

*Sygn. akt VII AGa 748/18*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 24 stycznia 2019 r.*

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

*Przewodniczący – Sędzia SA Mariusz Łodko*

*Sędziowie: SSA Ewa Zalewska*

*SA Magdalena Sajur-Kordula (spr.)*

*Protokolant: Katarzyna Mikiciuk*

*po rozpoznaniu w dniu 14 stycznia 2019 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa (...) S.A. w W.*

*przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

*o stwierdzenie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów*

*na skutek apelacji powoda*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 25 marca 2015 r.*

*sygn. akt XVII AmA 86/12*

**I. zmienia częściowo zaskarżony wyrok t.j. w punkcie pierwszym w ten sposób, że zmienia punkt IV decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 30 grudnia 2011 roku Nr RWA-(...) i obniża nałożoną na (...) S.A. w W. karę pieniężną do kwoty 15 356 497 zł (piętnaście milionów trzysta pięćdziesiąt sześć tysięcy czterysta dziewięćdziesiąt siedem złotych),**

**II. oddala apelację powoda w pozostałej części,**

**III. zasądza od (...) S.A. w W. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 270 (dwieście siedemdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

*Sygn. akt VII AGa 748/18*

## 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 „Czy stałeś się dzisiaj Milionerem” 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 „Czy stałeś się dzisiaj Milionerem” 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 „Czy stałeś się dzisiaj milionerem” 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 rynkowym (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 (...) lub innej stronie, która 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.

Wyrokiem z dnia 25 marca 2015 r. Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie, zasądził od (...) S.A. (poprzednio (...)) z siedzibą w W. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 360 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego; 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.

Sąd I instancji oparł swe rozstrzygnięcie na podstawie następujących ustaleń i rozważań prawnych:

**(...) 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.**

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.

§ 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 (...) (...).

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

W zaakceptowanym przez (...) (...) regulaminie Loterii Promocyjnej „Czy stałeś się dzisiaj Milionerem” 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.

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 „Czy stałeś się dzisiaj Milionerem”.

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 usług 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.

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 „Czy stałeś się dzisiaj Milionerem” otrzymali następującą treść komunikatu sms:

- „Uwaga! Możesz wygrać milion zł dzisiaj od (...) Wyślij za darmo GRAM na (...) (...) .pl (...): 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”
  - (...) odmienić Twoje życie ! Możesz wygrać milion złotych dzisiaj od (...) ! Wyślij za darmo TAK na (...) ? SMSy na (...) są darmowe ! R. (...) 4,88zł/dzień”
  - (...) sekundy wystarcza by wysłać za darmo TAK na (...) możesz wygrać 1.000.000 złotych dzisiaj ! SMSy na (...) są darmowe ! R.: (...) .pl (...) : 4,88 zł/dzień”
  - „Jesteś wśród szczęściarzy, którzy mogą wygrać milion złotych dzisiaj od H.! Wyślij TAK na (...)! SMSy na (...) = 0zł ! R.: (...) .pl (...) : 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 by wysłać za darmo TAK na (...) i móc wygrać 1.000.000 złotych dzisiaj od (...) SMSy na (...) są darmowe! R.: (...) .pl 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.: (...) .pl (...) dzień”,
- „ Uwaga! Możesz wygrać milion złotych za kilka godzin od (...) Wyślij za darmo GRAM 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 1! Regulamin na (...) (...) .pl. (...) zł za dzień. Po prostu wybierz teraz 1! (po chwili) Po prostu wciśnij teraz 1!”
- „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 (...) 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 (...) .pl (...) 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 greckiego przeprowadziła kampanię reklamową loterii „Czy stałeś się dzisiaj milionerem”. 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.

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.

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

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.

Przychód (...) (...) w 2010 r. wyniósł 7.875.126.771,38 zł

Z tytułu naliczonych opłat od uczestników loterii promocyjnej, (...) (...) uzyskała przychody w wysokości 30.191.000 zł netto, z czego 22.129.012 zł netto dotyczyło opłat poniesionych przez konsumentów.

Całkowity zysk z tytułu przeprowadzenia loterii promocyjnej wyniósł 15.000.000,00 zł brutto z czego zysk odpowiadający udziałowi konsumentów wyniósł 10.900.000,00 zł brutto.

(...) (...) wystawiła około 7.000 tysięcy faktur korygujących w zakresie opłat dotyczących udziału w przedmiotowej loterii na łączną kwotę 468.000,00 zł brutto i przyznawała klientom składającym reklamacje dotyczące tej loterii specjalne dodatkowe pakiety bezpłatnych minut na krajowe połączenia z numerami komórkowymi i stacjonarnymi.

Sąd I instancji uznał, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy okik 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 uokik.

Sąd wskazał, że 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 współzycia 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 okik 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.

W ocenie Sądu, 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).

Sąd wskazał, że 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.

Sąd wskazał, że 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: „Czy stałeś się dzisiaj Milionerem”, 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 „Czy stałeś się dzisiaj Milionerem” 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”.

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. Sąd zauważył, 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

ofercą 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 „Czy stałeś się dzisiaj Milionerem” 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.

W ocenie Sądu, 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 (...) (...). 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.

W ocenie Sądu, 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 upnr jest usługa zapisu na udział w loterii promocyjnej „Czy stałeś się dzisiaj Milionerem” 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 GRAM na (...) (...)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 (...),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.

Sąd zauważył, że chociaż bezpośrednim zarzutem postawionym (...) jest wywołanie u konsumenta błędnego wyobrażenia o udziale w grze jednego dnia, to następstwem tego błędnego wyobrażenia jest pominięcia 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 byłyby 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.

Sąd wskazał, że 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.

W ocenie Sądu, 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 greckiego 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. Sąd wskazał, 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 „Czy stałeś się dzisiaj Milionerem” 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.

Odnośnie zarzutu nieprawidłowego podwyższenia przez Prezesa wymiaru nałożonej kary w związku z przyjętą umyślnością działania powoda, Sąd uznał 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 (...) (...) o nieświadomości bezprawności zarzucanej praktyki zmierzającej do obniżenia wymiaru kary nie zasługuje na uwzględnienie. Sąd uznał, że słusznie pozwany podniósł, 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.

Sąd podkreślił, że zakładany efekt finansowy (...) (...) uzyskał w pierwszych tygodniach trwania gry na skutek wysłania treści komunikatów zachęcających do udziału. 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 zarzucanej praktyki zmierzającej do obniżenia wymiaru kary nie zasługuje na uwzględnienie. Tym bardziej nie zasługuje na względniejszą ocenę przy stosowaniu zarzucanej 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 wprowadzającego 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 0,269% przychodu osiągniętego przez spółkę. Nominalnie kara nałożona na spółkę ma dużą wartość, ale w stosunku do przychodu spółki jest niewielka. Nie zasługuje 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.

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<sup>31a</sup> § 1 k.p.c. nie znajdując podstaw do jego uwzględnienia.

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

Apelację od powyższego wyroku wniósł powód, zaskarżając go w całości. Wyrokowi zarzucił naruszenie:

A. przepisów postępowania, a to:

1. Naruszenie art. 479<sup>(31a)</sup> § 3 kpc poprzez oddalenie odwołania, pomimo że zaskarżona decyzja winna zostać uchylona jako wydania z naruszeniem 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 z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2007 r., nr 50, poz. 331 ze zm., stan na dzień 30 grudnia 2011 roku, „Ustawa”), albowiem została wydana przez Prezesa UOKiK, tj. organ oczywiście niewłaściwy rzeczowo, ponieważ 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.

2. Naruszenie art. 479<sup>31a</sup> § 3 kpc poprzez oddalenie odwołania, pomimo że zaskarżona decyzja winna zostać uchylona jako wydana z naruszeniem 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”), albowiem została wydana w sprawie już poprzednio rozstrzygniętej decyzją Prezesa UKE z dnia 2 sierpnia 2011 roku, znak: (...)621- 2/11(32), w wyniku czego naruszono zasadę ne bis in idem wyrażoną w art. 156 § 1 pkt 3 kpa.

3. Naruszenie art. 479<sup>31a</sup> § 3 kpc poprzez oddalenie odwołania, pomimo że zaskarżona decyzja winna zostać uchylona jako wydana z naruszeniem art. 26 ust. 2 Ustawy w zw. z art. 107 § 1 kpa w zw. z art. 83 Ustawy oraz art. 74 Ustawy w zw. z art. 6 ust. 1 - 3 konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz.U. z 1993 roku, nr 61, poz. 284 ze zm., dalej: „EKPCz”), do czego doszło na skutek błędnego przyjęcia, że zaskarżona decyzja w rozstrzygnięciu oraz w uzasadnieniu dostatecznie określa, jakie zachowanie (...) narusza zbiorowe interesy konsumentów, podczas gdy:

(a) dla określenie zakresu zarzucanej przedsiębiorcy praktyki decydujące znaczenie ma rozstrzygnięcie decyzji administracyjnej.

