



PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
MAŁGORZATA KRASNODEBSKA-TOMKIEL

DDK-61-3/11/EK

Warszawa, dn. 30 grudnia 2011 r.

DECYZJA Nr DDK 11/2011

I. Na podstawie art. 27 ust. 1 i 2 w zw. z art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, **Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznaje za praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów** działania Telecom Media S.A. z siedzibą w Warszawie polegające na:

1) wykonywaniu połączeń głosowych (IVR) oraz wysyłaniu krótkich wiadomości tekstowych (SMS), nakłaniających do udziału w konkursie „Wielki Quiz z Nagrodami. Edycja IX”, do konsumentów będących użytkownikami numerów telefonicznych (MSISDN), którzy uprzednio nie wyrazili zgody na otrzymywanie od Telecom Media S.A. informacji handlowych skierowanych do oznaczonego odbiorcy za pomocą środków komunikacji elektronicznej lub na używanie wobec nich przez Telecom Media S.A. automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, co stanowi naruszenie art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. Nr 144, poz. 1204 ze zm.) oraz art. 172 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171 poz. 1800 ze zm.) oraz stanowi agresywną praktykę rynkową, o której mowa w art. 9 pkt 3 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz. 1206) oraz godzi w zbiorowe interesy konsumentów, a tym samym stanowi praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, o której mowa w art. 24 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów;

2) pominięciu w wiadomościach SMS zachęcających do udziału w konkursie „Wielki Quiz z Nagrodami. Edycja IX” istotnych informacji o:

- nazwie przedsiębiorcy będącego organizatorem konkursu – poprzez brak informacji, że organizatorem konkursu jest Telecom Media S.A. z siedzibą w Warszawie;
- 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;
- cechach produktu - poprzez brak informacji, że warunki uczestnictwa w konkursie zostały określone w regulaminie konkursu zamieszczonym na stronie internetowej, a wysłanie zgłoszeniowej wiadomości SMS stanowi akceptację postanowień przedmiotowego regulaminu;

co stanowi nieuczciwą praktykę rynkową, o której mowa w art. 6 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz. 1206) w zw. z art. 9 ust. 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 której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów;

3) wysyłaniu konsumentom, którzy wzięli udział w konkursie „Wielki Quiz z Nagrodami. Edycja IX”, krótkich wiadomości tekstowych (SMS) o treści wywołującej wrażenie, że konsument już uzyskał lub uzyska nagrodę po wysłaniu krótkiej wiadomości tekstowej (SMS) z odpowiedzią na pytanie konkursowe, co stanowi nieuczciwą praktykę rynkową, o której mowa w art. 9 pkt 8 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz. 1206) oraz godzi w zbiorowe interesy konsumentów, a tym samym stanowi praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów;

i stwierdza zaniechanie ich stosowania z dniem 25 października 2010 r.

II. Na podstawie art. 26 ust. 2 w zw. z art. 27 ust. 4 w zw. z 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.), po przeprowadzeniu postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, **Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nakazuje** Telecom Media S.A. z siedzibą w Warszawie publikację niniejszej decyzji w całości, w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się decyzji, na koszt Telecom Media S.A., na stronie internetowej przedsiębiorcy, działającej pod adresem www.telecommedia.pl, w ten sposób, że:

a) tekst decyzji zostanie zamieszczony na podstronie domeny telecommedia.pl zawierającej wyłącznie tekst decyzji, czarną czcionką Times New Roman, nie mniejszą niż 12 punktów, na białym tle, przy czym przedmiotowa podstrona będzie utrzymywana przez okres 3 miesięcy;

b) odnośnik stanowiący odesłanie do podstrony, o której mowa w lit. a) powyżej, w formie ramki zawierającej tekst „Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 31 grudnia 2011 r.”, czarną czcionką Times New Roman nie mniejszą niż 10 punktów, na białym tle, zostanie zamieszczony na stronie głównej www.telecommedia.pl, przy czym przedmiotowy odnośnik będzie utrzymywany przez okres 3 miesięcy.

III. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, **Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nakłada na Telecom Media S.A. z siedzibą w Warszawie karę pieniężną** płaćną do budżetu państwa w wysokości:

1) 18 851 zł (słownie: osiemnaście tysięcy osiemset pięćdziesiąt jeden złotych i 0/100 groszy) z tytułu stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, w zakresie opisanym w pkt. I.1 sentencji decyzji.

2) 31 418 zł (słownie: trzydzieści jeden tysięcy czterysta osiemnaście złotych i 0/100 groszy) z tytułu stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, w zakresie opisanym w pkt. I.2 sentencji decyzji.

3) 62 836 zł (słownie: sześćdziesiąt dwa tysiące osiemset trzydzieści sześć złotych i 0/100 groszy) z tytułu stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, w zakresie opisanym w pkt. I.3 sentencji decyzji.

UZASADNIENIE

W dniu 30 września 2010 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zwany dalej „Prezesem Urzędu”, wszczął na podstawie art. 48 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 i 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), zwanej dalej „uokik”, postępowanie wyjaśniające (sygn. akt DDK-405-22/10/PW) w sprawie wstępnego ustalenia, czy Telecom Media S.A. z siedzibą w Warszawie, zwana dalej również „Spółką”, dopuściła się naruszenia przepisów uzasadniającego wszczęcie postępowania w sprawie zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów lub naruszenia chronionych prawem interesów konsumentów uzasadniającego podjęcie działań określonych w odrębnych ustawach, w związku z prowadzonym w dniach 31 sierpnia 2010 r. – 24 października 2010 r. konkursem „Wielki Quiz z nagrodami”, zwanym dalej „Konkursem”.

Spółka w pismach z dnia 25 października 2010 r. oraz 9 grudnia 2010 r. zajęła stanowisko w sprawie oraz przekazała dokumenty i informacje żądane przez Prezesa Urzędu.

Postanowieniem z dnia 24 czerwca 2011 r. Prezes Urzędu postanowił o zamknięciu postępowania wyjaśniającego, stwierdzając podstawy do wszczęcia postępowania w sprawie stosowania przez Spółkę praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

W dniu 14 lipca 2011 r. Prezes Urzędu, działając na podstawie art. 49 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 i 2 uokik, wszczął postępowanie w sprawie stosowania przez Telecom Media S.A. praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, polegających na:

1. Pominięciu w wiadomościach SMS zachęcających do udziału w konkursie „Wielki Quiz z Nagrodami. Edycja IX” istotnych informacji o:

- nazwie przedsiębiorcy będącego organizatorem konkursu – poprzez brak informacji, że organizatorem konkursu jest Telecom Media S.A. z siedzibą w Warszawie;
- 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;
- cechach produktu - poprzez brak informacji, że warunki uczestnictwa w konkursie zostały określone w regulaminie konkursu zamieszczonym na stronie internetowej, a wysłanie zgłoszeniowej wiadomości SMS stanowi akceptację postanowień przedmiotowego regulaminu;

co mogło stanowić nieuczciwą praktykę rynkową, o której mowa w art. 6 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym

praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz. 1206), zwanej dalej „upnpr”, w zw. z art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. Nr 144, poz. 1204 ze zm.), zwanej dalej „uśude”, oraz mogło godzić w zbiorowe interesy konsumentów.

2. Uciążliwym i niewywołanym działaniem konsumenta nakłanianiu do udziału w konkursie „Wielki Quiz z Nagrodami. Edycja IX” przy wykorzystaniu automatycznych systemów wywołujących, w sytuacji braku wyrażenia przez odbiorców tych komunikatów uprzedniej zgody na użycie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, co mogło stanowić agresywną praktykę rynkową, o której mowa w art. 9 pkt 3 upnpr w zw. z art. 172 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171 poz. 1800 ze zm.), zwanej dalej „Pt”, oraz mogło godzić w zbiorowe interesy konsumentów.

Postanowieniem z dnia 14 lipca 2011 r. Prezes Urzędu włączył do materiału dowodowego w postępowaniu administracyjnym dokumenty zgromadzone w toku postępowania wyjaśniającego (sygn. akt: DDK-405-22/10/PW).

Pismem z dnia 4 sierpnia 2011 r. Spółka przekazała żądane przez Prezesa Urzędu dokumenty i informacje oraz poinformowała, iż w zakresie wyjaśnień w przedmiotowej sprawie Spółka – nie ustosunkowując się do zarzutów przedstawionych w postanowieniu Prezesa Urzędu z dnia 14 lipca 2011 r. – podtrzymuje stanowisko wyrażone w pismach złożonych w toku postępowania wyjaśniającego, tj. z dnia 25 października 2010 r. oraz 9 grudnia 2010 r. W piśmie z dnia 25 października 2010 r. Spółka wyjaśniła, iż informacje handlowe, w postaci wiadomości SMS zachęcających do udziału w Konkursie, wysyłane były jedynie do osób, które wyraziły zgodę na otrzymywanie takich informacji, zgodnie z dyspozycją art. 10 uśude. Spółka wysyłała wiadomości SMS zachęcające do udziału w Konkursie:

- osobom, które brały udział we wcześniejszych edycjach Konkursu, a tym samym zgodnie z ich regulaminem wyrażały zgodę na otrzymywanie w przyszłości informacji handlowych od Spółki;
- osobom, które zaakceptowały regulamin serwisu Juup.com, którego właścicielem jest Spółka (<http://www.juup.com/2/0/strona/regulamin>), a które tym samym wyrażały zgodę na otrzymywanie w przyszłości informacji handlowych od Spółki;
- osobom, których dane Spółka otrzymała na podstawie umowy o współpracy zawartej z Wirtualną Polską S.A. z siedzibą w Gdańsku;
- osobom, których dane Spółka otrzymała na podstawie ustalonych zasad współpracy z Yarosa Entertainment B.V.;
- osobom, które pobrały produkty multimedialne Spółki – każdy z uczestników Konkursu, pobierając produkt multimedialny Spółki, akceptował aktualny regulamin serwisu Juup.com (<http://regulaminy.spotler.pl> - § 4 pkt 4 Regulaminu korzystania z Usługi Premium w ramach Serwisu Juup.com).

W ocenie Spółki, charakter informacji handlowej mają jedynie pierwsze informacje przesyłane do uczestników Konkursu. Spółka wyjaśniła, iż wiadomości SMS wysyłane do osób, które już wcześniej zgłosiły swoje uczestnictwo w Konkursie poprzez wysłanie

rejestrującej wiadomości SMS, nie stanowiły informacji handlowej w rozumieniu przepisów ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, stanowiąc część świadczonej przez Spółkę usługi. Celem wiadomości SMS wysyłanych osobom, będącym uczestnikami Konkursu, było umożliwienie zdobycia jak największej liczny punktów, a nie promowanie towarów, usług lub wizerunku przedsiębiorcy. Spółka poinformowała ponadto, iż zachęcanie do udziału w Konkursie odbywało się również poprzez komunikaty IVR, które były nieodłącznie związane z przesyłanymi przez Spółkę SMS-ami zachęcającymi do udziału w Konkursie – po odsłuchaniu komunikatu IVR jego odbiorca był informowany, iż otrzyma od Spółki również wiadomość SMS dotyczącą Konkursu.

Ponadto, w piśmie z dnia 25 października 2010 r. Spółka odniosła się do problematyki prawidłowego informowania konsumentów – poprzez wiadomości SMS zachęcające do udziału w Konkursie – o koszcie udziału, istocie oraz miejscu udostępnienia regulaminu Konkursu.

Odnosząc się do kosztów związanych z udziałem w Konkursie Spółka podkreśliła, iż zostały one precyzyjnie opisane w regulaminie Konkursu. We wstępnej części regulaminu – w § 1 „Definicje” - znajduje się definicja Numeru Premium SMS rozumianego jako numer Premium SMS podany uczestnikowi w celu uczestniczenia w Konkursie, tj. 7372 [opłata za wysłanie wiadomości SMS wynosi 3,00 PLN (trzy złote netto)/3,66 PLN (trzy złote sześćdziesiąt sześć groszy brutto)]. W ogłoszeniu o Konkursie widnieje zapis „wyślij SMS BINGO na Nr 8067, koszt 0 zł”. Spółka w regulaminie - § 5 ust. 1 lit e) regulaminu – zawarła postanowienie odnoszące się do wspomnianej kwestii, podkreślając, iż w celu przystąpienia do Konkursu abonent powinien wysłać wiadomość SMS o dowolnej treści na numer Premium SMS 8067; wysłanie rejestrującej wiadomości SMS jest dla abonenta bezpłatne. W związku z powyższym, w przekonaniu Spółki konsument, który wziął udział w Konkursie poprzez wysłanie bezpłatnego SMS-a pod numer 8067 był należycie poinformowany o kosztach związanych z udziałem w Konkursie. Był on bowiem informowany już pierwszym SMS-em o adresie internetowym, pod którym może się zapoznać z treścią regulaminu – <http://potler.pl/quiz/>. Spółka podkreśliła, iż informację o adresie internetowym regulaminu uczestnik Konkursu mógł powiązać także z treści banneru lub layoutu zawierającego ogłoszenie o Konkursie. Zatem, w ocenie Spółki konsument od samego początku był należycie informowany o kosztach związanych z przystąpieniem do konkursu organizowanego przez Spółkę. Dodatkowo Spółka wyjaśniła, iż niezależnie od powyższego, znaczna część uczestników Konkursu, którzy wysłali bezpłatnego SMS-a pod numer 8067 była informowana w SMS-ie zwrotnym o koszcie kolejnego SMS-a związanego z dalszym uczestnictwem w Konkursie. Powyższe informacje wysyłane były do abonentów w sieciach Orange, Era, Play. W odpowiedzi na zawarte w wezwaniu Prezesa Urzędu z dnia 24 listopada 2010 r. pytanie o sposób informowania o kosztach udziału w Konkursie abonentów innych sieci aniżeli Orange, Era i Play, Spółka, pismem z dnia 9 grudnia 2010 r., wyjaśniła, iż zwrotne wiadomości SMS, zawierające informacje o koszcie uczestnictwa w Konkursie, wysyłane były tylko do abonentów sieci Orange, Era i Play, gdyż wymóg taki został postawiony przez operatorów tych sieci. Pozostali operatorzy – jak wyjaśniła Spółka – nie wymagali wskazania w treści wiadomości SMS dodatkowych informacji dotyczących kosztów kolejnych SMS-ów. W przekonaniu Spółki niezbędną, a zarazem wystarczającą dla uczestników Konkursu była informacja o koszcie zawarta w regulaminie, z którego treścią każdy uczestnik Konkursu mógł, a zarazem powinien się zapoznać. Spółka podkreśliła,

iż pierwsze z otrzymywanych przez konsumentów wiadomości SMS stanowiły informację handlową o fakcie zorganizowania Konkursu oraz o miejscu w którym zostały zamieszczone wszelkie związane z nim szczegóły, w tym koszty uczestnictwa. Każdy z uczestników, przed przystąpieniem do Konkursu, powinien się zapoznać z treścią regulaminu Konkursu, który zawierał szczegółowe informacje dotyczące istoty, zasad i kosztów związanych z Konkursem.

Odnosząc się do problematyki istoty Konkursu, Spółka wyjaśniła, iż została ona precyzyjnie opisana w regulaminie Konkursu, w szczególności w § 4. W regulaminie wskazano, że Konkurs polega na wysyłaniu przez uczestnika Konkursu, w celu udzielania odpowiedzi na zadane przez Spółkę pytanie, SMS-ów na wskazany przez Spółkę Numer Premium Rate SMS. Za każdą poprawną odpowiedź Spółka przyznawała uczestnikowi Konkursu punkty. Zadaniem uczestników było zgromadzenie jak największej ilości punktów. Sam Konkurs składał się z 3 etapów: etapów dziennych, etapów tygodniowych oraz etapu głównego. Zwycięzcami Konkursu byli: w każdym etapie dziennym – 10 uczestników, którzy w danym etapie dziennym uzyskali największą ilość punktów, w każdym etapie tygodniowym – 1 uczestnik, który w danym etapie tygodniowym uzyskał największą ilość punktów, zaś w etapie głównym – 1 uczestnik, który w etapie głównym uzyskał największą ilość punktów. Ponadto, Spółka wyjaśniła, iż niezależnie od prawa do nagrody na zasadach opisanych powyżej, każdy uczestnik Konkursu był uprawniony do uzyskania dodatkowej nagrody w postaci darmowych (wybranych przez Spółkę) produktów multimedialnych do pobrania na telefon komórkowy. Prawo do otrzymania wspomnianego produktu multimedialnego przysługiwało tym uczestnikom, którzy udzielili poprawnej odpowiedzi na jedno z zadanych przez Spółkę pytań konkursowych, za które uczestnik mógł otrzymać punkt. Z tego też powodu w ogłoszeniu o Konkursie pojawił się zapis „każdy gracz wygrywa”. W ocenie Spółki niewątpliwym jest bowiem, że każdy gracz, który udzielił poprawnej odpowiedzi na przesłane do niego pytanie, otrzymał od Spółki nagrodę w postaci produktu multimedialnego. W związku z tym, iż każdy gracz był uprawniony do otrzymania tylko i wyłącznie jednego produktu multimedialnego, w kolejnych SMS-ach Spółka informowała, iż gracz, który kontynuuje grę, ma jedynie szansę wygrać jedną z oferowanych nagród.

Odnosząc się do kwestii miejsca udostępnienia regulaminu Konkursu, Spółka wyjaśniła, iż był on dostępny na stronie internetowej: <http://spotler.pl/quiz/>, zaś konsument był informowany o miejscu, w których jest dostępny regulamin:

- w treści wiadomości SMS – w przypadku, gdy reklama była skierowana w formie wiadomości tekstowej (SMS);
- w treści banneru – w przypadku reklamy on-line;
- w treści layoutu – w przypadku reklamy prasowej

W zakresie dotyczącym ustalenia, czy informacje handlowe Spółki nie wprowadzały konsumentów w błąd w świetle przepisów ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, w przekonaniu Spółki, nie można mówić o złamaniu przez nią dyspozycji któregośkolwiek z przepisów ww. ustawy. Zdaniem Spółki, uczestnik Konkursu był należycie informowany o kosztach związanych z udziałem w Konkursie (poprzez regulamin Konkursu, jak i w znacznej części uczestników Konkursu, także poprzez zwrotne wiadomości SMS zawierające cenę SMS-a dotyczącą dalszego uczestnictwa w Konkursie), jak i o możliwości zapoznania się z treścią regulaminu Konkursu. W przekonaniu Spółki

ogłoszenia o Konkursie oraz zwrotne SMS-y przesyłane przez Spółkę uczestnikom Konkursu nie wprowadzały konsumentów w błąd. Informacja handlowa udzielana przez Spółkę nie była informacją niezgodną z prawdą, nie wprowadzała także przeciętnego konsumenta w błąd co do kosztów, przebiegu oraz nagród związanych z prowadzonym Konkursem. Ogólne informacje o Konkursie jako jego reklama zostały zamieszczone w treści bannerów lub w treści layoutów dotyczących Konkursu. Na wspomnianych ogłoszeniach znajdowało się wskazanie adresu strony internetowej, na której udostępniony został regulamin Konkursu, zawierający szczegółowe informacje dotyczące Konkursu. Ponadto, każdy z uczestników Konkursu informowany był w treści SMS-a, iż regulamin Konkursu dostępny był na stronie internetowej: <http://spotler.pl/quiz/>. Niezależnie od powyższego, abonentom sieci Orange, Era i Play Spółka wysyłała informację o koszcie kolejnego SMS-a, związanego z dalszym uczestnictwem w Konkursie. W konsekwencji, Spółka przyjęła założenie, iż w przeświadczeniu przeciętnego konsumenta, który zaobserwował ogłoszenie o Konkursie zawierające odesłanie do strony internetowej, zawierającej regulamin Konkursu, obiektywnie nie powstanie mylne wrażenie odnośnie treści Konkursu aniżeli to, które wynika z treści regulaminu Konkursu.

W odpowiedzi na zawiadomienie z dnia 14 lipca 2011 r. o wszczęciu postępowania w sprawie stosowania przez Telecom Media S.A. praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, Spółka, pismem z dnia 4 sierpnia 2011 r., wyjaśniła, iż w ramach zachęcania do udziału w Konkursie wykorzystywała również systemy IVR (tzw. voicemailing), wywodząc zgodę odbiorców tych komunikatów z następujących źródeł:

- z akceptacji regulaminu serwisu Juup.com;
- z tytułu pobierania produktów multimedialnych Spółki;
- na podstawie umowy o współpracy zawartej z Wirtualną Polską S.A.;
- na podstawie ustalonych zasad współpracy z Yarosa Entertainment B.V.;
- z przystąpienia do konkursów poprzednich edycji i akceptowania ich regulaminów.

Postanowieniem z dnia 25 października 2011 r. Prezes Urzędu, działając na podstawie art. 49 ust. 1 uokik, postanowił o zmianie postanowienia z 14 lipca 2011 r. o wszczęciu postępowania w sprawie stosowania przez Telecom Media S.A. z siedzibą w Warszawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, w ten sposób, że postępowanie jest prowadzone w sprawie stosowania przez Telecom Media S.A. praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, o których mowa art. 24 ust. 2 uokik, polegających na:

1. Pominięciu w wiadomościach SMS zachęcających do udziału w konkursie „Wielki Quiz z Nagrodami. Edycja IX” istotnych informacji o:

- nazwie przedsiębiorcy będącego organizatorem konkursu – poprzez brak informacji, że organizatorem konkursu jest Telecom Media S.A. z siedzibą w Warszawie;
- 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;
- cechach produktu - poprzez brak informacji, że warunki uczestnictwa w konkursie zostały określone w regulaminie konkursu zamieszczonym na stronie internetowej, a wysłanie

zgłoszeniowej wiadomości SMS stanowi akceptację postanowień przedmiotowego regulaminu;

co może stanowić nieuczciwą praktykę rynkową, o której mowa w art. 6 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz. 1206) w zw. z art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. Nr 144, poz. 1204 ze zm.) oraz może godzić w zbiorowe interesy konsumentów.

2. Wykonywaniu połączeń głosowych (IVR) oraz wysyłaniu krótkich wiadomości tekstowych (SMS), nakłaniających do udziału w konkursie „Wielki Quiz z Nagrodami. Edycja IX”, do konsumentów będących użytkownikami numerów telefonicznych (MSISDN), którzy uprzednio nie wyrazili zgody na otrzymywanie od Telecom Media S.A. informacji handlowych skierowanych do oznaczonego odbiorcy za pomocą środków komunikacji elektronicznej lub na używanie wobec nich przez Telecom Media S.A. automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, co może stanowić naruszenie art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. Nr 144, poz. 1204 ze zm.) oraz art. 172 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171 poz. 1800 ze zm.) oraz może stanowić agresywną praktykę rynkową, o której mowa w art. 9 pkt 3 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz. 1206) oraz może godzić w zbiorowe interesy konsumentów.

3. Wysyłaniu konsumentom, którzy wzięli udział w konkursie „Wielki Quiz z Nagrodami. Edycja IX”, krótkich wiadomości tekstowych (SMS) o treści wywołującej wrażenie, że konsument już uzyskał lub uzyska nagrodę po wysłaniu krótkiej wiadomości tekstowej (SMS) z odpowiedzią na pytanie konkursowe, co może stanowić nieuczciwą praktykę rynkową, o której mowa w art. 9 pkt 8 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz. 1206) oraz może godzić w zbiorowe interesy konsumentów.

Pismem z dnia 17 listopada 2011 r. Spółka przekazała żądane przez Prezesa Urzędu dokumenty i informacje, jednocześnie nie ustosunkowując się do zarzutów postawionych w postanowieniu z dnia 14 lipca 2011 r. o wszczęciu postępowania w sprawie stosowania przez Telecom Media S.A. praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, zmienionym postanowieniem Prezesa Urzędu z dnia 25 października 2011 r.

Zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 10 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071 ze zm.) strona postępowania została poinformowana o możliwości wypowiedzenia się przed wydaniem decyzji co do zgromadzonych w sprawie materiałów dowodowych. W piśmie z dnia 25 listopada 2011 r. Prezes Urzędu zawiadomił Spółkę o zakończeniu postępowania dowodowego w przedmiotowej sprawie. Jednocześnie został wyznaczony 5-dniowy termin na zapoznanie się strony z aktami sprawy. Pełnomocnik Spółki zapoznał się z aktami sprawy w dniu 6 grudnia 2011 r.

Prezes Urzędu ustalił, co następuje.

W dniach od 31 sierpnia 2010 r. do 24 października 2010 r. Spółka zorganizowała i prowadziła konkurs „Wielki Quiz z nagrodami – Edycja 9”. Szczegółowe zasady prowadzenia i udziału w Konkursie zostały ujęte w Regulaminie konkursu „Wielki Quiz z nagrodami – Edycja 9”, zwanym dalej „Regulaminem”, zamieszczonym na stronie internetowej, działającej pod adresem <http://spotler.pl/quiz>. W Konkursie mogły brać udział osoby, które były abonentami operatorów sieci GSM – dostawców mobilnych usług telekomunikacyjnych – działających na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Przystąpienie do Konkursu następowało poprzez wysłanie wiadomości SMS o dowolnej treści na numer 8067 (rejestrująca wiadomość SMS), przy czym wysłanie takiej wiadomości było bezpłatne. Organizator Konkursu – Telecom Media S.A. – wysyłała osobom, które zarejestrowały swój numer MSISDN (z ang. *Mobile Subscriber Integrated Services Digital Network*, powszechnie określanych mianem „numeru telefonu”) w Konkursie, wiadomości SMS z pytaniami konkursowymi. Uczestnictwo w Konkursie polegało na wysyłaniu przez abonentów, uczestniczących w Konkursie, wiadomości SMS z odpowiedziami na pytania zadawane przez organizatora Konkursu na numer Premium Rate (o podwyższonej opłacie) 7372, przy czym koszt wysłania jednej wiadomości SMS na przedmiotowy numer wynosił 3,66 zł brutto. W efekcie wysłania wiadomości SMS z odpowiedzią na pytanie konkursowe uczestnik Konkursu otrzymywał od organizatora (Spółki) kolejną wiadomość SMS z informacją o poprawności uprzednio udzielonej odpowiedzi, ilości zgromadzonych punktów oraz z kolejnym pytaniem konkursowym i informacją o ilości punktów, jaką można uzyskać za odpowiedź na pytanie. Liczba pytań konkursowych była nieograniczona, a pytania zadawane w Konkursie mogły się powtarzać. Za każdą prawidłową odpowiedź na pytanie konkursowe – wysłaną organizatorowi na numer 7372 – 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.

W ramach promocji Konkursu Spółka posługiwała się systemami IVR (z ang. *Interactive Voice Response*, określane mianem „voicemailingu” – automatyczne systemy wywołujące odtwarzające osobie obierającej telefon uprzednio nagrany komunikat głosowy) oraz wysyłała marketingowe wiadomości SMS, których celem było nakłonienie odbiorców tych komunikatów do udziału w Konkursie.

Ustalenia stanu faktycznego sprawy w odniesieniu do praktyki opisaney w pkt. I.1 sentencji decyzji.

W ramach promocji Konkursu Spółka wysyłała konsumentom – posiadaczom numerów telefonów komórkowych (MSISDN) – krótkie wiadomości tekstowe SMS, zachęcające do udziału w Konkursie. Spółka wysyłała konsumentom wiadomości SMS nakłaniające do udziału w Konkursie (wiadomości o charakterze marketingowym, które należy odróżnić od konkursowych wiadomości SMS wysyłanych i odbieranych przez konsumentów, którzy zgłosili swoje uczestnictwo w Konkursie) w okresie od 31 sierpnia 2010 r. do 24 października 2010 r., w wyniku czego marketingowe komunikaty SMS

otrzymało w sumie 4 506 716 konsumentów. Marketingowe wiadomości SMS były wysyłane przez Spółkę do abonentów posiadających numery telefonów w sieciach Orange, Plus, Era (obecnie T-Mobile) i Play.

Ponadto, Spółka nakłaniała konsumentów do uczestnictwa w Konkursie poprzez wykonywanie połączeń głosowych z wykorzystaniem systemu IVR, któremu towarzyszyła następnie wysyłka wiadomości SMS o charakterze marketingowym. Spółka, w okresie od 1 października 2010 r. do 24 października 2010 r., wykonała połączenia głosowe z wykorzystaniem systemu IVR oraz wysłała marketingowe wiadomości SMS do łącznej liczby 1 593 990 konsumentów, przy czym liczba ta zawiera się w ogólnej liczbie 4 506 716 konsumentów, którym Spółka przesłała komunikaty marketingowe środkami komunikacji elektronicznej. W toku postępowania Prezes Urzędu ustalił, iż do 1 593 990 konsumentów, którzy otrzymali wiadomości SMS poprzedzone komunikatami IVR, Spółka wykonała łącznie 2 438 486 połączeń głosowych typu IVR, według następującego schematu:

- 831 062 konsumentów otrzymało jedno połączenie typu IVR;
- 682 591 konsumentów otrzymało dwa połączenia typu IVR;
- 79 106 konsumentów otrzymało trzy połączenia typu IVR;
- 1 231 konsumentów otrzymało cztery połączenia typu IVR.

