

Sygn. akt XVII AmA 41/12

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 października 2013r.

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

Przewodnicząca: SSR (del.) Monika Gajdzińska-Sudomir

Protokolant: Andrzej Tracz

po rozpoznaniu w dniu 29 października 2013r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z powództwa: (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.

przeciwko: Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o nałożenie kary pieniężnej

na skutek odwołania od Decyzji Prezesa UOKiK z dnia 1 grudnia 2011r. sygnatura (...)

1. oddała odwołanie;

2. zasądza od powoda (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. na rzecz pozwanego Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 360,00 zł (trzysta sześćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sygn. akt XVII AmA 41/12

## UZASADNIENIE

Dnia 6 listopada 2013 r.

W dniu 1 grudnia 2011 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Prezes UOKiK, pozwany) wydał decyzję nr (...), w której uznał za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów wskazaną w art. 24 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. nr 50, poz. 331 ze zm.) działania przedsiębiorcy (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. (powód) – organizatora loterii audiotekstowej „B. od (...)Druga Edycja” prowadzonej w okresie od 26.12.2009 r. do 25.05.2010 r. - polegające na formułowaniu treści krótkich wiadomości tekstowych sms, o treści sugerującej pewność wygranej, kierowanych do konsumentów w ramach wyżej wskazanej loterii.

Prezes UOKiK stwierdził zaniechanie stosowania wyżej wskazanej praktyki z dniem 4 kwietnia 2010 r. Ponadto na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes UOKiK nałożył na (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. karę pieniężną w wysokości 338.538,00 zł. z tytułu stosowania wyżej wymienionej zakazanej praktyki.

W uzasadnieniu decyzji z dnia 1 grudnia 2011 r. Prezes UOKiK stwierdził, że działanie przedsiębiorcy spowodowało naruszenie interesu publicznego, co uzasadniało uruchomienie procedur i zastosowanie instrumentów określonych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. W ocenie pozwanego w wyniku działań przedsiębiorcy w okresie od 26 grudnia 2009 r. do 25 maja 2010 r. doszło do naruszenia zbiorowych interesów konsumentów poprzez formułowanie treści wiadomości tekstowych sms, kierowanych do konsumentów w ramach loterii audiotekstowej „B. od (...)Druga Edycja”, w sposób sugerujący pewność wygranej, a więc stosowanie zakazanej praktyki, o której mowa w art. 24 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z

argumentacją przedstawioną w uzasadnieniu, aby doszło do naruszenia zbiorowych interesów konsumentów muszą zostać spełnione kumulatywnie trzy przesłanki: oceniane zachowanie musi być podejmowane przez podmiot będący przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zachowanie przedsiębiorcy musi nosić znamiona bezprawności oraz stosowana przez przedsiębiorcę praktyka musi godzić w zbiorowe interesy konsumentów.

Prezes UOKiK nie miał wątpliwości co do uznania, iż (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, gdyż jest to spółka prawa handlowego prowadząca działalność gospodarczą na podstawie wpisu do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego. Pozwany wskazał, iż w przedmiotowej sprawie zachowanie przedsiębiorcy naruszało zbiorowe interesy konsumentów, gdyż wywoływało negatywne skutki w sferze praw i obowiązków konsumentów jako określonej zbiorowości.

Według pozwanego bezprawność czynu przedsiębiorcy polegała na naruszeniu norm prawnych zawartych w art. 3 i art. 9 pkt 8 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. nr 171, poz. 1206). Zgodnie z art. 9 pkt 8 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz. 1206 ze zm.) nieuczciwymi praktykami rynkowymi w każdych okolicznościach są agresywne praktyki rynkowe takie jak np. wywoływanie wrażenia, że konsument już uzyskał, uzyska bezwarunkowo lub po wykonaniu określonej czynności nagrodę lub inną porównywalną korzyść, gdy w rzeczywistości nagroda lub porównywalna korzyść nie istnieje lub uzyskanie nagrody lub innej porównywalnej korzyści uzależnione jest wpłacenia przez konsumenta określonej kwoty pieniężnej lub poniesienia innych kosztów. Zdaniem pozwanego wysyłane przez (...) Sp. z o.o. krótkie wiadomości tekstowe, w formie smsów, w związku z prowadzoną loterią audiotekstową, w okresie od 26 grudnia 2009 r. do 25 maja 2010 r., informujące konsumentów o pewności wygranej i zachęcające do wysyłania dalszych smsów, wprowadzały ich w błąd celem osiągnięcia korzyści majątkowej.

Odnośnie drugiej przesłanki z art. 24 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów tj. godzeniu bezprawnymi działaniami w zbiorowy interes konsumentów, pozwany argumentował, że naruszenie zbiorowych interesów konsumentów zachodzi, gdy bezprawnym działaniem dotknięty jest szeroki krąg odbiorców – konsumentów oraz gdy działania te godzą w interes każdego, bliżej nieokreślonego, traktowanego in abstracto konsumenta. W ocenie Prezesa Urzędu w przedmiotowej sprawie doszło do działania godzącego w zbiorowe interesy tych wszystkich konsumentów, którzy otrzymywali komunikaty określonej treści od organizatora loterii. Działania przedsiębiorcy polegające na wysyłaniu smsów promujących loterię adresowane były do szerokiego kręgu odbiorców tj. konsumentów, których numery telefonu znajdowały się w bazie spółki. Zatem jedynym wyznacznikiem takich konsumentów było posiadanie telefonu komórkowego z aktywną kartą w sieci (...).

Wobec stwierdzenia naruszenia przez (...) Sp. z o.o. zbiorowych interesów konsumentów, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, pozwany na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 powyższej ustawy nałożył na przedsiębiorcę karę pieniężną w wysokości 338 538,00 zł. Powyższa kara stanowiła (...) przychodu osiągniętego przez (...) Sp. z o.o. w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary tj. w 2010 r. i (...) maksymalnego wymiaru kary. Przy wymierzaniu kary, pozwany powołał się na art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uwzględniając m.in. wagę naruszenia oraz okoliczności obciążające i łagodzące.

W złożonym w dniu 21 grudnia 2011 r. odwołaniu (...) Sp. z o.o. zaskarżył w całości decyzję Prezesa UOKiK zarzucając jej naruszenie przepisów prawa materialnego, poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów w zw z art. 9 pkt 8 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym.

Ponadto przedsiębiorca podniósł zarzuty naruszenia art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz naruszenia przepisów prawa procesowego poprzez błędne zastosowanie art. 36 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. kodeks postępowania administracyjnego (dalej kpa), a także naruszenie art. 6, 7, 8 i 12 § 1 kpa w związku z art. 48 ust. 4 oraz w związku z art. 104 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Na podstawie przedstawionych zarzutów powód wniósł o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości, ewentualnie jej zmianę poprzez zmniejszenie nałożonej

decyzją kary pieniężnej. Powód wniósł ponadto o zasądzenie kosztów postępowania wraz z kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Przedsiębiorca wniósł o dopuszczenie dowodu:

1. z opinii biegłego sądowego z dziedziny reklamy i marketingu, na okoliczność ustalenia profilu przeciętnego konsumenta i ryzyka wprowadzenia konsumenta w błąd oraz sugerowania wygranej przez powoda poprzez wysyłanie krótkich wiadomości tekstowych promujących loterię „B. od (...)Druaga Edycja”;
2. z zeznań Prezesa Zarządu powodowej spółki w osobie G. W., na okoliczność ustalenia stopnia zawinienia powoda przy wysyłaniu komunikatów sms do uczestników loterii, ustalenia charakteru prowadzonych przez spółkę działań w ramach loterii „ B. od (...)Druaga Edycja” oraz kosztów związanych z ww. loterią;
3. z dokumentów załączonych do pozwu tj. decyzji Dyrektora Izby Celnej w W. i regulaminu loterii „B. od (...) Druaga Edycja”, treści wiadomości tekstowych promujących przedmiotową loterię, na okoliczność ustalenia zasad jej działania, trybu wyłaniania zwycięzców, treści i charakteru wiadomości sms.

W uzasadnieniu odwołania powód stwierdził, że pozwany prowadząc postępowanie wyjaśniające oraz postępowanie w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów naruszył ustawowe terminy określające długość ich trwania. W ocenie powoda nieuzasadnione było aż trzykrotne przedłużenie przez Prezesa Urzędu terminu zakończenia postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, w sytuacji zebrania w ramach postępowania wyjaśniającego przeważającej części materiału dowodowego.

