



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**
MAREK NIECHCIAŁ

DOI-K-61-11/15/ZG

Warszawa, marca 2019

**WERSJA JAWNA - INFORMACJE STANOWIĄCE TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA ORAZ INNE
INFORMACJE PRAWNIE CHRONIONE OZNACZONO [***]**

DECYZJA nr DOZiK 1/2019

- I. Na podstawie art. 27 ust. 1 i 2 w związku z art. 24 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r. poz. 184, ze zm.) w związku z art. 7 ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r. poz. 1634), po przeprowadzeniu postępowania w sprawie praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, **Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznaje za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów działanie Smak i Zdrowie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie (dawniej: Filipiak Polska Spółka Akcyjna spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie) polegające na wykorzystywaniu telekomunikacyjnych urządzeń końcowych dla celów marketingu bezpośredniego dotyczącego produktów marki Filipiak bez uprzedniej zgody abonentów lub użytkowników końcowych będących konsumentami, co stanowi naruszenie art. 172 ust. 1 w związku z art. 174 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2016 r., poz. 1489; ze zm.) oraz godzi w zbiorowe interesy konsumentów;**
i stwierdza jej zaniechanie z dniem 1 lutego 2017 r.
- II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r. poz. 184, ze zm.) w związku z art. 7 ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r. poz. 1634), **Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nakłada na Smak i Zdrowie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie (dawniej: Filipiak Polska Spółka Akcyjna spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie), płatną do budżetu państwa, karę pieniężną w wysokości 35 388,00 zł (słownie: trzydzieści pięć tysięcy trzysta osiemdziesiąt osiem złotych), z tytułu naruszenia zakazu, o jakim mowa w art. 24 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w zakresie określonym w punkcie pierwszym rozstrzygnięcia niniejszej decyzji.**
- III. Na podstawie art. 77 ust. 1 i art. 80 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r. poz. 184, ze zm.) oraz na podstawie art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2016 r., poz. 23; ze zm.) w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, **obciąża się Smak i Zdrowie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie**

(dawniej: Philipiak Polska Spółka Akcyjna spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie) kosztami przeprowadzonego postępowania w sprawie praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów oraz zobowiązuje się tego przedsiębiorcę do zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kosztów postępowania w kwocie 185,60 złotych (słownie: sto osiemdziesiąt pięć złotych i sześćdziesiąt groszy) w terminie 14 (czternastu) dni od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej także: „Prezes Urzędu”, „Prezes UOKiK”) przeprowadził wszczęte z urzędu postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia, czy w związku z praktykami polegającymi na wykorzystywaniu telekomunikacyjnych urządzeń końcowych dla celów marketingowych dotyczących produktów marki Philipiak bez uprzedniej zgody użytkownika końcowego, doszło do naruszenia przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r., poz. 184, dalej także: „ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów”, „uokik”) uzasadniającego wszczęcie postępowania w sprawie zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów oraz naruszenia chronionych prawem interesów konsumentów uzasadniającego podjęcie działań określonych w odrębnych ustawach (sygn. DDK-405-8/15/ZW). Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte z uwagi na docierające do Prezesa Urzędu sygnały wskazujące na to, iż konsumenci otrzymują połączenia telefoniczne w celu zaproszenia ich na pokazy produktów marki Philipiak, bez ich uprzedniej zgody na taki kontakt.

W toku postępowania wyjaśniającego, pismami z dnia: 10 marca 2015 r., 16 kwietnia 2015 r., 20 maja 2015 r., Prezes Urzędu skierował wezwania do Philipiak Polska Spółka Akcyjna spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie (obecna nazwa: Smak i Zdrowie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, dalej jako: „Spółka”, „Philipiak”) oraz pismami z dnia 9 lipca 2015 r. i 24 sierpnia 2015 r. do [*****].

W odpowiedzi na pierwsze wezwanie Prezesa Urzędu Spółka wyjaśniła, że samodzielnie nie organizuje pokazów, podczas których następuje prezentacja produktów marki Philipiak oraz wskazała, że ich organizację, jak również obowiązki związane z telefonicznym zapraszaniem potencjalnych klientów, powierza spółce o nazwie [*****].