Spółka wykonywała połączenia głosowe z wykorzystaniem IVR oraz wysłała promujące Konkurs wiadomości SMS wywołując zgodę konsumentów na otrzymywanie informacji handlowej za pomocą środków komunikacji elektronicznej lub na używanie wobec nich automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego z następujących działań konsumentów:

- 603 906 zgód na otrzymywanie informacji handlowych za pomocą środków komunikacji elektronicznej zostało pozyskanych – w ocenie Spółki – poprzez przystąpienie przez konsumentów do konkursów poprzednich edycji, z czego 244 306 zgód – w ocenie Spółki – obejmuje zgody na używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego.

Spółka wywodzi wyrażenie zgód, o których mowa powyżej, z faktu wzięcia udziału przez konsumenta w którejkolwiek poprzedniej edycji Konkursu (edycje od 1 do 8). Zatem, w ocenie Spółki, przedmiotowe zgody wyrażane były poprzez wysłanie przez konsumenta zgłoszeniowej wiadomości SMS o dowolnej treści, co zgodnie z postanowieniami regulaminu konkursów poszczególnych edycji oznaczało zgłoszenie swojego udziału w konkursie, akceptację wszystkich postanowień stosownego regulaminu, a tym samym – na mocy postanowienia § 7 pkt 2 regulaminu konkursu poszczególnych edycji – miało skutkować wyrażeniem przedmiotowych zgód. Zgodnie z § 7 pkt 2 regulaminu konkursu (postanowienie analogiczne w regulaminach konkursu edycji 1-9):

Wysłanie SMS-a Aktywującego jest równoznaczne z wyrażeniem zgody Uczestnika na otrzymywanie od Organizatora lub podmiotów powiązanych z Organizatorem w rozumieniu przepisów ustawy Kodeks spółek handlowych, SMS-ów związanych z konkursami organizowanymi w przyszłości przez Organizatora oraz związanych z oferowanymi przez Organizatora innymi produktami mobilnymi, na numer telefonu komórkowego użyty przez Uczestnika do wysłania SMS-a z Odpowiedzią. Postanowień zdania poprzedzającego nie

stosuje się do Abonentów będących klientami Spółki pod firmą PTK Centertel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, którzy otrzymują od Organizatora pytanie, czy wyrażają zgodę na otrzymywanie informacji, o których mowa w zdaniu poprzedzającym. Abonent, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym w celu wyrażenia zgody powinien wysłać wiadomość SMS o treści ZGODA na numer 8067 (z tytułu wysłania wiadomości SMS na wskazany numer telefonu abonent nie jest obciążany żadną opłatą). [zdanie drugie i trzecie § 7 pkt 2 pojawiły się dopiero w regulaminie konkursu 9 edycji, nie były obecne w regulaminach edycji od 1 do 8 – przypis UOKiK]. Każdy Uczestnik w każdej chwili może cofnąć zgodę na otrzymywanie informacji wskazanych w niniejszym ustępie wysyłając w tym celu wiadomość e-mail na adres suport@telecommedia.pl albo kontaktując się telefonicznie z Organizatorem pod numerem telefonu 22 6170101 albo wysyłając wiadomość SMS o treści ANULUJ na numer darmowy 8067.

W toku postępowania administracyjnego Spółka wyjaśniła, iż wprowadzenie w regulaminie 9 edycji Konkursu postanowień określających odrębną od innych dostawców usług telekomunikacyjnych procedurę pozyskiwania zgód osób będących abonentami Polskiej Telefonii Komórkowej Centertel Sp. z o.o. (zwanej dalej „PTK Centertel”) wynikało z faktu, iż jak wyjaśniła Spółka, wymóg wprowadzenia takiej procedury postawiła PTK Centertel, podczas, gdy pozostali operatorzy nie mieli takich wymagań. Regulaminy konkursów edycji 1-8 nie zawierały analogicznych, odrębnych dla PTK Centertel, reguł pozyskiwania zgody na wysyłanie informacji handlowych.

- 267 681 zgód na otrzymywanie informacji handlowych za pomocą środków komunikacji elektronicznej zostało pozyskanych – w ocenie Spółki – poprzez akceptację przez konsumentów regulaminu serwisu Juup.com, z czego 76 750 zgód – w ocenie Spółki – obejmuje zgody na używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego.

Spółka pozyskiwała zgody konsumentów wyrażane w trakcie rejestracji w serwisie działającym na stronach internetowych www.juup.com poprzez zaznaczenie przez konsumenta odpowiedniego pola oznaczającego wyrażenie bądź brak wyrażenia przedmiotowej zgody. W takim przypadku, konsument zaznaczając interaktywne okno znacznikiem w trakcie rejestracji w serwisie składał oświadczenie woli o następującej treści:

[pole wyboru] *Wyrażam zgodę na otrzymywanie od Telecom Media S.A., spółek powiązanych kapitałowo z Telecom Media S. A. w rozumieniu stosownych przepisów ustawy kodeks spółek handlowych oraz od kontrahentów Telecom Media S. A. albo spółek powiązanych, na numer telefonu komórkowego oraz adres poczty elektronicznej podane w formularzu rejestracyjnym, informacji handlowych drogą elektroniczną w rozumieniu Ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną oraz innych przepisów prawa powszechnie obowiązującego.*

Interaktywny mechanizm, pozwalający wyrazić przedmiotową zgodę poprzez zaznaczenie odpowiedniego pola podczas rejestracji w serwisie Juup.com funkcjonował od marca 2009 r. Osoby zarejestrowane w serwisie Juup.com miały m.in. możliwość pobierania za pośrednictwem strony internetowej treści multimedialnych na telefon komórkowy.

- 2 405 224 zgód na otrzymywanie informacji handlowych za pomocą środków komunikacji elektronicznej zostało pozyskanych – w ocenie Spółki – z tytułu pobrania produktu multimedialnego równoznacznego z akceptacją regulaminu serwisu

Juup.com, z czego 1 041 359 zgód – w ocenie Spółki – obejmuje zgody na używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego.

W toku postępowania administracyjnego ustalono, iż pobranie treści multimedialnych z serwisu Juup.com – co jest w ocenie Spółki równoznaczne z udzieleniem stosownej zgody przez pobierającego – następuje poprzez wysłanie wiadomości SMS na numer o podwyższonej opłacie (tzw. Premium Rate SMS) w treści wpisując określone hasło identyfikujące kupowaną treść multimedialną, bez konieczności rejestrowania się w serwisie Juup.com. Spółka zamieszcza reklamy zachęcające do zakupu treści multimedialnych (np. gry Java, tapety, dzwonki, animacje itd.) w różnych środkach przekazu np. na stronach internetowych lub prasie. Konsument, po wysłaniu na numer o podwyższonej opłacie wiadomości SMS z hasłem identyfikującym nabywaną usługę, otrzymuje od Spółki zakładkę WAP, która po połączeniu umożliwia pobranie kupionej treści na telefon komórkowy. W takim przypadku Spółka informuje osoby korzystające z jej usług, iż wysłanie wiadomości SMS w celu zakupu treści multimedialnej oznacza akceptację zasad korzystania z serwisu określonych w regulaminie. Tym samym, Spółka utożsamia fakt wysłania wiadomości SMS zamawiającej usługę multimedialną z akceptacją przez konsumenta postanowień regulaminu, a tym samym wywodzi wyrażenie przez konsumenta zgód na otrzymywanie informacji handlowych środkami komunikacji elektronicznej lub zgody na użycie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego – zapisanych w odpowiednim regulaminie – z faktu wysłania wiadomości SMS, wymaganej do zakupu treści multimedialnych. Zgodnie z § 3 pkt 11 regulaminu serwisu Juup.com:

Zarejestrowanie się Użytkownika w Serwisie jest równoznaczne z: a) pełną akceptacją postanowień niniejszego Regulaminu, b) potwierdzeniem, iż Użytkownik spełnia wszystkie warunki, które uprawniają go do korzystania z Serwisu, c) wyrażeniem zgody na otrzymywanie od Telecom, spółek powiązanych kapitało z Telecom w rozumieniu stosownych przepisów ustawy kodeks spółek handlowych oraz od kontrahentów Telecom albo spółek powiązanych z kontrahentami Telecom, na numer telefonu komórkowego oraz adres poczty elektronicznej podany w formularzu rejestracyjnym, jak również w ramach poczty wewnętrznej dostępnej w ramach Serwisu, informacji handlowych drogą elektroniczną w rozumieniu ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną oraz innych przepisów prawa powszechnie obowiązującego oraz wszelkich informacji związanych z funkcjonowaniem Serwisu, Funkcjonalności Serwis jak również usług świadczonych przez Telecom w ramach Serwisu.

- 1 005 030 zgód na otrzymywanie informacji handlowych za pomocą środków komunikacji elektronicznej zostało pozyskanych – w ocenie Spółki – na podstawie umowy o współpracy z Wirtualną Polską S.A., z czego 83 821 zgód – w ocenie Spółki – obejmuje zgody na używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego.

Na podstawie umowy zawartej z Wirtualną Polską S.A., Spółka uzyskała możliwość nawiązywania połączeń głosowych z wykorzystaniem systemu IVR oraz wysyłania wiadomości SMS promujących Konkurs do konsumentów – użytkowników numerów telefonicznych MSISDN – których numery znalazły się w bazie danych Wirtualnej Polski S.A. w związku z rejestracją w serwisach działających w domenie wp.pl oraz wyrażeniem przez rejestrujących się konsumentów odpowiednich zgód. Jak ustalono w toku postępowania

administracyjnego rejestracja w usłudze poczty elektronicznej Wirtualnej Polski S.A. obejmuje zaznaczenie przez konsumenta odpowiedniego pola oznaczającego wyrażenie bądź brak wyrażenia odpowiedniej zgody. W tym przypadku, konsument zaznaczając interaktywne okno znacznikiem w trakcie rejestracji składał oświadczenia woli m.in. o następującej treści:

[pole wyboru] *Wyrażam zgodę na przetwarzanie moich danych osobowych w celach marketingowych przez Wirtualną Polskę S.A. z siedzibą w Gdańsku przy ul. Traugutta 115 C, w szczególności na otrzymywanie informacji handlowych pochodzących od niej oraz innych osób. Jednocześnie oświadczam, że zostałem poinformowany, że w przypadku cofnięcia niniejszej zgody, Wirtualna Polska S.A. ma prawo do natychmiastowego zaprzestania lub/i zablokowania udostępniania Konta Portalu Wirtualna Polska oraz świadczenia usług bezpłatnej poczty elektronicznej, z której korzystam, a także usług, dla korzystania z których wymagane jest uprzednie posiadanie i korzystanie przeze mnie z Konta Portalu Wirtualna Polska.*

[pole wyboru] *Wyrażam zgodę na przetwarzanie przez Wirtualną Polskę S.A. z siedzibą w Gdańsku przy ul. Traugutta 115 C danych dotyczących korzystania przeze mnie z serwisów, usług i funkcjonalności świadczonych przez nią oraz jej kontrahentów w celach statystycznych i marketingowych, w szczególności na otrzymywanie informacji handlowych pochodzących od Wirtualnej Polski S.A. w Gdańsku oraz innych osób.*

[pole wyboru] *Wyrażam zgodę na otrzymywanie informacji handlowych pochodzących od Wirtualnej Polski S.A. w Gdańsku przy ul. Traugutta 115 C oraz innych osób na numer telefonu komórkowego udostępnionego Wirtualnej Polsce S.A. w Gdańsku (w tym SMS, MMS).*

- 224 875 zgód na otrzymywanie informacji handlowych za pomocą środków komunikacji elektronicznej zostało pozyskanych – w ocenie Spółki – na podstawie umowy o współpracy z Yarosa Entertainment B.V., z czego 147 754 zgód – w ocenie Spółki – obejmuje zgody na używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego.

Spółka utrzymuje, iż przedmiotowe zgody pozyskała na podstawie umowy o współpracy z Yarosa Entertainment B.V. Niemniej jednak sama umowa nie precyzuje na jakich zasadach przedmiotowe zgody zostały wyrażone a następnie przekazane Spółce. W toku postępowania administracyjnego Spółka wyjaśniła, iż nie posiada szczegółowych informacji na temat mechanizmów i poszczególnych etapów składających się na pozyskiwanie przez Yarosa Entertainment B.V. przedmiotowych zgód, wyjaśniając jednocześnie, iż Spółka fizycznie nie posiada dowodów pozwalających na wykazanie posiadania 224 875 zgód, o których mowa powyżej. Mechanizm współpracy pomiędzy Spółką a Yarosa Entertainment B.V. został opisany przez Spółkę następująco: Yarosa Entertainment B.V. oferowała widzom telewizji Viva Polska gry i inne produkty multimedialne, informując widzów o możliwości wysłania wiadomości SMS o określonej treści na wskazany numer, dostarczany przez Spółkę, widoczny na ekranie podczas emisji programu. Następnie za pośrednictwem komunikacji Premium SMS konsument otrzymywał zakładkę WAP z linkiem umożliwiającym pobranie przez niego produktu multimedialnego firmy Yarosa Entertainment B.V. Spółka wyjaśniła, iż w konsekwencji poszczególne etapy i czynności związane z akceptacją regulaminu, a tym samym wyrażeniem zgód na otrzymywanie informacji handlowych za pomocą środków komunikacji elektronicznej, w tym

treści komunikatów pojawiających się na ekranie telewizora wykonywane były przez Yarosa Entertainment B.V., zaś Spółka uczestniczyła w tym procesie jedynie w jego końcowej fazie, tj. pobierania obiektów multimedialnych i w zakresie pozyskiwania zgód nie posiada szczegółowych informacji.

Podsumowując, w okresie od 31 sierpnia 2010 r. do 24 października 2010 r. Spółka wysłała wiadomości SMS zachęcające do udziału w Konkursie do 4 506 716 konsumentów. Ponadto, w stosunku do części z tych konsumentów – 1 593 990 osób – Spółka posłużyła się komunikatami głosowymi typu IVR, przy czym każdy z konsumentów należący do tej grupy otrzymał od 1 do 4 połączeń głosowych IVR, których łącznie Spółka wykonała 2 438 486 przez okres trwania Konkursu. Spółka utrzymuje, iż posiada:

- 4 506 716 zgód na otrzymywanie środkami komunikacji elektronicznej informacji handlowych skierowanych do oznaczonego odbiorcy;
- z czego 1 593 990 zgód obejmuje zgodę na używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego.

Ustalenia stanu faktycznego sprawy w odniesieniu do praktyki
opisanej w pkt. I.2 sentencji decyzji.

W ramach promocji Konkursu Spółka wysyłała konsumentom wiadomości SMS, których celem było zachęcenie ich odbiorców do udziału w Konkursie. Spółka wysyłała marketingowe wiadomości SMS o treści przygotowanej według jednego z następujących schematów:

- *Komunikat specjalny! Na nrNUMER_TEL padł BONUS 1000p w grze o 60.000 zł, AUDI, VW i RTV. Slij FORTUNA na 8067 Koszt 0zł! Każdy gracz wygrywa! spotler.pl/quiz;*
- *Komunikat specjalny! Na nrNUMER_TEL padł BONUS 1000p w grze o 60.000zł, AUDI, VW i RTV. Slij LOS na 8067 Koszt 0zł! Każdy gracz wygrywa! spotler.pl/quiz;*
- *Marzysz o wygranej w totka? Dzisiaj na nrNUMER_TEL padła Kumulacja grze o 60.000zł., AUDI A4, VOLVO. Slij GRA na 8067 Koszt 0 zł! Każdy wygrywa! spotler.pl/quiz;*
- *Wielki Quiz do numeru NUMER_TEL: stracić nie stracisz, zyskać możesz AUDI lub 60000 zł Slij DARMOWY sms BANK na 8067 Nagrodzimy każdego gracza spotler.pl/quiz;*
- *Wielki Quiz do numeru NUMER_TEL: stracić nie stracisz, zyskać możesz AUDI lub 60000 zł Slij DARMOWY sms FORTUNA na 8067 Nagrodzimy każdego gracza spotler.pl/quiz;*
- *Wielki Quiz do numeru NUMER_TEL: stracić nie stracisz, zyskać możesz AUDI lub 60000 zł Slij DARMOWY sms GRA na 8067 Nagrodzimy każdego gracza spotler.pl/quiz;*
- *Wielki Quiz do numeru NUMER_TEL: stracić nie stracisz, zyskać możesz AUDI lub 60000 zł Slij DARMOWY sms LOS na 8067 Nagrodzimy każdego gracza spotler.pl/quiz.*

W treści marketingowych wiadomości SMS, w polu NUMER_TEL, wpisywany był każdorazowo numer MSISDN – numer telefonu konsumenta otrzymującego wiadomość. Udzielenie odpowiedzi na marketingową wiadomość SMS, poprzez wysłanie wiadomości SMS o dowolnej treści na numer 8067 oznaczało przystąpienie do Konkursu w charakterze uczestnika.

Przedstawione powyżej marketingowe wiadomości SMS nie zawierały informacji o:

- nazwie przedsiębiorcy będącego organizatorem Konkursu – przedmiotowe wiadomości nie zawierały informacji, że organizatorem konkursu jest Telecom Media S.A. z siedzibą w Warszawie;
- cenie za wysłanie wiadomości SMS w ramach uczestnictwa w Konkursie – przedmiotowe wiadomości zawierały informację o bezpłatnym charakterze zgłoszeniowej wiadomości SMS przy braku informacji o cenie za wysłanie wiadomości SMS w ramach uczestnictwa w Konkursie;
- cechach produktu – przedmiotowe wiadomości nie zawierały informacji, że warunki uczestnictwa w Konkursie zostały określone w regulaminie Konkursu zamieszczonym na stronie internetowej, a wysłanie zgłoszeniowej wiadomości SMS stanowi akceptację postanowień przedmiotowego regulaminu; w tym zakresie wiadomości SMS ograniczały się do sformułowania: *spotler.pl/quiz*

W tych przypadkach, w których marketingowa wiadomość SMS była poprzedzona komunikatem głosowym IVR, również komunikat głosowy nie zawierał informacji o nazwie przedsiębiorcy będącego organizatorem Konkursu, cenie za wysłanie wiadomości SMS w ramach uczestnictwa w Konkursie, jak również nie informował o podstawowych cechach oferowanego produktu. W ramach promocji Spółka wykorzystywała cztery wersje nagrań komunikatów głosowych, przy czym każda z nich miała wersję odczytywaną głosem męskim oraz głosem żeńskim. Przykładowe komunikaty IVR stosowane przez Spółkę miały następującą treść:

- *Dzień dobry! Nie bądź zdziwiony, że dzwoniemy właśnie do Ciebie. Bierzesz udział w Wielkim Quizie i są rezultaty. Co dalej ? Dowiesz się z SMS-a, który do Ciebie wysłaliśmy. Chcemy przyznać Ci nagrodę. Od tej chwili wygrana zależy wyłączenie od Ciebie;*
- *Witaj. Kontaktujemy się z Tobą ponieważ to Ty dziś decydujesz, czy chcesz wygrać. Zasady są proste a nagrody wspaniałe. Mamy dla Ciebie Audi A3, Volvo lub 60 000 zł, które mogą być Twoje w Wielkim Quizie. Odpisz na SMS, który za chwilę otrzymasz. Bierz szczęście w swoje ręce.*

Ustalenia stanu faktycznego sprawy w odniesieniu do praktyki
opisanej w pkt. I.3 sentencji decyzji.

Zgodnie z Regulaminem Konkursu, przystąpienie konsumenta do Konkursu następowało poprzez wysłanie wiadomości SMS o dowolnej treści na numer Premium Rate 8067. W odpowiedzi na rejestrującą wiadomość SMS konsument, będący od tej pory uczestnikiem Konkursu, otrzymywał od Spółki wiadomość SMS z pytaniem o jaką nagrodę zamierza grać uczestnik i na jakie kategorie pytań chce odpowiadać (pytania pozakonkursowe). Po udzieleniu odpowiedzi na powyższe pytania pozakonkursowe uczestnik otrzymywał od Spółki wiadomości SMS z pytaniami konkursowymi. Uczestnik udzielał odpowiedzi na pytania konkursowe wysyłając wiadomość SMS na numer Premium Rate 7372, przy czym wysłanie każdej wiadomości z odpowiedzią kosztowało 3,66 zł brutto. Za poprawną odpowiedź uczestnik otrzymywał określoną liczbę punktów. W reakcji na SMS

z odpowiedzią na pytania konkursowe Spółka przesyłała uczestnikowi wiadomość SMS z informacją o poprawności udzielonej odpowiedzi, ilości zgromadzonych punktów oraz kolejne pytanie konkursowe wraz z informacją o ilości punktów, jaką można uzyskać za odpowiedź na pytanie. Liczba pytań, jakie mógł przesłać uczestnikowi organizator Konkursu – Spółka – była nieograniczona, a pytania konkursowe mogły się powtarzać.

W toku postępowania administracyjnego ustalono, że Spółka wysyłała uczestnikom Konkursu wiadomości SMS m.in. o następującej treści:

- *Komisja WIELKI QUIZ: właściciel numeru NUMER_TEL proszony o pilne dokonczenie gry. Nagrody gotowe do wysylki!*
- *WIELKI QUIZ: Nagrody PASSAT i SamsungLCD gotowe do wysylki Prosimy wlasciciela n-ru NUMER_TEL o odpowiedz*
- *Komisja WIELKI QUIZ: wlasciciel numeru NUMER_TEL proszony o pilne dokonczenie gry. Nagrody gotowe do wysylki!*
- *UWAGA:protokol przekazania nagrody 60tys. i tel. HTC gotowy Prosimy wlasciciela n-ru NUMER_TEL o odp.*
- *PILNE:protokol przekazania 60tys. i kinoSONY gotowy Chcemy w nim wpisac nazwisko wlascicela n-ruNUMER_TEL!*
- *PILNE:protokol przekazania 60tys. i LAPTOPA gotowy Chcemy w nim wpisac nazwisko wlascicela n-ruNUMER_TEL!*
- *PILNE:protokol przekazania AUDI A3 i SonyPS3 gotowy Chcemy w nim wpisac nazwisko wlascicela n-ruNUMER_TEL!*
- *POTWIERDZAMY! NAGRODA 60tys. ZAREZERWOWANA dla wlasciciela n-ru NUMER_TEL! Odpowiadaj poprawnie i WYGRYWAJ. Nie przegap tej szansy SMSNA7372/3,66*
- *ASUS EeePC to super sprzet! Chcemy przekazac go Tobie! Pomoz nam i ZGARNIJ jeszczeP_U_N_K_T_YEXTRA!*
- *UWAGA:numery ktore moga wygrac 60tys. i SonyPS3 to NUMER_TEL, NUMER_TEL Jesli to Twój nr odp. Szybko*
- *OSTATECZNIE WZYWAMY POSIADACZA N-RU NUMER_TEL do odp. na pytanie Dotyczy NAGRODY 60tys. i tel. HTC!*

Powyżej cytowane treści konkursowych wiadomości SMS przesyłanych przez Spółkę mają charakter jedynie przykładowy i należą do 8902 schematów wiadomości wykorzystywanych w Konkursie. Poza cytowaną powyżej treścią, każda z wiadomości konkursowych zawierała ponadto pytanie konkursowe oraz opis sposobu udzielenia odpowiedzi. Przedstawione powyżej wiadomości mają charakter szablonu, w którym elementami zmiennymi była m.in. informacja o rodzaju nagrody jak również numer telefonu uczestnika Konkursu, przy czym w polu NUMER_TEL wpisywany był automatycznie numer MSISDN (numer telefonu) uczestnika Konkursu otrzymującego daną wiadomość.

Prezes Urzędu zważył, co następuje.

Podstawą do rozstrzygnięcia sprawy w oparciu o przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest uprzednie zbadanie przez Prezesa Urzędu, czy w danej sprawie zagrożony został interes publiczny. Stwierdzenie zagrożenia interesu publicznego pozwala na realizację celu ustawy, wskazanego w art. 1 ust. 1 uokik, którym jest m.in. ochrona interesów konsumentów. W ocenie Prezesa Urzędu, rozpatrywana sprawa ma charakter publiczny, gdyż wiąże się z ochroną praw potencjalnie nieograniczonej, bardzo licznej zbiorowości konsumentów, którzy mogli być narażeni na negatywne skutki praktyk stosowanych przez Spółkę. Interes publiczny przejawia się także w postaci zbiorowego interesu konsumentów. Zatem uzasadnione było w niniejszej sprawie podjęcie przez Prezesa Urzędu działań przewidzianych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów.

I. Ocena działań Telecom Media S.A. w aspekcie zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 uokik, zakazane jest stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Art. 24 ust. 2 uokik stanowi, iż przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działanie przedsiębiorcy. Konsumentem w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest osoba fizyczna dokonująca czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową (art. 22¹ K.c. w zw. z art. 4 pkt 12 uokik). Zbiorowe interesy konsumentów podlegają ochronie przed działaniami przedsiębiorców, które są sprzeczne z prawem, tj. przepisami określonych aktów prawnych oraz zasadami współżycia społecznego i dobrymi obyczajami. W związku z powyższym, dla uznania działania przedsiębiorcy za niezgodne z zawartym w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów zakazem stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów należy wykazać, iż spełnione zostały kumulatywnie trzy następujące przesłanki:

- A) kwestionowane działanie jest działaniem przedsiębiorcy;
- B) działanie to jest bezprawne;
- C) działanie to godzi w zbiorowe interesy konsumentów.

Ad A)

Telecom Media S.A. z siedzibą w Warszawie jest przedsiębiorcą zarejestrowanym w Sądzie Rejonowym dla m. st. Warszawy XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem 0000365525, prowadzącym we własnym imieniu działalność gospodarczą w zakresie m.in. telekomunikacji bezprzewodowej, przetwarzaniem danych, zarządzaniem stronami internetowymi, świadczącym usługi w zakresie technologii informatycznych i reklamy. Nie ulega zatem wątpliwości, iż posiada status przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 uokik. Tym samym, Spółka, przy wykonywaniu działalności gospodarczej, podlega rygorom określonym w ustawie o ochronie konkurencji

i konsumentów i jej działania mogą podlegać ocenie w aspekcie naruszenia zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Ad B)

Bezprawność tradycyjnie ujmowana jest jako sprzeczność z obowiązującym porządkiem prawnym. Pojęcie porządek prawny obejmuje nakazy i zakazy wynikające z norm prawa powszechnie obowiązującego, a także nakazy i zakazy wynikające z zasad współżycia społecznego i dobrych obyczajów. Bezprawność jest kategorią obiektywną. Rozważenia przy ocenie bezprawności wymaga zatem kwestia, czy zachowanie przedsiębiorcy było zgodne, czy też niezgodne z obowiązującymi zasadami porządku prawnego. Dla stwierdzenia bezprawności działania przedsiębiorcy bez znaczenia pozostaje strona podmiotowa czynu, a zatem wina sprawcy.

Bezprawność praktyki Spółki opisanej w pkt. I.1 sentencji decyzji:

wykonywanie połączeń głosowych (IVR) oraz wysyłanie krótkich wiadomości tekstowych (SMS), nakłaniających do udziału w konkursie „Wielki Quiz z Nagrodami. Edycja IX”, do konsumentów będących użytkownikami numerów telefonicznych (MSISDN), którzy uprzednio nie wyrazili zgody na otrzymywanie od Telecom Media S.A. informacji handlowych skierowanych do oznaczonego odbiorcy za pomocą środków komunikacji elektronicznej lub na używanie wobec nich przez Telecom Media S.A. automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego.

Regulacje prawne:

Zgodnie z art. 10 ust. 1 uśude, zakazane jest przesyłanie niezamówionej informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy za pomocą środków komunikacji elektronicznej, w szczególności poczty elektronicznej. Informację handlową uważa się za zamówioną, jeżeli odbiorca wyraził zgodę na otrzymywanie takiej informacji, w szczególności udostępnił w tym celu identyfikujący go adres elektroniczny (art. 10 ust. 2 uśude).