W ocenie powoda w przedmiotowej sprawie Prezes UOKiK naruszył art. 36 § 1 k.p.a, gdyż w pismach dotyczących przedłużenia terminu załatwienia sprawy nie powołał okoliczności usprawiedliwiających takie działanie. Nieprzestrzeganie terminów wyznaczonych do załatwienia sprawy administracyjnej naruszyło zasadę legalizmu (praworządności), zasadę szybkości postępowania oraz zasadę zaufania do działań organów władzy państwowej, a także pozostawiło powoda w stanie niepewności co do jego sytuacji prawnej.

Pozwany wskazał, iż zaskarżona decyzja narusza art. 42 ust. 3 Konstytucji RP w zw. z art. 233 § 1 k.p.c, gdyż w toku postępowania organ zaniechał dokonywania ustaleń w przedmiocie winy przedsiębiorcy opierając się wyłącznie na jej domniemaniu, a także nie uwzględnił innych okoliczności wpływających na wymiar kary.

W uzasadnieniu pozwany podał, iż loteria „B. od (...) Druaga Edycja” została zorganizowana na podstawie zezwolenia udzielonego decyzją Dyrektora Izby Celnej w W., która zatwierdzała jednocześnie regulamin loterii. Pozwany wskazał, iż każdy z uczestników loterii mógł się zapoznać z regulaminem, który dostępny był w siedzibie Organizatora – (...)Sp. z o.o., (...)-(...) W., ul. (...) oraz na stronie internetowej (...), o czym spółka informowała w spotach reklamowych emitowanych w telewizji oraz w reklamach prasowych. Ponadto ze spotów telewizyjnych i reklam prasowych można było dowiedzieć się również o koscie wiadomości SMS oraz podmiocie organizującym loterię.

Pozwany podkreślił, iż nagrody, z wyłączeniem nagród dodatkowych i specjalnych, przyznawane były w drodze losowania, które przeprowadzał komputerowy program loteryjny zawierający aplikację umożliwiającą losowanie za pomocą urządzeń elektronicznych zabezpieczających przypadkowość wyboru, które eliminowały ingerencję czynnika ludzkiego.

Ponadto regulamin loterii pozwalał organizatorowi do przesyłania uczestnikom, w każdym dniu trwania loterii, dodatkowych wiadomości sms, w odpowiedzi na przesłane przez uczestnika zgłoszenie. Dodatkowe wiadomości SMS zawierały informacje o wprowadzeniu czasu premiowanego dodatkowymi punktami, premiach i quizach wprowadzonych przez organizatora i związanej z nimi możliwości uzyskania dodatkowej ilości punktów oraz wygrania nagrody. W trakcie trwania Loterii do każdego z uczestników wysyłane były SMS-y o treści zachęcającej do dalszej gry, które zawierały informacje o możliwości uzyskania dodatkowych punktów w postaci premii, po przesłaniu SMS-

a na numer (...) Treść ich nie stanowiła jednak oświadczenia woli organizatora o przyznaniu nagrody, a zachęcała wyłącznie do wzięcia udziału w loterii i uzyskania dodatkowej ilości punktów.

Udział w loterii był dobrowolny, a warunkiem nie otrzymywania dalszych wiadomości sms od organizatora było wysłanie sms o treści STOP na nieodpłatny numer (...), co prowadziło do zaprzestania jakiegokolwiek komunikacji z daną osobą.

Pozwany wskazał, iż przedmiotowa loteria, była loterią audiotekstową tj. taką, w której uczestniczy się poprzez odpłatne połączenia telefoniczne lub SMS-owe, a zatem nie była ona nieodpłatna. Uczestnik ponosił koszty przesyłanych wiadomości SMS, w tym opłatę za zgłoszenie. Kampania promocyjna loterii obejmowała zatem komunikację masową, czyli działania reklamowe w telewizji i w prasie oraz komunikację z zakresu marketingu bezpośredniego, polegającą na wysyłaniu smsów, zachęcających do udziału w loterii do osób z bazy numerów telefonów, pochodzących od operatora telefonii komórkowej (...), których właściciele wyrazili zgodę na otrzymywanie powyższych informacji.

Pozwany podkreślił, iż uważny i ostrożny konsument tj. przeciętny konsument nie mógł zostać wprowadzony w błąd na skutek działań powoda. Powód twierdził ponadto, że ewentualna bezprawność jego działania była wyłączona przez możliwość uzyskania szczegółowych informacji dotyczących loterii w regulaminie oraz zgodę pokrzywdzonego, wyrażającą się przez wysłanie smsa zgłoszeniowego. Komunikaty informacyjne, przesyłane przez organizatora do uczestników miały funkcję wtórną i powinny być rozpatrywane łącznie z regulaminem. W ocenie spółki przeciętny konsument najpierw powinien dążyć do zapoznania się z zasadami gry, w której zamierza brać udział.

Przesyłanie wiadomości sms zachęcających do udziału w loterii do konsumentów, którzy nie wyrazili zgody na otrzymywanie informacji handlowych powód uzasadnił błędami systemu i pomyłkami pracowników sieci telefonii komórkowej – (...) Sp. z o.o. Pozwany wskazał, iż wysyłane uczestnikom loterii komunikaty smsowe sugerowały pewność wygranej w nie większym stopniu, niż wiele komunikatów reklamowych obecnych w mediach. Natomiast wysyłanie przez osoby biorące udział w loterii kilku lub kilkunastu smsów do organizatora loterii świadczy jedynie o tym, że żaden z odebranych przez nie komunikatów smsowych nie wywołał u nich pewności wygranej, lecz jedynie poczucie zbliżania się do niej.

W ocenie przedsiębiorcy nieuzasadnione było uznanie przez Prezesa UOKiK, przy określaniu wysokości kary pieniężnej, jako okoliczności obciążającej świadomego (umyślnego) wprowadzenia konsumentów w błąd w celu osiągnięcia korzyści majątkowej oraz wywołanie tym wyjątkowo szkodliwych działań powodujących dotkliwe skutki finansowe u konsumentów. Niezasadne było również pominięcie jako okoliczności łagodzącej zaprzestania przez powoda naruszenia w toku postępowania. Wskazał on, że udział w loterii polegał na przesyłaniu wiadomości sms, natomiast celem powoda było zachęcenie uczestników lub potencjalnych uczestników do aktywnego udziału w loterii. Powód utrzymywał, że był przekonany, iż treść komunikatów przesyłanych do uczestników loterii nie zostanie odebrana jako przyrzeczenie nagrody. Komunikaty te nie zawierały informacji nieprawdziwych, zatem intencją powoda (nawet zamiarem ewentualnym) nie było wprowadzenie w błąd konsumentów, celem osiągnięcia korzyści majątkowej.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 25 kwietnia 2012 r. Prezes UOKiK podtrzymał dotychczasowe stanowisko w sprawie, wniósł o oddalenie odwołania w całości, oddalenie wniosków dowodowych powoda oraz zasądzenie kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

#### **Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:**

(...) spółka z o.o. z siedzibą w W. jest przedsiębiorcą wpisanym do Krajowego Rejestru Sądowego pod nr KRS (...). Przedmiotem działalności Spółki jest m.in. telekomunikacja oraz działalność związana z grami losowymi i zakładami wzajemnymi (k. 43-46).

W imieniu Prezesa UOKiK zostało przeprowadzone z urzędu, w związku z zawiadomieniem Miejskiego Rzecznika Konsumentów w T., postępowanie wyjaśniające pod sygn. akt (...)mające na celu wstępne ustalenie, czy w związku z działalnością (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. (zwanej dalej także Spółką lub (...)) miało miejsce naruszenie chronionych prawem interesów konsumentów (zawiadomienie k. 5). Na podstawie materiału dowodowego zgromadzonego w toku postępowania wyjaśniającego Prezes UOKiK powziął podejrzenie, iż w zakresie opisanym w sentencji niniejszej decyzji mogło dojść do naruszenia art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

W dniu 7 czerwca 2011 r. Postanowieniem Nr 1 wszczęte zostało w tej sprawie z urzędu przeciwko (...) Sp. z o.o. w W. postępowanie w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów (postanowienie nr 1 i 2 k. 3-4, k. 6-7). Postanowieniem nr 2 z tej samej daty (k. 6) w poczet dowodów zaliczono materiały zgromadzone w toku ww. postępowania wyjaśniającego.

