

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 października 2014 roku

Sąd Okręgowy w Warszawie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący: SSO Jolanta de Heij - Kaplińska

Protokolant: starszy sekretarz sądowy Katarzyna Dawejnis

po rozpoznaniu w dniu 16 października 2014 roku w Warszawie na rozprawie

sprawy z odwołania (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o stwierdzenie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów

na skutek odwołania od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 28 maja 2013 roku Nr (...)

I. oddala odwołanie;

II. zasądza od (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 360,00 (trzysta sześćdziesiąt) złotych tytułem kosztów postępowania.

SSO Jolanta de Heij - Kaplińska

Sygn. akt XVII AmA 105/13

UZASADNIENIE

Decyzją nr (...) z dnia 28 maja 2013r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej jako Prezes UOKiK, Prezes Urzędu) po przeprowadzeniu postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów orzekł, iż:

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 uokik, ustawa), uznaje się za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, określoną w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ww. ustawy, działania (...) S.A. z siedzibą w W. polegające na pominięciu w wiadomościach SMS zachęcających do udziału w konkursie „(...)” istotnych informacji o:

1) nazwie przedsiębiorcy będącego organizatorem konkursu – poprzez brak informacji, że organizatorem konkursu jest (...) S.A. z siedzibą w W., co stanowi nieuczciwą praktykę rynkową, o której mowa w art. 6 ust. 1 i ust. 4 pkt 2 w zw. z art. 4 ust. 1 i 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) istotnych cechach produktu – poprzez brak informacji, że odesłanie na podany numer wiadomości SMS o wskazanej treści jest równoznaczne z przystąpieniem do SMS – owego konkursu pt. „(...)”, którego istotą jest

uzyskiwanie punktów za udzielanie odpowiedzi na zadawane pytania z różnych dziedzin wiedzy, co stanowi nieuczciwą praktykę rynkową, o której mowa w art. 6 ust. 1 i ust. 4 pkt 1 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U. Nr 171, poz. 1206, dalej jako „upnpr”) w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. Nr 144, poz. 1204 ze zm.) oraz godzi w zbiorowe interesy konsumentów, a tym samym stanowi praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów;

3) cenie za wysłanie wiadomości SMS w ramach uczestnictwa w konkursie poprzez podanie informacji o bezpłatnym charakterze zgłoszeniowej wiadomości SMS przy braku informacji o cenie za wysłanie wiadomości SMS w ramach uczestnictwa w konkursie, co stanowi nieuczciwą praktykę rynkową, o której mowa w art. 6 ust. 1 i ust. 4 pkt 3 w zw. z art. 4 ust. 1 i 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 2 ustawy z dnia 18 lipca 2002r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. Nr 144, poz. 1204 ze zm.) 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; telefony komórkowe (...) informacji sugerujących

i stwierdza się zaniechanie jej stosowania z dniem 19 grudnia 2011r.

W jej punkcie drugim na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, z tytułu naruszeń określonych w punkcie drugim sentencji decyzji Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nałożył na spółkę (...) S.A. z siedzibą w W. karę pieniężną w wysokości 141 575,00 (słownie: sto czterdzieści jeden tysięcy pięćset siedemdziesiąt pięć) złotych płatną do budżetu państwa.

(decyzja nr (...) z dnia 28.05.2013r., k. 4).

Odwołaniem z dnia 14 czerwca 2013 r. (...) SA (dalej również jako (...)) zarzuciła Prezesowi UOKiK:

1. naruszenie prawa materialnego tj. art. 24 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez jego błędne zastosowanie, polegające na przyjęciu, że zostały naruszone zbiorowe interesy konsumentów poprzez wysłanie przez powódkę komunikatu SMS zawierającego informację o organizowanym konkursie do zamkniętej grupy stałych klientów powódki, wyselekcjonowanej spośród zarejestrowanych użytkowników serwisu „(...)”;

2. naruszenie prawa materialnego tj. art. 2 ust. 8 ustawy z 23 sierpnia 2007r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, polegające na błędnym zastosowaniu wskazanego przepisu w sprawie niniejszej poprzez przyjęcie, że komunikaty SMS powódki adresowane są do „przeciętnego konsumenta”, a nie dającej się wyodrębnić grupy konsumentów, co miało wpływ na błędne rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie;

3. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 9 ust 2 pkt 1 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną poprzez błędne zastosowanie wskazanego przepisu u sprawie, polegające na pominięciu faktu posługiwania się przez powódkę, we wszelkich kontaktach ze swoimi użytkownikami, oznaczeniem przedsiębiorstwa w postaci znaku towarowego, marki i jednocześnie adresu elektronicznego (...) lub (...) oraz dodatkowo zamieszczania w komunikacie SMS aktywnego linku (...), pod którym dostępne były pełne dane usługodawcy oraz szczegółowe informacje o usłudze tj. zasady udziału w konkursie „(...)”, rodzaje nagród do wygrania, koszty uczestnictwa w konkursie, regulamin konkursu;

4. naruszenie prawa materialnego tj. art. 6 ust. 1 i ust. 4 pkt 1 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną w zw. art. 6 pkt 5 w zw. z art. 6 pkt 6 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym poprzez błędne zastosowanie przepisów polegające na pominięciu w dokonanej ocenie faktu, że komunikat SMS informujący o możliwości dokonania rejestracji w konkursie „(...)” zawierał informacje o cechach istotnych produktu, gdyż zawarty był w nim link (...) łączący użytkownika z mobilną stroną usługi, na której znajdowały się pełne informacje o usłudze a ponadto każdy użytkownik, który wyraził

zainteresowanie usługą, tj. wysłał bezpłatny komunikat SMS pod numer (...), otrzymywał zwrotnie komunikat MMS z kompletem informacji o usłudze, nagrodach, zasadach i linkiem do regulaminu;

