

*Sygn. akt VII AGa 1567/18*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 12 grudnia 2019 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy w składzie:*

*Przewodniczący: Sędzia SA Tomasz Wojciechowski*

*Sędziowie: SA Ewa Zalewska*

*SO del. Tomasz Szczurowski (spr.)*

*Protokolant: stażysta Aleksandra Marczyńska*

*po rozpoznaniu w dniu 12 grudnia 2019 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

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

*przeciwko (...) spółce akcyjnej w W.*

*o zaniechanie czynów nieuczciwej konkurencji i złożenie oświadczeń*

*na skutek apelacji obu stron*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie*

*z dnia 22 czerwca 2017 r., sygn. akt XVI GC 910/14*

*1. zmienia częściowo zaskarżony wyrok w:*

*- w punkcie 1 podpunkt b) poprzez nadanie mu następującej treści: „Nakłanianiu klientów powoda (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., w przesyłanych do nich wiadomościach SMS lub w przeprowadzanych z nimi rozmowach telefonicznych, do rozwiązania umowy z powodem (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.”,*

*- w punkcie 1 podpunkt c) poprzez oddalenie powództwa o zaniechanie czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na stosowaniu nieuczciwych praktyk rynkowych polegających na uciążliwym i niewywołanym działaniem albo zaniechaniem konsumentów nakłanianiem ich do nabycia usług pozwanego (...) spółki akcyjnej z siedzibą w W. ,*

*- w punkcie 1 podpunkt d) poprzez nadanie mu następującej treści: „Przesyłaniu do oznaczonego odbiorcy, będącego osobą fizyczną – klientem powoda (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., za pomocą środków komunikacji elektronicznej, niezamówionej informacji handlowej zawierającej propozycję przeniesienia numeru telefonicznego do pozwanego (...) spółki akcyjnej z siedzibą w W.”, oddalając w pozostałym zakresie powództwo o zaniechanie czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na przesyłaniu niezamówionej informacji handlowej,*

*- w punkcie 3 w ten sposób, że znosi między stronami koszty procesu;*

2. *oddala apelację pozwanego w pozostałym zakresie;*

3. *oddala apelację powoda w całości;*

4. *znosi wzajemnie między stronami koszty procesu w postępowaniu apelacyjnym.*

**Sygn. akt VII AGa 1567/18**

## UZASADNIENIE

Powód (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., w pozwie wniesionym w dniu 18 lipca 2014 r. przeciwko pozwanemu (...) spółce akcyjnej z siedzibą w W. wnosił o nakazanie zaniechania pozwanemu (...) S.A. w W. niedozwolonych działań stanowiących czyny nieuczciwej konkurencji, polegających na: używaniu automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego (...)M. wobec klientów (...) bez zgody tychże klientów; nakłanianiu klientów (...) do rozwiązania umowy z (...); stosowaniu nieuczciwych praktyk rynkowych polegających na uciążliwym i niewywołanym działaniem albo zaniechaniem konsumenta, nakłanianiem ich do nabycia usług (...); przesyłaniu niezamówionej informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy będącego osobą fizyczną za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Jednocześnie powód wnosił o nakazanie pozwanemu złożenia oświadczeń o odpowiedniej treści i formie, poprzez opublikowanie na własny koszt, oświadczenia zatytułowanego (...) S.A. przeprasza (...) sp. z o.o.”, przy użyciu czarnej czcionki Times New Roman o wielkości 14 jednostek, na białym tle, przy czym tytuł oświadczenia również przy użyciu pogrubionej czcionki („bold”) wielkimi literami, w terminie nie dłuższym niż 14 dni od daty uprawomocnienia się wyroku w niniejszej sprawie w dzienniku (...) w dziale (...) oraz w dzienniku Gazeta (...) w dziale (...), wskazanej w pozwie treści. Ponadto powód wnosił o wysłanie na własny koszt przez pozwanego wiadomości SMS do wszystkich klientów powoda, do których uprzednio pozwany wysłał wiadomości nakłaniające do przeniesienia numeru z sieci (...) do sieci (...) w terminie 14 dni do daty uprawomocnienia się wyroku w niniejszej sprawie, o treści wskazanej w pozwie.

Powód wniósł także o obciążenie pozwanego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego według złożonego na rozprawie spisu kosztów ewentualnie według norm przepisanych.

W odpowiedzi na pozew z dnia 15 października 2015 r. pozwany (...) S.A. w W. wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie na rzecz pozwanego kosztów postępowania w sprawie, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm prawem przepisanych.

Wyrokiem z dnia 22 czerwca 2017 r. Sąd Okręgowy w Warszawie nakazał zaniechania przez pozwanego (...) spółkę akcyjną z siedzibą w W. niedozwolonych działań stanowiących czyny nieuczciwej konkurencji, polegających na:

a) używaniu automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego pozwanego (...) spółki akcyjnej z siedzibą w W. wobec klientów powoda (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. bez zgody tychże klientów;

b) nakłanianiu klientów powoda (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. do rozwiązania umowy z powodem (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.;

c) stosowaniu nieuczciwych praktyk rynkowych polegających na uciążliwym i niewywołanym działaniem albo zaniechaniem konsumenta nakłanianiem ich do nabycia usług pozwanego (...) spółki akcyjnej z siedzibą w W.;

d) przesyłaniu niezamówionej informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy będącego osobą fizyczną za pomocą środków komunikacji elektronicznej;

zaś w pozostałym zakresie oddalił powództwo (pkt 2) i zasądził od pozwanego (...) spółki akcyjnej z siedzibą w W. na rzecz powoda (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. kwotę 23.801,00 zł tytułem zwrotu

kosztów postępowania, w tym kwotę 494,00 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania zabezpieczającego oraz kwotę 7.217,00 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w niniejszym postępowaniu.

Powyższy wyrok został wydany w oparciu o następujące ustalenia faktyczne i wywody prawne:

Powód jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym działającym jako operator ruchomej publicznej sieci telekomunikacyjnej (...) oraz dostawcą usług telekomunikacyjnych świadczonych z wykorzystaniem tej sieci.

Pozwany jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym działającym jako operator ruchomej publicznej sieci telekomunikacyjnej (...) oraz dostawcą usług telekomunikacyjnych świadczonych z wykorzystaniem tej sieci.

W okresie od dnia 02 kwietnia 2014 r. do dnia 04 czerwca 2014 r., pozwany wysyłał z numerów 664 078 480 oraz 664 078 481 do klientów powoda - abonentów sieci (...) wiadomości sms o następującej treści: „Czy zgadzasz się na kontakt doradcy w celu przedstawienia propozycji przeniesienia numeru do (...)M.? W przypadku zgody odpisz Tak na ten SMS (opł. wg cennika)”.

W wyniku wysyłanych przez pozwanego wiadomości, klienci powoda zaczęli zgłaszać do niego skargi wskazując, że otrzymują wiadomości sms zachęcające ich do zmiany operatora sieci komórkowej na (...)M., pomimo tego, że nie wyrazili wcześniej zgody na otrzymywanie takich propozycji.

Powód, wobec napływających skarg, wszczął procedury wewnętrzne zmierzające do ustalenia nadawcy wiadomości sms oraz w jakiej ilości i do jakiej kategorii abonentów sieci (...) zostały one rozesłane.

W wyniku podjętych działań powód otrzymał od swoich klientów tzw. rzuty albo zdjęcia ekranów ich telefonów zawierające treść wiadomości sms, o których mowa wyżej, a także datę, w których zostały one wysłane oraz numer telefonu, z którego je wysłano. Wzmianki o czynnościach podjętych przez pozwanego pojawiły się także w prasie i mediach społecznościowych.

W wyniku podjętych działań powód ustalił, że powyższe wiadomości sms wysyłane były z dwóch numerów: 664 078 480 oraz 664 078 481. Numery te były obsługiwane przez sieć pozwanego, co wynikało z tablicy numeracji publicznych sieci telefonicznych opublikowanych przez Urząd Komunikacji Elektronicznej.

Abonenci sieci (...) należącej do powoda, do których pozwany wysłał wiadomości sms nie wyrazili uprzednio zgody na przesłanie im tego typu propozycji oraz informacji handlowych. Z kolei pozwany, w odpowiedzi na pytania zadawane przez niezadowolonych klientów, potwierdził, za pośrednictwem swojej strony na portalu (...), fakt wysyłania ww. wiadomości sms, oraz wskazał numery, na które są kierowane te wiadomości.

Następnie pracownicy pozwanego kontaktowali się telefonicznie z osobami, które pozytywnie odpowiedziały na wiadomości sms i przedstawiali im propozycje, aby dany abonent przeniósł do pozwanego numer, a co można rozumieć jako propozycję rozwiązania umowy z powodem lub jej nieprzedłużania. Osoba działająca w imieniu pozwanego, podczas rozmowy, nakłaniała swojego rozmówcę aby rozwiązał umowę z powodem lub jej nie przedłużał. W trakcie rozmów wskazywano na korzyści związane z przeniesieniem numeru z sieci (...) do sieci (...), których nie oferowano nowym klientom pozwanego tj. pozyskanym w inny sposób na rynku, w szczególności chodziło tu o darmowe konto osobiste, na które co miesiąc przez dziesięć miesięcy miał być przelewany bonus od (...)M. w wysokości 50 zł.

W kwietniu 2014 r., wnioski o przeniesienie numeru do sieci pozwanego, złożyło 3481 klientów powoda, natomiast w maju 2014 r., 5368 jego klientów. Ostatecznie do pozwanego odeszło 3341 klientów powoda w kwietniu 2014 r. oraz 3518 w maju 2014 r. Powyższa okoliczność wynika z liczby umów jakie klienci rozwiązali z powodem a zawarli z pozwanym.

Pozwany kierował swoje komunikaty do numerów, co do których mógł się spodziewać, że są przypisane do urządzeń telefonicznych. Pozwany dokonywał świadomych analiz ruchu w celu ukształtowania kręgu adresatów wysyłanych przez siebie wiadomości sms.

Pozwany w okresie od dnia 02 kwietnia do dnia 04 czerwca 2014 r. wysłał do klientów powoda ze wskazanych wyżej numerów telefonów 5.177.957 wiadomości sms, przy czym w okresie od dnia 1 kwietnia 2014 r. do dnia 4 czerwca 2014 r. wysłał ich 1.804.159. Wiadomości te zostały wysłane przy użyciu automatycznego systemu wywołującego, obsługiwanego przez podmiot zewnętrzny, na zlecenie pozwanego.

W ramach postępowania przed Urzędem Komunikacji Elektronicznej pozwany przyznał fakt wysyłania wiadomości sms z nr 664 078 480 oraz 664 078 481. Decyzją Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 02 grudnia 2016 r., prowadzone postępowanie zostało umorzone w całości.

Urząd Komunikacji Elektronicznej nakładał uprzednio, na pozwanego, kary w związku z korzystaniem przez niego z automatycznych systemów wywołujących bez uprzedniej zgody osób, do których kierowane były wiadomości marketingowe.

Postanowieniem z dnia 23 czerwca 2014 r. Sąd Okręgowy w Warszawie w sprawie o sygn. akt XVI GCo 160/14, wydał postanowienie którym udzielił zabezpieczenia roszczenia (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. przeciwko (...) Spółce Akcyjnej z siedzibą w W. o zaniechanie niedozwolonych działań stanowiących czyny nieuczciwej konkurencji polegających na:

- a) używaniu automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego (...)M. wobec klientów (...) bez zgody tychże klientów,
- b) nakłanianiu klientów (...) do rozwiązania umowy z (...),
- c) stosowaniu nieuczciwych praktyk rynkowych polegających na uciążliwym i niewywołanym działaniem albo zaniechaniem konsumenta nakłanianiem do nabycia usług (...),
- d) przesyłaniu niezamówionej informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy będącego osobą fizyczną za pomocą środków komunikacji elektronicznej,

poprzez zakazanie (...) spółce akcyjnej w W., do czasu prawomocnego zakończenia postępowania sądowego, wysyłania na numery abonentów telefonii komórkowej obsługiwanych przez (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. wiadomości SMS o treści „Czy zgadzasz się na kontakt doradcy w celu przedstawienia propozycji przeniesienia numeru do (...)M.? W przypadku zgody odpisz Tak na ten SMS (opł. wg. cennika)” bądź o treści o takim samym lub zbliżonym znaczeniu, bez uprzedniej zgody klientów (...) na otrzymywanie takiej informacji, jak również zlecenia realizowania takich kontaktów podmiotom trzecim.

Sąd Okręgowy ustalił powyższy stan faktyczny na podstawie zebranych w sprawie kserokopii i poświadczonych za zgodność z oryginałem kserokopii dokumentów oraz wydruków, którym dał wiarę w pełni wobec nie kwestionowania ich przez strony oraz braku podstaw do zakwestionowania ich prawdziwości przez Sąd z urzędu.

Sąd Okręgowy za wiarygodne uznał zeznania świadków: G. F. (k. 470-470v), T. G. (k. 469v-470); W. S. (k. 470v-471v); P. S. (1) (k. 488-489); W. P. (k. 490-491); M. W. (k. 491-492); D. Ś. (k. 508-509v); J. Ś. (k. 509v-510); D. S. (k. 510-510v); B. J. (k. 510v-511) oraz B. T. (k. 540-542), którym dał wiarę w całości, jako logicznym, spójnym i znajdującym potwierdzenie w pozostałym materiale dowodowym zebranych w sprawie.

Sąd Okręgowy oddalił dowód z zeznań świadków P. S. (2), I. H. i J. Z., z uwagi na to, iż pozwany nie kwestionował faktu wysyłania wiadomości sms a na tę okoliczność, przesłuchania ww. świadków żądał powód. Sąd I instancji oddalił także wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego albowiem dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy

nie było konieczne uzyskanie wiadomości specjalnych zaś zebrany w sprawie materiał dowodowy był wystarczający do rozstrzygnięcia sprawy.

