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 3 czerwca 2011r.

RPZ- 61/4/11/AC

DECYZJA nr RPZ 5/2011

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 **MobileFormats Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

I. 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 MobileFormats Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie– organizatora loterii audiotekstowej „Serialowe kody wymień na nagrody" prowadzonej w okresie od 31.05.2010r. do 5.11.2010r. – polegające na emitowaniu reklam telewizyjnych ww. loterii, zawierających informację sugerującą, że jest to jedyna loteria nadzorowana przez Ministerstwo Finansów, co stanowi nieuczciwą praktykę rynkową wprowadzającą w błąd, określoną w art. 5 ust. 1 i ust. 2 pkt 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) **i stwierdza się zaniechanie jej stosowania z dniem 20.06.2010 r.;**

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 MobileFormats Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie– organizatora loterii audiotekstowej „Serialowe kody wymień na nagrody" prowadzonej w okresie od 31.05.2010r. do 5.11.2010r. – polegające na emitowaniu reklam telewizyjnych ww. loterii oraz przesyłanie konsumentom komunikatów sms sugerujących, że losowanie nagród w loterii odbywa się każdego dnia, co stanowi nieuczciwą praktykę rynkową wprowadzającą w błąd, określoną w art. 5 ust. 1 i ust. 2 pkt 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) **i stwierdza się zaniechanie jej stosowania z dniem 11.07.2010r.**

III. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów **nakłada się na MobileFormats Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie:**

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 I sentencji decyzji **karę pieniężną** w wysokości **47.254 zł** (czterdzieści siedem tysięcy dwieście pięćdziesiąt cztery złote), 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 II sentencji decyzji **karę pieniężną** w wysokości **37.804 zł** (trzydzieści siedem tysięcy osiemset cztery złote), płatną do budżetu państwa.

Uzasadnienie

W internetowym wydaniu „Gazety Wyborczej" z dnia 23.06.2010r. ukazał się artykuł dotyczący „Mistrzowskiej Loterii TVP". W związku z treścią wskazanego artykułu, celem wstępnego ustalenia, czy działania organizatora ww. loterii są zgodne z prawem, Prezes Urzędu w dniu 23.06.2010r. wszczął postępowanie wyjaśniające.

W toku postępowania wyjaśniającego ustalono, że organizatorem loterii jest MobileFormats Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: MobileFormats lub Spółka), natomiast oficjalna nazwa konkursu brzmi: „Serialowe kody wymień na nagrody". Prezes Urzędu przeanalizował m.in. regulamin ww. loterii, wzory komunikatów tekstowych przesyłanych konsumentom w ramach loterii, listę laureatów oraz uzyskanych przez nich nagród, a także treść reklam telewizyjnych i prasowych promujących loterię.

W oparciu o materiał dowodowy zgromadzony w toku postępowania wyjaśniającego, postanowieniem z dnia 02.03.2011 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 (Dz.U. Nr 50 poz. 331 ze zm.), polegających na:

1. emitowaniu reklam telewizyjnych ww. loterii, zawierających informację, że jest to jedyna loteria nadzorowana przez Ministerstwo Finansów, a także
2. emitowaniu reklam telewizyjnych ww. loterii oraz przesyłanie konsumentom komunikatów sms sugerujących, że losowanie nagród w loterii odbywa się każdego dnia,

uznając, że może to stanowić nieuczciwe praktyki rynkowe wprowadzające w błąd, określone w art. 5 ust. 1 i ust. 2 pkt 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).

