstrzygnięcia w kwestii ustalenia treści lub warunków umowy wiążącej strony jest Prezes URTiP (aktualnie: UKE).

W uzasadnieniu tej uchwały Sąd Najwyższy odwołał się do rozwiązań systemowych obowiązujących w prawie (orzecznictwie) amerykańskim, w którym wyłączono zastosowanie ogólnych instrumentów prawa antytrustowego (tu: art. 2 ustawy S.) do zachowań przedsiębiorców normowanych przez przepisy prawa telekomunikacyjnego (na które to orzecznictwo powoływał się powód).

Mając na uwadze powyższe rozważania, Sąd doszedł do wniosku, że Prezes UOKiK był upoważniony do nałożenia na powoda kary pieniężnej za naruszenie przepisów u.o.k.i.k. opisanych w punkcie pierwszym Decyzji.

W myśl art. 106 ust. 1 pkt 4 u.o.k.i.k. Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 24. Z omawianego przepisu wynika, że kara pieniężna ma charakter fakultatywny. Jednakże w ocenie Sądu, Prezes UOKiK podjął trafną decyzję o wymierzeniu powodowi kary pieniężnej. Przemawiał za tym, przede wszystkim, charakter chronionego dobra a mianowicie prawa konsumentów do prywatności, które zostało uznane zarówno w art. 8 Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz w zasadach ogólnych prawa wspólnotowego, za jedno z podstawowych praw. Powód kierował bowiem do konsumentów niezamówione komunikaty marketingowe nie posiadając uprzedniej zgody na kontakt telefoniczny w celu marketingu bezpośredniego.

W dalszej części trzeba podkreślić, że naruszenie zakazów lub nakazów wynikających z u.o.k.i.k ma charakter obiektywny w tym sensie, że do jego stwierdzenia nie jest w ogóle potrzebne ustalenie jakiegokolwiek winy przedsiębiorcy. Skorzystanie przez Prezesa Urzędu z kompetencji do nałożenia kary pieniężnej wymaga zatem weryfikacji umyślności albo nieumyślności zachowania przedsiębiorcy, który ma być ukarany. Odróżnia to u.o.k.i.k od ustaw regulacyjnych, w przypadku których strona podmiotowa uwzględniana jest co najwyżej na użytek wymiaru kary lub decyzji o odstąpieniu od jej wymierzenia. W prawie regulacyjnym zasadą jest bowiem podleganie adresata normy sankcjonującej karze pieniężnej niezależnie od tego, czy naruszenie było zawinione. Ma to oparcie w zamkniętej liście deliktów administracyjnych podlegających karom pieniężnym, podczas gdy na podstawie u.o.k.i.k kary pieniężne nakładane są przede wszystkim za naruszenia ogólnie sformułowanych zakazów praktyk ograniczających konkurencję lub naruszających interesy konsumentów.

Prezes UOKiK przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 u.o.k.i.k, powinien uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy (art. 111 u.o.k.i.k). W ocenie Sądu, wymiar kary ustalony przez Prezesa UOKiK uwzględnia dyrektywy wymiaru kary określone w powołanym przepisie.

Oceniając postępowanie powoda w ramach praktyk należało mieć na uwadze, że jako profesjonalny uczestnik obrotu gospodarczego powinien postępować zgodnie z obowiązującymi przepisami art. 172 p.t. w zw. z art. 174 p.t. a zatem nie powinien kontaktować się z w celu marketingu bezpośredniego z konsumentami, którzy na taką formę kontaktu nie wyrazili zgody. Szczególnie naganne było nawiązywanie kontaktu z konsumentami, których dane osobowe nie były w bazie powoda ani w bazach przekazanych przez brokerów, a numery telefonu były tworzone poprzez system (...). W tym bowiem przypadku powód nie posiadał żadnej wiedzy odnośnie tego, czy dane osoby wyraziły zgodę na wykorzystywanie ich danych w celach marketingowych oraz zgodę na kontakt elektroniczny w celu marketingu bezpośredniego.