(b) rozstrzygnięcie zaskarżonej decyzji nie określa na czym konkretnie polegało zakwestionowane działanie (...),

(c) uzasadnienie zaskarżonej decyzji nie pozwala ustalić na czym konkretnie polegało zakwestionowane działanie (...) i które z wiadomości wysyłanych w związku z loterią „Czy stałeś się dzisiaj Milionerem” („Loteria”) zostały zakwestionowane przez Prezesa UOKiK,

- co miało wpływ na wynik sprawy, ponieważ uniemożliwia ustalenie zakresu zakwestionowanej praktyki, daty jej zaniechania oraz prawidłowego wymiaru kary pieniężnej, a także narusza prawo (...) do obrony w postępowaniu.

4. Naruszenie art. 227 kpc w zw. z art. 258 kpc, w zw. z art. 6 ust. 1 i ust. 2 EKPCz poprzez uznanie dowodów z zeznań świadków M. W., M. K., M. P., J. D. za nieistotne dla rozstrzygnięcia sprawy i ich pominięcie postanowieniem z dnia 1 października 2014 roku.

5. Naruszenie art. 233 § 1 kpc i dokonanie następujących ustaleń sprzecznych z zebrany materiał dowodowy:

(a) (...) tworzyła treść komunikatów zachęcających do udziału w Loterii, a spółka (...) S.A. z siedzibą w A., G. (...) zobowiązana była do obsługi kampanii promocyjnej Loterii poprzez wysyłanie komunikacji marketingowej, obsługi systemu głosowego dla celów kampanii promocyjnej (...), kampanii promocyjnej, produkcji spotów reklamowych;

(b) W okresie od 28 października do 30 października 2010 roku oraz od 15 listopada do 20 listopada oraz 30 listopada użytkownicy/abonenci (...) otrzymywali 12 rodzajów wiadomości SMS wymienionych na str. 11 i 12 uzasadnienia zaskarżonego wyroku oraz 4 rodzaje wiadomości (...) wymienione na str. 12 uzasadnienia;

(c) W kierowanych do odbiorców komunikatach zachęcających do udziału w Loterii nie ma żadnej informacji, że odpowiedź na SMS lub komunikat głosowy oznacza zakup usługi cyklicznej;

(d) Zasięg kampanii reklamowej w mediach nie był szeroki (str. 26 uzasadnienia), podczas gdy z materiału dowodowego sprawy wynika, iż kampania reklamowa miała charakter ogólnopolski, masowy i mogła kształtować wiedzę odbiorców o warunkach Loterii;

(e) Zmiany wprowadzone od dnia 20 listopada 2010 roku do wiadomości SMS zachęcających do udziału w Loterii obejmowały tylko dodanie komunikatu: „codzienny koszt udziału: 4,88 zł (str. 24 uzasadnienia), podczas gdy z materiału dowodowego sprawy wynika, iż z treści wiadomości SMS usunięto również informację, że SMSy wysyłane na nr (...) są darmowe;

(f) Począwszy od dnia 30 listopada 2010 roku wszystkie wiadomości SMS potwierdzające udział w Loterii zawierały komunikat: „Udało Ci się! Twój numer dostał się! do dzisiejszego losowania miliona zł od (...)! 4,88zł/dzien. By anulować swój codzienny udział ślij STOP MILION na (...)” (str. 13/14 uzasadnienia).

Naruszenie art. 233 § 1 kpc poprzez dokonanie wadliwej oceny dowodów i wyciągnięcie z nich nieprawidłowych wniosków (pkt 92- 102 uzasadnienia apelacji):

(a) ustalenie, że (...) uzyskała planowany efekt finansowy w pierwszych tygodniach gry i z tego względu zaniechała wysyłania SMS-ów zachęcających do wzięcia udziału w Loterii (str. 26 uzasadnienia), ponieważ, podczas gdy z materiału dowodowego nie wynika, aby (...) uzyskała lepsze wyniki finansowe w początkowym okresie trwania Loterii, wynika natomiast, iż jedynym powodem zaniechania było niezadowolenie niektórych klientów

(...), natomiast wewnętrzna korespondencja (...) nawiązująca do wyniku finansowego może być interpretowana wyłącznie jako nieudolne usprawiedliwienie pracownika odpowiedzialnego za realizację Loterii;

(b) konsumenci przystępowali do Loterii również w dłuższym okresie po otrzymaniu wiadomości SMS i po zaniechaniu wysyłania do nich wiadomości zachęcających do udziału w Loterii (str. 24 uzasadnienia), podczas gdy z innych ustaleń SOKiK (str. 18 uzasadnienia) wynika, że konsumenci przystępują do konkursów pod wpływem impulsu wywołanego kierowaną do nich zachętą do udziału za pomocą reklam, odczytanej wiadomości SMS lub odsłuchanej wiadomości (...), co oznacza, że przystąpienie do Loterii w okresie kiedy kontynuowana była kampania reklamowa, a zaniechano wysyłania wiadomości zachęcających do wzięcia udziału, mogło nastąpić wyłącznie na podstawie reklamy, która nie zawierała treści wprowadzających w błąd.

7. Naruszenie art. 233 § 1 kpc poprzez zaniechanie wszechstronnej oceny dowodów i poprzez nieuwzględnienie dowodów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy tj:

(a) decyzji Prezesa UKE z dnia 2 sierpnia 2011 roku, znak: (...)621-2/11(32) nakładającej na (...) karę pieniężną za te same działania, za które nałożono na (...) karę pieniężną w zaskarżonej decyzji, co jest istotne dla oceny zarzutów (...) kwestionujących właściwość organu administracyjnego oraz dopuszczalność wydania zaskarżonej decyzji jako kolejnej decyzji w tej samej sprawie;

(b) umowy zawartej przez (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K. (...) z U. w dniu 15 października 2010 roku, która miała znaczenie dla oceny odpowiedzialności (...) za rzekome wprowadzenie konsumentów w błąd;

(c) dowodów na okoliczność braku możliwości przypisania (...) winy umyślnej przy popełnieniu przypisanego jej działania, tj. zeznań świadków R. K. i D. K., korespondencji mailowej wymienianej podczas Loterii, arkusza zawartym w pliku o nazwie „(...)\_komunikacja\_\_all.xls” obejmującym całą korespondencję SMS i (...) wykorzystywaną w ramach Loterii ze wskazaniem dat wysyłki - łącznie świadczących o podejmowaniu przez (...) działań zmierzających do wyeliminowania ryzyka wprowadzenia odbiorców w błąd przez kierowaną do nich korespondencję SMS i (...) dotyczącą Loterii oraz o braku świadomości po stronie (...) ryzyka wprowadzenia odbiorców w błąd, co miało znaczenie dla wymiaru kary pieniężnej;

8. Naruszenie art. 328 § 2 kpc, poprzez:

(a) przedstawienie faktów, na których SOKiK oparł swoje rozstrzygnięcie w sposób uniemożliwiający ustalenie rzeczywistej podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, a to ze względu na przywołanie niektórych, lecz istotnych ustaleń dopiero przy okazji prawnej analizy sprawy, bez powiązania tych ustaleń z dowodami, a ponadto przedstawienie istotnych ustaleń w sposób niejednoznaczny,

(b) zaniechanie przeprowadzenia analizy materiału dowodowego i niewyjaśnienie dlaczego większość dowodów dopuszczonych przez SOKiK, w tym umów, dokumentów, korespondencji elektronicznej oraz zeznań świadków nie została przez SOKiK uwzględniona przy ustalaniu stanu faktycznego,

(c) wskazanie dowodów, na których SOKiK oparł się, w sposób uniemożliwiający w istotnym zakresie zidentyfikowanie tych dowodów, tj. wyłącznie poprzez odwołanie się do numerów kart akt, na których dowody te mają się znajdować,

- co mogło mieć wpływ na wynik sprawy, gdyż zarzucane naruszenie uniemożliwia poznanie motywów, którymi kierował się Sąd Okręgowy rozstrzygając sprawę, a tym samym dokonanie kontroli instancyjnej Zaskarżonego Wyroku.

9. Nierozpoznanie istoty sprawy w wyniku:

(a) nierozpoznanie zarzutu pkt. 11.1 petitum odwołania (...) od zaskarżonej decyzji, w ramach którego (...) zarzucała wydanie zaskarżonej decyzji przez organ niewłaściwy rzeczowo, tj. przez Prezesa UOKiK a nie przez Prezesa UKE,

(b) nierozpoznanie zarzutu pkt. 11.2 petitum odwołania (...) od zaskarżonej decyzji, w ramach którego (...) zarzucała wydanie zaskarżonej decyzji w sprawie już poprzednio rozstrzygniętej decyzją Prezesa UKE z dnia 2 sierpnia 2011 roku, znak: (...)621- 2/11(32),

(c) nierozpoznanie zarzutu pkt. 11.6 petitum odwołania (...) od zaskarżonej decyzji, w ramach którego (...) zarzucała błędne nakazanie jej publikacji zaskarżonej decyzji w całości, pomimo, iż zawiera treści stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (...), a okres publikacji wynoszący aż 6 miesięcy nie jest konieczny dla usunięcia skutków zarzucanego naruszenia.