Za cenne dla ustalenia niniejszego stanu faktycznego, Sąd Okręgowy uznał zeznania świadka B. T. (k. 540-542), zawnioskowanego przez pozwanego. Świadek ten uczestniczył bowiem jako specjalista – pracownik pozwanego, w akcji przygotowywanej przez pozwanego, której dotyczy niniejsze postępowanie i miał o niej najszerszą wiedzę. W treści swoich zeznań świadek ten podał, że za pomocą smsów wysyłane było jednorazowe pytanie o zgodę na kontakt, do klientów powoda. Baza numerów wygenerowana została na podstawie zakresu numerycznego strony Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Celem akcji była reakcja na podobne działania konkurencji oraz chęć pozyskania nowych klientów. W ocenie świadka akcja ta była szkodliwa. Podkreślił, że nie było możliwości aby smsy wysyłała jedna osoba. Skala akcji wymagała bowiem wsparcia. Nie potrafił jednak wskazać na czym to wsparcie polegało, gdyż czynności te, na zlecenie pozwanego, wykonywała firma zewnętrzna.

W rozważaniach prawnych Sąd Okręgowy wskazał, że powództwo w przeważającej części zasługiwało na uwzględnienie. W ocenie Sądu Okręgowego zachowanie pozwanego, którego dotyczy niniejsze postępowanie, stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Swoim zachowaniem pozwany wypełnił bowiem dyspozycję art. 12 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „u.z.n.k.”); art. 3 ust. 1 u.z.n.k. w związku z art. 172 ust. 1 ustawy prawo telekomunikacyjne; art. 3 w zw. z art. 9 pkt 3) ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym; art. 10 ust. 1 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną.

Sąd I instancji zaznaczył, że zgodnie z treścią art. 12 ust. 2 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest nakłanianie klientów przedsiębiorcy do rozwiązania z nim umowy, jeżeli działanie to jest podejmowane w celu przysporzenia korzyści sobie albo osobom trzecim albo w celu szkodenia innemu przedsiębiorcy. W ocenie Sądu Okręgowego zachowanie pozwanego wykazuje na popełnienie przez niego deliktu o którym mowa w treści art. 12 ust. 2 u.z.n.k.. Należy podkreślić, że zachowanie to polegało na wysyłaniu wiadomości tekstowych sms do abonentów sieci powoda oraz następującym w wyniku wysłania takiej wiadomości, kontakcie telefonicznym. W obu tych formach zostały spełnione przesłanki deliktu nieuczciwej konkurencji z art. 12 ust. 2 u.z.n.k. Wiadomości sms, kierowane do abonentów sieci powoda, w sposób oczywisty nakłaniały do tego, aby klienci powoda rozwiązali z nim umowę w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych oraz nawiązali ją z pozwanym. O powyższym świadczy już choćby ich treść. Jest w nich bowiem mowa o „przeniesieniu numeru” do sieci pozwanego, co, zgodnie z art. 71a w zw. z art. 71 ust. 1 ustawy prawo telekomunikacyjne, jest równoznaczne z rozwiązaniem umowy z powodem oraz zawarciem jej z pozwanym. Wiadomość ta miała zatem skłonić klientów sieci (...) do zerwania kontraktu z powodem. Jeden numer telefoniczny nie może być bowiem obsługiwany przez dwóch różnych operatorów, a co za tym idzie nie sposób dokonać przeniesienia numeru bez rozwiązania umowy z dotychczasowym operatorem. Natomiast podczas rozmów telefonicznych między pracownikami pozwanego, a osobami, które odpowiedziały pozytywnie na treść wiadomości sms, także doszło do nakłaniania do rozwiązania umowy z powodem. Pracownicy pozwanego podczas rozmowy przejawiali świadomość, że rozmawiają z osobą, będącą stroną umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych z powodem, przejawiali swą wolę, aby ich rozmówca ową umowę rozwiązał albo jej nie przedłużał oraz przedstawiali rozmówcom możliwość takiego rozwiązania umowy, jak również korzyści z tego płynące. W ocenie Sądu Okręgowego, w świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, a także treści zeznań świadka B. T., uznać należało, że pozwany, przy nakłanianiu klientów powoda do zmiany operatora użył automatycznego systemu wywołującego, przy pomocy którego wysłał 5.177.957 wiadomości sms. Adresaci komunikatów nie byli dobrani przypadkowo.

Jednocześnie Sąd Okręgowy zaznaczył, że powyższe działania zostały podjęte przez pozwanego w celu uzyskania przez niego korzyści lub spowodowania u powoda szkody. Pozwany dążył do tego, aby klienci powoda rozwiązali z nim umowę co miało przyczynić się do nawiązania umowy z pozwanym. Jak wskazuje treść zeznań B. T., który przyznał, że akcja się powiodła „dosyć dużo klientów wyraziło zgodę na kontakt z przedstawicielem pozwanego”. W wyniku jego działań nastąpił wzrost liczby klientów powoda, którzy zainicjowali proces przeniesienia numeru do sieci (...), zakończony rozwiązaniem (nieprzedłużeniem) umowy z powodem oraz nawiązaniem jej z pozwanym.

Przechodząc do naruszenia art 3 ust 1 u.z.n.k. w zw. z art 172 ust 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, Sąd Okręgowy wskazał, że zgodnie z art. 172 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, zakazane jest używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, chyba że abonent lub użytkownik końcowy uprzednio wyrazi na to zgodę, która, zgodnie z art. 174 pkt 1) tejże ustawy, nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści. Zgodnie natomiast z treścią art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58/We automatycznymi systemami wywołującymi są systemy działające bez ingerencji ludzkiej. Automatycznym systemem wywołującym będzie każdy system techniczny służący do przekazywania komunikatów indywidualnym odbiorcom bez bezpośredniego udziału człowieka (...). Przepis ustawy ma również zastosowanie do systemów generujących komunikaty sms, mms, komunikatorów internetowych i innych form komunikowania drogą telekomunikacyjną za pomocą głosu, tekstów, obrazów itp.

Sąd Okręgowy wskazał, że o tym, że pozwany używał do wysłania wiadomości sms do klientów powoda systemu, wykazującego cechy opisane powyżej (art. 231 k.p.c.), przemawia fakt, iż tylko z dwóch numerów telefonów pozwanego wysłano w okresie od dnia 2 kwietnia 2014 r. do dnia 4 czerwca 2014 r. łącznie 5.177.957 wiadomości. W ciągu pierwszych dni czerwca natomiast liczba ta wyniosła 1.804.159 wiadomości sms. Wykonanie powyższego, w tak krótkim okresie czasu, bez użycia specjalnego systemu, było w ocenie Sądu Okręgowego niemożliwe.

Ponadto, w ocenie Sądu Okręgowego, wiadomości wysyłane przez pozwanego do klientów powoda były formą marketingu bezpośredniego w rozumieniu art. 172 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, co stanowiło instrument do przeprowadzenia ww. akcji smsowej, mającej na celu rozwiązanie umowy z powodem oraz nawiązanie jej z pozwanym na warunkach uzgodnionych następnie z konsultantem pozwanego. Informacja marketingowa nie przybrała postaci komunikatów skierowanych do nieoznaczonego kręgu odbiorców, lecz do poszczególnych, konkretnych, wybranych klientów powoda. Jak słusznie wykazał powód, wybór adresatów sms nie miał charakteru losowego. Należy w tym miejscu podkreślić, że odbiorcy wiadomości sms pozwanego przed ich wysłaniem przez (...)M. nie wyrazili żadnej zgody na przekazanie im jakichkolwiek wiadomości marketingowych.

W świetle powyższego, uznać należało, że pozwany, kierując do abonentów sieci (...) wiadomości sms zachęcające do zmiany operatora na (...)M. naruszył art. 172 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne. Jego działanie zatem było bezprawne w rozumieniu art. 3 ust. 1 u.z.n.k. a naruszając interes powoda oraz jego klientów stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się natomiast do naruszenia przez pozwanego art 3 ust 1 u.z.n.k. w zw. z art 3 w zw. z art 9 pkt 3 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, wskazać należy, że zgodnie z art. 9 pkt 3 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym jedną z nieuczciwych praktyk rynkowych jest uciążliwe i niewywołane działaniem albo zaniechaniem konsumenta nakłanianie do nabycia produktów przez telefon, faks, pocztę elektroniczną lub inne środki porozumiewania się na odległość, z wyjątkiem przypadków egzekwowania zobowiązań umownych, w zakresie dozwolonym przez obowiązujące przepisy. Zachowanie to, zakazane na mocy art. 3 wspomnianej ustawy, służy zwalczaniu tzw. spammingu, czyli przesyłania niezamówionej informacji handlowej. Zdaniem Sądu Okręgowego przesyłanie niezamówionej korespondencji jest zakazane niezależnie od jej treści. Spamming może bowiem być reklamą lub zawierać ofertę zawarcia umowy. Decydujące znaczenie ma sam fakt przesłania bez zgody usługobiorcy-konsumenta korespondencji (system opt-in), gdyż odpowiedzialność po stronie accidental spammers jest niezależna od masowości tego rodzaju działań i powstaje już w sytuacji przesłania pojedynczego komunikatu.

Powyższe zdaniem Sądu Okręgowego wskazuje, że pozwany przy wykorzystaniu środków porozumiewania się na odległość nakłaniał klientów do rezygnacji z usług powoda na rzecz usług świadczonych przez pozwanego. Wobec powyższego pozwany swoim zachowaniem dopuścił się również naruszenia art. 3 w zw. z art. 9 pkt 3 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Jego działanie zatem było bezprawne i stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Wreszcie w ocenie Sądu Okręgowego pozwany naruszył także treść art. 3 ust. 1 u.z.n.k. w zw. z art. 10 ust. 1 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Zgodnie z brzmieniem definicji informacji handlowej zawartej w art. 2 pkt 2 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, za informację handlową uznaje się każdą informację przeznaczoną bezpośrednio lub pośrednio do promowania towarów, usług lub wizerunku przedsiębiorcy. Informacja, że pozwany w ramach procedury przeniesienia numeru był gotów nawiązać umowę o świadczenie usług telefonicznych z abonentem sieci (...) była nakierowana na zwiększenie liczby takich umów, których stroną był pozwany i miała na celu promocję usług telekomunikacyjnych pozwanego. Zdaniem Sądu Okręgowego pozwany wysyłając wiadomości sms do klientów powoda dopuścił się naruszenia również art. 10 ust. 1 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Wiadomości te stanowiły informację handlową. Nakłaniały one do zmiany operatora i promowały usługi pozwanego zachęcając do skorzystania z nich. Zostały skierowane za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej na poszczególne, wybrane numery telefonów klientów powoda. Ponadto abonenci sieci (...) nie wyrazili żadnej zgody, która umożliwiałaby skuteczne oraz legalne podjęcie działań przez pozwanego ukierunkowanych na przekonanie ich do rozwiązania umowy z powodem oraz zawarcia jej z pozwanym. W związku z powyższym, zachowanie pozwanego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji

Mając na uwadze powyższe Sąd Okręgowy orzekł jak w punkcie 1 a) – d) sentencji wyroku.

Sąd I instancji oddalił powództwo w części, w której powód żądał nakazania pozwanemu złożenia oświadczeń o odpowiedniej treści i formie. W ocenie Sądu Okręgowego, mając na uwadze, iż akcja przeprowadzona przez pozwanego miała miejsce w 2014 r., była krótkotrwała i została zakończona przed dniem wytoczenia powództwa, za wystarczające w niniejszej sprawie należało uznać zastosowanie wobec pozwanego środków w postaci zakazów i nakazów, zgodnie z żądaniem pozwu. Zdaniem Sądu Okręgowego nakazanie pozwanemu złożenia oświadczenia i rozsyłanie wiadomości byłoby niecelowe i nie wywołałoby zakładanego przez powoda skutku.

O kosztach procesu orzeczono zgodnie z zasadą wynikającą z art. 100 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku wniosły obie strony procesu.

Strona powodowa zaskarżyła wyrok w części, tj. w pkt 2, w zakresie, w którym Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił roszczenie zawarte w pkt 2 i 3 petitum pozwu. Powód w apelacji zarzucił:

1) naruszenie prawa materialnego w postaci art. 18 ust. 1 pkt 3 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez jego błędne niezastosowanie, mimo spełnienia w sprawie przesłanek roszczenia o opublikowanie oświadczenia, co wynikało z następujących uchybień w orzekaniu Sądu I instancji:

a) oparcia rozumowania Sądu I instancji na tym, że akcja przeprowadzona przez pozwanego była „krótkotrwała” - mimo że nie jest to okoliczność istotna, albowiem czas trwania zachowania sprawczego czynu nieuczciwej konkurencji nie decyduje o zasadności roszczenia publikacyjnego na podstawie art. 18 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k., a jego wyłączną przesłanką jest istnienie skutków takiego zachowania, które mogą być usunięte lub złagodzone przez oświadczenie żądane przez powoda; w stanie faktycznym niniejszej sprawy istnienie takich skutków nie budzi zaż wątpliwości, zwłaszcza gdy akcja pozwanego miała charakter masowy i bezprecedensowy, w jej wyniku pozwany wysłał łącznie prawie 5,2 miliony wiadomości sms, a wielu abonentów pozwanego zgłaszało do powoda pretensje w związku z otrzymywaniem niechcianych sms od powoda, co świadczy także o naruszeniu art. 18 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k. poprzez błędną wykładnię przesłanki złożenia oświadczenia „odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie” albowiem publikacja jest odpowiednim środkiem ochrony interesów powoda również wówczas, gdy czyn nieuczciwej konkurencji był krótkotrwały, już jednorazowy czyn nieuczciwej konkurencji uzasadnia żądanie publikacji, zaś decydujące znaczenie dla spełnienia ww. przesłanki ma istnienie skutków, które mogą być usunięte lub ograniczone wskutek publikacji odpowiedniego oświadczenia;

b) oparcia rozumowania Sądu I instancji na tym, że akcja przeprowadzona przez pozwanego „została zakończona przed dniem wytoczenia powództwa” mimo że nie jest to okoliczność istotna, albowiem kontynuowanie zachowania

sprawczego czynu nieuczciwej konkurencji w chwili wytoczenia powództwa nie ma znaczenia dla żądania złożenia oświadczenia na podstawie art. 18 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k., a jego wyłączną przesłanką jest istnienie skutków takiego czynu, które mogą być usunięte lub ograniczone przez oświadczenie żądane przez powoda; w związku z czym ten środek może znaleźć zastosowanie również do naruszeń zakończonych przed dniem wniesienia pozwu; w niniejszej sprawie zaś w wyniku akcji pozwanej powstały bezprecedensowe skutki o ogromnej skali, domagające się usunięcia; ponadto zaniechanie czynu nieuczciwej konkurencji przez pozwanego nastąpiło nie dobrowolnie, ale wskutek zabezpieczenia udzielonego powodowi w tej sprawie postanowieniem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 czerwca 2014 r. i nie powinno mieć wpływu na zasadność roszczeń powoda do pozwanego, co świadczy także o naruszeniu art. 18 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k. poprzez błędną wykładnię przesłanki złożenia oświadczenia „odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie” albowiem publikacja jest odpowiednim środkiem ochrony interesów powoda również wówczas, gdy działanie spełniające cechy czynu nieuczciwej konkurencji zakończyło się przed dniem wytoczenia powództwa, zaś decydujące znaczenie dla spełnienia ww. przesłanki ma istnienie skutków, które mogą być usunięte lub ograniczone wskutek publikacji odpowiedniego oświadczenia;

c) przyjęcia przez Sąd I instancji, że uwzględnienie powództwa w części dotyczącej roszczeń zakazowych było rzekomo „wystarczające”, a uwzględnienie żądania z art. 18 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k. „byłoby niecelowe i nie wywołałoby zakładanego przez powoda skutku” mimo że cele roszczenia zakazowego i roszczenia publikacyjnego oraz chronione przez te roszczenia interesy są odmienne, zaś zakazanie pozwanemu powtarzania czynu nieuczciwej konkurencji w przyszłości nie usuwa skutków naruszeń dokonanych wcześniej;

d) pominięcia przez Sąd I instancji, że nawiązywanie przez operatorów telefonii komórkowej niezamówionych i niepożądanych kontaktów z abonentami konkurentów w celu nakłaniania ich do przeniesienia numeru jest działaniem, którego dopuszcza się nie tylko pozwany, w związku z czym powód ma interes aby informacja o nieuczciwym charakterze działań pozwanego została opublikowana również w celu poinformowania innych nieuczciwych konkurentów o tym, że zachowanie pozwanego zakwalifikowane przez Sąd I instancji jako czyn nieuczciwej konkurencji jest niedozwolone, co świadczy także o naruszeniu art. 18 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k. poprzez błędną wykładnię przesłanki złożenia oświadczenia „odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie” albowiem o tym, że żądane przez powoda oświadczenie stanowi odpowiedni środek ochrony jego interesów decydują również okoliczności towarzyszące czynowi nieuczciwej konkurencji, w tym okoliczność, że podobnych czynów dopuszczają się również inne podmioty, niż pozwany;

2) naruszenie przepisów postępowania polegające na naruszeniu art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie newszechronnej i częściowo dowolnej oceny dowodów oraz pominięcie niektórych dowodów oraz wynikających z nich wniosków, co przejawiało się w błędnym:

a) pominięciu, że z dowodów przeprowadzonych w postępowaniu wynika, iż działanie pozwanego wywołało szereg istotnych negatywnych skutków, zwłaszcza na płaszczyźnie relacji powoda z klientami, w postaci (i) odejścia co najmniej kilkunastu tysięcy klientów do sieci pozwanego; (ii) konieczności odpowiadania na liczne skargi klientów, w tym zaangażowania licznych pracowników działu obsługi klientów wyłącznie do tego zadania, co uniemożliwiło im wykonywanie normalnych zadań, (iii) podejmowania działań zmierzających do przeciwdziałania odejściu tych klientów do sieci pozwanego, w tym przedstawiania tym klientom korzystniejszych ofert przed zakończeniem obowiązywania ich umów, (iv) powstaniu wśród klientów powoda fałszywego, acz obiektywnie istniejącego, negatywnego wrażenia na temat powoda, związanego z przekonaniem tych klientów, że powód dopuszcza się ujawnienia ich numerów telefonicznych pozwanemu lub że powód nie sprawuje nad tymi danymi należytej pieczy - które mogły być częściowo złagodzone przez oświadczenie, którego domagał się powód;

b) ustaleniu, że czyny nieuczciwej konkurencji popełnione przez pozwanego trwały tylko do 4 czerwca 2014 r., mimo przeciwnych dowodów (np. korespondencji pomiędzy abonentami powoda a powodem, publikacji prasowych i internetowych oraz z zeznań świadka G. F. z rozprawy z dnia 9 grudnia 2015 r.), z których wynikało, że pozwany podejmował te działania, m.in. połączenia telefoniczne, w których konsultanci pozwanego nakłaniali abonentów



powoda do rozwiązania z nim umowy (przeniesienia numeru) także po tej dacie, w tym także po udzieleniu zabezpieczenia na rzecz powoda;

c) pominięciu, że skutki czynu nieuczciwej konkurencji popełnionego przez pozwanego trwały znacznie dłużej niż do 4 czerwca 2014 r., mimo że: (i) z dowodów zgromadzonych w sprawie wynikało, że po tej dacie abonenci powoda publicznie (na forach internetowych) wyrażali oburzenie sposobem prowadzenia kampanii reklamowej przez pozwanego, (ii) po tej dacie ukazywały się artykuły prasowe opisujące nieuczciwą praktykę pozwanego, (iii) po tej dacie pozwany podejmował działania polegające co najmniej na nawiązywaniu z klientami powoda połączeń telefonicznych, podczas których nakłaniał on tych klientów do przeniesienia numeru (zob. zeznania świadka G. F. z rozprawy z dnia 9 grudnia 2015 r.);

d) zaniechaniu ustalenia, że pozwany zaniechał wysyłania wiadomości sms po uzyskaniu przez powoda zabezpieczenia i wskutek tego zabezpieczenia, a nie z innych przyczyn;

e) pominięciu dowodów i twierdzeń pozwanego, pozwalających na ustalenie odnośnych faktów bez dowodu (przez co Sąd I instancji naruszył także art. 229 k.p.c.) z których wynikało, że działania, polegające na nawiązywaniu niezamówionych i niepożądanych kontaktów z abonentami konkurentów w celu nakłaniania ich do przeniesienia numeru dopuszczał się nie tylko pozwany, ale i inni operatorzy telefonii komórkowej co miało istotny wpływ na wynik sprawy, bowiem doprowadziło Sąd do konkluzji, iż ustalony w postępowaniu czyn nieuczciwej konkurencji, popełniony przez pozwanego był krótkotrwały, że zakończył się przed wniesieniem pozwu i że publikacja oświadczeń o których mowa w pkt 2 i 3 petitum pozwu jest niecelowa i zbędna dla wywołaniażądanego skutku.

W oparciu o powyższe zarzuty powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części, tj. w pkt 2 i uwzględnienie w powództwa w całości, tj. również w zakresie żądań opisanych w pkt 2 i 3 petitum pozwu oraz zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania apelacyjnego, wraz z kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwany zaskarżył wyrok w części tj. co do punktu 1 i 3 i zarzucił:

1) naruszenie art. 18 ust 1 pkt 1 u.z.n.k. w zw. z art. 187 k.p.c. poprzez niedopuszczalne uwzględnienie przez Sąd pierwszej instancji, nieprecyzyjnie sformułowanego roszczenia powoda, który nie wskazał o zaniechanie jakich „działań” o który mowa w art. 18 ust 1 pkt 1 u.z.n.k. wnosì;

2) naruszenie art. 18 ust 1 pkt 1 u.z.n.k. w związku z 232 k.p.c. w zw. z art. 316 k.p.c. w zw. z art. 6 k.c., tj. przez zasądzenie przez Sąd pierwszej instancji zaniechania łamania przepisów prawa, które gdyby nawet przyjąć ich niezgodność z prawem, nie były wykonywane przed wniesieniem powództwa i nie istniało jakiegokolwiek zagrożenie aby były wykonywane w przyszłości a strona powoda w żaden sposób nie wykazała ani nie próbowała wykazać aby takie działanie mogło mieć miejsce w przyszłości. Pozwany natomiast wykazał że nie będzie to miało miejsca;

3) naruszenie art. 3 u.z.n.k. w zw. art. 12 ust 2 u.z.n.k. poprzez błędną wykładnię i zastosowanie poprzez nie rozważanie przez Sąd pierwszej instancji zwyczajów rynku telekomunikacyjnych, powszechnych praktyk konkurentów, dobrych obyczajów, zachowań konkurentów, budowy rynku telekomunikacyjnego w Polsce, istnieniu Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej i wydawanych przez niego decyzji, zachowań pozwanego, jak i powoda;

4) naruszenie art. 65 k.c. w zw. z art. 3 u.z.n.k. w zw. z art. 12 ust 2 u.z.n.k. w zw. z art. 71 i 71a Prawa telekomunikacyjnego, dyrektywą o usłudze powszechnej (...) poprzez niezgodne z jakąkolwiek wykładnią zarówno językową jak i logiczną przyjęcie, że treść przesłanych przez pozwanego wiadomości tekstowych w jakikolwiek sposób narusza dobre obyczaje, czy też w jakikolwiek sposób niedozwolony namawia do rozwiązania umowy, że zawiera jakąkolwiek informację handlową; pominięcie przez Sąd że treść przesłanych wiadomości tekstowych informuje o uprawnieniu odbiorcy wynikającym z Prawa telekomunikacyjnego, a które to jest wykonaniem dyrektywy zgodnie z preambułą której uprawnienie to ma pobudzać konkurencje a nie ją ograniczać;

5) naruszenie art. 233 k.p.c. w zw. art. 3 u.z.n.k. w zw. z art. 172 ust 1 Prawa telekomunikacyjnego poprzez błędne, sprzeczne z zasadami logiki i rzeczywistej treści przeprowadzonych dowodów przyjęcie, że działania pozwanego były wymierzone w powoda w sytuacji gdy z przeprowadzonych dowodów m.in. zeznań świadków B. T. i D. Ś. wynika że pozwany nie znał i nie mógł poznać stron zobowiązań których przedmiot stanowiły numery telefonu pozyskane przez pozwanego od państwowego urzędu oraz że wiadomości były wysyłane w sposób losowy;

6) naruszenie art. 233 k.p.c. w zw. z art. 3 u.z.n.k. w zw. z art. 12 ust 2 u.z.n.k. poprzez sprzeczne z zasadami logiki i nie mające jakiegokolwiek uzasadnienia w materiale dowodowym przyjęcie przez Sąd, że w trakcie rozmów telefonicznych, pozwany namawiał w sposób nieuprawniony do rozwiązania umowy z powodem w sytuacji gdy Sąd nie przeprowadził dowodu z odsłuchania rzekomych rozmów, nie wskazał w trakcie której, co dokładnie stanowiło niedozwolone działanie;

7) naruszenie art. 3 w zw. z 5 k.c. poprzez udzielenie przez Sąd pierwszej instancji ochrony prawnej powodowi w sytuacji gdy powód przed zachowaniami pozwanego stanowiącymi przedmiot sporu, dokonywał działań wymierzonych w pozwanego, które nawet przyjmując stanowisko powoda co do niedopuszczalności zachowań pozwanego - stanowiłyby działania kwalifikowane, w związku z powyższym Sąd udzielił ochrony prawnej powodowi, który nadużył swojego prawa podmiotowego uprzednio;

8) naruszenie art. 233 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, nierozważenie w sposób wszechstronny zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz jego dowolną ocenę, wbrew zasadom logiki i doświadczenia życiowego, polegającą na:

a) pominięciu przez Sąd dowodów tj. części zeznań świadków B. T., D. Ś., decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, wydruków wiadomości e- miał od powoda do pracownika pozwanego, reklamy powoda, na okoliczność tego jak wyglądał rynek na którym strony konkurują, jakie były zwyczaje, praktyki;

b) pominięciu i określenie przez Sąd pierwszej instancji jako „bez znaczenia” decyzji wydanej przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 2 grudnia 2016r. (...) (...) (...) (...) (...) 46.6.2016.19 (otrzymanej przez pozwanego w dniu 8 grudnia 2016r.) w sytuacji gdy wydający decyzje jest jednym z kreatorów zachowań rynkowych, ocenia zachowania konkurentów, a decyzja dotyczyła postępowania dotyczącego zachowań pozwanego będących przedmiotem rozstrzygnięcia Sądu pierwszej instancji i decyzja była dla pozwanego korzystna. Sąd potraktował ten dowód wybiórczo, nie odniósł się dlaczego nie daje wiary ustaleniom Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, że pozwany nie przysyłał informacji handlowej, wysyłał wiadomości w sposób losowy, sporna akcja wysyłki trwała do 4 czerwca 2014 r. oraz że numery na które zostały wysłane wiadomości pochodziły z Urzędu Komunikacji Elektronicznej a pozwany nie mógł zidentyfikować do kogo należały te numery. Dodatkowo dowód znajduje potwierdzenie w zeznaniach świadków D. Ś. i B. T. - Sąd zupełnie pominął tę korelację;

c) zestawienia przejść klientów przedstawionego przez pozwanego, sprzecznym w tym zakresie stanowiskiem powoda (również na etapie postępowania zabezpieczającego gdzie sąd pierwszej instancji w tym samym składzie wskazał że stanowisko powoda jest niespójne i sprzeczne ze sobą); Sąd natomiast w uzasadnieniu wyroku wskazał liczby przejść klientów w sposób dowolny i nie znajdujący oparcia w całym materiale dowodowym;

d) pominięciu dowodu z nagrania reklamy powoda, gdzie pojawia się sformułowanie dotyczące przeniesienia numeru co pokazuje praktykę rynkową i działania samego powoda. Sąd zupełnie sprzecznie z doświadczeniem życiowym najprawdopodobniej przyjął (czego można się domyślić, bo brak stosownego postanowienia Sądu w tym zakresie) że dowód był zbędny;

e) naruszenie przez Sąd pierwszej instancji art. 100 k.p.c.. tj. nałożenie na pozwanego zwrotu wszelkich kosztów postępowania w sytuacji gdy powód domagał się trzech roszczeń a Sąd pierwszej instancji oddalił dwa roszczenia powoda. Zgodnie z ww. przepisem koszty winny zostać rozdzielone proporcjonalnie.