Spółce postawiono zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez podejmowanie bezprawnych działań noszących znamiona praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, polegających na przesyłaniu konsumentom, w związku z prowadzoną przez (...)loterią audiotekową „B. od (...) Druga Edycja”, krótkich wiadomości tekstowych o treściach sugerujących pewność wygranej, co może godzić w zbiorowe interesy konsumentów oraz stanowić nieuczciwą praktykę rynkową, o jakiej mowa w art. 9 pkt 8 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym.

Loteria o nazwie „B. od (...) Druga Edycja” (dalej także jako „loteria”) zorganizowana została na podstawie zezwolenia udzielonego decyzją Dyrektora Izby Celnej w W. z dnia 22.12.2009 r. nr (...)(...). W decyzji tej zatwierdzony został regulamin loterii, stanowiący załącznik do decyzji Dyrektora Izby Celnej. Regulamin loterii obowiązywał od dnia 26.12.2009 r. (k. 51 i 52-57).

(...) zawarła z (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. umowę o współpracy w zakresie organizowania loterii dla klientów (...) (k. 109-141).

Loteria organizowana była na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, rozpoczęła się w dniu 26.12.2009 r. i zakończyła się w dniu 25.05.2010 r. Reklamy loterii emitowane były w telewizji i w formie reklam prasowych, zawierając między innymi informację o miejscu publikacji regulaminu loterii i koszcie przesłania wiadomości sms na odpłatny numer premium sms.

Zgodnie z regulaminem loterii (rozdział III pkt 1) warunkiem uczestnictwa w niej było przesłanie swojego zgłoszenia w formie wiadomości sms, o dowolnej treści, na odpłatny numer (...) (koszt 4,00 zł netto + 22% VAT, 4,88 zł z VAT) w okresie od dnia 26.12.2009 r. od godz. 0:00:00 do dnia 04.04.2010 r., do godz. 23:59:59. Zgłoszenie mogło być też dokonane za pomocą(...)lub (...) - połączenie głosowe o podwyższonej opłacie. Zgłoszenia mogły być przesyłane z telefonu komórkowego z aktywną kartą SIM/USIM w sieci (...). Jeden uczestnik mógł dokonać nieograniczonej ilości zgłoszeń (k. 131).

Spółka wprowadziła możliwość nieodpłatnej rejestracji uczestnika w loterii poprzez wysłanie wiadomości sms na nieodpłatny numer (...), o czym konsumenci byli informowani w reklamach telewizyjnych i prasowych oraz na stronie (...) (k. 132). Zgodnie z rozdziałem III pkt 11 regulaminu loterii ww. zarejestrowanie się w loterii nie było tożsame z przystąpieniem do loterii i nie uprawniało do udziału w losowaniu nagród, jedynie skutkowało uzyskaniem możliwości otrzymywania informacji na temat loterii. Na podstawie rozdziału III pkt 12 regulaminu loterii spółka była uprawniona do przesyłania osobom zarejestrowanym w loterii, w każdym dniu jej trwania, do maksymalnie pięciu wiadomości sms (k. 53). Spółka wprowadziła też możliwość uzyskania dodatkowych punktów za zaproszenie do udziału w loterii kolejnej osoby, za udział w quizach, za aktywację nowej karty SIM w sieci (...) oraz za udział w Klubie (...) (regulamin k. 53-54).

Regulamin loterii umożliwiał jej uczestnikowi zablokowanie otrzymywania wiadomości sms o charakterze promocyjnym, poprzez wysłanie na numer (...) smsa o treści „STOP” - koszt smsa 4,88 zł z VAT ( regulamin k. 54).

Nagrodami w loterii były: nagrody dzienne - 85 samochodów marki B. model 316i, o wartości 68895 zł brutto każdy, wraz ze świadczeniem pieniężnym o wartości 7655 zł brutto każde; nagrody tygodniowe - 15 samochodów marki B. model (...), o wartości 90543 zł brutto każdy, wraz ze świadczeniem pieniężnym o wartości 10060 zł brutto każde; nagrody dodatkowe - 4 samochody marki B. model 316i, o wartości 68895 zł brutto każdy, wraz ze świadczeniem pieniężnym o wartości 7655 zł brutto każde oraz nagrody specjalne - 10000 bezpłatnych aktywacji i dostępu do usługi pobierania muzyki w serwisie (...), o wartości 24,40 zł brutto każda (regulamin k. 54). Zgodnie z rozdziałem IV pkt. 6 regulaminu loterii łączna pula nagród wyniosła 8 565 995 zł brutto (regulamin k. 54).

Przed przystąpieniem konsumenta do loterii spółka wysyłała między innymi następujące wiadomości sms do osób, które wyraziły zgodę na otrzymywanie informacji handlowych i których numery spółka otrzymała od (...) sp. z o.o. (k. 35-36):

1. „Protokół przekazania B. 3 gotowy. Wyślij B. na (...) (4,88zł). Potwierdzamy, że właśnie Ty możesz wygrać auto. Reg. (...)”
2. „Właściciel numeru [...] proszony o rejestracje w losowaniu B. o wartości ponad 100 000 zł. Należy wysłać B. na (...) (4,88zł). Reg. na (...)”
3. „Masz 1 nieodebrane połączenie od swojego B.. Odpowiedz jak najszybciej – wyślij B. na (...) (4,88zł)! i weź udział w losowaniu! Regulamin na (...)”
4. „Abonent numeru [...] musi wysłać 1 sms o treści B. na (...) (4,88zł), aby odebrać szansę w losowaniu B. o wartości 100.000ZŁ! Reg. na (...)”
5. „Dokumenty przekazania B. gotowe. Apelujemy do właściciela numeru [...] o wysłanie smsa B. na (...) (4,88 zł). Twój sms jest decydujący! (...)”
6. „Wypełniamy dane do aktu własności B.. Być może wpisujemy w nich Twoje dane. Wyślij B. na (...) (4,88zł). Regulamin na (...)”
7. „Pilne zawiadomienie: akt własności B. już przygotowany. Wyślij B. na (...) (4,88zł), bo możliwe, że wpisujemy w nim Twoje dane! Reg. (...)”
8. „Tu Departament Wydawania Samochodów B.: czekamy na SMS o treści B. od osoby z numerem [...]. Trzeba go wysłać na (...) (4,88zł). Reg. (...)”
9. „Do posiadacza numeru [...]: B. o wartości ponad 100 000 zł czeka i chcemy Ci je podarować. Wyślij B. na (...) (4,88zł) po losy. Reg. (...)”
10. „Los uśmiechnął się do osoby z numerem [...]. Prosimy o wysłanie smsa o treści B. na (...) (4,88zł). Czekaj miła niespodzianka! Reg. na (...)”
11. „Czekaj na Ciebie ważna wiadomość od Działu Wydawania Nagród! Aby odczytać wystarczy wysłać B. na (...) (4,88zł). Cuda się zdarzają! (...)”
12. „Blankiet przekazu B. 3 czeka! Prosimy o wysłanie smsa o treści B. na (...) (4,88zł) po uprawnienia! Czekamy 15 min! Regulamin(...)”

W toku postępowania kontrolno skarbowego ustalono, że Telekomunikacja sprzedała na podstawie umowy z dnia 31 stycznia 2009 roku infrastrukturę telekomunikacyjną o wartości historycznej (wartość brutto z księgi podatkowej) w wysokości (...) wygrał uprawnienia związane w B. o wartości ponad zł za cenę transakcyjną dokładnie odpowiadającą jej wartości netto z księgi podatkowej w wysokości . Aby je odebrać, należy wysłać B. na (...) (4,88zł). (...)

14. „Komisja nagród prosi osobę z numerem [...] o wysłanie B. na (...) (4,88zł). Chodzi o nagrodę: B. o wartości ponad 100000zł. Reg. (...)”

15. „Numer [...] został wytypowany. Otrzymał szansę na B. o wartości ponad 100000 zł. Aby odebrać, trzeba wysłać B. na (...) (4,88zł) Reg. (...)”

16. „Wezwanie: wzywamy właściciela tego numeru do wysłania smsa o treści B. na (...) (4,88zł). To bardzo pilne! Auto czeka. Reg. (...)”