5. naruszenie prawa materialnego tj. art. 6 ust. 1 i ust. 4 pkt 3 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną w zw. z art. 6 pkt 5 w zw. z art. 6 pkt 6 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym w zw. z art. 64 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800, ze zm.), poprzez błędne zastosowanie przepisów polegające na pominięciu w dokonanej ocenie faktu, że komunikat SMS informujący o możliwości dokonania rejestracji w konkursie „(...)” zawierał informacje o cechach istotnych produktu, gdyż zawarty był w nim link (...) łączący użytkownika z mobilną stroną usługi, na której znajdowały się pełne informacje o usłudze a ponadto każdy użytkownik, który wyraził zainteresowanie usługą, tj. wysłał bezpłatny komunikat SMS pod numer (...), otrzymywał zwrotnie komunikat MMS z kompletem informacji o usłudze, nagrodach, zasadach i linkiem do regulaminu;

6. naruszenie prawa materialnego tj. art. 6 ust. 1 i ust. 4 pkt 3 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną w zw. z art. 6 pkt 5 w zw. z art. 6 pkt 6 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym w zw. z art. 64 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. prawo telekomunikacyjne poprzez błędne ustalenie stanu faktycznego polegające na pominięciu faktu, że informacja o kosztach udziału w konkursie „(...)” zawarta była w komunikacie SMS informujący o możliwości dokonania rejestracji w konkursie „(...)” zawierał link (...) łączący użytkownika z mobilną stroną usługi, na której znajdowały się pełne informacje o usłudze, kosztach i regulaminie usługi a ponadto każdy użytkownik, który wyraził zainteresowanie usługą, tj. wysłał bezpłatny komunikat SMS pod numer (...), otrzymywał zwrotnie komunikat MMS z kompletem informacji o usłudze, nagrodach, zasadach i linkiem do regulaminu a w przypadku wysłania do użytkownika pytania konkursowego, w treści takiego komunikatu znajdowała się informacja o cenie.

Wskazując na powyższe zarzuty (...) wnosila o uchylenie decyzji w całości.

(odwołanie (...) SA, k. 19).

W odpowiedzi na odwołanie Prezes UOKiK wniósł o jego oddalenie i zasądzenie na swoją rzecz kosztów zastępstwa procesowego.

(odpowiedź na odwołanie, k. 39).

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

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

(dowód: odpis z Krajowego Rejestru Sądowego załączony do pisma Przedsiębiorcy z dnia 17 grudnia 2010r., k. 17- 26 akt administracyjnych).

W ramach prowadzonej działalności (...) SA organizowała w okresach:

- od 19 listopada 2010 r. do 19 grudnia 2010 r.

- od 21 stycznia 2011 r. do 28 lutego 2011 r.,

- od 18 marca 2011 r. do 30 kwietnia 2011 r.,

- od 20 maja 2011 r. do 30 czerwca 2011 r.,

- od 15 lipca 2011 r. do 31 sierpnia 2011 r.,
- od 16 września 2011 r. do 31 października 2011 r.,
- 18 listopada 2011 r. do 31 grudnia 2011 r.

ogólnopolski konkurs SMS o nazwie „(...)”.

(dowód: pismo (...) z dnia 12.01.2012 r., k. 76 akt administracyjnych, Regulaminy Konkursu „(...)”, k. 28-38, 78-112 akt administracyjnych).

Konkurs polegał na udzieleniu odpowiedzi na pytania w zakresie różnych dziedzin wiedzy w tym rozwiązywaniu zadań konkursowych. Uczestnicy otrzymywali te same pytania oraz zadania w tej samej kolejności i na takich samych zasadach i taki sam dla wszystkich był sposób udzielania odpowiedzi. Każdy uczestnik za prawidłowo udzielane odpowiedzi otrzymuje tę samą liczbę punktów.

(dowód: pismo Przedsiębiorcy z dnia 17 grudnia 2010 r., k. 11-16 akt administracyjnych, pismo z dnia 12 stycznia 2012 r., k. 64 akt administracyjnych).

Zasady korzystania z konkursu określone zostały w Regulaminie konkursowym „(...)”. Regulaminy poszczególnych edycji konkursu różniły się między sobą nieznacznie. Zasady konkursu były niezmiennie.

(dowód: Regulaminy Konkursu „(...)”, k. 28-38, 78-112 akt administracyjnych).

Uczestnikami konkursu mogą być wyłącznie osoby fizyczne posiadające zdolność do czynności prawnych, zamieszkałe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoby prawne i jednostki organizacyjne nie posiadające osobowości prawnej w rozumieniu art. 33⁽¹⁾ kodeksu cywilnego, z siedzibą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej posiadającej kartę SIM/RUIM i uprawnione do użytkowania karty SIM/RUIM w sieci (...) lub (...) lub (...), (...) lub (...) we wszystkich typach usług abonamentowych ((...)) i przedpłacowych ((...)). Każdy uczestnik (...) jest rejestrowany i identyfikowany w systemie komputerowym Organizatora za pomocą numeru telefonu, z którego przesłany został SMS rejestracyjny.

Sposób przystąpienia do konkursu określony został w § 3 Regulaminu. Stosownie do treści tego przepisu, przystąpienie do (...) następowało poprzez:

- 1) wysłanie SMS-a rejestracyjnego pod specjalny numer darmowy (...) lub pod numer Specjalny (...), o treści wskazanej w reklamie konkursu, publikowanej m.in. w prasie, Internecie lub innych mediach, albo o treści dowolnej,
- 2) przystąpienie do Programu (...)

Organizator po odebraniu od uczestnika pierwszego SMS-a rejestracyjnego odsyłał do uczestnika bezpłatne komunikaty

- komunikat MMS zawierający informacje na temat (...) wraz z informacją o płatnym numerze SMS Specjalny (...), na który należy wysyłać wszystkie odpowiedzi, informację o sposobie przystąpienia do Programu (...), link (...) umożliwiający zapoznanie się z regulaminem przy pomocy telefonu komórkowego, przed rozpoczęciem udzielania odpowiedzi na pytania dodatkowe i (...),
- komunikat SMS zawierający pierwsze z serii Pytań Dodatkowych dotyczących wyboru nagród, o które uczestnik chce grać (...).

