



PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA UOKiK W POZNANIU

ul. Zielona 8, 61-851 Poznań
Tel. (0-61) 852-15-17, 852-77-50, Fax (0-61) 851-86-44
E-mail: poznan@uokik.gov.pl

Poznań, dnia 7 lipca 2011r.

RPZ- 61/15/10/AC

DECYZJA nr RPZ 11/2011

Stosownie do art. 33 ust. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. nr 50 poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, wszczętego z urzędu przeciwko **One-2-One S.A z siedzibą w Poznaniu**

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

- I. na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz.U. z 2000, Nr 98, poz. 1071 ze zm.) w zw. z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów **umarza się postępowanie** wszczęte w związku z podejrzeniem stosowania przez One-2-One S.A. z siedzibą w Poznaniu – organizatora „Konkursu telewizyjnego” prowadzonego w okresie od 4.01.2010r. do 31.01.2010r. - praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającej na formułowaniu treści pierwszego komunikatu sms, kierowanego do konsumentów w ramach ww. konkursu (przed wysłaniem przez nich sms-a zgłoszeniowego), w sposób sugerujący pewność wygranej, co mogło stanowić nieuczciwą praktykę rynkową określoną w art. 9 pkt 8 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz. 1206);
- II. na podstawie art. 27 ust. 2 w związku z art. 27 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, **uznaje się za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów**, określoną w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 działania One-2-One S.A. z siedzibą w Poznaniu – organizatora „Konkursu telewizyjnego” prowadzonego w okresie od 4.01.2010r. do 31.01.2010r. – polegające na niepodawaniu w treści pierwszego komunikatu sms, kierowanego do konsumentów w ramach ww. konkursu informacji dotyczących regulaminu konkursu, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) i **stwierdza się zaniechanie jej stosowania z dniem 27.01.2010 r.;**
- III. na podstawie art. 27 ust. 2 w związku z art. 27 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, **uznaje się za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów**, określoną w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 działania One-2-One S.A. z siedzibą w Poznaniu – organizatora „Konkursu telewizyjnego” prowadzonego w okresie od 4.01.2010r. do 31.01.2010r. – polegające na:
 - a) emitowaniu reklam telewizyjnych ww. konkursu, zawierających treści sugerujące, że główna nagroda w konkursie wynosi 50 tys. zł, podczas gdy taka nagroda nie była przewidziana oraz

- b) emitowaniu reklam telewizyjnych ww. konkursu, zawierających treści sugerujące, że uczestnicząc w konkursie można wygrać telewizory, kina domowe, laptopy, telefony, podczas gdy w rzeczywistości nagrodami rzeczowymi w konkursie były pojedyncze sztuki: jeden telewizor, jeden zestaw kina domowego, jeden telefon komórkowy i jeden laptop,

co stanowi nieuczciwe praktyki rynkowe wprowadzające w błąd, określone w art. 5 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 2 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym **i stwierdza się zaniechanie jej stosowania z dniem 31.01.2010r.**

IV. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów **nakłada się na One-2-One S.A. z siedzibą w Poznaniu:**

- 1) w związku z naruszeniem zakazu, o którym mowa w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ww. ustawy w zakresie opisanym w pkt II sentencji decyzji **karę pieniężną** w wysokości **14.341 zł** (czternaście tysięcy trzysta czterdzieści jeden złotych), płatną do budżetu państwa;
- 2) w związku z naruszeniem zakazu, o którym mowa w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ww. ustawy w zakresie opisanym w pkt III sentencji decyzji **karę pieniężną** w wysokości **71.706 zł** (siedemdziesiąt jeden tysięcy siedemset sześć złotych), płatną do budżetu państwa.

Uzasadnienie

W internetowym wydaniu „Expressu Bydgoskiego” z dnia 16.02.2010r. ukazał się artykuł dotyczący „Konkursu telewizyjnego”. W związku z treścią wskazanego artykułu, celem wstępnego ustalenia, czy działania organizatora ww. konkursu są zgodne z prawem, Prezes Urzędu w dniu 01.03.2010r. wszczął postępowanie wyjaśniające.

W toku postępowania wyjaśniającego ustalono, że organizatorem konkursu jest One-2-One S.A. w Poznaniu (dalej: One-2-One lub Spółka). Prezes Urzędu przeanalizował m.in. regulamin ww. konkursu, wzory komunikatów tekstowych przesyłanych konsumentom w ramach konkursu, listę laureatów oraz uzyskanych przez nich nagród, a także treść reklamy telewizyjnej promującej konkurs.

W oparciu o materiał dowodowy zgromadzony w toku postępowania wyjaśniającego, postanowieniem z dnia 06.07.2010 r., Prezes Urzędu wszczął postępowanie w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów w związku z podejrzeniem stosowania przez Spółkę praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegających na :

1. formułowaniu treści pierwszego komunikatu sms, kierowanego do konsumentów w ramach ww. konkursu (przed wysłaniem przez nich sms-a zgłoszeniowego), w sposób sugerujący pewność wygranej, co mogło stanowić nieuczciwą praktykę rynkową określoną w art. 9 pkt 8 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz. 1206);
2. niepodawaniu w treści pierwszego komunikatu sms, kierowanego do konsumentów w ramach ww. konkursu informacji dotyczących regulaminu konkursu, co mogło stanowić nieuczciwą praktykę rynkową określoną w art. 6 ust. 1 i 3 pkt 1 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym w zw. z art. 61 ust. 4 ustawy z dnia 19.11.2009r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201, poz. 1540);
3. emitowaniu reklam telewizyjnych ww. konkursu, zawierających treści sugerujące, że główna nagroda w konkursie wynosi 50 tys. zł, co mogło stanowić nieuczciwą praktykę rynkową wprowadzającą w błąd, określoną w art. 5 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym.

Spółka zawiadomiona o wszczęciu postępowania administracyjnego zakwestionowała zasadność postawionych jej zarzutów i odniosła się szczegółowo do poszczególnych z nich.

Odnosząc się do pierwszego zarzutu Spółka podniosła, że informacja przekazywana w sms-ach była prawdziwa, ponieważ uzyskanie wygranej przez osoby, do których takie sms-y zostały wysłane było pewne, a ponadto One-2-One przekazała wszystkim osobom, które podały swoje dane osobowe umożliwiające dokonanie przelewu, nagrodę w wysokości 10 zł + VAT. Spółka podkreśliła też, że była to „rzeczywista nagroda”, ponieważ kwota przelewana na konto uczestnika była wyższa niż kwota poniesionych przez niego kosztów związanych z komunikacją sms-ową.

W tym samym piśmie One-2-One wniosła o przeprowadzenie dowodów: z zeznań świadków ([usunięto] – kierownika strategii w Spółce i [usunięto] – kierownika działu aplikacji), z oględzin danych systemu informatycznego Spółki, z opinii biegłego z zakresu funkcjonowania systemów informatycznych oraz z potwierdzeń płatności masowych wykonanych na zlecenie Spółki.

Ustosunkowując się z kolei do drugiego zarzutu Spółka wyjaśniła, że konkurs telewizyjny prowadzony był dwutorowo. Pierwszy ze sposobów, w jaki zachęcano konsumentów do wzięcia udziału w konkursie, polegał na wyemitowaniu spotu reklamowego. Drugi ze sposobów natomiast polegał na „zainicjowaniu komunikacji z potencjalnym uczestnikiem poprzez wysłanie stosowanego sms-a zapraszającego do wzięcia udziału w konkursie”. Komunikacja sms-owa w tym przypadku odbywała się z wykorzystaniem ośmiu wzorów sms-ów, z których pięć nie zawierało informacji na temat regulaminu, przy czym te ostatnie stanowiły zaledwie 0,5 % ogólnej ilości wiadomości sms-ów skierowanych do konsumentów jako zaproszenie do udziału w konkursie. Według Spółki, w 99,5 % wysłanych przez nią sms-ów inicjujących wskazano miejsce publikacji regulaminu, w związku z czym skala uchybienia była znikoma.

Odnosząc się do trzeciego zarzutu One-2-One wskazała, że przeciętny konsument oglądając zakwestionowany spot nie mógł zostać wprowadzony w błąd co do tego, że ma szansę wygrać 50.000 zł, ponieważ:

- w żadnym momencie trwania spotu nie padła informacja, że można wygrać 50.000 zł, a zatem organizator nie podawał informacji nieprawdziwej;
- w żadnym momencie trwania spotu nie padła informacja, że w konkursie jest do wygrania jakakolwiek nagroda główna;
- przez praktycznie cały czas trwania spotu na ekranie znajdowało się wyraźnie widoczne odesłanie do warunków konkursu;
- przeciętny odbiorca z łatwością mógł zapamiętać adres strony internetowej na której dostępny był regulamin i zapoznać się z nim ustalając z łatwością, że suma nagród, a nie pojedyncza nagroda opiewała na 50.000 zł;
- przeciętny konsument ma świadomość specyfiki przekazu reklamowego.

W dniach od 1 do 8 września 2010r. w siedzibie Spółki przeprowadzono kontrolę, w toku której wyjaśnienia złożyli: [usunięto] – Prezes Zarządu Spółki, [usunięto] - prokurent i dyrektor finansowy, [usunięto] – informatyk oraz [usunięto] – menedżer projektu. Ponadto zgromadzono szereg dokumentów oraz dokonano oględzin systemu informatycznego związanego z konkursem.