Philipiak zaznaczyła, że rozmowa telefoniczna z konsumentem nie jest rejestrowana oraz że w jej toku nie ma możliwości zawarcia umowy sprzedaży. Ponadto Spółka wskazała, że każdy sprzeciw konsumenta dotyczący kontaktu telefonicznego jest odnotowywany, jednakże dla jego skutecznego odnotowania nie zawsze wystarczające jest podanie przez konsumenta jedynie imienia i nazwiska, a konieczne jest także podanie numeru telefonu, ponieważ numery te w większości przetwarzane są anonimowo. Z wyjaśnień przekazanych przez spółkę [****] w piśmie z dnia 27 lutego 2017 r. wynika, że anonimowe wykorzystywanie numerów telefonicznych polegało na tym, iż użyty numer nie był powiązany z danymi konsumenta, a dane te były pozyskiwane w trakcie rozmowy z konsumentem - „przykładowo, nawet jeśli wykorzystywany był numer pochodzący z bazy Philipiak Polska (np. umowa) to dzwoniący nie wiedział, do kogo dzwoni, jak również nie było to ujęte w systemie”. Spółka oświadczyła także, że w zakresie telefonicznego zapraszania konsumentów na pokazy spółka [*****] współpracuje ze spółką [*****], która realizuje niniejsze połączenia telefoniczne do konsumentów.

Na wezwanie Prezesa Urzędu do przekazania dokumentów dotyczących współpracy z ww. spółkami, Philipiak przekazał umowy dotyczące przetwarzania danych osobowych zawarte z [****] oraz [*****], generalny schemat rozmów telefonicznych z konsumentami stosowany przez [****] oraz umowę o korzystaniu z bazy danych z dnia [*****] zawartą z podmiotem o nazwie [*****] - podmiot świadczący usługi polegające na udostępnianiu zbiorów baz danych m.in. w celu przeprowadzania telemarketingowych kampanii sprzedażowych.

Wezwania skierowane przez Prezesa Urzędu w toku postępowania wyjaśniającego do [****] pozostały bez odpowiedzi.

W związku z tym, że materiał zgromadzony w toku postępowania wyjaśniającego uzasadniał wszczęcie postępowania w sprawie stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, Prezes Urzędu, w dniu 28 sierpnia 2015 r., wszczął wobec Philipiak postępowanie w sprawie stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów polegających na wykorzystywaniu telekomunikacyjnych urządzeń końcowych dla celów marketingu bezpośredniego dotyczącego produktów marki Philipiak bez uprzedniej zgody abonentów lub użytkowników końcowych będących konsumentami, co może stanowić naruszenie art. 172 ust. 1 w związku z art. 174 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. z 2016 r. poz. 1489, dalej jako: „pt”, „prawo telekomunikacyjne”), a w konsekwencji godzić w zbiorowe interesy konsumentów.

Postanowienie o wszczęciu postępowania z dnia 28 sierpnia 2015 r. wraz z zawiadomieniem o jego wszczęciu, jak również o możliwości ustosunkowania się do przedstawionych przez Prezesa Urzędu zarzutów zostało skutecznie doręczone Spółce w dniu 24 września 2015 r.

W dniu 30 września 2015 r. pełnomocnik Spółki zapoznał się z aktami sprawy.

Do akt postępowania w sprawie stosowania przez Philipiak praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów włączono część dokumentacji zgromadzonej w trakcie postępowania wyjaśniającego o sygn. DDK-405-8/15/ZW. O powyższym Spółka została zawiadomiona postanowieniami z dnia 28 sierpnia 2015 r. oraz 22 grudnia 2015 r.

W celu dokonania dalszych ustaleń stanu faktycznego sprawy, pismami z dnia 28 sierpnia 2015 r., 6 grudnia 2016 r., 22 grudnia 2016 r., 18 stycznia 2017 r., 10 maja 2017 r. oraz 31 maja 2017 r. Prezes Urzędu wezwał Philipiak do przekazania niezbędnych informacji i dokumentów.

W toku prowadzonego postępowania Philipiak przekazała żądane informacje i dokumenty pismami z dnia: 7 października 2015 r., 19 listopada 2015 r., 30 grudnia 2016 r., 1 lutego 2017 r., 6 czerwca 2017 r.