Spółka zawiadomiona o wszczęciu postępowania administracyjnego wskazała, że postawione zarzuty są niezasadne. Odnosząc się szczegółowo do pierwszego zarzutu Spółka wskazała m.in., że:

- zakwestionowany spot nie zawierał w swojej treści sformułowania, że „jest to jedyna loteria nadzorowana przez Ministerstwo Finansów", a jedynie sformułowanie: „Wyjątkowej, bo tylko ta loteria jest gwarantowana przez Telewizję Polską i nadzorowana przez Ministerstwo Finansów". W ocenie Spółki słowo „tylko" odnosiło się do pierwszej części zdania, tj. faktu gwarantowania loterii przez TVP;
- istotnie w treści spotu zaistniała omyłka dotycząca organu nadzoru i nie został wskazany organ bezpośrednio nadzorujący loterię, tj. Dyrektor Izby Celnej w Krakowie, ale Minister Finansów, który jest organem wyższego stopnia nadzorującym Dyrektora Izby Celnej, a ponadto w skład komisji nadzorującej przebieg loterii wchodziła osoba posiadająca świadectwo zawodowe wydane przez Ministra Finansów;
- zakwestionowana reklama została wycofana, a czas jej emisji uzależniony był od oczekiwania na zakończenie produkcji nowego spotu reklamowego;
- zakwestionowany błąd nie był na tyle istotny, żeby stanowić przesłankę podjęcia decyzji o przystąpieniu do loterii, a dla przeciętnego konsumenta istotną informację stanowiła okoliczność, że loteria nadzorowana jest przez organ administracji państwowej.

Odnosząc się z kolei do drugiego zarzutu Spółka wskazała m.in., że:

- losowania mające na celu wyłonienie laureatów nagród dziennych I i II stopnia przeprowadzane były co prawda w każdy dzień roboczy od poniedziałku do piątku, ale w poniedziałki odbywały się 3 losowania, tj. za piątek, sobotę i niedzielę;
- osoby dokonujące zgłoszeń w dni wolne od pracy nie były pozbawione udziału w losowaniu;

- użyty w kwestionowanych reklamach skrót myślowy, dotyczący codziennego losowania nagród, nie wprowadzał w błąd uczestników loterii, bowiem „istotnie za każdy dzień były przeprowadzane losowania poszczególnych kategorii nagród";
- język reklamy jest umowny i hasłowy, a dosłowne rozumienie komunikatów reklamowych prowadziłoby w wielu przypadkach do absurdu;
- „język, którym przemawiają krótkie wiadomości tekstowe o charakterze promocyjnym, jest specyficzny. Są to proste zdania lub równoważniki zdań, które właśnie ze względu na ową skrótowość powinny być odczytywane uważnie. Takiej uważności należy wymagać od wszystkich, którzy na podstawie krótkich wiadomości tekstowych (i tylko na tej podstawie) podejmują decyzję o uczestnictwie w loterii";
- dla przeciętnego konsumenta najbardziej istotną okolicznością było to, że jego zgłoszenie, bez względu na dzień tygodnia w którym zostało dokonane, brało udział w losowaniu.

Prezes Urzędu ustalił, co następuje:

MobileFormats Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie jest przedsiębiorcą wpisanym do Krajowego Rejestru Sądowego pod nr KRS 0000298886. Przedmiotem działalności Spółki jest m.in. działalność w zakresie telekomunikacji.

Loteria „Serialowe kody wymień na nagrody" zorganizowana została na podstawie zezwolenia Dyrektora Izby Celnej w Krakowie z dnia 21.05.2010r. Loteria rozpoczęła się w dniu 31.05.2010r., a zakończyła się w dniu 05.11.2010r., przy czym sms-y uprawniające do wzięcia w niej udziału można było nadsyłać do dnia 11.07.2010r. (§ 1 pkt 12 Regulaminu).

Ww. loteria promowana była w telewizyjnych spotach jako „Mistrzowska loteria TVP". MobileFormats zawarła z Telewizją Polską S.A. (dalej: TVP) umowę o realizację interaktywnej audycji telewizyjnej zatytułowanej „Mistrzowskie kody", natomiast TVP upoważniła MobileFormats do używaniu znaku słowno – graficznego TVP oraz wyraziła zgodę na udział w audycjach reklamowych swoich prezenterów.