Biorąc pod uwagę materiał zgromadzony w toku kontroli oraz ustalenia poczynione w toku postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, postanowieniem dnia 08.03.2011r. Prezes Urzędu zmienił postanowienie z dnia 06.07.2010r. o wszczęciu postępowania poprzez:

1. zmianę kwalifikacji prawnej zarzutu wymienionego w punkcie 2 postanowienia z dnia 6.07.2010r. - polegającego na niepodawaniu w treści pierwszego komunikatu sms,

kierowanego do konsumentów w ramach „Konkursu telewizyjnego” prowadzonego w okresie od 4.01.2010r. do 31.01.2010r. informacji dotyczących regulaminu konkursu - poprzez zakwalifikowanie tego zachowania jako czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.)

2. uzupełnienie opisu zachowania określonego w punkcie 3 postanowienia z dnia 6.07.2010r. i jego kwalifikacji prawnej w następujący sposób:

- a) „emitowaniu reklam telewizyjnych ww. konkursu, zawierających treści sugerujące, że główna nagroda w konkursie wynosi 50 tys. zł, podczas gdy taka nagroda nie był przewidziana oraz
- b) emitowaniu reklam telewizyjnych ww. konkursu, zawierających treści sugerujące, że uczestnicząc w konkursie można wygrać telewizory, kina domowe, laptopy, telefony, podczas gdy w rzeczywistości nagrodami rzeczowymi w konkursie były pojedyncze sztuki: jeden telewizor, jeden zestaw kina domowego, jeden telefon komórkowy i jeden laptop,

co może stanowić nieuczciwe praktyki rynkowe wprowadzające w błąd, określone w art. 5 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 2 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym.”

Odnosząc się do zmienionych zarzutów Spółka wskazała, że przyjęta przez Prezesa Urzędu zmiana kwalifikacji prawnej jest niewłaściwa. W ocenie One-2-One, okoliczności sprawy wskazują, że nie było realnego zagrożenia, by interes klienta został naruszony, a co za tym idzie wykluczona jest zasadność zarzutu opartego na art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto zachowanie Spółki nie spowodowało, że przeciętny konsument przystąpił do konkursu pod wpływem błędu.

Pismem z dnia 24.06.2011 r. (doręczonym stronie 28.06.2011 r.) zawiadomiono stronę o zakończeniu zbierania materiału dowodowego oraz o przysługującym jej prawie zapoznania się z całością zebranego w sprawie materiału oraz prawie złożenia dodatkowych wyjaśnień.

Po skorzystaniu z uprawnienia do zapoznania się z zebrany materiałem, pismem z dnia 5.07.2011 r. Spółka złożyła wniosek o wydanie decyzji na podstawie art. 28 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W związku z faktem, iż „Konkurs telewizyjny” promowany był dwutorowo, tj. poprzez emisję spotu reklamowego wraz z podaniem numeru, pod który należało wysłać sms-a oraz poprzez inicjowanie komunikacji z potencjalnym uczestnikiem przez wysłanie sms-a zapraszającego do wzięcia udziału w konkursie, Spółka zaproponowała dwa rodzaje działań. Po pierwsze, w odniesieniu do działań związanych z emisją reklamy, Spółka zawnioskowała o nałożenie na nią zobowiązania do przyznania dodatkowych nagród rzeczowych osobom, które wzięły udział w konkursie, a mianowicie dwóch telewizorów, dwóch zestawów kina domowego, dwóch laptopów oraz dwóch telefonów komórkowych. Po drugie, w odniesieniu do działań związanych z wysłaniem sms-a inicjującego, Spółka wniosła o przyjęcie zobowiązania do zwrotu 148 osobom, które odpowiedziały na sms-a bez informacji o regulaminie kosztów wysłania sms-ów zainicjowanych błędnym sms-em, przeproszenia ich za zaistniałą sytuację, a ponadto przyznania tym osobom nagród w wysokości 10 zł + VAT.

W piśmie Spółka określiła ponadto szczegółowo procedury realizacji zobowiązań wraz z harmonogramem.

Prezes Urzędu ustalił, co następuje:

One-2-One S.A. z siedzibą w Poznaniu jest przedsiębiorcą wpisanym do Krajowego Rejestru Sądowego pod nr KRS 0000246988. Przedmiotem działalności Spółki jest m.in. działalność w zakresie telekomunikacji.

Konkurs telewizyjny rozpoczął się 4.01.2010r., a zakończył 31.01.2010r. W konkursie przewidziano nagrody finansowe (10 zł netto lub wielokrotność tej kwoty) oraz nagrody

rzeczowe: jeden telewizor LCD o wartości maksymalnie 4.000 zł brutto, jeden zestaw kina domowego o wartości 3.000 zł brutto, jeden telefon komórkowy o wartości maksymalnie 2.500 zł brutto oraz jeden laptop o wartości maksymalnie 4.000 zł brutto (§ 4 pkt 1 i 2 Regulaminu). Wartość wszystkich nagród finansowych w konkursie wynosiła 50.000 zł netto (§ 4 pkt 2 Regulaminu).

Informacje o konkursie prezentowane były na antenach TVP, TVN, POLSAT oraz na stronach internetowych: sms.tvp.pl oraz www.konkurstelewizyjny.pl.

W reklamie telewizyjnej konkursu wykorzystano wizerunek aktora [usunięto] odtwarzającego m.in. rolę [usunięto] w serialu telewizyjnym „Plebania”. W wymienionej reklamie aktor wchodząc do pokoju mówi: „*Wielka nowość! Pod 7358 wygrasz od razu. Wysyłasz SMS o treści EKSPRES pod 7358*”. Następnie wskazując na stojący za nim telewizor, laptop i kino domowe aktor dodaje: „*jeżeli w chwili po wysłaniu SMSa dostaniesz odpowiedź to znaczy, że wygrales pieniądze albo grasz o telewizory, kina domowe, laptopy czy telefony*”. Następnie trzymając w ręku plik banknotów stużłotowych aktor mówi: „*50 tysięcy złotych*”. Reklama kończy się zwrotem: „*EKSPRES pod 7358. Masz szczęście? Sprawdź. Co Cię to kosztuje? EKSPRES pod 7358 i wiesz od razu.*”

Spółka promowała również konkurs wysyłając sms-y do osób, znajdujących się w zbiorze danych osobowych pod nazwą „Mobilni Widzowie TVP”. W ramach opisanej promocji One-2-One wysyłała w dniach 21, 26 oraz 27 stycznia 2010r. następujące komunikaty:

- Konkurs Telewizyjny to pewny wybór! Każdy wygrywa kasę. Chcesz się przekonać? Wyślij już teraz EKSPRES pod 7358 i WYGRAJ/3,66 zł, reg: konkurstelewizyjny.pl (21.01.20104. – k. 23 akt RPZ-403/8/10/AC);
- Brawo! Jesteś na liście WYPŁAT KONKURSU TELEWIZYJNEGO! U nas KASA CO MINUTĘ - to pewne! Reszta w Twoich rekach! Wyślij EKSPRES pod 7358 i walcz o wygraną!/3,66 zł (26.01.20104. – k. 24 akt RPZ-403/8/10/AC);
- Numer (...) ma największą szansę na wygraną gwarantowanej nagrody pieniężnej. Masz mało czasu, nie zwlekaj – slij EKSPRES na 7358 (3,66) i wygraj (26.01.20104. – k. 24 akt RPZ-403/8/10/AC);
- Konkurs jakiego nie było. KAZDY WYGRYWA KASE! Ekspresowo. Albo gra o TV, DVD, laptop i telefon. Od razu dowiesz się o wygranej – wyślij EKSPRES pod 7358/3,66 zł (26.01.20104. – k. 24 akt RPZ-403/8/10/AC);
- Premia dla wybranych! Gwarantujemy Ci, że otrzymasz 10 zł. To pewne! Jeśli Ci się poszczęści może wygrasz więcej. Odbierz kasę. Slij teraz BONUS na 7358/3,66 zł (26.01.20104. – k. 24 akt RPZ-403/8/10/AC);
- WYGRALES KASE! Wyślij szybko BONUS na 7358/3,66 zł, reg: konkurstelewizyjny.pl (26.01.20104. – k. 24 akt RPZ-403/8/10/AC);
- Premia dla wybranych! Gwarantujemy Ci, że otrzymasz 10 zł. To pewne! Jeśli Ci się poszczęści możesz wygrać więcej. Odbierz swoją kasę. Slij BONUS na 7358/3,66 zł (26.01.20104. – k. 24 akt RPZ-403/8/10/AC);
- WYGRALES KASE! Wyślij szybko BONUS na 7358/3,66 zł, masz czas dziś do (...), reg: konkurstelewizyjny.pl (27.01.20104. – k. 24 akt RPZ-403/8/10/AC)

Komunikaty z informacją o regulaminie zostały wysłane do [usunięto] użytkowników (unikalnych numerów), natomiast te bez ww. informacji przesłano [usunięto] użytkownikom. W odpowiedzi na komunikat bez informacji o regulaminie przysłano 148 sms-ów.

Warunkiem uczestnictwa w konkursie było przesłanie swojego zgłoszenia w formie wiadomości sms na odpłatny numer podany w materiałach promocyjnych (koszt 3,66 zł). Sms zgłoszeniowy uprawniał do udziału w grze o nagrody finansowe i rzeczowe, przy czym aby grać o nagrody rzeczowe uczestnik musiał zrezygnować z nagrody finansowej (§2 pkt 1, 2 i 4 Regulaminu).