Za informację handlową uważa się każdą informację przeznaczoną bezpośrednio lub pośrednio do promowania towarów, usług lub wizerunku przedsiębiorcy lub osoby wykonującej zawód, której prawo do wykonywania zawodu jest uzależnione od spełnienia wymagań określonych w odrębnych ustawach, z wyłączeniem informacji umożliwiającej porozumiewanie się za pomocą środków komunikacji elektronicznej z określoną osobą oraz informacji o towarach i usługach niesłużącej osiągnięciu efektu handlowego pożądanego przez podmiot, który zleca jej rozpowszechnianie, w szczególności bez wynagrodzenia lub innych korzyści od producentów, sprzedawców i świadczących usługi (art. 2 pkt 2 uśude).

Pojęcie środków komunikacji elektronicznej, z pomocą których ma być wysyłana informacja handlowa, precyzuje art. 2 pkt 5 uśude stanowiąc, iż są to rozwiązania techniczne, w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe, umożliwiające indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi, a w szczególności pocztę elektroniczną. Indywidualne porozumiewanie się na odległość wymaga co najmniej, aby strony dysponowały swoimi adresami elektronicznymi, przez które należy rozumieć oznaczenie systemu teleinformatycznego umożliwiające porozumiewanie się za pomocą środków komunikacji elektronicznej, w szczególności poczty elektronicznej (art. 2 pkt 1 uśude).

Środkami komunikacji elektronicznej, wykorzystującymi adresy elektroniczne (art. 2 pkt 1 uśude), umożliwiającymi indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi (art. 2 pkt 5 uśude) są bez wątpienia m.in. poczta elektroniczna (adres e-mail), komunikacja indywidualna z wykorzystaniem strony internetowej, gdzie odbiorca komunikatów może być identyfikowany za pomocą adresu IP, czy też komunikacja za pomocą krótkich wiadomości tekstowych SMS,¹ dla których adresem elektronicznym będzie numer MSISDN identyfikujący użytkownika danego urządzenia telekomunikacyjnego (telefonu).

Zatem przesłanie na indywidualny numer MSISDN użytkownika telefonu komórkowego wiadomości SMS, zawierającej informację przeznaczoną bezpośrednio lub pośrednio do promowania towarów, usług lub wizerunku przedsiębiorcy, stanowi przesłanie informacji handlowej środkami komunikacji elektronicznej i jako takie podlega regulacjom ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, a w szczególności zakazowi przesyłania niezamówionej informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy za pomocą środków komunikacji elektronicznej (art. 10 ust. 1 uśude).

W art. 10 ust. 2 uśude ustawodawca doprecyzował, iż informację handlową uważa się za zamówioną, jeżeli odbiorca wyraził zgodę na otrzymywanie takiej informacji, w szczególności udostępnił w tym celu identyfikujący go adres elektroniczny (np. adres poczty elektronicznej lub numer MSISDN, na który mają być przesyłane wiadomości SMS zawierające informacje handlowe), a zatem wysłanie informacji bez uzyskania uprzedniej zgody stanowi naruszenie zakazu przesyłania informacji handlowej. Oznacza to, iż w zakresie ochrony prywatności potencjalnych odbiorców komunikatów o charakterze handlowym, ustawodawca przyjął, jako wiążący dla polskiego porządku prawnego, model zgody (*opt-in*) na otrzymywanie informacji o charakterze marketingowych, który jest przeciwieństwem tzw. modelu sprzeciwu (*opt-out*), zakładającego, iż dopuszczalne jest wysyłanie konsumentom informacji o charakterze marketingowym, dopóki odbiorca tej informacji nie zgłosi sprzeciwu wobec dalszego otrzymywania tych informacji. Regulacja art. 10 ust. 2 uśude jednoznacznie wskazuje, iż jedyną dopuszczalną formą przesyłania informacji handlowej, skierowanej do oznaczonego odbiorcy środkami komunikacji elektronicznej, jest wcześniejsze pozyskanie zgody odbiorcy informacji na jej otrzymanie. Zatem wysłanie informacji handlowej do oznaczonego odbiorcy za pomocą środków komunikacji elektronicznej, bez uzyskania wcześniejszej zgody odbiorcy tej informacji stanowi działanie bezprawne, naruszające zakaz wyrażony w art. 10 ust. 1 uśude.

Ponadto, art. 4 ust. 1 pkt 1 uśude zastrzega, iż zgoda, w tym również zgoda na przesyłanie informacji handlowej, nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści. Zatem już art. 10 ust. 2 uśude wymaga zgody odbiorcy informacji handlowej na przesłanie tej informacji środkami komunikacji elektronicznej (model *opt-in*), natomiast art. 4 ust. 1 pkt 1 uśude zawiera dodatkowe gwarancje ochrony prywatności potencjalnych odbiorców informacji handlowych, stanowiąc, iż zgoda taka nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia o innej treści oraz, że może zostać odwołana w każdym czasie. Jak podnosi się w nauce prawa, przedmiotowa zgoda musi być wyrażona na dokonanie konkretnej czynności przez usługodawcę. Nie może on ze zgody na

¹ Tak też Gołaczyński Jacek, Kowalik-Bańczyk Krystyna, Majchrowska Agata, Świerczyński Marek, *Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Komentarz*, Oficyna 2009

przesłanie usługobiorcy określonej informacji handlowej wyprowadzać dalej jego zgody na np. przetwarzanie danych osobowych, które nie są niezbędne do świadczenia danej usługi. Wyrażenie tej zgody musi nastąpić w sposób jasny i wyraźny. O to, aby warunki te zostały spełnione, musi zadbać sam usługodawca, gdyż to na nim ciąży ciężar dowodu uzyskania takiej zgody².

Celem powyższych regulacji prawnych jest zapewnienie potencjalnym odbiorcom komunikatów marketingowych (w tym konsumentom) maksymalnie wysokiego poziomu ochrony przed nieuprawnioną ingerencją przedsiębiorcy w sferę prywatności odbiorcy informacji. Konstrukcja przepisów ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną gwarantuje, iż wszelkie działania przedsiębiorcy, zmierzające do nieuprawnionego domniemania lub dorozumienia zgody z zachowań odbiorcy informacji, które nie stanowią wyraźnego, jednoznacznego, niezależnego od innych oświadczeń i czynności oświadczenia o wyrażeniu zgody na otrzymywanie informacji handlowych, będą prawnie bezskuteczne. Zatem regulacja zawarta w art. 4 ust. 1 pkt 1 uśude stanowi wzmocnienie systemu zgody (*opt-in*) przewidzianego w art. 10 ust. 2 uśude, powodując, iż dla wysłania oznaczonemu odbiorcy informacji handlowej środkami komunikacji elektronicznej konieczne jest nie tylko pozyskanie zgody, ale również pozyskanie tej zgody w taki sposób, że zgoda przybiera postać odrębnego – od innych oświadczeń woli i wiedzy – oświadczenia, wyraźnie i jednoznacznie stanowiącego, iż składający oświadczenie wyraża wolę otrzymywania od określonego przedsiębiorcy określonych informacji handlowych. Zakaz domniemania lub dorozumienia zgody na otrzymywanie informacji handlowych oznacza, iż jeżeli odbiorca takiej informacji nie złożył w tym przedmiocie wyraźnego, jednoznacznego oświadczenia woli, to przedsiębiorca nie może zakładać *a priori*, iż zgoda taka jest lub będzie wyrażona (zakaz domniemania), jak również nie może wywodzić wyrażenia takiej zgody z innego zachowania odbiorcy informacji, nawet jeżeli zachowanie takie zdaje się sugerować wyrażenie zgody, ale nie przyjmuje formy wyraźnego oświadczenia woli (zakaz dorozumienia oświadczenia woli). W praktyce oznacza to brak możliwości stosowania w tym zakresie art. 60 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, ze zm.; zwanej dalej „K.c.”), stanowiącego, iż z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny. Zatem zakaz dorozumienia zgody z innego niż wyraźne oświadczenie woli zachowania odbiorcy informacji handlowych, powoduje, iż za wadliwe należy uznać mechanizmy, zgodnie z którymi zgoda na otrzymywanie informacji handlowych jest dorozumiana przez przedsiębiorcę z czynności np. wysłania wiadomości SMS skutkującej skorzystaniem z określonej usługi, przystąpieniem do loterii lub konkursu, co z mocy postanowienia regulaminu tej usługi, konkursu lub loterii - akceptowanego w sposób dorozumiany poprzez wysłanie SMS - jest traktowane przez przedsiębiorcę w sposób nieuprawniony jako zgoda osoby wysyłającej wiadomość SMS na otrzymywanie informacji handlowych. Warto podkreślić, iż z reguły treści takich wiadomości SMS wysyłanych przez konsumentów nie zawierają wyraźnego oświadczenia o akceptacji postanowień regulaminu i wyrażeniu zgody na otrzymywanie informacji handlowych. Co więcej, istota „zgody” na określone działanie wymaga dla jej skuteczności, aby osoba, która wyraża taką zgodę miała pełną świadomość, iż taką zgodę wyraża oraz jakie informacje

² A. Frań, *Komentarz do art. 4 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną*, Lex/el;

handlowe oraz od kogo będą na podstawie tak wyrażonej zgody przesyłane³. Oświadczenie odbiorcy informacji powinno precyzyjnie określać, jakie kategorie informacji handlowych oraz jacy nadawcy (podmioty przysyłające informacje handlowe), są przez wyrażającego zgodę akceptowane⁴. Należy przyjąć, iż zgoda o charakterze blankietowym – nie precyzująca jakich dostawców informacji handlowych oraz jakie kategorie informacji handlowych obejmuje – jest bezskuteczna. Jeżeli zatem przedsiębiorca dokonuje wysyłki informacji handlowych, nie dysponując zgodą odbiorcy informacji handlowej lub powołuje się na „wyrażenie zgody” w sposób domniemany lub dorozumiany, to takie działanie przedsiębiorcy, jako wysłanie informacji handlowej do oznaczonego odbiorcy za pomocą środków komunikacji elektronicznej bez wcześniejszego uzyskania wymaganej przepisami prawa zgody, stanowi naruszenie zakazu, o którym mowa a art. 10 ust. 1 uśude.

Cel i potrzeba wprowadzenia do porządku prawnego regulacji prawnych przeciwdziałających zjawisku przesyłania niezamówionych informacji handlowych (tzw. *spamu*) zostały jednoznacznie wskazane w uzasadnieniu ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, gdzie wskazano:

W celu ochrony interesów odbiorców usług, a przede wszystkim konsumentów, projekt ustawy wprowadza model ochrony, który uzależnia dozwoleństwo przesyłania pocztą elektroniczną lub podobnym środkiem komunikacji elektronicznej (np. SMS - skrót od ang. akronimu Short Message Service - usługa krótkich wiadomości tekstowych w telefonii komórkowej) niezamówionych informacji handlowych (tj. informacji przesyłanych na adres elektroniczny, który nie został udostępniony świadomie przez odbiorcę w celu otrzymywania takich wiadomości) od uzyskania uprzedniej zgody ze strony adresatów takich komunikatów (tzw. model opt-in). W projekcie ustawy odstąpiono od alternatywnego modelu, (tzw. modelu opt-out), zgodnie z którym zabronione jest przesyłanie pocztą elektroniczną lub innym środkiem komunikacji elektronicznej niezamówionych informacji handlowych danej osobie dopiero wtedy, gdy oświadczy ona, w sposób dostępny dla usługodawcy, iż nie wyraża na to zgody. Za wyborem tej formy ochrony przemawia to, że model opt-in chroni lepiej interesy usługobiorców, jest mniej kosztowny dla usługodawców (lub ewentualnie innych podmiotów obowiązanych do utrzymywania rejestrów wyłączeń) i łatwiejszy do wdrożenia przez nich, jest spójny z obowiązującymi w Polsce regulacjami dotyczącymi ochrony interesów konsumentów (art. 6 ust. 3 ustawy z 2 marca 2002 r. o ochronie niektórych praw konsumentów i o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny), a przy tym nie ogranicza w żaden sposób możliwości promocji za pośrednictwem takich środków jak np. reklamy na stronach WWW (tzw. banery) oraz przesyłanie informacji handlowej bezpośrednio do odbiorców wyrażających zgodę na ten sposób promocji (ang. mailing).

Zatem działania przedsiębiorcy, polegające na wysyłaniu na numery MSISDN krótkich wiadomości tekstowych (SMS), zawierających informację handlową, bez wcześniejszego uzyskania jednoznacznej i wyraźnej zgody odbiorców tej informacji, stanowi naruszenie art. 10 ust. 1 uśude zakazującego przesyłania niezamówionej informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy za pomocą środków komunikacji elektronicznej.

³ Tak też Gołaczyński Jacek, Kowalik-Bańczyk Krystyna, Majchrowska Agata, Świerczyński Marek, *Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Komentarz*, Oficyna 2009, str. 118.

⁴ Gołaczyński Jacek, Kowalik-Bańczyk Krystyna, Majchrowska Agata, Świerczyński Marek, *Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Komentarz*, Oficyna 2009, str. 121.

Kolejnym przepisem prawa przewidującym ochronę przed niechcianą komunikacją o charakterze marketingowym jest art. 172 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne stanowiący, iż zakazane jest używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, chyba że abonent lub użytkownik końcowy uprzednio wyraził na to zgodę. Automatycznym systemem wywołującym jest każde rozwiązanie techniczne pozwalające na przesyłanie komunikatów indywidualnym odbiorcom, nie wymagające bezpośredniego zaangażowania człowieka w wysłanie każdego z indywidualnych komunikatów. Cecha automatyczności jest związana z inicjowaniem i realizowaniem przekazu za pomocą odpowiednio zaprogramowanych urządzeń przyłączonych do sieci telekomunikacyjnej⁵. Przepis art. 172 ust. 1 Pt dotyczy wszelkich automatycznych systemów wywołujących, a zatem wykonywanych automatycznie połączeń głosowych (IVR), jak również systemów generujących i wysyłających krótkie wiadomości tekstowe (SMS) oraz wiadomości multimedialne (MMS)⁶. Ustawodawca dopuszcza użycie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego pod warunkiem, że podmiot posługujący się takim systemem dysponuje wcześniej wyrażoną zgodą użytkowników numerów telefonicznych (MSISDN), na które mają być wykonywane połączenia IVR lub wysyłane wiadomości SMS lub MMS (tzw. model *opt-in*). Ponadto, art. 174 pkt 1 Pt zastrzega, iż wymagana przepisami Prawa telekomunikacyjnego zgoda abonenta lub użytkownika końcowego, w tym również zgoda na użycie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści. Zatem już art. 172 ust. 1 Pt wymaga zgody abonenta lub użytkownika końcowego na użycie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego (model *opt-in*), natomiast art. 174 pkt. 1 Pt zawiera dodatkowe gwarancje ochrony prywatności potencjalnych adresatów bezpośrednich komunikatów marketingowych przesyłanych za pomocą automatycznych systemów wywołujących zastrzegając, że zgoda taka nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia o innej treści. W związku z powyższym, w pełni aktualne pozostają rozważania dotyczące zakazu domniemania lub dorozumienia zgody, poczynione we wcześniejszych fragmentach niniejszej decyzji na gruncie przepisów ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Dodatkowo należy jedynie podkreślić, iż wyrażony w art. 174 pkt 1 Pt zakaz domniemania lub dorozumienia zgody oznacza, iż wymogiem złożenia prawnie skutecznej zgody na używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego jest, aby oświadczenie woli osoby wyrażającej przedmiotową zgodę przybrało postać wyraźnego oświadczenia woli określającego możliwie precyzyjnie jakie kategorie komunikatów marketingowych oraz jacy nadawcy (podmioty używające automatycznych systemów wywołujących), są przez wyrażającego zgodę akceptowane.

Działanie przedsiębiorcy polegające na automatycznym nawiązywaniu połączeń głosowych (IVR) lub na automatycznym wysyłaniu na numery MSISDN krótkich wiadomości tekstowych (SMS) dla celów marketingu bezpośredniego, bez wcześniejszego uzyskania jednoznacznej i wyraźnej zgody odbiorców takich komunikatów, stanowi naruszenie art. 172 ust. 1 Pt zakazującego używania automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego.

⁵ S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne*, Komentarz, wyd. 2, CH Beck, Warszawa 2005, str. 939.

⁶ Tamże.

Zatem o kwalifikacji prawnej działań przedsiębiorcy, polegających na przesłaniu informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy za pomocą środków komunikacji elektronicznej lub na użyciu automatycznych systemów wywołujących w celu marketingu bezpośredniego, decyduje ustalenie, czy przedsiębiorca w momencie podejmowania tych działań dysponuje wyraźną i jednoznaczną (a więc inną aniżeli zgoda domniemana lub dorozumiana) zgodą adresatów tych działań.

W punkcie I.1 sentencji decyzji Prezes Urzędu uznał ponadto, iż działanie Spółki, polegające na wykonywaniu połączeń głosowych IVR oraz wysyłaniu krótkich wiadomości tekstowych SMS, nakłaniających do udziału w konkursie „Wielki Quiz z Nagrodami. Edycja IX”, do konsumentów, którzy uprzednio nie wyrazili zgody na otrzymywanie od Spółki informacji handlowych skierowanych do oznaczonego odbiorcy za pomocą środków komunikacji elektronicznej lub na używanie wobec nich przez Spółkę automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, stanowi agresywną praktykę rynkową, o której mowa w art. 9 pkt 3 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym.

Zgodnie z art. 3 upnpr, stosowanie nieuczciwych praktyk rynkowych jest zakazane. Praktyka rynkowa stosowana przez przedsiębiorcę jest nieuczciwa, jeżeli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu (art. 4 ust. 1 upnpr). Zgodnie z art. 4 ust. 2 upnpr, za nieuczciwą praktykę rynkową uznaje się w szczególności praktykę rynkową wprowadzającą w błąd oraz agresywną praktykę rynkową.

Zgodnie z art. 9 pkt 3 upnpr nieuczciwą praktyką rynkową w każdych okolicznościach jest agresywna praktyka rynkowa polegająca na uciążliwym i niewywołanym działaniem albo zaniechaniem konsumenta nakłanianiu do nabycia produktów przez telefon, faks, pocztę elektroniczną lub inne środki porozumiewania się na odległość, z wyjątkiem przypadków egzekwowania zobowiązań umownych, w zakresie dozwolonym przez obowiązujące przepisy. Przytoczona powyżej agresywna praktyka rynkowa została umieszczona przez ustawodawcę na tzw. „czarnej liście” agresywnych praktyk rynkowych, a więc praktyk uznanych za nieuczciwe w każdych okolicznościach (art. 9 upnpr). Oznacza to, iż w sytuacji, w której zachowanie przedsiębiorcy względem konsumenta wypełnia znamiona praktyki agresywnej, uznanej przez ustawodawcę za nieuczciwą praktykę rynkową w każdych okolicznościach - w tym przypadku art. 9 pkt 3 upnpr - dla uznania tego zachowania za naruszenie zakazu stosowania nieuczciwych praktyk rynkowych, nie jest konieczne wykazanie, iż zachowanie to wypełnia również przesłanki ogólne, wynikające z art. 4 ust.1 upnpr. Jak wskazuje się w nauce prawa⁷, zachowania przedsiębiorcy, wypełniające znamiona praktyki rynkowej nieuczciwej w każdych okolicznościach, nie podlegają ogólnej ocenie uczciwości wynikającej z przepisu art. 4 ust.1 upnpr. Ustawodawca przyjął zatem, iż praktyki znajdujące się na tzw. „czarnej liście” nieuczciwych praktyk rynkowych – jeżeli tylko będą stosowane przez przedsiębiorcę – zawsze są sprzeczne z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształcają lub mogą zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu.

⁷ Sieradzka Małgorzata, *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, Komentarz*, Oficyna 2008 r.

Agresywną praktyką rynkową, o której mowa w art. 9 ust. 3 upnpr, będzie w każdych okolicznościach zachowanie przedsiębiorcy polegające na:

- uciążliwym;
- niewywołanym działaniem lub zaniechaniem konsumenta;
- nakłanianiu do nabycia produktów;
- przez telefon, faks, pocztę elektroniczną lub inne środki porozumiewania się na odległość;
- które jednocześnie nie jest egzekwowaniem zobowiązań umownych, w zakresie dozwolonym przez obowiązujące przepisy

Nakłanianie do nabycia produktu ma charakter uciążliwy jeżeli powoduje dyskomfort po stronie konsumenta. Uciążliwość należy interpretować w połączeniu z celem regulacji, jakim w tym przypadku jest ochrona prywatności konsumenta przed nieproszonymi, niechcianymi komunikatami marketingowymi przedsiębiorcy, który w celu dotarcia bezpośrednio do odbiorcy stosuje środki porozumiewania się na odległość. Zatem uciążliwość polega na tym, iż aktywność ze strony przedsiębiorcy zakłóca spokój i prywatność konsumenta, który może nie życzyć sobie kontaktów o charakterze marketingowym ze strony przedsiębiorcy. Uciążliwość tej formy nakłaniania do nabycia produktów przedsiębiorcy może być związana zarówno z częstotliwością kontaktów ze strony przedsiębiorcy, jak i natarczywością, nachalnością treści marketingowych przekazywanych konsumentowi.

Uciążliwość nakłaniania do nabycia produktów musi być rozpatrywana nie tylko w kontekście zachowania przedsiębiorcy ale i konsumenta – adresata tych działań. W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż racjonalnie rzecz ujmując nie może być uznane za uciążliwe takie działanie przedsiębiorcy, na które konsument wcześniej udzielił wyraźnej zgody. W takim przypadku, bez względu na częstotliwość i stopień perswazji, działania przedsiębiorcy nie powinny być kwalifikowane jako uciążliwe dla konsumenta, skoro konsument wyraźnie zaakceptował podejmowanie tego typu działań wobec jego osoby przez przedsiębiorcę. Zatem kryterium uciążliwości działań przedsiębiorcy pojawia się w przypadku, w którym przedmiotowe działania – nakłanianie do nabycia produktu – nie zostało wywołane działaniem lub zaniechaniem ze strony konsumenta. Przepis art. 9 pkt 3 upnpr posługuje się pojęciem działania lub zaniechania konsumenta i na gruncie przepisów chroniących prywatność konsumentów przed niechcianą komunikacją marketingową powinien być odczytywany jako regulacja odnosząca się do przyjętego przez ustawodawcę systemu akceptacji takiej komunikacji, a więc systemu wyraźnej zgody (*opt-in*) albo braku sprzeciwu (*opt-out*). W polskim porządku prawnym przyjęty został system wyraźnej zgody (*opt-in*), a zatem nakłanianie do nabycia produktów będzie miało charakter niewywołany działaniem konsumenta w tych wszystkich przypadkach, w których konsument nie wyraził prawem wymaganej zgody na tego typu działania ze strony przedsiębiorcy, w szczególności nie wyraził zgody na otrzymywanie informacji handlowych skierowanych do oznaczonego odbiorcy środkami komunikacji elektronicznej (art. 10 ust. 1 i 2 uśude) lub nie wyraził zgody na posłużenie się automatycznym systemem wywołującym dla celów marketingu bezpośredniego (art. 172 ust. 1 Pt).

Zakazane przez ustawodawcę działanie przedsiębiorcy musi polegać na nakłanianiu do nabycia produktów. Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym definiuje zarówno pojęcie „produktu” jak i „proponycji nabycia produktu” – pojęcia zbliżonego do

„nakłaniania do nabycia produktu”. Zgodnie z art. 2 pkt 3 upnpr, przez produkt rozumie się każdy towar lub usługę, w tym nieruchomości, prawa i obowiązki wynikające ze stosunków cywilnoprawnych – jest to zatem definicja bardzo szeroka, obejmująca w zasadzie wszelkie dobra jakie przedsiębiorca może zaoferować konsumentowi. Natomiast pod pojęciem propozycji nabycia produktu rozumie się informację handlową określającą cechy produktu oraz jego cenę, w sposób właściwy dla użytego środka komunikowania się z konsumentami, która bezpośrednio wpływa bądź może wpływać na podjęcie przez konsumenta decyzji dotyczącej umowy – art. 9 pkt 3 upnpr posługuje się pojęciem „nakłaniania do nabycia produktu” przez co należy rozumieć informację handlową określającą cechy produktu oraz jego cenę, której treść i forma prezentacji ma nakłonić konsumenta do nabycia produktu.

Agresywną praktyką rynkową, o której mowa w art. 9 pkt 3 upnpr, będzie nakłanianie do nabycia produktów, które odbywa się przez telefon, faks, pocztę elektroniczną lub inne środki porozumiewania się na odległość. Zatem zakresem regulacji art. 9 pkt 3 upnpr nie będą objęte przypadki nakłaniania konsumenta do nabycia produktu podczas osobistych wizyt przedsiębiorcy lub osoby działającej w jego imieniu w miejscu zamieszkania konsumenta (tzw. akwizycja), objęte przedmiotem regulacji art. 9 pkt 2 upnpr. Wyraźne oddzielenie przypadków objętych zakresem regulacji ww. przepisów wskazuje, iż przedmiotem ochrony w przypadku zakazu stosowania praktyki, o której mowa w art. 9 pkt 3 upnpr, jest prywatność konsumenta w obliczu zjawiska tzw. spamu – generalnie rzecz ujmując przesyłania za pomocą środków komunikacji na odległość niezamówionych komunikatów o charakterze handlowym. Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym nie definiuje pojęcia „środka porozumiewania się na odległość”, które zostało zdefiniowane w art. 6 ust. 1 uonpk, stanowiącym, iż środkiem porozumiewania się na odległość jest w szczególności drukowany lub elektroniczny formularz zamówienia niezaadresowanego lub zaadresowanego, list seryjny w postaci drukowanej lub elektronicznej, reklama prasowa z wydrukowanym formularzem zamówienia, reklama w postaci elektronicznej, katalog, telefon, telefaks, radio, telewizja, automatyczne urządzenie wywołujące, wizjofon, wideotekst, poczta elektroniczna lub inne środki komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Zgodnie z art. 2 pkt 5 uśude środkami komunikacji elektronicznej są rozwiązania techniczne, w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe, umożliwiające indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi. Biorąc pod uwagę tak szeroką definicję środka porozumiewania się na odległość należy przyjąć, iż środkiem takim jest w zasadzie każde rozwiązanie techniczne i organizacyjne, które pozwala na komunikowanie się na odległość, w szczególności telekomunikacyjne połączenie głosowe, wiadomość tekstowa (SMS), wiadomość multimedialna (MMS), poczta elektroniczna (e-mail) itd.

Subsumcja:

W ramach promowania Konkursu „Wielki Quiz z Nagrodami – Edycja 9” Spółka wysyłała marketingowe wiadomości SMS, których celem było skłonienie adresatów kampanii marketingowej do wzięcia udziału w Konkursie.

Treści wysyłanych konsumentom wiadomości tekstowych (SMS) były tak przygotowane, aby zachęcać odbiorców tych informacji do wzięcia udziału w Konkursie, a tym samym informacje zawarte w przedmiotowych wiadomościach stanowiły informację

handlową w rozumieniu art. 2 pkt 2 u.s. 2002, gdyż stanowiły informację przeznaczoną bezpośrednio do promowania usługi jaką oferowała Telecom Media S.A., a więc usługi Konkursu z nagrodami.