W piśmie z dnia 19 listopada 2015 r. Spółka zaprezentowała swoje szczegółowe stanowisko dotyczące zarzutu określonego w punkcie I. sentencji niniejszej decyzji. Spółka podkreśliła, że jej zdaniem zarzuty dotyczące naruszenia art. 172 pt¹ są bezpodstawne, ponieważ poddawane w wątpliwość przez Prezesa Urzędu działania Spółki, odnoszące się do sposobu oraz zakresu prowadzonych rozmów telefonicznych nie stanowią i nie stanowiły nigdy działania Spółki. Jak wskazała Spółka, obowiązki związane z organizacją pokazów naczyń marki Philipiak, w tym organizacja i zebranie odpowiedniej liczby uczestników, należały do zakresu działania spółek współpracujących z Philipiak, tj. [*****] oraz

¹ Art. 172 Prawa telekomunikacyjnego:

1. Zakazane jest używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, chyba że abonent lub użytkownik końcowy uprzednio wyraził na to zgodę.
2. Przepis ust. 1 nie narusza zakazów i ograniczeń dotyczących przesyłania niezamówionej informacji handlowej wynikających z odrębnych ustaw.
3. Używanie środków, o których mowa w ust. 1, dla celów marketingu bezpośredniego nie może odbywać się na koszt konsumenta.

[*****]. Spółka oświadczyła, że podmioty te były zobowiązane do wykonania zleconych im działań, tj. organizowania pokazów produktów marki Philipiak oraz telefonicznego zapraszania na nie konsumentów zgodnie z obowiązującymi przepisami. W ocenie Philipiak, spółki te działały wyłącznie na własną odpowiedzialność. Zdaniem Spółki, Prezes Urzędu wszczynając postępowanie w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów nie wykazał, by Philipiak miała jakikolwiek wpływ na działalność ww. spółek. Powołując się na wyjaśnienia przedstawione w toku postępowania wyjaśniającego, Spółka wskazała, że nie ponosi odpowiedzialności za schematy rozmów, jakimi posługuje się spółka [*****], a wszelkie działania związane z organizowaniem pokazów, podczas których możliwe jest dokonanie zakupu produktów marki Philipiak, realizowane są przez spółkę [*****].

Odnosząc się do stawianego przez Prezesa Urzędu zarzutu uchybienia art. 172 pt, Spółka wskazała, że pojęcie „marketingu bezpośredniego” nie ma jednej, ostatecznie zaakceptowanej, definicji legalnej. W ocenie Spółki celem marketingu bezpośredniego jest osiągnięcie skutku/dążenie do osiągnięcia skutku w postaci reakcji o charakterze transakcyjnym (np. zawarcia umowy). Spółka zaznaczyła, że działania polegające na telefonicznym zapraszaniu konsumentów na „warsztaty żywieniowe, podczas których poznają oni tajniki zdrowej kuchni oraz zasady zdrowego odżywiania się, ale także mają możliwość poznania oferty Philipiak Milano, nie spełniają dyspozycji art. 172 ust.1 prawa telekomunikacyjnego, jako że nie stanowią marketingu bezpośredniego. Działania takie nie są zindywidualizowane oraz nie mają na celu spowodowania reakcji konsumenta o charakterze handlowym”. Philipiak zaznaczyła, że pojęcie marketing bezpośredni jest formą „przekazu informacji handlowej”. Zgodnie bowiem z przepisami ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 1341) przekaz informacji handlowej to przekazywanie, w dowolnej formie, informacji służących promocji działalności gospodarczej, w szczególności reklama, marketing bezpośredni, sponsorowanie, promocja sprzedaży i inne akcje promocyjne. W ocenie Spółki pojęcie marketing bezpośredni traktowany jest jako jeden z desygnatów zbioru zawierającego różne formy marketingu, łącznie definiowanego jako przekaz informacji handlowej. W związku z powyższym, nie każdy kontakt przedsiębiorcy z konsumentem z wykorzystaniem telefonu, który to kontakt obejmuje informacje o usługach czy towarze, mieści się w zakresie pojęcia „marketingu bezpośredniego”.

Niezależnie jednak od przedstawionego przez Spółkę stanowiska, wniosła ona o wydanie decyzji zobowiązującej. Następnie w toku przedmiotowego postępowania zaproponowane przez Spółkę zobowiązanie było modyfikowane i uszczegóławiane pismami z dnia 21 stycznia 2016 r., 25 marca 2016 r., 15 listopada 2016 r., 18 listopada 2016 r. oraz 30 grudnia 2016 r. Ponadto, treść zobowiązania była konsultowana w trakcie spotkań przedstawicieli Spółki z przedstawicielami Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Podczas ostatniego spotkania, które odbyło się w dniu 16 grudnia 2016 r. Spółka poinformowała o planowanej w pierwszym kwartale 2017 r. zmianie modelu biznesowego, która miałaby polegać na [*****] *****] oraz poinformowała o planowanym zakończeniu współpracy ze spółkami [*****] oraz [*****].