Przykładowa komunikacja z uczestnikiem, który poprzestał na nagrodzie finansowej wyglądała następująco:

Numer 511541041

DATA	TREŚĆ SMS-a uczestnika	ODPOWIEDŹ
2010-01-26 18:23:44	EKSPRES	Ale fart! Wygrałeś kasę! Albo grasz o laptopa, TV, komorke, i DVD. Sam zdecyduj: grasz o nagrody czy bierzesz 10 zł? Wyslij NAGRODY lub KASA pod 7358/3,66 zł
2010-01-26 18:25:07	KASA	10 zł przelejemy Ci na konto. W ciągu 15 min wyslij SMS na 7358 (3,66). Wpisz: DANE.imie nazwisko, nr konta w Polsce. Np.: DANE.Jan Kos, 12345678901234567890123456
2010-01-26 18:25:07	DANE.(....)	Na podany nr konta powiazany z nazwiskiem przelewamy 10 zł w terminie do 15.03.10 (info:KONKURSTELEWIZYJNY.PL). Teraz graj o nagrody: sllj nagrody NA 7358/3,66

Wszyscy uczestnicy, którzy zdecydowali się poprzestać na nagrodzie finansowej i dopełnili wymogów regulaminowych, tj. przekazali w odpowiedni sposób swoje dane, otrzymali przelewem bankowym kwotę 12,20 zł.

W przedmiotowym konkursie wzięło udział [usunięto] osób (unikalnych numerów), z czego – według szacunków Spółki – [usunięto] osób na skutek obejrzenia spotu reklamowego, a [usunięto] osób w odpowiedzi na sms-a promującego (k. 871 akt RPZ-61/15/10/AC). Liczba wszystkich sms-ów przysłanych przez uczestników wyniosła [usunięto] (k. 875 akt RPZ-61/15/10/AC).

Do Spółki wpłynęło kilkadziesiąt reklamacji związanych z konkursem. Jedną z nich dotyczyła reklamy telewizyjnej konkursu. Konsumentka wskazała w niej m.in.: „Reklamujący konkurs w telewizji Pan mówi o możliwości wygrania pieniędzy, laptopów (w liczbie mnogiej), telewizorów, kina domowego, telefonów komórkowych (wszystko też w liczbie mnogiej), a w regulaminie spis możliwych do wygrania nagród to: jeden telewizor, jeden zestaw kina, jeden telefon komórkowy i jeden laptop. (...) Proszę o wyjaśnienie mi tych różnic.” (k. 916 akt RPZ-61/15/10/AC).

Skarga konsumenta związana z reklamą Konkursu telewizyjnego wpłynęła również do Komisji Etyki Reklamy działającej przy Związku Stowarzyszeń Rady Reklamy, która w orzeczeniu z dnia 11.03.2010r. (uchwała ZO 16/10 w sprawie K/07/10) postanowiła, że w reklamie powinny zostać wprowadzone zmiany, aby nie naruszała norm Kodeksu Etyki Reklamy. Skarżący konsument w złożonej skardze podniósł, że „reklama telewizyjna z aktorem grającym [usunięto] w "Plebani" podaje nieprawdziwe informacje. W spocie reklamowym aktor mówi, że "grasz o telewizory, laptopy" - to samo na ich stronie internetowej, ale już w regulaminie wyraźnie jest napisane, że są te nagrody, ale nie w liczbie mnogiej tylko pojedynczej. OSZUSTWO”.

W wymienionym orzeczeniu wskazano m.in., że Komisja dopatrzyła się w przedmiotowej reklamie wprowadzania konsumentów w błąd, gdyż reklama wyraźnie sugeruje iż uczestnicząc w konkursie można wygrać „telewizory, kina domowe, laptopy, telefony”. Sformułowanie to jest nietrafione, gdyż nagrodami rzeczowymi w konkursie są pojedyncze sztuki: jeden telewizor, jeden zestaw kina domowego, jeden telefon komórkowy, jeden laptop. Zdaniem Komisji użycie w przedmiotowej reklamie liczby mnogiej w odniesieniu do poszczególnych nagród jest nadużyciem zaufania odbiorców, a reklama nie była prowadzona w poczuciu odpowiedzialności społecznej oraz zgodnie z dobrymi obyczajami.

W 2010 roku Spółka osiągnęła przychód w kwocie 59.755.241,10 zł, z czego [usunięto] zł pochodziło z organizacji konkursu telewizyjnego (k. 871 i 1026-1030 akt RPZ-61/15/10/AC).

Ustalenia faktyczne w niniejszej sprawie Prezes Urzędu oparł na dokumentach zgromadzonych w aktach sprawy oraz na wyjaśnieniach złożonych przez przedstawicieli Spółki w toku kontroli. W piśmie z dnia 24.08.2010r. (czyli przed kontrolą przeprowadzoną w One-2-One) pełnomocnik Spółki wniósł o przeprowadzenie dowodów z zeznań świadków (**[usunięto]**), z oględzin danych systemu informatycznego Spółki, z opinii biegłego z zakresu funkcjonowania systemów informatycznych oraz z potwierdzeń płatności masowych wykonanych na zlecenie Spółki. W toku kontroli dokonano oględzin systemu informatycznego Spółki w zakresie dotyczącym zakwestionowanego konkursu, a także odebrano wyjaśnienia m.in. od **[usunięto]**, którym pytania zadawał również pełnomocnik Spółki. W związku z powyższym, Prezes Urzędu uznał, że odrębne przeprowadzenie ww. dowodów jest bezcelowe. Prezes Urzędu nie znalazł również podstaw do kwestionowania danych przekazanych przez Spółkę i uznał, że przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczności wskazane przez pełnomocnika jest zbędne. Należy też podkreślić, że w toku kontroli pełnomocnik Spółki oświadczył, że „wniosek o przeprowadzenie dowodu z biegłego był powołany niejako subsydiarnie, gdyby Urząd uznał, że wyjaśnienia osób wskazanych w piśmie (w tym **[usunięto]**) są niewystarczające lub gdy pojawią się wątpliwości, co do autentyczności bazy danych, która stanowi podstawę do dalszych przetworzeń”.

Prezes Urzędu zważył, co następuje:

Naruszenie interesu publicznoprawnego

Stosownie do art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ochrona interesów przedsiębiorców i konsumentów podejmowana w ramach działań Prezesa Urzędu jest prowadzona w interesie publicznym. Działania oparte na przepisach niniejszej ustawy są zatem podejmowane w interesie publicznym, w celu ochrony interesów zbiorowości, a nie wprost poszczególnych, indywidualnych uczestników rynku. Naruszenie interesu publicznego stanowi bezwzględny warunek do uznania kompetencji Prezesa Urzędu do rozstrzygnięcia określonej sprawy. Interes publiczny zostaje naruszony wówczas, gdy oceniane działania godzą w interesy ogólnospołeczne i dotyczą szerokiego kręgu uczestników rynku i poprzez to powodują zaburzenia w jego prawidłowym funkcjonowaniu. Do naruszenia interesu publicznego dochodzi, gdy skutki określonych działań mają charakter powszechny, dotyczą wszystkich potencjalnych podmiotów na danym rynku.

W ocenie Prezesa Urzędu, rozpatrywana sprawa ma charakter publicznoprawny, albowiem wiąże się z ochroną interesu wszystkich konsumentów, którzy byli lub mogli stać się kontrahentami Spółki. Z uwagi na to, że w niniejszej sprawie wyżej opisana przesłanka została spełniona, istnieje możliwość poddania zachowania Spółki dalszej ocenie pod kątem stosowania przez nią praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazane jest stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działanie przedsiębiorcy. Stwierdzenie istnienia przedmiotowej praktyki wymaga spełnienia dwóch przesłanek: **bezprawności działania i naruszenia zbiorowego interesu konsumentów**. Jako bezprawne należy kwalifikować zachowania sprzeczne z prawem, zasadami współżycia społecznego lub dobrymi obyczajami, bez względu na winę, a nawet świadomość sprawcy. Dla ustalenia bezprawności działania wystarczy, że określone zachowanie koliduje z przepisami prawa (por. Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pod red. Janusza Szwajgi, Wyd. CH Beck, Warszawa 2000r., str. 117-118). Zbiorowe interesy konsumentów natomiast, to prawa nieograniczonej liczby konsumentów, nie stanowią przy tym sumy indywidualnych interesów dających się określić, nawet licznej, grupy konsumentów. W art. 24 ust. 2 ww. ustawy zamieszczono przykładowe wyliczenia praktyk zakazanych przez ustawodawcę. Katalog ten

nawiązuje między innymi do nieuczciwych praktyk rynkowych, czynów nieuczciwej konkurencji, stosowania klauzul wpisanych do rejestru niedozwolonych postanowień umownych oraz szeroko ujmowanego - przysługującego konsumentowi - prawa do informacji.

Pkt I sentencji decyzji

Prezes Urzędu zarzucił Spółce stosowanie praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, polegającej na formułowaniu treści pierwszego komunikatu sms, kierowanego do konsumentów w ramach Konkursu telewizyjnego (przed wysłaniem przez nich sms-a zgłoszeniowego), w sposób sugerujący pewność wygranej.

