

Sygn. akt VI A Ca 821/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 kwietnia 2015r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA Małgorzata Kuracka

Sędziowie: SA Irena Piotrowska (spr.)

SO (del.) Mariusz Łodko

Protokolant: sekr. sądowy Agnieszka Pawłowska

po rozpoznaniu w dniu 14 kwietnia 2015 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) sp. z o.o. w K.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o ochronę konkurencji i nałożenie kary pieniężnej

na skutek apelacji powódki

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z dnia 27 marca 2014 r.

sygn. akt XVII AmA 58/12

1. oddala apelację;

2. zasądza o (...) sp. z o.o. w K. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 270 zł (dwieście siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI A Ca 821/14

UZASADNIENIE

Zaskarżoną decyzją nr (...) z dnia 21 marca 2012 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów-Delegatura w P. (dalej: Prezes Urzędu):

I. na podstawie art. 27 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uznał za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, określoną w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy działania (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K. (dalej:powoda), polegające na formułowaniu, w ramach organizowanej loterii audiotekstowej: (...), treści komunikatów SMS kierowanych do konsumentów w sposób sugerujący pewność wygranej, co stanowi nieuczciwą praktykę rynkową, o której mowa w art. 9 pkt 8 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym

i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 26 stycznia 2011 r.;

II. na podstawie art. 27 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uznał za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, określoną w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy, działania powoda polegające na pomijaniu w komunikatach SMS kierowanych do konsumentów, w ramach loterii audiotekstowej: (...), informacji o nazwie przedsiębiorcy będącego organizatorem tej loterii, tj. niewskazanie, że organizatorem loterii jest powód, co stanowi nieuczciwą praktykę rynkową, o której mowa w art. 6 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną

i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 26 stycznia 2011 r.,

III. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w związku z naruszeniem zakazu, o którym mowa w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 tej ustawy nałożył na powoda:

- a. w zakresie opisanym w pkt I sentencji decyzji karę pieniężną w wysokości 113.958 zł płatną do budżetu państwa,
- b. w zakresie opisanym w pkt II sentencji decyzji karę pieniężną w wysokości 16.994 zł płatną do budżetu państwa.

Powyższą decyzję powód w całości zaskarżył do Sądu Okręgowego w Warszawie-Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wnosząc o jej uchylenie w całości albo zmianę poprzez zmniejszenie kary pieniężnej oraz zasądzenie kosztów postępowania sądowego. Podniósł następujące zarzuty:

1. naruszenia prawa procesowego, tj. art. 6, 7, 8 i 12 § 1 k.p.a. w zw. z art. 48 ust. 4 w zw. z art. 104 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez nieprzestrzeganie terminów wyznaczonych do załatwienia sprawy administracyjnej;
2. naruszenia prawa procesowego, tj. art. 36 § 1 k.p.a. poprzez jego błędne zastosowanie i nadużycie uprawnień przysługującego organowi administracji;
3. naruszenia art. 42 ust. 3 Konstytucji RP w zw. z art. 233 § 1 k.p.c. poprzez zaniechanie ustaleń w przedmiocie winy i oparcie decyzji na jej domniemaniu oraz zaniechanie ustaleń w przedmiocie innych okoliczności wpływających na wymiar kary;
4. naruszenia prawa materialnego poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 16 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o „zakazie naruszania konkurencji” [winno być „o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” przyp. I.P.], ze względu na wadliwie ukształtowany model przeciętnego konsumenta;
5. naruszenia prawa materialnego, tj. art. 9 pkt 8 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym i art. 24 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez wadliwe przyjęcie, że okoliczności stanu faktycznego w niniejszej sprawie podlegają ocenie na podstawie tych norm prawnych, czyli jako agresywna praktyka rynkowa i czyn nieuczciwej konkurencji w postaci reklamy, polegającej na przesyłaniu krótkich wiadomości SMS do konsumentów w ramach prowadzonej przez powódkę loterii o treściach sugerujących pewność wygranej i wprowadzających w błąd i praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, a w konsekwencji błędne uznanie, że sankcja nałożona na powoda przez Prezesa Urzędu jest zasadna;
6. naruszenia prawa materialnego poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie art. 24 ust 1 i 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 6 ust. 1 i art. 4 ust 1 i 2 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną,
7. naruszenia art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez bezzasadne uznanie, że nałożona kara pieniężna jest karą odpowiadającą zarzucanemu czynowi i wymierzona zgodnie z obowiązującymi przepisami.

W odpowiedzi na odwołanie Prezes Urzędu wniósł o jego oddalenie oraz zasądzenie od powoda na rzecz Prezesa Urzędu kosztów zastępstwa procesowego, podtrzymując stanowisko zawarte w uzasadnieniu decyzji.