Wobec powyższego pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w części uwzględniającego powództwo, poprzez oddalenie powództwa w zaskarżonej części i zasądzenie kosztów procesu, ewentualnie wniósł o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd pierwszej instancji oraz zasądzenie kosztów procesu za drugą instancję, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Powód w odpowiedzi na apelację pozwanego wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów procesu.

Pozwany w odpowiedzi na apelację powoda wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów procesu.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.**

Apelacja powoda była bezzasadna, natomiast apelacja pozwanego częściowo zasługiwała na uwzględnienie poprzez zmianę zaskarżonego wyroku.

Podstawą prawą żądania pozwu był w niniejszej sprawie art. 18 ust. 1 pkt 1, 3 u.z.n.k. w zw. z art. 12 ust. 2 u.z.n.k., jak również art. 18 ust. 1 pkt 1, 3 u.z.n.k. w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Powód dochodził bowiem ochrony w związku z zarzucanym pozwanemu czynem nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Sądu Apelacyjnego w rzeczywistości czyn pozwanego polegający na wysyłaniu do klientów powoda wiadomości sms o treści: „Czy zgadzasz się na kontakt doradcy w celu przedstawienia propozycji przeniesienia numeru do (...)M.?”. W przypadku zgody odpis Tak na ten SMS (opł. Wg cennika)”, jak również później przeprowadzanych z klientami powoda rozmów telefonicznych wyczerpuje znamiona powołanych czynów nieuczciwej konkurencji. W ocenie Sądu Apelacyjnego ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd I instancji zasługują w pełni na podzielenie i Sąd II instancji przyjmuje je jako swoje własne.

Przystępując do analizy niniejszej sprawy w kontekście zarzutów wywiedzionych w pierwszej kolejności w apelacji pozwanego należy przypomnieć, że zgodnie z art. 12 ust. 2 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest także nakłanianie klientów przedsiębiorcy lub innych osób do rozwiązania z nim umowy albo niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, w celu przysporzenia korzyści sobie lub osobom trzecim albo szkodenia przedsiębiorcy. Analizując przypisanie pozwanemu popełnienia powyższego czynu nieuczciwej konkurencji należy wskazać, iż filarami gospodarki rynkowej jest wolność działalności gospodarczej, a także związana z nią swoboda umów. Z powyższego wynika, że nieodłącznym elementem gospodarki rynkowej jest walka przedsiębiorców o klienta, a także uzyskiwanie nowych klientów, którzy wcześniej pozostawali w relacjach gospodarczych z przedsiębiorcą, którego działalność ma charakter konkurencyjny. Okoliczności te trzeba wziąć pod uwagę analizując popełnienie przez pozwanego czynu z art. 12 ust. 2 u.z.n.k. Z drugiej jednak strony istotnym jest aby walka przedsiębiorców o klientów pozostawała w pewnych ramach prawnych. Ma to znaczenie nie tylko w kontekście interesów tychże przedsiębiorców, ale również gwarantuje bezpieczeństwo i pewność obrotu. Uczciwe przejmowanie klientów powinno być wynikiem atrakcyjności własnej oferty, natomiast niedopuszczalne jest zniechęcenie klientów do poprzedniego kontrahenta. Działania marketingowe i reklamowe, w tym zachęty do nawiązania współpracy z danym podmiotem, nie wyczerpują znamion czynu nieuczciwej konkurencji jeśli są zgodne z dobrym obyczajem i z prawem, a także z zasadami uczciwej konkurencji i swobody działalności gospodarczej. Wreszcie należy przywołać stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 14 stycznia 2004 r. I CK 66/03, niepubl. w którym wskazano, że wypełnienie przesłanek działania osoby trzeciej naruszającej więzi umowne na gruncie art. 12 ust. 2 u.z.n.k. polega na nakłanianiu do rozwiązania umowy, niewykonania umowy bądź nienależytego wykonania umowy w celu przysporzenia sobie korzyści lub przysporzenia korzyści innej osobie albo szkodeniu przedsiębiorcy. Ochrona wynikająca z art. 12 ust. 2 u.z.n.k. zwraca się przeciwko celowym działaniom osób trzecich zmierzających do zakłócenia stosunków umownych zewnętrznych wiążących przedsiębiorcę. Nie stanowi naruszenia tego przepisu złożenie klientowi konkurenta oferty lepszej usługi, jeśli nawet wiadomo, że osoba ta może naruszyć obowiązki umowne, chyba że oferent wie, że łamie klauzulę wyłączności. Nie ulega wątpliwości, że oferowanie własnych towarów i usług - także kontrahentom innych przedsiębiorców - jest zwykłym elementem konkurencji w gospodarce rynkowej. W takim ujęciu również proponowanie zawarcia umowy osobie, która już zawarła umowę na dostawę tych samych towarów lub usług z innym przedsiębiorcą, a przez to nakłanianie tej osoby do rozwiązania umowy z dotychczasowym kontrahentem, nie jest niczym nagannym, a wręcz przeciwnie - można stwierdzić, że jest to zachowanie będące fundamentem rywalizacji

przedsiębiorców na konkurencyjnym rynku. Jedynie wtedy, gdy nakłanianie do rozwiązania umowy będzie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i zagrazi lub naruszy interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1 u.z.n.k.) oraz jest dokonywane w celu przysporzenia korzyści sobie lub osobom trzecim albo szkodenia przedsiębiorcy (art. 12 ust. 2 u.z.n.k.) może być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Istotnym jest również podkreślenie, że znamieniem czynu zdefiniowanego w art. 12 ust. 2 u.z.n.k. jest „nakłanianie”. Chodzi więc o zachowania celowe, zmierzające do doprowadzenia do zniechęcenia klienta do podmiotu z którym dotychczas wiązała go umowa, przy czym sposób w jaki owo nakłanianie się odbywa nie jest oparty jedynie na atrakcyjności własnej oferty. Nakłanianiu temu będą najczęściej towarzyszyły zachęty zmierzające do rozwiązania dotychczasowej umowy i przejścia klienta, przy czym klient ten nie miałby szansy na uzyskanie pewnej gratyfikacji, gdyby uprzednio nie rozwiązał umowy z konkurentem przedsiębiorcy przejmującego.

W świetle powyższych przepisów należy rozważyć, czy w niniejszej sprawie mieliśmy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji o którym mowa w art. 12 ust. 2 u.z.n.k. Przede wszystkim pozwany w zarzucie zawartym w pkt 4 apelacji zmierzał do wskazania, że treść przesyłanej przez niego wiadomości sms była jedynie informacją o przysługującym klientom powoda prawie do zmiany operatora telefonicznego, a nie nakłanianiem do rozwiązania umowy. W tym kontekście należy wskazać, że ma rację pozwany, iż zarówno art. 71, jak i art. 71a ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. 2018, poz. 1954) potwierdzają prawo każdego abonenta do przeniesienia numeru telefonicznego do sieci innego operatora. Zawsze przeniesienie numeru do innego operatora wiąże się z rozwiązaniem umowy z dotychczasowym operatorem. Znajduje to wyraźne potwierdzenie w art. 71a Prawa telekomunikacyjnego, który stanowi, że abonent, o którym mowa w art. 71, żądając przeniesienia przydzielonego numeru może rozwiązać umowę z dotychczasowym dostawcą usług bez zachowania terminów wypowiedzenia określonych w rozwiązywanej umowie. Co więcej, art. 71 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego stanowi nawet, że za przeniesienie przydzielonego numeru nie pobiera się opłat od abonenta. W rzeczywistości istnienie takiego prawa wynika również z dyrektywy o usłudze powszechnej nr (...). Niemniej zdaniem Sądu Apelacyjnego Sąd I instancji zasadnie przyjął, że powyższe okoliczności nie mają rozstrzygającego znaczenia dla niniejszej sprawy. Szczegółowej analizie należy bowiem poddać sposób przekazania abonentom powoda tej informacji, jak również okoliczności towarzyszące temu przekazaniu. Powyższe jest niezbędne dla ustalenia, czy działania pozwanego miały jedynie charakter kampanii informacyjnej, czy też stanowiły nakłanianie klientów powoda do rozwiązania z nim umowy, w celu przysporzenia sobie korzyści. Kwestią ustaleń faktycznych jest wskazanie, czy z takim nakłanianiem w rzeczywistości mieliśmy do czynienia, czy też zachowanie pozwanego stanowiło jedynie dopuszczalną formę walki o klienta na rynku usług telekomunikacyjnych. Zdaniem Sądu Apelacyjnego okoliczności towarzyszące przesyłaniu do klientów powoda opisanych smsów, jak również treść później prowadzonych z klientami powoda rozmów telefonicznych pozwalają na ustalenie, że czyn pozwanego wypełniał znamiona nakłaniania do rozwiązania umowy z powodem w celu przysporzenia sobie korzyści.

Przede wszystkim trzeba zaznaczyć, że pozwany o możliwości przeniesienia do niego numerów klientów powoda nie informował w reklamie powszechnie dostępnej, ale poprzez sms przesłany do ponad 5 milionów abonentów powoda. Jednocześnie pozwany doskonale wiedział, że sms z prośbą o kontakt w celu złożenia propozycji przeniesienia numeru do pozwanego został wysłany właśnie do klientów konkurencyjnego operatora. Trzeba w tym kontekście choćby przypomnieć zeznania świadka B. T., który jednoznacznie zeznał, że intencją pozwanego było wysyłanie smsów do klientów konkurencji, zaś po wygenerowaniu bazy klientów do których smsy były wysyłane dochodziło do odfiltrowania klientów pozwanego (zeznania świadka B. T. – protokół elektroniczny 00:09:53-00:11:26). Przesyłanie takiej ilości smsów, w ciągu dwóch miesięcy, do klientów powoda, w ocenie Sądu Apelacyjnego dowodzi, że celem pozwanego było nakłonienie klientów powoda do rozwiązania umowy z dotychczasowym operatorem i nawiązania jej z pozwanym, a więc chodziło o przysporzenie korzyści pozwanemu. Nie ma jednocześnie znaczenia, że w samej przesyłanej wiadomości sms nie było informacji o korzyściach, które pozwany oferował za przeniesienie do niego numeru telefonicznego. W tym jednak ostatnim kontekście należy nawiązać do rozmów, które przedstawiciele pozwanego przeprowadzili z klientami powoda po nawiązaniu na prośbę tych ostatnich kontaktu telefonicznego. Klient powoda w zamian za przeniesienie numeru do pozwanego otrzymywał propozycję darmowego konta osobistego, na które co miesiąc przez dziesięć miesięcy miał być przelewany bonus od (...)M. w postaci kwoty

50 zł. Okoliczność ta była podnoszona już w pozwie, a jednocześnie wynika z zarejestrowanych przez powoda rozmów pomiędzy przedstawicielem pozwanego, a rzekomymi klientami powoda zainteresowanymi przeniesieniem numeru do pozwanego. Szczególnie ważnym jest podkreślenie, że z rozmów tych wyraźnie wynika, że taka gratyfikacja przysługiwała tylko takiemu podmiotowi, który przynosił numer do pozwanego. Konsultant pozwanego w zarejestrowanych rozmowach wyraźnie stwierdza, że bonus taki nie przysługuje w przypadku zawarcia z pozwanym nowej umowy, bez przeniesienia numeru z telefonii powoda. Pozwany w związku z nagraniem powyższych rozmów w apelacji podnosił zarzut naruszenia art. 233 k.p.c. w zw. z art. 3 u.z.n.k. w z art. 12 ust 2 u.z.n.k. poprzez sprzeczne z zasadami logiki i nie mające jakiegokolwiek uzasadnienia w materiale dowodowym przyjęcie przez Sąd, że w trakcie rozmów telefonicznych, pozwany namawiał w sposób nieuprawniony do rozwiązania umowy z powodem w sytuacji gdy Sąd nie przeprowadził dowodu z odsłuchania rzekomych rozmów, nie wskazał w trakcie której, co dokładnie stanowiło niedozwolone działanie. Pomijając nieprawidłowy sposób sformułowania powyższego zarzutu, należy wskazać że brak było konieczności odsłuchiwanie na rozprawie rozmów zarejestrowanych na płycie dołączonej do pozwu (k. 227). Żadna ze stron nie wносиła bowiem o dopuszczenie dowodu z oględzin tych nagrań. Jednocześnie nagrania te stanowią inny środek dowodowy w rozumieniu art. 308 k.p.c. do którego zgodnie z tym przepisem stosuje się odpowiednio przepisy o dowodach z dokumentów. Brak jest natomiast w procedurze cywilnej obowiązku odczytywania na rozprawie treści dokumentów, co do których został dopuszczony dowód. Tak samo więc brak jest podstaw do wymagania odsłuchiwanie na rozprawie nagrań załączonych jako dowód w sprawie. W tym kontekście należy jeszcze przywołać trafne stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 10 stycznia 1975 r. II CR 752/74, niepubl. w którym przyjęto, że kodeks postępowania cywilnego reguluje bezpośrednio tylko niektóre kwestie związane z dowodem z taśmy magnetofonowej (taśmy dźwiękowej). Poza dopuszczalnością tego środka dowodowego normuje w art. 308 reguły mające zastosowanie do sposobu przeprowadzenia tego dowodu. Przepisy k.p.c. odnoszące się do oględzin należy mieć na uwadze, gdy chodzi o kontrolę i ocenę stanu taśmy magnetofonowej w celu ustalenia, czy nie była preparowana, tzn. czy nie jest przecinana i łączona, czy stanowi ona taśmę, na której nastąpiło nagranie czy chodzi o taśmę, na którą dźwięki zarejestrowane nagrano pierwotnie. Do samej natomiast treści taśmy, tj. zapisu zarejestrowanego na niej mają odpowiednie zastosowanie przepisy o dokumentach stosownie do ich charakteru. Powyższe orzeczenie w ocenie Sądu Apelacyjnego znajdzie zastosowanie również w przypadku nagrania zarejestrowanego na płycie CD, co w konsekwencji, wbrew treści rozważanego zarzutu, oznacza, że nie ma obowiązku odsłuchiwanie nagrania w trakcie rozprawy. W powyższym kontekście należy jeszcze zwrócić uwagę na jeden fakt, a mianowicie ten, że pozwany ani w toku postępowania przed Sądem I instancji, ani w apelacji nie zaprzeczył prawdziwości nagrań zarejestrowanych na załączonej do pozwu płycie. Powyższe miało znaczenie dla przypisania wiarygodności tego dowodu.