Wątpliwości Prezesa Urzędu wzbudziła treść sms-ów, przy pomocy których Spółka promowała Konkurs telewizyjny. Wskazane sms-y miały następującą treść:

- Konkurs Telewizyjny to pewny wybór! Każdy wygrywa kasę. Chcesz się przekonać? Wyślij już teraz EKSPRES pod 7358 i WYGRAJ/3,66 zł, reg: konkurstelewizyjny.pl (21.01.20104. – k. 23 akt RPZ-403/8/10/AC);
- Brawo! Jesteś na liście WYPŁAT KONKURSU TELEWIZYJNEGO! U nas KASA CO MINUTĘ - to pewne! Reszta w Twoich rekach! Wyślij EKSPRES pod 7358 i walcz o wygraną!/3,66 zł (26.01.20104. – k. 24 akt RPZ-403/8/10/AC);
- Numer (...) ma największą szansę na wygraną gwarantowanej nagrody pieniężnej. Masz mało czasu, nie zwlekaj – ślij EKSPRES na 7358 (3,66) i wygraj (26.01.20104. – k. 24 akt RPZ-403/8/10/AC);
- Konkurs jakiego nie było. KAZDY WYGRYWA KASĘ! Ekspresowo. Albo gra o TV, DVD, laptop i telefon. Od razu dowiesz się o wygranej – wyślij EKSPRES pod 7358/3,66 zł (26.01.20104. – k. 24 akt RPZ-403/8/10/AC);
- Premia dla wybranych! Gwarantujemy Ci, że otrzymasz 10 zł. To pewne! Jeśli Ci się poszczęści może wygrasz więcej. Odbierz kasę. Ślij teraz BONUS na 7358/3,66 zł (26.01.20104. – k. 24 akt RPZ-403/8/10/AC);
- WYGRALES KASĘ! Wyślij szybko BONUS na 7358/3,66 zł, reg: konkurstelewizyjny.pl (26.01.20104. – k. 24 akt RPZ-403/8/10/AC);
- Premia dla wybranych! Gwarantujemy Ci, że otrzymasz 10 zł. To pewne! Jeśli Ci się poszczęści możesz wygrać więcej. Odbierz swoją kasę. Ślij BONUS na 7358/3,66 zł (26.01.20104. – k. 24 akt RPZ-403/8/10/AC);
- WYGRALES KASĘ! Wyślij szybko BONUS na 7358/3,66 zł, masz czas dziś do (...), reg: konkurstelewizyjny.pl (27.01.20104. – k. 24 akt RPZ-403/8/10/AC)

W ocenie Prezesa Urzędu ww. wiadomości jednoznacznie sugerowały, że każdy kto wyśle sms o określonej treści pod wskazany numer wygra nagrodę finansową. Powstało zatem podejrzenie, że One-2-One dopuszcza się nieuczciwej praktyki rynkowej określonej w art. 9 pkt 8 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz. 1206).

Zgodnie z art. 3 ww. ustawy, stosowanie nieuczciwych praktyk rynkowych jest zakazane. Naruszenie zakazu wynikającego z tego przepisu skutkuje bezprawnością zachowania przedsiębiorcy. 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 ustawy). Art. 4 ust. 2 ustawy zawiera otwarty katalog nieuczciwych praktyk rynkowych i wyróżnia m.in. praktyki rynkowe wprowadzające w błąd oraz agresywne praktyki rynkowe. Z kolei art. 9 przedmiotowej ustawy typizuje agresywne praktyki rynkowe, które stanowią nieuczciwe praktyki w każdych okolicznościach (tzw. „czarna lista praktyk”). Jedną z takich praktyk jest wywoływanie 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 (art. 9 pkt 8 ustawy).

Przeprowadzone w sprawie postępowanie dowodowe wykazało, że nagrody finansowe w kwocie 10 zł netto rzeczywiście istniały. Rozważenia wymaga zatem jedynie, czy zaistniała druga z postaci praktyki opisanej w art. 9 pkt 8 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, tj. sytuacja w której uzyskanie nagrody lub innej porównywalnej korzyści uzależnione jest od wpłacenia przez konsumenta określonej kwoty pieniędzy lub poniesienia innych kosztów.

W ocenie Prezesa Urzędu praktyka rynkowa z art. 9 pkt 8 ww. ustawy może być traktowana jako kwalifikowana postać rynkowej praktyki wprowadzającej w błąd, a sam fakt konieczności poniesienia pewnych kosztów nie może automatycznie przesądzać o nieuczciwym charakterze działań przedsiębiorcy. Konieczne jest zatem wykazanie, że na skutek wywołania mylnego wrażenia konsument nie miał świadomości, że dla uzyskania nagrody konieczne jest poniesienie dodatkowych kosztów lub też nagroda była czysto iluzoryczna, ponieważ konieczne było poniesienie kosztów równych lub wyższych od niej samej.

W tym kontekście należy zauważyć, że dla uzyskania nagrody finansowej w kwocie 12,2 zł brutto uczestnik Konkursu telewizyjnego musiał wysłać co najmniej trzy sms-y po 3,66 zł każdy, czyli wydać łącznie 10,98 zł brutto. Jakkolwiek różnica pomiędzy wysokością nagrody, a poniesionymi kosztami jest niewielka, to jednak obiektywnie nagroda jaką finalnie otrzymywał uczestnik przewyższała (o 1,22 zł) poniesione przez niego koszty.

W ocenie Prezesa Urzędu, brak również podstaw do uznania, że Spółka wprowadzała w błąd co do konieczności ponoszenia kosztów, bowiem w każdym z sms-ów przesyłanych kolejno uczestnikom była jednoznaczna informacja o cenie wiadomości. Ponadto, Spółka przekazała nagrody w wysokości 10 zł + vat wszystkim, którzy podali swoje dane umożliwiające dokonanie przelewu.

Konkludując, Prezes Urzędu nie znalazł wystarczających podstaw do uznania wyżej opisanych działań One-2-One za bezprawne.

Zgodnie z art. 105 § 1 k.p.a., gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania. Bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego, o którym stanowi ww. przepis, oznacza brak któregośkolwiek z elementów materialnego stosunku prawnego, tj. elementu podmiotowego lub przedmiotowego.

Okoliczności stanowiące podstawę do umorzenia postępowania mogą pojawić się zarówno przed wszczęciem postępowania, jak i w jego trakcie. Ww. przepis znajduje zastosowanie nawet wówczas, gdy przesłanka czyniąca postępowanie bezprzedmiotowym istniała już w chwili jego wszczęcia, ale stała się organowi znana dopiero w toku postępowania administracyjnego. Umorzenie postępowania nie jest zależne ani od woli organu administracji, ani, tym bardziej, pozostawione do uznania organu – organ ten jest zobowiązany do umorzenia postępowania w przypadku stwierdzenia jego bezprzedmiotowości.

Powyższe rozstrzygnięcie stało się konieczne w odniesieniu do postawionego przedsiębiorcy zarzutu stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, polegającej na formułowaniu treści pierwszego komunikatu sms, kierowanego do konsumentów w ramach Konkursu telewizyjnego (przed wysłaniem przez nich sms-a zgłoszeniowego), w sposób sugerujący pewność wygranej, wobec braku podstaw do stwierdzenia, że działanie Spółki w tym zakresie było bezprawne.

Z uwagi na powyższe, orzeczono **jak w pkt I sentencji decyzji.**

Pkt II sentencji decyzji

Spółce zarzucono również stosowanie praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, określonej w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3, polegającej na niepodawaniu w treści pierwszego komunikatu sms, kierowanego do konsumentów w ramach Konkursu telewizyjnego informacji dotyczących regulaminu tego konkursu.

Bezprawność działań One-2-One Prezes Urzędu wywodzi z przepisów ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: UZNK). Ustawa ta, w art. 3 ust. 1 wskazuje, że czynem nieuczciwej konkurencji, jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Pod pojęciem „klienta” należy również rozumieć konsumenta w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Przepis art. 3 ust. 2 UZNK wymienia szereg czynów nieuczciwej konkurencji, opisanych następnie szczegółowo w rozdziale 2 ustawy. Wyliczenie to nie jest wyczerpujące i ma charakter przykładowy, ponieważ nie jest możliwe ustalenie wyczerpującej i zamkniętej listy czynów nieuczciwej konkurencji. Podkreślenia wymaga, że niewymienienie w rozdziale 2 UZNK określonych działań przedsiębiorcy jako czynu nieuczciwej konkurencji, nie przesądza jeszcze o charakterze tej działalności. Jeżeli bowiem określone działanie nie mieści się w katalogu czynów wyraźnie zakazanych przez ustawę, należy na podstawie przewidzianej w art. 3 ustawy klauzuli generalnej, jako uniwersalnego zakazu nieuczciwej konkurencji, ocenić charakter tego działania z uwzględnieniem przesłanek przewidzianych w tym przepisie (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 31 lipca 1995 r. sygn. akt I ACr 308/95). A zatem co do zasady czynem nieuczciwej konkurencji może być naruszenie ogólnej normy art. 3 ust. 1 UZNK.

W tym kontekście bez znaczenia jest wskazana przez pełnomocnika powoda okoliczność, że wśród katalogu z art. 3 ust. 2 UZNK nie ma czynu nieuczciwej konkurencji w postaci opisanej w pkt II sentencji decyzji.

Przepis art. 3 ust. 1 UZNK stanowi tzw. klauzulę generalną, odsyłającą do systemu ocen i norm pozaprawnych – „dobrych obyczajów”. Pojęcie to nie jest w prawie zdefiniowane, ale podobnie jak „zasady współżycia społecznego”, jest przedmiotem wielu orzeczeń sądowych (np. wyrok SA we Wrocławiu z 13.11.1991r., I ACr 411/91, Wokanda 1992/4) oraz opracowań doktryny (np. J. Szwaja w: Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – Komentarz, Warszawa 2000, str. 122-133, R. Stefanicki, Dobre obyczaje w prawie polskim, Przegląd Prawa Handlowego, 2002/5). Wskazuje się w nich, że dobre obyczaje to uczciwe zasady postępowania i ustalone zwyczaje w ujęciu etyczno-moralnym. W zakresie określenia istoty poszanowania dobrych obyczajów orzecznictwo odwołuje się m.in. do istoty dobrego obyczaju jako szeroko rozumianego szacunku dla drugiego człowieka. Przy takim założeniu sprzeczne z dobrym obyczajem jest m.in. niedoinformowanie konsumenta (vide : wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 10 marca 2005 r. sygn. Akt VI ACa 774/2004). Obowiązek informowania partnera o istotnych (z jego punktu widzenia) okolicznościach dotyczących m.in. przedmiotu świadczenia, a także powinność czynienia tego w sposób prawdziwy, rzeczowy i kompletny – jest cechą generalną prawa umów i wypływa z obowiązku lojalnego kontraktowania (Ewa Łętowska. Prawo umów konsumenckich. Wydanie 2. Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2002, strona 215-216).