Spółka, w ramach nakłaniania do wzięcia udziału w Konkursie, wysyłała wiadomości SMS na numery telefonów abonentów znajdujących się w posiadanych przez siebie bazach danych numerów MSISDN, co oznacza, iż Spółka wysyłała informacje handlowe do oznaczonych odbiorców, identyfikowanych za pomocą adresu elektronicznego, w tym przypadku numeru telefonu. Należy zauważyć, iż numer telefonu (MSISDN) przypisany jest do konkretnego, indywidualnego użytkownika danego dostawcy usług telekomunikacyjnych, a zatem mieści się w pojęciu adresu elektronicznego, przez który art. 2 pkt 1 u.s. 2002 rozumie oznaczenie systemu teleinformatycznego umożliwiające porozumiewanie się za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Ponadto, informacje handlowe przekazywane przez Spółkę miały charakter informacji skierowanej do oznaczonego odbiorcy – oznaczonego poprzez identyfikujący go adres elektroniczny, w tym przypadku numer MSISDN. Należy zwrócić uwagę, iż przepisy ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną nie wymagają, aby informacja handlowa miała charakter zindywidualizowany lub spersonalizowany, nie musi wskazywać imiennie odbiorcy tych informacji. Kryterium decydującym jest w tym przypadku fakt, iż wiadomości SMS były przesyłane do oznaczonych – za pomocą numeru MSISDN – odbiorców informacji handlowej. W nauce prawa⁸ przyjmuje się, iż kryterium „oznaczoności” odbiorcy sprowadza się do tego, iż jest to odbiorca indywidualny, czyli taki, z którym kontakt następuje poprzez indywidualne kanały kontaktu. Ustawodawca, posługując się wymogiem kierowania informacją handlową do oznaczonego odbiorcy, który to wymóg jest spełniony w przypadku np. kierowania takiej informacji na adres skrzynki pocztowej odbiorcy lub w postaci komunikatów tekstowych kierowanych na określony numer telefonu, dokonał rozróżnienia pomiędzy przesyłaniem informacji handlowej do odbiorcy oznaczonego – adresem elektronicznym (np. adresem poczty elektronicznej, numerem MSISDN) – od przekazów o charakterze marketingowym kierowanym *ad incertis personas* jak to się dzieje w przypadku emitowanych za pośrednictwem radia lub telewizji przekazów reklamowych. Zatem informacja handlowa będzie miała charakter oznaczony w każdym przypadku, w którym jest kierowana na oznaczony adres elektroniczny – adres poczty elektronicznej lub numer telefonu – bez względu na to, czy podmiot wysyłający informacje handlowe posiada dane osobowe odbiorcy informacji (np. imię i nazwisko odbiorcy informacji) i czy informacja handlowa zawiera zwroty skierowane bezpośrednio do wskazanego z imienia i nazwiska odbiorcy informacji.

W nauce jak i praktyce stosowania prawa nie ulega wątpliwości, iż przypadkiem naruszenia zakazu wysyłania niezamówionej informacji handlowej jest wysłanie takich informacji na adresy poczty elektronicznej odbiorców, a więc sytuacja, w której wysyłający takie informacje (potocznie zwany *spammerem*) dysponuje tylko i wyłącznie adresami poczty elektronicznej nieznanymi sobie z imienia i nazwiska osób, do których kierowana jest niezamówiona informacja handlowa. W literaturze prezentowany jest pogląd, iż „odbiorca staje się „oznaczonym” już przez fakt posiadania adresu poczty elektronicznej. Wystarczy więc tylko sama możliwość przybliżonej identyfikacji. (...) Tylko wtedy gdy nie jest możliwe wskazanie dysponenta adresu poczty elektronicznej zdolnego wyrazić zgodę, nie mamy do

⁸ J. Gołaczyński [red.], *Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Komentarz.*, Oficyna 2009 r., s. 116;

czynienia z odbiorcą oznaczonym. (...) termin „oznaczony” zakłada jedynie wskazanie odbiorcy zdolnego do wyrażenia zgody, czyli dysponenta elektronicznego konta pocztowego⁹. Kierując się analogią przykładu, iż za oznaczonego przyjmuje się odbiorcę przez fakt posiadania jego adresu mailowego bez względu na to, czy można na tej podstawie ustalić tożsamość odbiorcy informacji, uzasadnionym jest także przyjęcie, iż numer telefonu przypisany konkretnej osobie, jest wystarczający dla uznania jego oznaczoności.

Spółka wysłała wiadomości SMS nakłaniające do udziału w Konkursie – będące informacją handlową przesłaną za pomocą środków komunikacji elektronicznej do oznaczonych odbiorców – nie posiadając zgody wymaganej przez przepisy art. 10 ust. 2 w zw. z art. 4 ust. 1 pkt 1 uśude wszystkich osób, do których zostały skierowane wiadomości SMS nakłaniające do udziału w Konkursie. W nauce prawa przeważa pogląd, iż skuteczna (ważna) zgoda na otrzymywanie informacji handlowych środkami komunikacji elektronicznej musi mieć charakter wyraźny¹⁰, tj. będący odwrotnością zgody domniemanej lub dorozumianej z oświadczenia woli o innej treści lub innego zachowania odbiorcy informacji.

W ramach kampanii promującej Konkurs Spółka wysłała marketingowe wiadomości SMS do 4 506 716 konsumentów. W toku postępowania administracyjnego Spółka poinformowała, iż w czasie trwania kampanii promującej Konkurs dysponowała liczbą 4 506 716 zgód konsumentów na otrzymywanie środkami komunikacji elektronicznej informacji handlowych skierowanych do oznaczonego odbiorcy.

Spśród 4 506 716 konsumentów, do których Spółka wysłała marketingowe wiadomości SMS, 3 234 005 konsumentów – w ocenie Prezesa UOKiK – nie wyraziło zgody na otrzymywanie środkami komunikacji elektronicznej informacji handlowych skierowanych do oznaczonego odbiorcy, w sposób spełniający wymagania przepisów prawa. Tym samym Spółka – wysyłając marketingowe wiadomości SMS do 3 234 005 konsumentów – dopuściła się naruszenia wyrażonego w art. 10 ust. 1 uśude zakazu przesyłania niezamówionej informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy za pomocą środków komunikacji elektronicznej.

Na ogólną liczbę konsumentów, którym Spółka wysłała niezamówione informacje handlowe, składają się osoby, które – w ocenie Spółki – wyraziły zgodę w następujący sposób:

1) 603 906 osób, które – w ocenie Spółki – wyraziły przedmiotową zgodę poprzez przystąpienie do konkursów poprzednich edycji (edycji 1 – 8).

W tym przypadku Spółka przyjęła mechanizm, zgodnie z którym wysłanie wiadomości SMS zgłaszającej udział w konkursie którejkolwiek z poprzednich edycji, oznaczało akceptację postanowień regulaminu oraz zgodę na otrzymywanie od Spółki i podmiotów z nią współpracujących wiadomości SMS o przyszłych konkursach lub innych produktach (§ 7 pkt 2 regulaminu konkursu edycji 1-8). Zatem Spółka dorozumiała wyrażenie zgody na otrzymywanie informacji handlowych z faktu wysłania przez konsumenta wiadomości SMS (o dowolnej treści) zgłaszającego udział w konkursie. Zatem w przedmiotowym przypadku Spółka zastosowała mechanizm dorozumianej zgody,

⁹ D. Kasprzycki, „Spam, czyli niezamawiana komercyjna poczta elektroniczna”, Zakamycze 2005 str. 198 i nast.

¹⁰ J. Gołaczyński (red.), *Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Komentarz.*, Oficyna 2009 r., s. 118 – 119; Frań Aneta, *Świadczenie usług drogą elektroniczną, Komentarz*, LEX/el. 2002.

przypisując wiadomości SMS konsumenta, zgłaszającego swój udział w konkursie edycji 1-8, moc oświadczenia woli o wyrażeniu zgody na otrzymywanie środkami komunikacji elektronicznej informacji handlowych skierowanych do oznaczonego odbiorcy, pomimo faktu, iż wiadomość zgłoszeniowa w konkursie miała dowolną treść i w żadnym przypadku nie przybierała formy wyraźnego oświadczenia woli o wyrażeniu przedmiotowej zgody. Stosując ten mechanizm Spółka zignorowała regulację art. 4 ust. 1 pkt 1 uśude, zgodnie z którym zgoda na otrzymywanie środkami komunikacji elektronicznej informacji handlowych skierowanych do oznaczonego odbiorcy nie może być dorozumiana lub domniemana z oświadczenia woli o innej treści. Zatem zgodę dorozumianą lub domniemaną przez Spółkę należy uznać za niewyrażoną przez konsumenta w sposób spełniający wymagania przepisów prawa.

Bez względu powyższe, wymóg posiadania zgody został sformułowany bezpośrednio w art. 10 ust. 1 i 2 uśude. Przyjmując nawet hipotetycznie, iż art. 4 ust. 1 pkt 1 uśude nie znajduje w przedmiotowej sprawie zastosowania, należy zauważyć, iż na wysłanie informacji handlowej przedsiębiorca musi mieć zgodę odbiorców tych informacji. Przyjmując hipotetyczne założenie, iż zgoda może zostać wyrażona przez każde zachowanie się osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny (art. 60 K.c.) należy zauważyć, iż przyjęcie mechanizmu dorozumianej zgody wymaga, aby podstawą wniosku o wyrażeniu zgody, było takie zachowanie przyszłego odbiorcy informacji handlowych, które ujawnia jego wolę – w tym przypadku wolę otrzymywania informacji handlowych środkami komunikacji elektronicznej – w sposób dostateczny. Zatem tylko i wyłącznie takie zachowanie przyszłego odbiorcy informacji handlowych, które w sposób dostateczny, jednoznaczny i nie budzący wątpliwości, iż osoba zachowująca się w określony sposób chce wyrazić przedmiotową zgodę, może być podstawą przyjęcia założenia o wyrażeniu zgody w sposób dorozumiany. Nie spełnia tego wymogu przyjęcie założenia, iż wolą konsumenta wysyłającego zgłoszeniową wiadomość SMS w konkursie poprzedniej edycji (wiadomość o dowolnej treści np. „GRAM”), było wyrażenie zgody na otrzymywanie informacji handlowych środkami komunikacji elektronicznej. W takim przypadku, konsument wysyłający zgłoszeniową wiadomość w konkursie edycji 1-8 mógł nawet nie mieć świadomości, iż wysłane przez niego zgłoszeniowej wiadomości SMS jest traktowane przez Spółkę jako zgoda na otrzymywanie informacji handlowych, co wyklucza możliwość przyjęcia, iż wysłanie takiej wiadomości w sposób dostateczny ujawniało wolę wyrażenia przedmiotowej zgody.

Zatem w stosunku do 603 906 konsumentów, którym wysłano marketingowe wiadomości SMS, Spółka nie posiadała zgody na wysłanie informacji handlowych skierowanych do oznaczonego odbiorcy za pomocą środków komunikacji elektronicznej, a tym samym wobec 603 906 konsumentów Spółka dopuściła się naruszenia zakazu przesyłania niezamówionej informacji handlowej, o którym mowa w art. 10 ust. 1 uśude.

2) 2 405 224 osób, które – w ocenie Spółki – wyraziły przedmiotową zgodę poprzez wysłanie wiadomości SMS w celu pobrania na telefon treści multimedialnych, co Spółka utożsamiała z akceptacją regulaminu serwisu Juup.com., którego § 3 pkt 11 przewidywał, iż wysłanie takiej wiadomości oznacza zgodę na otrzymywanie informacji handlowych środkami komunikacji elektronicznej.

W tym przypadku Spółka zastosowała analogiczny mechanizm dorozumienia zgody jak w przypadku zgody dorozumianej przez Spółkę na podstawie przystąpienia do konkursów

poprzednich edycji. W przypadku pobierania treści multimedialnych konsument wysłał wiadomość SMS na numer o podwyższonej opłacie, w treści wpisując hasło identyfikujące kupowaną treść multimedialną. Spółka przyjęła założenie, iż wysłanie takiej wiadomości SMS stanowi akceptację regulaminu usługi, a akceptacja regulaminu usługi oznacza zgodę na otrzymywanie informacji handlowych środkami komunikacji elektronicznej. Spółka przyjmując taki mechanizm zignorowała regulację art. 4 ust. 1 pkt 1 u.s. u.s., zgodnie z którym zgoda na otrzymywanie środkami komunikacji elektronicznej informacji handlowych skierowanych do oznaczonego odbiorcy nie może być dorozumiana lub domniemana z oświadczenia woli o innej treści. Zatem zgodę dorozumianą lub domniemaną przez Spółkę należy uznać za niewyrażoną przez konsumenta w sposób spełniający wymagania przepisów prawa. W tym punkcie w pełni aktualne pozostają hipotetyczne rozważania, dotyczące możliwości zastosowania w tym przypadku regulacji art. 60 K.c., przedstawione w poprzedzających akapitach.

Zatem w stosunku do 2 405 224 konsumentów, którym wysłano marketingowe wiadomości SMS, Spółka nie posiadała zgody na wysłanie informacji handlowych skierowanych do oznaczonego odbiorcy za pomocą środków komunikacji elektronicznej, a tym samym wobec 2 405 224 konsumentów Spółka dopuściła się naruszenia zakazu przesyłania niezamówionej informacji handlowej, o którym mowa w art. 10 ust. 1 u.s. u.s.

3) 224 875 osób, których zgody zostały pozyskane – w ocenie Spółki – na podstawie wypracowanych zasad współpracy z Yarosa Entertainment B.V.

Przekazane przez Spółkę porozumienie z Yarosa Entertainment B.V. nie precyzuje na jakich zasadach przedmiotowe zgody zostały wyrażone, a następnie przekazane Spółce. Ponadto, Spółka poza ogólną wiedzą na temat mechanizmu oferowania usług Yarosa Entertainment B.V., nie była w stanie wyjaśnić, w jaki sposób przedmiotowe zgody były pozyskiwane przez Yarosa Entertainment B.V. W toku postępowania administracyjnego Spółka stwierdziła wyraźnie, iż *nie ma fizycznie dowodowych możliwości wykazania posiadania 224 875 zgód na otrzymywanie informacji handlowych za pomocą środków komunikacji elektronicznej, albowiem zgody te w przekonaniu Spółki były udzielane na rzecz Yarosa Entertainment B.V., która w przekonaniu Spółki mogła przekazać te dane na rzecz innych podmiotów (a w tym przypadku na rzecz Spółki)* (str. 4 pisma Spółki z dnia 17 listopada 2011 r.). W związku z powyższym należy jeszcze raz przytoczyć regulację art. 10 ust. 2 u.s. u.s., stanowiącego, że informację handlową uważa się za zamówioną, jeżeli odbiorca wyraził zgodę na otrzymywanie takiej informacji. Zatem w każdym przypadku, w którym podmiot wysłał informacje handlowe do oznaczonych odbiorców za pomocą środków komunikacji elektronicznej, musi dysponować zgodą adresatów tych działań, w przeciwnym razie dopuszcza się naruszenia przepisów prawa. W związku z tym to na podmiocie przesyłającym informacje handlowe do oznaczonych odbiorców za pomocą środków komunikacji elektronicznej ciąży obowiązek udowodnienia posiadania zgody adresatów tych działań, warunkującej legalność podejmowanych działań.

W przedmiotowej sprawie Spółka nie była w stanie wykazać, iż posiadała zgody 224 875 konsumentów, którym wysłała marketingowe wiadomości SMS w ramach promocji Konkursu. Zatem należy przyjąć, że w stosunku do 224 875 konsumentów, którym wysłano marketingowe wiadomości SMS, Spółka nie posiadała zgody na wysłanie informacji handlowych skierowanych do oznaczonego odbiorcy za pomocą środków komunikacji

elektronicznej, a tym samym wobec 224 875 konsumentów Spółka dopuściła się naruszenia zakazu przesyłania niezamówionej informacji handlowej, o którym mowa w art. 10 ust. 1 uśude.

Podsumowując powyższe rozważania, należy stwierdzić, iż w stosunku do 3 234 005 konsumentów, którym wysłano marketingowe wiadomości SMS, Spółka nie posiadała zgody na wysłanie informacji handlowych skierowanych do oznaczonego odbiorcy za pomocą środków komunikacji elektronicznej, a tym samym wobec 3 234 005 konsumentów Spółka dopuściła się naruszenia zakazu przesyłania niezamówionej informacji handlowej, o którym mowa w art. 10 ust. 1 uśude.

Niezależnie od powyższego, w ramach promowania Konkursu „Wielki Quiz z Nagrodami. Edycja 9”, oprócz wysyłania marketingowych wiadomości SMS, Spółka nawiązywała z konsumentami połączenia głosowe typu IVR, których celem było skłonienie adresatów kampanii marketingowej do wzięcia udziału w Konkursie. Spośród ogólnej liczby 4 506 716 konsumentów, którym wysłano marketingowe wiadomości SMS, wobec 1 593 990 konsumentów Spółka posłużyła się dodatkowo automatycznymi połączeniami głosowymi typu IVR, po odsłuchaniu których konsumenci otrzymywali wiadomość SMS.

Zgodnie z art. 172 ust. 1 Pt zakazane jest używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, chyba że abonent lub użytkownik końcowy uprzednio wyraził na to zgodę.

Zarówno komunikaty IVR, jak i wiadomości SMS, były wysyłane przez Spółkę z wykorzystaniem urządzeń pozwalających na zaprogramowanie i masowe nawiązywanie komunikacji IVR i SMS z osobami, których numery MSISDN znajdowały się w bazie danych Spółki. Urządzenia tego typu pozwalają na wysłanie bardzo dużej liczby komunikatów, bez ingerencji człowieka w wysyłkę każdego z nich indywidualnie. Należy zauważyć, iż w okresie od 31 sierpnia 2010 r. do 24 października 2010 r. Spółka nawiązała 2 438 486 połączeń głosowych typu IVR (każdy z adresatów komunikacji IVR przez czas trwania Konkursu otrzymał od 1 do 4 połączeń), którym towarzyszyła taka sama liczba wiadomości SMS. Automatycznym systemem wywołującym jest każde rozwiązanie techniczne pozwalające na przesyłanie komunikatów indywidualnym odbiorcom, nie wymagające bezpośredniego zaangażowania człowieka w wysłanie każdego z indywidualnych komunikatów. Cecha automatyczności jest związana z inicjowaniem i realizowaniem przekazu za pomocą odpowiednio zaprogramowanych urządzeń przyłączonych do sieci telekomunikacyjnej¹¹. Przepis art. 172 ust. 1 Pt dotyczy wszelkich automatycznych systemów wywołujących, a zatem wykonywanych automatycznie połączeń głosowych (IVR), jak również systemów generujących i wysyłających krótkie wiadomości tekstowe (SMS) oraz wiadomości multimedialne (MMS)¹².

Posłużenie się przez Spółkę komunikacją IVR i SMS miało również charakter marketingu bezpośredniego – komunikaty marketingowe docierały bezpośrednio do ich odbiorcy, za pośrednictwem telefonu komórkowego. Zatem mechanizm, którym posłużyła się Spółka miał na celu marketing bezpośredni usług oferowanych przez Spółkę, w tym

¹¹ S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne*, Komentarz, wyd. 2, CH Beck, Warszawa 2005, str. 939.

¹² Tamże.

przypadku promocję i zachętę do skorzystania z produktu, jakim była możliwość udziału w Konkursie.

Zatem komunikaty IVR i SMS, którymi posłużyła się Spółka do promocji Konkursu, stanowią przypadek posłużenia się automatycznymi systemami wywołującymi dla celów marketingu bezpośredniego, o których mowa w art. 172 ust. 1 Pt. W związku z powyższym, Spółka mogła posłużyć się automatycznymi systemami wywołującymi dla celów marketingu bezpośredniego – promocji Konkursu – pod warunkiem, iż dysponowała wyraźną zgodą adresatów tych działań. Jak zastrzeżono w art. 174 pkt 1 Pt, zgoda abonenta lub użytkownika na posłużenie się automatycznymi systemami wywołującymi dla celów marketingu bezpośredniego nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści. Zatem, w każdym przypadku, w którym przedsiębiorca, posługując się automatycznymi systemami wywołującymi dla celów marketingu bezpośredniego, powołuje się na zgody domniemane lub dorozumiane, w rzeczywistości narusza zakaz używania automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, o którym mowa w art. 172 ust. 1 Pt.

Spośród 1 593 990 konsumentów, wobec których Spółka posłużyła się automatycznymi systemami wywołującymi dla celów marketingu bezpośredniego, 1 433 419 konsumentów nie wyraziło zgody na posłużenie się wobec nich przez Spółkę automatycznymi systemami wywołującymi dla celów marketingu bezpośredniego, w sposób spełniający wymagania przepisów prawa. Tym samym Spółka – nawiązując połączenia typu IVR oraz wysyłając marketingowe wiadomości SMS do 1 433 419 konsumentów – dopuściła się naruszenia wyrażonego w art. 172 ust. 1 zakazu używania automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego. Na ogólną liczbę konsumentów, wobec których Spółka posłużyła się automatycznym systemem wywołującym dla celów marketingu bezpośredniego nie posiadając wymaganej przepisami prawa zgody, składają się osoby, które w ocenie Spółki wyraziły zgodę w następujący sposób:

1) 244 306 osób, które – w ocenie Spółki – wyraziły zgodę na używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego poprzez przystąpienie do konkursów poprzednich edycji (edycji 1 – 8).

W tym przypadku, Spółka przyjęła mechanizm, zgodnie z którym wysłanie wiadomości SMS zgłaszającej udział w konkursie którejkolwiek z poprzednich edycji (1-8), oznaczało akceptację postanowień regulaminu oraz zgodę na otrzymywanie od Spółki i podmiotów z nią współpracujących wiadomości SMS o przyszłych konkursach lub innych produktach (§ 7 pkt 2 regulaminu konkursu edycji 1-8): *Wysłanie SMS-a Aktywującego jest równoznaczne z wyrażeniem zgody Uczestnika na otrzymywanie od Organizatora lub podmiotów powiązanych z Organizatorem w rozumieniu przepisów ustawy Kodeks spółek handlowych, SMS-ów związanych z konkursami organizowanymi w przyszłości przez Organizatora oraz związanych z oferowanymi przez Organizatora innymi produktami mobilnymi, na numer telefonu komórkowego użyty przez Uczestnika do wysłania SMS-a z Odpowiedzią. Postanowienie zdania poprzedzającego nie stosuje się do Abonentów będących klientami Spółki pod firmą PTK Centertel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, którzy otrzymują od Organizatora pytanie, czy wyrażają zgodę na otrzymywanie informacji, o których mowa w zdaniu poprzedzającym. Abonent, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym w celu wyrażenia zgody powinien wysłać wiadomość SMS o treści ZGODA na numer 8067 (z tytułu*

wysyłania wiadomości SMS na wskazany numer telefonu abonent nie jest obciążany żadną opłatą). [zdanie drugie i trzecie § 7 pkt 2 pojawiły się dopiero w regulaminie konkursu 9 edycji, nie były obecne w regulaminach edycji od 1 do 8 – przypis UOKiK]. *Każdy Uczestnik w każdej chwili może cofnąć zgodę na otrzymywanie informacji wskazanych w niniejszym ustępie wysyłając w tym celu wiadomość e-mail na adres suport@telecommedia.pl albo kontaktując się telefonicznie z Organizatorem pod numerem telefonu 22 6170101 albo wysyłając wiadomość SMS o treści ANULUJ na numer darmowy 8067.* Zatem Spółka dorozumiała wyrażenie zgody na używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego – w tym połączeń głosowych IVR – z faktu wysłania przez konsumenta wiadomości SMS (o dowolnej treści) zgłaszającego udział w konkursie. Ponadto, treść cytowanego powyżej postanowienia § 7 pkt 2 regulaminu, odnosi się tylko i wyłącznie do zgody na otrzymywanie wiadomości SMS i w żaden sposób nie zawiera klauzuli o wyrażeniu zgody na posłużenie się połączeniami głosowymi typu IVR.

Zatem w przedmiotowym przypadku Spółka posłużyła się połączeniami głosowymi IVR i wysłała wiadomości SMS, powołując się na mechanizm dorozumianej zgody, przypisując wiadomości SMS konsumenta, zgłaszającego swój udział w konkursie edycji 1-8, moc oświadczenia woli o wyrażeniu zgody na używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, pomimo faktu, iż wiadomość zgłoszeniowa w konkursie miała dowolną treść i w żadnym przypadku nie przybierała formy wyraźnego oświadczenia woli o wyrażeniu przedmiotowej zgody, a postanowienie regulaminu, na które powołuje się Spółka odnosi się wprost tylko i wyłącznie do wiadomości SMS, nie zawierając w jakiegokolwiek formie zgody na posłużenie się komunikatami IVR. Stosując ten mechanizm Spółka zignorowała regulację art. 174 pkt 1 Pt, zgodnie z którym zgoda na używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego nie może być dorozumiana lub domniemana z oświadczenia woli o innej treści. Ponadto, Spółka wywodziła przedmiotową zgodę i zastosowała w praktyce połączenia głosowe IVR, powołując się na postanowienie regulaminu, które w żaden sposób nie odnosi się do kwestii zgody na posłużenie się automatycznymi połączeniami głosowymi typu IVR. Zatem zgodę dorozumianą lub domniemaną przez Spółkę, dodatkowo opartą na postanowieniu nie odnoszącym się do komunikacji IVR, należy uznać za niewyrażoną przez konsumenta w sposób spełniający wymagania przepisów prawa.

Mając na uwadze powyższe, w stosunku do 244 306 konsumentów, wobec których posłużono się automatycznymi systemami wywołującymi dla celów marketingu bezpośredniego (IVR oraz SMS), Spółka nie posiadała zgody na używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, a tym samym wobec 244 306 konsumentów Spółka dopuściła się naruszenia zakazu używania automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, o którym mowa w art. 172 ust. 1 Pt.

2) 1 041 359 osób, które – w ocenie Spółki – wyraziły zgodę na używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego poprzez wysłanie wiadomości SMS w celu pobrania na telefon treści multimedialnych, co Spółka utożsamiała z akceptacją regulaminu serwisu Juup.com,

Postanowienie § 3 pkt 11 regulaminu serwisu JUUP.com przewidywało, iż wysłanie takiej wiadomości oznacza zgodę na otrzymywanie informacji handlowych środkami komunikacji elektronicznej:

Zarejestrowanie się Użytkownika w Serwisie jest równoznaczne z: a) pełną akceptacją postanowień niniejszego Regulaminu, b) potwierdzeniem, iż Użytkownik spełnia wszystkie warunki, które uprawniają go do korzystania z Serwisu, c) wyrażeniem zgody na otrzymywanie od Telecom, spółek powiązanych kapitałowo z Telecom w rozumieniu stosownych przepisów ustawy kodeks spółek handlowych oraz od kontrahentów Telecom albo spółek powiązanych z kontrahentami Telecom, na numer telefonu komórkowego oraz adres poczty elektronicznej podany w formularzu rejestracyjnym, jak również w ramach poczty wewnętrznej dostępnej w ramach Serwisu, informacji handlowych drogą elektroniczną w rozumieniu ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną oraz innych przepisów prawa powszechnie obowiązującego oraz wszelkich informacji związanych z funkcjonowaniem Serwisu, Funkcjonalności Serwisu jak również usług świadczonych przez Telecom w ramach Serwisu.

Zatem w tym przypadku Spółka zastosowała analogiczny mechanizm dorozumienia zgody jak w przypadku zgody dorozumianej przez Spółkę na podstawie przystąpienia do konkursów poprzednich edycji. W przypadku pobierania treści multimedialnych konsument wysyłał wiadomość SMS na numer o podwyższonej opłacie, w treści wpisując hasło identyfikujące kupowaną treść multimedialną. Spółka przyjęła założenie, iż wysłanie takiej wiadomości SMS stanowi akceptację regulaminu usługi, a akceptacja regulaminu usługi oznacza zgodę na otrzymywanie informacji handlowych środkami komunikacji elektronicznej. Zatem, Spółka dorozumiała wyrażenie zgody na używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego – w tym połączeń głosowych IVR – z faktu wysłania przez konsumenta wiadomości SMS (o treści identyfikującej zamawianą treść) w celu pobrania treści multimedialnej. Ponadto, treść cytowanego powyżej postanowienia § 3 pkt 11 regulaminu serwisu Juup.com, odnosi się tylko i wyłącznie do zgody na otrzymywanie informacji handlowych środkami komunikacji elektronicznej i w żaden sposób nie zawiera klauzuli o wyrażeniu zgody na posłużenie się połączeniami głosowymi typu IVR. Stosując ten mechanizm Spółka zignorowała regulację art. 174 pkt 1 Pt, zgodnie z którym zgoda na używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego nie może być dorozumiana lub domniemana z oświadczenia woli o innej treści. Ponadto, Spółka wywodziła przedmiotową zgodę i zastosowała w praktyce połączenia głosowe IVR, powołując się na postanowienie regulaminu serwisu Juup.com, które w żaden sposób nie odnosi się do kwestii zgody na posłużenie się automatycznymi połączeniami głosowymi typu IVR. Zatem zgodę dorozumianą lub domniemaną przez Spółkę, dodatkowo opartą na postanowieniu nie odnoszącym się do komunikacji IVR, należy uznać za niewyrażoną przez konsumenta w sposób spełniający wymagania przepisów prawa.

Zatem w stosunku do 1 041 359 konsumentów, wobec których posłużono się automatycznymi systemami wywołującymi dla celów marketingu bezpośredniego (IVR oraz SMS), Spółka nie posiadała zgody na używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, a tym samym wobec 1 041 359 konsumentów Spółka dopuściła się naruszenia zakazu używania automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, o którym mowa w art. 172 ust. 1 Pt.