Wyrokiem z dnia 27 marca 2014 r. Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie i zasądził od powoda na rzecz pozwanego Prezesa Urzędu kwotę 360 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Sąd ustalił, że powód jest przedsiębiorcą wpisanym do Krajowego Rejestru Sądowego pod nr (...). Przedmiotem działalności powoda jest m.in. świadczenie usług w zakresie telekomunikacji. W dniach od 18 października 2010 r. do 15 kwietnia 2011 r. trwała loteria audiotekstowa pod nazwą: (...), zorganizowana przez powoda. Zasady i warunki loterii określone zostały w regulaminie zatwierdzonym decyzją Dyrektora (...)w W. z dnia 15 października 2010 r. Loteria zorganizowana została przez powoda dla abonentów sieci (...) na podstawie umowy zawartej z (...) SA z w W. z dnia 25 sierpnia 2010 r. Uczestnikami loterii mogły być wyłącznie pełnoletnie osoby fizyczne zamieszkałe na terytorium Rzeczypospolitej polskiej, osoby prawne i jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej z siedzibą na terytorium Rzeczypospolitej polskiej, posiadające aktywną kartę SIM w sieci (...) lub sieci (...), będące klientami (...) SA lub osoby, które zostały upoważnione na piśmie przez klientów (...) SA do dokonania zgłoszenia udziału w loterii przy użyciu przydzielonego im numeru telefonu. Warunkiem przystąpienia do loterii i udziału w niej było przesłanie, w okresie od 18 października 2010 r. do końca 25 stycznia 2011 r. wiadomości SMS o treści (...) lub o każdej innej treści na odpłatny nr (...) lub inny wskazany w materiałach reklamowych. Za zgłoszenie udziału w loterii regulamin uznawał także wysłanie tzw. pustej wiadomości SMS. Uczestnicy mogli dokonywać zgłoszenia wielokrotnie, zdobywając dodatkowe punkty i zwiększając szansę na wygraną. W regulaminie zastrzeżono, że powód (organizator) ma prawo wysyłania do uczestników loterii do siedmiu komunikatów SMS na każdego wysłanego przez uczestnika na nr (...) SMS-a, poza określonymi w regulaminie komunikatami.

Powód opracował 2 wykazy wiadomości SMS, które wykorzystywał w loterii: pierwszy przeznaczony był dla osób niebędących jeszcze jej uczestnikami, drugi dla uczestników loterii, tj. osób, które wysłały prawidłowe zgłoszenie swojego udziału. Pierwsze komunikaty SMS promujące loterię wysyłane były przez (...) SA do wytypowanej bazy (...). Powód nie otrzymał bazy danych klientów od (...) SA. Do osób niebędących uczestnikami loterii wysyłane były m.in. następujące wiadomości SMS: (...)

Ponadto, do uczestników loterii powód przesyłał m.in. następujące wiadomości SMS: (...)

W loterii wzięło udział 1.016.642 osób tj. niepowtarzalnych numerów. W czasie trwania loterii powód wysłał do każdego uczestnika średnio po 11 wiadomości SMS, przy czym średnia dzienna wysłanych wiadomości wynosiła 0,77 SMS-a. W komunikatach SMS promujących loterię, kierowanych do konsumentów niebędących jej uczestnikami nie została zamieszczona informacja o nazwie powoda jako organizatora. Komunikaty te zawierały jednocześnie odesłanie do regulaminu znajdującego się na stronie internetowej (...).

Powód uzyskał w 2010 r. przychód w wysokości 11.899.557,93 zł. Przychód uzyskany z tytułu zorganizowania loterii wyniósł 8.967.388 zł.

Sąd uznał za wiarygodne wszystkie zgromadzone w sprawie dokumenty. Oddalił wniosek powoda o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego sądowego z dziedziny reklamy i marketingu na okoliczność m.in. ustalenia profilu przeciętnego konsumenta, uzasadniając to tym, że ustalenie tych okoliczności nie wymagało wiadomości specjalnych. Oddalony został również wniosek powoda o dopuszczenie dowodu z przesłuchania strony, albowiem dotyczył w całości okoliczności nieistotnych dla rozstrzygnięcia sporu.

W tym stanie faktycznym Sądu Okręgowy uznał odwołanie za bezzasadne. Podniósł, że powód nie kwestionował okoliczności ustalonych w toku postępowania przed Prezesem Urzędu, wobec czego Sąd ocenił je jako bezsporne. W pełni podzielił rozstrzygnięcie Prezesa Urzędu w zakresie, w jakim ocenił on, że zachowanie powoda opisane w pkt I decyzji stanowi praktykę zdefiniowaną w art. 9 pkt 8 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Sąd uznał, że treść i forma przesyłanych wiadomości wprost sugerowały pewność wygranej w loterii;

sugestie te były ewidentne, dające się rozpoznać na pierwszy rzut oka. Sformułowania użyte w wiadomościach tekstowych takie jak: (...) wzmacniały przekonanie odbiorców, że są oni laureatami loterii i konieczne jest jedynie potwierdzenie woli odbioru poprzez wysłanie SMS-a odpowiedniej treści. Pewność wygranej wzmacniała także treść SMS-a zwrotnego, który konsument zobowiązany był przesłać na wskazany numer (...), a także tryb rozkazujący użyty w SMS-ach wysyłanych przez powoda (...) oraz sugestie, że loteria już się zakończyła (...). Niektóre wiadomości sugerowały również, że konsument został specjalnie wybrany spośród innych uczestników. Sąd wskazał także na oficjalny charakter i stwarzanie pozorów wagi otrzymanego SMS-a (...). Zdaniem Sądu Okręgowego nawet należycie uważny, ostrożny i dostatecznie dobrze poinformowany konsument miał prawo odebrać przekaz powoda w sposób dosłowny, tj. uznać, że uzyskał już nagrodę bądź uzyska ją po wysłaniu jednej wiadomości tekstowej, podczas gdy w rzeczywistości taka nagroda w chwili wysyłania przez powoda komunikatu nie istniała.

Uznano, że opisywane zachowanie powoda spełniało obie przesłanki wskazane w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w szczególności było ono bezprawne i naruszało zbiorowe interesy konsumentów. Bezprawność działania wyrażała się w zachowaniu noszącym znamiona agresywnej praktyki rynkowej, stypizowanej w art. 9 pkt 8 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Ponadto zachowanie powoda wprowadzało w błąd i skierowane było do potencjalnie nieograniczonej liczby konsumentów i jako takie niewątpliwie godziło w ich zbiorowy interes.