B. Naruszenie przepisów prawa materialnego, a to:

1. 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 i ust. 3 lit. a) EKPC, 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 (...) ponosi odpowiedzialność za naruszenie zbiorowych interesów konsumentów, polegające na „zawarcie w treści” kierowanych do konsumentów wiadomości SMS oraz nagrań odtwarzanych konsumentom w ramach komunikacji (...) zachęcających do udziału w Loterii wprowadzających w błąd informacji i w konsekwencji nałożenie na (...) kary pieniężnej, podczas gdy (...):

(a) nie była organizatorem Loterii (podmiotem zarządzającym Loterię),

(b) nie przygotowywała treści wiadomości SMS oraz nagrań odtwarzanych konsumentom w ramach komunikacji (...) i nie zawierała w treści takich wiadomości żadnych informacji wprowadzających w błąd,

(c) nie wysyłała i nie odtwarzała takich wiadomości konsumentom,

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

2. Naruszenie art. 27 ust. 1 i 2 Ustawy poprzez uznanie, że praktyka naruszająca zbiorowe interesy konsumentów polegająca na określonym działaniu trwa pomimo zaniechania tego działania, jeżeli na skutek zaniechanego działania wciąż może dojść do wprowadzenia konsumentów w błąd, a w konsekwencji przyjęcie, że, pomimo doprowadzenia do zaniechania wysyłania wiadomości zachęcających do udziału w Loterii, (...) nie zaniechała przypisanych jej praktyk, ponieważ w wyniku wcześniejszego działania, konsument wciąż mógł przystąpić do Loterii, a ponadto poprzez błędne uznanie, że wiadomości SMS zawierające informację „codzienny koszt udziału 4,88 z/” wciąż wprowadzały obiorców w błąd.

3. 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 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 Loterii, kwalifikacja treści wspomnianych wiadomości i komunikacji nie jest trafna, gdyż:

(a) wiadomości przysłane w ramach Loterii nie wprowadzały konsumentów w błąd, albowiem zawierają informacje podane w sposób jasny i zrozumiały dla przeciętnego konsumenta oraz adekwatne do formy przekazu,

(b) 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,

(c) 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,

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

(e) 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 zaproszenie do udziału w Loterii nie zakładał, że będzie ona 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;

(f) przeciętny konsument został wystarczająco i w odpowiedni sposób poinformowany o zasadach i kosztach uczestnictwa w Loterii poprzez ogólnopolską kampanię medialną.

4. 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 nałożenie obowiązku ujawnienia danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz publikacji zaskarżonej decyzji przez okres aż 6 miesięcy nie jest konieczne dla usunięcia skutków zarzucanego naruszenia.

5. Naruszenie art. 111 Ustawy, poprzez nałożenie na (...) kary pieniężnej nieproporcjonalnej do stwierdzonych naruszeń oraz nadmiernie surowej - do czego doszło w związku z nieuwzględnieniem lub niewłaściwym uwzględnieniem dyrektyw wymiaru kary wynikających z tego przepisu, a to:

(a) 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), względnie uzyskane w związku z zarzucanymi (...) bezprawnymi działaniami,

(b) 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 i 4 wiadomości (...) zachęcających do udziału w Loterii z kilkuset wysłanych wiadomości SMS o różnej treści (por. zarzut A.5.(b) powyżej), co znacząco



wpływa na ocenę wagi zarzucanego naruszenia, uzasadniając przyjęcie jako podstawy do obliczania kary mniejszej kwoty bazowej,

(c) nieuwzględnienie jako okoliczności łagodzącej faktu aktywnej współpracy przez (...) z Prezesem UOKiK w trakcie postępowania,

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

(e) 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,

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

(g) 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 2010 roku, a komunikacji (...) z dniem 5 stycznia 2011 roku, a nie jak przyjął Prezes UOKiK dopiero w dniu 3 lutego 2011 roku i w związku z zakończeniem Loterii,

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

(i) nieuwzględnienie przy wymiarze kary wysokości kary pieniężnej nałożonej na (...) przez Prezesa UKE w decyzji z dnia 2 sierpnia 2011 roku, znak: (...)621-2/11(32), za to samo naruszenie, które jest przedmiotem zaskarżonej decyzji,

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

II. W związku z powyższym wniósł o:

1. uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do SOKiK do ponownego rozpoznania, względnie o:

2. zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez:

(a) uchylenie zaskarżonej decyzji w zaskarżonej części, tj. w pkt. 1.1, 1.2, III oraz IV,

względnie o:

(b) zmianę zaskarżonej decyzji w zaskarżonej części, tj. w pkt. 1.1, 1.2, III oraz IV, poprzez umorzenie jako bezprzedmiotowego postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów określonych w pkt 1.1. i 1.2. zaskarżonej decyzji,

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia powyższych wniosków o uchylenie lub zmianę zaskarżonej decyzji we wskazany wyżej sposób, w przypadku uznania, że działania (...) stanowiły praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów opisane w pkt. 1.1 i 1.2 zaskarżonej decyzji, poprzez:

(c) zmianę zaskarżonej decyzji:

(i) w pkt 1.1. poprzez zastąpienie słów: „- / stwierdza się zaniechanie jej stosowania z dniem 3 lutego 2011 r.” słowami: „-- / stwierdza się zaniechanie jej stosowania co do wiadomości S/WS z dniem 21 listopada 2010 r., a co do komunikacji (...) z dniem 5 stycznia 2011 r”,

(ii) w pkt 1.2. poprzez zastąpienie słów: „- / stwierdza się zaniechanie jej stosowania z dniem 3 lutego 2011 r” słowami: „- / stwierdza się zaniechanie jej stosowania z dniem 21 listopada 2010 r”,

(iii) w pkt. 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 nr 7 do odwołania od zaskarżonej decyzji, w terminie 14 (czternastu) dni od daty uprawomocnienia się zaskarżonej decyzji, na koszt (...), na stronie internetowej przedsiębiorcy (...) 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.pl/download.php?plik=11148> lub innej stronie w serwisie: <http://www.uokik.gov.pl>,

(iv) w pkt IV, poprzez nałożenie na (...) kary pieniężnej w wysokości nie wyższej niż 41.984,97 zł lub w innej wysokości istotnie mniejszej niż określona w zaskarżonej decyzji.

Ponadto wniósł o zasądzenie od pozwanego na rzecz (...) kosztów postępowania za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Pozwany w odpowiedzi na apelację wniósł o jej oddalenie i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania apelacyjnego.

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

Apelacja powoda okazała się częściowo uzasadniona, ale jedynie w zakresie dotyczącym wysokości nałożonej na powoda kary pieniężnej.

Sąd Apelacyjny nie uznał natomiast zasadności zarzutów odnoszących się do stwierdzonej decyzją Prezesa UOKiK praktyki polegającej na naruszeniu zbiorowych interesów konsumentów i stanowiącej równocześnie nieuczciwą praktykę rynkową.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 479<sup>31a</sup> § 3 k.p.c. poprzez oddalenie odwołania, pomimo że w ocenie powoda zaskarżona decyzja winna zostać uchylona jako wydana z naruszeniem 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 (Dz.U. Nr 171 poz. 1800 ze zm.- dalej jako: Pt), art. 6 i art. 19 k.p.a. w zw. z art. 83 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2007 r., nr 50, poz. 331 ze zm., stan na dzień 30 grudnia 2011 roku- dalej jako: ustawa okik).

Nie ma racji skarżący twierdząc, że Prezes UOKiK nie był organem uprawnionym do wydania zaskarżonej decyzji, zaś wyłącznie właściwy do oceny prawidłowego wykonania przez (...) M. obowiązków informacyjnych wobec użytkowników końcowych (w tym konsumentów) i nakładania kar pieniężnych w związku z naruszeniem tych obowiązków jest Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

Analiza treści decyzji z dnia 30 grudnia 2011r. prowadzi do wniosku, że Prezes UOKiK na podstawie art. 27 ust. 1 i 2 ustawy okik uznał opisane działanie powoda (polegające na przekazywaniu konsumentom wprowadzających w błąd informacji w treści kierowanych do nich wiadomości SMS oraz nagrań (...) zachęcających do loterii „Czy stałeś się dzisiaj Milionerem”) za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, stanowiącą równocześnie 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 art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U. Nr 171, poz. 1206- dalej jako: upnpr) w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. Nr 144, poz. 1204 ze zm.). Prezes UOKiK był uprawniony wydać przedmiotową decyzję na podstawie art. 1 i 24

ustawy okik. Praktyka, której w niniejszym przypadku dopuścił się powód nie dotyczyła obowiązków informacyjnych w rozumieniu Pt, lecz ochrony konkurencji.