3) 147 754 osób, których zgody na posłużenie się automatycznym systemem wywołującym dla celów marketingu bezpośredniego zostały pozyskane – w ocenie Spółki – na podstawie wypracowanych zasad współpracy z Yarosa Entertainment B.V.

Przekazane przez Spółkę porozumienie z Yarosa Entertainment B.V. nie precyzuje na jakich zasadach przedmiotowe zgody zostały wyrażone, a następnie przekazane Spółce. Ponadto, Spółka poza ogólną wiedzą na temat mechanizmu oferowania usług Yarosa Entertainment B.V., nie była w stanie wyjaśnić, w jaki sposób przedmiotowe zgody były pozyskiwane przez Yarosa Entertainment B.V. W toku postępowania administracyjnego Spółka, odpowiadając na wezwanie Prezesa Urzędu do przedstawienia informacji na temat możliwości udowodnienia posiadania przez Spółkę 224 875 zgód na otrzymywanie informacji handlowych środkami komunikacji elektronicznej oraz 147 754 zgód na posłużenie się automatycznym systemem wywołującym dla celów marketingu bezpośredniego, stwierdziła wyraźnie, iż *nie ma fizycznie dowodowych możliwości wykazania posiadania 224 875 zgód na otrzymywanie informacji handlowych za pomocą środków komunikacji elektronicznej, albowiem zgody te w przekonaniu Spółki były udzielane na rzecz Yarosa Entertainment B.V., która w przekonaniu Spółki mogła przekazać te dane na rzecz innych podmiotów (a w tym przypadku na rzecz Spółki)* (str. 4 pisma Spółki z dnia 17 listopada 2011 r.). W związku z powyższym należy jeszcze raz przytoczyć regulację art. 172 ust. 1 Pt, zgodnie z którym zakazane jest używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, chyba że abonent lub użytkownik końcowy uprzednio wyraził na to zgodę. Przepis wyraźnie formułuje domniemanie, zobowiązujące podmiot, który posłużył się automatycznym systemem wywołującym dla celów marketingu bezpośredniego, do wykazania, iż nastąpiło to za zgodą adresatów tych działań. Zatem w każdym przypadku, w którym podmiot używa automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, musi dysponować zgodą adresatów tych działań, w przeciwnym razie dopuszcza się naruszenia przepisów prawa. Zatem to na podmiocie używającym automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego ciąży obowiązek udowodnienia posiadania zgody adresatów tych działań, warunkującej legalność podejmowanych działań.

W przedmiotowej sprawie Spółka nie była w stanie wykazać, iż posiadała zgody 147 754 konsumentów, wobec których posłużyła się głosowymi komunikatami IVR oraz marketingowymi wiadomościami SMS w ramach promocji Konkursu. Zatem należy przyjąć, że w stosunku do 147 754 konsumentów, wobec których posłużono się głosowymi komunikatami IVR oraz marketingowymi wiadomościami SMS w ramach promocji Konkursu, Spółka nie posiadała zgody na używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, a tym samym wobec 147 754 konsumentów Spółka dopuściła się naruszenia zakazu używania automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, o którym mowa w art. 172 ust. 1 Pt.

Podsumowując powyższe rozważania, należy stwierdzić, iż w stosunku do 1 433 419 konsumentów, wobec których posłużono się głosowymi komunikatami IVR oraz marketingowymi wiadomościami SMS w ramach promocji Konkursu, Spółka nie posiadała zgody na używanie automatycznych systemów wywołujących dla celu marketingu bezpośredniego, a tym samym wobec 1 433 419 konsumentów Spółka dopuściła się naruszenia zakazu używania automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, o którym mowa w art. 172 ust. 1 Pt.

Zgodnie z art. 9 pkt 3 upnpr nieuczciwą praktyką rynkową w każdych okolicznościach jest agresywna praktyka rynkowa polegająca na uciążliwym i niewywołanym działaniem albo zaniechaniem konsumenta nakłanianiu do nabycia produktów przez telefon, faks, pocztę

elektroniczną lub inne środki porozumiewania się na odległość, z wyjątkiem przypadków egzekwowania zobowiązań umownych, w zakresie dozwolonym przez obowiązujące przepisy.

Nie ulega wątpliwości, iż połączenia głosowe oraz wiadomości SMS stanowią środki porozumiewania się na odległość, w rozumieniu art. 9 pkt 3 upnpr.

Treści komunikatów IVR oraz wiadomości SMS nakłaniających do udziału w Konkursie zawierają bezpośrednie wezwania do wzięcia udziału w Konkursie opartym na usłudze o podwyższonej opłacie, zawierając ogólną informację o możliwości bezpłatnej rejestracji w Konkursie. Zatem komunikaty IVR oraz wiadomości SMS nakłaniające do udziału w Konkursie stanowiły informację handlową określającą cechy produktu, których treść i forma prezentacji miała nakłonić konsumenta do nabycia produktu – udziału w Konkursie opartym na usłudze o podwyższonej opłacie.

Nakłanianie do nabycia produktu – posługiwanie się przez Spółkę komunikatami IVR oraz wysyłanie marketingowych wiadomości SMS – nie było wywołane działaniem ani zaniechaniem konsumentów, którzy otrzymywali przedmiotowe komunikaty IVR oraz wiadomości SMS. Spośród ogólnej liczby 4 506 716 numerów MSISDN, do których zostały wysłane marketingowe wiadomości SMS nakłaniające do udziału w Konkursie, Spółka dysponowała wymaganą prawem zgodą tylko w stosunku do 1 272 711 konsumentów. Liczba ta jest wynikiem działania polegającego na odjęciu od ogólnej liczby konsumentów, którzy otrzymali marketingowe wiadomości SMS (4 506 716 numerów), liczby konsumentów, którym wiadomości SMS zostały wysłane pomimo tego, iż Spółka nie posiadała wymaganej przepisami prawa zgody na wysłanie tym osobom informacji handlowych środkami komunikacji elektronicznej (3 234 005 numerów). Ponadto, w ramach promocji Konkursu, Spółka nawiązała z 1 593 990 konsumentami połączenia głosowe typu IVR, przy czym wymaganą przepisami prawa zgodą na podjęcie takich działań, dysponowała tylko w odniesieniu do 160 571 konsumentów. Wartość jest wynikiem działania polegającego na odjęciu od ogólnej liczby osób, wobec których Spółka posłużyła się komunikatami IVR (1 593 990 numerów) liczby konsumentów, którzy otrzymali komunikaty IVR pomimo tego, iż Spółka nie dysponowała ich zgodą na posłużenie się automatycznym system wywołującym dla celów marketingu bezpośredniego (1 433 419 numerów). W tych przypadkach, w których działania Spółki, polegające na wysyłaniu komunikatów IVR oraz wiadomości SMS, nie znajdują oparcia w wyraźnej zgodzie adresatów tych działań, należy uznać, iż działania Spółki nie były wywołane działaniem ani zaniechaniem konsumentów.

Działania Spółki, polegające na nakłanianiu do udziału w Konkursie miały charakter uciążliwy. O uciążliwości w tym przypadku decyduje zarówno częstotliwość jak i natarczywość komunikatów nakłaniających do nabycia produktu. Jak ustalił Prezes Urzędu w toku postępowania administracyjnego Spółka wysłała marketingowe wiadomości SMS do 4 506 716 konsumentów. Spośród ogólnej liczby 4 506 716 wobec 1 593 990 konsumentów Spółka posłużyła się komunikatami głosowymi IVR, po odsłuchaniu których konsumenci otrzymywali marketingowe wiadomości SMS. Przez cały okres trwania Konkursu Spółka wykonała 2 438 486 połączeń głosowych typu IVR, według następującego schematu:

- 831 062 konsumentów otrzymało jedno połączenie typu IVR;
- 682 591 konsumentów otrzymało dwa połączenia typu IVR;

- 79 106 konsumentów otrzymało trzy połączenia typu IVR;
- 1 231 konsumentów otrzymało cztery połączenia typu IVR.

Zatem każdy konsument, będący adresatem działań promocyjnych Spółki otrzymał co najmniej jedną marketingową wiadomość SMS. Ponadto, w przypadku 1 593 990 konsumentów wiadomości SMS były poprzedzone komunikatami głosowymi IVR, przy czym każdy indywidualny konsument przez okres trwania Konkursu otrzymywał od 1 do 4 komunikatów IVR, którym towarzyszyły wiadomości SMS. Uciążliwość działań Spółki przejawiała się w fakcie, iż pojedynczy konsument, który wcześniej nie wyraził wymaganych przez przepisy prawa zgód, otrzymywał od Spółki na swój telefon komórkowy od jednego do kilku komunikatów o charakterze marketingowym. Uciążliwość potęguje fakt, iż komunikaty marketingowe kierowane były bezpośrednio na osobiste urządzenia telekomunikacyjne – telefony – powodując, iż adresat kampanii marketingowej w zasadzie nie miał żadnej możliwości uchronienia swojej osoby przed otrzymywaniem od Spółki niechcianych, natarczywych i bezpośrednio ingerujących w prywatność komunikatów marketingowych. Ponadto, treści wiadomości SMS nakłaniających do udziału w Konkursie miały charakter natarczywy, zawierały sformułowania, które zarówno treścią (eksponowanie możliwości wygrania nagród wraz z informacją, iż każdy gracz zostanie nagrodzony) jak i formą graficzną (wielka czcionka, wykrzykniki) nakłaniały adresatów do udziału w Konkursie, wywierając tym samym presję na jak najszybsze podjęcie decyzji o nabyciu produktu.

Biorąc pod uwagę ilość otrzymanych przez konsumentów komunikatów IVR oraz wiadomości SMS nakłaniających do udziału w Konkursie oraz natarczywość otrzymywanych komunikatów, należy uznać, iż działania Spółki, polegające na niewywołanym działaniem konsumentów nakłanianiu do nabycia produktu, miały charakter uciążliwy.

Mając powyższe na uwadze należy uznać, iż działanie Spółki, polegające na wykonywaniu połączeń głosowych IVR oraz wysyłaniu krótkich wiadomości tekstowych SMS, nakłaniających do udziału w konkursie „Wielki Quiz z Nagrodami. Edycja IX”, do konsumentów, którzy uprzednio nie wyrazili zgody na otrzymywanie od Spółki informacji handlowych skierowanych do oznaczonego odbiorcy za pomocą środków komunikacji elektronicznej lub na używanie wobec nich przez Spółkę automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, stanowiło nieuczciwą praktykę rynkową, o której mowa w art. 9 pkt 3 upnpr.

Bezprawność praktyki Spółki opisanej w pkt. I.2 sentencji decyzji:

pominięcie w wiadomościach SMS zachęcających do udziału w konkursie „Wielki Quiz z Nagrodami. Edycja IX” istotnych informacji o:

- nazwie przedsiębiorcy będącego organizatorem konkursu – poprzez brak informacji, że organizatorem konkursu jest Telecom Media S.A. z siedzibą w Warszawie;
- 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;
- cechach produktu - poprzez brak informacji, że warunki uczestnictwa w konkursie zostały określone w regulaminie konkursu zamieszczonym na stronie internetowej, a wysłanie

zgłoszeniowej wiadomości SMS stanowi akceptację postanowień przedmiotowego regulaminu.

Regulacje prawne:

Zgodnie z art. 3 upnpr zakazane jest stosowanie nieuczciwych praktyk rynkowych. W świetle art. 4 ust. 1 upnpr, praktyka rynkowa stosowana przez przedsiębiorców wobec konsumentów jest nieuczciwa, jeżeli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu. W myśl art. 4 ust. 2 upnpr, za nieuczciwą praktykę rynkową uznaje się w szczególności praktykę rynkową wprowadzającą w błąd przez działanie albo zaniechanie oraz agresywną praktykę rynkową.

Przez praktykę rynkową rozumie się, zgodnie z art. 2 pkt 4 upnpr, działanie lub zaniechanie przedsiębiorcy, sposób postępowania, oświadczenie lub informację handlową, w szczególności reklamę i marketing, bezpośrednio lub pośrednio związane z promocją lub nabyciem produktu przez konsumenta. Pojęcie produktu wskazane w art. 2 pkt 3 upnpr ma szeroki zakres i obejmuje każdy towar lub usługę, w tym nieruchomości, prawa i obowiązki wynikające ze stosunków cywilnoprawnych.

Ocena praktyki rynkowej następuje także w odniesieniu do przeciętnego konsumenta. Zgodnie z art. 2 pkt 8 upnpr, przez przeciętnego konsumenta rozumie się konsumenta, który jest dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny. Oceny tej powinno dokonać się z uwzględnieniem czynników społecznych, kulturowych, językowych i przynależności danego konsumenta do szczególnej grupy konsumentów, przez którą rozumie się dającą się jednoznacznie zidentyfikować grupę konsumentów, szczególnie podatną na oddziaływanie praktyki rynkowej lub na produkt, którego praktyka rynkowa dotyczy, ze względu na szczególne cechy, takie jak wiek, niepełnosprawność fizyczna czy umysłowa. Przyjęcie modelu przeciętnego konsumenta na potrzeby niniejszego rozstrzygnięcia nie powinno być oparte na uwzględnieniu ostatniej przesłanki wskazanej w powołanej definicji, tj. przynależności do szczególnej grupy konsumentów, gdyż adresatem działań Spółki w przedmiotowej sprawie mógł być każdy konsument korzystający z usług telekomunikacyjnych za pośrednictwem telefonu komórkowego.

Przeciętnego konsumenta należy rozumieć jako dostatecznie dobrze poinformowanego, uważnego i ostrożnego przy uwzględnieniu czynników społecznych, kulturowych i językowych - charakterystycznych dla polskiego konsumenta. Wskazanie na cechy takie jak dostateczne poinformowanie, uwaga oraz ostrożność określa pewien zespół cech mentalnych konsumenta (jego „przeciętność”), polegającą na tym, że z jednej strony możemy wymagać od niego pewnego stopnia wiedzy i orientacji w rzeczywistości, lecz z drugiej strony nie możemy uznać, że jego wiedza jest kompletna i profesjonalna oraz że konsument – mimo ogólnej orientacji w rzeczywistości – ma prawa pewnych rzeczy nie wiedzieć. Przeciętny konsument nie posiada wiedzy specjalistycznej w danej dziedzinie, ale przede wszystkim rozumie kierowane do niego informacje i potrafi je wykorzystać do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej produktu. Nie jest naiwny, ale z drugiej strony nie potrafi ocenić sytuacji tak jak profesjonalista. Niemniej jednak nawet ostrożny, uważny konsument ma prawo oczekiwać od przedsiębiorcy, że informacje mu przekazywane będą rzetelne, prawdziwe i pełne.

W świetle 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 szczególności zgodnie z art. 6 ust. 3 pkt 1 upnpr, wprowadzającym w błąd zaniechaniem może być zatajenie lub nieprzekazanie w sposób jasny, jednoznaczny lub we właściwym czasie istotnych informacji dotyczących produktu. Zgodnie z art. 6 ust. 2 upnpr w razie wątpliwości za istotne informacje uważa się informacje, które przedsiębiorca stosujący praktykę rynkową jest obowiązany podać konsumentom na podstawie odrębnych przepisów. Ponadto, w art. 6 ust. 4 upnpr ustawodawca zawarł listę informacji, które w przypadku propozycji nabycia produktu uznaje się za istotne, wskazując w szczególności na: (i) istotne cechy produktu w takim zakresie, w jakim jest to właściwe dla danego środka komunikowania się z konsumentami i produktu; (ii) imię, nazwisko (nazwę) i adres przedsiębiorcy (siedzibę) oraz przedsiębiorcy, na którego rzecz działa; (iii) cenę uwzględniającą podatki lub, w przypadku gdy charakter produktu nie pozwala w sposób racjonalny na wcześniejsze obliczenie ceny, sposób, w jaki cena jest obliczana.

Przepisem odrębnym, o którym mowa w art. 6 ust. 2 upnpr, jest regulacja art. 9 ust. 2 uśude wskazująca, iż przedsiębiorca rozsyłający informację handlową jest obowiązany zawrzeć bezpośrednio w tej informacji handlowej: (i) oznaczenie podmiotu, na którego zlecenie jest ona rozpowszechniana, oraz jego adresy elektroniczne; (ii) wyraźny opis form działalności promocyjnej, w szczególności obniżek cen, nieodpłatnych świadczeń pieniężnych lub rzeczowych i innych korzyści związanych z promowanym towarem, usługą lub wizerunkiem, a także jednoznaczne określenie warunków niezbędnych do skorzystania z tych korzyści, o ile są one składnikiem oferty; (iii) wszelkie informacje, które mogą mieć wpływ na określenie zakresu odpowiedzialności stron, w szczególności ostrzeżenia i zastrzeżenia.

Podsumowując, należy wskazać, iż przedstawione powyżej przepisy prawa wymagają, aby przedsiębiorca przesyłający konsumentowi informację handlową w postaci propozycji nabycia produktu, przedstawił wraz z informacją o charakterze marketingowym informacje niezbędne konsumentowi do podjęcia decyzji o nabyciu produktu. W świetle przepisów prawa jak również dobrych obyczajów informacjami o podstawowym charakterze dla przeciętnego konsumenta są informacje pozwalające na identyfikację przedsiębiorcy, który zwraca się z propozycją nabycia produktu, informacje o cenie, jaką konsument będzie musiał zapłacić w przypadku nabycia produktu oraz wszelkie informacje określające istotne cechy produktu. Oczywistym jest, iż zakres informacji o istotnych cechach produktu uzależniony będzie w dużym stopniu od środka komunikowania się oraz charakteru produktu (art. 6 ust. 4 pkt 1 upnpr), a ocena czy doszło do zaniechania wprowadzającego w błąd musi być dokonywana z uwzględnieniem ograniczeń przestrzennych lub czasowych wynikających ze specyfiki środka komunikowania się z konsumentami. Niemniej jednak, w każdym przypadku, bez względu na ograniczenia wynikające ze specyfiki środka komunikacji, informacja handlowa zawierająca propozycję nabycia produktu musi zawierać co najmniej informację o nazwie przedsiębiorcy oferującego produkt i cenie produktu, z możliwością odesłania w zakresie szczegółowych informacji do źródeł zewnętrznych, z zastrzeżeniem, iż odesłanie takie powinno w sposób jasny, wyraźny i nie budzący wątpliwości wskazywać

gdzie i w jaki sposób konsument może owe dodatkowe informacje na temat produktu uzyskać.

Subsumcja:

Jak ustalono w toku postępowania administracyjnego, Spółka promując Konkurs nawiązywała z konsumentami głosowe połączenia IVR oraz przesyłała wiadomości SMS zachęcające do udziału w Konkursie.

Treści marketingowych komunikatów stosowanych przez Spółkę wskazują, iż ich bezpośrednim celem było nakłonienie konsumentów do udziału w Konkursie. Biorąc pod uwagę, iż pod pojęciem „proponycji nabycia produktu” należy zgodnie z art. 2 pkt 6 upnr rozumieć informację handlową określającą cechy produktu oraz jego cenę, w sposób właściwy dla użytego środka komunikowania się z konsumentami, która bezpośrednio wpływa bądź może wpływać na podjęcie przez konsumenta decyzji dotyczącej umowy, należy uznać, iż treści zawarte w komunikatach marketingowych przesyłanych przez Spółkę stanowiły propozycję nabycia produktu. Równie szeroka definicja „produktu”, zawarta w art. 2 pkt 3 upnr, zgodnie z którym przez produkt rozumie się przez to każdy towar lub usługę, w tym nieruchomości, prawa i obowiązki wynikające ze stosunków cywilnoprawnych, pozwala uznać, iż możliwość udziału w Konkursie zorganizowanym i prowadzonym przez Spółkę, stanowiła produkt oferowany przez Spółkę konsumentom.

W części niniejszej decyzji poświęconej bezprawności praktyki opisanej w punkcie I.1 sentencji decyzji, wykazano, iż wiadomości SMS wysyłane przez Spółkę w celu nakłonienia do udziału w Konkursie, stanowiły informację handlową w rozumieniu art. 2 pkt 2 uśude, a co za tym idzie Spółka wysyłająca przedmiotowe wiadomości SMS była obowiązana zawrzeć w tych wiadomościach informacje, o których mowa w art. 9 ust. 2 uśude.

Jak ustalono powyżej, marketingowe wiadomości SMS wysyłane przez Spółkę w ramach promocji Konkursu zawierały w swojej treści informacje handlowe, a tym samym stanowiły propozycję nabycia produktu i jako takie mogą być oceniane pod kątem zakazu stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, w tym przypadku praktyki wprowadzającej w błąd przez zaniechanie. W tym miejscu należy podkreślić, iż Spółka zastosowała w działaniach marketingowych mechanizm pozwalający konsumentom na bezpośrednią reakcję na propozycję nabycia produktu – konsument akceptował przedłożoną propozycję poprzez wysłanie wiadomości SMS o dowolnej treści na wskazany numer. Pomiędzy złożeniem propozycji nabycia produktu a nabyciem produktu przez konsumenta nie występował żaden dodatkowy etap, który wymagałby od konsumenta lub ułatwiałby konsumentowi przeprowadzenie pogłębionej analizy przedstawionej propozycji, a co za tym idzie w dalszej części należy dokonać oceny, czy marketingowe komunikaty stosowane przez Spółkę zawierały informacje potrzebne przeciętnemu konsumentowi do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej produktu.

Jak już wykazano w poprzednich częściach niniejszej decyzji, przesyłane przez Spółkę marketingowe wiadomości SMS nie zawierały informacji o:

1) nazwie przedsiębiorcy będącego organizatorem konkursu – poprzez brak informacji, że organizatorem konkursu jest Telecom Media S.A. z siedzibą w Warszawie;

2) 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;

3) cechach produktu - poprzez brak informacji, że warunki uczestnictwa w konkursie zostały określone w regulaminie konkursu zamieszczonym na stronie internetowej, a wysłanie zgłoszeniowej wiadomości SMS stanowi akceptację postanowień przedmiotowego regulaminu.

Należy podkreślić, iż w tych przypadkach, w których otrzymanie wiadomości SMS było poprzedzone komunikatem IVR, przedmiotowe komunikaty głosowe IVR również nie zawierały informacji, o których mowa powyżej.

Ad 1) Brak informacji o nazwie przedsiębiorcy będącego organizatorem Konkursu.

Zgodnie z art. 6 ust. 4 pkt 2 upnpr w razie wątpliwości co do zakresu informacji potrzebnych konsumentowi do podjęcia decyzji dotyczącej produktu, za informacje istotne – a więc takie które przedsiębiorca obowiązany jest podać wraz z propozycją nabycia produktu – należy uznać informację o imię, nazwisku (nazwie) i adresie przedsiębiorcy (siedzibie) oraz przedsiębiorcy, na którego rzecz działa. Odnosząc powyższą regulację do przedmiotowej sprawy należy uznać, iż Spółka, pomijając w marketingowych wiadomościach SMS informację o swojej nazwie i siedzibie jako organizatora Konkursu, pominęła informację istotną w punktu widzenia decyzji konsumenta dotyczącej produktu.

Powyższe potwierdza analiza przepisów odnoszących się wprost do wymogów, jakie stawiane są informacjom zawartym w informacjach handlowych w rozumieniu ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Zgodnie z art. 6 ust. 2 upnpr w razie wątpliwości za istotne informacje uważa się informacje, które przedsiębiorca stosujący praktykę rynkową jest obowiązany podać konsumentom na podstawie odrębnych przepisów. Odrębnym przepisem określającym wymogi stawiane informacjom handlowym jest art. 9 ust. 2 uśude, który w pkt 1 stanowi, iż informacja handlowa musi zawierać oznaczenie podmiotu, na którego zlecenie jest ona rozpowszechniana, oraz jego adresy elektroniczne.

Nie ulega wątpliwości, iż informacja o tym, kim jest podmiot składający propozycję nabycia produktu jest – obok informacji o cenie i istotnych cechach produktu – informacją o podstawowym znaczeniu dla każdego konsumenta. Informacja o podmiocie składającym propozycję nabycia produktu w dużym stopniu przesądza, czy konsument ze złożonej propozycji skorzysta, czy nie, a co za tym idzie jest to informacja o fundamentalnym znaczeniu dla podjęcia decyzji dotyczącej produktu. Zatem, każdy przypadek pominięcia w informacji handlowej oznaczenia identyfikującego przedsiębiorcę, należy uznać za przypadek zaniechania polegającego na pominięciu istotnych informacji potrzebnych przeciętnemu konsumentowi do podjęcia decyzji dotyczącej umowy, powodujący lub mogący spowodować podjęcie przez konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął – art. 6 ust. 1 upnpr.

Ad 2) Brak informacji o cenie za wysłanie wiadomości SMS w ramach uczestnictwa w Konkursie.

Wysyłane przez Spółkę marketingowe wiadomości SMS zawierały informację, iż rejestracja w Konkursie następuje poprzez wysłanie bezpłatnej wiadomości SMS na podany numer. Jednocześnie wiadomości SMS pomijały istotną informację jaką jest informacja

o istnieniu i wysokości opłaty za wysłanie wiadomości SMS w ramach uczestnictwa w Konkursie. Zgodnie z Regulaminem Konkursu uczestnictwo w nim polegało na wysyłaniu wiadomości SMS z odpowiedziami na pytania zadawane przez organizatora na numer o podwyższonej opłacie – wysłanie jednej wiadomości SMS w ramach uczestnictwa w Konkursie kosztowało konsumenta 3,66 zł. W związku z powyższym należy uznać, iż marketingowe wiadomości SMS nie zawierały informacji o cenie (koszcie) za korzystanie z produktu, ograniczając się jedynie do informacji o bezpłatnej rejestracji w usłudze.

Zgodnie z art. 6 ust. 4 pkt 3 upnpr w razie wątpliwości co do zakresu informacji potrzebnych konsumentowi do podjęcia decyzji dotyczącej produktu, za informacje istotne – a więc takie które przedsiębiorca obowiązany jest podać wraz z propozycją nabycia produktu – należy uznać informację o cenie uwzględniającą podatki lub, w przypadku gdy charakter produktu nie pozwala w sposób racjonalny na wcześniejsze obliczenie ceny, sposób, w jaki cena jest obliczana. Odnosząc powyższą regulację do przedmiotowej sprawy należy uznać, iż Spółka, pomijając w marketingowych wiadomościach SMS informację o cenie za wysłanie wiadomości SMS w ramach udziału w Konkursie, a więc o cenie za korzystanie z oferowanego produktu, pominęła informację istotną w punktu widzenia decyzji konsumenta dotyczącej produktu.

Ponadto, zgodnie z art. 9 ust. 2 pkt 2 uśude, w informacji handlowej powinna zostać wyraźnie wskazana forma promocji oraz warunki korzystania z niej. Oznacza to obowiązek podania wymogów niezbędnych do uzyskania korzyści opisywanych w informacji handlowej. Biorąc pod uwagę, iż w przedmiotowej sprawie warunkiem skorzystania z korzyści, w postaci przewidzianych przez organizatora nagród, było zgromadzenie odpowiedniej liczby punktów, otrzymywanych za wysłanie wiadomości SMS na numer o podwyższonej opłacie (3,66 zł za każdy SMS), należy przyjąć, iż podmiot wysyłający informacje handlowe obowiązany był zamieścić bezpośrednio w informacji handlowej informację o cenie za wysłanie wiadomości SMS w ramach Konkursu, warunkujących możliwość wygranej.

W tym miejscu należy zauważyć, iż informacja o cenie produktu – obok informacji o podmiocie oferującym produkt i najważniejszych cechach produktu – jest informacją o charakterze podstawowym, w przeważającej mierze determinującą podjęcie decyzji o nabyciu produktu. Nie ulega wątpliwości, iż cena produktu jest podstawowym kryterium, jakim kierują się konsumenci podejmując decyzje rynkowe. W przypadku produktu, jakim był przedmiotowy Konkurs, należy zauważyć, iż informacja o koszcie udziału w Konkursie jest co najmniej tak samo istotna, z punktu widzenia decyzji rynkowej przeciętnego konsumenta, jak informacja o koszcie przystąpienia do Konkursu. Zatem, każdy przypadek pominięcia w informacji handlowej informacji o cenie (koszcie) korzystania z produktu, należy uznać za przypadek zaniechania polegającego na pominięciu istotnych informacji potrzebnych przeciętnemu konsumentowi do podjęcia decyzji dotyczącej umowy, powodujący lub mogący spowodować podjęcie przez konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął – art. 6 ust. 1 upnpr.