Sąd podzielił także ustalenia decyzji, że na powodzie spoczywał obowiązek podania w treści komunikatów SMS swojego oznaczenia. Informacja ta miała charakter istotny, tzn. jej brak mógł powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął. Pominięcie oznaczenia powoda skutkowało uczuciem dezinformacji u konsumentów, którzy mogli być przekonani, że organizatorem loterii jest operator sieci (...) a więc podmiot znany większości konsumentów, cieszący się renomą i dobrą opinią. W takim przypadku istniało znacznie większe prawdopodobieństwo, że konsumenci wezmą udział w loterii. Zaniechanie podania swojego oznaczenia leżało zatem w interesie powoda. Zaniechanie to wypełniało znamiona nieuczciwej praktyki rynkowej określonej w art. 6 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym i jako takie było bezprawne. Nadto skierowane było do nieograniczonej liczby konsumentów i naruszało ich zbiorowy interes.

Sąd Okręgowy wyjaśnił także, że Prezes Urzędu prawidłowo ustalił, iż w przypadku obu zarzuconych praktyk powód zaniechał ich stosowania z dniem 26 stycznia 2011 r.

Żaden z zarzutów odwołania nie znalazł uznania w ocenie Sądu. Także wysokość nałożonej kary nie wzbudziła wątpliwości. Sąd ocenił nałożone kary jako adekwatne do stopnia zawinienia powoda, szkodliwości jego zachowania oraz możliwości finansowych. Stopień szkodliwości praktyki powoda był rażący. Celowe działania powoda pozbawiły konsumentów możliwości podejmowania świadomych i ekonomicznie przemyślanych decyzji o wzięciu udziału w loterii. Zasadnie więc Prezes Urzędu stwierdził podstawy do nadzwyczajnego podwyższenia kary za praktykę opisaną w pkt I decyzji. Sąd podzielił także wniosek o umyślności działania powoda i pozostałe wskazane przez Prezesa Urzędu okoliczności obciążające przy wymiarze kary za obie praktyki.: ogólnopolski zasięg działania powoda oraz znaczne korzyści finansowe. O kosztach postępowania Sąd postanowił na podstawie art. 98 k.p.c., zasądzając od powoda na rzecz pozwanego Prezesa Urzędu koszt zastępstwa procesowego w kwocie 360 zł.

Wyrok ten w całości zaskarżył powód wnosząc o zmianę wyroku i uchylenie zaskarżonej decyzji lub zmianę wyroku poprzez zmniejszenie lub odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej oraz zasądzenie kosztów postępowania, ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu. Wyrokowi zarzucił:

1. naruszenie prawa procesowego mające wpływ na treść wyroku, tj. art. 224 § 1, art. 233 § 1 i art. 278 k.p.c. w zw. z art. 162 k.p.c. - poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, polegające m. in. na: uniemożliwieniu powodowi obrony poprzez oddalenie jego wniosków dowodowych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, przyjęcie podstaw odpowiedzialności powoda bez potwierdzenia faktów warunkujących istnienie tej odpowiedzialności, naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów, a także na wybiórczej ocenie dowodów i pominięciu twierdzeń powoda, iż komunikaty SMS-owe

przesyłane podczas trwania loterii nie wprowadzały w błąd konsumentów oraz przedwczesne zamknięcie rozprawy, skutkiem czego Sąd ustalił, że działania powoda w ramach loterii (...) wypełniły znamiona nieuczciwej praktyki rynkowej;

2. naruszenie art. 224 § 1 k.p.c. w zw. z art. 232 zd. 1 k.p.c. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, polegające na zamknięciu rozprawy bez uprzedniego przeprowadzenia wskazanych przez powoda dowodów, tj. oddalenie wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego oraz oddalenie wniosku o dopuszczenie dowodu z zeznań strony;

3. naruszenie przepisu art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 2 ust. 8 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym poprzez niewskazanie w uzasadnieniu faktów, dowodów i przyczyn uznania przez Sąd w całości twierdzeń pozwanego, że odczucie wywołane treścią przekazu mogło zniekształcać zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta i wpływać na podjęcie decyzji o przystąpieniu do udziału w loterii;

4. błąd w ustaleniach faktycznych dokonanych przez Sąd Okręgowy, polegający na uznaniu, że treść komunikatów SMS-owych kierowanych przez powoda w ramach loterii audiotekstowej pod nazwą (...), wprowadzała w błąd przeciętnego konsumenta;

5. naruszenie prawa materialnego poprzez błędną wykładnię art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 9 pkt 8 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym i w konsekwencji uznanie, iż powód swoim działaniem - polegającym na formułowaniu treści komunikatów SMS w ramach przedmiotowej Loterii - dopuścił się praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów;

6. naruszenie prawa materialnego poprzez błędną wykładnię art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 6 ust. 1 i 2 oraz art. 4 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną i uznanie, że powód swoim działaniem - polegającym na pomijaniu w komunikatach SMS, kierowanych do konsumentów w ramach Loterii, informacji o nazwie organizatora Loterii - dopuścił się praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów;

7. naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 111 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że nie zachodzą przesłanki warunkujące obniżenie kary nałożonej na powoda lub warunkujące odstąpienie od jej wymierzenia, jak również że zachodzą przesłanki warunkujące jej podwyższenie.

W odpowiedzi na apelację Prezes Urzędu domagał się jej oddalenia oraz zasądzenia kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje:

Apelacja jest bezzasadna.