Przepis art. 1 ust. 3 Pt stanowi, że przepisy prawa telekomunikacyjnego nie naruszają przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów ani przepisów ustawy z 29 grudnia 1992r. o radiofonii i telewizji. Wynika stąd jednoznacznie, że przepisy prawa telekomunikacyjnego nie wyłączają kompetencji Prezesa UOKiK do podejmowania na podstawie ustawy okik działań w stosunku do przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Prezes UOKiK rozstrzyga sprawy odnoszące się do stanu konkurencji na rynku telekomunikacyjnym na innej podstawie prawnej i w innym zakresie niż Prezes UKE. Postępowania przez Prezesem UKE, w tym dotyczące obowiązków informacyjnych są niezależne od postępowań prowadzonych przez Prezesa UOKiK wszczętych na podstawie ustawy okik. Kompetencje Prezesa UOKiK w sektorze telekomunikacyjnym obejmują płaszczyznę określoną stricte w ustawie okik czyli z zakresu nadużycia pozycji dominującej, nielegalnych porozumień przedsiębiorców i naruszenia zbiorowych interesów konsumentów (zob. A. Krasuski „Prawo telekomunikacyjne. Komentarz.” Wolter Kluwers 2015.) Brak również przeszkód, aby obie ustawy były stosowane równoległe do tego samego stanu faktycznego. W niniejszym przypadku bowiem każdy z regulatorów realizuje swoje kompetencje ustawowe i nie wkracza w zakres drugiego.

Wbrew zarzutowi powoda Prezes UOKiK nie naruszył również zasady ne bis in idem, zarówno w ujęciu karnym jak i administracyjnym.

Nie budzi wątpliwości w orzecznictwie, iż mimo że kary pieniężne nakładane na przedsiębiorców na podstawie ustawy okik uważane są za sankcje administracyjnoprawne, nie zaś sankcje karne, to w zakresie, w jakim dochodzi do wymierzenia przedsiębiorcy kary pieniężnej, zasady sądowej weryfikacji decyzji organu, powinny odpowiadać wymogom analogicznym do tych, jakie obowiązują sąd orzekający w sprawie karnej. Wymogi składające się na podwyższony standard ochrony przedsiębiorcy to np. obowiązek spoczywający na Prezesie UOKiK wykazania istnienia przesłanek nałożenia kary pieniężnej oraz obowiązek Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów prowadzenia dogłębnej analizy w odniesieniu do przesłanek wysokości kary pieniężnej. Należy przy tym brać pod uwagę zasady obowiązujące w prawie karnym, w tym także zasadę ne bis in idem, stanowiącą, że ta sama osoba nie może być ponownie sądzona lub ukarana w postępowaniu karnym za to samo przestępstwo. Przenosząc wskazaną zasadę na grunt niniejszego postępowania, stwierdzić należy, że nie można dwa razy orzekać kary w tej samej sprawie, przeciw temu samemu podmiotowi. Przeciwdziałać ma to nałożeniu kolejnej kary o charakterze penalnym na tą samą osobę za ten sam czyn.

Zauważyć należy, w niniejszym przypadku brak jest tożsamości elementu "idem" („ta sama sprawa”), t.j tożsamości adresata sankcji i zdarzenia objętego sankcją.

Zastosowanie zasady ne bis in idem jest bowiem uwarunkowane tożsamością naruszeń i ukaranych osób oraz jednością interesów prawnych podlegających ochronie. Zarówno art. 4 protokołu nr 7 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności jak i art. 50 Karty Praw Podstawowych odnosi się do zakazu ponownego sądzienia lub karania w postępowaniu karnym za ten sam czyn. Do spełnienia zasady ne bis in idem potrzebne są trzy przesłanki: ten sam sprawca, ten sam stan faktyczny, tożsamość prawa podlegającego ochronie. Jedynie przesłanka tego samego sprawcy w przedmiotowym przypadku została spełniona.

Decyzją z dnia 2 sierpnia 2011 r. nr (...)621-2/11/32 Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej nałożył na (...) sp. z o.o. w W. (obecnie (...) S.A. w W.) karę pieniężną w wysokości 5.000.000 zł, na podstawie art. 210 ust. 1 i 2 oraz art. 209 ust. 1 pkt 25 w zw. z art. 172 ust. 1, art. 174 pkt 1 oraz art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Pt za:

1. naruszenie art. 172 ust. 1 Pt w związku z art. 174 pkt 1 Pt poprzez niewypełnienie obowiązku uzyskania zgody dla 95 abonentów lub użytkowników końcowych sieci telekomunikacyjnej (...) na używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego i użycie w stosunku do tych osób automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego polegające, na wysyłaniu komunikatów tekstowych

SMS zachęcających do udziału w loterii promocyjnej pod nazwą „Czy stałeś się dzisiaj Milionerem”, w sytuacji gdy posiadane przez (...) zgody zostały wyrażone niezgodnie z art. 174 pkt 1 Prawa telekomunikacyjnego;

2. naruszenie art. 172 ust 1 Pt przez niewypełnienie obowiązku uzyskania zgody dla (...) abonentów lub użytkowników końcowych sieci telekomunikacyjnej (...) na używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego i użycie w stosunku do tych osób automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, polegające na wysłaniu komunikatów tekstowych SMS lub komunikatów głosowych (...) zachęcających do udziału w loterii promocyjnej pod nazwą „Czy stałeś się dzisiaj Milionerem”.

W dniu 21 grudnia 2016r. zapadł w sprawie prawomocny wyrok, mocą którego odwołanie (...)M. zostało oddalone.

Porównanie treści decyzji zaskarżonej w niniejszej sprawie oraz decyzji Prezesa UKE z dnia 2 sierpnia 2011r. prowadzi do wniosku, że powód został ukarany za dwa różne czyny. W przypadku decyzji Prezesa UKE było to niewypełnienie obowiązku uzyskania zgody abonentów na prowadzenie w stosunku do nich działań marketingowych. Powyższa zgoda jest wymagana, gdy administrator danych chce prowadzić działania marketingowe za pomocą urządzeń telefonicznych. Wynika to z treści przepisów Pt, które wprowadzają zakaz wykorzystywania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, chyba że osoba, której dane dotyczą wyraziła na to zgodę. Odnosi się to do dokonywania działań marketingowych przy użyciu urządzeń, które umożliwiają automatyzację procesów wybierania numerów lub wysyłki wiadomości.

Na podstawie decyzji zaskarżonej w niniejszej sprawie, Prezes UKE ukarał powoda za wprowadzanie konsumentów w błąd co do ich udziału w loterii.

Zakres czynów stanowiących podstawę ukarania jest całkowicie różny, wymagający wykazania innych przesłanek, aczkolwiek obu uchybień powód dopuścił się podczas przeprowadzenia loterii pod nazwą „Czy stałeś się dzisiaj Milionerem”.

Podobnie brak podstaw by uznać, że doszło do naruszenia zasady ne bis in idem na gruncie postępowania administracyjnego, co zgodnie z art. 156 § 1 pkt 3 k.p.a. miałyby skutkować nieważnością zaskarżonej decyzji. Zgodnie ze wskazanym przepisem nieważnością dotknięta jest decyzja, która dotyczy sprawy już rozstrzygniętej inną decyzją ostateczną albo sprawy, którą załatwiono milcząco. W orzecznictwie sądów administracyjnych wskazano, że aby zaistniała tożsamość sprawy konieczne jest, aby obie decyzje dotyczyły tożsamego podmiotu oraz tożsamego przedmiotu sprawy, przy jednoczesnej tożsamości stanu prawnego, jak i faktycznego (zob. wyrok NSA z dnia 9 czerwca 2010r., II OSK 931/09, LEX nr 597667).

Jak wskazano powyżej przedmiotem postępowania rozstrzygniętego przez Prezesa UKE decyzją z dnia 2 sierpnia 2011r. było niewypełnienie przez (...) M. obowiązku uzyskania zgody abonentów lub użytkowników końcowych sieci telekomunikacyjnej spółki na używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, a więc naruszenie art. 172 i 174 Pt. Przedmiotem decyzji Prezesa UOKiK było przekazywanie w wiadomościach SMS lub komunikatach głosowych informacji wprowadzających w błąd. Jak słusznie podniósł pozwany, Prezes UKE zbadał, czy powód używał w ramach loterii automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego (SMS i (...)) zgodnie z przepisami Pt, Prezes UOKiK natomiast zbadał treść informacji SMS i (...) przekazywanych konsumentom. Brak jest więc tożsamości przedmiotów tych spraw i w konsekwencji brak tożsamości spraw.

