

Sygn. akt XVII AmA 86/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 marca 2015 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący: **SSO Hanna Kulesza**

Protokolant: sekretarz sądowa Irmina Bartochowska

po rozpoznaniu w dniu 11 marca 2015 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z odwołania (...) S.A. (poprzednio (...)) z siedzibą w W.

przeciwko **Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

o stwierdzenie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów

na skutek odwołania powoda od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 30 grudnia 2011r. nr (...)

1. oddala odwołanie
2. zasądza od (...) S.A. (poprzednio (...)) z siedzibą w W. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 360 zł (trzysta sześćdziesiąt) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego;
3. nakazuje pobrać od (...) S.A. (poprzednio (...)) z siedzibą w W. na rzecz Skarbu Państwa – kasy Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 372,92 zł (trzysta siedemdziesiąt dwa złote dziewięćdziesiąt dwa grosze) wydatkowaną tymczasowo ze środków Skarbu Państwa tytułem wynagrodzenia tłumacza przysięgłego.

SSO Hanna Kulesza

Sygn. akt XVII AmA 86/12

UZASADNIENIE

Decyzją nr (...) z dnia 30 grudnia 2011r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej jako Prezes UOKiK, Prezes Urzędu) po przeprowadzeniu postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów

W pkt. **I** - na podstawie art. 27 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm., dalej jako ustawa okik), uznał za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, określoną w art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 1 ww. ustawy, działanie (...) S.A. z siedzibą w W. polegające na:

- 1) zawarciu w treści kierowanych do konsumentów wiadomości SMS oraz nagrań odtwarzanych konsumentom w ramach komunikacji (...) zachęcających do udziału w loterii „(...)” informacji sugerujących, że zgłoszenie uczestnictwa w loterii dotyczy tylko jednego dnia, podczas gdy wysłanie zgłoszenia skutkowało uczestnictwem w loterii do końca czasu jej trwania lub daty złożenia skutecznej rezygnacji, co stanowi nieuczciwą praktykę rynkową, o której mowa w art. 3 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 w zw. z art. 5 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 oraz ust. 3 pkt 2 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz. 1206) w zw. z art. 9 ust.2 pkt 1 ustawy z

dnia 18 lipca 2002r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. Nr 144, poz. 1204 ze zm., dalej jako „ustawa o świadczeniu usług”) oraz godzi w zbiorowe interesy konsumentów a tym samym stanowi praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

2) zawarciu w treści kierowanych do konsumentów wiadomości SMS zachęcających do udziału w loterii „(...)” wprowadzających w błąd informacji o kosztach związanych z uczestnictwem w loterii, stanowi nieuczciwą praktykę rynkową, o której mowa w art. 3 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 w zw. z art. 5 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 oraz ust. 3 pkt 5 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz. 1206) w zw. z art. 9 ust.2 pkt 1 ustawy z dnia 18 lipca 2002r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. Nr 144, poz. 1204 ze zm., dalej jako „ustawa o świadczeniu usług”) oraz godzi w zbiorowe interesy konsumentów a tym samym stanowi praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

- i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 3 lutego 2011r.

W pkt. **II** decyzji - na podstawie art. 105§ 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz.U 2000r. Nr 98, poz. 1071 ze zm.) w zw. z art. 83 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) Prezes Urzędu umorzył jako bezprzedmiotowe prowadzone przeciwko (...) S.A. z siedzibą w W. postępowanie pod zarzutem stosowania określonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów polegającej na zawarciu w treści kierowanych do konsumentów wiadomości SMS potwierdzających udział w loterii „(...)” informacji sugerujących, iż wysłanie SMS-a o rezygnacji z uczestnictwa w loterii jest odpłatne, co mogło stanowić nieuczciwą praktykę rynkową w rozumieniu art. 3 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 w zw. z art. 5 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 oraz ust. 3 pkt 5 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowych (Dz.U. Nr 171, poz. 1206) oraz godzić w zbiorowe interesy konsumentów.

W pkt. **III** decyzji - na podstawie art. 26 ust. 2 w zw. z art. 27 ust. 4 w zw. z art. 27 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 59, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do treści art. 33 ust. 6 tej ustawy, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nakazał spółce (...) S.A. z siedzibą w W. publikację niniejszej decyzji w całości w terminie 14 (czternaście) dni od daty uprawomocnienia się decyzji na koszt (...) S.A. z siedzibą w W. na stronie internetowej przedsiębiorcy (...).pl lub innej stronie, którą ją zmieni lub zastąpi w ten sposób, że odnośnik do treści decyzji powinien zostać umieszczony na stronie głównej oraz utrzymywanie jej na przedmiotowej stronie internetowej przez okres 6 (sześć miesięcy).

W pkt. **IV** decyzji - na podstawie art. 106. 1 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, z tytułu naruszeń określonych w punkcie I sentencji decyzji Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nałożył na spółkę (...) z siedzibą w W. karę pieniężną w wysokości 21.262.842 (słownie: dwadzieścia jeden milionów dwieście sześćdziesiąt dwa tysiące osiemset czterdzieści) złote złotych płatną do budżetu państwa.

(decyzja nr (...) z dnia 30.12.2011r., k. 4).

Odwołaniem z dnia 13 stycznia 2012 r. powód - (...) S.A. z siedzibą (obecnie i dalej (...) S.A.) z siedzibą w W. – zaskarżył przedmiotową decyzję w punktach I.1, I .2. , III i IV

Decyzji zarzucono:

1. naruszenie art. 7 Konstytucji RP, art. 1 pkt. 7, art. 189 ust. 2 pkt. 3 lit. b), art. 192 ust. 1 pkt. 5 oraz art 209 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 56, 59, 60, 60a, 61, 63 i 64 ustawy z dnia 16 lipca 2004 roku - Prawo telekomunikacyjne ("Pt"), art. 6 i art. 19 Kodeksu postępowania administracyjnego ("kpa") w zw. z art. 83 Ustawy, poprzez wydanie Zaskarżonej Decyzji przez Prezesa UOKiK, tj. organ oczywiście niewłaściwy rzeczowo, podczas gdy wyłącznie właściwy do oceny prawidłowego wykonania przez (...) obowiązków informacyjnych wobec użytkowników końcowych (w

tym konsumentów) i nakładania kar pieniężnych w związku z naruszeniem tych obowiązków jest Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej („Prezes UKE”);

2. naruszenie art. 2 Konstytucji, art. 27 ust. 1 i 2 Ustawy, art. 3 w zw. z art 4 ust. 1 i 2 w zw. z art. 5 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 oraz ust. 3 pkt 2 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 roku o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. z 2007 roku, nr 171, poz. 1206, ze zm. „upnpr”) - poprzez wydanie Zaskarżonej Decyzji w sprawie już poprzednio rozstrzygniętej decyzją Prezesa UKE z dnia 2 sierpnia 2011 roku, znak. (...), a tym samym naruszenie zasady ne bis in idem wyrażonej w art. 156 § 1 pkt 3 kpa;

3. naruszenie art. 26 ust. 2 Ustawy w zw. z art 107 § 1 kpa w zw. z art. 83 Ustawy, poprzez:

(i) brak dostatecznego sprecyzowania działań (...), które miałyby stanowić niedozwoloną praktykę, a w szczególności zaniechanie wskazania w pkt. 1.1 i I.2 sentencji Zaskarżonej Decyzji wiadomości SMS oraz komunikacji (...), których wysłanie zostało uznane za działanie naruszające zbiorowe interesy konsumentów,

(ii) zaniechania dostatecznego określenia w pkt I.2 sentencji Zaskarżonej Decyzji sposobu w jaki wiadomości sms mogą wprowadzać konsumentów w błąd a tym samym w jaki sposób (...) naruszała zbiorowe interesy konsumentów,

- co uniemożliwia (...) ustalenie, za jakie konkretnie działania została nałożona kara pieniężna a ponadto uniemożliwia poddanie Zaskarżonej Decyzji w pkt I 1 i oraz I.2 jej sentencji kontroli tut. Sądu.

4. naruszenie art. 24 ust 2 pkt 3 Ustawy w zw. z art. 24 ust. 1. art 26 ust 2 oraz art 106 ust 1 pkt. 4 Ustawy, a także art. 6 ust 1 o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności ((...)). a ponadto art 7 ust. 1, art. 32 ust. 4 i art 46 w zw z art 2 ust 1 pkt 10 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych Dz.U. z 2009 roku, nr 201, poz 1540 ze zm., „ugh”). poprzez uznanie, że (...) dopuściła się praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, polegających na (pkt 1.1 sentencji) zawarciu w treści kierowanych do konsumentów wiadomości SMS oraz nagrań odtwarzanych konsumentom w ramach komunikacji (...) zachęcających do udziału w loterii „(...)”