Organizator w Regulaminie konkursowym wskazywał, że wysłanie przez uczestnika SMS-a rejestracyjnego jest równoznaczne z akceptacją treści Regulaminu i zobowiązaniem się stosowania warunków i zasad określonych tym Regulaminem.

(dowód: pismo z 17 grudnia 2010 r., k. 14 akt administracyjnych, § 2 pkt 1, 2 § 3 pkt 1, 2 i 8 Regulaminu konkursu, k. 28-29 akt administracyjnych, k.78 akt administracyjnych, k.88 akt administracyjnych, k. 93 akt administracyjnych, k.103 akt administracyjnych, k.108 akt administracyjnych).

Przystąpienie do (...) poprzez przystąpienie do „Programu lojalnościowego (...)” wymagało od organizatora (...) przesłania informacji bezpłatnym komunikatem SMS o szczegółach dotyczących przystąpienia do programu (§3 ust. 1 pkt 1.2. regulaminu). Regulamin usługi „Programu lojalnościowego (...)” wskazywał, że jest to usługa dostępna dla wszystkich użytkowników (...) sieci (...) (dawne (...)), (...) i (...), (...) (...). Program lojalnościowy (...) to usługa polegająca na odpłatnej subskrypcji specjalnych promocji punktowych przyznawanych w ramach kolejnych edycji konkursu „(...)”. Po zakończeniu danej edycji (...) wiedzy punkty zebrane przez uczestników w ramach programu przeliczane są na specjalne punkty „wapster”. (...) mogą być wymienione na usługi multimedialne w serwisie (...) na (...) pl. Warunkiem skorzystania z usług w serwisie (...) jest posiadane konta zarejestrowanego na numer telefonu, za pomocą którego użytkownik korzysta z programu. Rejestracji konta można dokonać bezpośrednio w serwisie na stronie (...) lub za pomocą telefonu w przeglądarce (...) na stronie (...).

(dowód: regulamin usługi „Programu lojalnościowego (...)”, k. 113-116 akt admin.).

Według postanowienia Regulaminu konkursowego odnośnie systemu płatności za usługę, każde wysłanie SMSa pod numer (...) to koszt 3 złotych netto (3,66 zł lub 3,69 zł z VAT) przewidziany dla wszystkich sieci operatorów (...) - przy czym odbieranie SMSów z numeru (...) jest bezpłatne. Natomiast wysłanie SMS pod numer (...) jest bezpłatne a odebranie SMS z numeru (...).pl w ramach programu zbierania punktów (...) - to koszt 3 złotych netto (3,66 zł lub 3,69 zł z VAT)/SMS.

(dowód: § 3 pkt 5, 6 i 7 Regulaminu konkursowego, k. 28-29 akt administracyjnych k.78 akt administracyjnych, k. 88 akt administracyjnych, k. 93 akt administracyjnych, k.103 akt administracyjnych, k. 108 akt administracyjnych).

Regulamin konkursu był dostępny na stronie internetowej (...) dla użytkowników telefonu komórkowego przy pomocy przeglądarki internetowej (...) bezpośrednio z telefonu komórkowego.

(okoliczność bezsporna).

(...) wysyłał osobom, które zarejestrowały swój numeru telefonu w konkursie, wiadomości SMS z pytaniami konkursowymi - Pytaniami Standardowymi i Pytaniami Dodatkowymi. Uczestnictwo w konkursie polegało na wysyłaniu przez abonentów uczestniczących w konkursie wiadomości SMS z odpowiedziami na pytania zadawane przez organizatora konkursu na numer Specjalny (...) (o podwyższonej opłacie), dodatkowe punkty można było także uzyskać za uczestnictwo w specjalnych promocjach – (...) i (...)

Quiz składał się z ponad 5500 pytań o różnym poziomie trudności. Każde z pytań oraz zadań miało z góry określoną ilość punktów, jakie można uzyskać za udzielenie poprawnej odpowiedzi. W efekcie wysłania wiadomości SMS z odpowiedzią na pytanie konkursowe uczestnik konkursu otrzymywał od Spółki wiadomości SMS z informacją o przyjęciu odpowiedzi na Pytanie Dodatkowe, o prawidłowości odpowiedzi na Pytanie Standardowe, (...), ilości uzyskanych punktów za daną odpowiedź, finałach gry o nagrody z danej klasyfikacji. O pozycji zajmowanej w klasyfikacji generalnej, tygodnia czy dnia uczestnik mógł dowiedzieć się wysyłając wiadomość SMS o określonej treści na numer (...) (koszt 3,66 zł lub 3,69 zł).

Za każdą prawidłową odpowiedź na pytanie konkursowe – wysłaną (...) (...) (...) na numer (...) – uczestnik otrzymywał określoną liczbę punktów. Wyłonienie zwycięzcy nagrody w etapach dziennych, tygodniowych oraz etapu głównego odbywało się na podstawie liczby punktów zdobytych przez uczestników, na zasadach określonych w Regulaminie.

(dowód: Regulaminy Konkursu „(...)”, k. 28-38, 78-112 akt administracyjnych).

Komunikat SMS zachęcający do udziału w konkursie zawierał maksymalnie 160 znaków. Całość przekazu informacyjnego do potencjalnego uczestnika składała się z trzech elementów: komunikat SMS – tizer reklamowy, aktywna strona (...) zaszyta w komunikacie SMS, komunikat MMS z zasadami konkursu i regulamin.

(dowód: odwołanie k. 32-37 akt sądowych, pismo Przedsiębiorcy z 12 stycznia 2012 r., k. 65 akt administracyjnych).

Dane o organizatorze konkursu umieszczone były w treści komunikatu tekstowego SMS przez link do przeglądarki internetowej (...).

(dowód: pismo Przedsiębiorcy z 12 stycznia 2012 r., k. 66 i 68 akt administracyjnych).