Ustalenia faktyczne poczynione w sprawie Sąd Apelacyjny w pełni podziela i przyjmuje za podstawę dla własnych rozważań prawnych, nie stwierdzając przy tym uchybień, które byłby zobowiązany podnieść z urzędu.

Nie znajdują potwierdzenia wskazane w apelacji zarzuty naruszenia prawa procesowego. W szczególności nie można zgodzić się z zarzutem przedwczesnego zamknięcia rozprawy. Kontradyktoryjność procesu oraz obowiązek zapewnienia stronom możliwości obrony swoich praw pozwalają na zamknięcie rozprawy, gdy wskazane przez nie istotne dla sprawy dowody zostały przeprowadzone, a stronom umożliwiono ustosunkowanie się do nich. Podkreślenia wymaga, że uprawnieniem Sądu – poddanym kontroli instancyjnej – jest ocena, które okoliczności sprawy są istotne pod kątem jej dostatecznego wyjaśnienia i prawidłowego rozstrzygnięcia, a także to, czy do ich ustalenia wymagane są wiadomości specjalne (art. 278 § 1 k.p.c.). Dowód zaś z przesłuchania stron w myśl art. 299 k.p.c. może zostać dopuszczony, jeżeli po wyczerpaniu środków dowodowych lub w ich braku pozostały niewyjaśnione fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy. Dowód z przesłuchania strony nie ma jednak charakteru obligatoryjnego w

sprawach cywilnych i ocena, czy konieczne jest jego przeprowadzenie, należy do sądu (wyrok SN z 18 lutego 2010 r., II CSK 369/2009, LEX nr 520663825). Nieprzesłuchanie strony może stanowić naruszenie art. 299 k.p.c. tylko wówczas, gdy mogło ono wpłynąć na wynik sprawy, rozumiany jako wyjaśnienie wszystkich istotnych i spornych okoliczności dotyczących stosunków prawnych pomiędzy stronami sporu, ale gdy dowód z przesłuchania strony był jedynym dowodem, którym dysponował sąd (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 20 grudnia 2012 r. VI ACa 1463/12, LEX nr 521380374). Dowód z przesłuchania stron jest więc dowodem pomocniczym, zaś w okolicznościach rozpoznawanej sprawy nie był to jedyny dowód, którym dysponował Sąd I instancji. Sąd ten w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy w postaci obszernej, niekwestionowanej przez strony dokumentacji, przyjął, że dowód z przesłuchania strony jest zbędny, nie pozostały bowiem w jego ocenie okoliczności wymagające wyjaśnienia i Sąd Apelacyjny po ponownym rozpoznaniu sprawy taki wniosek w pełni podziela. Zgromadzony materiał dowodowy nie wymagał dodatkowo przesłuchania za powoda osoby upoważnionej do jego reprezentacji, w szczególności w zakresie ustalenia umyślności działania powoda. Powszechnie przyjmuje się w prawie karnym – którego zasady znajdują odpowiednie zastosowanie do deliktów administracyjnych – że o umyślności bądź nieumyślności czynu, a w ramach umyślności o postaci zamiaru (ewentualnym lub bezpośrednim) wnioskować należy przede wszystkim z okoliczności dotyczących strony przedmiotowej czynu i dowód z przesłuchania strony rzadko bywa w tej mierze pomocny (za wyjątkiem przypadków, gdy strona wprost przyznaje się do zamiaru popełnienia czynu lub ogólnie do umyślności swojego działania, a przyznanie nie budzi wątpliwości w świetle okoliczności sprawy). Powód w toku całego postępowania przed Prezesem Urzędu oraz w postępowaniu sądowym konsekwentnie kwestionował, by jego zamiarem było popełnienie zarzucanych mu czynów przeciwko zbiorowym interesom konsumentów. Słuchanie więc powoda było zbędne nie tyle z uwagi na to, że dotyczyłoby okoliczności nieistotnych dla rozstrzygnięcia sprawy (tak było tylko co do tezy dowodowej określonej jako ustalenie charakteru prowadzonych przez powoda działań w ramach loterii oraz kosztów związanych z loterią – wymiar kary uzależniony jest bowiem od przychodu, a nie od dochodu; natomiast kwestia umyślności i jej postaci była okolicznością istotną, gdyż miała wpływ choćby na wymiar kary, lecz jej ustalenie możliwe było w oparciu o pozostałe dowody), ale nie dostarczyłoby żadnych nowych środków dowodowych, w sytuacji gdy Sąd I instancji dysponował obszernym materiałem procesowym oraz konsekwentnym stanowiskiem obu stron.