((...)) informacji sugerujących, że zgłoszenie uczestnictwa w Loterii dotyczy tylko jednego dnia, podczas gdy wysłanie zgłoszenia skutkowało uczestnictwem w (...) do końca czasu jej trwania lub daty złożenia skutecznej rezygnacji, oraz (pkt I 2 sentencji) zawarciu w treści kierowanych do konsumentów wiadomości SMS zachęcających do udziału w (...) wprowadzających w błąd informacji o kosztach związanych z uczestnictwem w Loterii, a w konsekwencji nałożenie na (...) obowiązków i sankcji, wskazanych w pkt. III i IV Zaskarżonej Decyzji - podczas gdy (...):

(i) nie była organizatorem Loterii (podmiotem urządzającym).

(ii) nie przygotowywała treści wiadomości SMS oraz nagrań odtwarzanych konsumentom w ramach komunikacji (...), ani też

((...)) nie wysyłała i nie odtwarzała takich wiadomości konsumentom.

w związku z czym nie ma podstaw prawnych do przyjęcia, przez dokonanie rozszerzającej wykładni powołanych przepisów Ustawy, że to (...) dopuściła się praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów oraz nałożenia na nią wspomnianych obowiązków i sankcji,

5.naruszenie art. 24 ust 2 pkt 3 w zw z art 24 ust 1 Ustawy w zw. z art. 3 w zw. z art 4 ust 1 i 2 w zw. z art. 5 ust 1 i ust. 2 pkt 2 oraz ust 3 pkt 2 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 roku o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz U z 2007 roku, nr 171, poz 1206, ze zm., „upnpr”), poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że wysyłanie do

konsumentów wiadomości SMS oraz odtwarzanie komunikacji (...) zachęcających do udziału w Loterii jest bezprawnym działaniem stanowiącym nieuczciwą praktykę rynkową godzącą w zbiorowe interesy konsumentów i stanowi praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, ponieważ wiadomości sugerowały, jakoby zgłoszenie uczestnictwa w Loterii dotyczyło tylko jednego dnia, podczas gdy wysłanie zgłoszenia skutkowało uczestnictwem w Loterii do końca czasu jej trwania lub daty złożenia skutecznej rezygnacji, oraz wprowadzały w błąd co do kosztów związanych z uczestnictwem w (...), kwalifikacja treści wspomnianych wiadomości i komunikacji nie jest trafna, gdyż:

(i) wiadomości i komunikacja przysłane w ramach Loterii nie wprowadzają konsumentów

w błąd, albowiem wiadomości zawierają informacje podane w sposób jasny i zrozumiały dla przeciętnego konsumenta oraz są adekwatne do formy przekazu,

(ii) przeciętny konsument uważnie zapoznaje się z treścią wiadomości SMS lub komunikacji

(...), ponieważ są krótkie i zwięzłe, co oznacza, że są one przez przeciętnego konsumenta odczytywane prawidłowo, tj. w sposób wykluczający wprowadzenie w błąd,

(iii) przeciętny konsument nie podejmuje pochopnie decyzji na skutek otrzymania wiadomości SMS lub (...), ponieważ nie są to okoliczności wymuszające szybkie podjęcie decyzji, co oznacza, że przeciętny konsument mógł poświęcić dowolną i odpowiednią ilość czasu na podjęcie decyzji o przystąpieniu do Loterii,

(iv) przeciętny konsument zna, rozumie i prawidłowo odczytuje komunikaty, w ramach których cena usługi świadczonej periodycznie podawana jest w formacie „zł/okres”,

(v) przeciętny konsument zna różne modele loterii, w tym model loterii, w którym uczestnictwo wymaga codziennego przesyłania wiadomości SMS, jak i model, w ramach którego uczestnik zapisuje się do udziału w loterii, a następnie uczestniczy w nich bez podejmowania dodatkowych czynności, w związku z czym otrzymując zaproszenia do udziału w Loterii nie zakładał, że będzie miała określony przebieg, co oznacza że odesłanie w omawianych wiadomościach do regulaminu Loterii określającego szczegółowe zasady uczestnictwa jest prawidłowe i wystarczające dla wykluczenia możliwości wprowadzenia w błąd w zakresie wskazanym w pkt. I Zaskarżonej Decyzji;

(vi) przeciętny konsument został wystarczająco i w odpowiedni sposób poinformowany

o zasadach i kosztach uczestnictwa w Loterii poprzez ogólnopolską kampanię medialną;

6. naruszenie art. 26 ust. 2 w zw. z art. 27 ust. 4 Ustawy oraz w zw. z art. 4 pkt 17 Ustawy w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku, nr 153, poz. 1503 - tekst jedn. ze zm., „uznk”). poprzez nakazanie (...) publikacji Zaskarżonej Decyzji zawierającej treści stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (...) oraz poprzez nakazanie utrzymywania publikacji na stronie internetowej przez okres 6 miesięcy - pomimo że nie zachodziły ku temu przesłanki, gdyż (...) nie dopuściła się naruszenia zbiorowych interesów konsumentów, a nawet w przypadku uznania, że (...) dopuściła się takiego naruszenia - pomimo że nałożenie obowiązku ujawnienia danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz publikacji Zaskarżonej Decyzji przez okres aż 6 miesięcy nie jest konieczne dla usunięcia skutków zarzucanego naruszenia;

7. naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 4 Ustawy, poprzez nałożenie na (...) kary pieniężnej, pomimo, że nie zachodziły ku temu przesłanki, gdyż (...) nie dopuściła się naruszenia zbiorowych interesów konsumentów;

8. naruszenie art. 111 Ustawy, poprzez nałożenia na Powoda kary pieniężnej nieproporcjonalnej do stwierdzonych naruszeń oraz nadmiernie surowej - do czego doszło w związku z nieuwzględnieniem lub niewłaściwym uwzględnieniem w Zaskarżonej Decyzji dyrektyw wymiaru karu wynikających z tego przepisu a to ;

(i) przyjęcie jako podstawy do obliczania wartości obrotu całości przychodów uzyskanych

przez (...) w roku 2010, podczas gdy należało uwzględnić wyłącznie przychody uzyskiwane przez (...) w związku z działalnością na rynku usług o podwyższonej opłacie (premium rate),

(ii) nieuwzględnienie przy ustalaniu wysokości kwoty bazowej okoliczności obniżających wagę zarzucanego naruszenia, tj. że:

- uczestnicy Loterii codziennie otrzymywali potwierdzenie uczestnictwa z informacją o możliwości rezygnacji i kosztach dziennego uczestnictwa, co pozwalało konsumentowi wycofać się z udziału w Loterii w dowolnym czasie i bez ponoszenia dalszych kosztów,

- zarzucana praktyka dotyczyła wyłącznie (prawdopodobnie) 12 wiadomości SMS zachęcających do udziału w Loterii z kilkuset wysłanych wiadomości SMS o różnej treści co znacząco wpływa na ocenę wagi zarzucanego naruszenia, uzasadniając przyjęcie jako podstawy do obliczania kary mniejszej kwoty bazowej,

(iii) nieuwzględnienie jako okoliczności łagodzącej faktu aktywnej współpracy przez (...)

z Prezesem UOKiK w trakcie postępowania,

(iv) nieuwzględnienie jako okoliczności łagodzącej faktu, że (...) ani nie wysyłała, ani też nie przygotowywała komunikatów do konsumentów, lecz jedynie miała możliwość ich weryfikacji,

(v) .nieprawidłowe podwyższenie kary w związku z zarzucaną umyślnością, podczas gdy

działanie (...) nie było umyślne, a ponadto umyślność nie może stanowić przesłanki podwyższenia wymiaru kary, a stopień winy może mieć jedynie znaczenie dla obniżenia jej wymiaru,

(vi) , nieuwzględnienie w odpowiednim stopniu jako okoliczności łagodzącej faktu podjęcia przez (...) dobrowolnych działań prokonsumenckich,

(vii) , nieuwzględnienie jako okoliczności łagodzącej faktu, że zakwestionowana praktyka została zaniechana w celu uniknięcia ryzyka naruszenia zbiorowych interesów konsumentów:

w odniesieniu do wiadomości SMS - z dniem 21 listopada 2011 roku, a komunikacji (...) z dniem 5 stycznia 2012 roku, a nie jak przyjął Prezes UOKiK dopiero w dniu 3 lutego 2011 roku i w związku z zakończeniem Loterii,

(viii) .nieuwzględnienie jako okoliczności łagodzącej faktu, że na (...) nie została wcześniej prawomocnie nałożona kara pieniężna za naruszenie zbiorowych interesów konsumentów,

(ix) , nieprawidłowe przyjęcie jako okoliczności obciążającej ogólnopolskiego charakteru działań (...), podczas gdy charakter działalności prowadzonej przez (...) powoduje, iż co do zasady ma ona wymiar ogólnopolski, co z kolei powoduje, iż na (...) z założenia byłyby zawsze nakładane kary wyższe niż na innych przedsiębiorców,

(x) nieuwzględnienie przy wymiarze kary wysokości kary pieniężnej nałożonej (...) przez Prezesa UKE w decyzji z dnia 2 sierpnia 2011rł znak: (...), za to samo naruszenie, które jest przedmiotem Zaskarżonej Decyzji,

(xi) istotne przekroczenie wymiaru kary pieniężnej wystarczającego do osiągnięcia prewencyjnej funkcji kary.