Przenosząc te teoretyczne rozważania na grunt niniejszej sprawy należy wskazać, że fakt nie zamieszczenia w części sms-ów zachęcających do udziału w konkursie informacji o regulaminie był w niniejszej sprawie bezsporny. Rozważenia wymaga zatem jedynie, czy działanie to było sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz czy zagrażało lub naruszało interes konsumentów, a tym samym czy Spółka wypełniła swoim zachowaniem znamiona czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 UZNK.

Zasady przeprowadzania konkursów sms-owych (w odróżnieniu od loterii audiotekstowych) nie zostały prawnie uregulowane. W ocenie Prezesa Urzędu nie ma jednak wątpliwości, że takie działania mogą być poddane ocenie pod kątem naruszenia dobrych obyczajów.

Jak wskazano powyżej, jedną z podstawowych zasad prawa umów, jest obowiązek informacyjny. Konsument - jako co do zasady słabsza strona stosunku zobowiązaniowego - ma prawo uzyskać rzetelną, prawdziwą i kompletną informację od przedsiębiorcy. Niewątpliwie informacja o zasadach konkursu do udziału w którym zachęca przedsiębiorca jest bardzo istotna dla podjęcia świadomej decyzji przez konsumenta. Jakkolwiek One-2-One nie ma obowiązku przekazywania w komunikatach promujących konkurs wyczerpujących informacji na jego temat (co zresztą z uwagi na specyfikę sms-ów byłoby niemożliwe), to nic nie stoi na przeszkodzie, aby sms-y zachęcające do udziału w konkursie wskazywały miejsce publikacji regulaminu. Powyższe potwierdza też działanie samej Spółki, gdyż większość tzw. „pierwszych sms-ów” ww. informację zawierało.

Pełnomocnik Spółki wskazał m.in., że „rola sms-a inicjującego polega na tym, by użytkownik otrzymujący sms-a mógł skojarzyć otrzymany sms ze spotem reklamowym. Tym samym sms inicjujący ma tylko przypomnieć i wywołać impuls na potencjalnym uczestniku, by ten wziął udział w konkursie. Organizatorzy przyjmują, że taki potencjalny uczestnik widział już wcześniej spot reklamowy. Tym samym potencjalny uczestnik konkursu zna spot i wie, że regulamin istnieje i znajduje się na stronie www.konkurstelewizyjny.pl.”

W ocenie Prezesa Urzędu, z powyższą argumentacją nie sposób się zgodzić. Należy podkreślić, że konkursy i loterie sms-owe stały się w ostatnim czasie bardzo popularne i użytkownicy telefonów komórkowych bardzo często otrzymują komunikaty zachęcające do udziału w nich. Trudno w tej sytuacji oczekiwać, że przeciętny konsument z łatwością skojarzy treść sms-a z reklamą telewizyjną (której mógł przecież nie widzieć lub zwyczajnie nie zwrócić na nią szczególnej uwagi), a dodatkowo przypomni sobie szczegóły tej reklamy, w tym miejsce publikacji regulaminu. Nie bez znaczenia jest również fakt, że Spółka posługiwała się w zakwestionowanych komunikatach sformułowaniami, które miały zdopingować adresatów, do jak najszybszego, spontanicznego podjęcia decyzji o wzięciu udziału w konkursie. Hasła: „mało czasu, nie zwlekaj”, „wyślij już teraz”, „masz czas dziś do (...)” mogą wywołać wrażenie, że rezygnacja z wysłania sms w danej chwili może spowodować bezpowrotną utratę szansy i nie sprzyjają prowadzeniu drobiazgowej analizy porównawczej z ewentualnymi, znanymi konsumentowi spotami telewizyjnymi.

Pełnomocnik podkreślił również, że „każda treść sms-a inicjującego (także tego bez informacji o miejscu, gdzie znajduje się regulamin) ma wspólne elementy z treścią spotu reklamowego. Tym samym sms inicjujący musi być kojarzony ze spotem reklamowym”. Również z tą tezą trudno się zgodzić, np.: w kontekście treści sms-a wysłanego przez Spółkę w dniu 26.01.2010r. : „*Numer (...) ma największą szansę na wygranie gwarantowanej nagrody pieniężnej. Masz mało czasu, nie zwlekaj – slij EKSPRES na 7358 (3,66) i wygraj*”. Analiza przytoczonej wiadomości tekstowej i reklamy telewizyjnej konkursu wskazuje, że elementami wspólnymi w tym przypadku były: cena (która w przypadku numerów zaczynających się od 73 zawsze wynosi 3,66 zł), numer 7358 (który wcześniej i później wykorzystywany był także w innych konkursach) oraz słowo „EKSPRES” (które trudno uznać za wyjątkowo oryginalne czy charakterystyczne w podobnych przedsięwzięciach).

Uwzględniając powyższe, w ocenie Prezesa Urzędu Spółka nie podając w treści pierwszego komunikatu sms, kierowanego do konsumentów w ramach Konkursu telewizyjnego informacji dotyczących regulaminu, naruszyła obowiązek lojalnego kontraktowania i prawo konsumenta do uzyskania pełnej, rzetelnej informacji, a tym samym jej zachowanie było sprzeczne z dobrymi obyczajami.

Zdaniem Prezesa Urzędu zakwestionowane zachowanie Spółki zagrażało interesom klientów (konsumentów), gdyż znacznie utrudniało im uzyskanie podstawowych informacji dotyczących zasad konkursu, utwierdzając ich jednocześnie w przekonaniu, że decyzję dotyczącą wzięcia w nim udziału należy podjąć jak najszybciej. Spółka posługiwała się bowiem w wysyłanych komunikatach sformułowaniami, które miały zdopingować adresatów, do jak najszybszego, spontanicznego podjęcia decyzji o wzięciu udziału w konkursie (o czym była mowa powyżej).

W związku z powyższym Prezes Urzędu uznał, że Spółka swoim zachowaniem - opisanym w pkt II sentencji decyzji - wyczerpała znamiona czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 UZNK.

Do uznania, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z praktyką, określoną w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, niezbędne jest ponadto wykazanie, że bezprawne działanie Spółki godzące w interes konsumentów dotyczy tzw. **zbiorowego interesu konsumentów**.

W uzasadnieniu wyroku z dnia 10.04.2008r. sygn. akt III SK 27/07, Sąd Najwyższy wyjaśnił, że gramatyczna wykładnia tego pojęcia prowadzi do wniosku, że chodzi o zachowanie przedsiębiorcy, które godzi w interesy grupy osób stanowiących określony zbiór. Rezultaty tej wykładni modyfikuje zastrzeżenie, że nie jest zbiorowym interesem konsumentów suma interesów indywidualnych. Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że przy konstruowaniu pojęcia „zbiorowy interes konsumentów” nie można opierać się tylko i wyłącznie na tym, czy oceniana praktyka skierowana jest do nieoznaczonego z góry kręgu podmiotów. W ocenie Sądu, wystarczające powinno być ustalenie, że zachowanie przedsiębiorcy nie jest podejmowane w stosunku do zindywidualizowanych konsumentów, lecz względem członków danej grupy (określonego kręgu podmiotów), wyodrębnionych spośród ogółu konsumentów, za pomocą wspólnego dla nich kryterium. Sąd Najwyższy uznał zatem, że *praktyką naruszającą zbiorowe interesy konsumentów jest (...) takie zachowanie przedsiębiorcy, które podejmowane jest w warunkach wskazujących na powtarzalność zachowania w stosunku do indywidualnych konsumentów wchodzących w skład grupy, do której adresowane są zachowania przedsiębiorcy, w taki sposób, że potencjalnie ofiarą takiego zachowania może być każdy konsument będący klientem lub potencjalnym klientem przedsiębiorcy.*

Zdaniem Prezesa Urzędu, zakwestionowane zachowanie Spółki godziło w interesy nieograniczonej liczby konsumentów, których nie da się zidentyfikować. Niezgodnym z prawem działaniem Spółki mogła bowiem zostać dotknięta nieograniczona liczba osób - potencjalnie wszyscy użytkownicy telefonów komórkowych, którzy byli odbiorcami komunikatów sms niezawierających informacji o regulaminie konkursu. Bez znaczenia jest przy tym fakt, że znaczna większość konsumentów otrzymała „prawidłowe” komunikaty. Bezprawne zachowanie Spółki nie było bowiem kierowane do zindywidualizowanych konsumentów, ale do przypadkowych użytkowników znajdujących się w bazie Spółki.

Z uwagi na powyższe, Prezes Urzędu uznał, że spełniona została druga przesłanka zarzuconej One-2-One praktyki tj. naruszenie zbiorowego interesu konsumentów. W konsekwencji, spełnione zostały obie przesłanki konieczne dla uznania zachowania Spółki za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów.

Zgodnie z art. 27 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jeżeli przedsiębiorca zaprzestął stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów Prezes Urzędu wydaje decyzję o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i stwierdzającą jej zaniechanie.

Spółka promowała konkurs posługując się komunikatami sms do dnia 27.01.2010r. W związku z powyższym, Prezes Urzędu uznał, że z tą datą One-2-One zaniechała stosowania ww. praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów i **orzekł jak w punkcie II sentencji decyzji**.

Pkt III sentencji decyzji

Spółce zarzucono także stosowanie praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, określonej w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3, polegającej na emitowaniu reklam telewizyjnych konkursu, zawierających treści sugerujące, że główna nagroda w konkursie wynosi 50 tys. zł, podczas gdy taka nagroda nie była przewidziana oraz emitowaniu reklam telewizyjnych konkursu, zawierających treści sugerujące, że uczestnicząc w konkursie można wygrać telewizory, kina domowe, laptopy, telefony, podczas gdy w rzeczywistości nagrodami rzeczowymi w konkursie były pojedyncze sztuki: jeden telewizor, jeden zestaw kina domowego, jeden telefon komórkowy i jeden laptop.