17. „Pilne wezwanie do wysłania sms o treści B. na (...) (4,88zł)! Odczytasz oficjalne zawiadomienie! Czekamy 13 min! Pozdrawiamy, Komisja Nagród! Reg. (...)”

18. „Dział Nagród prosi o nadanie potwierdzenia. Dotyczy odbioru nagrody. Proszę wysłać B. na (...) (4,88zł). Serdecznie gratulujemy! Reg. (...)”

Do uczestników loterii Spółka przesyłała między innymi następujące wiadomości sms (k. 37-42):

1. „[...] Czy to Twój numer? Jeśli tak, gratulacje! Wyślij B. na (...) (4,88zł) i lepiej usiądź, bo odpowiedź będzie zaskakująca!”

2. „[...] blankiet przekazu B. (...) czeka! Prosimy o wysłanie smsa w treści B. na (...) (4,88zł) po uprawnienia! Czekamy 15 min! Gratulacje!”

3. „[Name] Czeką na Ciebie ważna wiadomość od Działu Wydawania Nagród! Aby odczytać wystarczy wysłać B. na (...) (4,88zł)! Cuda się zdarzają!”

4. „[Name] Dokumenty przekazania B. gotowe. Apelujemy o wysłanie smsa B. na (...) (4,88zł). Twój sms jest decydujący! (...)”

5. „(...) Dział Nagród prosi o nadanie potwierdzenia. Dotyczy odbioru nagrody. Proszę wysłać B. na (...) (4,88zł). Serdecznie gratulujemy!”

6. „[Name] Dziś koniec loterii! Czy chcesz zvariować ze szczęścia? Dyrektor Loterii czeka na Twój SMS tylko 15 minut! Ślij B. na (...) (4,88zł)!”

7. „[Name] Jesteś blisko wygranej! Zostałeś zakwalifikowany do najlepszych graczy! Potwierdź swój udział w dzisiejszym losowaniu, wysyłając B. na (...) (4,88zł)!”

8. „[Name] Komisja loterii chce wydać werdykt o nagrodzie. Wyślij sms B. na 740' (4,88zł). Czekamy 16 minut!”

9. „[Name] Masz nieodebraną wiadomość od Komisji Nagród! Aby odczytać wystarczy wysłać tylko 1 sms o treści B. na (...) (4,88zł)! B. 3 czeka!”

10. „[Name] Odpisz na tego SMSa treścią B. na (...) (4,88zł). Będzie dużo radości Gratulacje!”

11. „[Name] Posłuchaj! Domykamy formalności związane z B.. Ty musisz wysłać SMS o treści B. na (...) (4,88zł). Teraz czekamy!”

12. „[Name] Prosimy Cię uprzejmie, wyślij B. na (...) (4,88zł). Chcielibyśmy przekazać Ci kluczyki do samochodu B.. Czekamy tylko 1 godzinę.”

13. „[Name] Składamy Ci serdeczne gratulacje! Zostałeś wybrany, aby odebrać największą szansę na B.! Wyślij szybko B. na (...) (4,88zł).”

14. „[Name] Tu Orange- Usilnie wzywamy do wysiania potwierdzenia o treści: B. na (...) (4,88zl). Czeka samochód! Masz 17 min!"
15. „[Name] Ty naprawdę masz szczęście! Odpisz w ciągu 20 minut smsem o treści B. na (...) (4,88zl), a otrzymasz niewiarygodne informacje!"
16. „[Name] Usilnie wzywamy! Miła wiadomość czeka na Ciebie od Kierowniczkki wydawania samochodów B.. Wyślij B. na (...) (4,88zl)."
17. „[Name] Usilnie wzywamy! Wyślij tylko 1 sms o treści B. na (...) (4,88zl)! Odczytasz oficjalne zawiadomienie! Czeka samochód! Gratulacje!
18. „[Name] Ważna wiadomość do Ciebie: jeśli teraz wyślesz B. na (...) (4,88zl),  
otrzymasz gwarantowane udziały w losowaniu B.." ;
19. „[Name] Bardzo ważne! Abonent numeru [...] proszony o wysianie tylko 1 SMSA o j  
treści B. na (...) (4,88zl)! Czeka zawiadomienie!"
20. „[Name] Dokumenty przekazania B. gotowe. Apelujemy do właściciela numer [...] o wysianie smsaBMWna (...) (4,88zl). Twój sms jest decydujący!"
21. „[Name], wyślij koniecznie teraz B. na (...) (4,88zl). Komisja nagród ci przekaże Ci doskonała wiadomość! Chodzi o losowanie B. X3!"
22. „Akt własności samochodu B. już czeka. Wyślij B. na (...) (4,88zl) jeśli możliwe, że wpisujemy w akcie Twoje dane. Czekamy 8 minut."
23. „[Name] Apelujemy do właściciela numeru [...] o wysłanie smsa B. na (...) (4,88zl). Dokumenty przekazania B. gotowe."
24. „[Name] Bardzo ważne! Do właściciela numeru: akt własności B. 3 już Wyślij B. na (...) (4,88zl), a możliwe że wpisujemy w akcie Twoje dane. Czekamy 18 minut!"
25. „Bardzo ważne. [Name], słuchaj, wyślij SMS o treści B. na (...) (właściciel numeru to potencjalny zwycięzca auta B. wartego ponad 100000 zł."
26. „Bardzo ważne: Blankiet przekazu BMWX 3 czeka! Prosimy o wysłanie smsa o ] B. na (...) (4,88zl) po uprawnienia! Czekamy 15 min!"
27. „Decydująca informacja: właściciel numeru [...] proszony o wysłanie 1 smsa o treści ODBIÓR na (...) (4,88zl). Uwaga, istnieje szansa odebrania auta B.."
28. „Do właściciela numeru: czeka na Ciebie ważna wiadomość od Działu Wydawania Nagród! Aby odczytać wystarczy wysłać B. na (...) (4,88zl)! Cuda się zdarzają."
29. „Do właściciela numeru: Komisja loterii chce wydać werdykt o nagrodzie. Wyślij sms B. na (...) (4,88zl). Czekamy 16 minut!"
30. „Dokumenty przekazania B. gotowe. Apelujemy do właściciela numeru [...] o wysłanie smsa B. na (...) (4,88zl). Twój sms jest decydujący! Gratulujemy!"



31. „Dyrektywa odgórna nakazuje nam zamkniecie arkusza B.. Samochód jest przygotowany. Proszę o SMS na (...) (4,88zl)”
32. „Dziś koniec Loterii! Szczęście uśmiechnęło się do Ciebie. Wyślij 1 sms o treści B.. Nie uwierzysz w odpowiedz, ale to prawda! (4,88zl)”
33. „Dziś o 18:26 numer [...] został wskazany przez Komisje Nagród. Proszę wysłać 1 sms o treści B. na (...) (4,88zl)”
34. „Gratulacje dla numeru [...] Dział Nagród prosi o nadanie potwierdzenia. Dotyczy odbioru nagrody. Proszę wysłać B. na (...) (4,88zl). Serdecznie gratulujemy!”
35. „Gratulacje dla numeru [...]. Dokumenty przekazania B. X3 gotowe. Apelujemy do właściciela numeru [...] o wysłanie smsa B. na (...) (4,88zl).”
36. „Informujemy ze numer [...] wygrał uprawnienia związane z B. o wartości ponad 1 00000 zł. Aby je odebrać, należy wysłać B. na (...) (4,88zl). (...)”
37. „Już kończy się Loteria. Z radością ogłaszamy wyniki: osoba z numerem [...] - 50% szans na ostatnie B. X3. Czekamy na SMS na (...) (4,88zl)”
38. „Klucze od B. już są na stoliku w Dziale Nagród! Ślij B. na (...) (4,88zl)!”
39. „Komisja czeka jeszcze tylko 4 minuty na Twój SMS. To jest ostatnie przypomnienie! Wyślij go teraz na (...) (4,88zl), w treści wpisz NAGRODA. Chodzi o nagrodę!”
40. „Komisja Loterii (...) apeluje do odczytania pilnej wiadomości na temat (...)! Wystarczy wysłać tylko 1 smsa o treści B. na (...) (4,88zl)! Gratulacje!”
41. „Komisja Nagród (...)gratuluje! Podbiliśmy teraz dokumenty na B. (...) Wiec nie zwlekaj! Ślij B. na (...) (4,88zl)! Masz 16 min.! Zagraj”
42. „Komunikat specjalny! [Name], departament nagród zostawił Ci wiadomość! Wyślij B. na (...) (4,88zl), aby otrzymać wiadomość od departamentu”
43. „Koperta z potwierdzeniem przekazu B. 3 czeka! Czy na Ciebie? To się okaże! Jeżeli Twój numer to [...], to prosimy o wysłanie B. na (...) (4,88zl)!”
44. „Miła wiadomość: Będzie dobrze! Czekamy na tylko 1 sms o treści B. na (...) (4,88zl). Masz 20 min. Reg. (...) Gratulacje!”
45. „Niezmiernie ważne: Brak potwierdzenia od potencjalnego zwycięzcy czyli Ciebie [Name]! Wyślij B. na (...) (4,88zl) - potwierdź odbiór losów w losowaniu!”
46. „Numer [...] został szczęśliwie wytypowany w Loterii (...). Proszę wysłać B. na (...) (4,88zl)”
47. „Oficjalna wiadomość: [Name] Usilnie wzywamy do wysłania potwierdzenia o treści: B. na numer (...) (4,88zl). Czekaj samochodu!”
48. „Oficjalna wiadomość: akt własności samochodu B. już czeka. Wyślij B. na (...) (4,88zl), a możliwe, że wpiszemy w akcie Twoje dane. Czekamy 18 minut.”
49. „Oficjalna wiadomość: Tu Komisja Nagród (...)! Premia padła na numer [...]. Jego posiadacz musi wysłać B. na (...) (4,88zl). Cuda się zdarzają!”