W okresie od dnia 31.05.2010r. do 20.06.2010r. na antenach TVP emitowana była reklama przedmiotowej loterii zawierająca m.in. następującą informację: „*W tym czasie Telewizja Polska zaprasza do udziału w wyjątkowej, bo dotychczas największej mistrzowskiej loterii. Wyjątkowej, bo tylko ta loteria gwarantowana jest przez Telewizję Polską i nadzorowana przez Ministerstwo Finansów".* Przedmiotowy spot reklamowy ukazał się w ww. okresie około 240 razy na antenie TVP1 i TVP2 oraz około 100 razy na antenie TVP Sport i około 100 razy na antenach regionalnych TVP.

Nagrodami w loterii były nagrody pieniężne: 42 nagrody w kwocie 250 zł, 42 nagrody w kwocie 1.000 zł oraz 24 nagrody w kwocie 5.000 zł, a także nagrody rzeczowe: 18 samochodów osobowych marki Volvo S40 o wartości 40.000 zł

Zgodnie z Regulaminem, losowania nagród odbywały się jedynie w dni robocze i tak:
- losowania nagród dziennych I i II stopnia (czyli nagród pieniężnych w kwotach 250 zł oraz 1.000 zł) odbywały się w każdy dzień roboczy od poniedziałku do piątku w okresie od 01.06.2010r. do 12.07.2010r. (§ 5 pkt 2 Regulaminu),
- losowania nagród podstawowych I stopnia (czyli nagród pieniężnych w kwocie 5.000 zł) odbywały się w każdy poniedziałek, wtorek i czwartek w okresie od 01.06.2010r. do 12.07.2010r. (§ 5 pkt 3 Regulaminu),
- losowania nagród podstawowych II stopnia (czyli samochodów Volvo S40 bądź ich równowartości pieniężnej) odbywały się w każdą środę, piątek i poniedziałek w okresie od 02.06.2010r. do 12.07.2010r. (§ 5 pkt 4 Regulaminu).

W emitowanych telewizyjnych spotach reklamowych loterii wskazywano natomiast, że losowanie nagród odbywa się codziennie (*„codziennie nowe losowanie", „codziennie losujemy nagrody*

pieniężne", „codzienne losowania nagród", „codziennie także losujemy i nagradzamy w mistrzowskiej loterii Telewizji Polskiej", „losujemy codziennie") . Ponadto, konsumentom przesyłano w soboty i niedziele m.in. komunikaty o następującej treści:

- GRATULUJEMY! MASZ SZCZESCIE BO TRAFILES VOLVO S40 I JUŻ DZIS BIERZESZ UDZIAL W JEGO LOSOWANIU. KOLEJNY SMS JESZCZE ZWIEKSZY ILOSC TWOICH LOSOW. ODPISZ: PREMIA (k. 142 akt RPZ-403/29/10/AC);
- BRAWO! Losy na 250zl przyznane! UWAGA! Nastepnym SMSem zyskasz LOSY na 1.000zl lub VOLVO S40! Co wypadnie? Losowanie za moment! Odpisz TRAF na 7408/4,88zl (k. 142 akt RPZ-403/29/10/AC);
- Tu Komisja Loterii TVP: Zostały TYLKO 3 godz. do losowania VOLVO, a Ty masz ogromne szanse na wygrana. Odbierz swoje losy. TERAZ odpisz LOS na 7408/4,88zl (k. 151v akt RPZ-403/29/10/AC);
- KOMISJA LOTERII TVP: NA NR (…) PADL BONUS: 100 LOSOW NA DZISIEJSZE LOSOWANIE VOLVO S40. ODBIERZ JE! PISZ BONUS NA 7408. LOSOWANIE ZA KILKA GODZIN/4,88 ZL (k. 169v akt RPZ-403/29/10/AC);
- POUFNA INFORMACJA OD TVP DLA NR (…)! Zwieksz szanse na wygrana! Przenies losy zdobyte wczoraj na dzisiejsze losowanie! Pisz TAK na 7408/4,88zl (k. 174 akt RPZ-403/29/10/AC).

Według oświadczenia Spółki, w trakcie trwania przedmiotowej loterii, wpłynęły 63 reklamacje związane z jej przebiegiem.