Podobnie ocenić należało oddalenie przez Sąd I instancji wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu reklamy i marketingu i psychologii społecznej. Pojęcie „przeciętnego konsumenta” zdefiniowane zostało w art. 2 pkt 8 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym i jako takie jest pojęciem języka prawnego. Definicja ta określa konsumenta, „który jest dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny; oceny dokonuje się 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”. Z pewnością w języku prawnym występują pojęcia, których interpretacja w konkretnej sprawie wymaga wiadomości specjalnych, a więc sięgnięcia po dowód z opinii biegłego-specjalisty (w prawie karnym np. tzw. określenie lekkiego, średniego albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (art. 156 i 157 k.k.); w prawie cywilnym np. istnienie podstaw ubezwłasnowolnienia (art. 13 i 16 k.c.) lub stanu wyłączającego świadome albo swobodne powzięcie decyzji i wyrażenie woli (art. 82 k.c., 945 § 1 pkt 1 k.c.). W tych przypadkach jednak ustawa odsyła do określonej dziedziny wiedzy specjalistycznej, która przekracza zasób wiedzy osoby należycie wykształconej i posiadającej odpowiednie doświadczenie życiowe (np. w przypadku stanów patologicznych, skutkujących zniesieniem poczytalności lub jej znacznym ograniczeniem nie jest kwestionowane, że organ procesowy sam ma prawo dokonać i dokonuje oceny poczytalności osoby, a konieczność zasięgnięcia opinii biegłego z zakresu psychiatrii i psychologii powstaje dopiero w razie powstania uzasadnionej wątpliwości co do poczytalności osoby). Z odmienną sytuacją mamy do czynienia w przypadku definicji legalnej „przeciętnego konsumenta”. Nie posługuje się ona specjalistyczną terminologią i nie odsyła do wiedzy, która nie jest dostępna sądowi orzekającemu w sprawie z tej przyczyny, że przekracza zasób wiedzy należycie wykształconej osoby o odpowiednim doświadczeniu życiowym – wręcz przeciwnie, odwołuje się do pojęć, które zidentyfikować można jako element składowy czegoś, co powszechnie określa się jako wskazania wiedzy i doświadczenia życiowego, a więc jeden z dwóch podstawowych – obok zasad logicznego myślenia

– wzorców, w oparciu o które sąd winien dokonać oceny dowodów. Oczywiście definicja przeciętnego konsumenta odwołuje się do pewnego zasobu wiedzy socjologicznej, psychologicznej czy lingwistycznej, odwołanie to nie wychodzi jednak poza poziom wiedzy ogólnodostępnej, którą z założenia Sąd posiada. Skoro tak, nie zachodziła potrzeba zasięgnięcia opinii biegłego z zakresu reklamy i marketingu i psychologii społecznej (dodatkowo wskazanego w apelacji), jak słusznie przyjął Sąd I instancji. Ponadto, podążając tokiem rozumowania zaprezentowanym przez apelującego, opinia taka musiałaby mieć charakter opinii kompleksowej, do wydania której należałoby powołać nie tylko biegłego specjalności wskazywanej przez powoda, ale również biegłego z zakresu psychologii (najlepiej psychologii marketingu i reklamy), socjologii oraz biegłego z zakresu lingwistyki. Także i z tego powodu nie można więc podzielić zarzutu naruszenia art. 278 § 1 k.p.c.

W pozostałym zakresie zarzuty naruszenia prawa procesowego oraz prawa materialnego stanowią nieopartą rzeczowymi argumentami polemikę z ustaleniami Sądu I instancji, oceną zgromadzonych dowodów oraz wyciągniętymi z nich konsekwencjami prawnymi. Sąd oparł swoje rozstrzygnięcie na całym materiale procesowym, a wnioski dowodowe powoda zostały słusznie oddalone. Apelacja nie wskazuje żadnych uchybień regułom logicznego rozumowania czy też wskazaniom wiedzy i doświadczenia życiowego. W ocenie Sądu Apelacyjnego przeprowadzona przez Sąd I instancji ocena dowodów i poczynione ustalenia są poprawne z punktu widzenia wymogów art. 233 § 1 k.p.c. Trudno także zrozumieć na czym miałyby polegać uchybienie art. 162 k.p.c., skoro na jedynej rozprawie przed Sądem I instancji w dniu 27 marca 2014 r. za powoda nie stawił się nikt, a powód – reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika – nie zgłosił zastrzeżenia w tym trybie na najbliższym posiedzeniu, tj. na rozprawie apelacyjnej. Odnosząc się natomiast do zarzutu naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. wypada zauważyć, że wbrew twierdzeniom apelacji Sąd I instancji w sposób przekonujący i szczegółowy wyjaśnił na stronie 10-tej i 11-tej uzasadnienia, dlaczego zaaprobował stanowisko Prezesa Urzędu, że treść kierowanych do konsumentów wiadomości SMS mogła zniekształcać zachowanie rynkowe konsumenta i wpływać na podjęcie decyzji o udziale w loterii. To, że wnioski Sądu w zdecydowanej większości pokrywają się z oceną prawną wyrażoną przez Prezesa Urzędu w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji, świadczy o sile argumentów przemawiających za podjętą decyzją oraz o oczywistej bezprawności działań powoda i nie może stanowić zarzutu pod adresem Sądu I instancji.

Nie można też podzielić sformułowanych przez apelującego zarzutów naruszenia prawa materialnego. Sąd Apelacyjny uznał rozstrzygnięcie Sądu I instancji w całości za merytorycznie zasadne, albowiem oparte na prawidłowym zastosowaniu właściwych przepisów prawa. Nie jest tak, jak podnosi apelujący, że nie zostały spełnione przesłanki uznania działań powoda za praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów, określone w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 6 ust. 1 i art. 9 pkt 8 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Nie ma potrzeby przywoływania treści poszczególnych wiadomości kierowanych do abonentów sieci (...) i (...) oraz ich oceny dokonanej przez Sąd I instancji, znajdują się one bowiem w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji oraz uzasadnieniu wyroku Sądu I instancji. Zasadnym będzie jednak powtórzyć najważniejsze kwestie podniesione w uzasadnieniu wyroku Sądu I instancji, tj.:

- używanie w treści SMS-ów sformułowań typu (...) w powiązaniu z informacją zapewniającą o otrzymaniu milej informacji w przypadku wysłania SMS-a, np. (...)
- używanie trybu rozkazującego lub wyrażen sugerujących możliwość utracenia wyjątkowej szansy (...)
- sugerowanie powagi przesyłanej informacji, oficjalnego charakteru komunikatu od nadzorcy loterii (...)