Wracając do analizy zachowania pozwanego w kontekście znamion określonych w art. 12 ust. 2 u.z.n.k. należy wskazać, że sytuacja w której konsultant pozwanego oferuje klientom powoda dodatkową gratyfikację za przeniesienie numeru do (...) S.A. oznacza de facto nakłanianie do rozwiązania umowy z (...) sp. z o.o. Pozwany bowiem nie dąży do zdobycia dotychczasowych klientów pozwanego atrakcyjnością swojej oferty, ale bonusami przysługującymi tymże klientom tylko z tego względu, że dotychczas byli kontrahentami konkurenta. Należy powtórnie przypomnieć, że bonusy te nie przysługiwałyby klientom powoda gdyby zawierali z pozwanym umowę na nowy numer, a więc bez przeniesienia numeru od powoda, co wprost oznacza, że były one gratyfikacją za rozwiązanie umowy z powodem. W ocenie Sądu Apelacyjnego nawet istniejąca w warunkach gospodarki rynkowej walka o klienta nie uzasadnia takiego sposobu pozyskiwania klienta będącego dotychczas kontrahentem konkurenta. Godnym podkreślenia jest jednocześnie, że w toku rozmów zarejestrowanych na płycie przedłożonej przez powoda konsultanci pozwanego nawet nie starają się wyjaśnić istoty proponowanej oferty, a jedynie skupiają się na kwestii możliwości założenia konta osobistego z darmowymi wpłatami na to konto przez okres dziesięciu miesięcy. Jednocześnie konsultanci ci nie potrafili odpowiedzieć na jakiegokolwiek pytania szczegółowe dotyczące oferowanego konta osobistego, co potwierdza że przekazanie klientom powoda tej informacji miało na celu wyłącznie ich zwabienie. Wniosek ten jest tym bardziej oczywisty jeżeli zważyć, że związek pomiędzy założeniem konta osobistego, a nawiązaniem umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych jest żaden. Niezależnie od powyższego trzeba jeszcze przypomnieć, że według twierdzeń powoda zawartych w pozwie konsultanci pozwanego oferowali klientom również powoda możliwość pokrycia kar umownych, które ci byliby zobowiązani do zapłaty na rzecz (...) sp. z o.o. z tytułu rozwiązania umowy przed terminem.

Na dowód powyższego powód przedłożył zdjęcia korespondencji (k. 60). Pozwany na żadnym etapie postępowania do powyższych twierdzeń, jak również dowodów się nie ustosunkował, a w szczególności twierdzeniom tym nie zaprzeczył, jak również nie podważał wiarygodności dowodów powołanych przez powoda w celu wykazania tychże twierdzeń. Na zasadzie art. 230 k.p.c. twierdzenia te należało uznać za przyznane, co tym bardziej dowodzi wniosków wyprowadzonych przez Sąd Okręgowy, a podzielanych przez Sąd Apelacyjny, że w niniejszej sprawie mieliśmy do czynienia z nakłanianiem klientów powoda do rozwiązania z nim umowy i nawiązania umowy z pozwanym.

Nie może być jednocześnie wątpliwości, że powyższe działania zostały podjęte przez pozwanego w celu przysporzenia sobie korzyści, co oznacza spełnienie przez (...) S.A. kolejnego znamienia czynu wyrażonego w art. 12 ust. 2 u.z.n.k. W tym jednak kontekście pozwany zarzucał w apelacji naruszenie art. 233 k.p.c. (bez podania jednostki redakcyjnej tego przepisu) polegające na zestawieniu przejść klientów przedstawionego przez pozwanego sprzecznym w tym zakresie stanowiskiem powoda (również na etapie postępowania zabezpieczającego gdzie sąd pierwszej instancji w tym samym składzie wskazał że stanowisko powoda jest niespójne i sprzeczne ze sobą). Pomijając nie do końca zrozumiałą treść tego zarzutu, należy jedynie wskazać, że dla niniejszej sprawy żadnego znaczenia nie miała okoliczność ilu klientów powoda w wyniku rozpatrywanej akcji rozwiązało umowy z powodem i nawiązało umowy z pozwanym, z zachowaniem dotychczasowego numeru telefonicznego. Znamieniem bowiem czynu z art. 12 ust. 2 u.z.n.k. nie jest doprowadzenie do rozwiązania umowy z przedsiębiorcą, czy wyrządzenie mu szkody, a jedynie podejmowanie działań polegających na nakłanianiu do rozwiązania umowy w celu przysporzenia korzyści sobie. Chodzi więc o działanie kierunkowe, przy czym bez znaczenia jest osiągnięcie oczekiwanego rezultatu. W tym zakresie znów należy odwołać się do zeznań świadka B. T., który zeznał, że akcja miała dwa cele – reakcja na działania konkurencji oraz chęć pozyskania nowych klientów (zeznania świadka B. T. – protokół elektroniczny 00:13:15-00:15:00). Ten ostatni cel bezpośrednio wypełnia znamię czynu nieuczciwej konkurencji z art. 12 ust. 2 u.z.n.k. Okoliczność tę potwierdził także inny świadek będący pracownikiem pozwanego – D. Ś., który zeznał, że akcja miała na celu kontakt z osobami, które nie były klientami pozwanego w celu przedstawiania oferty (zeznania świadka D. Ś. – protokół elektroniczny 00:20:55-00:23:19).

Podsumowując powyższe wywody należy zdaniem Sądu Apelacyjnego stwierdzić, że Sąd Okręgowy trafnie uznał, iż działania pozwanego wypełniały znamiona czynu nieuczciwej konkurencji z art. 12 ust. 2 u.z.n.k. Pozwany bowiem poprzez wysyłanie ponad 5 milionów smsów do klientów powoda z prośbą o zgodę na kontakt telefoniczny oraz następnie rozmowy telefoniczne w których proponował gratyfikację wyłącznie za przeniesienie numeru z (...) sp. z o.o. do (...) S.A., nakłaniał klientów powoda do rozwiązania z nim umowy i zawarcia umowy z pozwanym, przy czym działał w celu przysporzenia sobie korzyści. Działanie takie nie było oparte wyłącznie na atrakcyjności oferty pozwanego, ale bonusach, które były przeznaczone dla klientów powoda w zamian za przeniesienie numeru telefonu do (...) S.A. Jak już zaznaczano w czasie rozmów telefonicznych z klientami powoda to właśnie ten element propozycji pozwanego był wyolbrzymiany, zaś inne elementy oferty nie były prezentowane. Działanie pozwanego naruszało więc uczciwą konkurencję.

Pozwany w powyższym kontekście zarzucał jeszcze naruszenie przez Sąd Okręgowy art. 3 u.z.n.k. w zw. art. 12 ust. 2 u.z.n.k. poprzez błędną wykładnię i zastosowanie poprzez nierozważanie przez Sąd pierwszej instancji zwyczajów rynku telekomunikacyjnego, powszechnych praktyk konkurentów, dobrych obyczajów, zachowań konkurentów, budowy rynku telekomunikacyjnego w Polsce, istnieniu Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej i wydawanych przez niego decyzji, zachowań pozwanego, jak i powoda. Przede wszystkim należy zaznaczyć, że jeżeli zdaniem pozwanego na rynku istniałyby w powyższym zakresie jakiegokolwiek zwyczaje, to stanowiłyby one element stanu faktycznego, którego ciężar dowodu obciążałby pozwanego, który jednak w tym zakresie nie powołał jakichkolwiek dowodów. Poza tym pozwany formułował ogólne twierdzenia o istnieniu zwyczajów i nie wskazał na czym one konkretnie miałyby polegać. Jednocześnie odwołanie się do zwyczaju nie jest możliwe jeżeli dane zachowanie narusza bezwzględnie obowiązujący przepis – w tym przypadku art. 12 ust. 2 u.z.n.k. Nie można w szczególności uznać, że dobry obyczaj mógłby stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. Poza tym należy wskazać, że problem niniejszej sprawy polegał nie tyle na możliwości przejmowania klientów powoda przez pozwanego, ale sposobie w jaki to się odbywało. Pozwany zaś nie dość, że tego zwyczaju, czy dobrego obyczaju nie przybliżył, to nie wykazał, że dotyczy on nakłaniania do rozwiązania umowy z dotychczasowym operatorem w sposób w jaki wystąpił w niniejszej

sprawcie, co samo przez się czyni argumentację pozwanego pozbawioną znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Tym bardziej zaś nie można uznać, że Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej dopuszczałby istnienie na rynku telekomunikacyjnym sytuacji wyczerpującej znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. W tym też kontekście nie mógł być uwzględniony zarzut naruszenia art. 233 k.p.c. poprzez pominięcie przez Sąd dowodów tj. części zeznań świadków B. T., D. Ś., decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, wydruków wiadomości e-mail od powoda do pracownika pozwanego, reklamy powoda, na okoliczność tego jak wyglądał rynek na którym strony konkurują, jakie były zwyczaje, praktyki, jak również poprzez pominięcie dowodu z nagrania reklamy powoda gdzie pojawia się sformułowanie dotyczące przeniesienia numeru co pokazuje praktykę rynkową i działania samego powoda. Jeżeli idzie o powołane przez pozwanego w rozważanym zarzucie dowody, to w rzeczywistości wynika z nich, że na rynku telekomunikacyjnym zdarzały się sytuacje w których analogiczne akcje do prowadzonej przez pozwanego były inicjowane przez innych operatorów telefonicznych. Niemniej sam ten fakt nie pozwala stwierdzić, że działanie pozwanego było uczciwe i nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji. Działalność każdego z podmiotów świadczących usługi telekomunikacyjne podlega odrębnej ocenie. Ponadto sam fakt, że inny podmiot na rynku prowadzi działalność, która mogłaby być kwalifikowana jako niezgodna z przepisami prawa i stanowiąca czyn nieuczciwej konkurencji, nie legalizuje identycznej działalności podejmowanej przez inne podmioty. Jeżeli zdaniem pozwanego podejmowano wobec niego działania, które mogły stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, to mógł on w tym zakresie korzystać z ochrony wynikającej z przepisów prawa. Bezprzedmiotowe jest natomiast w ocenie Sądu Apelacyjnego powoływanie tej okoliczności jako usprawiedliwiającej działania pozwanego w niniejszej sprawie. Podobnie bez znaczenia jest działalność reklamowa powoda w której pada sformułowanie o możliwości przeniesienia numeru telefonicznego. Powtórnie trzeba zaznaczyć, że Sąd Apelacyjny nie kwestionuje prawa pozwanego do walki o klientów i pozyskiwanie ich również w drodze przeniesienia numerów. Biorąc zaś pod uwagę, że większość podmiotów posiada dziś telefon komórkowych pozyskiwanie nowych klientów w wyniku przeniesienia numeru może być głównym sposobem uzyskiwania nowych abonentów. Istotna jednak tkwi w sposobie pozyskiwania tychże klientów. Reklama zawierająca informacje o takowej możliwości zdecydowanie różni się od zachowania pozwanego przedsięwziętego w niniejszej sprawie, choćby z tego względu, że nie jest skierowana indywidualnie do każdego abonenta, ale do bezimiennego ogółu. Poza tym na podstawie jej treści nie można uznać, że posługuje się ona, inaczej niż pozwany w niniejszej sprawie, środkiem wykraczającym poza dopuszczalne w gospodarce rynkowej. Z tego względów również zarzut naruszenia art. 233 k.p.c. w rozważanym aktualnie zakresie nie mógł doprowadzić do podważenia ustaleń dokonanych przez Sąd Okręgowy.