Organizator informował potencjalnych uczestników o możliwości przystąpienia do konkursu komunikatami tekstowymi SMS o treści:

„To prawda! Wygrywasz gwarantowaną nagrodę w grze o 100.000zł lub (...)! Po odbior slij za Darmo sms: (...)na (...)! Gratulujemy! Reg: (...) 3,66 zł/sms”

„(...) 1 SMSa o treści (...) na nr (...) (...) o 100.00(...) 3,66zł/sms”.

„Przecież piszemy: Komisja ds. Nagrody przyznaje Ci Nagrodę Gwarantowaną w grze o 100.000zł! Po odbior slij sms: (...) na DARMOWY nr (...)! GRATULUJEMY ! (...)”

„Jesteśmy zdziwieni, że nie chcesz odebrać GWARANTOWANEJ NAGRODY w GRZE o 100.000 zł ! W. za DARMO sms: (...)na nr (...)! WOW ! GRATULUJEMY ! (...)”

„TO JEST ZAWIADOMIENIE O NAGRODZIE! W grze o 100.000zł Nagroda gwarantowana trafia do CIEBIE! TAK! Odeslij tylko darmowy sms (...) na (...) GRATULACJE ! (...)”

(dowód: pismo Przedsiębiorcy z 17 grudnia 2010 r., k. 47 akt administracyjnych , pismo z 12 stycznia 2012 r., k. 66 akt administracyjnych)

(...) nie dysponowała wewnętrznymi dokumentami określającymi zasady i sposób informowania abonentów i użytkowników o prowadzonym konkursie. W piśmie z dnia 17 grudnia 2010 r. wskazała, że wysyłki komunikatów SMS realizowane były w sposób zautomatyzowany przez systemy komputerowe wykorzystywane do obsługi aplikacji quizu a kierowane były do osób zarejestrowanych będących klientami usługi lub serwisu (...) (...). W kolejnym piśmie z dnia 12 stycznia 2012 r. (...) oświadczyła, że informowała o konkursie komunikacją SMS/MMS/(...) kierowaną do wyselekcjonowanych indywidualnie użytkowników serwisu (...).pl. (...) SMS/MMS/(...) kierowana była do indywidualnych użytkowników spółki, którzy znają jej usługi oraz z nich korzystają. Tak samo w piśmie z dnia 5 marca 2013 r. (...) twierdziła, że informacja szła wyłącznie do oznaczonej grupy klientów Spółki, którzy nie tylko wyrazili na to zgodę, ale też wyrażali zainteresowanie tego typu akcjami. Komunikat SMS kierowany był do „naszych klientów, czyli podmiotów znających i korzystających z naszych usług”.

(dowód: pismo Przedsiębiorcy z 17 grudnia 2010 r., k. 14, 15 akt administracyjnych, z dnia 12 stycznia 2012 r. k. 64, 75 akt administracyjnych, z dnia 5 marca 2013 r., k. 142 akt administracyjnych,

Przychód Przedsiębiorcy w 2012 r. wyniósł 62 922 357,93 zł.

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

Sąd oddalił wniosek dowodowy z eksperymentu na okoliczność sposobu prezentacji na telefonie informacji o nazwie przedsiębiorcy, istotnych cechach produktu i cenie za wysłanie wiadomości SMS w ramach uczestnictwa w konkursie, ponieważ dotyczył twierdzeń o faktach, które nie były sporne między stronami.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 uokik 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).

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

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

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

Bezprawność przypisanej (...) praktyki wywodzi się więc z naruszenia 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 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). Powołany przepis art. 4 ust. 1 upnpr ma charakter klauzuli generalnej, która w celu wykazania stosowania danej praktyki wymaga odpowiedniej konkretyzacji. Z kolei art. 4 ust. 2 upnpr zawiera otwarty katalog nieuczciwych praktyk rynkowych i wyróżnia m.in. praktyki rynkowe wprowadzające w błąd. Praktyki te mogą polegać zarówno na działaniu (art. 5) jak i zaniechaniu (art. 6), przy czym nie są one zakazane w każdych okolicznościach (art. 7). Oznacza to, że przypisanie przedsiębiorcy stosowania praktyk rynkowych wprowadzających w błąd wymaga odniesienia zarówno do ogólnej definicji nieuczciwej praktyki rynkowej zawartej w art. 4 ust. 1 upnpr, jak również definicji praktyki wprowadzającej w błąd zawartej w art. 5 lub art. 6 upnpr.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 upnpr praktykę rynkową uznaje się za zaniechanie wprowadzające w błąd, jeżeli pomija istotne informacje potrzebne przeciętnemu konsumentowi do podjęcia decyzji dotyczącej umowy i tym samym powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął. W przypadku propozycji nabycia produktu, za istotne informacje, o których mowa w ust. 1, uznaje się w szczególności:

- 1) istotne cechy produktu w takim zakresie, w jakim jest to właściwe dla danego środka komunikowania się z konsumentami i produktu;
- 2) imię, nazwisko (nazwę) i adres przedsiębiorcy (siedzibę) oraz przedsiębiorcy, na którego rzecz działa;

3) cenę uwzględniającą podatki lub, w przypadku gdy charakter produktu nie pozwala w sposób racjonalny na wcześniejsze obliczenie ceny, sposób, w jaki cena jest obliczana, jak również wszelkie dodatkowe opłaty za transport, dostawę lub usługi pocztowe lub, w sytuacji gdy wcześniejsze obliczenie tych opłat nie jest w sposób racjonalny możliwe, informację o możliwości powstania takich dodatkowych kosztów.

O zbiorowym interesie konsumentów nie świadczy suma indywidualnych interesów, a naruszenie należy utożsamiać z potencjalną gotowością bezprawnego godzenia. Taka potencjalna gotowość istnieje tak długo, jak długo (...) SA może kierować komunikaty SMS/MMS o spornej treści do nieograniczonej grupy konsumentów. Każdy może stać się adresatem takiego komunikatu. Wbrew twierdzeniom (...) adresatem komunikatu nie była wyselekcjonowana grupa, którą można by wyodrębnić jako grupę tworzącą ponad przeciętny model konsumenta.