Nie sposób się również zgodzić ze skarżącym, że decyzja Prezesa UOKiK została wydana z naruszeniem art. 26 ust. 2 ustawy okik w zw. z art. 107 § 1 k.p.a. w zw. z art. 83 ustawy okik oraz art. 74 ustawy okik w zw. z art. 6 ust. 1-3 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Według powoda zaskarżona decyzja niewystarczająco określa, jakie zachowanie spółki narusza zbiorowe interesy konsumentów t.j. nie określa, na czym konkretnie polegało zakwestionowane działanie spółki i które z wysyłanych w związku z loterią „Czy stałeś się dzisiaj Milionerem” zostały zakwestionowane przez Prezesa UOKiK.

Zarzut ten jest niezasadny, gdyż decyzja została sformułowana precyzyjnie i w sposób zrozumiały. W sentencji określono, które zachowania powoda Prezes UOKiK uznał za nieuczciwe praktyki rynkowe, jednocześnie naruszające zbiorowe interesy konsumentów.

Art. 107 § 1 k.p.a. określa elementy, które decyzja winna zawierać. Wśród nich znajdują się rozstrzygnięcie oraz uzasadnienie faktyczne i prawne. Przedmiotowa decyzja te elementy zawiera.

W orzecznictwie sądów administracyjnych przyjmuje się, że rozstrzygnięcie (osnowa decyzji) musi być sformułowane w taki sposób, aby nie było wątpliwości, czego ono dotyczy, jakie uprawnienia zostały przyznane lub jakie obowiązki zostały nałożone na stronę. Rozstrzygnięcie powinno być zatem sformułowane precyzyjnie, bez niedomówień i możliwości różnej interpretacji (zob. wyrok WSA w Poznaniu z dnia 21 marca 2019r., IV SA/Po 1212/2018, LEX nr 2645793).

Natomiast uzasadnienie decyzji powinno być tak sporządzone, aby zawarte w uzasadnieniu motywy odzwierciedlały rację decyzyjną i wyjaśniały tok rozumowań prowadzących do zastosowania konkretnego przepisu prawa materialnego do rzeczywistej sytuacji faktycznej (zob. wyrok WSA w Gdańsku z 15 maja 2019r., II SA/Gd 803/2018, LEX nr 2675577). Argumentacja organów powinna być przekonująca i jasno uzasadniona, zarówno co do faktów, jak i co do prawa, tak, aby nie było wątpliwości, że wszystkie okoliczności istotne dla sprawy zostały głęboko rozważone i ocenione, a ostateczne rozstrzygnięcie jest ich logiczną konsekwencją (zob. wyrok WSA w Poznaniu z dnia 30 kwietnia 2019r., IV SA/Po 1167/2018, LEX nr 2652923).

W przypadku zaskarżonej decyzji sentencja jasno określa zarzuconą powodowi praktykę. Sentencja nie musi wskazywać okoliczności faktycznych świadczących o naruszeniu, w tym nie musi zostać zacytowana treść wszystkich komunikatów SMS i (...), których stosowanie Prezes UOKiK uznał za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów. Również sformułowanie pkt I.2 sentencji jest prawidłowe. Wprowadzanie w błąd w przedmiocie kosztów miało różne przejawy, których doprecyzowanie w sentencji spowodowałoby utratę cechy czytelności i jednoznaczności decyzji.

Z tych względów zarzut powoda nie zasługiwał na uwzględnienie.

Natomiast uzasadniony okazał się zarzut dotyczący naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 258 k.p.c. poprzez uznanie przez Sąd I instancji dowodu z zeznań świadków: M. W., M. K., M. P. i J. D. za nieistotne dla rozstrzygnięcia i pominięcie ich postanowieniem z dnia 1 października 2014r. Sąd Apelacyjny nie podzielał stanowiska Sądu I instancji w tym zakresie uzupełnił postępowanie dowodowe, przeprowadził dowód z zeznań w/w świadków i poczynił następujące dodatkowe ustalenia faktyczne:

Loteria „Czy stałeś się dzisiaj Milionerem?” była pierwszą dużą loterią subskrypcyjną dla abonentów organizowaną przez (...)M. (obecnie (...)M.). Loterie subskrypcyjne polegają na tym, że jeżeli klient zgłosi się do udziału w loterii to każdego dnia bierze udział w losowaniu nagród (zeznania świadka M. W. k. 1656).

Spółka prawa greckiego (...) S.A. w A. przygotowywała propozycje treści wysyłanych do klientów w ramach loterii, (...)M. je akceptował i zatwierdzał. Niekiedy były wprowadzane korekty, które wysyłano do U.. Znaczna część przesłanych przez U. komunikatów została przez (...)M. odrzucona (zeznania świadka M. W. k.1656, zeznania świadka M. K. k. 1702, zeznania świadka R. K. k.1544, zeznania świadka D. K.).

Po licznych reklamacjach komunikaty zostały wstrzymane. Przewidziano zadośćuczynienie dla osób składających reklamacje. Reklamacje związane z loterią miały charakter priorytetowy (zeznania świadka M. W. k.1657, zeznania świadka M. K. k. 1703).

W pozostałym zakresie Sąd Apelacyjny podziela ustalenia Sądu I instancji i uznaje je za swoje.

Ustalenia faktyczne Sądu I instancji w zakresie przypisania powodowi zarzuconej praktyki znajdują oparcie w zebranych w sprawie materiale dowodowym, jednakże Sąd Okręgowy istotnie w sposób wadliwy ustalił, że to (...)M. był organizatorem loterii i samodzielnie przygotowywał treść komunikatów przesyłanych konsumentom. Zarówno z zeznań świadków R. K. i D. K. przesłuchanych w toku postępowania pierwszoinstancyjnego, jak również zeznań M. W. i M. K. przesłuchanych przez Sąd Apelacyjny, jednoznacznie wynika, że treść komunikatów przygotowywała spółka grecka U.. Pracownicy (...)M. akceptowali przesłane treści, odrzucali je lub korygowali, ale nie byli ich autorami. Okoliczność ta ma znaczenie dla oceny, czy powód dopuścił się zarzuconej mu praktyki w sposób umyślny, niezasadnie więc została pominięta przez Sąd I instancji. Szersze omówienie tej kwestii zostanie zawarte przy ocenie zarzutów dotyczących kary pieniężnej. Podkreślenia jednak wymaga, że wykazane przez zeznania wskazanych świadków okoliczności nie wpływają na zmianę oceny dotyczącej przesłanek stwierdzenia praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów t.j. bezprawności działań powoda, naruszenia przez niego zbiorowych interesów konsumentów i zasadności nałożenia na niego kary pieniężnej.

Bezzasadny okazał się natomiast zarzut naruszenia art. 328 k.p.c.

W orzecznictwie przyjmuje się, że o naruszeniu powyższego przepisu można mówić jedynie wtedy, gdyby uzasadnienie zaskarżonego wyroku nie zawierało elementów pozwalających na kontrolę instancyjną orzeczenia. Tymczasem uzasadnienie Sądu I instancji zawiera wymagane przez art. 328 § 2 k.p.c. elementy t.j. wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia (ustalenie faktów, które sąd uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej) oraz wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa. Możliwe jest również prześledzenie toku myślowego Sądu I instancji, które doprowadziło go do wydania orzeczenia określonej treści. Z tych względów orzeczenie poddaje się kontroli instancyjnej.

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów istotnie nie odniósł się do zarzutów odwołania: II.1 (zarzut wydania decyzji przez organ niewłaściwy), II.2 (zarzut dotyczący wydania decyzji w sprawie już poprzednio rozstrzygniętej decyzją Prezesa UKE), II.6 (zarzut dotyczący obowiązku publikacji decyzji). Jest to niewątpliwie uchybienie, jednak brak podstaw by przyjąć, że tym samym nie rozpoznano istoty sprawy. Pojęcie „istoty sprawy” wiąże się z merytoryczną sferą załatwienia sprawy. Nierozpoznanie istoty sprawy oznacza przede wszystkim niezbadanie podstawy merytorycznej dochodzonego roszczenia np. poprzez błędne uznanie za zasadny zarzutu braku legitymacji czy przedawnienia i oddalenie z tego powodu powództwa. Oznacza więc niewyjaśnienie i brak oceny okoliczności faktycznych, stanowiących przesłanki zastosowania normy prawa materialnego, będącej podstawą sformułowanego w pozwie roszczenia.

Zarzuty powoda wskazane w pkt II.1, II.2 i II.6 nie odnoszą się do kwestii merytorycznych związanych z uznaniem, że powód dopuścił się praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów. Ponadto okazały się one bezzasadne, o czym - w zakresie pkt II.1 i II.2 była mowa powyżej, zaś odnośnie kwestii publikacji decyzji Sąd Apelacyjny odniesie się w dalszej części.