50. „Oficjalna wiadomość: Tu komitet wydawania samochodów: wyślij teraz B. na (...) (4,88zl), jako jedna z niewielu osób możesz zdobyć jedno z dwóch aut B.!”
51. „Oficjalna wiadomość: Usilnie wzywamy do wysiania potwierdzenia o treści: B. na numer (...) (4,88zl). Czekamy na samochód!”
52. „(...) informuje: Bardzo ważne! Abonent numeru [...] proszony o wysianie tylko 1 SMSA o treści B. na (...) (4,88zl)! Czekamy na zawiadomienie o B.! Gratulacje!”
53. „(...) informuje: Papiery B. już leżą na biurku kierownika loterii (...). Proszę wysłać B. na numer (...) (4,88zl) Zostało niewiele czasu! Reg: (...)”
54. „Otrzymaliśmy pilne polecenie, aby wysłać notyfikacje do osoby z numerem [...], więc wysyłamy: wyślij B. na (...) (4,88zl) odczytasz oszałamiającą wiadomość!”
55. „Padło na Ciebie! System wykazał, że możesz odebrać gwarantowane uprawnienia w losowaniu B.. Wyślij natychmiast B. na (...) (4,88zl)”
56. „Padło na Ciebie! Zobacz jaka miła wiadomość czeka na Ciebie od Kierowniczkę wydawania samochodów B.. Wyślij B. na (...) (4,88zl).”
57. „Pani/Pan z numerem [...] musi wysłać 1 sms o treści B. na (...) (4,88zl) aby odebrać uprawnienia związane z autem B. o wartości ponad 100000 zł”
58. „Pani/Pan z numerem [...] musi wysłać 1 sms o treści B. na (...) (4,88zl) aby odebrać uprawnienia związane z autem B. X 3 o wartości ponad 100000 zł”
59. „Pilna depesza od (...): numer [...] to typ do nagrody - (...). Prosimy wysłać B. na (...). To bardzo ważne! Komisja czeka na komplet danych. (4,88zl)”
60. „Pilne! Tu Ania z (...). Teraz uzupełniam listę osób, które mają szansę odebrać B.. Proszę, wyślij B. na (...) (4,88zl), aby być na liście! Pozdrawiam.”
61. „Pilny komunikat: dokumenty przekazania B. gotowe. Apelujmy do właściciela numeru [...] o wysłanie smsa B. na (...) (4,88zl). Twój sms jest decydujący!”
62. „Po wysianiu wiadomości o treści LAUREAT na numer (...) (4,88zl), otrzymasz bardzo pilne zawiadomienie. Chodzi o nagrodę - B. X3!”
63. „Ponownie prosimy o wysianie B. na (...) (4,88zl), bo właściciel numeru jest uznawany za jednego z potencjalnych zwycięzców auta wartego ponad 100000 zł.”
64. „Potwierdź, czy numer [...] należy do Ciebie. Jeśli tak, wyślij B. na (...) (4,88zl), bo na ten numer padła SZCZĘŚLIWA PREMIA związana z samochodem!”
65. „Prosimy Cię uprzejmie, wyślij B. na (...) (4,88zl) Chcielibyśmy przekazać Ci kluczyki od samochodu B.. Czekamy tylko 1 godzinę. Gratulacje dla numeru [...]”
66. „Przypominamy, że wciąż czekamy na SMS od osoby z numerem [...]. Osoba ta musi wysłać sms na nr (...) (4,88zl) i w treści wpisać B..”
67. „Składamy Ci serdeczne gratulacje! Zostałeś wybrany, aby odebrać największą szansę na B.! Wyślij szybko B. na (...) (4,88zl).”

68. „Teraz trwa Posiedzenie Komisji Nagród. Możemy dać Twój numer [...] do rozpatrzenia. Potwierdź zgodę na zamknięcie sprawy. Wyślij TAK na (...) (4,88zl)\"

69. „To jest ostatnia próba połączenia z abonentem numeru [...]! Jeśli teraz nie otrzymamy B. na (...) (4,88zl), to zamykamy sesję wręczania premii!\"

70. „Tu Komisja Nagród (...): apelujemy do właściciela numeru [...] o wysłanie smsa B. na (...) (4,88zl). Dokumenty przekazania B. gotowe! Gratulacje!\"

71. „Tu Komisja Nagród (...): Posłuchaj! Domykamy formalności związane z B.. Ty musisz wysłać SMS o treści B. na numer (...) (4,88zl). Teraz czekamy!\"

72. „Tu (...): Pani/Pan z numerem [...] musi wysłać 1 sms o treści B. na numer (...) (4,88zl) aby odebrać uprawnienia związane z autem B. X3 o wartości ponad 100 000 zł!\"

73. „Tu (...): Posłuchaj! Domykamy formalności związane z B.. Ty musisz wysłać SMS o treści B. na numer (...) (4,88zl). Teraz czekamy! Cuda się zdarzają!\"

74. „Uprzejmie prosimy o kontakt. Proszę wysłać sms o treści B. na numer (...) (4,88zl). Dotyczy nagrody - B. o wartości ponad 100000 zł\"

75. „Ważna informacja: Komisja nagród prosi osobę z numerem [...] o wysłanie B. na (...) (4,88zl). Chodzi o nagrodę: B. o wartości ponad 100000 zł\"

76. „Ważna wiadomość: Przedstawiciel Loterii (...) wskazał konkretny numer [...] jako wyjątkowy! Proszę odesłać sms B. na (...) (4,88zl). Będzie wiele radości!\"

77. „Wezwanie Komisji Nagród (...): wzywamy właściciela tego numeru do wysłania SMSa o treści B. na (...) (4,88zl). To bardzo pilne! Auto czeka.\"

78. „Wezwanie: Posłuchaj! Domykamy formalności związane z B.. Ty musisz wysłać SMS o treści B. na numer (...) (4,88zl). Teraz czekamy! To decydująca informacja.\"

79. „Z radością ogłaszamy wyniki: osoba z numerem [...] - 50% szans na ostatnie B. (...). Czekamy na sms na (...). Pozostało 20 minut! (4,88zl)\"

80. „Zakończyliśmy weryfikację. Osoba zainteresowana odbiorem B. (...), proszona o jak najszybsze zgłoszenie się SMSem. Wzór smsa: słowo ODBIÓR wysłane na (...) (4,88zl)\".