(...) podawał sprzeczne twierdzenia, mianowicie (i) w piśmie z dnia 17 grudnia 2010 r. (...) oświadczył, że nie dysponuje wewnętrznymi dokumentami określającymi zasady i sposób informowania abonentów i użytkowników o prowadzonym konkursie (k. 14 akt admin.). Konkurs jest dla abonentów telefonów komórkowych (podk. Sądu), którzy spełniają zasady określone w §2 regulaminu. Uczestnicy rejestrowani są w systemie komputerowym obsługującym quiz wyłącznie za pomocą numeru telefonu komórkowego. (...) jest administratorem bazy danych osobowych serwisu (...) na tej podstawie promuje konkurs wśród użytkowników serwisu (podk. Sądu). Komunikaty informujące o konkursie realizowane są na podstawie indywidualnego zamówienia użytkowników (k. 12 akt admin.). Wysyłki komunikatów SMS realizowane są w sposób zautomatyzowany przez systemy komputerowe wykorzystywane do obsługi aplikacji quizu a kierowane są do osób zarejestrowanych będących klientami usługi lub serwisu (...) (...) (k. 15 akt admin.); (ii) w piśmie z dnia 12 stycznia 2012 r. (...) oświadczyła, że informowała o konkursie komunikacją SMS/MMS/(...) kierowaną do wyselekcjonowanych indywidualnie użytkowników serwisu (...) .pl (k. 64 akt admin.). Komunikacja kierowana była do indywidualnych użytkowników naszej spółki, którzy znają nasze usługi oraz z nich korzystają (k. 75 akt admin.).

Zarówno z regulaminów konkursu „(...)”, oraz regulaminu usługi (...) wynika, że uczestnikiem konkursu był abonent telefonu komórkowego w sieci (...). Takie było też pierwsze twierdzenie (...), gdzie Spółka dzieliła uczestników na abonentów i użytkowników serwisu. Następne twierdzenia w postępowaniu administracyjnym i odwołaniu koncentrują się na zawężeniu adresatów komunikatu do użytkowników. Ciężar dowodu, iż komunikat SMS był kierowany tylko do użytkowników - grupy klientów Spółki, spoczywa na (...). Jest to tym bardziej sprawą dowodu (...), gdyż jej stanowisko jest sprzeczne z zasadami (...). Wniosek z zasad korzystania z programu jest taki, że aby skorzystać z usług w serwisie (...) (nabytych w czasie konkursu) trzeba posiadać konto zarejestrowane na numer telefonu, za pomocą którego użytkownik korzysta z programu. „Rejestracji konta można dokonać bezpośrednio w serwisie na stronie (...) lub za pomocą telefonu w przeglądarce (...) na stronie (...)”. Taka informacja świadczy o następującej kolejności, najpierw użytkownik bierze udział w programie, a później rejestruje się w serwisie.

(...) nie udowodniła, że komunikat był wysłany tylko do tych użytkowników, którzy łącznie spełniali przesłanki: (i) byli zarejestrowanymi użytkownikami serwisu (...), (ii) wyrazili zgodę na otrzymywanie informacji o dostępnych w tym serwisie usługach i nowościach, ((...)) korzystali w przeszłości z usług o podobnym profilu (z jaką częstotliwością, z jakich kategorii usług, od kiedy są użytkownikiem serwisu), (iv) bądź zapisali się na specjalne newslettery.

Prezes Urzędu na podstawie zgromadzonego w sprawie w postępowaniu administracyjnym materiale dowodowym (regulaminy) i wyjaśnieniach (...) miał podstawy do przyjęcia, że konsumentem jest każdy konsument korzystający z usług telekomunikacyjnych za pośrednictwem telefonu komórkowego. Co prawda Prezes Urzędu nie odniósł się do modelu konsumenta przedstawionego przez (...) w piśmie procesowym z dnia 9 maja 2013 r., ale wskazał jaki konsument musi być wzięty pod uwagę w niniejszej sprawie (k. 176 akt admin., strona 13 uzasadnienia decyzji).

Model przeciętnego konsumenta został ujęty w słowniku ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Ustawa niniejsza dokonała wdrożenia dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniającej dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/

WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady („dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych”) (Dz.Urz. UE L 149 z 11.06.2005, str. 22).

Zgodnie z motywem 18 dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych, w razie gdy określona praktyka handlowa przeznaczona jest dla szczególnej grupy konsumentów, oddziaływanie tej praktyki należy oceniać z perspektywy przeciętnego członka tej grupy. Zgodnie z tym motywem, w celu ustalenia typowej reakcji przeciętnego konsumenta w danym przypadku sądy krajowe muszą polegać na własnej umiejętności oceny. Motyw 19 kładzie nacisk na kategorię konsumentów szczególnie podatnych na określoną praktykę handlową i na ich odpowiednią ochronę poprzez ocenę danej praktyki z perspektywy przeciętnego członka takiej grupy. Artykuł 5 ust. 2 lit. b) dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych definiuje nieuczciwy charakter praktyki handlowej poprzez odniesienie do szczególnej grupy konsumentów, do których praktyka ta jest skierowana.

Przepisy ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym posługują się pojęciem przeciętnego konsumenta, w odniesieniu do którego powinna być dokonana ocena każdej praktyki rynkowej.

Art. 2 pkt 8 upnpr za przeciętnego uznaje konsumenta, który jest dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny. Wymaga zarazem dokonania oceny tych cech z uwzględnieniem czynników społecznych, kulturowych, językowych i przynależności danego konsumenta do szczególnej grupy konsumentów, przez którą rozumie się dającą się jednoznacznie zidentyfikować grupę konsumentów, szczególnie podatną na oddziaływanie praktyki rynkowej lub na produkt, którego praktyka rynkowa dotyczy, ze względu na szczególne cechy, takie jak wiek, niepełnosprawność fizyczna lub umysłowa. Na tle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wykształcił się model przeciętnego konsumenta (odbiorcy), który jest "rozsądnie", "dostatecznie", "w miarę" dobrze poinformowany oraz "rozsądnie", "dostatecznie", "w miarę" spostrzegawczy i ostrożny (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 marca 2014 r., III SK 34/13, LEX nr 1463897).