Wskazując na powyższe zarzuty powód wniósł o uchylenie decyzji w zaskarżonej części, względnie o zmianę decyzji w części tj. w pkt I.1, I.2, III oraz IV, poprzez umorzenie jako bezprzedmiotowego postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów określonych w pkt I.1. i I.2, względnie o stwierdzenie że (...) nie dopuściła się wymienionych praktyk.

Ewentualnie powód wniósł o zmianę zaskarżonej decyzji:

- punktu I.1 poprzez zastąpienie słów: „- i stwierdza się zaniechanie jej stosowania z dniem 3 lutego 2011 r” słowami: „- i stwierdza się zaniechanie jej stosowania co do wiadomości SMS z dniem 21 listopada 2010 r, a co do komunikacji (...) z dniem 5 stycznia 2011 r\

- punktu I.2. poprzez zastąpienie słów: „- i stwierdza się zaniechanie jej stosowania z dniem 3 lutego 2011 r” słowami: „- i stwierdza się zaniechanie jej stosowania z dniem 21 listopada 2010 r.”,

- punktu III, poprzez nakazanie (...) publikacji sentencji Zaskarżonej Decyzji w formie ustalonej w prawomocnym wyroku tut. Sądu, a w przypadku, gdyby tut. Sąd utrzymał w mocy obowiązek publikacji Zaskarżonej Decyzji w całości, wyłączenie z obowiązku publikacji informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa (...), wskazanych w odrębnym załączniku do niniejszego odwołania, w terminie 14 (czternastu) dni od daty uprawomocnienia się Zaskarżonej Decyzji, na koszt (...), na stronie internetowej przedsiębiorcy (...).pl lub innej stronie, która ją zmieni lub zastąpi, w ten sposób, że odnośnik do treści Zaskarżonej Decyzji powinien zostać umieszczony na stronie głównej oraz utrzymywanie jej na przedmiotowej stronie internetowej przez okres 60 dni jednak nie dłuższy niż okres 6 miesięcy skrócony o czas publikacji Zaskarżonej Decyzji na stronie internetowej Prezesa UOKiK <http://www.uokik.gov.p;/download.php?plik=11148> lub innej stronie w serwisie : <http://www.uokik.gov.pl>,

- punktu IV poprzez nałożenie na (...) kary pieniężnej w wysokości nie wyższej niż 41. 984,97 zł (czterdzieści jeden tysięcy dziewięćset osiemdziesiąt cztery złote 97/100).

Wnosząc przy tym o zasądzenie kosztów postępowania sądowego według norm prawem przepisanych.

(odwołanie (...) S.A. wraz załącznikami, k. 25-609 akt sądowych, , pismo procesowe (...) S.A. z dnia 17 sierpnia 2012r. k. 614-768 akt sądowych).

Stanowisko w sprawie powód podtrzymał w dalszych pismach procesowych.

(pismo procesowe wraz załącznikami (...) S.A. z dnia 9 listopada 2012r. k. 789- 1157 akt sądowych, pismo procesowe wraz z załącznikami (...)(...)a z dnia 2 lipca 2013r. k. 1160 - 1204akt sądowych)

Odpowiadając na odwołanie pozwany - Prezes UOKiK - wniósł o jego oddalenie w całości i zasądzenie na swoją rzecz kosztów zastępstwa procesowego.

(odpowiedź na odwołanie, k. 771-786 akt sądowych).

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

(...) S.A. z siedzibą W. (dalej (...)) jest przedsiębiorcą wpisanym do Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS (...). Przedmiotem jego działalności jest m.in. działalność w zakresie telekomunikacji.

(dowód: odpis z Krajowego Rejestru Sądowego załączony do odwołania (...) k.134-151 akt sądowych).

W ramach prowadzonej działalności (...) zawarł umowę o współpracy z (...) sp. z o.o. z siedzibą w K. , której przedmiotem było przeprowadzenie loterii promocyjnej mającej służyć promowaniu korzystania z usług sieci

telekomunikacyjnej (...) świadczonej na rzecz jej abonentów i użytkowników, w tym promowaniu sprzedaży usług telekomunikacyjnych, obiektów multimedialnych na telefon komórkowy.

(dowód: umowa o współpracy w zakresie organizowania loterii dla klientów (...) z dnia 21. 10. 2010r. k.37-56 akt administracyjnych , § 2 pkt 1 Regulaminu Loterii Promocyjnej k 29 akt administracyjnych).

§ 5 pkt. 5.6 lit b ww. umowy przewidywał, że (...) była zobowiązana w szczególności do przygotowania treści komunikatów (SMS, (...)) i harmonogramu komunikacji z odbiorcami tych komunikatów.

§ 9 pkt 9.4 ww. umowy przewidywał, że (...) nie ponosi odpowiedzialności z tytułu roszczeń zgłoszonych przez uczestników loterii związanych z treścią wiadomości sms przesyłanych w ramach komunikacji sms z uczestnikami loterii, lub podmioty działające na zlecenie (...)

(dowód: umowa o współpracy k. 44 akt administracyjnych, k. 48 akt administracyjnych twierdzenie (...) k34- 35 akt sądowych)

Spółka prawa greckiego o nazwie (...) S.A. z siedzibą w A. za zlecenie (...) zapewniła obsługę platformy umożliwiającej przeprowadzenie kampanii promocyjnej loterii „(...)” w zakresie między innymi wysyłania komunikacji marketingowej w systemie subskrypcyjnym w tym obsługi systemu głosowego dla celów kampanii promocyjnej ((...)), kampanii promocyjnej, produkcji spotów reklamowych.

(dowód: umowa o świadczenie usług związanych z przeprowadzeniem kampanii medialnej i obsługą platformy technologicznej do celów Kampanii Promocyjnej k.169 -220 akt administracyjnych)

W zaakceptowanym przez (...) regulaminie Loterii Promocyjnej „(...)” przygotowanym przez (...) sp. z o.o. z siedzibą w K. zostały określone zasady uczestnictwa. Regulamin ten był zamieszczony na stronie internetowej: (...), oraz (...). Zasady uczestnictwa w trakcie trwania loterii nie podlegały zmianie.

(dowód: Regulamin k . 29-36 akt administracyjnych, § 3 pkt 3.1 umowy z dnia 21 10.2010 r. k. 40 akta administracyjnych).

W dniach od 25 października 2010r. do 15 kwietnia 2011r., na podstawie zezwolenia udzielonego na wniosek (...) sp. z o.o. decyzją Dyrektora Izby Celnej w K. z dnia 22 października 2010r. wobec abonentów i użytkowników (...) została przeprowadzona loteria promocyjna „(...)”.

(decyzja z dnia 22 października 2010r.k. 25 akt adm.)

Warunkiem udziału w loterii promocyjnej było korzystanie z usług telekomunikacyjnych operatora sieci (...) przez jego abonentów/ użytkowników w okresie od dnia 25 sierpnia 2010r. do dnia 1 lutego 2011r., lub też nabycie jednej z usług promocyjnej w okresie od 25 października 2010r. do 1 lutego 2010r.

Według regulaminu usługę promocyjną stanowiły obiekty (wiadomości) multimedialne na telefon komórkowy, tapety lub/i dzwonki, filmy gry J.. Nabycie usługi promocyjnej zapewniającej udział w loterii promocyjnej następowało jednorazowo przez przesłanie na numer 7400 wiadomości sms o dowolnej treści/ lub bez treści lub przez zakup pakietu usług – przez przesłanie na numer (...) wiadomości sms o treści: START lub MILION.

Koszt nabycia usługi promocyjnej w ramach zakupu jednorazowego oraz pakietu usług wynosił 4,00 zł plus VAT.

Loteria promocyjna trwała w okresie od 25 października 2010r. do 1 lutego 2011r. podzielona na sto jednodniowych etapów.