Analiza treści SMS-ów przesyłanych do potencjalnych uczestników loterii dobitnie utwierdza w przekonaniu o wręcz nachalnym ich charakterze, urągającym podstawowym zasadom konstruowania uczciwego przekazu (oferty), kierowanego do potencjalnego kontrahenta, a zwłaszcza konsumenta. Należy w pełni podzielić wniosek, że wywoływały one wrażenie, że konsument uzyska po wykonaniu określonej czynności nagrodę lub inną porównywalną korzyść, gdy w rzeczywistości uzyskanie nagrody lub innej porównywalnej korzyści uzależnione było od poniesienia innych kosztów (kosztu SMS-ów i konieczności udziału w losowaniu spośród dużej ilości osób), a zatem spełnione

zostały znamiona nieuczciwej praktyki rynkowej, określonej w art. 9 pkt 8 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym.

Nie może być standardem wymaganym od przeciętnego konsumenta, by traktował on tak sformułowane SMS-y – jednoznacznie sugerujące bliskość i pewność wygranej – które otrzymuje on w dodatku w przekonaniu, że pochodzą od operatora sieci (powód bowiem nie umieszczał w SMS-ach swojego oznaczenia), jako informacji zupełnie niewiarygodnej, którą winien traktować z najwyższą podejrzliwością. Z pewnością też osiągnięcie takiego stanu świadomości konsumentów nie leży w interesie samych podmiotów przeprowadzających podobne loterie, które mogą stanowić formę rozrywki, przynoszącej ich uczestnikom określone korzyści w postaci nagród, a organizatorom określony dochód. Nie może się to jednak odbywać w sposób, jaki praktykował powód. W ten sposób z czasem w przekonaniu konsumentów rzeczywiście ukształtuje się bowiem przekonanie, że jedyną rzeczą, jaką powinni zrobić po otrzymaniu SMS-a zachęcającego do udziału w podobnej loterii, jest jego zignorowanie i natychmiastowe skasowanie. W takim przypadku przegrani będą zarówno konsumenci loterii SMS-owych, jak i podmioty je przeprowadzające. Takim skutkiem winno zapobiegać karanie podobnych zachowań, które przyczyniają się do „psucia” rynku usług loterii SMS-owych. Także i z tego punktu widzenia zaskarżony wyrok jawi się zatem jako słuszny, a twierdzenie powoda – jakoby fakt istnienia od kilkunastu lat podobnych loterii, w których stosowano analogiczne praktyki, winien doprowadzić sąd do zmiany modelu przeciętnego konsumenta w kierunku nakładającym na konsumenta obowiązek wyjątkowej ostrożności w styczności z takimi loteriami – nie daje się pogodzić z zasadą podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów, o której stanowi w art. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Nie znajduje też uznania w ocenie Sądu Apelacyjnego powoływanie się przez powoda na zawarte w treści SMS-ów odesłanie do regulaminu loterii. Niewątpliwie zapoznanie się z dostępnym m.in. na stronie internetowej regulaminem pozwoliłoby przeciętnemu konsumentowi na ustalenie, że niczego jeszcze nie wygrał, gdyż w rzeczywistości uczestniczy w loterii, w której wygrana zależy od wysłania największej ilości SMS-ów (nagrody dzienne), bądź od losowania, w którym można uczestniczyć dopiero po wysłaniu SMS-a o przystąpieniu do loterii, a jedyną formą poinformowania zwycięzcy o nagrodzie jest kontakt telefoniczny ze strony organizatora loterii. Nie jest jednak przedmiotem zarzutu postawionego powodowi, że nie zawarł w SMS-ach informacji o miejscu, w którym można uzyskać wiedzę o regulaminie loterii bądź że sformułował treść regulaminu w sposób niezrozumiały dla przeciętnego konsumenta. Istotą zarzucanej praktyki jest bowiem sposób sformułowania treści SMS-ów do potencjalnych uczestników loterii, który de facto uzasadniał takie ich rozumienie, że nagroda jest pewna i nie zależy od szczegółowych zapisów regulaminu.

Brak także podstaw do przyjęcia, że doszło do naruszenia prawa materialnego odnośnie drugiej praktyki, polegającej na pomijaniu w treści SMS-ów informacji o powodzie jako organizatorze loterii (art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym). Treść art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną jest jasna. Zgodnie z nią informacja handlowa winna zawierać oznaczenie podmiotu, na którego zlecenie jest ona rozpowszechniana, oraz jego adresy elektroniczne. Sąd I instancji zasadnie uznał, że przepis ten ma zastosowanie w niniejszej sprawie, ponieważ SMS-y wysłane do potencjalnych uczestników loterii stanowiły informację handlową w rozumieniu art. 2 pkt 2 tej ustawy. Trafnie też wskazał, że w ten sposób mogło powstać (treść części reklamacji dowodzi, że istotnie powstawało) skojarzenie pomiędzy operatorem sieci (...) a więc podmiotem o uznanej renomie na rynku – a powodem, tym bardziej że informacja o tym, gdzie dostępny jest regulamin loterii odsyłała do strony internetowej operatora sieci (...). Słusznie Sąd I instancji uznał, że takie zachowanie powoda mogło powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął. Jest to tym bardziej ewidentne, gdy uwzględni się przepis art. 6 ust. 4 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, który w przypadku propozycji nabycia produktu (przez który z mocy art. 2 pkt 3 ustawy rozumie się każdy towar lub usługę, w tym nieruchomości, prawa i obowiązki wynikające ze stosunków cywilnoprawnych), za istotne informacje, o których mowa w ust. 1, uznaje w szczególności w punkcie 2 imię, nazwisko (nazwę) i adres przedsiębiorcy (siedzibę) oraz przedsiębiorcy, na którego rzecz działa. Pominięcie tych informacji nosiło znamiona praktyki rynkowej przejawiającej się w zaniechaniu wprowadzającym w