W niniejszej sprawie adresatem wiadomości SMS zachęcających do udziału w konkursie „(...)” był każdy konsument korzystający z usług telekomunikacyjnych za pośrednictwem telefonu komórkowego. Jak Sąd powyżej doszedł do wniosku, odwołujący nie udowodnił, aby jego działania dotyczyły ściśle określonej grupy osób „ wyłącznie wybrani zarejestrowani i aktywni użytkownicy serwisu, którzy zostali wyselekcjonowani wg ściśle określonych kryteriów, tj. np. zgoda na otrzymywanie informacji handlowych i uczestnictwo w podobnych akcjach lub wskazane zainteresowanie tego typu usługami, aktywność w serwisie” tym bardziej, że „ grupa abonentów, którzy zdecydowali się na utworzenie szczególnej więzi z serwisem (...) poprzez rejestrację konta, jest zatem specyficzna i stosunkowo nieliczna, bowiem nigdy nie była większa niż zaledwie kilka procent ogółu Abonentów sieci (...) w Polsce” (k. 64). Na tle niniejszej sprawy nie można wyodrębnić modelu takiego konsumenta, który jest bardziej zorientowany poza klasycznymi atrybutami przeciętnego konsumenta „dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny”.

W ocenie (...) specyfika klienta wynika z tej okoliczności, że jest on zarejestrowanym użytkownikiem serwisu (...).pl, czyli podmiotem znającym i korzystającym z usług (...) oraz zainteresowanym usługami (zgoda na otrzymywanie informacji, korzystający w przeszłości, zapisany na newsletter) a przez to znającym marki (...) Spółka wskazując grupę docelową swoich klientów nie udowodniła, aby do takiej grupy były kierowane SMS.

Fakt, że (...) zawsze podawała markę usługi (...).pl, która jest tożsama z adresem elektronicznym nie podważa trafności zarzutu opartego na art. 9 ust.2 pkt 1 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną.

(...) podnosiła, że jest właścicielem marki (...) i (...), które są jej znakami towarowymi stosowanymi do identyfikacji firmy. (...) według wyjaśnień Spółki to specjalistyczny branżowy serwis pod adresem (...) prowadzony od 2001 (znak towarowy R- (...)). (...) jest marką związaną z serwisem (...).pl i użytkownikami (...) wykreowaną w kwietniu 2009 r. również jako specjalistyczny serwis branżowy pod adresem (...) pl. (...) samego początku wykreowania marki (...) prowadziła m.in. w serwisie (...).pl kampanię wizerunkową po to aby skojarzyć ją jednoznacznie z nową kategorią usług o charakterze rozrywkowym, tj. konkursami i quizami. (...) zawsze stosował charakterystyczną pisownię (...) i znak słowno-graficzny jako adres elektroniczny i jako oznaczenie usługi quiz o nazwie „(...)”.

(...) twierdziła, że nie można zgodzić się z tezą, że mogła wprowadzać własnych użytkowników w błąd stosując charakterystyczne oznaczenie usługi (...).pl.

Zdaniem Prezesa Urzędu zwrot (...) w żaden sposób nie nawiązuje do nazwy podmiotu będącego organizatorem konkursu tj. (...) SA. Zwrot to adres elektroniczny podmiotu, gdzie umieszczono informacje o produkcie. Prezes UOKiK podniósł dodatkowo, że nie było umieszczonego zwrotu (...) Po drugie, zwrot (...) jest stosowany na oznaczenie jednej z usług, co nie oznacza, że każdy z użytkowników zarejestrowany w tym serwisie ma wiedzę o tej usłudze. Dokonanie rejestracji w serwisie nie wiąże się z koniecznością aktywnego i systematycznego odwiedzania wskazanej strony internetowej. Nie można przyjąć, że konsumenci „doskonale znali markę (...) i identyfikowali z nią powódkę”.

Prawdą jest, że znak towarowy może stanowić identyfikację podmiotu. Nie jest jednak tak, że wystarczy podać znak słowno-graficzny, aby uczynić zadość obowiązkowi z art. 9 ust.2 pkt 1 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną w związku z art. 6 ust. 1 i ust. 4 pkt 2 upnpr. Stanie się tak tylko wtedy, gdy znak cieszy się powszechną znajomością albo zostanie udowodnione, że ma taką znajomość wśród określonego kręgu odbiorców i jest przypisywany określonemu podmiotowi.

Zgodnie z art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną informacja handlowa winna zawierać oznaczenie podmiotu, na którego zlecenie jest ona rozpowszechniana, oraz jego adresy elektroniczne. Przepis ten jest wdrożeniem art. 6 dyrektywy 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym) (2000/31/WE) (Dz.U.UE L z dnia 17 lipca 2000 r.) stanowiącego, że: "(...) Państwa Członkowskie zapewniają, żeby informacje handlowe, które stanowią część usługi społeczeństwa informacyjnego lub które stanowią taką usługę, spełniały co najmniej następujące warunki: (...) b) osoba fizyczna lub prawna, w imieniu której udziela się informacji handlowej, jest wyraźnie rozpoznawalna; (...)”.