Loteria ta przewidywała nagrodyienne, nagrody specjalne i nagrodę finałową. Z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w regulaminie, w każdym dniu trwania loterii spośród wszystkich abonentów i użytkowników spośród numerów telefonów wszystkich abonentów i użytkowników (...) losowano jeden numer. Zwycięzca

spełniający warunki określone w regulaminie otrzymywała nagrodę dzienną w kwocie 1000zł. Jeżeli jednak właściciel wylosowanego numeru telefonu, spełniający warunki określone w regulaminie, nabył w dniu danego etapu loterii za pomocą wylosowanego numeru telefonu usługę promocyjną otrzymywał nagrodę specjalną. Nagroda specjalna stanowiła kwotę pieniężną w wysokości 1.000.000 zł . W ramach loterii przewidziano przyznanie trzech nagród specjalnych.

(dowód: § 2, 3 pkt 3 4 ,5,6,7, 8,9 regulaminu loterii promocyjnej, (...)" k. 29-33 akt administracyjnych)

W okresach od 28 października do 30 października 2010 r., od 15 listopada do 20 listopada 2010 r., oraz 30 listopada użytkownicy/abonenci sieci (...) w celu zachęcenia do udziału w loterii promocyjnej „(...)” otrzymali następującą treść komunikatu sms :

„Uwaga! Możesz wygrać milion zł dzisiaj od (...)! Wyślij za darmo (...) na (...)(...): 4,88 zł/dzień”

- (...): Ciągłe masz czas by wysłać za darmo TAK na (...) i móc wygrać 1.000.000 złotych dzisiaj od (...)!SMSy na (...) są darmowe!R.: (...) 4,88 zł/dzień”

- „(...)Czas odmienić Twoje życie ! Możesz wygrać milion złotych dzisiaj od (...)! Wyślij za d- armo TAK na (...)?SMSy na (...) są darmowe ! R.: (...) 4,88zł/dzień”

- „(...) : 2 sekundy wystarcza by wysłać za darmo TAK na (...) możesz wygrać 1.000.000 złotych dzisiaj ! SMSy na (...) są darmowe !Reg: 100m.(...) Udział: 4,88 zł/dzień”

- „Jesteś wśród szczęściarzy, którzy mogą wygrać milion złotych dzisiaj od H.! Wyślij TAK na (...)! SMSy na (...)=ozł ! R.: 100m.(...) Udział: 4,88 zł/dzień

- (...): Ostatni dzwonek! Możesz stać się dzisiaj zwycięzcą miliona złotych od (...)! Wyślij TAK na (...)! SMSy na (...) są darmowe ! R.: (...) 4,88 zł/dzień”.

- „(...) : Alert! Ciągłe masz czas hy wysiać za darmo TAK na (...) i móc wygrać L000.000 złotych dzisiaj od (...)! SMSy na (...) są darmowe! R.: (...) 4,88zł/dzień ”,

- „ (...) : Możesz być dzisiaj jednym ze 100 potencjalnych zwycięzców miliona złotych od (...)! Wyślij TAK na (...)! SMSy na (...) są darmowe! R.: (...) 4,88zł/dzień

- (...): Pilne! Wyślij TAK na (...) możesz wygrać milion złotych dzisiaj od (...)! Wyślij TAK na (...)! SMSy na (...) są darmowe! R.: (...) 4,88zł/dzień”

- „ (...) : N. czas! Możesz wygrać 1.000.000 złotych dzisiaj od (...)! Wyślij TAK na (...)! SMSy na (...) są darmowe! R.: (...) 4t88zł/dzień”,

- (...): Ostatni dzwonek! Możesz stać się dzisiaj zwycięzcą miliona złotych od (...)! Wyślij TAK na (...)! SMSy na (...) są darmowe! R.: 100m.(...) 4188zł/dzień”,

„ Uwaga! Możesz wygrać milion złotych za kilka godzin od (...)! Wyślij za darmo (...) na (...)! R.: (...) 4,88zł/dzień”.

Komunikat głosowy ((...)) zawierał następującą treść:

- „Dzień dobry! (...) daje Ci dobrą radę: nie wyłączaj swego telefonu! Na ten numer zadzwonimy w razie, gdy wygrasz dzisiaj MILION złotych! Aby wziąć udział w loterii i mieć szansę na MILION po prostu wciśnij teraz ! Regulamin na (...).(…) . Koszt 4,88 zł za dzień. Po prostu wybierz teraz ! (po chwili) Po prostu wciśnij teraz !”

- „Gratulacje! (...) ma przyjemność ogłosić, że możesz wygrać dzisiaj MILION złotych! Aby

zapisać się do loterii po prostu wciśnij 1, a możesz stać się milionerem (...) już za kilka godzin! Regulamin na (...).(…) Koszt 4,88 za dzień. Po prostu wciśnij teraz 1! (po chwili)
Po prostu wciśnij teraz 1!"

- „Dzień dobry! S. puka do Twoich drzwi! Masz szansę wygrać dzisiaj MILION złotych od TAK TAK! Zapisz się automatycznie wybierając teraz 1! Regulamin na (...).(…) Koszt 4,88 za dzień. Po prostu wciśnij teraz 1, a możesz być milionerem już za kilka godzin! (po chwili) Po prostu wciśnij teraz 1!"

- „Dzień dobry! (...) dzwoni dzisiaj do szczęściarzy! Możesz wygrać dzisiaj MILION złotych! Aby zapisać się do loterii po prostu wciśnij 1, a możesz być milionerem (...) już za kilka godzin! Regulamin na 100m.(…) Koszt 4,88 za dzień. Po prostu wciśnij teraz 1! (po chwili) Po prostu wciśnij teraz 1!"

Wysłanie przez abonenta lub użytkownika (...) sms-a o treści wskazanej na numer (...) lub wciśnięcie klawisza 1 w trakcie połączenia telefonicznego inicjowanego przez (...) oznaczało zakup pakietu usług promocyjnych.

Stosownie do § 6 pkt 2 regulaminu dokonanie zakupu pakietu miało na celu rozłożony w czasie, codzienny zakup wybranych usług promocyjnych przez cały okres promocji czyli przez czas trwania loterii. Uczestnik otrzymywał „wirtualne żetony promocyjne”, które mógł wykorzystać do odbioru wybranych usług promocyjnych z portalu (tapet dzwonek, gier, filmów).

Począwszy od dnia zakupu pakietu do dnia zakończenia loterii bądź dnia złożenia rezygnacji uczestnik otrzymywał jedną wiadomość sms dziennie, która obciążała konto uczestnika w kwocie 4,00 zł netto plus VAT. Obciążenia konta następowało bądź poprzez automatyczne pobranie stosownej kwoty z dostępnego limitu na karcie SIM danego uczestnika – w przypadku osób korzystających z usługi prepaid (pomniejszenie dostępnego limitu) bądź poprzez doliczenie stosownej kwoty do faktury wystawianej przez (...) na koniec danego okresu rozliczeniowego z tytułu korzystania z karty SIM – w przypadku osób korzystających z usług postpaid.

Do uczestników którzy dokonali zakupu pakietu usług promocyjnych, o ile nie odesłał - nieodpłatnie wiadomości tekstowej sms o treści STOP - zostały kierowane raz dziennie do końca trwania loterii wiadomość sms o treści:

„Udało Ci się! Jesteś w dzisiejszym elitarnym losowaniu miliona zł od (...) i (...)! Aby stracić możliwość wygrania miliona ślij STOP MILION na (...).4,88 zł/dzień”

„Udało Ci się! Twój numer dostał się do dzisiejszego losowania miliona zł od (...) (...)! By utracić szansę bycia milionerem ślij STOP MILION na (...). 4,88zł/dzień ”,

„Udało Ci się! Jesteś w dzisiejszym elitarnym losowaniu miliona zł od (...) i (...)! By wypaść z listy kandydatów na milion ślij STOP MILION na (...). 4,88zł/dzień”

„Podróż po miliony (...) i (...) rozpoczęta! Możesz być wśród 100 potencjalnych wygranych! By utracić szansę bycia milionerem ślij STOP MILION na (...). 4,88 zł/dzień ”.

(bezsporne)

Spółka prawa (...) przeprowadziła kampanię reklamową loterii „(...)” . W materiałach reklamowych została zawarta informacja , że zgłoszenie się do udziału w loterii przez przesłanie treści komunikatu sms na numer (...), wiąże się z pobieraniem codziennie kwoty 4,88 zł brutto, wraz z umieszczeniem informacji, że loteria trwa od 25 października 2010r. do 1 lutego 2011r.