Prezes Urzędu otrzymał pisemne skargi konsumentów związane z organizacją przez Spółkę przedmiotowej loterii. Konsumenty wskazywali przede wszystkim na wprowadzanie w błąd co do pewności wygranej. Przykładowe zarzuty wyglądały następująco:

1. „Nurtuje mnie pytanie czy tego rodzaju praktyki 'informacyjne' w ogóle, a w stosunku do abonentów nieletnich czy młodocianych w szczególności, nie wchodzą w zakres pojęć wyłudzenia i wciągania do hazardu\"- skarga konsumenta zawierająca zestawienie treści 49 smsów przesłanych w okresie od dn. 22.01.2010 r. do dn. 16.02.2010 r. (akta sprawy UOKIK t. I, k. 8-10);

2. „Po wysłaniu wielu smsów, gdzie koszt każdego przekraczał 4 zł, otrzymywałem informację wskazującą jednoznacznie na to, że jestem jednym ze zwycięzców gry i mam się zgłosić po odbiór dokumentów i kluczyków. Dla przykładu wskazuję na treść smsa: 'Gratulacje dla nr ... Dział nagród prosi o nadanie potwierdzenia. Dotyczy odbioru nagrody. Wyślij sms pod numer ...' Warunkiem odbioru nagrody było wysłanie smsa, nie była to szansa na wygraną, ale wskazywano jednoznacznie, że otrzymam nagrodę po wysłaniu smsa. Kolejny przykład: „Wyślij sms, chcemy Ci

przekazać kluczyki. Gratulacje”, „Dział nagród prosi o nadanie potwierdzenia -dotyczy odbioru nagrody. Proszę wyślij sms. Serdecznie gratulujemy” (...). Informacje, które otrzymałem były dla mnie jasne i byłem przekonany, że wygrałem -zostałem oszukany. Dopiero po zakończeniu loterii widząc listę zwycięzców, zrozumiałem, że nie przysługuje mi prawo do odbioru samochodu. Straciłem bardzo dużo pieniędzy kierując się informacjami otrzymywanymi w formie smsów, w których mi gratulowano i jednoznacznie wskazywano na konieczność odbioru kluczyków i dokumentów od samochodu" (k. 13-14);

3. „Smsy wysyłane do nas wprowadzały w błąd, gdyż informowały już o wygranej (...). Było ich bardzo dużo, napływały dosłownie co parę minut przez kilka dni i ponaglały do wysyłania kolejnych smsów (zostało Ci jeszcze 16 min. na decydującego smsa, czekamy jeszcze tylko godz. na Twój ą odpowiedź, jeśli chcesz odebrać nagrodę wyślij 'tak' itp.). Przekonam o tym, że jesteśmy już właścicielami obiecanego B., wysyłaliśmy smsy" (k. 17).

Ponadto w wielu skargach kierowanych do spółki podnoszono zarzut przesyłania informacji o loterii pomimo nie wyrażenia przez konsumenta zgody na otrzymywanie informacji handlowych (k. 11-12).

Każde zgłoszenie przesłane w formie smsa na numery, zarówno płatny jak i bezpłatny, było rejestrowane w systemie elektronicznym spółki i przypisane do numeru telefonu, na który wysłany został sms. Zgodnie z regulaminem loterii (rozdział III pkt 5) pierwsze zgłoszenie i każde kolejne, skutkowało uzyskaniem 10 punktów, dających uprawnienia do udziału w losowaniu nagród. Jednocześnie Spółka zastrzegła (rozdział III pkt 7 regulaminu loterii) prawo o określania, według własnego uznania, przedziałów czasowych w ciągu dnia, w których wysyłane zgłoszenia były rejestrowane w systemie teleinformatycznym z większą niż 10 liczbą punktów. W odpowiedzi na zgłoszenie przesłane smsem uczestnik loterii otrzymywał od spółki zwrotną wiadomość sms (regulamin k. 52-53). Zgodnie z rozdziałem V pkt. 11-13 regulaminu loterii jedyną formą powiadomienia uczestnika loterii o wygranej była forma telefoniczna i tylko taka forma powiadomienia stanowiła podstawę roszczenia o wydanie nagrody. Spółka podejmowała trzy próby połączenia telefonicznego z laureatem (regulamin k. 55).

Za wyjątkiem nagród dodatkowych i specjalnych, nagrody przyznawane były w drodze losowania, przeprowadzanego przez program komputerowy, umożliwiający losowanie za pomocą urządzeń elektronicznych zabezpieczających przypadkowość wyboru, eliminując ingerencję czynnika ludzkiego. W losowaniu nagrody dziennej brali udział wszyscy uczestnicy loterii, którzy dokonali co najmniej jednego zgłoszenia na numer (...) w dniu poprzedzającym dzień losowania. W losowaniu nagrody tygodniowej brali udział wszyscy uczestnicy loterii, którzy dokonali co najmniej jednego zgłoszenia na numer (...) w tygodniu poprzedzającym losowanie, to jest w okresie od poniedziałku od godz. 0:00:00 do niedzieli do godz. 23:59:59 (regulamin k. 54, pismo k. 29).

Wszystkie nagrody zostały wydane laureatom loterii. Lista laureatów loterii była udostępniona do wglądu w siedzibie spółki do dnia 25.05.2010 r., a także była publikowana w czasie trwania loterii na stronie (...) (k. 30 i 56).

Spółka (...) Sp. z o.o. w W. ustosunkowała się do postawionych jej przez Prezesa UOKiK zarzutów w pismach z dnia 11.07.2011 r. (k. 152-160), z dnia 11.07.2011 r. (k. 161), z dnia 10.08.2011 r. (k. 165-169) i z dnia 29.09.2011 r. (k. 172-179).

Pismem z dnia 06.10.2011 r. przedsiębiorca został poinformowany o zakończeniu zbierania materiału dowodowego (k. 180). Spółka (...) sp. z o.o. w dniu 17.10.2011 r. skorzystała z prawa do zapoznania się z zebrany materiał dowodowy (k. 182-183). W wyznaczonym terminie spółka odniosła się do zebranego materiału dowodowego w piśmie z dnia 24.10.2011 r. (k. 184-187).

W 2010 roku spółka (...) sp. z o.o. z osiągnęła przychód w wysokości (...)zł (słownie: trzydzieści trzy miliony sto osiemdziesiąt dziewięć dziesięć osiemdziesiąt sześć złotych osiemdziesiąt sześć groszy). Osiągnięty w 2010 przychód powoda ustalono na podstawie zeznania o wysokości osiągniętego dochodu (poniesionej przez podatnika podatku dochodowego od osób prawnych za 2010 rok (zeznanie k. 173- 176).

**Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Zgodnie z art. 9 ust. 8 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym wywołanie wrażenia, że konsument już uzyskał, uzyska bezwarunkowo lub po wykonaniu określonej czynności nagrodę lub inną porównywalną korzyść, gdy w rzeczywistości nagroda lub inna porównywalna korzyść nie istnieje lub uzyskanie nagrody lub innej porównywalnej korzyści uzależnione jest od wpłacenia przez konsumenta określonej kwoty pieniędzy lub poniesienia innych kosztów stanowi tzw. agresywną praktykę rynkową. Stosowanie tego typu praktyki jest zakazane z mocy samego prawa i nie wymaga analizy pod kątem jej nieuczciwości w oparciu o art. 4 przedmiotowej ustawy. Jedyną zatem oceną, jakiej należy poddać przedmiotową praktykę, jest ocena dokonana w oparciu o art. 2 ust. 8 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym typizująca przeciętnego konsumenta jako konsumenta, który jest dobrze poinformowany, uważny i ostrożny. Oceny dokonuje się z uwzględnieniem czynników społecznych, kulturowych, językowych i przynależności danego konsumenta do szczególnej grupy konsumentów, przez którą rozumie się dającą się jednoznacznie zidentyfikować grupę konsumentów, szczególnie podatną na oddziaływanie praktyki rynkowej lub na produkt, którego praktyka rynkowa dotyczy, ze względu na szczególne cechy, takie jak wiek, niepełnosprawność fizyczna lub umysłowa.

Sąd nie podziela argumentów powoda, w ocenie którego: „uważny i ostrożny konsument nie miał podstaw do tego aby mógł zostać wprowadzony w błąd na skutek działań powoda. Trudno więc uznać konsumenta, który spodziewa się przyznania mu nagrody w zamian za przesłanie jednego smsa, czyli, quasi bezpłatnie, bez udziału w losowaniu, za myślącego racjonalnie. Inaczej rzecz ujmując – osoby, które odczytywałyby kolejne zachęty do udziału w loterii jako pewność wygranej, powinny być uznane za skrajnie naiwne i bezkrytycznie podchodzące do odebranych komunikatów promocyjnych, niezależnie od ich treści”.