Konsumenci w swoich reklamacjach, jak również w pismach kierowanych do Prezesa Urzędu wskazywali m.in.:

- *Oczywistym jest, że gdyby organizatorem LOTERII była jedynie MobileFormats, a całemu przedsięwzięciu nie patronował Minister Finansów, to nie dałoby się tylu Uczestników Loterii oszukać, a przedmiotowy hazard nie przybrałby zadziwiających rozmiarów* (k. 210 akt RPZ-403/29/10/AC);
- *Jeżeli jeszcze dodamy, że przedsięwzięciu całemu patronował Minister Finansów, to należy przyznać, że jest to dziwny stwór organizacyjny jak na przedsięwzięcie o zasięgu ogólnokrajowym* (k. 213 akt RPZ-403/29/10/AC);
- *Te wyżej wskazane treści spotów w zasadniczych dla LOTERII i dla grającego treściach (tak jak dla mnie) były celowo nieprawdziwe, bo jak się później okazało to: (…) nie była to tez żadna wyjątkowa loteria, bo gwarantowana przez Ministerstwo Finansów, nie było żadnego nadzoru Ministerstwa Finansów nad tą loterią, nie było też ani codziennych losowań, ani codziennego nagradzania bo losowania odbywały się tylko w dni robocze, tj. od poniedziałku do piątku czyli bez SOBÓT i NIEDZIEL! (*k. 95-96 akt RPZ-403/29/10/AC);
- *W dniu 05.06. b.r. (SOBOTA) godz. 14.09 otrzymałem również (z numeru zastrzeżonego) informację firmowaną nazwą Telewizji Polskiej iż odbyły się już dwa losowania samochodu Volvo S40 i za chwilę odbędzie się 3-cie losowanie i że otrzymam informację co mam zrobić aby wziąć w nim udział. Była to całkowicie CELOWO błędna informacja gdyż: (…) była to sobota i żadnych losowań w SOBOTY nie MA! (*k. 97 akt RPZ-403/29/10/AC);
- *Chciałem się dowiedzieć jak będzie organizowana wypłata pieniążków, jeżeli loteria jest nadzorowana przez ministerstwo finansów więc mam nadzieję, że to nie jest żadne naciąganie przez telewizję* (k. 176 akt RPZ-403/29/10/AC).

W przedmiotowej loterii wzięło udział [usunięto] osób (unikalnych numerów).

W 2010 roku Spółka osiągnęła przychód w kwocie 52.504.179,40 zł, z czego [usunięto] zł pochodziło z organizacji loterii „Serialowe kody wymień na nagrody".

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 dotykają szerokiego kręgu uczestników rynku i poprzez to powodują zaburzenia w jego prawidłowym funkcjonowaniu. Do naruszenia interesu publicznego dochodzi, gdy skutki określonych działań maja charakter powszechny, dotykają 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 Szwaji, 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.

Bezprawność działania

W art. 24 ust. 2 ww. ustawy zamieszczono przykładowe wyliczenia praktyk zakazanych przez ustawodawcę. Katalog ten nawiązuje między innymi do nieuczciwych praktyk rynkowych, stosowania klauzul wpisanych do rejestru niedozwolonych postanowień umownych oraz szeroko ujmowanego - przysługującego konsumentowi - prawa do informacji.

Spółce zarzucono stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, określonych w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 polegających na emitowaniu reklam telewizyjnych loterii, „Serialowe kody wymień na nagrody" zawierających informację, że jest to jedyna loteria nadzorowana przez Ministerstwo Finansów, a także emitowaniu reklam telewizyjnych ww. loterii oraz przesyłanie konsumentom komunikatów sms sugerujących, że losowanie nagród w loterii odbywa się każdego dnia.