(bezsporne twierdzenie (...) k. 50 – 54 akt sądowych)

Z dniem 30 listopada 2010r. treść komunikatu sms potwierdzającego udział w loterii promocyjnej została zmieniona na:

„Udało Ci się! Twój numer dostał się do dzisiejszego losowania miliona zł od (...)! 4,88 zł/dzien. By anulować swój codzienny udział ślij (...) na (...)”

Komunikat tej treści dotyczył tych uczestników loterii, którzy dokonali zakupu pakietu usługi po wysłaniu treści komunikatów zachęcających do udziału w loterii 30 listopada 2010r.

(dowód: twierdzenie (...) k. 49 , k. 55 akt sądowych zeznania świadka k.....

Na zlecenie (...) - współorganizator loterii promocyjnej (...) - zaprzestał przesyłania treść komunikatów zachęcających sms i głosowych ((...)) do uczestnictwa w loterii promocyjnej „(...)”. Loteria promocyjna do końca okresu jej trwania była kontynuowana przez realizację zgłoszeń uczestnictwa i przesyłanie komunikatów codziennych potwierdzających udział w grze o milion.

(dowód: twierdzenia (dowód: twierdzenia (...) k. 61 akt sądowych). k. 61 akt sądowych).

442.525 konsumentów dokonało zakupu usługi promocyjnej poprzez reakcję na treść komunikatu sms i komunikatu (...) na numer (...) lub przez wciśnięcie klawisza „1” w trakcie połączenia telefonicznego, spośród 4. 675.967 konsumentów do których komunikacja zachęcająca została skierowana.

(okoliczność bezsporna)

Przychód (...) (...)a w 2010 r. wyniósł (...) zł

(dowód: pismo Przedsiębiorcy z dnia 23 kwietnia 2013r., k. 165 akt administracyjnych).

Z tytułu naliczonych opłat od uczestników loterii promocyjnej, (...) uzyskała przychody w wysokości (...) zł netto, z czego (...) zł netto dotyczyło opłat poniesionych przez konsumentów.

Całkowity zysk z tytułu przeprowadzenia loterii promocyjnej wyniósł (...) zł brutto z czego zysk odpowiadający udziałowi konsumentów wyniósł (...) zł brutto.

(...) wystawiła około 7.000 tysięcy faktur korygujących w zakresie opłat dotyczących udziału w przedmiotowej loterii na łączną kwotę (...) zł brutto i przyznawała klientom składającym reklamacje dotyczące tej loterii specjalne dodatkowe pakiety bezpłatnych minut na krajowe połączenia z numerami komórkowymi i stacjonarnymi.

(dowód: twierdzenia (...) k. 63 akt sądowych, pismo)

Powyżej opisany stan faktyczny jako nie sporny został ustalony przez Sąd w oparciu o ww. dowody, których wiarygodność i moc dowodowa nie budziły zastrzeżeń.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy oklik zakazane jest stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działanie przedsiębiorcy (art. 24 ust. 2 ustawy).

(...) jako spółka wpisana do rejestru przedsiębiorców i prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą w sposób zorganizowany, ciągle i w celach zarobkowych jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 uoklik.

Dla przypisania przedsiębiorcy jakim jest (...) działania naruszającego zbiorowe interesy konsumentów konieczne jest stwierdzenie, że działanie to było bezprawne. Bezprawność oznacza sprzeczność z porządkiem prawnym jako całości. Przez „porządek prawny” rozumie się nakazy i zakazy wynikające z normy prawnej, ale również nakazy i zakazy wynikające z norm moralnych i obyczajowych, czyli zasad współżycia społecznego (dobrych obyczajów). Z kolei przepisy prawa obejmują konstytucyjnie rozumiane źródła prawa: Konstytucja, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz rozporządzenia. Bezprawnym zachowaniem będzie zatem takie zachowanie, które stanowi obiektywne złamanie określonych reguł postępowania. Dla ustalenia bezprawności działania wystarczy stwierdzenie, że określone zachowanie koliduje z przepisami prawa.

Przepis art. 24 ust. 2 ustawy oikik zawiera otwarty katalog działań stanowiących praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów. Wśród praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów ustawodawca wymienił w szczególności dopuszczenie się stosowania przez przedsiębiorcę nieuczciwej praktyki rynkowej.

Bezprawność przypisanej (...) praktyki wywodzi się z naruszenia przez ten podmiot przepisów ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz. 1206, dalej jako „upnpr”). W terminologii ustawy przez praktykę rynkową rozumie się działanie lub zaniechanie przedsiębiorcy, sposób postępowania, oświadczenie lub informację handlową, w szczególności reklamę i marketing, bezpośrednio związane z promocją lub nabyciem produktu przez konsumenta. Zgodnie z art. 3 upnpr zakazane jest stosowanie nieuczciwych praktyk.

W art. 4 ust. 1 upnpr (klauzula generalna) określono dwie przesłanki, których łączne spełnienie pozwala na zakwalifikowanie praktyki przedsiębiorcy jako nieuczciwej, a mianowicie: sprzeczność z dobrymi obyczajami oraz rzeczywiste lub potencjalne zniekształcenie w istotny sposób zachowań rynkowych przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu.

Pojęcie produktu ma znaczenie szerokie i obejmuje każdy towar lub usługę (art. 2 pkt 3 i 4 upnpr). Praktyki te mogą polegać zarówno na działaniu (art. 5) wprowadzającym w błąd jak i zaniechaniu wprowadzającym w błąd (art. 6).

Zgodnie z art. 5 ust. 1 upnpr praktykę rynkową uznaje się za działanie wprowadzające w błąd, jeżeli działanie to w jakikolwiek sposób powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął. Działaniem wprowadzającym w błąd może być w szczególności rozpowszechnianie prawdziwych informacji w sposób mogący wprowadzić w błąd (art. 5 ust. 2 pkt 2), przy czym wprowadzanie w błąd może dotyczyć cech produktu (art. 5 ust. 3 pkt 2) w tym jego ceny (art. 5 ust. 3 pkt 5).

Zbadanie, czy w istocie działania, opisane w przedmiotowej decyzji naruszające wskazane przepisy upnpr mogły wprowadzić przeciętnego konsumenta w błąd i spowodować podjęcie decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął, wymaga ustalenia wzorca konsumenta jako punktu odniesienia dla oceny zarzuconych praktyk.

Przepisy ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym posługują się pojęciem przeciętnego konsumenta, w odniesieniu do którego powinna być dokonana ocena każdej praktyki rynkowej. Zgodnie z treścią art. 2 pkt 8 upnpr za przeciętnego uznaje się konsumenta, który jest dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny. Oceny tych cech należy dokonać z uwzględnieniem czynników społecznych, kulturowych, językowych i przynależności danego konsumenta do szczególnej grupy konsumentów, przez którą rozumie się dającą się jednoznacznie zidentyfikować grupę konsumentów, szczególnie podatną na oddziaływanie praktyki rynkowej lub na produkt, którego praktyka rynkowa dotyczy, ze względu na szczególne cechy, takie jak wiek, niepełnosprawność fizyczna lub umysłowa.

Na tle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wykształcił się model przeciętnego konsumenta (odbiorcy), który jest "rozsądnie", "dosyć", "w miarę" dobrze poinformowany oraz "rozsądnie", "dosyć", "w miarę" spostrzegawczy i ostrożny (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 marca 2014 r., III SK 34/13, LEX nr 1463897).

W przedmiotowej sprawie adresatem komunikatu sms oraz treści wiadomości głosowych ((...)) nie była wyselekcjonowana grupa, którą można by wyodrębnić jako grupę tworzącą ponadprzeciętny model konsumenta . Loteria promocyjna o nazwie: „ (...)”, była przeznaczona dla abonentów i (...), którzy spełnili zasady określone w § 8 ust. 1 regulaminu. Adresatem wiadomości tekstowych sms i głosowych ((...)) zachęcających do udziału w konkursie „(...)” był zatem każdy konsument korzystający z usług telekomunikacyjnych za pośrednictwem telefonu komórkowego. Odwołujący nie udowodnił, aby jego działania dotyczyły ściśle określonej grupy osób „wyłącznie konsumenta który zna model loterii w którym uczestnik zapisuje się do udziału w loterii, a następnie uczestniczy w niej bez podejmowania dodatkowych czynności” (k. 29 akt sądowych).

W ocenie Sądu na tle niniejszej sprawy nie można zatem wyodrębnić modelu takiego konsumenta, który jest bardziej zorientowany niż przeciętny konsument określany jako - „dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny” . Korzystanie z usług telefonii komórkowej jest bowiem w obecnych czasach powszechne , bez względu na wiek, wykształcenie , status społeczny osoby korzystającej z tych usług.