Za niezasadne - w swej zasadniczej części - uznać należy zarzuty powoda dotyczące naruszenia przez Sąd I instancji przepisów prawa materialnego.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że nieuzasadniony okazał się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy oikik w zw. z art. 24 ust. art. 26 ust. 2 oraz art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy oikik, a także art. 6 ust. 1 Europejskiej konwencji praw człowieka i podstawowych wolności, jak również naruszenia 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 r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2009 r. Nr 201, poz. 1540 z późn. zm.; dalej jako: ugh) poprzez uznanie, że powodowa spółka ponosi odpowiedzialność za naruszenie zbiorowych interesów konsumentów, polegające na zawarciu w treści kierowanych do konsumentów wiadomości SMS oraz nagrań odtwarzanych konsumentom w ramach komunikacji (...) zachęcających do udziału w loterii wprowadzających w błąd informacji.

Przede wszystkim wskazać należy, że istotnie powodowa spółka nie była organizatorem loterii, nie przygotowywała treści wiadomości SMS oraz nagrań odtwarzanych konsumentom w ramach komunikacji (...) oraz nie wysyłała i nie odtwarzała takich wiadomości konsumentom. Są to jednak okoliczności nie mające znaczenia dla odpowiedzialności powoda za treść wysyłanych do konsumentów wiadomości SMS oraz przekazywanych konsumentom komunikatów (...).

Powód zawarł umowę z organizatorem loterii (...) O współpracy nr (...) w zakresie organizowania Loterii dla klientów (...) Sp. z o.o. Z umowy tej wynika, że powód zobowiązał się do: zapewnienia obsługi technologicznej loterii, w tym realizacji wysyłek wiadomości SMS do uczestników loterii oraz zapewnienia bieżącego zarządzania strategią komunikacyjną z uczestnikami loterii, w szczególności przygotowania treści komunikatów i harmonogramów komunikacji (§ 5 pkt 5.6 a i b Umowy o współpracy). W § 9 pkt 9.4 powyższej umowy określono, że (...) nie ponosi odpowiedzialności z tytułu roszczeń zgłoszonych przez uczestników loterii związanych z treścią wiadomości SMS przesyłanych w ramach komunikacji SMS z uczestnikami loterii przez Spółkę lub podmioty trzecie działające na zlecenie Spółki i wysyłanych, jako odpowiedź na SMS przesłany przez uczestnika loterii. W § 9 pkt 9.6 umowy podkreślono natomiast, że w przypadku zgłoszenia wobec (...) jakichkolwiek tego typu roszczeń Spółka zobowiązana jest zwolnić (...) ze wszystkich zobowiązań powstałych na skutek ich zgłoszenia (umowa k. 37- 56 akt adm.).

Kolejną umowę powód zawarł z grecką spółką (...) (Umowa nr (...) o świadczenie usług związanych z przeprowadzeniem kampanii medialnej i obsługą platformy technologicznej do celów kampanii promocyjnej). Na podstawie umowy U., w zamian za określone wynagrodzenie zobowiązał się do określonych czynności związanych z loterią, w tym do zapewnienia obsługi technicznej kampanii promocyjnej, przygotowania komunikacji marketingowej i zakupu mediów oraz wysyłania komunikacji marketingowej. Szczegółowy zakres obowiązków stron w zakresie przygotowania i wysyłania reklamowych wiadomości SMS zachęcających do udziału w loterii został określony w pkt 5 Załącznika nr 3 do Umowy o obsługę (...). W pkt 5.2 określono, że „wiadomości zostaną dostarczone do testowania przez U. trzy dni robocze przed datą przeprowadzenia testu. (...) przekaze swoje uwagi i powiadomienie o zatwierdzeniu każdej z tych wiadomości w ciągu dwóch dni roboczych od otrzymania wiadomości W odniesieniu do wiadomości, których (...) nie zatwierdza, (...) przekaze szczegółowe uwagi wyjaśniające przyczyny braku zatwierdzenia wiadomości”. W pkt. 5.3 stwierdzono, że „wszelkie zmiany harmonogramu emisji zostaną uzgodnione przez obydwie Strony”. W pkt 8 Załącznika nr 3 uregulowano proces zatwierdzania wiadomości w następujący sposób: „proces zatwierdzania wiadomości przedstawia procedurę zapewniającą, że (...) akceptuje treść wiadomości wysyłanych do uczestników (...), a U. otrzymuje w porę uwagi (...), aby dokonać niezbędnych zmian, zanim wymagana jest treść.”

Z powyższej umowy wynika jednoznacznie, że treść wiadomości przeznaczonych do testowania, jak i do właściwej emisji, miała być w całości zatwierdzana przez powoda. Zeznania świadków R. K., D. K., M. W. i M. K. potwierdzają, że w praktyce tak właśnie się to odbywało. Żadne wiadomości nie mogły być wysyłane do konsumentów (zarówno w fazie ich testowania, jak i we właściwej fazie emisji) bez akceptacji powoda. Wobec tego powód miał ostateczny wpływ na treść wiadomości przesyłanych do konsumentów. Ponosi więc odpowiedzialność za treść wiadomości reklamowych.

Jak słusznie wskazał pozwany, stwierdzone w decyzji niedozwolone praktyki powoda polegały na zawarciu w treści wiadomości SMS oraz nagrań odtwarzanych konsumentom w ramach komunikacji (...) zachęcających do udziału w loterii „Czy stałeś się dzisiaj Milionerem” informacji wprowadzających w błąd. Nie zarzucono mu natomiast praktyk polegających na wysyłaniu wiadomości czy ich przygotowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, bezzasadny okazał się zarzut powoda dotyczący dokonania rozszerzającej wykładni przepisów ustawy okik i niezasadnego przypisania powodowi odpowiedzialności za czyn, którego się nie dopuścił.

Nie potwierdził się również kolejny zarzut apelacji dotyczący naruszenia art. 27 ust. 1 i 2 ustawy okik poprzez uznanie, że praktyka naruszająca zbiorowe interesy konsumentów polegająca na określonym działaniu trwa pomimo zaniechania tego działania, jeżeli na jego skutek wciąż może dojść do wprowadzenia konsumentów w błąd.

W ocenie Sądu Apelacyjnego prawidłowa jest przyjęta przez Sąd I instancji, jako data zaniechania praktyki - data zakończenia loterii promocyjnej "Czy stałeś się dzisiaj Milionerem" t.j. dzień 3 lutego 2011 r.

W sprawie niniejszej powód nie udowodnił, że zaniechał stosowania zarzucanej mu praktyki z dniem 21 listopada 2010 r.

Zgodnie z treścią SMS-ów wysyłanych po dniu 20 listopada 2010 r., SMS-y te nadal wskazują na możliwość wygrania miliona zł „DZISIAJ”, a więc nadal sugerują konsumentom, że konkurs był jednodniowy. Należy więc uznać, że mimo licznych skarg konsumentów, wskazujących na niezrozumienie istoty konkursu i zasad jego odpłatności, wpływających w listopadzie 2010r., powód nie zdecydował się na wprowadzenie do treści SMS-ów takich zmian, które w sposób jednoznaczny wskazywałyby, że loteria nie ma charakteru jednodniowego. Sąd Apelacyjny podziela ocenę, że dodanie przez powoda sformułowania „codzienny koszt udziału: 4,88 zł” jest niewystarczające, by stwierdzić, że SMS-y nie wprowadzały w błąd. Skoro konsument był zachęcany, by wygrać milion zł „dzisiaj” to informacje o cenie 4,88 zł miał prawo odnosić tylko do tego jednego dnia, w którym miał szansę wygrać milion.

Uznać więc należy, że SMS-y wysyłane po 20 listopada 2010r. nadal wprowadzały w błąd co do kosztu udziału w loterii.

Za bezzasadny uznać należy także zarzut apelującego dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 1 ustawy o ochronie 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 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. W ocenie powoda wiadomości nie wprowadzały w błąd, gdyż zawierały informacje podane w sposób jasny i zrozumiały dla przeciętnego konsumenta oraz adekwatne do formy przekazu.

Przedstawiona ocena powoda nie zasługuje na uwzględnienie chociażby w świetle licznych skarg wpływających do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w których konsumenci informowali o wprowadzeniu ich w błąd treścią przesyłanej komunikacji zachęcającej do udziału w loterii. W tej sytuacji nie można uznać, że komunikacja ta zawierała informacje podane w sposób całkowicie jasny i zrozumiały.