Bezprawność działań MobileFormats 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 loterii niewątpliwie bezpośrednio związane jest z promocją specyficznego produktu jakim jest los na loterii 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). 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 każdej z 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 loterii poprzez spoty telewizyjne i wysyłane sms-y, jak i sam produkt w postaci losu adresowane były do szerokiego kręgu odbiorców (ogółu konsumentów, których numery telefonu znajdowały się w bazie organizatora). Treść przesyłanych wiadomości nie wskazuje, aby MobileFormats 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 komórkowych[1]. Telefonia ruchoma powoli zastępuje telefonię stacjonarną, a wpływ na to zjawisko ma zarówno funkcjonalność usług telefonii ruchomej jak i stale rosnąca jakość połączeń[2]. 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/promocji z racjonalnym dystansem. Ma również jednak prawo odebrać kierowany do niego tego typu przekazu 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.

Pkt I sentencji decyzji

Analizując szczegółowo działania Spółki opisane w pkt I 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 MobileFormats - chciał przekazać konsumentom. W przypadku działań Spółki komunikat ten wyrażony został bezpośrednio w treści zakwestionowanego spotu telewizyjnego i brzmiał: „*Wyjątkowej, bo tylko ta loteria gwarantowana jest przez Telewizję Polską i nadzorowana przez Ministerstwo Finansów*".

Należy zauważyć, że loteria „Serialowe kody wymień na nagrody" była grą losową w rozumieniu ustawy z dnia 19.11.2009r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201, poz. 1540 ze zm.). Zezwolenia na urządzenie tej loterii udzielił Dyrektor Izby Celnej w Krakowie. Zgodnie z przepisami ww. ustawy, organ udzielający zezwolenia - w tym wypadku Dyrektor Izby Celnej - może kontrolować zgodność działań organizatora loterii z przepisami regulującymi działalność objętą zezwoleniem oraz warunkami samego zezwolenia. Takie kompetencje w odniesieniu do przedmiotowej loterii nie przysługiwały natomiast Ministrowi Finansów, czy tym bardziej urzędowi w postaci Ministerstwa Finansów. Bezspornie zatem, informacja zawarta w spocie reklamowym była nieprawdziwa.

Abstrahując już od faktu, że wątpliwe jest uznanie w niniejszej sprawie, na podstawie art. 13 § 3 ustawy z dnia 20.08.1997r. Ordynacja podatkowa (tekst jednolity Dz. U. z 2005r., Nr 8, poz. 60 ze zm.) Ministra Finansów za organ wyższego stopnia w stosunku do Dyrektora Izby

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

Celnej (co podnosi Spółka), to okoliczność ta i tak byłaby bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Bez wątpienia w świadomości przeciętnego konsumenta ranga organu jakim jest Minister Finansów jest znacznie większa niż Dyrektora Izby Celnej i taka informacja niewątpliwie mogła wpłynąć na uznanie przez konsumenta, że reklamowana loteria podlegała specjalnej, urzędowej kontroli.

Takie poczucie mogła dodatkowo wzmocnić informacja, że jest to jedyna loteria nadzorowana przez Ministra Finansów, a zatem bezpieczniejsza, uczciwsza i pewniejsza niż inne tego typu loterie, których nie brakuje w ostatnim czasie na rynku. Słusznie podnosi Spółka, że w reklamie nie zostało bezpośrednio użyte sformułowanie, że „jest to jedyna loteria gwarantowana przez Ministerstwo Finansów". Wbrew jednak twierdzeniom MobileFormats interpretacja zakwestionowanego spotu nie pozostawia wątpliwości, że takie jest znaczenie użytego zdania: „*Wyjątkowej, bo tylko ta loteria gwarantowana jest przez Telewizję Polską i nadzorowana przez Ministerstwo Finansów*". Nie można się zgodzić z twierdzeniem Spółki, że zwrot „tylko" odnosił się jedynie do pierwszej części ww. zdania, czyli do gwarancji Telewizji Polskiej. Użycie spójnika „i", który w żaden sposób nie różnicuje obu części zakwestionowanego zdania, przesadza jednoznacznie o tym, że w powszechnym odbiorze przysłówek „tylko" odnosił się również do nadzoru Ministerstwa Finansów. Analiza zakwestionowanej części spotu nie pozostawia ponadto wątpliwości, że nadzór Ministerstwa Finansów przesądzał również o „wyjątkowości" przedmiotowej loterii.