Adresatem wiadomości SMS i komunikatów (...) nie był więc konsument bardziej niż przeciętnie zorientowany w zagadnieniach związanych z ofertami operatorów komórkowych a także z zasadami konkursów sms-owych. Konsument taki nie jest naiwny , jednakże ma prawo odbierać kierowane do niego komunikaty w sposób dosłowny , zakładając , że operator , który je wysyła przekazuje informacje w sposób dostatecznie jasny , jednoznaczny i nie wprowadzający w błąd. Należy zauważyć , że z uwagi na specyfikę konkursów sms-owych decyzja o udziale w nich jest podejmowana stosunkowo łatwo , pod wpływem impulsu wywołanego kierowaną do konsumenta zachętą do udziału za pomocą reklam , odczytanej wiadomości sms czy odsłuchanej wiadomości głosowej. Wiadomości SMS czy (...) promujące loterie były otrzymywane przez konsumentów w różnych okolicznościach i w różnym czasie , co zawsze stanowi pewne zaskoczenie i nie wiązało się z szczególną uwagą przykładaną do takich komunikatów. Wszystkie te okoliczności mają wpływ na odbiór przez konsumentów kierowanego do nich komunikatu , zainteresowanie się ofertą i podjęcie decyzji dotyczącej umowy. Dla oceny działań powodowej spółki pod kątem zarzutu bezprawności nie ma zatem znaczenia , że konsument mógł zapoznać się ze szczegółowymi warunkami loterii z treści regulaminu zamieszczonego na stronie internetowej. Już samo zainteresowanie się ofertą, czy też zapoznanie się z jej szczegółowymi zasadami za pośrednictwem strony internetowej pod wpływem błędnego przekazu, wiąże się z podjęciem przez konsumenta decyzji dotyczącej umowy , której inaczej by nie podjął.

Powodowej spółce Prezes UOKiK zarzucił stosowanie praktyki polegającej na zawarciu w treści kierowanych do konsumentów wiadomości SMS oraz nagrań odtwarzanych konsumentom w ramach komunikacji (...) zachęcających do udziału w loterii „(...)” informacji sugerujących, że zgłoszenie uczestnictwa w loterii dotyczy tylko jednego dnia, podczas gdy wysłanie zgłoszenia skutkowało uczestnictwem w loterii do końca czasu jej trwania lub daty złożenia skutecznej rezygnacji a także zawarciu w treści kierowanych do konsumentów wiadomości SMS zachęcających do udziału w loterii wprowadzających w błąd informacji o kosztach związanych z uczestnictwem w loterii.

W praktyce, odesłanie przez adresata komunikatu zachęcającego do wzięcia udziału w loterii, SMSa o treści START, MILION lub naciśnięciu przycisku 1 na telefonie oznaczało, że konsument akceptował płatną usługę - według podwyższonej taryfy - codziennego otrzymywania powiadomień sms potwierdzających uczestnictwo w loterii do czasu dezaktywacji usługi subskrypcyjnej. Jeżeli konsument nie dezaktywował tej usługi był obciążany kosztem 4 zł plus VAT do końca okresu trwania loterii. (...) twierdziła , że konsumentom znane były występujące na rynku różne modele świadczenia usług oraz loterii i konkursów , w tym model przewidujący subskrypcję oraz okresowe obciążanie opłatami , takie jak np. powiadomienia o notowaniach giełdowych , wynikach meczów piłkarskich, powiadomienia pogodowe itp.

Jednakże powód nie wykazał , że wcześniej organizował dla swoich konsumentów loterie na podobnych zasadach , polegające na tym , że przez wysłanie jednego komunikatu sms na określony numer zostaje uruchomiona codzienna płatna usługa związana z uczestnictwem w grze (tzw. zapis subskrypcyjny) . Zeznania świadków – pracowników powoda potwierdziły , że wcześniej takich konkursów nie było na rynku a także to , że powodowa Spółka na takich zasadach konkursów nie organizowała. Przeciętny konsument był zatem przyzwyczajony do konkursów , w przypadku

których opłaty ponosił jedynie za SMS wysłane przez siebie. Skoro docelową grupą adresatów zakwestionowanych treści komunikatów byli abonenci użytkownicy sieci telekomunikacyjnej (...), to przeciętny wzorzec konsumenta odnosi się do konsumenta, który posiada telefon komórkowy i korzysta z usługi telekomunikacyjnej świadczonej przez operatora (...) (...)a. Tej oceny nie zmienia okoliczność, że abonenci, (...) mogli znać usługę związaną z podwyższoną płatnością o charakterze cyklicznym - usługi związane np. z prenumeratą otrzymywania informacji z kraju i świata. Czym innym jest jednak otrzymywanie płatnych treści związanych np. z informacją biznesową o notowaniach na giełdzie, gdzie konsument dokonując zapisu na usługę jest świadomy, że otrzymywanie codziennej treści o określonej tematyce związane jest z dodatkową opłatą, a czym innym jest wpisanie modelu subskrypcyjnego do uczestnictwa w loterii.

Na tle opisanej praktyki, dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny konsument mógł odczytać komunikat o kwestionowanej treści w ten sposób, że uczestnictwo w grze dotyczy jednego dnia, w związku z czym istotna cecha produktu tj. zapisu na codzienne otrzymywanie dalszych treści komunikatów została pominięta.

W niniejszej sprawie produktem w rozumieniu upnpr jest usługa zapisu na udział w loterii promocyjnej „(...)” i udział w niej na zasadach określonych w regulaminie. Przekaz komunikatów sms i komunikat głosowy posługiwał się sformułowaniami „Możesz wygrać milion zł dzisiaj od (...) ! Wyślij za darmo (...) na (...)! (...) .pl.udział 4,88 zł/dzień”, „Ciągłe masz czas by (...) móc wygrać 1.000.000 złotych dzisiaj od H.”, „Gratulacje ! (...) ma przyjemność ogłosić, że możesz wygrać dzisiaj MILION złotych! Aby zapisać się do loterii po prostu wciśnij 1, a możesz stać się milionerem (...) już za kilka godzin! Regulamin na (...) .pl Koszt4,88 zł dzień. Po prostu wciśnij teraz 1 !(po chwili) Po prostu wciśnij teraz 1”. Tymczasem odesłanie darmowego sms lub naciśnięcie przycisku 1 na telefonie oznaczało uczestnictwo w loterii do końca okresu jej trwania, podczas którego konsument otrzymywał płatną treść komunikatów potwierdzających codzienne uczestnictwo. Fakt, że odesłanie sms uprawniało do otrzymania nagrody specjalnej a także okoliczność, że otrzymywane przez abonentów, którzy zgłosili swój udział w loterii, płatne komunikaty potwierdzające codzienne uczestnictwo zawierały informację o możliwości dezaktywacji usługi nie zmienia istoty stawianego zarzutu. W kierowanych do abonentów komunikatach zachęcających do udziału w loterii nie ma żadnej informacji, że odpowiedź na sms lub komunikat głosowy oznaczała zakup usługi cyklicznej. Przeciętny i ostrożny konsument mógł odczytać treść komunikatu zawierającego informację -„dzisiaj” w ten sposób, że dotyczy on udziału w grze tylko jednego dnia. Koszt4,88 zł dzień. Po prostu wciśnij teraz 1 !(po chwili) Po prostu wciśnij teraz 1”. Tymczasem odesłanie darmowego sms lub naciśnięcie przycisku 1 na telefonie oznaczało uczestnictwo w loterii do końca okresu jej trwania, podczas którego konsument otrzymywał płatną treść komunikatów potwierdzających codzienne uczestnictwo. Fakt, że odesłanie sms uprawniało do otrzymania nagrody specjalnej a także okoliczność, że otrzymywane przez abonentów, którzy zgłosili swój udział w loterii, płatne komunikaty potwierdzające codzienne uczestnictwo zawierały informację o możliwości dezaktywacji usługi nie zmienia istoty stawianego zarzutu. W kierowanych do abonentów komunikatach zachęcających do udziału w loterii nie ma żadnej informacji, że odpowiedź na sms lub komunikat głosowy oznaczała zakup usługi cyklicznej. Przeciętny i ostrożny konsument mógł odczytać treść komunikatu zawierającego informację -„dzisiaj” w ten sposób, że dotyczy on udziału w grze tylko jednego dnia.

Sposób prezentacji informacji o istotnych warunkach przeprowadzonej loterii, w tym o czasie trwania udziału w loterii i kosztach związanych z tym udziałem, mógł wywoływać u konsumentów mylne wyobrażenie o warunkach loterii i nie pozwalał wywnioskować, że faktycznym produktem jest udział w loterii promocyjnej rozciągający się w czasie a nie przybierający formę jednorazowej gry, z którą wiąże się opłata 4 złote plus VAT. O takim błędnym rozumieniu przez konsumentów komunikatów o warunkach przeprowadzanej loterii świadczy liczba składanych przez konsumentów skarg, w których podnosili, że kierowane do nich SMS i wiadomości głosowe odczytywali jako zachętę do udziału w konkursie trwającym jeden dzień.