Nie sposób również uznać argumentacji powoda, że zastosowana przez niego komunikacja marketingowa nie wprowadzała w błąd, bo konsumenci mogli zweryfikować jej treść zapoznając się z treścią Regulaminu zamieszczonego na stronie internetowej (...)pl. (...) możliwości uzyskania dodatkowych informacji z określonych źródeł nie może służyć prostowaniu informacji zawartych w SMS-ach i komunikatach (...). Ma rację pozwany uznając, że treść przesłanych konsumentom wiadomości czy odtworzonych nagrań nie może wprowadzać w błąd co podstawowych kwestii związanych z akceptacją udziału w loterii, bez względu na to, czy istnieje możliwość jej weryfikacji np. na stronie internetowej powoda. Brak jest podstaw, by konsument z góry poddawał w wątpliwość prawdziwość przekazywanych mu informacji i we własnym zakresie poszukiwał w internecie podstawowych danych o proponowanej mu loterii. Celem regulaminu jest uzyskanie szczegółowych informacji o loterii, nie zaś stanowienie podstawowego i jedyne źródła informacji o jej zasadniczych warunkach.

Wskazać należy, że w realiach niniejszej sprawy ograniczenia pojemności zastosowanych form przekazu nie stanowiły przyczyny mylnego odbioru informacji przez konsumentów. Wprowadzający w błąd był bowiem sposób sformułowania tych komunikatów, w tym również zastosowanie w nich informacji zbędnych, które prowadziły do nieprawidłowego odczytywania przez konsumentów warunków udziału w loterii.

Nie sposób uznać argumentacji powoda, że przeciętny konsument uważnie zapoznaje się z treścią wiadomości SMS lub komunikatów (...), gdyż są one krótkie i dlatego są przez przeciętnego konsumenta odczytywane prawidłowo, co wyklucza możliwość wprowadzenia w błąd.

Brak podstaw by przyjąć, że przeciętny konsument zapoznaje się wnikliwie z wiadomościami SMS, tylko dlatego, że są one krótkie. Jak słusznie wskazał Prezes UOKiK, do zapoznania się z treścią SMS-ów zniechęca go masowość



otrzymywania takich informacji, zwłaszcza o charakterze marketingowym. Ponadto konsument otrzymuje SMS-y w różnych dniach, o różnych porach, gdy znajduje się w różnych sytuacjach. Mogą być więc odbierane w warunkach utrudniających prawidłową i uważną ocenę ich treści. W przypadku zaś nagrań odtwarzanych konsumentom w ramach komunikacji (...) czynnikami utrudniającymi prawidłowy odbiór komunikatu są: zaskoczenie spowodowane zastosowaniem takiego systemu komunikacji i brak możliwości powtórznego odsłuchania przekazu.

Podkreślenia wymaga, że Sąd I instancji dla oceny praktyki powoda, przyjął prawidłowy model przeciętnego konsumenta.

Zgodnie z art. 2 pkt 8 upnr przez przeciętnego konsumenta rozumie się konsumenta, który jest dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny. Oceny tej powinno dokonać 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 czy umysłowa. W niniejszej sprawie należało przyjąć model konsumenta dostatecznie dobrze poinformowanego, uważnego i ostrożnego przy uwzględnieniu czynników społecznych, kulturowych i językowych charakterystycznych dla polskiego konsumenta.

Wskazać należy, że nawet ostrożny konsument ma prawo podejmować decyzje rynkowe w zaufaniu do informacji przekazywanych mu przez przedsiębiorcę. Jeśli informacje te nie są w wystarczającym stopniu precyzyjne i jednoznaczne, to nawet uważny konsument może je nieprawidłowo zrozumieć. W tej sytuacji, gdy komunikaty SMS promujące loterię zachęcają do wygrania miliona złotych „dzisiaj” i nie wskazują, że loteria trwa 100 dni, to konsument może myśleć, że zgłasza udział do jednodniowego konkursu. Jest to tym bardziej możliwe, że przedmiotowa loteria (jej subskrypcyjny charakter) stanowiła nowość dla abonentów powoda. Uznać należy, że ryzyko wprowadzenia w błąd jest większe, gdy zasady proponowanego konkursu odbiegają od konkursów dotychczasowo znanych i popularnych na rynku. W takiej sytuacji nie można uznać, że konsument z racji samego udziału w obrocie rynkowym i korzystania z usług telekomunikacyjnych jest dostatecznie dobrze poinformowany. Skoro konsument nie zna reguł proponowanej mu loterii, ma prawo odnosić do niej zasady znane mu z dotychczas rozpowszechnionych konkursów.

Należy mieć również na względzie okoliczność (która wynika z decyzji Prezesa UKE z dnia 2 sierpnia 2011 r. nr (...)621-2/11/32), że kwestionowane komunikaty były wysyłane również do osób, które nie wyraziły zgody na przesyłanie im informacji handlowej. Praktyka była zatem stosowana również wobec tych konsumentów, którzy nie byli zainteresowani informacjami o charakterze marketingowym. Można podzielić zapatrywanie pozwanego, że były to osoby mniej zorientowane w tego typu konkursach, a tym samym bardziej podatne na praktyki powoda.

Wszystkie komunikaty, których dotyczy niniejsze postępowanie, konsumenci otrzymywali bezpośrednio od swojego operatora, działali więc w zaufaniu do niego, co mogło wpływać na obniżenie ich przezorności i ostrożności przy odczytywaniu treści przesyłanych im komunikatów.

Znaczenie ma również okoliczność, że powód posługiwał się w komunikatach sformułowaniami, które miały zdopingować adresatów do jak najszybszego, spontanicznego podjęcia decyzji o wzięciu udziału w loterii. Hasła: „Pilne! „Nadszedł czas!”, „Ostatni dzwonek!” mogły wywoływać wrażenie, że rezygnacja z wysłania SMS-a w danej chwili spowoduje bezpowrotną utratę szansy wygrania miliona złotych. Takie komunikaty mogły powodować, że konsument nie działał ostrożnie i rozważnie.

Istotny jest fakt, że zainteresowanie się ofertą powodował moment pierwszego zetknięcia się konsumenta z SMS-em, późniejsze poszukiwania mogły jedynie kształtować jego decyzję. Stąd bez znaczenia jest okoliczność, że konsument mógł zrezygnować z usługi. Zarzucana powodowi praktyka miała miejsce na etapie przedkontraktowym. Istotne jest to, że błędne przeświadczenie o ofercie (...)M. konsument mógł mieć przed zawarciem umowy.

Kwestia, że zgłoszenie udziału w loterii nie musiało nastąpić w wyznaczonym okresie po otrzymaniu przez konsumenta komunikatu SMS czy (...), w związku z czym konsument miał teoretycznie możliwość poświęcenia

dowolnej ilości czasu na podjęcie decyzji o przystąpieniu do loterii, nie ma znaczenia. Dla oceny działań powoda istotny jest rynkowy model zachowań konsumentów, a nie potencjalny i teoretyczny wzór takiego zachowania.

Zauważyć należy, że powód formułował SMS-y zachęcające do udziału w loterii następująco:

- „Ostatni dzwonek! Możesz stać się dzisiaj zwycięzcą miliona złotych od (...)!”.
- „2 sekundy wystarcza by wysłać za darmo TAK na (...) możesz wygrać 1.000.000 złotych dzisiaj!”,
  - „Uwaga! Możesz wygrać milion zł dzisiaj od (...)”,
  - „Ciągłe masz czas by wysłać za darmo TAK na (...) i móc wygrać 1.000.000 złotych dzisiaj od (...)!”,
- „Jesteś wśród szczęściarzy, którzy mogą wygrać milion złotych dzisiaj od H.!”.

Nie można mieć wątpliwości, że poprzez eksponowanie słowa „dzisiaj”, wydźwięk zakwestionowanych wiadomości był taki że możliwość wygrania miliona złotych jest „dzisiaj”. Skoro więc powód przedstawiał konsumentowi propozycję udziału w grze o milion złotych w danym dniu, to konsument podawaną mu cenę odnosił do tego właśnie dnia. Jak trafnie stwierdził Prezes UOKiK, konsument na podstawie przekazywanych mu komunikatów nie miał podstaw by sądzić, że gra o milion „dzisiaj” jest faktycznie grą o milion przez sto kolejnych dni. Zapisu „4,88zł/dzień” nie mógł zatem odbierać jako obowiązku ponoszenia opłaty codziennie, ale jedynie w tym jednym dniu, w którym powód wskazywał mu, że może wygrać milion złotych.

Powód podniósł, że fakt prowadzenia szerokiej kampanii reklamowej dotyczącej przedmiotowej loterii powodował, że zasady uczestnictwa w niej były przeciętnemu konsumentowi znane. Argumentacja ta również nie zasługuje na uwzględnienie. Jak wynika z licznych skarg komunikaty kierowane do konsumentów wprowadzały ich w błąd.

Na uwzględnienie nie zasługuje również zarzut apelacji dotyczący naruszenia art. 26 ust. 2 w zw. z art. 27 ust. 4 ustawy okik oraz w zw. z art. 4 pkt 17 ustawy okik w zw. z art. 11 ust. 4 uznk poprzez nakazanie powodowi publikacji zaskarżonej decyzji zawierającej treści stanowiące tajemnicę jego przedsiębiorstwa oraz poprzez nakazanie utrzymywania publikacji na stronie internetowej przez okres 6 miesięcy.