Bezprawność działań One-2-One w tym zakresie Prezes Urzędu wywodzi z przepisów ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym.

Przez praktykę rynkową, art. 2 pkt 4 ww. ustawy rozumie działanie lub zaniechanie przedsiębiorcy, sposób postępowania, oświadczenie lub informację handlową, w szczególności reklamę lub marketing, bezpośrednio związane z promocją lub nabyciem produktu przez konsumenta.

Działanie Spółki polegające na zachęcaniu konsumentów do wzięcia udziału w konkursie niewątpliwie bezpośrednio związane jest z promocją specyficznego produktu jakim jest los konkursowy i mieści się w przedstawionym powyżej pojęciu praktyki rynkowej.

Zgodnie z art. 3 ww. ustawy, stosowanie nieuczciwych praktyk rynkowych jest zakazane. Naruszenie zakazu wynikającego z tego przepisu skutkuje bezprawnością zachowania przedsiębiorcy. 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 ustawy).

Pod pojęciem „sprzeczności z dobrymi obyczajami” na gruncie przedmiotowej ustawy należy rozumieć swego rodzaju klauzulę rzetelności, oznaczającą zakaz takiego zachowania przedsiębiorcy, które mogłoby prowadzić do zakłócenia zachowania konsumenta na rynku poprzez brak rzetelnego informowania go o istotnych cechach produktu. Chodzi tu przede wszystkim o staranność i uczciwość zawodową oraz dobrą wiarę. W wyroku z dnia 23 lutego 2006r., sygn. akt XVII Ama 118/04, Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów stwierdził, iż w stosunkach z konsumentami istota dobrego obyczaju sprowadza się do właściwego informowania o przysługujących uprawnieniach, niewykorzystywaniu uprzywilejowanej pozycji profesjonalisty i rzetelnego traktowania partnerów umowy. Za sprzeczne z dobrymi obyczajami Sąd uznał działania zmierzające do niedoinformowania, dezorientacji, wywołania błędnego przekonania u konsumenta, także wykorzystania jego niewiedzy lub naiwności.

Art. 4 ust. 2 ustawy zawiera otwarty katalog nieuczciwych praktyk rynkowych i wyróżnia m.in. praktyki rynkowe wprowadzające w błąd oraz agresywne praktyki rynkowe. Zgodnie z art. 5 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, za nieuczciwą praktykę rynkową ust. 1 uznaje się działanie wprowadzające w błąd, jeżeli powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął. Wprowadzającym w błąd działaniem może być w szczególności rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji (art. 5 ust. 2 pkt 1 ww. ustawy) oraz rozpowszechnianie prawdziwych informacji w sposób mogący wprowadzać w błąd (art. 5 ust. 2 pkt 1 ww. ustawy). Dla ustalenia odpowiedzialności Spółki konieczne jest zatem wykazanie, że jej działania:

- 1) mogły wprowadzać w błąd (tj. powodować podjęcie przez konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął) oraz w istotny sposób zniekształcić zachowanie konsumenta przed zawarciem umowy, a także
- 2) były sprzeczne z dobrymi obyczajami

przy czym ocena zarzuconych praktyk rynkowych powinna być dokonana w odniesieniu do modelu przeciętnego konsumenta.

Art. 2 ust. 8 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym za przeciętnego uznaje konsumenta, który jest dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny. Wymaga zarazem dokonania oceny tych cech z uwzględnieniem czynników społecznych, kulturowych, językowych i przynależności danego konsumenta do szczególnej grupy konsumentów, przez którą rozumie się dającą się jednoznacznie zidentyfikować grupę konsumentów, szczególnie podatną na oddziaływanie praktyki rynkowej lub na produkt, którego praktyka rynkowa dotyczy, ze względu na szczególne cechy, takie jak wiek, niepełnosprawność fizyczna lub umysłowa.

Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy należy zauważyć na wstępie, że działania Spółki, polegające na promowaniu konkursu poprzez spoty telewizyjne, jak i sam produkt w postaci losu adresowane były do szerokiego kręgu odbiorców. Treść zakwestionowanej reklamy telewizyjnej nie wskazuje, aby One-2-One chciała dotrzeć do szczególnej grupy konsumentów, która mogłaby zostać wyodrębniona na podstawie określonej i wspólnej im cechy. Jedynym wyróżnikiem takich konsumentów jest posiadanie telefonu komórkowego. W rozpatrywanej sprawie nie ma zatem podstaw do konstruowania modelu przeciętnego konsumenta z uwzględnieniem ostatniej z przesłanek wskazanych w ustawowej definicji, a mianowicie odwoływania się do przynależności do szczególnej grupy konsumentów. Korzystanie z telefonu komórkowego nie wymaga posiadania szczególnych kwalifikacji lub właściwości, czy też większej niż przeciętna orientacji w nowych technologiach telekomunikacyjnych. Na koniec 2009r. w Polsce było 44,8 mln użytkowników telefonów komórkowych¹. Telefonia ruchoma powoli zastępuje telefonię stacjonarną, a wpływ na to zjawisko ma zarówno funkcjonalność usług telefonii ruchomej jak i stale rosnąca jakość połączeń². Korzystanie z telefonów komórkowych jest obecnie szeroko rozpowszechnione i dostępne praktycznie dla każdej zainteresowanej osoby. Przesądza to o uznaniu, że adresatem działań Spółki mógł stać się właściwie każdy konsument, a nie jakaś wyodrębniona, posiadająca szczególne cechy grupa konsumentów. W związku z powyższym, za przeciętnego należy uznać w niniejszej sprawie konsumenta dostatecznie dobrze poinformowanego, uważnego i ostrożnego przy uwzględnieniu czynników społecznych, kulturowych i językowych charakterystycznych dla polskiego konsumenta.

Należy przy tym podkreślić, że wskazanie na takie cechy jak dostateczne poinformowanie, uwaga i ostrożność określa pewien zespół cech mentalnych konsumenta (jego przeciętność) znajdujących wyraz w tym, że z jednej strony możemy wymagać od niego pewnego stopnia wiedzy i orientacji w rzeczywistości, a z drugiej - nie możemy uznać, że jego wiedza jest kompletna i profesjonalna i że konsument nie ma prawa pewnych rzeczy nie wiedzieć. Przeciętny konsument nie posiada wiedzy specjalistycznej w danej dziedzinie, ale rozumie kierowane do niego informacje i potrafi je wykorzystać do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej produktu. Nie jest naiwny, ale nie potrafi też ocenić sytuacji tak jak profesjonalista.

Przeciętny konsument ma świadomość specyfiki języka marketingu jego pewnej umowności, skłonności do przesady czy metafory i konieczności odnoszenia się do reklam z racjonalnym dystansem. Ma również jednak prawo odebrać kierowany do niego tego typu przekaz w sposób dosłowny, zakładając, że przedsiębiorca wysyłający takie komunikaty - jako profesjonalista jest podmiotem wiarygodnym i przekazuje informacje w sposób jasny, jednoznaczny i nie wprowadzający w błąd.

Analizując szczegółowo działania Spółki opisane w pkt III sentencji decyzji należy uwzględnić wszystkie czynniki, które mogły kształtować ich odbiór przez przeciętnego konsumenta, a więc przede wszystkim komunikat, który ich autor - w rozpatrywanej sprawie

¹ Dane według Raportu o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2009r.- www.uke.gov.pl

² Jw.

One-2-One - chciał przekazać konsumentom. W przypadku działań Spółki komunikat ten wyrażony został w treści zakwestionowanego spotu telewizyjnego i brzmiał: „*Jeżeli w chwilę po wysłaniu SMSa dostaniesz odpowiedź to znaczy, że wygrales pieniądze albo grasz o telewizory, kina domowe, laptopy czy telefony*”.

Wykładnia językowa treści reklamy nie pozostawia wątpliwości, że Spółka sugerowała w reklamie, iż nagrodami w konkursie są telewizory, kina domowe, laptopy i telefony. Zgodnie z regulaminem konkursu natomiast, nagrodami rzeczowymi były pojedyncze sztuki każdej z ww. nagród. Co za tym idzie informacja podawana przez Spółkę była obiektywnie nieprawdziwa i mogła wprowadzać w błąd. Działanie Spółki było niewątpliwie sprzeczne z dobrymi obyczajami, bowiem prowadziło do dezorientacji i wywołania błędnego przekonania u konsumentów.

W dalszej części zakwestionowanej reklamy aktor trzymając w ręku plik banknotów stużłotowych mówi: „*pięćdziesiąt tysięcy złotych*”. W ocenie Prezesa Urzędu, Spółka sugerowała w ten sposób, że tyle wynosi główna nagroda w konkursie. Trudno bowiem uznać, aby celem One-2-One w tym zakresie było przekazanie komunikatu, że jest to jedynie suma wszystkich nagród pieniężnych przewidzianych w konkursie, których jednostkowa wartość wynosi zaledwie 10 zł netto. Bez znaczenia jest przy tym fakt, że – jak podkreśla pełnomocnik Spółki – w żadnym momencie spotu nie padło stwierdzenie, że jest to główna nagroda w konkursie. W ocenie Prezesa Urzędu, pokazanie pokaźnego pliku banknotów w połączeniu ze wskazaniem na ich wartość – 50 tysięcy złotych – dla przeciętnego odbiorcy jest równoznaczne z istnieniem nagrody w takiej właśnie wysokości. Jakkolwiek zatem przekazana werbalnie informacja „50 tysięcy złotych”, w połączeniu z postanowieniami regulaminu o wartości wszystkich nagród finansowych przewidzianych w konkursie była prawdziwa, to sposób jej przekazania mógł niewątpliwie wprowadzać w błąd.