Podobnie bez znaczenia dla oceny zachowania Spółki jest zasiadanie w składzie komisji nadzorującej przebieg loterii osoby posiadającej świadectwo zawodowe wydane przez Ministra Finansów. Pomijając fakt, że okoliczność ta nie wynikała z nadzwyczajnej dbałości MobileFormats o uczciwość konkursu, a jedynie z wymogu ustawy o grach hazardowych dotyczącego wszystkich podobnych loterii, to uczestnictwo takiej osoby nie oznacza jeszcze nadzoru samego Ministerstwa Finansów.

W ocenie Prezesa Urzędu, przeciętny konsument nie ma i nie musi mieć wiedzy prawniczej dotyczącej organu, który sprawuje nadzór nad tego typu loterią. Ma jednak prawo odebrać kierowany do niego przekaz w sposób dosłowny i uznać, że organizator loterii – jako profesjonalista – jest podmiotem wiarygodnym i przekazuje prawdziwe i jednoznaczne informacje.

Konkludując, użyta przez MobileFormats informacja o nadzorze Ministerstwa Finansów 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 loterii. Świadczą o tym m.in. treści reklamacji i skarg konsumentów (np.: *Oczywistym jest, że gdyby organizatorem LOTERII była jedynie MobileFormats, a całemu przedsięwzięciu nie patronował Minister Finansów, to nie dałoby się tylu Uczestników Loterii oszukać).* Nie ma również wątpliwości, że wyżej opisane 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 nieuczciwej praktyki rynkowej określonej w art. 5 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym.

Pkt II sentencji decyzji

Bezsporny w niniejszej sprawie był fakt, że Spółka emitowała reklamy telewizyjne loterii oraz przesyłała konsumentom komunikaty sms wskazujące, że losowanie nagród w loterii odbywa się każdego dnia. W świetle postanowień regulaminu loterii, nie budzi również wątpliwości, że losowania poszczególnych nagród odbywały się w ściśle określone dni, ale jedynie od poniedziałku do piątku. Co za tym idzie informacja o codziennym losowaniu 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.

Oceny zachowania Spółki w tym zakresie nie zmienia możliwość uzyskania szczegółowych informacji dotyczących dat losowań w regulaminie. W reklamie telewizyjnej i w komunikatach kierowanych przez MobileFormats (zacytowanych powyżej w ustaleniach stanu faktycznego) nie było bowiem żadnej sugestii, która uzasadniałaby wątpliwości co do znaczenia przekazu. Sama natomiast możliwości uzyskania dodatkowych, szczegółowych informacji z określonych źródeł nie może służyć do prostowania informacji zawartych w spotach telewizyjnych czy sms-ach. Jak podkreślił Sąd Okręgowy w Warszawie- Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 19 grudnia 2007r. sygn. akt XVII Ama 64/07 *konsument, 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.* Orzeczenie to dotyczy co prawda reklamy, jednak wnioski z niego płynące mogą w drodze analogii zostać odniesione również do działań Spółki. Jakkolwiek Mobile Formats nie ma obowiązku przekazywania w komunikatach promujących loterię wyczerpujących informacji na jej temat (co zresztą z uwagi na specyfikę sms-ów i spotów telewizyjnych byłoby niemożliwe), to jednak bez wątpienia nie może przekazywać w nich informacji nieprawdziwych. Jakkolwiek można zgodzić się z twierdzeniami Spółki, że język wiadomości tekstowych jest specyficzny, w związku z czym komunikaty tekstowe, ze względu na ich skrótowość powinny być odczytywane uważnie, to jednak konkluzje które wywodzi z tego Spółka są niezrozumiałe. W ocenie Prezesa Urzędu, nawet uważna lektura komunikatów przytoczonych w ustaleniach stanu faktycznego, w połączeniu z datą ich otrzymania, nie pozwala na wniosek, że losowanie odbędzie się w jakiś inny dzień, niż dzień ich otrzymania (w tych konkretnych przypadkach w sobotę lub niedzielę).