Wbrew stanowisku (...), Prezes nie musi przedstawić badań przeprowadzonych na grupie adresatów przekazu, które pozwoliłyby na postawienie tezy o braku znajomości marki (...) wśród zarejestrowanych użytkowników serwisu prowadzonego przez (...). Jeżeli (...) chce udowodnić taką znajomość znaku towarowego winna najpierw dowieść istnienia grupy użytkowników posiadających określone cechy a następnie znajomości marki w tej grupie. Stanowisko (...) nie daje takiego przekonania, bowiem utworzenie konta jest serwisie (...).pl jest dobrowolne, można pozostać jednorazowym klientem i nie odwiedzać strony w czasie, gdy znak był przedmiotem kampanii wśród użytkowników serwisu (...) i multikomunikatora (...) (k. 68). Rejestracja w tym serwisie i założenie konta nie wymaga posiadania szczególnych cech lub właściwości. Częstotliwość odwiedzin zarejestrowanego użytkownika na stronie serwisu również nie jest znana, podobnie jak fakt, czy serwis (...).pl, na którym była kampania marketingowa (...) jest utożsamiany z (...) SA. O ile faktem powszechnie znanym jest istnienie grupy osób, która korzysta z gier komputerowych i mobilnych, o tyle kierowanie komunikatów SMS/MMS do takiej wyselekcjonowanej grupy nie zostało udowodnione.

(...) twierdziła, że informowała użytkowników o istotnych cechach produktu bowiem w komunikacie SMS informującym o urządzaniu konkursu zawarty był link (...). Link ten umożliwiał połączenie ze specjalną stroną serwisu, gdzie dostępne są pełne informacje tj. dane przedsiębiorstwa, adresy, formularz kontaktowy, regulamin, opis usługi. Klienci (...) znają specyfikę komunikacji stosowaną przez Spółkę.

Przez praktykę rynkową rozumie się działanie lub zaniechanie przedsiębiorcy, sposób postępowania, oświadczenie lub informacje handlową, w szczególności reklamę i marketing, bezpośrednio związane z promocją lub nabyciem produktu przez konsumenta. Pojęcie produktu ma znaczenie szerokie i obejmuje każdy towar lub usługę (art. 2 pkt 3 i 4 upnpr).

Produktem w niniejszej sprawie jest SMS-owy konkurs „(...)” i udział w nim na zasadach określonych w regulaminie. Działania (...) polegające na wysyłaniu wiadomości SMS w ramach tego konkursu nie zawierały o nim żadnej informacji (załącznik nr 3 do pisma z dnia 17 grudnia 2010 r., k. 47 akt admin.). Przekaz komunikatów SMS

posługiwał się sformułowaniami „nagroda gwarantowana”, „wygrywasz”, „po odbiór odeślij” „proszony o pilne wysłanie” sugerującymi otrzymanie nagrody za uczestnictwo w bliżej nie sprecyzowanej grze. Gratulacje oznaczają wyrazy uznania składane komuś z okazji jakiegoś sukcesu lub szczęśliwego wydarzenia (Słownik Języka Polskiego). Tymczasem odesłanie SMS na numer darmowy oznaczało rejestrację udziału w konkursie. Fakt, że odesłanie SMS uprawniało do otrzymania nagrody gwarantowanej nie zmienia istoty stawianego zarzutu. W kierowanych komunikatach SMS nie ma żadnej informacji o możliwości przystąpienia do gry, ani, że odesłanie SMS jest równoznaczne z rejestracją w niej udziału. Sposób konstrukcji komunikatu nie pozwalał wywnioskować, że produktem jest quiz wiedzy rozciągający się w czasie a nie przybierający formę jednorazowej gry.

Przeciętność konsumenta z założeń ustawy o nieuczciwych praktykach rynkowych odnosi się do jego wiedzy i predyspozycji intelektualnych. Z jednej strony można wymagać od niego pewnego stopnia wiedzy i orientacji w rzeczywistości, a z drugiej - nie można uznać, że jego wiedza jest kompletna i profesjonalna i że konsument nie ma prawa pewnych rzeczy nie wiedzieć. Specyfika języka reklam nie uzasadnia zakładania przez ostrożnego konsumenta, że podawane mu w przekazie reklamowym informacje na temat istotnych cech reklamowanego produktu są niepełne i dla zdobycia pełnej wiedzy winien zasięgnąć dodatkowych informacji umieszczonych na stronie serwisu przez link (...). 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 takie podejście przedsiębiorcy, które zakłada, że przez to, iż konsument zna specyfikę języka reklamy, zatem winien zakładać jej umowność, przesadę i podchodzić do niej z dystansem. Rzetelne pozyskanie wiedzy następuje już niejako na innym poziomie relacji między stronami wymagających dokładniejszych informacji. Przy takim założeniu w zasadzie nie ma znaczenia konstrukcja modelu konsumenta, bo nieważna jest wiedza i cechy mentalne konsumenta, tylko zaakceptowanie kanonu języka reklamy zakładającego odesłanie zainteresowanego konsumenta do szczegółów reklamy na następnej płaszczyźnie kontaktów.

Nie zmienia powyższej oceny fakt, że informacja była częściowo prawdziwa (były przyznawane nagrody gwarantowane niejako za rejestrację, k. 75 akt admin.). Przekaz dla odkodowania jego treści wymagał od konsumenta podjęcia już czynności sprawdzających i sięgnięcia po szczegółowe informacje do regulaminu. Konsument w świetle treści komunikatu nie miał jednak żadnych podstaw do podejrzeń, że informacje zamieszczone w wiadomości SMS były niepełne przez co mogły wprowadzać go w błąd. Konsument musi być uważny, ostrożny, racjonalny ale nie można wymagać, aby poszukiwał pułapek na każdym kroku. Jeżeli konsument podjąłby czynności sprawdzające byłby to skutek wpływu reklamy 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, który to wpływ nie musi wystąpić bezpośrednio po zapoznaniu się konsumenta z komunikatem handlowym. Nie można wykluczyć, że konsument podejmie dalsze działania przed faktycznym dokonaniem zakupu.

(...) SA twierdziła, że Prezes UOKiK pominął przepisy ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. prawo telekomunikacyjne, które mają zastosowanie w przedmiocie sposobu publikacji informacji o cenie związanej z wysłaniem SMS (art. 64 ust. 2 PT) oraz art. 8 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną nakładający na spółkę obowiązek nieodpłatnego udostępnienia regulaminu świadczenia usług drogą elektroniczną przed zawarciem umowy o świadczenie takich usług. (...) SA uznawała, że zapewniła możliwość zapoznania się z regulaminem usługi. Każdy użytkownik zainteresowany usługą mógł w łatwy sposób poprzez link pozyskać komplet informacji przed zamówieniem usługi.