Oceny zachowania Spółki w zakresie dotyczącym nagród finansowych i rzeczowych nie zmienia możliwość uzyskania szczegółowych informacji na ten temat w regulaminie konkursu. W reklamie telewizyjnej (zacytowanej powyżej w ustaleniach stanu faktycznego) nie było bowiem żadnej sugestii, która uzasadniałaby wątpliwości co do znaczenia przekazu. Sama natomiast możliwość uzyskania dodatkowych, szczegółowych informacji z określonych źródeł nie może służyć do prostowania informacji zawartych w spotach telewizyjnych. Jak podkreślił Sąd Okręgowy w Warszawie- Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 19 grudnia 2007r. sygn. akt XVII Ama 64/07 *konsumant, do którego reklama jest kierowana ma prawo do rzetelnej informacji już w chwili zapoznania się z reklamą bez konieczności zasięgania jej dopiero w miejscu sprzedaży u przedsiębiorcy. Przedsiębiorca ma obowiązek poinformowania w sposób rzetelny i prawdziwy o cechach oferowanego towaru już w reklamie, a klient zwabiony jego ofertą nie ma obowiązku jej weryfikacji w miejscu sprzedaży*. Jakkolwiek One-2-One nie ma obowiązku przekazywania w komunikatach promujących konkurs wyczerpujących informacji na jego temat (co zresztą z uwagi na specyfikę spotów telewizyjnych byłoby niemożliwe), to jednak bez wątpienia nie może przekazywać w nich informacji nieprawdziwych, czy też teoretycznie prawdziwych, jednak w sposób wprowadzający w błąd.

Dla uznania działań One-2-One w rozważanym zakresie za bezprawne konieczne jest również wykazanie, że mogły one powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjęli.

W ocenie Prezesa Urzędu informacja o nagrodach przewidzianych w konkursie jest dla przeciętnego konsumenta głównym impulsem do wzięcia w nim udziału. Z tego punktu widzenia jest to informacja kluczowa. W ocenie Prezesa Urzędu rzetelna informacja o ilości nagród rzeczowych przewidzianych w konkursie oraz o wysokości nagród finansowych, mogłaby wpłynąć na podjęcie przez konsumenta innej decyzji co do udziału w konkursie.

Konkludując, użyta przez One-2-One informacja o liczbie mnogiej poszczególnych nagród rzeczowych przewidzianych w konkursie była nieprawdziwa i mogła nawet uważnego i ostrożnego konsumenta wprowadzić w błąd, w istotny sposób zniekształcając jego zachowanie

rynkowe, poprzez podjęcie decyzji co do wzięcia udziału w konkursie. Świadczą o tym m.in.: treść reklamacji, która wpłynęła do Spółki („*Reklamujący konkurs w telewizji Pan mówi o możliwości wygrania pieniędzy, laptopów (w liczbie mnogiej), telewizorów, kina domowego, telefonów komórkowych (wszystko też w liczbie mnogiej), a w regulaminie spis możliwych do wygrania nagród to: jeden telewizor, jeden zestaw kina, jeden telefon komórkowy i jeden laptop. (...) Proszę o wyjaśnienie mi tych różnic.*”) oraz skarga wniesiona do Komisji Etyki Reklamy („*W spocie reklamowym aktor mówi, że "grasz o telewizory, laptopy" - to samo na ich stronie internetowej, ale już w regulaminie wyraźnie jest napisane, że są te nagrody, ale nie w liczbie mnogiej tylko pojedynczej. OSZUSTWO*”). Nie ma również wątpliwości, że wyżej opisane działanie Spółki było sprzeczne z dobrymi obyczajami, bowiem zmierzało do niedoinformowania konsumentów i wykorzystania ich niewiedzy.

Podobnie należy ocenić sugerowanie przez Spółkę, że nagrodą w konkursie jest kwota 50 tysięcy złotych. Sposób prezentowania tej informacji mógł nawet uważnego i ostrożnego konsumenta wprowadzić w błąd, w istotny sposób zniekształcając jego zachowanie rynkowe, co do wzięcia udziału w konkursie. Również to działanie Spółki było sprzeczne z dobrymi obyczajami, bowiem zmierzało do niedoinformowania konsumentów i wykorzystania ich niewiedzy.

W związku z powyższym Prezes Urzędu uznał, że Spółka swoim zachowaniem - opisanym w pkt I sentencji decyzji - wyczerpała znamiona nieuczciwych praktyk rynkowych wprowadzających w błąd, określonych w art. 5 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 2 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym.

Niezbędne jest również wykazanie, że wyżej opisane bezprawne działanie Spółki godzące w interes konsumentów dotyczyło tzw. **zbiorowego interesu konsumentów**.

Zdaniem Prezesa Urzędu, zakwestionowane zachowanie Spółki godziło w interesy nieograniczonej liczby konsumentów, których nie da się zidentyfikować. Niezgodnym z prawem działaniem Spółki mogła bowiem zostać dotknięta nieograniczona liczba osób - potencjalnie wszyscy użytkownicy telefonów komórkowych, którzy byli odbiorcami spotu reklamowego. Należy zauważyć, że zakwestionowana reklama telewizyjna ukazała się na antenach kilku telewizji, w związku z czym docierała do licznej grupy konsumentów.

Z uwagi na powyższe, Prezes Urzędu uznał, że spełniona została druga przesłanka zarzuconej One-2-One praktyki tj. naruszenie zbiorowego interesu konsumentów. W konsekwencji, spełnione zostały obie przesłanki konieczne dla uznania zachowania Spółki za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów.

Zgodnie z art. 27 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jeżeli przedsiębiorca zaprzestał stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów Prezes Urzędu wydaje decyzję o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i stwierdzającą jej zaniechanie.

Zgodnie z regulaminem, informacje o konkursie podawane były w telewizji do 31.01.2010r. W związku z powyższym, Prezes Urzędu uznał, że z tą datą One-2-One zaniechała stosowania ww. praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów i **orzekł jak w punkcie III sentencji decyzji**.

Jak wskazano wcześniej, One-2-One wniosła o wydanie decyzji na podstawie art. 28 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Pismem złożonym w dniu 5.07.2011 r. Spółka wyraziła taką wolę wskazując na działania, które zamierza podjąć w celu usunięcia stwierdzonych uchybień.

Zaistniały zatem przesłanki, aby poddać ocenie zasadność rozstrzygnięcia sprawy w oparciu o art. 28 ww. ustawy. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli w toku postępowania w sprawie

praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów zostanie uprawdopodobnione – na podstawie okoliczności sprawy, informacji zawartych w zawiadomieniu lub innych informacji będących podstawą wszczęcia postępowania – że przedsiębiorca stosuje praktykę, o której mowa w art. 24, a przedsiębiorca, któremu jest zarzucane naruszenie tego przepisu, zobowiąże się do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zapobieżenia tym naruszeniom, Prezes Urzędu może, w drodze decyzji, nałożyć obowiązek wykonania tych zobowiązań.

Przedłożenie przez przedsiębiorcę propozycji zobowiązań nie przesądza oczywiście o zastosowaniu art. 28 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów albowiem decyzja w tym zakresie należy do kategorii decyzji uznaniowych. Wiąże się to przede wszystkim z koniecznością rozważenia przez Prezesa Urzędu kwestii, jakie orzeczenie w konkretnej sytuacji faktycznej, będzie lepsze dla interesu publicznego, w ochronie którego Prezes Urzędu występuje.

Jak już wyżej wskazano, celem nałożenia zobowiązań na przedsiębiorcę jest zaniechanie działań, co do których uprawdopodobniono, iż stanowią praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, a także zapobieżenie ich stosowania w przyszłości. Niewątpliwą zatem zaletą wydania decyzji, o której mowa w art. 28 ustawy, jest szybkie zakończenie sprawy poprzez uniknięcie długotrwałego postępowania przed sądami, przy jednoczesnym osiągnięciu pozytywnych skutków dla ochrony konsumentów poprzez niemal natychmiastowe usunięcie zagrożeń zidentyfikowanych przez Prezesa Urzędu. Natomiast podstawowym mankamentem takiej decyzji jest pozbawienie Prezesa Urzędu możliwości oddziaływania prewencyjnego na przedsiębiorcę naruszającego przepisy o ochronie konkurencji i konsumentów, jak również na innych przedsiębiorców (prewencja ogólna) poprzez wyłączenie, zgodnie z art. 28 ust. 4 ustawy, zastosowania w takim wypadku sankcji określonej w art. 106 ust. 1 pkt 4.

W powyższym kontekście, nie negując prokonsumenckiego charakteru zaproponowanych zobowiązań, trzeba zwrócić uwagę na fakt, iż wniosek One-2-One złożony został w końcowej fazie postępowania wszczętego w dniu 6.07.2010 r. i to w ostatnim dniu terminu wyznaczonego do zapoznania się z zebrany materiał dowodowy i złożenia ostatecznego stanowiska w sprawie. Musi to skłaniać do konstatacji, iż w istocie pierwszorzędnym celem One-2-One nie jest osiągnięcie tego swoistego „porozumienia” z Prezesem Urzędu co do załatwienia sprawy i jej szybkie zakończenie, lecz w rzeczy samej próba uniknięcia nałożenia kary pieniężnej. Tym samym w przypadku akceptacji wniosku, One-2-One nie poniosłaby w zasadzie żadnych konsekwencji swoich działań. Biorąc jednak pod uwagę antykonsumencki charakter stosowanych praktyk oraz – przynajmniej w odniesieniu do praktyk związanych z emisją reklamy „Konkursu telewizyjnego” - szeroki zasięg skutków tych praktyk konieczne wręcz jest - w ocenie Prezesa Urzędu - skorzystanie z możliwości nałożenia kary pieniężnej, która będzie na tyle dotkliwa aby zapobiec podobnym działaniom w przyszłości tak strony tego postępowania, jak i innych przedsiębiorców prowadzących podobną działalność. Innymi słowy za nieuzasadnione Prezes Urzędu uznaje pozbawienie się możliwości prewencyjnego oddziaływania, tak w zakresie prewencji indywidualnej, jak i ogólnej.