W niniejszej sprawie, działanie spółki polegające na wysyłaniu komunikatów tekstowych w formie wiadomości sms promujących loterię oraz losów kierowane było do ogółu konsumentów, których numerami telefonów dysponował organizator. Okoliczności prowadzenia przedmiotowej loterii, a w szczególności treść wysyłanych przez organizatora komunikatów świadczą również o tym, że nie były one kierowane do jakiejś szczególnej grupy konsumentów.

Jak słusznie wskazał pozwany w uzasadnieniu decyzji z dnia 1 grudnia 2011 r. , w niniejszej sprawie mamy do czynienia z praktyką skierowaną do przeciętnego konsumenta, którego charakteryzują takie cechy jak „dostateczne poinformowanie, uwaga i ostrożność znajdujące wyraz w tym, że z jednej strony możemy wymagać od niego pewnego stopnia wiedzy i orientacji w rzeczywistości, a z drugiej nie możemy uznać , że jego wiedza jest kompletna i profesjonalna i że konsument nie ma prawa pewnych rzeczy nie wiedzieć. Przeciętny konsument nie posiada bowiem wiedzy specjalistycznej w danej dziedzinie, ale rozumie kierowane do niego informacje i potrafi je wykorzystać do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej produktu. Nie jest naiwny ale nie potrafi też ocenić sytuacji jako profesjonalista. Przeciętny konsument ma świadomość języka marketingu jego pewnej umowności, skłonności do przesady czy metafory i konieczności odnoszenia się do reklam/promocji z racjonalnym dystansem. Ma również jednak prawo odebrać kierowany do niego tego typu przekaz w sposób dosłowny, zakładając, że przedsiębiorca wysyłający takie komunikaty – jako profesjonalista jest podmiotem wiarygodnym i przekazuje informacje w sposób jasny, jednoznaczny i nie wprowadzający w błąd”.

Za nietrafne należy również uznać stanowisko powoda, że w sprawie nie występowała przesłanka wprowadzenia konsumenta w błąd. Jak wynika z akt niniejszego postępowania spółka wysyłała konsumentom komunikaty, które można podzielić na dwie grupy:

a) wysyłane konsumentom, którzy przystąpili do udziału w loterii (wysłali szereg smsów, gdyż przesyłanymi od organizatora smsami byli utwierdzani w pewności wygrania samochodu B. ), do których kierowane były smsy o przykładowej treści:

- „ Tu (...) - Usilnie wzywamy do wysłania potwierdzenia o treści: B. na numer (...) (4,88 zł) Czeka samochód. Gratulacje.”

- „ (...) informuje: dokumenty przekazania B. gotowe. Apelujemy do właściciela numeru .....o wysłanie smsa B. na (...) (4,88 zł). Twój sms jest decydujący!”

- „Wyślij sms, chcemy Ci przekazać kluczyki, Gratulacje.”

b) wysyłane konsumentom, którzy nie wyrazili zgody na przesyłanie smsów promocyjnych oraz wysyłane konsumentom, którzy wyrazili chęć udziału w loterii wysyłając przynajmniej jeden sms na wskazany numer odpłatny (...) o przykładowej treści:

- „Usilnie wzywamy! Wyślij tylko 1 sms o treści B. na (...) (4,88 zł)! Odczytasz oficjalne zawiadomienie! Czekaj samochód!”

- „Pilne wezwanie do wysłania sms o treści B. na (...) (4,88 zł)! Odczytasz oficjalne zawiadomienie! Czekamy 13 min.! Pozdrawiamy, Komisja Nagród (...)!”

- „[...] blankiet przekazu B. 3 czeka! Prosimy o wysłanie smsa o treści B. na (...) (4,88 zł) po uprawnienia! Czekamy 15 min!”

- „[...] Składamy Ci serdeczne gratulacje! Zostałeś wybrany, aby odebrać największe szanse na B.! Wyślij szybko B. na (...) (4,88 zł)”

- „Decydująca informacja: właściciel numeru [...] proszony o wysłanie 1 smsa o treści ODBIÓR na (...) (4,88zł). Uwaga, istnieje szansa odebrania auta B..”

- „Do właściciela numeru: czeka na Ciebie ważna wiadomość od Działu Wydawania Nagród! Aby odczytać wystarczy wysłać B. na (...) (4,88zł)! Cuda się zdarzają.”

Treść powyższych komunikatów sugerowała zatem jednoznacznie, że otrzymujący je konsument został laureatem loterii i aby odebrać wygraną, musi jedynie dopełnić wskazanych w komunikacie formalności. Wysyłane przez organizatora do uczestników w ramach loterii audiotekstowej „B. od (...) Druga Edycja” komunikaty tekstowe nie informowały konsumenta w sposób należyty o zasadach prowadzonej przez organizatora loterii, nie podawały wprost numeru telefonu pozwalającego na zakończenie procesu przesyłania smsów przez organizatora. Z tych samych względów na uwagę nie zasługiwał również argument powoda dotyczący wyrażenia przez konsumenta zgody na udział w loterii.

Podkreślić wypada ponadto, że w żadnym z wysłanych do konsumentów komunikatów powód nie zamieścił informacji, że zdobycie nagrody uzależnione jest nie tylko od poniesienia kosztów wysłania smsa, ale również od pomyślnego dla konsumenta losowania, które miało być przeprowadzone w przyszłości. Samo wysłanie odpłatnego smsa nie gwarantowało żadnej nagrody mimo, że treść uprzejmie przesyłanej informacji stwarzała u konsumenta wrażenie, że uzyskał nagrodę.

Analizowany przepis art. 9 pkt 8 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym jako agresywną praktykę rynkową oddziałującą na sferę psychiczną konsumenta traktuje przyrzekanie konsumentowi uzyskania nagrody, w sytuacji gdy taka nagroda nie istnieje lub też gdy istnieje, ale dla jej uzyskania nie jest wystarczające dokonanie określonych czynności, np. zebrania określonej liczby punktów, lecz dodatkowo zapłata wynagrodzenia. (A. Michalak, Przeciwdziałanie nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz. Warszawa 2008). Praktyka stosowana przez powoda miała więc charakter nieuczciwej, agresywnej praktyki rynkowej, o której mowa w art. 9 pkt 8 ustawy o przeciwdziałaniu (...). Praktyka powoda wprowadzała konsumentów w błąd, poprzez informowanie ich, że nagrodę już wylosowali. O fakcie wprowadzenia w błąd świadczy ilość złożonych przez uczestników reklamacji i skarg do UOKiK i samego organizatora loterii, czego powód nie kwestionował.

Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorcę w drodze decyzji karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10 % przychodu osiągniętego w roku

rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca, choćby nieumyślnie dopuścił się praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ustawy. Z kolei art. 111 ustawy stanowi, że przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych należy uwzględnić okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także poprzednie naruszenie przepisów jeżeli miało ono miejsce.

Odnosząc się do nałożonej zaskarżoną decyzją kary pieniężnej w wysokości 338 538 zł i związanych z nią zarzutów powoda należy wskazać co następuje.

Prezes UOKiK, jako podstawę obliczenia kary, przyjął wysokość uzyskanego przez powoda w 2010 r. przychodu wynikającego z zeznania podatkowego. Ponieważ w 2010 r. przedsiębiorca osiągnął przychód w wysokości (...)zł, maksymalna wysokość kary jaką organ mógłby nałożyć to kwota (...)zł. W przypadku gdy naruszenie interesów konsumentów wystąpiło na etapie przedkontraktowym, jak to miało miejsce w przedmiotowej sprawie kwotę bazową służącą do ustalenia wysokości kary należy ustalić w kwocie do (...) przychodu przedsiębiorcy. Jednakże po uwzględnieniu okoliczności obciążających spółkę Prezes UOKiK dokonał podwyższenia kwoty bazowej ustalając karę w wysokości 338 538,00 zł odpowiadającej (...) przychodu osiągniętego przez spółkę i stanowiącą jedynie (...)% maksymalnego wymiaru kary przewidzianego przez ustawę.

W niniejszej sprawie nie było podstaw do obniżenia kwoty bazowej. Prezes UOKiK wydał w grudniu 2008 r. nieformalny akt - Wyjaśnienia w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję. Wyjaśnienia te pozwalają przedsiębiorcom na dokonanie wstępnego oszacowania wysokości kary pieniężnej, która mogłaby zostać nałożona za zachowania niezgodne z przepisami ustawy. W Wyjaśnieniach Prezes UOKiK wskazał, iż będzie ustalał kary pieniężne w oparciu o wskazane w tym akcie kryteria. Wysokość administracyjnej kary pieniężnej, nałożonej przez Prezesa UOKiK, działającego jako krajowy oraz wspólnotowy organ ochrony konkurencji może zostać podwyższona lub obniżona, w zależności od okoliczności obciążających lub łagodzących.