W tym miejscu należy zaznaczyć, iż nie zasługują na uwzględnienie argumenty przedstawione przez Spółkę w toku postępowania administracyjnego, z których miałyby wynikać, iż Spółka, pomijając w marketingowej wiadomości SMS informację o cenie za wysłanie wiadomości SMS w ramach uczestnictwa w Konkursie, nie dopuściła się pominięcia istotnych dla przeciętnego konsumenta informacji. Nie zasługuje na uwzględnienie argument,

iz informacja o cenie znajdowała się w Regulaminie Konkursu, z którym każdy konsument mógł i powinien się być zapoznać. Należy w pierwszej kolejności zauważyć, iż marketingowe wiadomości SMS nie zawierały żadnych informacji o tym, iż warunki uczestnictwa w Konkursie zostały określone w Regulaminie, wskazując jedynie enigmatycznie na adres strony internetowej *spotler.pl/quiz*, o czym szerzej w kolejnym punkcie niniejszej decyzji. Zatem argument o zamieszczeniu tej informacji o Regulaminie nie może być uznany za uzasadniony, skoro marketingowe wiadomości SMS nie zawierały również podstawowych informacji na temat istnienia i potrzeby zapoznania się z regulaminem. Niemniej jednak, argument ów nie zasługuje na uwzględnienie w szczególności z uwagi na fakt, iż nawet biorąc pod uwagę ograniczenia wynikające z zastosowanego środka porozumiewania się, informacja o cenie za korzystanie z usługi jest tak istotna, iż zgodnie z art. 6 ust. 4 pkt 3 upnpr powinna zostać zamieszczona bezpośrednio w informacji handlowej składającej się na propozycję nabycia produktu. Pominięcia tej informacji nie uzasadnia również fakt, iż zastosowany kanał kontaktu – wiadomość SMS – ogranicza do 160 liczbę znaków jednej wiadomości. Należy bowiem zauważyć, iż ograniczenia wynikające z zastosowanego środka komunikowania się nie stanowiły dla Spółki przeszkody dla eksponowania w marketingowych wiadomościach SMS informacji i bezpłatnym charakterze wiadomości rejestrującej w Konkursie („*sliz DARMOWY sms*”), co mogło spowodować wykształcenie się w adresatach kampanii promocyjnej mylnego przekonania o bezpłatnym charakterze zarówno przystąpienia, jak i uczestniczenia w Konkursie. Ponadto, nie ma żadnych przeszkód prawnych ani technicznych, aby przedsiębiorca, który decyduje się na wysłanie informacji handlowej za pomocą wiadomości SMS (oczywiście posiadając wymagane prawem zgody) zawarł informację handlową w dwóch lub trzech wiadomościach otrzymywanych łącznie i stanowiących jedną całość. Jeżeli zatem przedsiębiorca, chcący korzystać z tej formy promocji, ma trudności z zamieszczeniem wszystkich istotnych informacji w jednej wiadomości SMS, powinien albo zrezygnować z tej formy komunikacji, albo też zdecydować się na wysłanie zawierającej wszystkie wymagane informacje propozycji nabycia produktu za pomocą dwóch lub większej liczby wiadomości SMS.

Nie zasługuje również na uwzględnienie argument Spółki, iż w odpowiedzi na wiadomość zgłoszeniową w Konkursie konsument otrzymywał wiadomość zwrotną, z informacją o koszcie za wysłanie wiadomości pod numer 7372 (3,66 zł). W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż informacja o koszcie uczestnictwa w Konkursie – koszcie za wysyłanie konkursowych wiadomości SMS – powinna zostać podana konsumentowi jeszcze przed podjęciem decyzji o nabyciu produktu. Tylko i wyłącznie konsument prawidłowo poinformowany o koszcie jaki poniesie jest w stanie podjąć świadomą decyzję o zawarciu umowy. O ile zatem wtórna informacja o cenie za korzystanie z usługi jest jak najbardziej wskazana, o tyle nie może ona zastępować pełnej i rzetelnej informacji o cenie, podawanej na etapie składania propozycji zawarcia umowy, która to informacja warunkuje dojście umowy do skutku. Nie sposób również pominąć faktu, iż wykształcone na podstawie informacji zawartej w marketingowych wiadomościach SMS błędne przekonanie o bezpłatnym charakterze zarówno rejestracji jak i uczestnictwa w Konkursie, mogło trwać pomimo otrzymania przez konsumenta zwrotnej wiadomości SMS z informacją o cenie. Po drugie, w toku postępowania administracyjnego Spółka wyjaśniła, iż informację o cenie za wysłanie wiadomości w ramach uczestnictwa w Konkursie, zawierały jedynie wiadomości SMS wysyłane klientom sieci Orange, Era i Play, co oznacza, iż klienci sieci Plus nie otrzymywali

informacji o cenie za wysłanie konkursowej wiadomości SMS ani za pośrednictwem marketingowej ani za pośrednictwem zwrotnej wiadomości SMS.

Ad 3) Brak informacji o cechach produktu.

Wysłane przez Spółkę marketingowe wiadomości SMS nie zawierały informacji, iż warunki uczestnictwa w Konkursie zostały określone w Regulaminie Konkursu zamieszczonym na stronie internetowej, a wysłanie zgłoszeniowej wiadomości SMS stanowi akceptację postanowień przedmiotowego Regulaminu. Przedmiotowe wiadomości SMS w zakresie informacji o cechach produktu, które zostały określone w Regulaminie Konkursu, ograniczają się jedynie do wskazania na adres strony internetowej: *spotler.pl/quiz*. Należy podkreślić, iż żadna z marketingowych wiadomości SMS nie zawierała chociażby wzmianki o tym, iż istnieje regulamin, który określa szczegółowe warunki uczestnictwa w Konkursie. Co więcej, przedmiotowe wiadomości SMS nie zawierały żadnego wyjaśnienia, iż wysłanie zwrotnej wiadomości SMS stanowi dorozumianą akceptację Regulaminu Konkursu, a co za tym idzie konsument powinien zapoznać się z postanowieniami Regulaminu przed przystąpieniem do Konkursu. W miejsce tych wszystkich informacji, wiadomości SMS wysyłane przez Spółkę zawierały jedynie enigmatyczny zwrot: *spotler.pl/quiz*, bez żadnych dodatkowych wyjaśnień.

Zgodnie z art. 6 ust. 4 pkt 1 w razie wątpliwości co do zakresu informacji potrzebnych konsumentowi do podjęcia decyzji dotyczącej produktu, za informacje istotne – a więc takie które przedsiębiorca obowiązany jest podać wraz z propozycją nabycia produktu – należy uznać informację o istotnych cechach produktu w takim zakresie, w jakim jest to właściwe dla danego środka komunikowania się z konsumentami i produktu. W tym miejscu należy przytoczyć również regulację art. 6 ust. 6 upnpr, zgodnie z którym, w przypadku gdy ze specyfiki środka komunikowania się z konsumentami stosowanego dla danej praktyki rynkowej wynikają ograniczenia przestrzenne lub czasowe, ograniczenia te i wszystkie środki podjęte przez przedsiębiorcę w celu udostępnienia informacji konsumentom w inny sposób uwzględnia się przy ocenie, czy doszło do pominięcia informacji. Oczywistym jest, iż w przedmiotowej sprawie przedstawienie wszystkich informacji o warunkach uczestnictwa w Konkursie nie jest możliwe w jednej lub nawet kilku wiadomościach SMS. W związku z powyższym przedsiębiorca powinien dołożyć wszelkich starań, aby informacje pominięte w propozycji nabycia produktu – z uwagi na ograniczenia przestrzenne zastosowanego środka komunikowania się – zostały konsumentom udostępnione w sposób umożliwiający zapoznanie się z tymi warunkami w sposób łatwy i przystępny. Zatem dopuszczalne jest, aby w tego typu sprawach, przedsiębiorca tworzył i udostępniał regulamin określający szczegółowe warunki przystępowania i uczestnictwa w Konkursie. Niemniej jednak, warunkiem umożliwiającym konsumentowi zapoznanie się ze szczegółowymi warunkami usługi jest zamieszczenie informacji o istnieniu, miejscu udostępnienia oraz potrzebie zapoznania się z regulaminem bezpośrednio w informacji handlowej składającej się na propozycję nabycia produktu. Zatem przedsiębiorca obowiązany jest w takim przypadku do poinformowania konsumenta, któremu składa propozycję nabycia produktu, iż szczegółowe warunki oferty, z którymi należy się zapoznać przed podjęciem decyzji dotyczącej umowy, są określone w regulaminie udostępnionym w precyzyjnie określony sposób. Tylko i wyłącznie taka informacja zapewnia, iż konsumenci uzyskają realną możliwość zapoznania się ze szczegółowymi warunkami oferty jeszcze przed podjęciem decyzji o związaniu się umową. Jest to szczególnie ważne, biorąc pod uwagę, iż Spółka w regulaminie Konkursu

zastrzegła, iż wysłanie wiadomości zgłoszeniowej stanowi akceptację całości Regulaminu, a tym samym to regulamin staje się podstawą stosunku prawnego wiążącego strony.

W przedmiotowej sprawie marketingowe wiadomości SMS nie zawierały informacji o tym, iż szczegółowe warunki uczestnictwa w Konkursie zostały określone w Regulaminie dostępnym w określonym miejscu, a konsument powinien się z nimi zapoznać przed przystąpieniem do Konkursu. Wymogu podania tej informacji bezpośrednio w informacji handlowej nie spełnia wskazanie w wiadomości SMS na adres strony internetowej: *spotler.pl/quiz*, bez żadnych dodatkowych wyjaśnień, wskazujących, iż odesłanie do tej strony oznacza, iż został na niej zamieszczony Regulamin określający szczegółowe warunki uczestnictwa w Konkursie, z którym należy się zapoznać przed przystąpieniem do Konkursu. Należy uznać, iż w świadomości przeciętnego konsumenta wskazanie w wiadomości SMS na adres strony internetowej nie jest utożsamiane z informacją o istnieniu i potrzebie zapoznania się z Regulaminem Konkursu jeszcze przed przystąpieniem do Konkursu. Zatem, każdy przypadek pominięcia w informacji handlowej informacji o cechach produktu – co najmniej poprzez poinformowanie o tym, iż informacje takie zostały zawarte w regulaminie zamieszczonym w określonym miejscu, z którym należy się zapoznać przed nabyciem produktu, należy uznać za przypadek zaniechania polegającego na pominięciu istotnych informacji potrzebnych przeciętnemu konsumentowi do podjęcia decyzji dotyczącej umowy, powodujący lub mogący spowodować podjęcie przez konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął – art. 6 ust. 1 upnpr.

Powyżej wykazano, iż Spółka, wysyłając marketingowe wiadomości SMS, pominęła istotne informacje potrzebne przeciętnemu konsumentowi do podjęcia decyzji dotyczącej umowy. W tym miejscu należy dokonać oceny, czy pominięcie tych informacji mogło skutkować wprowadzeniem przeciętnego konsumenta w błąd i tym samym, czy mogło powodować podjęcie przez konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął.

Należy uznać, iż brak w marketingowych wiadomościach SMS wymienionych powyżej informacji mógł powodować, iż przeciętny konsument zostanie wprowadzony w błąd co do przedsiębiorcy będącego organizatorem Konkursu, co do kosztów uczestnictwa w Konkursie jak i co do istotnych cech produktu, rozumianych w tym przypadku jako warunki uczestnictwa w Konkursie.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, iż brak informacji o organizatorze Konkursu, mógł spowodować, iż konsument przystąpi do Konkursu w błędnym przekonaniu, iż jego organizatorem jest inny podmiot. Przykładowo, konsument otrzymujący marketingowe wiadomości SMS mógł powziąć przekonanie, iż podmiotem wysyłającym te wiadomości, a co za tym idzie podmiotem będącym organizatorem Konkursu jest przedsiębiorca telekomunikacyjnych będący dostawcą usług telekomunikacyjnych i operatorem sieci, której klientem był odbiorca przedmiotowych informacji. W takim przypadku, konsument, działając w błędnym przekonaniu, iż przystępuje do Konkursu organizowanego przez podmiot który zna i któremu być może ufa – swojego operatora – mógł podjąć decyzję dotyczącą umowy, której inaczej by nie podjął.

Brak informacji o cenie za udział w Konkursie, tj. za wysyłanie konkursowych wiadomości SMS, w połączeniu ze znajdującą się w marketingowych wiadomościach SMS informacją o bezpłatnym charakterze przystąpienia do Konkursu, mógł prowadzić do

wykształcenia się w konsumentach błędnego przekonania, iż zarówno przystąpienie jak i udział w Konkursie mają charakter bezpłatny. Zatem konsumenci, działając w błędnym przekonaniu o bezpłatnym charakterze zarówno przystąpienia jak i udziału w Konkursie, mogli podejmować decyzję dotyczące umowy – decyzje o wzięciu udziału w Konkursie – których inaczej by nie podjęli.

Ponadto, marketingowe wiadomości SMS nie zawierały żadnej informacji odnoszącej się wprost do Regulaminu Konkursu określającego cechy oferowanego produktu, w tym przypadku warunki uczestnictwa w Konkursie. W związku z tym, konsumenci pozbawieni informacji o możliwości, a nawet potrzebie zapoznania się z Regulaminem, mogli przystępować do Konkursu działając w błędnym przekonaniu co do:

- natury oferowanego produktu – konsumenci mogli przystępować do Konkursu działając pod wpływem błędnego przekonania, iż oferowany produkt jest grą o charakterze losowym, podczas gdy Konkurs był quizem polegającym na udzielaniu odpowiedzi na pytania Konkursowe;

- zasadach i warunkach na jakich przyznawane są nagrody – konsumenci mogli przystępować do Konkursu działając w błędnym przekonaniu o warunkach jakie trzeba spełnić, aby wygrać i otrzymać nagrodę.

Zatem konsumenci, działający w błędnym przekonaniu o cechach produktu mogli podejmować decyzję dotyczącą umowy – decyzje o wzięciu udziału w Konkursie – których inaczej by nie podjęli.

Zgodnie z przepisami ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, dla uznania zachowania przedsiębiorcy za nieuczciwą praktykę rynkową konieczne jest wykazanie, iż zachowanie to wypełnia zarówno przesłanki konkretnej praktyki rynkowej, w tym przypadku praktyki wprowadzającej w błąd przez zaniechanie (art. 6 upnpr), jak i przesłanki ogólne (wspólne dla wszystkich przewidzianych w ustawie typów praktyk) nieuczciwej praktyki rynkowej. Zgodnie z art. 4 ust. 1 upnpr, praktyka rynkowa stosowana przez przedsiębiorców wobec konsumentów jest nieuczciwa, jeżeli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu.

Koniecznym stało się zatem wykazanie przez Prezesa Urzędu, iż działania Spółki są sprzeczne z dobrymi obyczajami. Przepis art. 4 ust. 1 upnpr stanowi tzw. klauzulę generalną, odsyłającą do systemu ocen i norm pozaprawnych – dobrych obyczajów. Jak wskazuje doktryna i orzecznictwo, klauzule generalne to przepisy prawne, *w których nie są dokładnie sprecyzowane wszystkie elementy składające się na hipotezę czy dyspozycję normy prawnej, a ocena konkretnego stanu faktycznego zostaje przerzucona na organ stosujący prawo*¹³ oraz, że *istotą i funkcją klauzul generalnych w prawie cywilnym jest możliwość uwzględnienia w ocenie różnego rodzaju okoliczności faktycznych, które nie mogą – w oderwaniu od konkretnego stanu faktycznego – być według jakiegoś schematu mającego walor bezwzględny oceniane raz na zawsze i w sposób jednakowy*¹⁴. Pojęcie dobrych obyczajów nie jest w prawie zdefiniowane, ale podobnie jak zasady współżycia społecznego, jest przedmiotem wielu

¹³ A. Wolter, Prawo cywilne. Zarys części ogólnej, wyd. VIII, Warszawa 1986, str. 83;

¹⁴ orzeczenie SN z 29 marca 1979 r., III CRN 59/79, niepubl.;

orzeczeń sądowych oraz opracowań doktryny. Wskazuje się w nich, że dobre obyczaje to uczciwe zasady postępowania i ustalone zwyczaje w ujęciu etyczno-moralnym, a na ich treść składają się elementy etyczne i socjologiczne kształtowane przez oceny moralne i społeczne stanowiące uzupełnienie porządku prawnego. Sprzeczne z dobrymi obyczajami są m.in. działania wykorzystujące niewiedzę, brak doświadczenia konsumenta, naruszenie równorzędności stron umowy, działania zmierzające do dezinformacji i wywołania błędnego przekonania konsumenta lub nie zapewniające rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji. Chodzi więc o działania potocznie określane jako nieuczciwe, nierzetelne, odbiegające *in minus* od standardów postępowania.

Zarówno przepisy prawa, jak i dobre obyczaje wymagają, aby przedsiębiorca udzielał konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji na temat oferowanego produktu. Nie może być uznane za zgodne z dobrym obyczajem pominięcie podstawowych dla konsumenta informacji o oferowanym produkcie. W przedmiotowej sprawie Spółka, składając propozycję nabycia produktu, nie udzieliła konsumentom podstawowych informacji potrzebnych do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej umowy. Należy zauważyć, iż informacje identyfikujące przedsiębiorcę oferującego produkt, informacje o cenie za nabycie i ewentualnie korzystanie z produktu, jak również informacje o najważniejszych cechach oferowanego produktu stanowią podstawowy zestaw informacji, którymi kieruje się każdy konsument w relacjach z przedsiębiorcą. Powyższe informacje stanowią podstawowe kryteria jakimi kierują się konsumenci w wyborze oferty przedsiębiorcy, a reguła ta obowiązuje w zasadzie na wszystkich rynkach i we wszystkich branżach, w których dochodzi do wymiany gospodarczej w relacji konsument – przedsiębiorca. Wymóg podania podstawowych informacji na temat oferowanego produktu, w szczególności, gdy jak w przedmiotowej sprawie to przedsiębiorca wychodzi z inicjatywą i zwraca się bezpośrednio do konsumenta z propozycją nabycia produktu, jest głęboko zakorzeniony w praktyce obrotu gospodarczego oraz dobrych obyczajach. Zarówno wśród przedsiębiorców jak i konsumentów nie budzi żadnych wątpliwości, iż dobre obyczaje jak i standardy profesjonalnego prowadzenia działalności gospodarczej wymagają, aby przedsiębiorca zwracający się do konsumenta z propozycją zawarcia umowy przedstawił wszelkie informacje niezbędne do zidentyfikowania przedsiębiorcy, określania kosztu nabycia i korzystania z produktu jak i zapoznania się z podstawowymi cechami oferowanego produktu. Bez tych informacji trudno jest sobie wyobrazić sprawne funkcjonowanie obrotu gospodarczego, w szczególności w obrocie konsumenckim.

Powyżej wykazano już, że praktyka stosowana przez Spółkę w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta na etapie podejmowania decyzji dotyczącej oferowanego produktu. Praktyka Spółki występuje na etapie przedkontraktowym i może powodować, że przeciętny konsument, pod wpływem wprowadzającego w błąd zaniechania przekazania istotnych informacji, podejmie decyzję o nabyciu produktu – przystąpieniu do Konkursu – działając pod wpływem błędnego przekonania co do przedsiębiorcy będącego organizatorem Konkursu, co do kosztów przystąpienia i uczestnictwa w Konkursie lub co do istotnych cech oferowanego produktu. Tym samym, przedmiotowa praktyka powoduje, że przeciętny konsument może podjąć decyzję o zawarciu umowy, w tym przypadku o przystąpieniu do Konkursu, której inaczej - to jest posiadając pełne informacje na temat przedsiębiorcy będącego organizatorem

Konkursu, kosztu przystąpienia i udziału w Konkursie jak i informacje o innych istotnych cechach Konkursu - by nie podjął.

Mając powyższe na uwadze należy uznać, że działanie Spółki, polegające na pominięciu w wiadomościach SMS zachęcających do udziału w konkursie „Wielki Quiz z Nagrodami. Edycja IX” istotnych informacji o:

- nazwie przedsiębiorcy będącego organizatorem konkursu – poprzez brak informacji, że organizatorem konkursu jest Telecom Media S.A. z siedzibą w Warszawie;
- 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;
- cechach produktu - poprzez brak informacji, że warunki uczestnictwa w konkursie zostały określone w regulaminie konkursu zamieszczonym na stronie internetowej, a wysłanie zgłoszeniowej wiadomości SMS stanowi akceptację postanowień przedmiotowego regulaminu;

stanowiło wprowadzającą w błąd przez zaniechanie nieuczciwą praktykę rynkową, o której mowa w art. 6 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 upnpr.

Bezprawność praktyki Spółki opisanej w pkt. I.3 sentencji decyzji:

wysyłanie konsumentom, którzy wzięli udział w konkursie „Wielki Quiz z Nagrodami. Edycja IX”, krótkich wiadomości tekstowych SMS o treści wywołującej wrażenie, że konsument już uzyskał lub uzyska nagrodę po wysłaniu krótkiej wiadomości tekstowej SMS z odpowiedzią na pytanie konkursowe.

Regulacje prawne:

Zgodnie z art. 3 upnpr zakazane jest stosowanie nieuczciwych praktyk rynkowych. Zgodnie z art. 9 pkt 8 upnpr nieuczciwą praktyką rynkową w każdych okolicznościach jest agresywna praktyka rynkowa polegająca na wywoływaniu 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. Przytoczona powyżej agresywna praktyka rynkowa została umieszczona przez ustawodawcę na tzw. „czarnej liście” agresywnych praktyk rynkowych, a więc praktyk uznanych za nieuczciwe w każdych okolicznościach (art. 9 upnpr). Oznacza to, iż w sytuacji, w której zachowanie przedsiębiorcy względem konsumenta wypełnia znamiona praktyki agresywnej, uznanej przez ustawodawcę za nieuczciwą praktykę rynkową w każdych okolicznościach - w tym przypadku art. 9 pkt 8 upnpr - dla uznania tego zachowania za naruszenie zakazu stosowania nieuczciwych praktyk rynkowych, nie jest konieczne wykazanie, iż zachowanie to wypełnia również przesłanki ogólne, wynikające z art. 4 ust. 1 upnpr. Jak wskazuje się w nauce prawa¹⁵, zachowania przedsiębiorcy, wypełniające znamiona praktyki rynkowej nieuczciwej w każdych okolicznościach, nie podlega ogólnej ocenie uczciwości wynikającej z przepisu art. 4 ust. 1 upnpr. Ustawodawca przyjął zatem, iż praktyki znajdujące się na

¹⁵ Sieradzka Małgorzata, *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, Komentarz*, Oficyna 2008 r.

tzw. „czarnej liście” nieuczciwych praktyk rynkowych - jeżeli tylko będą stosowane przez przedsiębiorcę – zawsze są sprzeczne z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształcają lub mogą zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu.

Agresywną praktyką rynkową, o której mowa w art. 9 pkt 8 upnpr, będzie w każdych okolicznościach zachowanie przedsiębiorcy polegające na:

- wywoływaniu 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.

Istota agresywnej praktyki rynkowej, o której mowa w art. 9 pkt 8 upnpr, sprowadza się do nieuczciwych działań przedsiębiorcy, polegających na wywoływaniu u konsumentów wrażenia, iż już otrzymali lub na pewno otrzymają korzyść, w szczególności majątkową, podczas gdy w rzeczywistości korzyść taka nie istnieje lub jej pozyskanie wymaga od konsumenta dodatkowych kosztów. Celem regulacji uznających przedmiotową praktykę za zakazaną w każdych okolicznościach, jest wyeliminowanie praktyk rynkowych przedsiębiorców, polegających na roztaczaniu przed konsumentami wizji pewności wygranej tylko i wyłącznie w celu zwiększenia sprzedaży oferowanych produktów, podczas gdy w rzeczywistości nagroda nie istnieje lub występuje konieczność poniesienia dodatkowych kosztów. Należy zwrócić uwagę, iż praktyką, o której mowa w art. 9 pkt 8 upnpr, będzie każde działanie przedsiębiorcy wywołujące wrażenie, iż konsument już wygrał, wygra bezwarunkowo lub wygra po wykonaniu określonej czynności nagrodę, zarówno w sytuacji, gdy obiecywana nagroda w rzeczywistości nie istnieje, jak również wtedy, gdy obiecywana nagroda w rzeczywistości istnieje, ale wbrew zapewnieniom przedsiębiorcy jej uzyskanie wymaga poniesienia przez konsumenta dodatkowych kosztów. Zatem zakazane, w świetle przepisów ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, będą wszelkie działania przedsiębiorcy, których skutkiem jest wywołanie wrażenia, że konsument już uzyskał, uzyska bezwarunkowo lub po wykonaniu określonej czynności nagrodę lub inną porównywalną korzyść, jeżeli:

- w rzeczywistości nagroda lub inna porównywalna korzyść nie istnieje;

albo

- uzyskanie nagrody lub innej porównywalnej korzyści uzależnione jest od wpłacenia przez konsumenta określonej kwoty pieniędzy lub poniesienia innych kosztów.

Subsumcja:

Konsument, który w odpowiedzi na marketingowe wiadomości SMS wysłał rejestrującą wiadomość SMS na numer 7372, stawał się uczestnikiem Konkursu. W odpowiedzi na SMS rejestrujący uczestnik Konkursu otrzymywał od organizatora – Spółki – wiadomości SMS z pytaniem o jaką nagrodę zamierza grać uczestnik i na jakie kategorie pytań chce odpowiadać (pytania pozakonkursowe). Po udzieleniu odpowiedzi na powyższe pytania pozakonkursowe uczestnik otrzymywał od Spółki wiadomości SMS z pytaniami konkursowymi. Uczestnik udzielał odpowiedzi na pytania konkursowe wysyłając wiadomość

na numer o podwyższonej opłacie 7372, przy czym wysłanie każdej wiadomości z odpowiedzią kosztowało 3,66 zł brutto. Za poprawną odpowiedź uczestnik otrzymywał określoną liczbę punktów. W reakcji na SMS z odpowiedzią na pytania konkursowe Spółka przesyłała uczestnikowi wiadomość SMS z informacją o poprawności udzielonej odpowiedzi, ilości zgromadzonych punktów oraz kolejne pytanie konkursowe wraz z informacją o ilości punktów, jaką można uzyskać za odpowiedź na pytanie.

Wśród wiadomości konkursowych przesyłanych przez Spółkę, zawierających pytania konkursowe, znajdowały się wiadomości SMS, których treść mogła wywoływać wrażenie, że konsument już uzyskał lub uzyska nagrodę po wysłaniu krótkiej wiadomości tekstowej SMS z odpowiedzią na pytanie konkursowe. Wśród konkursowych wiadomości SMS wysyłanych przez Spółkę znajdowały się wiadomości o następującej treści:

- *Komisja WIELKI QUIZ: właściciel numeru NUMER_TEL proszony o pilne dokonczenie gry. Nagrody gotowe do wysylki!*
- *WIELKI QUIZ: Nagrody PASSAT i SamsungLCD gotowe do wysylki Prosimy wlasciciela n-ru NUMER_TEL o odpowiedz*
- *Komisja WIELKI QUIZ: wlasciciel numeru NUMER_TEL proszony o pilne dokonczenie gry. Nagrody gotowe do wysylki!*
- *UWAGA:protokol przekazania nagrody 60tys. i tel. HTC gotowy Prosimy wlasciciela n-ru NUMER_TEL o odp.*
- *PILNE:protokol przekazania 60tys. i kinoSONY gotowy Chcemy w nim wpisac nazwisko wlascicela n-ruNUMER_TEL!*
- *PILNE:protokol przekazania 60tys. i LAPTOPA gotowy Chcemy w nim wpisac nazwisko wlascicela n-ruNUMER_TEL!*
- *PILNE:protokol przekazania AUDI A3 i SonyPS3 gotowy Chcemy w nim wpisac nazwisko wlascicela n-ruNUMER_TEL!*
- *POTWIERDZAMY! NAGRODA 60tys. ZAREZERWOWANA dla wlasciciela n-ru NUMER_TEL! Odpowiadaj poprawnie i WYGRYWAJ. Nie przegap tej szansy SMSNA7372/3,66*
- *ASUS EeePC to super sprzet! Chcemy przekazac go Tobie! Pomoz nam i ZGARNIJ jeszczeP_U_N_K_T_YEXTRA!*
- *UWAGA:numery ktore moga wygrac 60tys. i SonyPS3 to NUMER_TEL, NUMER_TEL Jesli to Twój nr odp. Szybko*
- *OSTATECZNIE WZYWAMY POSIADACZA N-RU NUMER_TEL do odp. na pytanie Dotyczy NAGRODY 60tys. i tel. HTC!*

Powyżej cytowane treści konkursowych wiadomości SMS przesyłanych przez Spółkę mają charakter jedynie przykładowy i należą do 8902 schematów wiadomości wykorzystywanych w Konkursie. Poza cytowaną powyżej treścią, każda z wiadomości konkursowych zawierała ponadto pytanie konkursowe oraz opis sposobu udzielenia odpowiedzi. Przedstawione powyżej wiadomości mają charakter szablonu, w którym elementami zmiennymi była m.in. informacja o rodzaju nagrody jak również numer telefonu

uczestnika Konkursu, przy czym w polu NUMER_TEL wpisywany był każdorazowo numer MSISDN (numer telefonu) uczestnika Konkursu.