Niezależnie od powyższego należy podzielić stanowisko Sądu Okręgowego według którego rozważany czyn pozwanego wypełniał również znamiona czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Sąd Apelacyjny podziela pogląd, że przepis art. 3 ust. 1 u.z.n.k. pełni nie tylko funkcję uzupełniającą, polegającą na uzupełnieniu katalogu czynów nieuczciwej konkurencji, ale też funkcję korygującą. Funkcja ta polega na tym, że w sytuacji, w której zachowanie podpada pod hipotezę któregoś z przepisów rozdziału 2 u.z.n.k., ale nie jest to zachowanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, to nie jest czynem nieuczciwej konkurencji (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 grudnia 2011 r., III CSK 120/11, niepubl.). Zatem czynem nieuczciwej konkurencji jest tylko takie zachowanie, które wypełnia przesłanki określone w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Zgodnie z tym przepisem czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W ocenie Sądu Apelacyjnego działanie pozwanego polegające już tylko na przesyłaniu do klientów powoda smsów z prośbą o wyrażenie zgody na kontakt telefoniczny celem przedstawienia propozycji przeniesienia numeru do (...) M. jest sprzeczne z prawem z kilku względów, a wobec tego, przy udowodnionym zagrożeniu interesów powoda, stanowi czyn o którym mowa w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Przede wszystkim Sąd Okręgowy trafnie uznał, że działanie pozwanego naruszało art. 172 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego. Zgodnie z tym przepisem, według stanu prawnego obowiązującego w okresie kwiecień – czerwiec 2014 r., zakazane jest używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, chyba że abonent lub użytkownik końcowy uprzednio wyraził na to zgodę. W doktrynie wskazuje się, że automatycznym systemem wywołującym będzie każdy system techniczny służący do przekazywania komunikatów indywidualnym odbiorcom bez bezpośredniego udziału człowieka. Cecha automatyczności jest związana z inicjowaniem i realizowaniem przekazu za pomocą odpowiednio zaprogramowanych urządzeń przyłączonych do sieci telekomunikacyjnej. Po stronie użytkownika wywołującego występuje jedynie

nadanie komunikatu, a po stronie użytkownika wywoływanego wyłącznie odbiór. Po stronie nadawcy brak jest bezpośredniego udziału człowieka w procesie komunikowania, choć niewątpliwie proces komunikowania jest programowany przez człowieka (tak: S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, Warszawa 2019, komentarz do art. 172, nb. 5). Zdaniem Sądu Apelacyjnego trafne są ustalenia Sądu I instancji, a według których pozwany prowadził rozważaną akcję z wykorzystaniem automatycznych systemów wywołujących. Przede wszystkim strona pozwana w apelacji wprost nie podważyła ustalenia Sądu Okręgowego jakoby smsy zawierające propozycje rozmowy w celu przeniesienia numeru były generowane poprzez system automatyczny. Co szczególnie istotne również Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej w decyzji z dnia 2 grudnia 2016 r. (...) (...)621.8.2015, (...) (...)46.6.2016.19 wprost stwierdził, że pozwany generując ruch polegający na wysyłaniu smsów w okresie od 26 marca 2014 r. do dnia 9 kwietnia 2014 r. oraz od dnia 22 kwietnia 2014 r. do dnia 4 czerwca 2014 r. posłużył się automatycznym systemem wywołującym.

Niezależnie od powyższego również pozostały zebrany w sprawie materiał dowodowy pozwala na uznanie, że w rzeczywistości smsy były generowane przez automatyczny system wywołujący. Należy zaznaczyć, że w okresie od 2 kwietnia 2014 r. do 4 czerwca 2014 r. pozwany wysłał do klientów powoda ponad 5 milionów smsów, przy czym wszystkie one zostały wysłane z dwóch numerów telefonów. Powód w powyższym zakresie przedstawił dokument prywatny w postaci „Analizy ruchu SPAMowego do Abonentów sieci (...) sp. z o.o. kierowanych przez (...) S.A. (k. 224-305). Trudno uznać, że ruch wynikający z tego dokumentu, odbywający się z dwóch numerów telefonów, mógłby być wygenerowany przez człowieka. Poza tym na dowód posłużenia się przez pozwanego automatycznym systemem wywołującym należy również powołać zeznania świadka D. Ś., który zeznał, że akcja miała dotyczyć losowej wysyłki smsów. Numery miały być generowane na podstawie tablic informacyjnych przez algorytm, urządzenie, czy przez skrypt (zeznania świadka D. Ś. – protokół elektroniczny 00:23:26-00:24:48). Ruch ten miał być więc generowany bez udziału człowieka. Faktem irrelevantnym jest źródło pozyskania przez pozwanego numerów telefonów na które smsy były wysyłane. Pośrednio powyższy fakt potwierdził również świadek B. T., który zeznał, że nie zna szczegółów, co do sposobu wysyłania smsów, ale raczej nie było możliwości, aby jedna osoba wysłała wszystkie smsy i musiało być wsparcie (zeznania świadka B. T. – protokół elektroniczny 00:25:53-00:27:00). Fakt zaangażowania w akcję systemu informatycznego potwierdził również świadek T. G. (zeznania świadka T. G. – protokół elektroniczny 00:24:22-00:25:33), jak również świadek P. S. (1) (zeznania świadka P. S. (1) – protokół elektroniczny 00:12:03-00:13:48). Wreszcie świadek B. J., który przygotował analizę ruchu przychodzącego z (...)M. zeznał, że wysyłka musiała mieć charakter automatyczny, albowiem brak jest jakiegokolwiek powtarzalności, co jest cechą ruchu abonamentowego. W rozpatrywanej natomiast sytuacji odbiorca wiadomości zawsze występuje inny, co dowodzi automatyzmu ruchu i związanej z tym woli przesłania SMS-ów do jak najobszerniejszej liczby odbiorców (protokół elektroniczny 01:34:29-01:36:54). W świetle tak obszernego materiału dowodowego ustalenia Sądu Okręgowego co do wykorzystania systemu elektronicznego do przesyłania do klientów powoda smsów nie mogły budzić wątpliwości, tym bardziej że pozwany nigdy nawet nie próbował wskazać, kto jeśli nie system elektroniczny smsy te wysyłał.

Jednocześnie Sąd Apelacyjny podziela ocenę Sądu Okręgowego zgodnie z którą systemy elektroniczne zostały wykorzystane do wysyłania informacji w celu marketingu bezpośredniego. Pojęcie to obejmuje wszelkie formy reklamy i promocji, w ramach których materiały o takiej zawartości kierowane są bezpośrednio do zidentyfikowanego podmiotu lub podmiotów przy użyciu usług łączności elektronicznej (tak: S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, Warszawa 2019, komentarz do art. 172, nb. 6). W ocenie Sądu Apelacyjnego smsy zawierające prośbę o kontakt zostały wysłane do klientów powoda właśnie w celu marketingu bezpośredniego. Pozwany w tym zakresie powołał w apelacji zarzut naruszenia art. 233 k.p.c. poprzez pominięcie przez Sąd pierwszej instancji jako „bez znaczenia” decyzji wydanej przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 2 grudnia 2016r. (...) (...) (...) (...) (...)46.6.2016.19 w sytuacji gdy wydający decyzje jest jednym z kreatorów zachowań rynkowych, ocenia zachowania konkurentów, a decyzja dotyczyła postępowania dotyczącego zachowań pozwanego będących przedmiotem rozstrzygnięcia Sądu pierwszej instancji i decyzja była dla pozwanego korzystna. Pozwany ma rację o tyle o ile w powyższej decyzji wyraźnie wskazano, że smsy przesyłane przez (...) S.A. poprzez automatyczny system wywołujący nie stanowiły marketingu bezpośredniego. Niemniej w świetle zebranego w sprawie materiału



dowodowego trudno ten fakt potwierdzić. Ma rację Sąd Okręgowy, że powyższa decyzja nie miała w tym zakresie charakteru rozstrzygającego, albowiem brak jest nawet dowodu, czy jest ona prawomocna. Poza tym nie była ona wiążąca dla Sądu. Wreszcie okoliczność kwalifikacji przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej smsów wysyłanych przez pozwanego jest wyrazem dokonanej przez niego oceny prawnej. Tymczasem Sąd w niniejszym postępowaniu jest uprawniony do dokonywania samodzielnej subsumpcji stanu faktycznego pod normę prawną. W wyniku tej oceny trafnie uznano, że w sprawie mieliśmy do czynienia z marketingiem bezpośrednim. Niezależnie bowiem od źródła wiedzy pozwanego o numerach na które były wysyłane smsy należy wskazać, że pozwany doskonale zdawał sobie sprawę, że wysyła te informacje do klientów konkurentów. Jednocześnie, na co już zwracano uwagę, pozwany odfiltrował numery własnych abonentów. Wreszcie Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej analizując treść wysyłanych smsów skupił się na tej ich części, która dotyczyła propozycji kontaktu. Tymczasem dla zakwalifikowania tych smsów jako marketingu bezpośredniego zasadnicze znaczenie miało wskazanie celu tego kontaktu, tzn. przeniesienia numeru i to do (...) M.. Powyższe oznacza zdaniem Sądu Apelacyjnego, że w informacji tej zawarto również reklamę usług (...), a wobec tego mieliśmy do czynienia z marketingiem bezpośrednim.

Niezależnie od powyższego ma rację Sąd Okręgowy, że działanie pozwanego było bezprawne także z tego względu, że naruszało art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. 2019, poz. 123). Zgodnie z tym przepisem zakazane jest przesyłanie niezamówionej informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy będącego osobą fizyczną za pomocą środków komunikacji elektronicznej, w szczególności poczty elektronicznej. W myśl zaś art. 2 pkt 2 w/w ustawy informacją handlową jest każda informacja przeznaczona bezpośrednio lub pośrednio do promowania towarów, usług lub wizerunku przedsiębiorcy lub osoby wykonującej zawód, której prawo do wykonywania zawodu jest uzależnione od spełnienia wymagań określonych w odrębnych ustawach, z wyłączeniem informacji umożliwiającej porozumiewanie się za pomocą środków komunikacji elektronicznej z określoną osobą oraz informacji o towarach i usługach niesłużącej osiągnięciu efektu handlowego pożądanego przez podmiot, który zleca jej rozpowszechnianie, w szczególności bez wynagrodzenia lub innych korzyści od producentów, sprzedawców i świadczących usługi. Zdaniem Sądu Apelacyjnego także w tym zakresie Sąd Okręgowy trafnie uznał, że wysyłane przez pozwanego smsy informacją handlową były. W apelacji pozwany dla przyjęcia odmiennego poglądu powołuje się jedynie na decyzję wydaną przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 2 grudnia 2016r. (...) (...) (...) (...) (...) (...) Niemniej z przyczyn już wskazanych decyzja ta nie można być uznana za podstawę oceny prawnej dokonanej przez Sąd na potrzeby niniejszej sprawy. Analizując natomiast treść smsów wysyłanych przez pozwanego należy stwierdzić, że przynajmniej pośrednio zawierały one promocję usług pozwanego. Smsy te nie tylko bowiem zawierały propozycję kontaktu, ale przede wszystkim informację o celu tego kontaktu, tzn. przeniesieniu numeru do (...) S.A. i w ten sposób w ocenie Sądu Apelacyjnego do promowania pozwanego dochodziło. Należy jednocześnie zaznaczyć, że w doktrynie wskazuje się, iż wysyłanie zapytań o zgodę na przesyłanie informacji handlowej zasadniczo również należałoby traktować jako działanie zakazane na mocy analizowanego przepisu. W zapytaniu bowiem takim znajdują się dane stanowiące informację handlową (tak: Michał du Vall, Ewa Nowińska, Komentarz do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, w: Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, Warszawa 2013, komentarz do art. 10, nb. 5). Wstępny list proszący adresata o wyrażenie zgody na przesyłanie mu w przyszłości informacji handlowej za pomocą środków komunikacji elektronicznej stanowi specyficzny rodzaj informacji handlowej, bowiem w sposób pośredni zmierza do promowania towarów, usług lub wizerunku przedsiębiorcy, co mieści się w ramach definicji wskazanej w art. 2 pkt 2 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną (tak: R. Nogacki, Prawne aspekty internetowej reklamy banku, cz. I, Poczta elektroniczna, Prawo Bankowe 2005, nr 10, s. 68 i n.). W ocenie Sądu Apelacyjnego wszystkie powołane powyżej poglądy znajdują zastosowanie do wiadomości wygenerowanej przez pozwanego i pozwolą na jej zakwalifikowanie jako informacji handlowej, a tym samym objętej zakazem z art. 10 ust. 1 ustawy o świadczeniu usług elektronicznych, co potwierdza że działanie pozwanego było sprzeczne z prawem.

Ostatecznie należy więc uznać, że działalność pozwanego była sprzeczna z art. 172 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego oraz art. 10 ust. 1 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Jak już natomiast wywodzono przy okazji analizy zachowania pozwanego w kontekście art. 12 ust. 2 u.z.n.k. działania bezprawne co najmniej zagrażały interesom powoda. Nie mógł być w tym kontekście uwzględniony zarzut naruszenia art. 233 k.p.c. w zw. art.

3 u.z.n.k. w zw. z art. 172 ust 1 Prawa telekomunikacyjnego poprzez błędne, sprzeczne z zasadami logiki i rzeczywistej treści przeprowadzonych dowodów, przyjęcie że działania pozwanego były wymierzone w powoda w sytuacji gdy z przeprowadzonych dowodów m.in. zeznaniami świadków B. T. i D. Ś. wynika że pozwany nie znał i nie mógł poznać stron zobowiązań których przedmiot stanowiły numery telefonu pozyskane przez pozwaną od państwowego urzędu oraz że wiadomości były wysyłane w sposób losowy. Po raz kolejny należy przypomnieć, że obaj powołani świadkowie wyraźnie zeznali, że działania były wymierzone w konkurencję. Jednocześnie według twierdzeń pozwanego identyfikował on numery na podstawie tablic informacyjnych. Jak zeznał świadek D. Ś. na podstawie tychże tablic można ustalić, który numer należy do którego operatora (zeznania świadka D. Ś. – protokół elektroniczny 00:12:01-00:13:29). Pozwany więc wbrew rozpatrywanemu zarzutowi był świadomy nie tylko tego, że smsy są wysyłane do operatorów konkurencyjnych, ale był świadomy również tego, że ich adresatem są klienci powoda. Powyższe decyduje o uznaniu, że czyn pozwanego wyczerpywał również znamiona czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 3 ust. 1 u.z.n.k.

Przed rozważaniem środków ochrony, których dochodził powód należy wskazać, że nie było trafne stanowisko powoda, a także Sądu Okręgowego jakoby czyn pozwanego naruszał również art. 9 pkt 3 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (DZ. U. 2017, poz. 2070). Zgodnie z tym przepisem nieuczciwą praktyką rynkową jest uciążliwe i niewywołane działaniem albo zaniechaniem konsumenta nakłanianie do nabycia produktów przez telefon, faks, pocztę elektroniczną lub inne środki porozumiewania się na odległość, z wyjątkiem przypadków egzekwowania zobowiązań umownych, w zakresie dozwolonym przez obowiązujące przepisy. W ocenie Sądu Apelacyjnego nie można stwierdzić, że opisane przez powoda działanie pozwanego było uciążliwe. Sprowadzało się ono bowiem do wysłania jednej wiadomości typu sms. Powyższe nie przekreśla kwalifikacji zachowania pozwanego jako wypełniającego znamiona z art. 3 ust. 1 u.z.n.k.