Dodatkowo, należy wskazać, że wbrew twierdzeniom powoda, w okresie stosowania praktyki nie istniały wątpliwości interpretacyjne w kontekście art. 172 p.t. i art. 174 p.t. Bowiem jak wskazano we wcześniejszym fragmencie uzasadnienia istniało w tym zakresie nie tylko orzecznictwo sądów unijnych, ale przede wszystkim bogate orzecznictwo krajowych sądów administracyjnych odnośnie formy zgody i konieczności rozdzielenia zgody na

wykorzystanie danych osobowych w celach marketingowych od zgody na kontakt elektroniczny w celu marketingu bezpośredniego.

Tymczasem w orzecznictwie Sądu Najwyższego podkreśla się, że niewłaściwe z punktu widzenia zasad wynikający z art. 2 Konstytucji RP jest nakładanie kary pieniężnej na przedsiębiorcę za naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w sytuacji, gdy wykładania przepisów mających zastosowanie w sprawie jest rozbieżna i brak jednego przeważającego poglądu wyrażonego w orzecznictwie czy literaturze. W takiej bowiem sytuacji trudno wymagać od racjonalnego przedsiębiorcy, że powinien kształtować swoje relacje z kontrahentami w sposób wynikający z decyzji Prezesa Urzędu (tak Sąd Najwyższy w wyroku z 26 września 2017 roku (sygn. akt III SK 64/15, LEX nr 2397585). W rozpoznawanej sprawie takie rozbieżności nie występowały.

Zdaniem Sądu podejmując decyzję o nałożeniu na powoda kary pieniężnej w wysokości 35 388,00 zł, stanowiącej jedynie (...) % osiągniętego obrotu i 4,5% kary, jaką Prezes mógł nałożyć, Prezes UOKiK prawidłowo uwzględnił wszystkie okoliczności zarówno te łagodzące, jak i obciążające.

Przypisane powodowi praktyki ujawniały się na etapie przedkontraktowym, którego istotą jest zachowanie przedsiębiorcy ukierunkowane na pozyskiwanie klientów, mające na celu skłonienie ich do zawarcia kontraktu. Praktyka miała charakter długotrwały, trwała bowiem od 25 grudnia 2014 roku do 1 lutego 2017 roku, miała również znaczny zasięg terytorialny. Na korzyść powoda przemawiało to, że nie był wcześniej karany za naruszenie przepisów u.o.k.i.k, zaniechał stosowania praktyki w trakcie trwania postępowania, a naruszenie miało charakter nieumyślny.

W ocenie Sądu kara ta spełni w szczególności swoją funkcję represyjną i prewencyjną, zapobiegając podobnym naruszeniom w przyszłości. Stanowi sankcję o odpowiednim stopniu dolegliwości, proporcjonalnym do wagi, stopnia naruszenia przepisów ustawy, nie większym niż to niezbędne dla osiągnięcia zamierzonego celu nałożonych kar.

Sąd stwierdził więc, że zarzuty powoda sformułowane w oparciu o art. 111 u.o.k.i.k. są bezpodstawne, gdyż ustalone okoliczności niniejszej sprawy w pełni uzasadniają nałożenie na powoda kary pieniężnej w wysokości określonej przez Prezesa UOKiK, jak też kosztów postępowania antymonopolowego.

Biorąc powyższe względy pod uwagę Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie znajdując podstaw do jego uwzględnienia, oddalił odwołanie na podstawie art. 479^{31a} § 1 k.p.c.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 98 kpc, zgodnie z którym strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony (koszty procesu). Z uwagi na oddalenie odwołania w całości, powoda należało uznać za stronę, która przegrała proces i zasądzić od niego na rzecz pozwanego zwrot kosztów procesu. Na powyższe koszty złożyło się wynagrodzenie pełnomocnika pozwanego w wysokości 720,00 zł ustalone w oparciu § 14 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. 2015, poz. 1804 z zm.).

Sędzia SO Anna Maria Kowalik