Część konkursowych wiadomości SMS zawierała sformułowanie „*nagrody gotowe do wysyłki*” lub równoznaczne. Uczestnik Konkursu mógł więc odnieść wrażenie, iż wygrał już nagrodę, która została przygotowana do wysyłki, a dla odbioru nagrody wystarczające jest wysłanie wiadomości SMS z odpowiedzią na zadane pytanie. Takie samo wrażenie mogły wywoływać sformułowania informujące uczestnika Konkursu, iż „*protokół przekazania nagrody jest gotowy*”, a organizator oczekuje już tylko na wiadomość SMS z odpowiedzią na postawione pytanie, aby móc „*wpisać w nim nazwisko właściciela numeru*” uczestnika Konkursu. Pokreślenia wymaga, iż w polu NUMER_TEL wpisywany był każdorazowo numer MSISDN (numer telefonu) uczestnika Konkursu, który otrzymywał wiadomość SMS. W celu zobrazowania stosowanego przez Spółkę mechanizmu na przykładzie należy wskazać, iż w przypadku uczestnika Konkursu posiadającego hipotetyczny numer telefonu 500 000 000, wiadomości konkursowe wysyłane przez Spółkę miały następującą treść:

- *Komisja WIELKI QUIZ: wlasciciel numeru 500 000 000 proszony o pilne dokonczenie gry. Nagrody gotowe do wysylki!*
- *WIELKI QUIZ: Nagrody PASSAT i SamsungLCD gotowe do wysylki Prosimy wlasciciela n-ru 500 000 000 o odpowiedz*
- *Komisja WIELKI QUIZ: wlasciciel numeru 500 000 000 proszony o pilne dokonczenie gry. Nagrody gotowe do wysylki!*
- *UWAGA:protokol przekazania nagrody 60tys. i tel. HTC gotowy Prosimy wlasciciela n-ru 500 000 000 o odp.*
- *PILNE:protokol przekazania 60tys. i kinoSONY gotowy Chcemy w nim wpisac nazwisko wlascicela n-ru 500 000 000!*
- *PILNE:protokol przekazania 60tys. i LAPTOPA gotowy Chcemy w nim wpisac nazwisko wlascicela n-ru 500 000 000!*
- *PILNE:protokol przekazania AUDI A3 i SonyPS3 gotowy Chcemy w nim wpisac nazwisko wlascicela n-ru 500 000 000!*
- *POTWIERDZAMY! NAGRODA 60tys. ZAREZERWOWANA dla wlasciciela n-ru 500 000 000! Odpowiadaj poprawnie i WYGRYWAJ. Nie przegap tej szansy SMSNA7372/3,66*
- *ASUS EeePC to super sprzet! Chcemy przekazac go Tobie! Pomoz nam i ZGARNIJ jeszczeP_U_N_K_T_YEXTRA!*
- *UWAGA:numery ktore moga wygrac 60tys. i SonyPS3 to 500 000 000, XXX XXX XXX Jesli to Twój nr odp. Szybko*
- *OSTATECZNIE WZYWAMY POSIADACZA N-RU 500 000 000 do odp. na pytanie Dotyczy NAGRODY 60tys. i tel. HTC!*

Ponadto, Spółka stosowała schematy konkursowych wiadomości SMS, w których Spółka „*potwierdzała, iż nagroda została zarezerwowana dla numeru uczestnika*”, co wprost oznacza, iż uczestnikowi nagroda została już przyznana, a do jej odbioru wystarczy wysłać wiadomość SMS z odpowiedzią na pytanie konkursowe. W rzeczywistości, wiadomości SMS według tego schematu były kierowane do licznych uczestników, a w odpowiedzi na

konkursową wiadomość SMS o tej treści uczestnicy otrzymywali jedynie kolejną wiadomość z pytaniem konkursowym.

Należy podkreślić, iż wiadomości SMS skonstruowane według powyższych schematów mogły wywoływać u konsumentów błędne przekonanie, iż nagrodę już uzyskali lub dla jej uzyskania wystarczające jest wysłanie jednej wiadomości SMS z odpowiedzią na postawione pytanie konkursowe. Wrażenie o uzyskaniu nagrody było w każdym przypadku błędne, gdyż wbrew informacjom o:

- przygotowaniu nagród do wysyłki;
- przygotowaniu protokołu przekazania nagrody, do którego organizator chce wpisać nazwisko uczestnika;
- fakcie zarezerwowania nagrody dla określonego uczestnika;

uczestnicy, którzy odbierali wiadomości SMS o tej treści, w rzeczywistości w danym momencie nagród nie wygrali, a udzielenie odpowiedzi na pytanie konkursowe zawarte w przedmiotowych wiadomościach SMS skutkowało jedynie otrzymaniem do organizatora – Spółki - kolejnej wiadomości SMS z pytaniem konkursowym. W rzeczywistości wygrana w Konkursie zależała nie tylko od liczby punktów zgromadzonych przez danego uczestnika, ale również od liczby punktów zgromadzonych przez innych uczestników, w związku z czym wyłonienie zwycięzcy mogło nastąpić dopiero w momencie zakończenia określonego etapu konkursu i podliczeniu oraz porównaniu liczby punktów zgromadzonych przez poszczególnych uczestników. Zatem wszelkie wiadomości SMS wysyłane przez Spółkę przed zakończeniem poszczególnych etapów, których treść mogła wywoływać wrażenie, że konsument już uzyskał lub po wysłaniu odpowiedzi na pytanie uzyska nagrodę, mogły powodować po stronie konsumentów fałszywe wyobrażenia co do pewności wygranej.

Efekt, w postaci wywoływania fałszywego wyobrażenia o wygranej mógł być zwielokrotniony przez fakt, iż uczestnicy Konkursu mogli otrzymać wiele różnych, następujących po sobie, wiadomości SMS przygotowanych według przedstawionych powyżej schematów, co mogło prowadzić do wykształcenia się lub utwierdzenia uczestników w błędnym przekonaniu o tym, że nagrodę już wygrali. Powyższy efekt mógł być również spotęgowany treścią wiadomości SMS, które sugerowały, iż organizator Konkursu – Spółka – poprzez identyfikację numeru MSISDN w sposób zindywidualizowany zwraca się do określonego uczestnika, podczas gdy komunikacja taka miała charakter standardowy, stosowany wobec każdego uczestnika (w pole NUMER_TEL wpisywany była każdorazowo numer uczestnika odbierającego wiadomość SMS), o czym uczestnicy mogli nie wiedzieć. Niektóre z konkursowych wiadomości SMS zawierały informację, iż organizator zwraca się w sposób zindywidualizowany do określonego uczestnika, gdyż z bliżej nieokreślonych powodów właśnie mu chce przekazać nagrodę – „*chcemy przekazać nagrodę Tobie!*” – co również może wywoływać wrażenie, że uczestnik jest traktowany przez organizatora w sposób szczególny, inny niż pozostali uczestnicy. Spółka wykorzystywała również schematy wiadomości SMS, w których informowała, iż nagrodę mogą wygrać użytkownicy ściśle określonych numerów telefonów, wskazując jednocześnie, że jeżeli numer użytkownika należy do grona ściśle określonych numerów powinien wysłać wiadomość SMS, sugerując tym samym, iż uczestnik znalazł się w ścisłym gronie lub jest wręcz jedynym uczestnikiem, który nagrodę może wygrać. W rzeczywistości każda wiadomość SMS kierowana do

wszystkich uczestników według tego schematu zawsze wskazywała numer uczestnika odbierającego wiadomość, jako szczególnie predysponowany do wygranej.

Ponadto, analizowane wiadomości SMS posługiwały się wielką czcionką dla podkreślenia treści mogącej sugerować pewność wygranej („*POTWIERDZAMY!*”, nagroda „*ZAREZERWOWANA*”), jak również zawierały stanowcze wezwania, ponaglenia do jak najszybszego udzielania odpowiedzi („*UWAGA*”, „*PILNE*”, „*Szybko*”, „*OSTATECZNIE WZYWAMY*”), które mogły sugerować, iż jakakolwiek zwłoka w udzieleniu odpowiedzi na pytanie pozbawi uczestnika nagrody już przyznanej lub uzależnionej tylko od udzielenia odpowiedzi na pytanie, co mogło stanowić dodatkowy instrument nacisku na uczestnika ze strony organizatora Konkursu – Spółki.

Zatem wysyłane przez Spółkę konkursowe wiadomości SMS mogły wywoływać u ich odbiorców wrażenie, iż już uzyskali lub uzyskają nagrodę po wysłaniu wiadomości SMS z odpowiedzią na pytanie konkursowe, podczas gdy w rzeczywistości konsumenci w momencie otrzymania konkursowej wiadomości SMS nie wygrali jeszcze nagrody, a wysłanie odpowiedzi na pytanie konkursowe, pociągające za sobą koszty związane z wysłaniem wiadomości SMS na numer o podwyższonej opłacie, również nie gwarantowało uzyskania nagrody. Wymaga podkreślenia, iż w przedmiotowej sprawie nie jest kwestionowany fakt, iż przewidziane przez organizatora nagrody w rzeczywistości istniały. Stwierdzona w toku postępowania administracyjnego praktyka Spółki polegała na tym, iż wysyłane przez nią wiadomości SMS wywoływały błędne wrażenie, iż konsument już uzyskał lub po wysłaniu odpowiedzi uzyska nagrodę, podczas gdy w rzeczywistości w momencie otrzymania wiadomości SMS konsument nagrody jeszcze nie otrzymał, a otrzymania nagrody nie gwarantowało również wysłanie odpowiedzi na zadane przez Spółkę pytanie. W efekcie, konsumenci, zapewniani przez Spółkę o pewności wygranej, w celu odbioru obiecywanej nagrody mogli wysyłać znaczne ilości wiadomości SMS na numer o podwyższonej opłacie, ponosząc tym samym koszty, które nie gwarantowały w żaden sposób wygrania nagrody. Cena płacona przez konsumenta za wysłanie wiadomości SMS na numer o podwyższonej opłacie stanowiła przychód Spółki.

Mając powyższe na uwadze należy uznać, że działanie Spółki, polegające na wysyłaniu konsumentom, którzy wzięli udział w konkursie „Wielki Quiz z Nagrodami. Edycja IX”, krótkich wiadomości tekstowych SMS o treści wywołującej wrażenie, że konsument już uzyskał lub uzyska nagrodę po wysłaniu krótkiej wiadomości tekstowej SMS z odpowiedzią na pytanie konkursowe, stanowiło nieuczciwą w każdych okolicznościach agresywną praktykę rynkową, o której mowa w art. 9 pkt 8 upnpr.

Ad C)

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie podaje definicji „zbiorowego interesu konsumentów”, wskazując jednak w przepisie art. 24 ust. 3, że nie jest nim suma indywidualnych interesów konsumentów. Naruszenie zbiorowego interesu konsumentów oznacza zatem narażenie na uszczerbek interesów znacznej grupy lub wszystkich konsumentów, poprzez stosowaną przez przedsiębiorcę praktykę, obejmującą tak działania, jak i zaniechania. Ponadto, godzenie w zbiorowe interesy konsumentów może polegać zarówno na ich naruszeniu, jak i zagrożeniu im. O tym, czy naruszony został interes zbiorowy, nie zawsze przesądza kryterium ilościowe, ponieważ niekiedy jeden ujawniony przypadek naruszenia prawa konsumenta może być przejawem stosowanej praktyki

naruszającej interes zbiorowy. W wyroku z dnia 12 września 2003 r. (sygn. akt I CKN 504/01) Sąd Najwyższy stwierdził, iż *nie jest zasadne uznawanie, że postępowanie z tytułu naruszenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów można wszcząć tylko wtedy, gdy zagrożone są interesy wielu odbiorców, a nie jest to możliwe w sytuacji, gdy pokrzywdzonym jest tylko jeden konsument. Wydawane orzeczenie ma bowiem wymiar znacznie szerszy, pełni także funkcję prewencyjną, służy bowiem ochronie także nieograniczonej liczby potencjalnych konsumentów.*

Nie ulega wątpliwości, że działanie przedsiębiorcy godzi w interesy konsumentów wtedy, gdy wywołuje negatywne skutki w sferze ich praw i obowiązków. Natomiast przez interes zbiorowy należy rozumieć interes dotyczący konsumentów jako określonej zbiorowości. Dla stwierdzenia naruszenia zbiorowych interesów konsumentów istotne jest ustalenie, że konkretne działanie przedsiębiorcy nie ma ściśle określonego adresata, lecz jest kierowane do nieoznaczonego z góry kręgu podmiotów. Jak podnosi się w doktrynie, w pojęciu praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów mieści się także działanie przedsiębiorcy skierowane wprawdzie do oznaczonych (zindywidualizowanych), ale za to dostatecznie licznych konsumentów, o ile przy tym konsumentów tych łączy jakaś wspólna cecha rodzajowa. Wówczas bowiem poszkodowana zostaje pewna grupa konsumentów, nie będąca jedynie – z punktu widzenia przedsiębiorcy stosującego daną praktykę – zbiorowością przypadkowych jednostek, lecz stanowiącą określoną i odrębną kategorię konsumentów, reprezentującą w znacznym stopniu wspólne interesy (M. Szydło, *Publicznoprawna ochrona zbiorowych interesów konsumentów*, *Monitor Prawniczy* 2004/17/791). Należy zatem przyjąć, że zbiorowy interes konsumentów nie musi odnosić się do nieograniczonej liczby konsumentów, których nie da się zindywidualizować, gdyż brak indywidualizacji nie sprzeciwia się możliwości wyodrębnienia kategorii bądź zbioru konsumentów o pewnych cechach. Oznacza to, że nie ilość faktycznych, potwierdzonych naruszeń, ale przede wszystkim ich charakter, a w związku z tym możliwość (choćby tylko potencjalna) wywołania negatywnych skutków wobec określonej zbiorowości przesądza o naruszeniu zbiorowego interesu.

Praktyka Spółki wskazana w pkt I.1 sentencji decyzji godzi w zbiorowe interesy konsumentów. Zbiorowość konsumentów w tym przypadku jest identyfikowana poprzez numery telefonów (MSISDN) znajdujące się w bazie danych Spółki, przy czym praktyka Spółki nie była kierowana w sposób zindywidualizowany w stosunku do poszczególnych abonentów, a przyjęła postać standardowego działania, skierowanego do konsumentów, których kryterium wyróżniającym, określającym przynależność do grupy konsumentów będących adresatami praktyki, było posiadanie numeru MSISDN znajdującego się w bazie numerów, którą dysponowała Spółka.

Interes konsumentów należy rozumieć jako interes prawny (a nie faktyczny), a więc uznany przez ustawodawcę na zasługujący na ochronę i zabezpieczenie. Naruszenie zbiorowego interesu konsumentów powiązane jest z naruszaniem interesów gospodarczych konsumentów. Pod tym pojęciem należy rozumieć zarówno naruszenie interesów *stricto* ekonomicznych (o wymiarze majątkowym), jak również prawo konsumentów do uczestniczenia w przejrzystych i niezakłóconych przez przedsiębiorcę warunkach rynkowych czego urzeczywistnieniem jest w ujęciu generalnym prawo konsumentów do rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji.

W przedmiotowej sprawie identyfikacja prawnych interesów konsumentów, które ucierpiały w wyniku bezprawnych działań Spółki, powinna nastąpić poprzez wskazanie wartości chronionych na podstawie przepisów tzw. antyspamowych. Ogólnie rzecz ujmując źródłem lub wzorem dla krajowych regulacji prawnych dotyczących przesyłania niezamówionych komunikatów marketingowych są regulacje prawa Unii Europejskiej. W podstawowej dla ochrony przed niechcianymi komunikatami marketingowymi dyrektywie 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej)¹⁶, prawodawca unijny, dostrzegając zagrożenia związane z niekontrolowanym rozwojem zjawiska tzw. spamu, wskazał wyraźnie w motywie 40 preambuły, iż: *Należy zapewnić środki zabezpieczające abonentów przed ingerencją w ich prywatność przez niezamówione komunikaty do celów marketingu bezpośredniego w szczególności przez urządzenia do wywołań automatycznych, telefaksy i wiadomości z poczty elektronicznej (e-maile), w tym wiadomości SMS. Te formy niezamówionych komunikatów handlowych mogą z jednej strony być stosunkowo proste i tanie w przesyłaniu, z drugiej strony zaś mogą powodować obciążenie i/lub koszty dla odbiorcy. Ponadto, w niektórych przypadkach ich pojemność może powodować również problemy w sieci łączności elektronicznej i terminalu. W przypadku takich form niezamówionych komunikatów dotyczących marketingu bezpośredniego, uzasadnione staje się wymaganie uprzedniej wyraźnej zgody odbiorcy przed wysłaniem do niego komunikatu. Jednolity rynek wymaga zharmonizowanego podejścia w celu zapewnienia prostych reguł dla przedsiębiorców i użytkowników na terenie całej Wspólnoty. Zatem celem wszystkich regulacji prawa krajowego, mających swoje źródło lub wzór w regulacjach unijnych, jest ochrona prywatności przed nieuprawnioną ingerencją za pośrednictwem komunikatów marketingowych.*

Na porządek prawny chroniący prywatność potencjalnych odbiorców niechcianych komunikatów handlowych składa się w pierwszej kolejności art. 76 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, stanowiący, iż władze publiczne chronią konsumentów, użytkowników i najemców przed działaniami zagrażającymi ich zdrowiu, prywatności i bezpieczeństwu oraz przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi, przy czym zakres tej ochrony określają przepisy poszczególnych ustaw. Mówiąc o ustawowej regulacji problematyki tzw. spamu należy wyróżnić art. 10 u.s.d. oraz art. 172 Pt, które łącznie tworzą system ochrony potencjalnych odbiorców, w tym konsumentów, przed naruszeniami prywatności w postaci niechcianej komunikacji handlowej.

Wraz z rozwojem technologicznym pojawiają się nowe metody, kanały kontaktu pozwalające przedsiębiorcom na bezpośrednie dotarcie do potencjalnego konsumenta z ofertą swoich produktów. W szczególności poczta elektroniczna (e-mail) jak również telefon komórkowy (połączenia głosowe IVR, wiadomości SMS i MMS) dają techniczne możliwości dotarcia do potencjalnego klienta w każdych okolicznościach, bez względu na to gdzie się znajduje i co w danym momencie robi. Jednocześnie taka forma marketingu towarów i usług może być dla przedsiębiorców znacznie tańsza i skuteczniejsza, aniżeli „tradycyjna” reklama w telewizji, radiu i prasie. Skuteczność i niskie koszty spowodowały, iż przedsiębiorcy masowo korzystają z tych form dostarczenia do potencjalnych klientów, drastycznie zwiększając

¹⁶ Dz. U. UE L. z 2002 r., Nr 201, strona 37

wolumen komunikatów handlowych w ogólnej ilości informacji przesyłanych sieciami telekomunikacyjnymi. Jednocześnie konsumenci mogą czuć się „bombardowani” niejednokrotnie nachalnymi komunikatami wzywającymi do zakupu różnorodnych produktów, które mogą zapelniać pamięć urządzenia telekomunikacyjnego odbiorcy, utrudniać korzystanie z usług telekomunikacyjnych, utrudniać odnalezienie informacji oczekiwanych pośród komunikatów niechcianych oraz wreszcie powodować niezadowolenie z uwagi na brak możliwości skutecznego przeciwdziałania otrzymywaniu niechcianych komunikatów w miejscu zamieszkania lub pracy.

W celu wyeliminowania negatywnych konsekwencji niechcianych naruszeń prywatności odbiorców informacji ustawodawca przyjął regulacje prawne, wymagające zgody potencjalnego odbiorcy komunikatów marketingowych na naruszenie prywatności – model *opt-in*. Powszechnie uważa się, iż model ten znacznie skuteczniej aniżeli model *opt-out* chroni prywatność potencjalnych odbiorców komunikatów marketingowych, co przesądziło o przyjęciu tego modelu przez ustawodawcę, który dał temu wyraz w uzasadnieniu do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, stanowiąc: *W celu ochrony interesów odbiorców usług, a przede wszystkim konsumentów, projekt ustawy wprowadza model ochrony, który uzależnia dozwole nie przesyłania pocztą elektroniczną lub podobnym środkiem komunikacji elektronicznej (np. SMS - skrót od ang. akronimu Short Message Service - usługa krótkich wiadomości tekstowych w telefonii komórkowej) niezamówionych informacji handlowych (tj. informacji przesyłanych na adres elektroniczny, który nie został udostępniony świadomie przez odbiorcę w celu otrzymywania takich wiadomości) od uzyskania uprzedniej zgody ze strony adresatów takich komunikatów (tzw. model opt-in). W projekcie ustawy odstąpiono od alternatywnego modelu, (tzw. modelu opt-out), zgodnie z którym zabronione jest przesyłanie pocztą elektroniczną lub innym środkiem komunikacji elektronicznej niezamówionych informacji handlowych danej osobie dopiero wtedy, gdy oświadczy ona, w sposób dostępny dla usługodawcy, iż nie wyraża na to zgody. Za wyborem tej formy ochrony przemawia to, że model opt-in chroni lepiej interesy usługobiorców, jest mniej kosztowny dla usługodawców (lub ewentualnie innych podmiotów obowiązanych do utrzymywania rejestrów wyłączeń) i łatwiejszy do wdrożenia przez nich, jest spójny z obowiązującymi w Polsce regulacjami dotyczącymi ochrony interesów konsumentów (art. 6 ust. 3 ustawy z 2 marca 2002 r. o ochronie niektórych praw konsumentów i o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny), a przy tym nie ogranicza w żaden sposób możliwości promocji za pośrednictwem takich środków jak np. reklamy na stronach WWW (tzw. banery) oraz przesyłanie informacji handlowej bezpośrednio do odbiorców wyrażających zgodę na ten sposób promocji (ang. mailing).*

Biorąc powyższe pod uwagę, należy uznać, iż działanie Spółki, polegające na wysyłaniu konsumentom, którzy nie wyrazili wymaganych prawem zgód, głosowych komunikatów IVR oraz wiadomości SMS nakłaniających do udziału w Konkursie, naruszyło prywatność konsumentów otrzymujących niezamówione komunikaty marketingowe, a tym samym godziło w zbiorowe interesy konsumentów.

Praktyka Spółki wskazana w pkt I.2 sentencji decyzji godzi w zbiorowe interesy konsumentów. Jak już wskazano powyżej, na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ochronie podlegają tylko prawnie uzasadnione interesy konsumentów. Zatem identyfikacja interesu zbiorowości konsumentów, którego naruszenia dopuścił się swoim bezprawnym działaniem przedsiębiorca, może nastąpić poprzez wskazanie przepisów prawa

przewidujących ochronę interesów konsumentów. W przedmiotowym przypadku należy udzielić odpowiedzi na pytanie, jakiego rodzaju interesy konsumentów chronione są przez ustawodawcę przepisami stanowiącymi zakaz stosowania wprowadzającej w błąd przez zaniechanie nieuczciwej praktyki rynkowej – art. 3 w zw. z art. 6 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 upnpr. Celem przedmiotowych regulacji jest ochrona interesów gospodarczych konsumentów, rozumianych zarówno jako ochrona interesów o wymiarze majątkowym, jak również prawo konsumentów do uczestniczenia w przejrzystych i niezakłóconych przez przedsiębiorcę warunkach rynkowych, czego urzeczywistnieniem jest w ujęciu generalnym prawo konsumentów do rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż pominięcie przez Spółkę w wiadomościach SMS zachęcających do udziału w Konkursie, podstawowych z punktu widzenia przeciętnego konsumenta informacji o:

- nazwie przedsiębiorcy będącego organizatorem konkursu;
- cenie za wysłanie wiadomości SMS w ramach uczestnictwa w konkursie;
- cechach produktu;

mogło poważnie zakłócić możliwość konsumentów uczestniczenia w przejrzystych warunkach rynkowych, rozumianych jako prawo konsumentów do rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji. W przedmiotowej sprawie Spółka nie przedstawiła konsumentom podstawowych informacji, niezbędnych do podjęcia zarówno świadomej jak i ekonomicznie przemyślanej decyzji o wzięciu udziału w Konkursie. Skutki zaniechania Spółki rozciągają się również na sferę *stricte* majątkową, gdyż konsumenci pozbawieni podstawowych informacji na temat proponowanego produktu, mogli podejmować rodzące konsekwencje finansowe decyzje o przystąpieniu i udziale w Konkursie, których inaczej by nie podjęli. Racjonalnie rzecz ujmując, część konsumentów, która wzięła udział w Konkursie, posiadając pełne informacje na temat organizatora, koszcie udziału oraz cechach Konkursu mogłaby podjąć decyzję odmienną, to jest decyzję o nieprzystępowaniu do Konkursu. Podjęcie decyzji o nieprzystępowaniu do Konkursu przekłada się bezpośrednio na oszczędności w postaci kwot nie wydanych na wysyłanie konkursowych wiadomości SMS.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy uznać, iż działanie Spółki, polegające na pominięciu w marketingowych wiadomościach SMS istotnych informacji dotyczących prowadzonego Konkursu, godziło w zbiorowe interesy konsumentów.

Praktyka Spółki wskazana w pkt I.3 sentencji decyzji godzi w zbiorowe interesy konsumentów. Celem zakazu stosowania przez przedsiębiorcę nieuczciwej w każdych okolicznościach agresywnej praktyki rynkowej, o której mowa w art. 9 pkt 8 upnpr, jest ochrona konsumentów przede wszystkim przed kosztami jakie może spowodować nakłanianie konsumentów do nabycia produktu z wykorzystaniem mechanizmów sugerujących pewność wygranej. Przedmiotowa praktyka została zakazana przez ustawodawcę, gdyż w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami może powodować, iż konsumenci w nadziei na otrzymanie obiecywanej nagrody, będą nabywali oferowane produkty.

W przedmiotowej sprawie stosowany przez Spółkę mechanizm, którego skutkiem było wywieranie na konsumentach wrażenia, że już uzyskali lub uzyskają nagrodę po wysłaniu wiadomości SMS z odpowiedzią na pytanie konkursowe, mógł powodować, iż konsumenci wysyłali wiadomości SMS na numer o podwyższonej opłacie w nadziei na niezwłoczne

otrzymanie od Spółki nagrody. Zatem sugerowanie przez Spółkę pewności wygranej w Konkursie służyło maksymalizacji wolumenu wysyłanych przez uczestników wiadomości SMS na numer o podwyższonej opłacie. Opłata w wysokości 3,66 zł za każdą wysłaną przez konsumenta wiadomość SMS stanowiła przychód Spółki. Racjonalnie rzecz ujmując, można założyć, iż gdyby Spółka nie stosowała praktyki opisanej w punkcie I.3 sentencji decyzji konsumentów, uczestniczący w Konkursie, wysyłaliby mniejszą ilość konkursowych wiadomości SMS na numer o podwyższonej opłacie, tym samym ponosząc niższe koszty udziału w Konkursie. Należy więc uznać, że przedmiotowa praktyka Spółki miała bezpośredni, negatywny wpływ na majątkowe interesy konsumentów.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy uznać, iż działanie Spółki, polegające na wysyłaniu konsumentom, którzy wzięli udział w Konkursie, wiadomości SMS o treści wywołującej wrażenie, że konsument już uzyskał lub uzyska nagrodę po wysłaniu wiadomości SMS z odpowiedzią na pytanie konkursowe, godziło w zbiorowe interesy konsumentów.

II. Rozstrzygnięcie w pkt. I sentencji decyzji. Stwierdzenie zaniechania stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów.

Zgodnie z art. 27 uokik w przypadku zaniechania stosowania przez przedsiębiorcę praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów Prezes Urzędu wydaje decyzję o uznaniu przedmiotowej praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, jednocześnie stwierdzając zaniechanie jej stosowania.