Dla uznania działań MobileFormats 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.

Należy zauważyć, ze Spółka posługiwała się w wysyłanych komunikatach sformułowaniami, które miały zdopingować adresatów, do jak najszybszego, spontanicznego podjęcia decyzji o wzięciu udziału w loterii. Hasła: „losowanie za moment", „zostały tylko 3 godziny", „losowanie za kilka godzin" mogą wywołać wrażenie, że rezygnacja z wysłania sms w danej chwili może spowodować bezpowrotną utratę szansy. W ocenie Prezesa Urzędu, rzetelna informacja o dacie losowania mogłaby wpłynąć na podjęcie przez konsumenta bardziej przemyślanej decyzji co do udziału w konkursie. Bezprawności działań Spółki w tym zakresie nie wyłącza również fakt, że osoby dokonujące zgłoszeń w dni wolne od pracy nie były pozbawione udziału w losowaniu, ponieważ nie tego dotyczyła istota postawionego Spółce zarzutu.

Z uwagi na powyższe Prezes Urzędu uznał, że Spółka swoim zachowaniem - opisanym w pkt II sentencji decyzji - wyczerpała znamiona nieuczciwej praktyki rynkowej określonej w art. 5 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym.

Naruszenie zbiorowego interesu konsumentów

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 (opisane w pkt I i II sentencji decyzji) 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 spotów reklamowych, jak również komunikatów sms o szablonowej konstrukcji. Należy zauważyć, że reklama telewizyjna zakwestionowana w pkt I sentencji decyzji ukazała się ponad 400 razy na wielu, powszechnie dostępnych antenach TVP.

Z uwagi na powyższe, Prezes Urzędu uznał, że spełniona została druga przesłanka zarzuconych MobileFormats praktyk tj. naruszenie zbiorowego interesu konsumentów. W konsekwencji, spełnione zostały obie przesłanki konieczne dla uznania zachowania Spółki za praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów.

Zaniechanie stosowania praktyki

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.

Spółka promowała loterię posługując się spotem reklamowym zawierającym informacje o nadzorze Ministerstwa Finansów do dnia 20.06.2010r. W związku z powyższym. Prezes Urzędu uznał, że z tą datą MobileFormats zaniechała stosowania ww. praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów i **orzekł jak w punkcie I sentencji decyzji.**

Z kolei, ostatnie sms-y promujące loterię i sugerujące, że losowanie nagród odbywa się każdego dnia, Spółka wysłała w niedzielę 11.07.2010r. (vide k. 143 akt RPZ-403/29/10/AC). Z uwagi na powyższe Prezes Urzędu uznał, że z tą datą MobileFormats zaniechała stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów i **orzekł jak w punkcie II sentencji decyzji.**

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 MobileFormats osiągnęła przychód w wysokości 52.504.179,40 zł. Maksymalna wysokość kary, jaką Prezes Urzędu mógł na nią nałożyć wynosi zatem 5.250.418 zł.

Ustalając wysokość kary, 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 III 1) sentencji decyzji

Praktyka przypisana Spółce, polegająca na emitowaniu reklam telewizyjnych loterii „Serialowe kody wymień na nagrody" zawierających informację, że jest to jedyna loteria nadzorowana przez Ministerstwo Finansów, 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 by nie podjęli, w wyniku czego naruszone zostały ich istotne interesy ekonomiczne. Przypisana MobileFormats w pkt I sentencji decyzji nieuczciwa praktyka handlowa uniemożliwiała konsumentom podjęcie w pełni świadomej decyzji dotyczącej zawarcia kontraktu.

Prezes Urzędu zważył również na szkodliwość działania Spółki, która wprowadzała konsumentów w błąd posługując się autorytetem instytucji publicznej.

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 52.504 złote 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.