Jak wynika z uzasadnienia decyzji, Prezes UOKiK wziął pod uwagę przy ustalaniu kary wszystkie okoliczności, które dotyczyły działalności (...) sp. z o.o. Prezes UOKiK w przedmiotowej sprawie nie stwierdził występowania żadnej okoliczności łagodzącej. Organ stwierdził co prawda zaniechanie stosowania praktyki przez spółkę, jednak, jak słusznie zauważył, okoliczność ta nie wynikała z wyrażonej przez przedsiębiorcę woli zaprzestania stosowania bezprawnych działań, a z charakteru konkursu, który miał zamknięte ramy czasowe tj. trwał do dnia 25.05.2010 r., przy czym smsy uprawniające do wzięcia udziału w loterii można było nadsyłać do dnia 04.04.2010 (Rozdział III pkt 1 regulaminu).

Jako okoliczność obciążającą Prezes UOKiK uznał natomiast umyślność działania spółki. Zdaniem Sądu zgodzić należy się z oceną organu, że (...) sp. z o.o. działała co najmniej z zamiarem ewentualnym tzn. przewidując bezprawność swoich działań godziła się z tym. Formulowane przez spółkę komunikaty sms zawierały nieprawdziwe informacje, a co za tym idzie spółka intencjonalnie wprowadzała konsumentów w błąd celem osiągnięcia korzyści majątkowej. O powyższym może świadczyć fakt, iż jeszcze w trakcie trwania loterii do spółki wpływały liczne reklamacje konsumentów, w których wskazywano m. in. na wprowadzające w błąd komunikaty sms. Spółka w żaden sposób nie zweryfikowała i nie zmieniła swoich działań pod wpływem tych sygnałów, co może świadczyć o umyślności jej działania. Do przesłanek powodujących podwyższenie wysokości kar pieniężnych zaliczyć należy także kierowanie się zamiarem maksymalizacji zysku kosztem poszkodowanych (wyr. SAMop z 6.1.1999 r., XVII Ama 69/98, Wok. 2000, Nr 6, s. 56). W przypadku umyślności istotną wagę powinno się przywiązywać do ustalenia zamiaru, jaki przyświecał działaniom przedsiębiorcy, zaś w przypadku badania nieumyślności - ustalenia, czy przedsiębiorca miał przynajmniej możliwość przewidzenia, że jego działanie będzie realizacją stanu faktycznego stanowiącego naruszenie prawa antymonopolowego oraz czy dołożył należytej staranności wymaganej w działalności danego rodzaju (czy naruszył zasady ostrożności) (T. Skoczny (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. Warszawa 2009). Z uwagi na powyższe należy uznać, iż chybione były również zarzuty powoda związane z naruszeniem przez organ administracji art. 42 ust. 3 Konstytucji RP w zw. z art. 233 § 1 k.p.c.

Ponadto należy zwrócić uwagę na ogromną szkodliwość działania przedsiębiorcy, polegającą na tym, że konsumenci podejmowali decyzje dotkliwe finansowo w swoich skutkach. Słusznie za okoliczność obciążającą pozwaną przyjął ogólnopolski zasięg działalności spółki (...) Sp. z o.o. Z dokonanych (w trakcie postępowania ustaleń wynika bowiem, że spółka przesyłała smsy o zakwestionowanej treści do konsumentów w całej Polsce), skąd zjawiska oraz konsekwencje tego typu poczynań na sytuacje życiowe konsumentów. Przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą powinien znać obowiązujące normy prawne, a w konsekwencji także mieć świadomość, iż jego zachowanie jest bezprawne. Nieświadomość w zakresie obowiązującego prawa nie stanowi okoliczności usprawiedliwiającej przedsiębiorcy.

Zdaniem Sądu, zarzuty powoda dotyczące naruszenia przez Prezesa UOKiK przepisów określających kryteria ustalenia wymiaru kary pieniężnej Sąd uznał za nietrafne i nie zasługujące na uwzględnienie. Należy również zaznaczyć, że powód nie wykazał żadnych okoliczności uzasadniających obniżenie nałożonej kary pieniężnej. Wysokość przychodu uzyskanego przez powoda w 2010 r. nie była kwestionowana i w związku z tym nie wymagała przeprowadzenia dowodu.

Sąd na rozprawie w dniu 29 października 2013 r. oddalił zgłoszone przez powoda wnioski dowodowe uznając, że w sprawie nie było potrzeby korzystania z informacji specjalnych. Ponadto dopuszczenie wnioskowanych przez powoda dowodów przyczyniłoby się do przedłużenia postępowania. Sąd dopuścił dowód z regulaminu przedmiotowej loterii oraz dowód z pozostałych dokumentów, znajdujących się w aktach administracyjnych.

Należy podkreślić, że wydanie przez Dyrektora Izby Celnej decyzji zezwalającej na przeprowadzenie loterii w oparciu o przedstawiony regulamin, który również podlegał ocenie nie może stanowić dowodu na okoliczność, że sposób realizacji działań promocyjnych i reklamowych powoda, związanych z prowadzeniem loterii był zgodny z prawem i nie stanowił praktyk wprowadzających w błąd. Kwestie te nie były i nie mogą być przedmiotem oceny przy wydawaniu decyzji przez Izbę Celną, jako organ nie posiadający stosownych uprawnień do tego rodzaju oceny. Z tych względów Sąd oddalił zgłoszone przez powoda wnioski dowodowe. Pełnomocnik powoda nie zgłosił zastrzeżeń do powyższego postanowienia dowodowego.

Natomiast odnosząc się do zarzutów powoda dotyczących toku procedury administracyjnej Sąd stwierdził, iż nie mogą być one skutecznie podnoszone w postępowaniu przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Celem tego postępowania nie jest przeprowadzenie kontroli postępowania administracyjnego, ale merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy, której przedmiotem jest spór między stronami powstający dopiero po wydaniu decyzji przez Prezesa UOKiK. W konsekwencji całkowicie bezzasadne okazały się zarzuty powoda podniesione w odwołaniu dotyczące naruszenia przez organ administracji przepisów postępowania prowadzonego w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów tj. art. 6, 7, 8, 12 k.p.a i art. 36 § 1 k.p.a.

Z ustalonego stanu faktycznego sprawy wynika, iż strona była trzykrotnie informowana o przedłużeniu terminu prowadzenia postępowania w pismach z dnia 8 sierpnia 2011 r., z dnia 15 września 2011 r. i z dnia 15 listopada 2011 r. (k. 164, 171, 188). Zgodnie z wymogami ustawowymi powód za każdym razem był informowany zarówno o przyczynach przedłużenia terminu jak i o nowym terminie załatwienia sprawy. Przyczyny przedłużenia terminu najczęściej spowodowane były brakiem odpowiedzi powoda na kierowane do niego pisma. Ponadto spółce (...) Sp. z o.o. na podstawie art. 37 k.p.a przysługiwało prawo wniesienia zażalenia (wezwania do usunięcia prawa) na niezakończoną sprawę w terminie ustawowym oraz przewlekłe prowadzenie sprawy przez Prezesa UOKiK, z którego ten nie skorzystał.

Sąd uznał, że nawet gdyby przyjąć, że w postępowaniu administracyjnym doszło do uchybień proceduralnych to nie mogą one być przedmiotem postępowania sądowego mającego na celu merytoryczne rozstrzygnięcie sporu, bowiem Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zobowiązany jest do wszechstronnego zbadania wszystkich istotnych okoliczności sprawy, przy uwzględnieniu zasad rozkładu ciężaru dowodu i obowiązku stron w postępowaniu dowodowym (vide wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 23 lutego 2007 roku, sygn. akt VI ACa 952/06).



Mając na uwadze przedstawione okoliczności Sąd, wobec braku podstaw do uwzględnienia odwołania powoda oddalił je jako bezzasadne - art. 479<sup>31a</sup> § 1 k.p.c.

O kosztach zastępstwa procesowego orzeczono stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 98 k.p.c. w zw. z § 14 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. 2013. 490).

SSR (del.) Monika Gajdzińska-Sudomir