Należy przy tym zauważyć, chociaż bezpośrednim zarzutem postawionym (...) jest wywołanie u konsumenta błędnego wyobrażenia o udziale w grze jednego dnia, to następstwem tego błędnego wyobrażenia jest pominięcie istotnej cechy oferowanego produktu tj. oszacowania kosztu udziału.

Przeciętny konsument ma prawo odbierać kierowane do niego przekazy reklamowe w sposób dosłowny zakładając, że przedsiębiorca, od którego pochodzą, przekazuje mu informacje w sposób dostatecznie jasny, jednoznaczny i wyczerpujący. W ocenie Sądu niezrozumiałe jest podejście prezentowane przez przedsiębiorcę, zakładające, że skoro konsument może być przygotowany również na użycie przez przedsiębiorcę innych modeli rynkowych udziału w grze, a nie tylko przez jednorazowe obciążanie konta w zamian za jednodniowe uczestnictwo w grze, winien zakładać taką możliwość i podchodzić do odczytywanych treści z dystansem. Przy takim założeniu w zasadzie nie miałby znaczenia przyjęty model konsumenta, bo nieważna byłaby wiedza i cechy mentalne konsumenta, tylko zaakceptowanie przekazu, z góry zakładającego że określenie istotnych cech produktu następuje przez odesłanie zainteresowanego konsumenta do szczegółów przekazu na następnej płaszczyźnie kontaktów – regulaminu, dostępnego na stronie www.

Nie zmienia powyższej oceny fakt, że przekazywana informacja była częściowo prawdziwa. Przekaz dla odkodowania jego treści wymagał od konsumenta podjęcia czynności sprawdzających i sięgnięcia po szczegółowe informacje do regulaminu. Jednakże konsument w świetle treści komunikatu nie miał żadnych podstaw do podejrzeń, że informacje zamieszczone w wiadomości tekstowej sms czy głosowej były niepełne, przez co mogły wprowadzać go w błąd. Konsument musi być uważny, ostrożny i racjonalny ale nie można wymagać, aby poszukiwał pułapek na każdym kroku. Jeżeli konsument podjąłby czynności sprawdzające byłby to skutek wpływu komunikatu na zachowanie konsumenta, którego by nie podjął, gdyby informacja go do tego nie zmusiła. W tym ujawnia się zniekształcenie zachowań konsumentów. „Decyzja dotycząca transakcji” oznacza każdą podejmowaną przez konsumenta decyzję co do tego, czy, jak i na jakich warunkach dokona zakupu, zapłaci za produkt w całości lub w części, zatrzyma produkt, rozporządzi nim lub wykona uprawnienie umowne związane z produktem, bez względu na to, czy konsument postanowi dokonać czynności, czy też powstrzymać się od jej dokonania. Chodzi o stwierdzenie wpływu na decyzję o dokonaniu zakupu wywołanego przez komunikat podający cechy produktu i jego cenę.

Bez znaczenia dla oceny zarzucanej praktyki jest okoliczność, że uczestnik mógł się z konkursu wycofać, dokonując dezaktywacji usługi. Udzielane informacje mają umożliwić konsumentowi świadomą decyzję co do zawarcia umowy, a wtórną rzeczą jest możliwość rozwiązania umowy, do której konsument przystąpił nie mając pełnej wiedzy o jej istotnych zasadach.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut powódki, iż w zaskarżonej decyzji błędnie zostało stwierdzone, że powódka dopuściła się praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów opisanych w decyzji podczas gdy nie była ona organizatorem loterii, nie przygotowywała treści wiadomości SMS oraz nagrań odtwarzanych konsumentom w ramach komunikacji (...) ani też nie wysyłała i nie odtwarzała takich wiadomości konsumentom.

Stwierdzone praktyki polegały na zawarciu w treści wiadomości SMS oraz nagrań (...) zachęcających do udziału w loterii informacji wprowadzających w błąd. Jak wynika z treści umowy o współpracy zawartej przez (...) z organizatorem loterii spółką (...) Sp. z o.o. (...) zobowiązała się do przygotowania treści komunikatów kierowanych do uczestników loterii a M. F. Sp. z o.o została zwolniona z odpowiedzialności z tytułu roszczeń zgłoszonych przez uczestników loterii związanych z treścią wiadomości SMS przesyłanych uczestnikom. Również umowa o obsługę zawarta ze spółką prawa (...) U. przewidywała, że zarówno treść wiadomości przeznaczonych do testowania jak i do właściwej emisji była w pełni zatwierdzana przez (...) taki tryb postępowania w praktyce został potwierdzony także zeznaniami świadków. Powyższe wskazuje, że odpowiedzialność za treść wiadomości zachęcających do udziału w loterii ponosi (...) a nie inny podmiot.

Mając powyższe na uwadze Sąd uznał, że zaskarżona Decyzja znajduje oparcie w przepisach prawa, a ustalone okoliczności niniejszej sprawy w pełni uzasadniają nałożenie kary pieniężnej w wysokości określonej przez Prezesa UOKiK.

W ocenie Sądu nie zasługuje na uwzględnienie zarzut braku dostatecznego sprecyzowania w sentencji zaskarżonej decyzji działań, które miałyby stanowić niedozwoloną praktykę a także braku sprecyzowania sposobu w jaki wiadomości SMS mogą wprowadzać w błąd. Nie było bowiem konieczności wskazania w zaskarżonej decyzji wszystkich wysłanych komunikatów SMS i (...) realizujących niedozwolone działania. Zdaniem Sądu Prezes może w

sposób opisowy, jak to uczynił w zaskarżonej decyzji, wskazać jakie zachowanie przedsiębiorcy uznaje za naruszające zbiorowe interesy konsumentów. W przedmiotowej decyzji Prezes wskazał zarówno w sentencji jak i uzasadnieniu decyzji (które łącznie stanowią akt administracyjny) że zachowaniem tym było wprowadzanie konsumentów w błąd za pomocą komunikatów SMS i (...) co do okresu uczestnictwa w loterii i kosztów związanych z tym uczestnictwem, mających jak słusznie zauważył pozwany charakter wtórny wobec wprowadzenia w błąd co do okresu uczestnictwa w loterii.

W ocenie Sądu kara nałożona na odwołującego uwzględnia w należyty sposób okoliczności stwierdzonego naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumenta. Faktem jest, że ma ona charakter fakultatywny, o czym przesądza treść art. 106 ust. 1 uokik. Jednakże nie można zapominać, że nakładanie kar pieniężnych (względnie samo zagrożenie nimi) stanowi istotny instrument, który przyczynić się ma do przestrzegania przepisów ustawy antymonopolowej przez przedsiębiorców, a także stosowania się przezeń do treści orzeczeń organów antymonopolowych. Kara pieniężna za stosowanie praktyk antykonkurencyjnych ma charakter represyjno-wychowawczy i jest nakładana oraz wykonywana w celu zachowania i przestrzegania obowiązującego porządku prawnego (por. wyrok SN z dnia 27 czerwca 2000 r. I CKN 793/98). Tak więc ma ona na celu prewencję, tj. zapobieganie w przyszłości tego rodzaju naruszeniom przepisów ustawy, a także represję, czyli stanowić ma odczuwalną dolegliwość za jej naruszenie (wyrok SOKiK z dnia 4 maja 2006 r. XVII Ama 119/2004, Dz. Urz. UOKiK 2006, Nr 3, poz. 47).

Jednocześnie wymiar kary ustalony w zaskarżonej decyzji uwzględnia, w ocenie Sądu, dyrektywy określone w art. 111 uokik, tj. okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także wysokość przychodów osiąganych przez odwołującego się.

Powód stosował praktykę ujawniającą się na etapie przedkontraktowym, przez okres trwania loterii. Przekazy wprowadzały w błąd, poprzez pominięcie, istotnych cech produktu (codzienny udział w loterii) i możliwości oszacowania jego kosztu, w celu pozyskiwania jak największej liczby klientów do udziału w loterii „(...)” opierającym się na otrzymywaniu płatnych treści sms do końca trwania przewidzianego w regulaminie okresu.

Powodowa spółka twierdziła, że w przypadku praktyki dotyczącej SMS-ów kierowanych do konsumentów zaniechanie praktyki nastąpiło z dniem 20 listopada 2010 r. zaś praktyki polegającej na odtwarzaniu komunikacji (...) z dniem 4 stycznia 2011r.