Nie jest zasadne twierdzenie (...), że informowała użytkowników o cenie za wysłanie wiadomości SMS w ramach uczestnictwa w konkursie. Skoro wysyłane komunikaty SMS posługujące się sformułowaniem „darmowy” miały za zadanie rejestrację w konkursie, to (...) miała obowiązek podać informacje na temat cen konkursu, do którego rejestrację przeprowadzała. Regulamin konkursu wskazywał, że już wysłanie SMS-a rejestracyjnego jest

przystąpieniem do quizu (§3 ust. 1). Bez znaczenia dla zarzucanej praktyki jest okoliczność, że uczestnik mógł się z konkursu wycofać. Udzielane informacje mają umożliwić konsumentowi świadomą decyzję co do zawarcia umowy, a wtórną rzeczą są przewidziane możliwości rozwiązania umowy, do której konsument przystąpił nie mając pełnej wiedzy o jej istotnych zasadach. Jako wprowadzające w błąd zawsze są traktowane praktyki, które prezentują produkt jako "gratis", "darmowy", "bezpłatny" lub w podobny sposób, jeżeli konsument musi uiścić jakąkolwiek należność, z wyjątkiem bezpośrednich kosztów związanych z odpowiedzią na praktykę rynkową, odbiorem lub dostarczeniem produktu (art. 7 pkt 20 upnpr).

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.

Odnosnie kwestii zasadności zastosowania w niniejszej sprawie kary pieniężnej i jej wysokości należy podkreślić, że kara nałożona na odwołującego uwzględnia w należyty sposób okoliczności stwierdzonego naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumenta. Faktem jest, że ma ona charakter fakultatywny, o czym przesądza treść art. 106 ust. 1 uokik. Jednakże nie można zapominać, że nakładanie kar pieniężnych (względnie samo zagrożenie nimi) stanowi istotny instrument, który przyczynić się ma do przestrzegania przepisów ustawy antymonopolowej przez przedsiębiorców (oraz ich związki), a także stosowania się przezeń do treści orzeczeń organów antymonopolowych. Kara pieniężna za stosowanie praktyk antykonkurencyjnych ma charakter represyjno-wychowawczy i jest ona nakładana i 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). W doktrynie przyjmuje się, iż przewidziane w komentowanej ustawie kary mają charakter penalny (M. Król-Bogomilska, Kary pieniężne w prawie antymonopolowym, Warszawa 2001, s. 37-40).

Jednocześnie wymiar kary ustalony w zaskarżonej decyzji uwzględnia dyrektywy określone w art. 111 uokik, tj. okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także przychody osiągane przez odwołującego.

Odwołujący stosował praktykę ujawniającą się na etapie przedkontraktowym przez okres przekraczający rok w powtarzających się edycjach. Naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów było co najmniej nieumyślne. Przekazy wprowadzały w błąd poprzez pominięcie nazwy organizatora, istotnych cech i ceny produktu „(...)” w celu pozyskiwania klientów do udziału w konkursie opierającym się na udzielaniu płatnych odpowiedzi w kilkutygodniowym okresie. Ustalona kwota bazowa (0,25%) za praktyki odnosiła się do przychodu (...) ((...)zł) i uwzględniała okoliczność obciążającą w postaci ogólnopolskiego zasięgu działalności (podwyższenie o 20%). Z kolei za zmniejszeniem wymiaru kary o 30% przemawiało zaniechanie stosowania zarzucanych praktyk. Wynik tych działań zamknął się kwotą 141 575 zł (...) przychodu).

Jak już wskazywano, kara pieniężna, o której mowa, ma pełnić funkcję prewencji szczególnej i ogólnej, a więc być zarówno realną, odczuwalną dolegliwością dla ukaranego podmiotu, będącą reakcją na naruszenie przepisów, ale także wyraźnym ostrzeżeniem na przyszłość, zapobiegającym powtarzaniu nagannych zachowań. Zmniejszenie jej wysokości, która 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. Karę należy uznać za adekwatną i w żadnym razie nieprzekraczającą stopnia zawinienia podmiotu ukaranego. Odwołujący nie powoływał się na trudną sytuację materialną uniemożliwiającą uregulowanie kary. Nie można pominąć w ocenie Sądu faktu, że zgłoszenie do konkursu wysłało 809 184 użytkowników, nie podjęło aktywnego udziału 540 293 użytkowników a 25 376 wysłało SMS blokującego (pismo z 12 stycznia 2012 r., k. 77 akt admin.) Wysłanie SMS blokującego na (...) było płatne, po 18 marca 2011 r. doszła bezpłatna opcja wysłania na numer (...). Wobec braku informacji na jakie numery wpłynęły SMS blokujące, można zasadnie przyjąć, że sam koszt SMS liczonych po 3,69 zł wyniósł 93 637,44 zł. Żeby uznać karę za rażąco wygórowaną musiałby wystąpić drastyczna

dysproporcja pomiędzy czynem i karą oraz możliwościami finansowymi podmiotu. Zestawienie szkody konsumentów 93 637,44 zł z nałożoną na (...) karą 141 575 zł przeczy nieadekwatności i braku proporcjonalności kary.

Z tych względów odwołanie należało oddalić jako bezzasadne na podstawie art. 479^{31a} § 1 k.p.c.

Uznając odwołującego za przegrywającego sprawę stosownie do przepisu art. 98 k.p.c. związku z art. 98 § 3 k.p.c. w związku z art. 99 k.p.c. zaliczono do niezbędnych kosztów procesu poniesionych przez Prezesa UOKiK wynagrodzenie radcy prawnego należne stosownie do § 14 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 490) w wysokości 360 zł.

SSO Jolanta de Heij - Kaplińska