W ocenie Prezesa Urzędu, na korzyść Spółki przemawia fakt, że zaniechała ona stosowania przedmiotowej praktyki jeszcze przed podjęciem jakichkolwiek działań przez Prezesa Urzędu, który wszczął postępowanie wyjaśniające w dniu 23.06.2010r. (zaniechanie praktyki nastąpiło 20.06.2010r.). Zaprzestanie bezprawnych działań z woli Spółki Prezes Urzędu potraktował zatem jako okoliczność łagodzącą.

Jako okoliczność obciążającą Prezes Urzędu uwzględnił natomiast ogólnopolski zasięg działalności MobileFormats. Zakwestionowana reklama emitowana była na wielu antenach Telewizji Polskiej (TVP1, TVP2, TVP Sport oraz na antenach regionalnych TVP), a zatem docierała do konsumentów w całej Polsce.

Konkludując, uwzględniając wszystkie okoliczności łagodzące i obciążające Prezes Urzędu uznał za zasadne obniżenie ustalonej kwoty bazowej o 10%, czyli do kwoty 47.254 złote po zaokrągleniu.

Tak ustalona kara stanowi ok. 0,09 % przychodu osiągniętego przez Spółkę w 2010 roku oraz 0,9 % 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. Nie bez znaczenia jest też jej walor wychowawczy, w tym wymiar ogólny, odstraszający dla innych – licznych przedsiębiorców prowadzących podobną działalność przed stosowaniem w przyszłości tego typu praktyk w obrocie z konsumentami.

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

Pkt III 2) sentencji decyzji

Praktyka przypisana Spółce w pkt II sentencji decyzji, polegająca na emitowaniu reklam telewizyjnych loterii „Serialowe kody wymień na nagrody" oraz przesyłanie konsumentom komunikatów sms sugerujących, że losowanie nagród w tej loterii odbywa się każdego dnia, również ujawniała się na etapie przedkontraktowym.

Oceniając stopień szkodliwości ww. praktyki Prezes Urzędu zważył na fakt, że konsumenci wysyłający sms-y w dni wolne od pracy nie byli pozbawieniu udziału w losowaniu nagród, a co za tym idzie nie zostały naruszone ich istotne interesy ekonomiczne.

Ważąc kwotę bazową omawianej praktyki Prezes Urzędu uwzględnił także okres jej stosowania. Prezes Urzędu wziął również pod uwagę fakt, że obie przypisane Spółce praktyki stosowane były w ramach jednej kampanii reklamowej i uzupełniały się wzajemnie w osiągnięciu celu, polegającego na zwiększeniu przychodów.

Z uwagi na powyższe, uwzględniając wszystkie okoliczności, , ustalił za ww. naruszenie kwotę bazową, będącą podstawą do dalszych przeliczeń kary, na poziomie 0,06 % przychodu osiągniętego przez Spółkę w 2010r. tj. w kwocie 31.503 złote 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 jakiekolwiek 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 5.11.2010r., przy czym sms-y uprawniające do wzięcia udziału w loterii można było nadsyłać do dnia 11.07.2010r. (§ 1 pkt 12 Regulaminu), kiedy zakończyły się działania promocyjne. Co za tym idzie, w niniejszej sprawie nie może być mowy o potraktowaniu zaniechania stosowania praktyki przez MobileFormats jako okoliczności łagodzącej.

Jako okoliczność obciążającą Prezes Urzędu uwzględnił natomiast ogólnopolski zasięg działalności MobileFormats. Zakwestionowana reklama emitowana była na wielu antenach powszechnie dostępnej Telewizji Polskiej (TVP1, TVP2, TVP Sport oraz na antenach regionalnych TVP), a sms-y wysyłane były do konsumentów w całej Polsce.

Zdaniem Prezesa Urzędu ww. okoliczność obciążająca, uzasadnia podwyższenie kwoty bazowej o 20%, czyli do wartości 37.804 złote.

Tak ustalona kara stanowi ok. 0,072 % przychodu osiągniętego przez Spółkę w 2010 roku oraz 0,72 % 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 III 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. 479^{28} § 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
Jarosław Küger Dyrektor Delegatury

Otrzymuje:
[usunięto]
pełnomocnik
MobileFormats Sp. z o.o.