błąd. Zgodnie z art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym praktyka polegająca na zaniechaniu wprowadzającym w błąd nie podlega ocenie w świetle przesłanek określonych w ust. 1 tego artykułu (tzw. duża klauzula), tj. czy jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i czy w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu, gdyż *ex defitione* za taką jest przez ustawę uznana. Autor apelacji pozostaje w błędzie, powołując się – przy okazji zarzutu dotyczącego kwalifikacji prawnej tej praktyki – na konieczność wykazania przez Sąd I instancji spełnienia tzw. dużej klauzuli z art. 4 ust. 1 ustawy.

Odnosząc się na koniec do zagadnienia wymiaru kary za obie praktyki, należy wskazać, że sposób ustalenia i uzasadnienie nałożonych kar odpowiadają wymaganiom art. 106 ust. 1 w zw. z art. 111 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Pewne wątpliwości Sądu Apelacyjnego nasuwa co prawda sposób uzasadnienia nadzwyczajnego podwyższenia kary za praktykę opisaną w punkcie I decyzji, jednakże względy prewencji indywidualnej i generalnej przesądziły, że mimo to Sąd Apelacyjny uznał nadzwyczajne zaostrenie kary za prawidłowe.

W chwili nakładania na powoda kary podstawę jej wymiaru stanowił przychód przedsiębiorcy osiągnięty w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Nakładanie kar w trybie określonym w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów następuje w drodze uznania administracyjnego, co oznacza, że o ich wysokości decyduje każdorazowo Prezes Urzędu. Podobnie jak sama decyzja o nałożeniu kary pieniężnej, również jej wysokość ma charakter uznaniowy. Kontrola sądu winna ograniczać się do oceny, czy Prezes Urzędu uwzględnił kryteria wskazane w art. 111 ustawy (tj. m.in. okres, stopień, okoliczności naruszenia przepisów ustawy oraz uprzednie naruszenie przepisów ustawy), jak również mieć na względzie ogólne założenie, że nakładana sankcja powinna spełniać funkcję zarówno represyjną, jak i prewencyjną, zarówno w zakresie prewencji indywidualnej, jak i ogólnej. Analiza procesu decyzyjnego Prezesa Urzędu, przeprowadzona przez Sąd I instancji, nie nasuwa pod tym względem żadnych zastrzeżeń Sądu Apelacyjnego, z wyjątkiem podniesionego już problemu uzasadnienia nadzwyczajnego podwyższenia kary.

Rozważając zarzuty co do kary i jej wymiaru podniesione w apelacji w pierwszej kolejności podnieść należy, że odstąpienie od wymierzenia kary mogłoby być uzasadnione w przypadku istnienia okoliczności łagodzących, jak brak wyrządzenia szkody, nieświadomość bezprawności lub podjęcie działań zmierzających do zaniechania praktyki. Prezes Urzędu słusznie nie dopatrył się w działaniach powoda jakichkolwiek okoliczności łagodzących, stąd zarzut nieodstąpienia od wymierzenia kary uznać należało za bezpodstawny. Powód nie może wywodzić dla siebie korzystnych skutków z zaniechania stosowania praktyki przed wszczęciem przez Prezesa Urzędu postępowania wyjaśniającego, skoro zaniechanie to wynikało z założonego od początku, kilkumiesięcznego okresu trwania loterii (a dokładniej – okresu, w którym można było do niej przystąpić). Okoliczność ta – czego nie zauważa powód – została jednak wzięta pod uwagę przez Prezesa Urzędu przy ocenie ograniczonego w czasie, kilkumiesięcznego okresu jej stosowania. Nałożona na podstawie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów kara z założenia ma mieć charakter represyjny, w przeciwnym wypadku nie byłaby bowiem karą. Apelujący stwierdza, że nałożenie kary będzie niecelowe, gdyż nie będzie ona służyć prewencji indywidualnej. Przyjęcie zaprezentowanego wyводу oznaczałoby, że każdy organizator podobnej loterii – jeśli tylko będzie ona trwała na tyle krótko, że zakończy się przed wszczęciem postępowania przez Prezesa Urzędu – nie może zostać ukarany karą pieniężną, gdyż będzie to ukaranie w sytuacji zaprzestania stosowania praktyki. Trudno określić taką interpretację inaczej jak obejście przepisów ustawy. Prewencja indywidualna w takim wypadku objawiać będzie właśnie w nałożeniu kary w tym celu, by przedsiębiorca nie ponowił stosowania praktyki, nawet krótkotrwałej. Prezes Urzędu, a w ślad za nim Sąd I instancji trafnie przyjął również umyślność po stronie powoda w odniesieniu do obu przypisanych mu czynów. Od podmiotu profesjonalnego wymagane jest podawanie – podstawowej nawet w umowach pomiędzy podmiotami nieprowadzącymi działalności gospodarczej – informacji o tym, z kim zawiera umowę osoba, do której kierowana jest oferta handlowa. Uwzględniając profesjonalny charakter działalności powoda nie sposób zakwalifikować zaniechania podania tej informacji jako objętego nieumyślnością. Natomiast o umyślności praktyki dotyczącej sposobu formułowania treści SMS-ów do potencjalnych uczestników loterii świadczy choćby znaczna ilość przygotowanych przez powoda SMS-ów, które kierowane były do abonentów sieci (...). Zdecydowana większość z nich