W ocenie Sądu w świetle materiału dowodowego sprawy brak było podstaw do przyjęcia, że doszło do zaniechania zarzucanej praktyki przed zakończeniem loterii. Fakt zmiany treści wiadomości SMS przez określenie: „codzienny koszt udziału: 4,88 zł” po 20.11.2010r. nie świadczy o zaniechaniu praktyki z tą datą ponieważ zapis ten nadal wprowadzał w błąd co do czasu trwania konkursu, sugerując, że jest jednodniowy przez pozostawienie w jego treści „dzisiaj”. Ponadto fakt zaniechania przez powoda aktywnych działań marketingowych w postaci wysyłania SMS –ów zachęcających do udziału w loterii nie stanowił zaniechania praktyki, gdyż nie wpływał na stan wiedzy i świadomości konsumentów, którzy mogli potencjalnie podjąć decyzję o przystąpieniu do loterii. Konsumenti Ci podejmowali w dalszym ciągu (czyli do końca trwania loterii) decyzje bez pełnej i rzetelnej informacji niezbędnej do podjęcia świadomej decyzji.

Odnosnie zarzutu nieprawidłowego podwyższenia przez Prezesa wymiaru nałożonej kary w związku z przyjętą umyślnością działania powoda, Sąd uznaje za trafną ocenę pozwanego, że okoliczności sprawy a w szczególności treść kierowanych do konsumentów komunikatów wskazuje na co najmniej ewentualny zamiar naruszania interesów konsumentów.

(...) (...) przystępując do organizowania loterii, zlecając odrębnym profesjonalnym podmiotom wykonanie określonych czynności - w zamian za wynagrodzenie- związanych z przeprowadzeniem loterii, uzyskania stosownych pozwoleń, wykorzystania technologicznego zaplecza, - w pełni akceptował treść regulaminu loterii oraz w pełni akceptował koncepcję usługi sms polegającej na cyklicznym obciążaniu rachunku uczestnika przez odesłanie jednego komunikatu sms, lub naciśnięcie przycisku 1 na telefonie. Z ustalonego przez Sąd stanu faktycznego w sprawie wynika,

że (...) (...) tworzyła i akceptowała treść komunikatu zachęcającego do udziału w grze o milion, stąd też twierdzenie (...) Polska o nieświadomości bezprawności zarzuconej praktyki zmierzające do obniżenia wymiaru kary nie zasługuje na uwzględnienie. Słusznie pozwany podnosi, że wyeksponowanie w komunikatach informacji z punktu widzenia istoty konkursu całkowicie zbędnych – o „darmowych „ SMS-ach i możliwości wygrania miliona złotych „dzisiaj”- wskazuje na celową dezinformację zważywszy na to, że formuła loterii odbiegała od dotychczasowych konkursów sms-owych. o nieświadomości bezprawności zarzuconej praktyki zmierzające do obniżenia wymiaru kary nie zasługuje na uwzględnienie. Słusznie pozwany podnosi, że wyeksponowanie w komunikatach informacji z punktu widzenia istoty konkursu całkowicie zbędnych – o „darmowych „ SMS-ach i możliwości wygrania miliona złotych „dzisiaj”- wskazuje na celową dezinformację zważywszy na to, że formuła loterii odbiegała od dotychczasowych konkursów sms-owych.

W ocenie Sądu powód miał, jako profesjonalny uczestnik obrotu możliwość prawidłowego określenia ryzyka prawnego przy podejmowaniu decyzji dotyczącej treści wysyłanych komunikatów i przyjętej formuły konkursu.

Zachowanie przedsiębiorcy było jednak ukierunkowane na pozyskiwanie konsumentów, którzy pozbawieni działaniem powoda rzetelnej i pełnej informacji o warunkach udziału w loterii nie mieli możliwości podjęcia świadomej decyzji odnośnie udziału w proponowanej grze, co miało dla nich wymierne negatywne skutki finansowe.

Podkreślenia wymaga, że zakładany efekt finansowy (...) (...) uzyskał w pierwszych tygodniach trwania gry na skutek wysłania treści komunikatów zachęcających do udziału (k. 753 akt sądowych, zeznania świadków) Z ustalonego przez Sąd stanu faktycznego w sprawie wynika, że (...) (...) tworzyła i akceptowała treść komunikatu zachęcającego do udziału w grze o milion, stąd też twierdzenie (...) (...) o nieświadomości bezprawności zarzuconej praktyki zmierzającej do obniżenia wymiaru kary nie zasługuje na uwzględnienie. Tym bardziej nie zasługuje na względniejszą ocenę przy stosowaniu zarzuconej praktyki zachowanie (...) (...), polegające na zmianie treści komunikatów sms, które potwierdzały codzienny udział w grze, ponieważ zachowanie to dotyczyło etapu po zawarciu przez konsumenta kontraktu pod wpływem treści komunikatu wprowadzającej w błąd. Nawet jeśli (...) (...) zaniechała dalszego wysyłania komunikatów zachęcających do udziału w loterii, to kroki te poczyniła gdy zakładany efekt finansowy został osiągnięty w początkowym etapie trwania loterii.

Na ocenę świadomości spółki, co do odbioru treści komunikatów przez konsumentów wskazuje także okoliczność, że już na początku listopada 2010r. do spółki zaczęły wpływać reklamacje dotyczące wprowadzających w błąd treści komunikatów a mimo tego komunikaty te były w dalszym ciągu wysyłane do abonentów tj w przypadku SMS-ów do 20 listopada.

Okolicznością obciążającą, którą pozwany wziął prawidłowo pod uwagę w przedmiotowej sprawie było uzyskanie przez powodową spółkę znacznych korzyści w związku ze stosowaniem stwierdzonej praktyki.

Prawidłowo Prezes Urzędu przyjął także jako dodatkową okoliczność obciążającą, mającą wpływ na wymiar kary, ogólnopolski zasięg stwierdzonej praktyki, ponieważ treść komunikatów była rozsyłana do konsumentów na terenie całego kraju.

W ocenie Sądu w toku postępowania zostało wykazane przez powoda, że przeprowadzona kampania reklamowa dotycząca przedmiotowej loterii zawierała prawidłowe informacje o warunkach loterii. Jednakże fakt ten w ocenie sądu nie wpływa na zmianę oceny, że działania powodowej spółki polegające na kierowaniu do konsumentów komunikatów SMS i (...) zawierających wprowadzające w błąd informacje stanowiły nieuczciwe praktyki rynkowe. Zasięg kampanii reklamowej nie był bowiem na tyle szeroki aby mógł wyeliminować możliwość wprowadzenia konsumentów w błąd, co do warunków loterii, tym bardziej, że przedmiotowa loteria nie była jedynym prowadzonym w tym czasie na rynku konkursem SMS –owym. Konsument otrzymując SMS-a mógł nie powiązać jego treści z konkretną reklamą.

W ocenie Sądu wymierzona zaskarżoną decyzją kara pieniężna jest adekwatna do okresu, stopnia oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i jednocześnie mieści się w granicach wyznaczonych przez art. 106 ust 1 pkt 4 ustawy, stanowiąc (...) przychodu osiągniętego przez spółkę. Nominalnie

kara nałożona na spółkę ma dużą wartość , ale w stosunku do przychodu spółki jest niewielka. Niezasługuje również na uwzględnienie argument powódki , że kara winna być wyliczona tylko na podstawie przychodów z tego segmentu rynku , na którym doszło do stosowania praktyki – tj usług o podwyższonej opłacie. Głównym przedmiotem działalności powoda jest świadczenie usług telekomunikacyjnych, dlatego brak jest podstaw aby przy wymiarze kary uwzględniać tylko część przychodu spółki.

Jak już wskazywano, kara pieniężna, o której mowa, ma pełnić funkcję prewencji szczególnej i ogólnej, a więc być zarówno realną, odczuwalną dolegliwością dla ukaranego podmiotu, będącą reakcją na naruszenie przepisów, ale także wyraźnym ostrzeżeniem na przyszłość, zapobiegającym powtarzaniu nagannych zachowań. Zmniejszenie jej wysokości, która w stosunku do osiąganego przez spółkę przychodu jest niska, stałoby w sprzeczności z celami prewencyjnymi sankcji za niezastosowanie się przez odwołującego do bezwzględnie obowiązujących wymagań prawa, jak również powodowałoby niemożność realizacji celów represyjno-wychowawczych mających za zadanie wymuszenie na ukaranym przedsiębiorstwie przestrzegania reguł prawnych w przyszłości.

Mając powyższe na uwadze Sąd oddalił odwołanie na podstawie art. 479^{31a} § 1 k.p.c. nie znajdując podstaw do jego uwzględnienia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 98kpc.

SSO Hanna Kulesza