Powód w niniejszej sprawie na podstawie art. 18 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. domagał się przede wszystkim nakazania zaniechania pozwanemu (...) S.A. w W. niedozwolonych działań stanowiących czyny nieuczciwej konkurencji, polegających na: używaniu automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego (...)M. wobec klientów (...) bez zgody tychże klientów; nakłanianiu klientów (...) do rozwiązania umowy z (...); stosowaniu nieuczciwych praktyk rynkowych polegających na uciążliwym i niewywołanym działaniem albo zaniechaniem konsumenta, nakłanianiem ich do nabycia usług (...); przesyłaniu niezamówionej informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy będącego osobą fizyczną za pomocą środków komunikacji elektronicznej i w tym zakresie powództwo zostało uwzględnione. Niemniej pozwany zarzucał naruszenie art. 18 ust 1 pkt 1 u.z.n.k. w związku z 232 k.p.c. w zw. z 316 k.p.c. w zw. art. 6 k.c., tj. przez zasądzenie przez Sąd pierwszej instancji zaniechania łamania przepisów prawa, które gdyby nawet przyjąć ich niezgodność z prawem, nie były wykonywane przed wniesieniem powództwa i nie istniało jakiegokolwiek zagrożenie aby były wykonywane w przyszłości, a strona powoda w żaden sposób nie wykazała ani nie próbowała wykazać aby takie działanie mogło mieć miejsce w przyszłości. Pozwany w kontekście powyższego przepisu ma o tyle rację, że zważywszy na treść art. 316 § 1 k.p.c. warunkiem udzielania powodowi ochrony poprzez nakazanie zaniechania niedozwolonych działań jest ich istnienie w czasie orzekania lub prawdopodobieństwo ich wystąpienia. W rzeczywistości pozwany od czerwca 2014 r. nie prowadził już globalnej akcji wobec powoda o charakterze podobnym do tej opisanej w pozwie. Niemniej brak jest zdaniem Sądu Apelacyjnego podstaw do przyjęcia, że nie ma niebezpieczeństwa wznowienia takich działań w przyszłości. Trzeba bowiem zaznaczyć, że zaniechanie niedozwolonych działań nastąpiło przede wszystkim w związku z udzieleniem zabezpieczenia postanowieniem z dnia 23 czerwca 2014 r. na mocy którego w szczególności zakazano (...) S.A. na czas toczącego się postępowania sądowego wysyłania na numery abonentów telefonii komórkowej obsługiwanej przez (...) sp. z o.o. wiadomości SMS o treści: „Czy zgadzasz się na kontakt doradcy w celu przedstawienia propozycji przeniesienia numeru do (...)M.?”. W przypadku zgody odpis Tak na ten SMS (opł. Wg cennika)”, bądź o treści o takim samym lub zbliżonym znaczeniu, bez uprzedniej zgody klientów (...) na otrzymywanie takiej informacji, jak również zlecenia realizowania takich kontaktów podmiotom trzecim. Materiał dowodowy zgromadzony w niniejszej sprawie nie pozwala na przyjęcie, że pozwany definitywnie zaniechał praktyki wysyłania do klientów powoda smsów o powyższej treści, a dla uwzględnienie roszczenia o zaniechanie wystarczy realne niebezpieczeństwo powtórzenia naruszeń (tak: wyrok Sądu Najwyższego z 22 marca 2017 r., III CSK 86/17, niepubl.). Co prawda świadkowie rzeczywiście zwracali uwagę, że od czerwca

2014 r. akcji takich u pozwanego nie było, niemniej nie można wykluczyć, że jest to tylko w związku z udzielonym zabezpieczeniem i dlatego sam fakt niepodejmowania takich działań w ostatnim okresie nie mógł być podstawą odmowy udzielenia ochrony. Ponadto trzeba dodać, że w orzecznictwie wskazano, że roszczenie o zaniechanie jest środkiem cywilnoprawej ochrony interesów przedsiębiorcy, naruszonych bądź zagrożonych wskutek dokonania czynu nieuczciwej konkurencji i ma podstawowe znaczenie dla zapewnienia efektywności systemu ochrony szeroko pojętych praw na dobrach materialnych oraz interesów chronionych przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jego celem i zasadniczą funkcją jest możliwie najszybsze przerwanie bezprawnej działalności oraz zapobieżenie niedopuszczalnym działaniom na przyszłość (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 2017 r., III CSK 86/16, niepubl.). Orzeczenie to spełnia więc także funkcję prewencyjną; powinno doprowadzić do takiego stanu, aby nie dochodziło do zagrożenia lub naruszenia jego interesów, czy też do doznania przez niego w przyszłości szkody. Powyższe okoliczności w ocenie Sądu Apelacyjnego również przemawiały za udzieleniem powodowi ochrony.

Podobnie nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 3 w zw. z 5 k.c. poprzez udzielenie przez Sąd pierwszej instancji ochrony prawnej powodowi w sytuacji gdy powód przed zachowaniami pozwanego stanowiącymi przedmiot sporu, dokonywał działań wymierzonych w pozwanego, które nawet przyjmując stanowisko powoda co do niedopuszczalności zachowań pozwanego - stanowiłyby działania kwalifikowane, w związku z powyższym Sąd udzielił ochrony prawnej powodowi, który nadużył swojego prawa podmiotowego uprzednio. Zdaniem Sądu Apelacyjnego materiał dowodowy nie daje podstaw do przyjęcia, że powód podejmował wobec pozwanego uprzednio podobną akcję do tej, której dotyczył pozew. Należy w tym kontekście przywołać zeznania świadka B. T., który zeznał co prawda, że powód organizował podobną akcję marketingową, niemniej wysyłał mniej smsów niż inny operatorzy (zeznania świadka B. T. – protokół elektroniczny 00:23:16-00:25:18). Następnie zaś świadek zeznał, że jego żona dostała sms od powoda z propozycją przejścia do jego telefonii. Niemniej powyższe zeznania mają charakter nader ogólny i nie można na ich podstawie ustalić ani zakresu rzekomej akcji powoda, ani treści wysyłanych przez niego smsów, a tym bardziej nie można mówić o możliwości zakwalifikowania działań powoda jako deliktu nieuczciwej konkurencji, określonego w art. 12 ust. 2 u.z.n.k. Z tego też względu nie można uznać, że doszło w niniejszej sprawie do naruszenia art. 5 k.c.

Wreszcie pozwany zarzucił jeszcze naruszenie art. 18 ust 1 pkt 1 u.z.n.k. w zw. z art. 187 k.p.c. poprzez niedopuszczalne uwzględnienie przez Sąd pierwszej instancji, nieprecyzyjnie sformułowanego roszczenia powoda, który nie wskazał o zaniechanie jakich „działań” o który nie mowa w art. 18 ust 1 pkt 1 u.z.n.k. wnosi. Zarzut ten częściowo zasługiwał na uwzględnienie. Przepis art. 18 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. stanowi podstawę orzeczenia zakazującego konkretnych, niedozwolonych działań konkurencyjnych, które zagroziły lub naruszyły interes innego przedsiębiorcy. Zakaz nie może ponad te działania wykroczać, gdyż prowadziłoby to do niedopuszczalnego zastosowania sankcji nieodpowiadającej popełnionemu czynowi (tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2002 r., III CKN 271/01, niepubl.). W ocenie Sądu Apelacyjnego zbyt ogólnie było sformułowane żądanie pozwu zaniechania nakłaniania klientów (...) do rozwiązania umowy z (...), jak również przesyłania niezamówionej informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy będącego osobą fizyczną za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Żądanie takie nie konkretyzowało zachowań pozwanego, których dotyczyło, a w przeważającej mierze było powtórzeniem przepisów ustaw. Zdaniem Sądu Apelacyjnego powyższe wymagało doprecyzowania w wyroku Sądu Apelacyjnego. Z tego też względu na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. zmieniono częściowo zaskarżony wyrok w punkcie 1 podpunkt b) poprzez nadanie mu następującej treści: „Nakłanianiu klientów powoda (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., w przesyłanych do nich wiadomościach SMS lub w przeprowadzanych z nimi rozmowach telefonicznych, do rozwiązania umowy z powodem (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.” oraz w punkcie 1 podpunkt d) poprzez nadanie mu następującej treści: „Przesyłaniu do oznaczonego odbiorcy, będącego osobą fizyczną – klientem powoda (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., za pomocą środków komunikacji elektronicznej, niezamówionej informacji handlowej zawierającej propozycję przeniesienia numeru telefonicznego do pozwanego (...) spółki akcyjnej z siedzibą w W.”, oddalając w pozostałym zakresie powództwo o zaniechanie czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na przesyłaniu niezamówionej informacji handlowej. W ocenie Sądu Apelacyjnego tak ujęty zakres ochrony udzielony powodowi został dostosowany do zagrożeń wynikających z działań pozwanego, a ponadto uwzględnia konkretny charakter działań przypisanych pozwanemu. Jednocześnie zmieniono zaskarżony wyrok w punkcie 1 podpunkt c) poprzez oddalenie powództwa o zaniechanie

czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na stosowaniu nieuczciwych praktyk rynkowych polegających na uciążliwym i niewywołanym działaniem albo zaniechaniem konsumentów nakłanianiem ich do nabycia usług pozwanego (...) spółki akcyjnej z siedzibą w W., co związane jest z oceną Sądu Apelacyjnego według której brak było podstaw do przyjęcia, że działanie pozwanego narusza art. 9 pkt 3 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym.

Zmiana rozstrzygnięcia merytorycznego spowodowała również konieczność modyfikacji orzeczenia o kosztach procesu i w tym zakresie na podstawie art. 100 k.p.c. Sąd Apelacyjny zmienił rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego i zniósł między stronami koszty, albowiem ostatecznie wygrały one postępowanie w zbliżonym zakresie.

Przechodząc natomiast do rozważania apelacji powoda należy wskazać, że była ona bezzasadna i zasługiwała w całości na oddalenie. Aczkolwiek ma rację strona powodowa, że rozważania Sądu Okręgowego w zakresie roszczenia o złożenie oświadczenia odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie (art. 18 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k.) są dość ogólnikowe, a częściowo niezgodne z ustalonym stanem faktycznym to jednak wyrok Sądu Okręgowego w tym zakresie co do zasady odpowiada prawu.

Należy zaznaczyć, że zgodnie z art. 18 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k. w razie dokonania czynu nieuczciwej konkurencji, przedsiębiorca, którego interes został zagrożony lub naruszony, może żądać złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie. Roszczenie to służy, przynajmniej w zdecydowanej większości przypadków, temu samemu celowi, co i roszczenie o usunięcie skutków niedozwolonych działań. Piśmiennictwo wskazuje, że czyni ono zadość pokrzywdzonemu, pełni funkcję wychowawczą, prewencyjną i kompensacyjną (tak: J. Szwaja, K. Jasińska, w: J. Szwaja (red.), Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, Warszawa 2013, s. 871). Celem oświadczenia, nie jest satysfakcja moralna poszkodowanemu, zwłaszcza jeżeli jest nim osoba prawna, niezdolna do przeżyć psychicznych. Oświadczenie w założeniu ustawy ma dopełnić skutków innych nakazów i zakazów i pełni funkcję informacyjną, jest więc środkiem działającym na świadomość klienteli i jej wybory znajdujące odbicie w stosunkach majątkowych (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 sierpnia 2002 r., IV CKN 329/01, niepubl.).

W ocenie Sądu Apelacyjnego w rzeczywistości powód nie wykazał, że złożenie oświadczenia o którym mowa w art. 18 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k. i to w formie wskazanej przez powoda jest niezbędne dla usunięcia skutków popełnionego przez pozwanego czynu nieuczciwej konkurencji. Wskazuje się zaś w doktrynie, że nie w każdej sprawie sąd takie roszczenie uwzględni, lecz jedynie wówczas, gdy dojdzie do przekonania, że będzie to uzasadnione i słuszne (por. I.B. M., Roszczenie o ogłoszenie oświadczenia w prawie wynalazczym, (...) 1997, nr 69, s. 38–39). W kontekście powyższych poglądów doktryny w rzeczywistości brak było podstaw do nałożenia na pozwanego obowiązku złożenia oświadczenia o którym mowa w art. 18 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k. Przede wszystkim bowiem brak jest jakiegokolwiek dowodu przedłożonego przez powoda z którego wynikałoby, że skutki czynu pozwanego w dalszym ciągu istnieją. Powód w tym kontekście sformułował zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 233 § 1 k.p.c. poprzez pominięcie, że z dowodów przeprowadzonych w postępowaniu wynika, iż działanie pozwanego wywołało szereg istotnych negatywnych skutków, zwłaszcza na płaszczyźnie relacji powoda z klientami, w postaci (i) odejścia co najmniej kilkunastu tysięcy klientów do sieci pozwanego; (ii) konieczności odpowiadania na liczne skargi klientów, w tym zaangażowania licznych pracowników działu obsługi klientów wyłącznie do tego zadania, co uniemożliwiło im wykonywanie normalnych zadań, ( (...)) podejmowania działań zmierzających do przeciwdziałania odejściu tych klientów do sieci pozwanego, w tym przedstawiania tym klientom korzystniejszych ofert przed zakończeniem obowiązywania ich umów, (iv) powstaniu wśród klientów powoda fałszywego, acz obiektywnie istniejącego, negatywnego wrażenia na temat powoda, związanego z przekonaniem tych klientów, że powód dopuszcza się ujawnienia ich numerów telefonicznych pozwanemu lub że powód nie sprawuje nad tymi danymi należytej pieczy - które mogły być częściowo złagodzone przez oświadczenie, którego domagał się powód. Powód pomija jednak ten istotny fakt, że działania pozwanego miały miejsce ponad pięć lat temu. Sąd Apelacyjny orzekając w niniejszej sprawie, zgodnie z art. 316 § 1 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. zobowiązany jest wziąć pod uwagę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy apelacyjnej. Brak jest natomiast przekonujących dowodów z których wynikałoby, że obecnie jakiegokolwiek skutki działania pozwanego się utrzymują, a przede wszystkim, powód reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika

skutków takich nie wykazał. W tym zresztą kontekście nie można pominąć zeznań świadka P. S. (1), według którego w związku z akcją prowadzoną przez pozwanego, a zmierzającą do przeniesienia numerów klientów powoda do sieci (...)M., powód musiał obdzwonić wszystkich swoich klientów (protokół elektroniczny 00:13:48-00:15:30). Podobnie świadek W. P. potwierdził, że powód kontaktował się ze wszystkimi klientami, którzy otrzymali ofertę przeniesienia numeru do powoda (protokół elektroniczny 00:39:18-00:41:00). Natomiast świadek M. W. wprost zeznał, że powód podjął działania mające na celu przywrócenie satysfakcji klientów i „wyprostowanie” zaistniałej sytuacji (protokół elektroniczny 00:57:25-01:01:00). Skoro powód, w świetle powyższych zeznań, kontaktował się z każdym abonentem, który otrzymał propozycję przeniesienia numeru do pozwanego, a celem kontaktu było wyjaśnienie sytuacji, to w ocenie Sądu Apelacyjnego należy przyjąć, że w ten sposób doszło do usunięcia skutków czynu nieuczciwej konkurencji, w zakresie świadomości klientów co do braku udziału powoda w przekazywaniu ich danych do pozwanego i zbędne jest ponowne informowanie ich o tym poprzez nałożenie na pozwanego obowiązku złożenia oświadczenia o którym mowa w art. 18 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k. Warto w tym kontekście powołać jeszcze trafny wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 12 września 2018 r. I AGa 216/18, niepubl. w którym stwierdzono, że nie bez znaczenia jest i to, że żądane oświadczenie odnosi się do historycznej kampanii, której przeciętny konsument nie jest już w stanie ani w ogólności ani w szczegółach pamiętać i de facto samo w sobie wprowadzałoby w błąd. Publikacja oświadczenia nie służyłaby odwróceniu jakichkolwiek negatywnych następstw naruszenia, gdyż w obecnej sytuacji, po tak długim czasie, wszelkie ewentualne skutki naruszenia zostały już zniwelowane. Naruszałoby to więc zasadę adekwatności i proporcjonalności środków naprawczych, wykraczając poza cel art. 18 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k., którym jest usunięcie skutków niedozwolonych działań. W ocenie Sądu Apelacyjnego powyższe pozostaje aktualne również w niniejszej sprawie i nie pozwala uznać, że żądane przez powoda oświadczenie miałyby służyć udzieleniu mu rzeczywistej ochrony.

Poza tym rozważając możliwość nałożenia na pozwanego obowiązku o którym mowa w art. 18 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k. nie można pominąć, że czyn pozwanego miał miejsce pięć lat temu. Powód jednak w tym zakresie zarzucił Sądowi Okręgowemu naruszenie art. 18 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k. poprzez w szczególności oparcie rozumowania na tym, że akcja przeprowadzona przez pozwanego „została zakończona przed dniem wytoczenia powództwa” mimo że nie jest to okoliczność istotna, albowiem kontynuowanie zachowania sprawczego czynu nieuczciwej konkurencji w chwili wytoczenia powództwa nie ma znaczenia dla żądania złożenia oświadczenia na podstawie art. 18 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k., a jego wyłączną przesłanką jest istnienie skutków takiego czynu, które mogą być usunięte lub ograniczone przez oświadczenie żądane przez powoda. Ponadto powód zarzucił naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez ustalenie, że czyny nieuczciwej konkurencji popełnione przez pozwanego trwały tylko do 4 czerwca 2014 r., mimo przeciwnych dowodów (np. korespondencji pomiędzy abonentami powoda a powodem, publikacji prasowych i internetowych oraz z zeznań świadka G. F. z rozprawy z dnia 9 grudnia 2015 r.), z których wynikało, że pozwany podejmował te działania, m.in. połączenia telefoniczne, w których konsultanci pozwanego nakłaniali abonentów powoda do rozwiązania z nim umowy (przeniesienia numeru) także po tej dacie, w tym także po udzieleniu zabezpieczenia na rzecz powoda. Przede wszystkim w tym kontekście należy stwierdzić, że brak jest przekonujących dowodów z których wynikałoby, że pozwany dopuszczał się przypisanych mu w niniejszej sprawie czynów nieuczciwej konkurencji po udzieleniu powodowi zabezpieczenia roszczenia w niniejszej sprawie. Powód powoływał się w tym zakresie przede wszystkim na zeznania świadka G. F., który w rzeczywistości zeznał, że miał kontakt z konsultantem (...)M. jeszcze w kwietniu 2015 r. Niemniej z tak ogólnych zeznań świadka nie można wywieść o kontynuowaniu popełniania przez pozwanego przypisanego mu czynu nieuczciwej konkurencji. Wbrew sugestii powoda o zdarzeniach tych nie świadczą także załączone do pozwu skany ekranów telefonów komórkowych. Mogą one co najwyżej potwierdzać, że popełnianie czynu nieuczciwej konkurencji trwało w czerwcu 2014 r., przy czym jeszcze przed udzieleniem powodowi zabezpieczenia. Odmiennego wniosku nie można również wyprowadzić z publikacji prasowych i wpisów na forach internetowych załączonych do pozwu, które nie odnoszą się do okresu po czerwcu 2014 r., co zauważył sam powód w uzasadnieniu apelacji. Brak jest dowodów z których wynikałoby, że powód po czerwcu 2014r. prowadził akcję analogiczną jak opisana w pozwie. Oczywiście, o czym była już mowa, może być to związane z postanowieniem o zabezpieczeniu wydanym w dniu 23 czerwca 2014 r., a zakazującym pozwanemu podejmowania takich działań. Wbrew powołanemu w apelacji zarzutowi naruszenia w tym zakresie art. 233 § 1 k.p.c. Sąd Okręgowy uwzględnił fakt udzielonego powodowi zabezpieczenia. Istotnym jest, że powód przez 5 lat obowiązywania tego postanowienia nie podejmował żadnych działań związanych z rzekomym kontynuowaniem przez pozwanego czynów wbrew treści

udzielenego zabezpieczenia. W ocenie Sądu Apelacyjnego także ta okoliczność nie dawała podstaw do przyjęcia, że takie działania w rzeczywistości miały miejsce. Jednocześnie należy zaznaczyć, że zakaz wynikający z postanowienia o zabezpieczeniu będzie o tyle kontynuowany, że Sąd Apelacyjny prawomocnie nakazał pozwanemu zaniechania przypisanych mu czynów nieuczciwej konkurencji. Trudno nie podzielić stanowiska powoda, że roszczenie zakazowe ma inne cele niż roszczenie publikacyjne. Niemniej nietrafny był zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k. poprzez przyjęcie przez Sąd I instancji, że uwzględnienie powództwa w części dotyczącej roszczeń zakazowych było rzekomo „wystarczające” a uwzględnienie żądania z art. 18 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k. „byłoby niecelowe i nie wywołałoby zakładanego przez powoda skutku”. Aczkolwiek cele obu roszczeń są odmienne, to jednak udzielając powodowi ochrony przed czynami nieuczciwej konkurencji popełnionymi przez pozwanego nie można abstrahować od związku pomiędzy tymi roszczeniami, a wyrażającego się przede wszystkim tym, że w związku z uwzględnieniem roszczenia zakazowego w przyszłości czyny nieuczciwej konkurencji nie będą popełniane, zaś w ciągu ostatnich pięciu lat nie można stwierdzić, że były popełniane co prowadzi do konkluzji już wyżej przytoczonej, że brak jest dziś skutków popełnianych przez pozwanego czynów. Nawet jeżeli w wyniku akcji pozwanego powód nieodwracalnie utracił klientów, czy poniósł w związku z czynami pozwanego określone koszty, to z całą pewnością skutki te nie mogą być usunięte poprzez uwzględnienie roszczenia publikacyjnego.

Powód ma jednocześnie rację, że środek wynikający z art. 18 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k. może spełniać także funkcje wychowawczą. Niemniej nie sposób podzielić zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k. poprzez pominięcie przez Sąd I instancji, że nawiązywanie przez operatorów telefonii komórkowej niezamówionych i niepożądanych kontaktów z abonentami konkurentów w celu nakłaniania ich do przeniesienia numeru jest działaniem, którego dopuszcza się nie tylko pozwany, w związku z czym powód ma interes aby informacja o nieuczciwym charakterze działań pozwanego została opublikowana również w celu poinformowania innych nieuczciwych konkurentów o tym, że zachowanie pozwanego zakwalifikowane przez Sąd I instancji jako czyn nieuczciwej konkurencji jest niedozwolone. Z akt sprawy nie wynika bowiem, że po czerwcu 2014 r. jakikolwiek inny operator podejmował działania choćby podobne do czynu przypisanego pozwanemu. Powód co prawda w tym zakresie powołał się również na naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez pominięcie dowodów i twierdzeń pozwanego, pozwalających na ustalenie odnośnych faktów bez dowodu (przez co Sąd I instancji naruszył także art. 229 k.p.c.) z których wynikało, że działania, polegającego na nawiązywaniu niezamówionych i niepożądanych kontaktów z abonentami konkurentów w celu nakłaniania ich do przeniesienia numeru dopuszczał się nie tylko pozwany, ale i inni operatorzy telefonii komórkowej, niemniej powód nie powołał żadnych dowodów z których wynikałoby, że działania takie miały miejsce choćby w czasie postępowania przez Sądem Okręgowym. W rzeczywistości świadek B. T. zwracał uwagę na tego typu działania podejmowane przez inne podmioty, ale według zeznań tego świadka miały one miejsce przed działaniami pozwanego. Nie można więc stwierdzić, że nakazanie pozwanemu złożenia oświadczenia mogłoby osiągnąć jakikolwiek skutek wychowawczy. Poza tym nie można przeoczyć, że o funkcji oświadczenia decyduje także jego treść. Tymczasem treść oświadczenia żądanego przez powoda nie realizowała w jakimkolwiek zakresie celów wychowawczych. Treść ta odnosiła się bowiem wyłącznie do działań pozwanego wobec klientów powoda, a nie miała poinformować o naganności samego zjawiska. Tym bardziej zaś realizacja funkcji wykonawczej nie mogłaby być realizowana jeżeli Sąd nakazałby zgodnie z żądaniem pozwu przesłanie oświadczenia sms-em na numery, które otrzymały zapytanie o zgodę na kontakt.

W kontekście roszczenia z art. 18 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k. ma rację Sąd Okręgowy zwracając uwagę również na krótkotrwałość akcji prowadzonej przez pozwanego, a stanowiącej przypisany mu czyn nieuczciwej konkurencji. Powód w zarzucie zawartym w pkt B.1.lit. a apelacji zarzuca, że okoliczność ta nie była istotna, a przesłanką udzielania mu żądanej ochrony jest tylko istnienie skutków zachowania. Tyle tylko, że powód pomija, iż Sąd Okręgowy wskazując na krótkotrwałość akcji wysyłania sms-ów do klientów powoda nie uznał, że sama ta okoliczność stanowi podstawę do oddalenia żądania pozwu w zakresie roszczenia z art. 18 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k. Zdaniem Sądu Apelacyjnego rozważania Sądu I instancji w zakresie krótkotrwałości należy wiązać z badaniem przez ten Sąd dalszego istnienia skutków popełnionego czynu nieuczciwej konkurencji. W rzeczywistości bowiem skutki długotrwałe raczej towarzyszą akcjom dłuższym. W niniejszej zaś sprawie krótkotrwałość przeprowadzonej przez pozwanego akcji, wymuszona udzieleniem powodowi zabezpieczenia, potwierdza jedynie wniosek Sądu I i II instancji, że obecnie po pięciu latach

nie można stwierdzić, że istnieją jakiegokolwiek skutki które mogłyby być usunięte poprzez złożenie przez pozwanego oświadczenia o treści podanej w pozwie.

Już tylko na marginesie powyższych rozważań należy wskazać, że niedopuszczalnym byłoby nakazanie publikacji oświadczenia wskazanego przez powoda poprzez przesłanie smsów na numery na które uprzednio wysłano prośbę o zgodę na kontakt. Pominąwszy fakt, że nie wiadomo, czy numery te pozostają w dalszym ciągu w dyspozycji abonentów, którzy otrzymali smsy wysłane przez pozwanego w 2014 r., jak również czy możliwe jest odtworzenie pięciu milionów numerów na które te smsy zostały wysłane, to przede wszystkim jednak wysłanie takiej informacji do osoby, która nie wyraziła zgody na jej otrzymanie stanowiłoby samo w sobie działanie niedozwolone i także dlatego żądanie powoda oparte na art. 18 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k. nie mogło być uwzględnione.

Z powyższych względów apelacja powoda była bezzasadna i na podstawie art. 385 k.p.c. zasługiwała na oddalenie w całości.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c. poprzez wzajemne ich zniesienie pomiędzy stronami. Za takim rozstrzygnięciem przemawia przede wszystkim fakt, że apelacja powoda była w całości bezzasadna, zaś apelacja pozwanego była bezzasadna w przeważającej mierze. Koszty postępowania apelacyjnego poniesione przez strony nie są co prawda identyczne, albowiem powód wartość przedmiotu zaskarżenia określił na 160.896 zł, zaś pozwany na 20.000 zł. Niemniej mimo powyższego zróżnicowania koszty zastępstwa procesowego są zbliżone, zaś okoliczność uwzględnienia częściowego apelacji pozwanego oznacza, że także w tym zakresie częściowo (...) S.A. należałoby uznać za wygrywającego postępowanie, co prowadzi do konkluzji, że powód musiałby zwrócić na rzecz pozwanego tytułem kosztów procesu kwotę podobną do tej, którą sam pozwany musiałby zwrócić powodowi. To zaś uzasadniało wzajemne zniesienie pomiędzy stronami kosztów postępowania apelacyjnego.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji wyroku.

Tomasz Szczurowski Tomasz Wojciechowski Ewa Zalewska