wyrażała w różnej formie przekaz o tym, że adresat SMS-a coś wygrał, część zaś balansowała na krawędzi między takim przekazem a zachętą do udziału w loterii, pozbawioną jednak przekazu o pewności wygranej. Mając na względzie ilość tak sformułowanych SMS-ów nie sposób było przyjąć, że powód działał nieумыślnie. Nie były to bowiem przypadki pojedynczych SMS-ów pośród większej ilości SMS-ów o treści „neutralnej” – wręcz przeciwnie, proporcje między nimi w przygotowanym przez powoda wykazie kształtowały się zgoła odmiennie. Uzasadnione zatem było przyjęcie, że powód co najmniej przewidywał możliwość realizacji znamion nieuczciwej praktyki rynkowej naruszającej zbiorowe interesy konsumentów i godził się na to.

W zakresie natomiast zarzutu podwójnego wykorzystania przez Prezesa Urzędu tych samych okoliczności, które winny służyć ustaleniu wymiaru kary, do nadzwyczajnego podwyższenia jej wymiaru wskazać należy, że zarzut ten jest po części słuszny, jednakże nie w stopniu, który dyskwalifikowałby nadzwyczajne podwyższenie kary. Zgodnie z art. 111 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes Urzędu, ustalając wysokość nakładanej kary w przypadku praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, uwzględnia okres, stopień oraz skutki rynkowe naruszenia przepisów ustawy, przy czym stopień naruszenia Prezes Urzędu ocenia biorąc pod uwagę okoliczności dotyczące natury naruszenia i działalności przedsiębiorcy, która stanowiła przedmiot naruszenia. Ustalając wysokość kar pieniężnych zgodnie z ust. 1 Prezes Urzędu bierze pod uwagę okoliczności łagodzące lub obciążające, które wystąpiły w sprawie. Prezes jako przesłanki wymiaru kary za czyn wskazany w punkcie I decyzji wskazał rażąco szkodliwość praktyki oraz celowe działanie (co kłóci się z przypisaną powodowi умыślnością w postaci zamiaru ewentualnego), stosunkowo krótki okres stosowania, zaś w zgodzie z art. 111 ust. 4 pkt 2 ustawy za okoliczności obciążające potraktował умыślność po stronie powoda, ogólnopolski zasięg oddziaływania oraz znaczne korzyści majątkowe. Wobec tego wskazanie w uzasadnieniu nadzwyczajnego podwyższenia kary na wyjątkową szkodliwość praktyki, cel osiągnięcia korzyści majątkowej czy wysoki stopień nieetyczności czynu powoda stanowiło w istocie powtórzenie wymienionych przesłanek ustalenia wymiaru kary. Pomimo tego Sąd Apelacyjny uznaje, że zachodziły przesłanki nadzwyczajnego podwyższenia kary, a poszukiwać ich należy przede wszystkim we wskazywanych przez Prezesa Urzędu względach na indywidualno-prewencyjne i społeczne oddziaływanie kary. Wymierzenie odpowiednio dotkliwej kary (która i tak sytuuje się w dolnych granicach kary możliwej do wymierzenia na podstawie obowiązujących przepisów) umotywowane jest koniecznością oddziaływania na zachowanie powoda w przyszłości w ten sposób, by nie przedsięwziął już zakazanych praktyk, a jednym z najskuteczniejszych ku temu metod jest pozbawienie części korzyści majątkowej w ten sposób uzyskanej. Jest też faktem powszechnie znanym, że analogiczne loterie w dalszym ciągu są urządzane przez inne podmioty, istnieje tym samym wyraźna i aktualna potrzeba społeczna wzmocnienia oddziaływania na pozostałych uczestników rynku poprzez orzekanie kar, które skutecznie zniechęcą innych przedsiębiorców do stosowania takich lub zbliżonych rodzajowo praktyk. Z tych powodów Sąd Apelacyjny ostatecznie doszedł zatem do przekonania, że nie doszło do naruszenia art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Bez znaczenia dla odpowiedzialności powoda i nałożonej kary pozostają z kolei zapisy wiążącej go z (...) SA umowy, w oparciu o którą prowadził loterię. Jeśli natomiast ograniczona do 160 znaków wielkość wiadomości SMS była przeszkodą we wskazaniu danych identyfikujących powoda, nic nie stało na przeszkodzie – celem uzyskania miejsca na te dane – skróceniu treści przekazu o sugerowanych wygranych, które były – można rzec – do przesady rozbudowane. Niezasadnie też kwestionuje powód ustalenie Prezesa, że osiągnął on znaczne korzyści majątkowe z tytułu przeprowadzonej loterii. Korzyścią majątkową są wszystkie prawa majątkowe, które uzyskane zostały z popełnienia określonego czynu, choćby nawet uzyskujący korzyści poniósł koszty przewyższające te korzyści. Nie było więc potrzebne ustalanie kosztów organizacji loterii po stronie powoda, albowiem kwota przychodu z niej uzyskanego rzeczywiście była znaczna (prawie 9 milionów zł).

Z powołanych względów Sąd Apelacyjny oddalił apelację na podstawie art. 385 k.p.c.

O kosztach procesu za postępowanie apelacyjne postanowiono na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. w związku z art. 108§1 k.p.c., przy zastosowaniu § 14 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia

28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. z 2013 r. poz. 490).