Niezależnie od tego za nieprzyjęciem zobowiązań One-2-One przemawia ponadto fakt, iż zaoferowane zobowiązania nie dotyczą wszystkich zarzucanych Spółce praktyk. Wniosek Spółki bowiem nie zawiera żadnych propozycji odnoszących się do praktyki polegającej na emitowaniu reklam telewizyjnych ww. konkursu, zawierających treści sugerujące, że główna nagroda w konkursie wynosi 50 tys. zł.

Kara pieniężna

Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów 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 ww. ustawy.

Z powołanego wyżej przepisu wynika, że kara pieniężna ma charakter fakultatywny. Zatem o tym, czy w konkretnej sprawie w odniesieniu do wskazanego przedsiębiorcy zasadne jest nałożenie kary pieniężnej decyduje, w ramach uznania administracyjnego, Prezes Urzędu. Zauważyć przy tym należy, że sankcja ta może zostać nałożona na przedsiębiorcę niezależnie od tego, czy dopuścił się naruszenia umyślnie czy też nieumyślnie.

Przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie określają jakichkolwiek przesłanek, od których uzależnione byłoby podjęcie decyzji o nałożeniu kary. Ustawodawca wskazał jedynie w art. 111 ww. ustawy te okoliczności, które Prezes Urzędu winien uwzględnić decydując o wymiarze kary pieniężnej, wymieniając okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy.

W niniejszej sprawie, charakter, zasięg i skutki stwierdzonych praktyk przesądziły o nałożeniu na Spółkę kar pieniężnych.

W 2010 roku One-2-One osiągnęła przychód w wysokości 59.755.241,10 zł. Maksymalna wysokość kary, jaką Prezes Urzędu mógł na nią nałożyć wynosi zatem 5.975.524 zł.

Ustalając wysokość kar, Prezes Urzędu dokonał w pierwszej kolejności oceny wagi stwierdzonych naruszeń przepisów ustawy, wynikiem której są określone kwoty bazowe. W dalszej kolejności Prezes Urzędu rozważył, czy w sprawie występują okoliczności obciążające i łagodzące oraz jaki winny mieć wpływ na wysokość kar nałożonych na Spółkę.

Pkt IV 1) sentencji decyzji

Praktyka przypisana Spółce, polegająca na niepodawaniu w treści pierwszego komunikatu sms, kierowanego do konsumentów informacji dotyczących regulaminu konkursu, ujawniała się na etapie przedkontraktowym.

Oceniając stopień szkodliwości ww. praktyki należy wskazać, że naruszyła ona podstawowe prawo konsumenta tj. prawo do uzyskania rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji. W niniejszej sprawie konsumenci, pod wpływem działań Spółki, podejmowali konkretne decyzje, o skutkach finansowych, których inaczej mogliby nie podjąć, w wyniku czego naruszone zostały ich interesy ekonomiczne. Przypisana One-2-One w pkt II sentencji decyzji praktyka handlowa uniemożliwiała konsumentom podjęcie w pełni świadomej decyzji dotyczącej zawarcia kontraktu.

Ważąc kwotę bazową omawianej praktyki Prezes Urzędu uwzględnił także okres jej stosowania.

Z uwagi na powyższe, uwzględniając wszystkie okoliczności, w tym szkodliwość działań Spółki, ustalił za ww. naruszenie kwotę bazową, będącą podstawą do dalszych przeliczeń kary, na poziomie 0,1% przychodu osiągniętego przez Spółkę w 2010r. tj. w kwocie 59.755 złotych po zaokrągleniu.

W dalszym etapie kalkulacji kary Prezes Urzędu rozważył, czy ww. kwota bazowa powinna podlegać modyfikacjom ze względu na występujące w sprawie okoliczności łagodzące bądź obciążające.

Jako okoliczność obciążającą Prezes Urzędu potraktował ogólnopolski zasięg działalności One-2-One. Zakwestionowane wiadomości tekstowe nie były ograniczone terytorialnie i docierały do konsumentów w całej Polsce. W ocenie Prezesa Urzędu okoliczność ta uzasadnia podwyższenie kwoty bazowej o 20%, czyli do kwoty 71.706 złotych po zaokrągleniu.

W ocenie Prezesa Urzędu, w niniejszej sprawie istotną okolicznością jest jednak fakt, że zakwestionowane wiadomości tekstowe stanowiły niecałe 0,56% wszystkich sms-ów zapraszających do wzięcia udziału w konkursie wysłanych przez Spółkę. Zdecydowana większość wysłanych komunikatów (tj. 99,5%) zawierała informacje o regulaminie. W ocenie Prezesa Urzędu uzasadnia to konkluzję, że stopień naruszenia przepisów ustawy przez Spółkę był w tym

zakresie nieznaczny. Prezes Urzędu uznał, że bezprawne zachowanie Spółki nie było wynikiem umyślnego działania mającego na celu niedoinformowanie konsumentów, a wynikało jedynie z przeoczenia, które jakkolwiek naganne, to jednak wymaga odrębnego, znacznie łagodniejszego potraktowania.

Z uwagi na powyższe Prezes Urzędu uznał, że zasadne jest obniżenie wyżej ustalonego wymiaru kary o 80%, tj. do kwoty 14.341 złotych.

Tak ustalona kara stanowi ok. 0,024 % przychodu osiągniętego przez Spółkę w 2010 roku oraz 0,24 % maksymalnego wymiaru kary.

W ocenie Prezesa Urzędu, tak określona kara spełni zarówno rolę represyjną jako odczuwalna sankcja i dolegliwość za naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jak i prewencyjną, zapobiegającą ponownemu ich naruszeniu. Kara ta podkreśla naganność zachowania Spółki, a jednocześnie jest adekwatna do stopnia naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji, który - uwzględniając okoliczności opisane powyżej - był znikomy.

Z uwagi na powyższe, **orzeczono jak w punkcie IV 1) sentencji decyzji.**

Pkt IV 2) sentencji decyzji

Praktyka przypisana Spółce w pkt III sentencji decyzji również ujawniała się na etapie przedkontraktowym.

Podobnie jak praktyka opisana w pkt II sentencji decyzji, naruszyła ona podstawowe prawo konsumenta tj. prawo do uzyskania rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji. Pod wpływem zakwestionowanej reklamy, rozbudzającej emocje i nadzieje na wysokie wygrane pieniężne i atrakcyjne nagrody rzeczowe konsumenci podejmowali konkretne decyzje, o skutkach finansowych, których inaczej mogliby nie podjąć, w wyniku czego naruszone zostały ich interesy ekonomiczne. Ważąc kwotę bazową omawianej praktyki Prezes Urzędu uwzględnił także okres jej stosowania.

Z uwagi na powyższe, uwzględniając wszystkie okoliczności, Prezes Urzędu ustalił za ww. naruszenie kwotę bazową, będącą podstawą do dalszych przeliczeń kary, na poziomie 0,1 % przychodu osiągniętego przez Spółkę w 2010r., tj. w kwocie 59.755 złotych po zaokrągleniu.

W dalszym etapie kalkulacji kary Prezes Urzędu rozważył, czy ww. kwota bazowa powinna podlegać modyfikacjom ze względu na występujące w sprawie okoliczności łagodzące bądź obciążające.

Zdaniem Prezesa Urzędu, w niniejszej sprawie nie występują jakiegokolwiek okoliczności łagodzące, które uzasadniałyby zmniejszenie ustalonej kwoty bazowej kary.

Prezes Urzędu stwierdził co prawda zaniechanie stosowania praktyki przez Spółkę, jednak okoliczność ta nie wynikała z wyrażonej przez Spółkę woli zaprzestania stosowania bezprawnych działań, ale z charakteru konkursu, który miał zamknięte ramy czasowe, tj. trwał do 30.01.2010r. Co za tym idzie, w niniejszej sprawie nie może być mowy o potraktowaniu zaniechania stosowania praktyki przez One-2-One jako okoliczności łagodzącej.

Jako okoliczność obciążającą Prezes Urzędu uwzględnił natomiast ogólnopolski zasięg działalności One-2-One. Zakwestionowana reklama emitowana była na antenach różnych telewizji i docierała tym samym do konsumentów w całej Polsce.

Zdaniem Prezesa Urzędu ww. okoliczność obciążająca, uzasadnia podwyższenie kwoty bazowej o 20%, czyli do wartości 71.706 złotych.

Tak ustalona kara stanowi ok. 0,12 % przychodu osiągniętego przez Spółkę w 2010 roku oraz 1,2 % maksymalnego wymiaru kary.

W ocenie Prezesa Urzędu tak ukształtowana kara prawidłowo spełni swoje funkcje zarówno w zakresie represji, jak i prewencji indywidualnej oraz ogólnej.

Z uwagi na powyższe, **orzeczono jak w punkcie IV 2) sentencji decyzji.**

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów 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 51101010100078782231000000.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów 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 dwóch tygodni od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów- Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Poznaniu.

Z upoważnienia Prezesa
Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Dyrektor Delegatury UOKiK w Poznaniu
Jarosław Krüger