W niniejszej sprawie Prezes Urzędu wykazał, iż Spółka stosowała praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów, opisane w punktach I.1 – I.3 sentencji decyzji, przez cały okres trwania konkursu „Wielki Quiz z Nagrodami. Edycja IX”, który był prowadzony w okresie od 31 sierpnia 2010 r. do 24 października 2010 r. W toku postępowania administracyjnego Prezes Urzędu ustalił, iż Spółka wykonywała połączenia głosowe IVR oraz wysyłała wiadomości SMS, nakłaniające do udziału w Konkursie, konsumentom, którzy uprzednio nie wyrazili zgody na otrzymywanie od Spółki informacji handlowych skierowanych do oznaczonego odbiorcy za pomocą środków komunikacji elektronicznej lub na używanie wobec nich przez Spółkę automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, przez cały okres trwania Konkursu (praktyka wskazana w pkt. I.1 sentencji decyzji). Praktyka opisana w pkt. I.2 sentencji decyzji dotyczyła pominięcia w wiadomościach SMS, zachęcających do udziału w Konkursie, istotnych informacji dotyczących Konkursu, a zatem była stosowana przez Spółkę przez cały okres trwania kampanii promocyjnej Konkursu, który to pokrywał się z czasem trwania Konkursu, tj. od 31 sierpnia 2010 r. do 24 października 2010 r. (str. 3 pisma Spółki z dnia 25 października 2010 r.). Praktyka opisana w pkt. I.3 sentencji decyzji dotyczy wysyłania konsumentom, którzy wzięli udział w Konkursie, wiadomości SMS o treści wywołującej wrażenie, że konsument już uzyskał lub uzyska nagrodę po wysłaniu wiadomości SMS z odpowiedzią na pytanie konkursowe. Zatem przedmiotowa praktyka dotyczyła treści wysyłanych przez Spółkę wiadomości SMS zawierających pytania konkursowe, które to SMS były wysyłane przez Spółkę przez okres trwania Konkursu, tj. od 31 sierpnia do 24 października 2010 r.

Biorąc pod uwagę, iż jak wykazano powyżej, Spółka stosowała praktyki opisane w pkt. I.1 – I.3 w okresie od 31 sierpnia 2010 r. do 24 października 2010 r., za dzień zaniechania przez Spółkę stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów należy uznać, pierwszy dzień, w którym Spółka przedmiotowych praktyk już nie stosowała, tj. 25 października 2010 r.

Mając na uwadze powyższe, Prezes Urzędu orzekł się jak w pkt. I sentencji decyzji.

III. Rozstrzygnięcie w pkt. II sentencji decyzji. Nakaz publikacji decyzji.

Prezes Urzędu nałożył na Spółkę, na podstawie art. 26 ust. 2 uokik w zw. z art. 27 ust. 4 w zw. z art. 27 ust. 1 i 2 uokik obowiązek publikacji decyzji w całości, w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się decyzji, na koszt Spółki, na stronie internetowej przedsiębiorcy www.telecommedia.pl, w ten sposób, że:

- a) tekst decyzji zostanie zamieszczony na podstronie domeny www.telecommedia.pl zawierającej wyłącznie tekst decyzji, czarną czcionką Times New Roman, nie mniejszą niż 12 punktów, na białym tle, przy czym przedmiotowa podstrona będzie utrzymywana przez okres 3 miesięcy;
- b) odnośnik stanowiący odesłanie do podstrony, o której mowa w lit. a) powyżej, w formie ramki zawierającej tekst „Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 30 grudnia 2011 r.”, czarną czcionką Times New Roman nie mniejszą niż 10 punktów, na białym tle, zostanie zamieszczony na stronie głównej www.telecommedia.pl, przy czym przedmiotowy odnośnik będzie utrzymywany przez okres 3 miesięcy.

Na podstawie art. 26 ust. 2 uokik Prezes Urzędu, wydając decyzję o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i nakazującą zaniechanie jej stosowania, może określić środki usunięcia trwających skutków naruszenia zbiorowych interesów konsumentów w celu zapewnienia wykonania nakazu, w szczególności zobowiązać przedsiębiorcę do złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia o treści i w formie określonej w decyzji. Prezes Urzędu może również nakazać publikację decyzji w całości lub w części na koszt przedsiębiorcy. Zgodnie z art. 27 ust. 1 i 2 uokik, w przypadku zaniechania przez przedsiębiorcę stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, Prezes Urzędu wydaje decyzję o uznaniu tej praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i stwierdzającą zaniechanie jej stosowania. Wobec decyzji wydawanych na podstawie art. 27 ust. 2 uokik odpowiednie zastosowanie ma przepis art. 26 ust. 2 uokik. Decyzja o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów oraz stwierdzająca zaniechanie jej stosowania może zatem w związku z powyższym odesłaniem zawierać elementy dodatkowe w postaci: zobowiązania przedsiębiorcy do złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia o określonej treści lub formie oraz ewentualnie zobowiązania do publikacji decyzji w całości lub w części na koszt przedsiębiorcy. W niniejszej sprawie Prezes Urzędu zdecydował o zastosowaniu drugiego z ww. dodatkowych środków.

Należy wskazać, że zamieszczenie elementów dodatkowych w decyzji o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i stwierdzeniu zaniechania jej stosowania musi odpowiadać specyfice i celom wydawanej przez Prezesa Urzędu ww. decyzji, a w konsekwencji może zmierzać, z uwagi na charakter tej decyzji, także do osiągnięcia innych celów niż w decyzji nakazującej zaniechanie stosowania praktyk

naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Decyzja wydawana w trybie art. 27 ust. 1 uokik dotyczy bowiem sytuacji, gdy przedsiębiorca nie stosuje już praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów. Zatem celem umieszczenia w niej elementów dodatkowych jest dążenie do wyeliminowania skutków działań przedsiębiorcy poprzez realizację funkcji edukacyjnej oraz prewencyjnej wobec innych uczestników rynku – zarówno przedsiębiorców, jak i konsumentów. *Odwoływanie się przy wykładni przepisów uokik do celów ustawy jest powszechnie akceptowane w orzecznictwie Sądu Najwyższego (uchwała SN z dnia 17 lutego 2004 r., III CZP 115/03; wyrok SN z dnia 3 lutego 2006 r., I CK 297/05) - uchwała SN z 13 lipca 2006 r., III SZP 3/06.*

W zakresie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, o których mowa w pkt. I sentencji decyzji, nakaz publikacji decyzji ma na celu usunięcie trwających skutków naruszenia. W ramach konkursu „Wielki Quiz z Nagrodami. Edycja IX” Spółka przeprowadziła szeroką kampanię marketingową, która w sposób bezpośredni została skierowana do licznej, ponad czteromilionowej, grupy konsumentów, którzy otrzymali od Spółki głosowe komunikaty IVR oraz marketingowe wiadomości SMS, zachęcające do udziału w Konkursie. Wielu spośród tych konsumentów mogło w tym czasie nie wiedzieć i może tego nie wiedzieć również w chwili obecnej, iż podjęcie przez Spółkę kampanii marketingowej wobec nich, wymagało posiadania przez Spółkę określonych przez przepisy prawa zgód. Zatem wielu konsumentów może w dalszym ciągu nie być świadoma, iż fakt otrzymania przez nich komunikatów marketingowych, świadczy o naruszeniu przepisów prawa przez Spółkę. Ponadto, dotyczące treści wysyłanych przez Spółkę wiadomości SMS praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów mogły mieć negatywny wpływ na kształtowanie się zasad organizowania i prowadzenia konkursów wykorzystujących komunikację SMS Premium Rate zarówno przez Spółkę, jak i innych przedsiębiorców działających w branży usług telekomunikacyjnych o podwyższonej opłacie.

Ponadto, w ocenie Prezesa Urzędu, nakaz publikacji niniejszej decyzji może spełniać funkcję wychowawczą wobec konsumentów, stanowiąc element edukacji konsumenckiej zmierzającej do kształtowania modelu polskiego konsumenta na wzór europejski – tj. konsumenta uważnego, ostrożnego i dobrze poinformowanego. Tym samym, także w odniesieniu do konsumentów zrealizowana zostanie funkcja prewencyjna, gdyż informując o bezprawnych praktykach oraz przestrzegając przed nimi, należy zakładać, że świadomość konsumencka wzrośnie. Funkcja edukacyjna i prewencyjna poprzez omawiany nakaz publikacji będzie realizować się także w odniesieniu do innych profesjonalnych uczestników rynku. Publikacja ma stanowić czytelną informację dla przedsiębiorców działających na rynku konkursów i loterii audiotekstowych, wykorzystujących mechanizmy usługi o podwyższonej opłacie, którzy w ramach działalności promocyjnej swoich produktów posługują się narzędziami bezpośredniej komunikacji z konsumentami.

Mając na uwadze powyższe, Prezes Urzędu orzekł się jak w pkt. II sentencji decyzji.

IV. Rozstrzygnięcie w pkt III sentencji decyzji. Nałożenie kary pieniężnej.

Stosownie do art. 106 ust. 1 pkt 4 uokik, Prezes Urzędu 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 ten, choćby nieumyślnie, dopuścił się stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 uokik. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi zatem o zasadzie fakultatywności nakładania kar przez Prezesa Urzędu na przedsiębiorców, którzy dopuścili się stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów. Przedmiotowa ustawa nie przesądza bezwzględnie wysokości kary nakładanej przez Prezesa Urzędu, który decydując o tym w każdym konkretnym przypadku, kieruje się założeniem, że sankcja musi spełniać zarówno funkcję represyjną (penalną), jak i prewencyjną (dyscyplinującą) oraz wychowawczą (edukacyjną). Przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej, Prezes Urzędu powinien wziąć pod uwagę w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy (art. 111 uokik).

W pkt. I sentencji decyzji uznano określone działania Spółki za praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów. Zatem za udowodnione należy uznać, iż doszło do naruszenia przez Spółkę określonego w art. 24 ust. 1 uokik zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. W niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał za zasadne skorzystanie z przysługującego mu na mocy przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uprawnienia do nałożenia kary pieniężnej w sytuacji stosowania przez przedsiębiorcę praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, przede wszystkim mając na uwadze charakter stosowanej przez Spółkę praktyki – dotyczącego bardzo szerokiego kręgu konsumentów naruszenia prywatności poprzez masowe wysyłanie komunikatów marketingowych, na otrzymywanie których konsumenci nie wyrazili zgody, jak również formułowanie marketingowych wiadomości SMS z pominięciem istotnych informacji o proponowanym produkcie oraz formułowanie konkursowych wiadomości SMS w sposób sugerujący pewność wygranej. Sfera prywatności konsumentów podlega szczególnej ochronie prawnej (również konstytucyjnej), a wszelkie przejawy naruszenia prawnie chronionej sfery prywatności są wysoce szkodliwe. Stosowane przez Spółkę praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów, dotyczące treści zarówno marketingowych, jak i konkursowych wiadomości SMS, w sposób naganny godziły w równowagę kontraktową stron, w prawo konsumentów do uzyskania pełnej, rzetelnej i prawdziwej informacji, pociągając za sobą potencjalnie poważne skutki majątkowe dla konsumentów, podejmujących decyzje o nabyciu produktu pod wpływem niepełnych lub nieprawdziwych informacji.

Przy nakładaniu kary istnieje konieczność spełnienia przesłanek podmiotowych, tj. stwierdzenia, że określone w ww. przepisie naruszenie dokonane było co najmniej nieumyślnie. W świetle obowiązujących przepisów prawa nieumyślność naruszenia przepisów ustawy nie wyklucza istnienia podstaw do nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej. Stwierdzenie nawet nieumyślnego naruszenia ustawy daje zatem podstawę do nałożenia kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 4 uokik.

Na profesjonalnych uczestnikach obrotu rynkowego ciąży obowiązek znajomości i przestrzegania norm prawa. Podmioty profesjonalnie działające na rynku powinny przewidywać, że podejmowane przez nie działania mogą być uznane przez Prezesa Urzędu za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów. Jeżeli przedsiębiorcy mimo to naruszają reguły chroniące zbiorowe interesy konsumentów, uzasadnione jest zastosowanie wobec nich kar pieniężnych już wówczas, gdy mieli możliwość przewidzenia, że ich działania naruszają prawo lub gdy nie dołożyli należytej staranności, by norm prawa ochrony

konsumentów nie naruszyć. Zgodnie z ogólną zasadą *ignorantia iuris nocet* żaden adresat normy prawnej nie może uchylić odpowiedzialności wynikającej z naruszenia normy prawnej, powołując się na jej nieznamość.

Spółka, organizując kampanię marketingową oraz prowadząc konkurs „Wielki Quiz z Nagrodami. Edycja IX”, powinna uwzględnić obowiązujące regulacje prawne z zakresu ochrony prywatności potencjalnych odbiorców komunikatów o charakterze marketingowym oraz uwzględniać możliwość naruszenia zbiorowych interesów konsumentów. Ponadto, każdy przedsiębiorca oferujący swoje produkty konsumentom musi liczyć się i przestrzegać wynikającego zarówno z przepisów prawa, jak i dobrych obyczajów wymogu udzielania konsumentom pełnej, rzetelnej i prawdziwej informacji. Bezwzględny i powszechnie znanym zakazem jest zakaz wprowadzania konsumentów w błąd. Należy zarazem uznać, że w zgromadzonym materiale dowodowym nie ma jednoznacznych przesłanek wyraźnego zamiaru Spółki naruszenia zbiorowych interesów konsumentów. Należy przyjąć, iż Spółka w sposób nieumyślny dopuściła się bezprawnego naruszenia zbiorowych interesów konsumentów, tj. powinna była liczyć się z możliwością, iż jej bezprawne działania naruszają sferę prywatności konsumentów (praktyka wskazana w pkt. I.1 sentencji decyzji), wprowadzają konsumentów w błąd co do przedsiębiorcy, ceny i cech organizowanego Konkursu (praktyka wskazana w pkt. I.2 sentencji decyzji) lub spowodują wykształcenie się fałszywego wyobrażenia o pewności otrzymania nagrody (praktyka wskazana w pkt. I.3 sentencji decyzji).

W świetle powyższych okoliczności uzasadnione jest stwierdzenie, że działania Spółki opisane w pkt. I sentencji decyzji miały charakter nieumyślny.

Charakter i stopień naruszenia interesu publicznego, do jakiego doszło w wyniku naruszenia przez Spółkę zakazu określonego w art. 24 ust. 1 uokik, uzasadniają nałożenie kary pieniężnej na Spółkę. Prezes Urzędu, mając na uwadze interes publiczny, uznał, że samo stwierdzenie stosowania przez przedsiębiorcę praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów będzie niewystarczającym działaniem ze strony organu administracji. W związku z tym, rodzaj naruszonego dobra oraz okoliczności naruszenia przesądzają, zdaniem Prezesa Urzędu, o słuszności zastosowanego środka w postaci kary pieniężnej.

Przychód osiągnięty przez Spółkę w 2010 r. w kwocie 10 472 689, 13 zł ustalono na podstawie sprawozdania finansowego za rok zakończony dnia 31 grudnia 2010 r. Stąd maksymalny wymiar kary, zgodnie z powyżej przytoczonymi przepisami, mógłby wynieść 10% przychodów Spółki, tj. 1 047 268, 91 zł.

Ustalenie kary w przedmiotowej sprawie miało charakter dwuetapowy, co spowodowane było zaistnieniem w postępowaniu okoliczności mających wpływ na jej wysokość. Ustalając wymiar kary pieniężnej Prezes Urzędu w pierwszej kolejności dokonał oceny wagi stwierdzonych praktyk i na tej podstawie ustalił kwotę bazową, stanowiącą podstawę do dalszych ustaleń wysokości kary, a następnie – w oparciu o zaistniałe w sprawie okoliczności mające wpływ na wysokość kary – dokonał gradacji ustalonej kwoty bazowej.

Ad III.1

Szacując wagę naruszeń Prezes Urzędu wziął pod uwagę, iż stwierdzona praktyka naruszająca zbiorowe interesy konsumentów występowała na etapie przedkontraktowym, którego istotą jest zachowanie przedsiębiorcy ukierunkowane na pozyskiwanie klientów lub

złożenie oferty konsumentom, mające na celu skłonienie do zawarcia kontraktu. Praktyka przedsiębiorcy polegała na bezprawnym naruszeniu prawnie chronionej sfery prywatności konsumentów, co jest działaniem szkodliwym. Spółka wysyłała konsumentom wiadomości SMS nakłaniające do udziału w Konkursie w okresie od 31 sierpnia 2010 r. do 24 października 2010 r. Z uwagi na powyższe, szkodliwość stosowanych przez Spółkę praktyk należało określić jako istotną.

Ocena stwierdzonego naruszenia pozwoliła Prezesowi Urzędu na oszacowanie wagi tego naruszenia na poziomie 0,15 % przychodu osiągniętego przez Spółkę w 2010 r. Tym samym, ustalona kwota bazowa, stanowiąca równowartość 0,15 % przychodu osiągniętego przez Spółkę, wynosi 15 709, 03 zł (słownie: piętnaście tysięcy siedemset dziewięć złotych i 3/100 groszy).

Dokonując ustalenia ostatecznego wymiaru kary pieniężnej nałożonej na Spółkę Prezes Urzędu dokonał również oceny zaistniałych w postępowaniu okoliczności obciążających i łagodzących.

Prezes Urzędu nie stwierdził istnienia przesłanek łagodzących pozwalających na obniżenie wyjściowego poziomu kary. Spółka zaniechała stosowania praktyki w dniu 25 października 2010 r., niemniej jednak zaniechanie związane było z upływem zaplanowanego przez Spółkę czasu trwania Konkursu, w toku którego praktyki wystąpiły. Zatem przyczyną zaniechania praktyki nie była chęć wyeliminowania przez Spółkę dalszych naruszeń zbiorowego interesu konsumentów, a tym samym fakt zaniechania stosowania przedmiotowej praktyki nie może być uznany za okoliczność łagodzącą, mającą wpływ na ustalenie wysokości kary pieniężnej. Przy kalkulowaniu kary Prezes Urzędu wziął jednak pod uwagę okoliczność, iż naruszenia, których dopuściła się Spółka objęły swym zasięgiem obszar całego kraju, co uzasadnia zwiększenie wyjściowego poziomu kary o 20 %.

W związku z tym, kwota bazowa kary została zwiększona o 20 %.

Przy wymierzaniu kary Prezes Urzędu zbadał również przesłankę „uprzedniego naruszenia przepisów ustawy” wynikającą z art. 111 uokik, stwierdzając, iż Spółka nie dopuściła się wcześniej takiego naruszenia, w zakresie tożsamym lub analogicznym do praktyk opisanych w pkt. I sentencji decyzji.

Zastosowanie powyższych kryteriów powala nałożyć na Spółkę karę pieniężną w wysokości 18 851 zł (słownie: osiemnaście tysięcy osiemset pięćdziesiąt jeden złotych i 00/100 gr.) co stanowi 0,18% przychodu osiągniętego przez Spółkę w 2010 r. i 1,8 % maksymalnego wymiaru kary przewidzianego w art. 106 ust. 1 pkt 4 uokik.

Nakładając niniejszą decyzją karę pieniężną za naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że ma ona: po pierwsze – charakter represyjny (nakładana jest za naruszenie ustawowych zakazów), po drugie – prewencyjny (ma zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości i zniechęcać do naruszania prawa), zaś zagrożenie nimi, czyli potencjalna możliwość nałożenia kary przez Prezesa Urzędu – nadaje jej charakter dyscyplinujący (wyrok SN z dnia 7 kwietnia 2004 r., III SK 31/04).

W ocenie Prezesa Urzędu, wymierzona kara jest adekwatna do okresu, stopnia oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Mając na uwadze powyższe, orzeka się jak w pkt. III.1 sentencji decyzji.

Ad III.2

Szacując wagę naruszeń Prezes Urzędu wziął pod uwagę, iż stwierdzona praktyka naruszająca zbiorowe interesy konsumentów występowała na etapie przedkontraktowym z wpływem na zawieranie kontraktu, którego istotą jest zachowanie przedsiębiorcy ukierunkowane na pozyskiwanie klientów lub złożenie oferty konsumentom, mające na celu skłonienie do zawarcia kontraktu. Wpływ na zawieranie kontraktu przejawia się tym, iż stosowane przez przedsiębiorcę praktyki miały lub mogły mieć bezpośredni wpływ na decyzję konsumenta o nabyciu produktu oferowanego przez Spółkę. Praktyka przedsiębiorcy polegała na bezprawnym nieudzieleniu konsumentom pełnej, rzetelnej i prawdziwej informacji na temat oferowanego produktu, co jest działaniem szkodliwym. Spółka wysyłała konsumentom wiadomości SMS nakłaniające do udziału w Konkursie w okresie od 31 sierpnia 2010 r. do 24 października 2010 r. Z uwagi na powyższe, szkodliwość stosowanych przez Spółkę praktyk należało określić jako poważną.

Ocena stwierdzonego naruszenia pozwoliła Prezesowi Urzędu na oszacowanie wagi tego naruszenia na poziomie 0,25 % przychodu osiągniętego przez Spółkę w 2010 r. Tym samym, ustalona kwota bazowa, stanowiąca równowartość 0,25 % przychodu osiągniętego przez Spółkę, wynosi 26 181, 72 zł (słownie: dwadzieścia sześć tysięcy sto osiemdziesiąt jeden złotych i 72/100 groszy).

Dokonując ustalenia ostatecznego wymiaru kary pieniężnej nałożonej na Spółkę Prezes Urzędu dokonał również oceny zaistniałych w postępowaniu okoliczności obciążających i łagodzących.

Prezes Urzędu nie stwierdził istnienia przesłanek łagodzących pozwalających na obniżenie wyjściowego poziomu kary. Spółka zaniechała stosowania praktyki w dniu 25 października 2010 r., niemniej jednak zaniechanie związane było z upływem zaplanowanego przez Spółkę czasu trwania Konkursu, w toku którego praktyki wystąpiły. Zatem przyczyną zaniechania praktyki nie była chęć wyeliminowania przez Spółkę dalszych naruszeń zbiorowego interesu konsumentów, a tym samym fakt zaniechania stosowania przedmiotowej praktyki nie może być uznany za okoliczność łagodzącą, mającą wpływ na ustalenie wysokości kary pieniężnej. Przy kalkulowaniu kary Prezes Urzędu wziął jednak pod uwagę okoliczność, iż naruszenia, których dopuściła się Spółka objęły swym zasięgiem obszar całego kraju, co uzasadnia zwiększenie wyjściowego poziomu kary o 20 %.

W związku z tym, kwota bazowa kary została zwiększona o 20 %.

Przy wymierzaniu kary Prezes Urzędu zbadał również przesłankę „uprzedniego naruszenia przepisów ustawy” wynikającą z art. 111 uokik, stwierdzając, iż Spółka nie dopuściła się wcześniej takiego naruszenia, w zakresie tożsamym lub analogicznym do praktyk opisanych w pkt. I sentencji decyzji.

Zastosowanie powyższych kryteriów powala nałożyć na Spółkę karę pieniężną w wysokości 31 418 zł (słownie: trzydzieści jeden tysięcy czterysta osiemnaście złotych i 00/100 gr.) co stanowi 0,3% przychodu osiągniętego przez Spółkę w 2010 r. i 3 % maksymalnego wymiaru kary przewidzianego w art. 106 ust. 1 pkt 4 uokik.

Nakładając niniejszą decyzją karę pieniężną za naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że ma ona: po pierwsze – charakter represyjny (nakładana jest za naruszenie ustawowych zakazów), po drugie – prewencyjny (ma zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości i zniechęcać do naruszania prawa), zaś zagrożenie nimi, czyli potencjalna możliwość nałożenia kary przez Prezesa Urzędu – nadaje jej charakter dyscyplinujący (wyrok SN z dnia 7 kwietnia 2004 r., III SK 31/04).

W ocenie Prezesa Urzędu, wymierzona kara jest adekwatna do okresu, stopnia oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Mając na uwadze powyższe, orzeka się jak w pkt. III.2 sentencji decyzji.

Ad III.3

Szacując wagę naruszeń Prezes Urzędu wziął pod uwagę, iż stwierdzona praktyka naruszająca zbiorowe interesy konsumentów występowała na etapie wykonywania kontraktu, którego istotą jest zachowanie przedsiębiorcy polegające na wykorzystaniu przewagi wynikającej z zawarcia kontraktu poprzez zniekształcanie wynikających z przepisów praw obowiązków stron kontraktu. Praktyka przedsiębiorcy polegała na wywoływaniu u konsumentów fałszywego wrażenia, że konsumenci biorący udział w Konkursie już uzyskali lub uzyskają nagrodę po wysłaniu odpowiedzi na zadane przez Spółkę pytanie konkursowe, co jest działaniem wysoce szkodliwym. Spółka wysyłała konsumentom konkursowe wiadomości SMS przez cały okres trwania Konkursu, od 31 sierpnia 2010 r. do 24 października 2010 r. Z uwagi na powyższe, szkodliwość stosowanych przez Spółkę praktyk należało określić jako bardzo poważną.

Ocena stwierdzonego naruszenia pozwoliła Prezesowi Urzędu na oszacowanie wagi tego naruszenia na poziomie 0,5 % przychodu osiągniętego przez Spółkę w 2010 r. Tym samym, ustalona kwota bazowa, stanowiąca równowartość 0,5 % przychodu osiągniętego przez Spółkę, wynosi 52 363, 45 zł (słownie: pięćdziesiąt dwa tysiące trzysta sześćdziesiąt trzy złote i 45/100 groszy).

Dokonując ustalenia ostatecznego wymiaru kary pieniężnej nałożonej na Spółkę Prezes Urzędu dokonał również oceny zaistniałych w postępowaniu okoliczności obciążających i łagodzących.

Prezes Urzędu nie stwierdził istnienia przesłanek łagodzących pozwalających na obniżenie wyjściowego poziomu kary. Spółka zaniechała stosowania praktyki w dniu 25 października 2010 r., niemniej jednak zaniechanie związane było z upływem zaplanowanego przez Spółkę czasu trwania Konkursu, w toku którego praktyki wystąpiły. Zatem przyczyną zaniechania praktyki nie była chęć wyeliminowania przez Spółkę dalszych naruszeń zbiorowego interesu konsumentów, a tym samym fakt zaniechania stosowania przedmiotowej praktyki nie może być uznany za okoliczność łagodzącą, mającą wpływ na ustalenie wysokości kary pieniężnej. Przy kalkulowaniu kary Prezes Urzędu wziął jednak pod uwagę okoliczność, iż naruszenia, których dopuściła się Spółka objęły swym zasięgiem obszar całego kraju, co uzasadnia zwiększenie wyjściowego poziomu kary o 20 %.

W związku z tym, kwota bazowa kary została zwiększona o 20 %.

Przy wymierzaniu kary Prezes Urzędu zbadał również przesłankę „uprzedniego naruszenia przepisów ustawy” wynikającą z art. 111 uokik, stwierdzając, iż Spółka nie dopuściła się wcześniej takiego naruszenia, w zakresie tożsamym lub analogicznym do praktyk opisanych w pkt. I sentencji decyzji.

Zastosowanie powyższych kryteriów powala nałożyć na Spółkę karę pieniężną w wysokości 62 836 zł (słownie: sześćdziesiąt dwa tysiące osiemset trzydzieści sześć złotych i 00/100 gr.) co stanowi 0,6% przychodu osiągniętego przez Spółkę w 2010 r. i 6 % maksymalnego wymiaru kary przewidzianego w art. 106 ust. 1 pkt 4 uokik.

Nakładając niniejszą decyzją karę pieniężną za naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że ma ona: po pierwsze – charakter represyjny (nakładana jest za naruszenie ustawowych zakazów), po drugie – prewencyjny (ma zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości i zniechęcać do naruszania prawa), zaś zagrożenie nimi, czyli potencjalna możliwość nałożenia kary przez Prezesa Urzędu – nadaje jej charakter dyscyplinujący (wyrok SN z dnia 7 kwietnia 2004 r., III SK 31/04).

W ocenie Prezesa Urzędu, wymierzona kara jest adekwatna do okresu, stopnia oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Mając na uwadze powyższe, orzeka się jak w pkt. III.3 sentencji decyzji.

Wobec powyższego, Prezes Urzędu orzekł jak w sentencji niniejszej decyzji.

Zgodnie z art. 112 ust. 3 uokik karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: NBP o/o Warszawa Nr 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000. Przy dokonywaniu wpłaty na powyższe konto należy dopisać numer decyzji Prezesa Urzędu stanowiącej podstawę jej dokonania.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 uokik w związku z art. 479²⁸ § 2 K.p.c. – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od daty jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu.

Otrzymują:

1. Telecom Media S.A.
ul. Dąbrówki 6
03-909 Warszawa
2. a/a