Przede wszystkim wskazać należy, że Prezes UOKiK nie nałożył na powoda obowiązku ujawnienia danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. O tym, jakie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, faktycznie zadecyduje powód, podejmując niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Podkreślenia wymaga, że do uznania powoda pozostawiono, jakie informacje utajni.

Celem publikacji decyzji jest rozpowszechnienie informacji o działaniach stosowanych przez powodową spółkę i o ich negatywnej ocenie dokonanej przez Prezesa UOKiK w świetle przepisów dotyczących ochrony praw konsumentów. Osiągnięcie tego celu wymaga utrzymywania treści decyzji na stronie internetowej powoda przez dłuższy okres czasu, przy czym uznać należy, że okres 6 miesięcy nie jest nadmiernie długotrwały. Uzasadnieniem publikacji jest również fakt, że naruszenia trwały 4 miesiące, dotyczyły szerokiego kręgu (...) i były dotkliwe - wpływały na ich interesy ekonomiczne. Publikacja decyzji na stronie internetowej przedsiębiorcy ma służyć dotarciu z informacją o naruszeniu do możliwie najszerszego kręgu konsumentów faktycznie lub chociażby potencjalnie dotkniętych zakazaną praktyką.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 111 ustawy okik, wskazać należy, że był on częściowo uzasadniony.

Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 111 ustawy okik Prezes UOKiK uprawniony jest do nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej w wysokości do 10 % przychodu przedsiębiorcy osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca, choćby nieumyślnie dopuścił się stosowania zakazanej praktyki. Przy ustalaniu kar pieniężnych należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy.

Wskazać należy, że środki represji, którymi dysponuje organ ochrony konkurencji, muszą być stosowane zgodnie z zasadą proporcjonalności, a więc powinny być one odpowiednie, konieczne i współmierne do realizacji założonego celu.

Sąd I instancji prawidłowo wskazał, że powód stosował praktykę na etapie przedkontraktowym, przez okres trwania loterii. Przekazy wprowadzały konsumentów w błąd poprzez pominięcie istotnych cech produktu (codzienny udział w loterii) i możliwości oszacowania jego kosztu. Konsumenci zostali pozbawieni prawdziwej, rzetelnej i pełnej informacji o warunkach udziału w loterii i nie mieli wobec tego możliwości podjęcia świadomej decyzji dotyczącej zawarcia umowy, przy czym – co istotne – miało to dla nich wymierne skutki finansowe. Zakres oddziaływania praktyk powoda był znaczny, gdyż komunikację zachęcającą do udziału w loterii skierowano do kilku milionów konsumentów, zaś udział wzięło kilkaset tysięcy konsumentów (dokładne dane wskazane w decyzji- tajemnica przedsiębiorstwa). Skargi do UOKiK wniosło 250 osób. Praktyka trwała 100 dni.

Z tych względów ustalenie kwoty bazowej uznać należy za prawidłowe.

Sąd Apelacyjny uznał przyjętą przez Prezesa UOKiK okoliczność łagodzącą t.j. podjęcie wobec części konsumentów działań mających na celu zrekompensowanie poniesionych szkód (co powodowało obniżenie kwoty bazowej o 10%) oraz jako okoliczności obciążające - ogólnopolski zasięg praktyk, fakt uzyskania znacznych korzyści finansowych w związku ze stosowaniem niedozwolonych praktyk (co powodowało podwyższenie kwoty bazowej łącznie o 40%).

Prawidłowo ustalono również, z przyczyn wskazanych powyżej, że powód zaniechał praktyki z dniem 4 stycznia 2011r., nie jak wskazywał powód z dniem 20 listopada 2011r. W tym miejscu wskazać należy jedynie, że zmieniona treść SMS-a nadal wprowadzała w błąd, sugerując, że czas udziału w konkursie jest jednodniowy. Z tych względów brak podstaw by uznać zmianę treści SMS-ów za zaprzestanie praktyki i uwzględnienie tego faktu jako okoliczności łagodzącej.

Zasadnie nie uwzględniono jako okoliczności łagodzącej współpracy z Prezesem UOKiK w toku postępowania administracyjnego. Współpraca jest obowiązkiem strony i tylko wyjątkowo może wpłynąć na obniżenie kary np. gdy zachowanie powoda w sposób szczególny przyczyni się do wyjaśnienia okoliczności sprawy.

Na obniżenie kary nie może wpłynąć również fakt, że to nie powód był autorem treści komunikatów. Jednoznacznie ustalono w toku postępowania, że akceptował wszystkie treści stworzone przez U..

Podobnie zasadnie nie uwzględniono przy wymiarze kary faktu braku uprzedniej niekaralności. Zauważyć należy, że powód był uprzednio karany (decyzja (...)), co też nie zostało uwzględnione w zaskarżonej decyzji.

Kara nie powinna też zostać zmniejszona z uwagi na fakt wydania przez Prezesa UKE decyzji (...)(32). Jak wskazano powyżej obie decyzje dotyczą zupełnie różnych naruszeń i mieszczą się w kompetencjach dwóch różnych organów.

Natomiast ma rację skarżący, że umyślność działania powoda nie została w żaden sposób udowodniona przez Prezesa UOKiK, nie wynika również z dowodów przeprowadzonych przez Sąd I instancji. Mimo, że z art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy wynika prawo do nałożenia na powoda kary pieniężnej, choćby przedsiębiorca dopuścił się stosowania zakazanej praktyki w sposób nieumyślny, to jednak w niniejszym przypadku umyślność miała wpływ na wymiar kary, gdyż było powodem nadzwyczajnego podwyższenia kary (podwyższenie kwoty bazowej o 50%).

Odnosnie form winy należy odwołać się do nauki prawa karnego. Wina umyślna jest bardziej zaawansowaną formą winy, jeżeli chodzi o stosunek sprawcy do czynu. Ma ona dwie odmiany: zamiaru bezpośredniego i zamiaru ewentualnego. Zamiar bezpośredni (*dolus directus*) polega na tym, że sprawca chce popełnienia czynu. Czyn jest natomiast popełniony w zamiarze ewentualnym (*dolus eventualis*), jeżeli sprawca możliwość jego popełnienia przewiduje i na to się godzi. W przypadku winy nieumyślnej po stronie sprawcy nie występuje zamiar popełnienia czynu. Sprawca albo przewiduje możliwość popełnienia czynu, jednakże bezpodstawnie przypuszcza, że go uniknie, albo możliwość popełnienia czynu nie przewiduje, choć mógł i powinien był przewidzieć.

Dla oceny rodzaju i stopnia winy należy brać pod uwagę całokształt zachowania powoda, również wtedy, gdy zaczęły napływać skargi i reklamacje konsumentów- wówczas zwrócił błędnie naliczone opłaty, zmienił komunikat, zmieniono całą procedurę przyjmowania reklamacji, nadając im priorytet. Trzeba mieć też na względzie, że była to pierwsza loteria działająca na zasadzie subskrypcji

Wskazać należy, że w sprawie brak jest jakichkolwiek dowodów na okoliczność, że zarząd (...)M. lub osoby ze strony przedsiębiorcy zaangażowane w przygotowanie loterii zamierzały wprowadzić konsumentów w błąd albo przewidywały możliwość wprowadzenia w błąd i godziły się na to. Z zeznań świadków M. W. i M. K. wynika, że treść komunikatów była przygotowywana przez firmę zewnętrzną U.. U. przekazywał je powodowi do akceptacji, pracownicy powoda je akceptowali, poprawiali lub odrzucali. Reagowano na reklamacje konsumentów przyznając rekompensaty, jak również poprawiając treść komunikatów by były zrozumiałe.

Z tych względów brak podstaw by przypisać powodowi winę umyślną.

Dlatego Sąd Apelacyjny dokonał miarkowania kary, co spowodowało, że wyeliminowano podwyższenie kwoty bazowej o 50%.

Tak wyliczona kara (t.j. podwyższona w stosunku do kwoty bazowej o 30%) wyniosła 15 356 497 zł.

W ocenie Sądu Apelacyjnego kara w takiej wysokości jest proporcjonalna i spełni cele kary- prewencyjny, represyjny i edukacyjny, zwłaszcza, że swoją wysokością obejmuje kwotę zysku uzyskanego przez powoda z loterii.

Orzeczenie w pkt I oparto na mocy art. 386 § 1 k.p.c.

Apelację w pozostałej części jako bezzasadną, oddalono na podstawie art. 385 k.p.c.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego oparto na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z art. 98 § 1 i 3 k.p.c. Wynagrodzenie pełnomocnika pozwanego ustalono na mocy § 14 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 12 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. 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 2002r. , Nr 163 poz. 1349 ze zm.).

Magdalena Sajur- Kordula Mariusz Łodko Ewa Zalewska