Szczegóły dotyczące składanych przez Spółkę wniosków o wydanie decyzji zobowiązującej oraz uzasadnienie odmowy ich uwzględnienia zostały przedstawione w dalszej części niniejszej decyzji (s. 22-24).

Spółka w piśmie z dnia 30 grudnia 2016 r. wskazała, że w związku z planowanymi zmianami modelu biznesowego oraz planowanym zakończeniem współpracy ze spółką [*****] gotowa jest złożyć oświadczenie o zaniechaniu zarzucanej przez Prezesa Urzędu praktyki. Spółka oświadczyła, że definitywne zaniechanie zarzucanej jej przez Prezesa Urzędu

praktyki będzie możliwe do dnia 15 lutego 2017 r., kiedy to zostanie zakończona współpraca z [*****].

Następnie, pismem z dnia 6 czerwca 2017 r. Spółka oświadczyła, że całkowicie zmieniła model biznesowy, koncentrując się [*****], podkreślając, że aktualnie głównym obszarem jej działalności jest hurtowa sprzedaż drobnego sprzętu AGD. Ponadto wskazała, iż nie organizuje już pokazów, jednocześnie zaznaczając, że istnieje możliwość dokonania zakupu produktów marki Philipiak na pokazach organizowanych przez inne podmioty. Spółka wskazała również, że [*****]. Jednocześnie w ww. piśmie Spółka oświadczyła, że [*****].

Prezes Urzędu, pismem z dnia 7 sierpnia 2018 r. wezwał Spółkę do przekazania informacji, czy powyższe oświadczenia Spółki pozostają aktualne. W odpowiedzi, pismem z dnia 10 września 2018 r., Spółka podtrzymała powyższe wyjaśnienia złożone w piśmie z dnia 6 czerwca 2017 r. wskazując, że nie powróciła do organizowania pokazów, na które zapraszała potencjalnych klientów poprzez wykorzystywanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych oraz doprecyzowując, iż sprzedaż konsumencką zakończyła w dniu [*****].

W toku postępowania Spółka przekazała kopie 20 przykładowych oświadczeń konsumentów zawierających zgody marketingowe wyrażone podczas pokazów. Zgody te były składane przez konsumentów na bonach podarunkowych oraz miały następującą treść:

„ TAK NIE Wyrażam zgodę na zbieranie i przetwarzanie w celach marketingowych moich danych osobowych podanych powyżej [imię, nazwisko, adres, numer telefonu - przyp.włas.], przez Philipiak Polska Spółka Akcyjna sp.k. z siedzibą w Warszawie przy ul. Strażackiej 63/65. Zgoda obejmuje przetwarzanie danych osobowych w przyszłości, o ile nie zmieni się cel przetwarzania. Przyjmuję do wiadomości, że przetwarzanie będzie odbywać się wyłącznie zgodnie z ustawą z dnia 29.08.1997 r. o ochronie danych osobowych (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 1182 z późn. zm.); przekazanie danych ma charakter dobrowolny, mam w każdej chwili prawo do uzyskania informacji o treści przetwarzanych danych oraz prawo ich poprawiania i usunięcia, a także prawo cofnięcia zgody.

TAK NIE Wyrażam zgodę na używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących w stosunku do podanego przeze mnie numeru telefonu dla celów marketingu bezpośredniego Philipiak Polska Spółka Akcyjna sp.k. z siedzibą w Warszawie przy ul. Strażackiej 63/65. Zgoda ma charakter dobrowolny i w każdej chwili mam prawo do jej cofnięcia.”

Przekazane przez Spółkę bony pochodziły z okresu pomiędzy 7 a 10 czerwca 2016 r.

Ponadto Spółka przekazała kopie 20 przykładowych umów zawartych w okresie od kwietnia do grudnia 2016 r., zawierających oświadczenia konsumentów w zakresie zgody marketingowej o treści:

„ Wyrażam zgodę na przetwarzanie moich danych osobowych przez Philipiak Polska Spółka Akcyjna sp.k. z siedzibą w Warszawie (ul. Strażacka 63/65) w celach marketingowych.

Wyrażam zgodę na przekazywanie moich danych osobowych osobom trzecim współpracującym z Philipiak Polska Spółka Akcyjna sp.k. z siedzibą w Warszawie (ul. Strażacka 63/65) w celach marketingowych.

Przyjmuję do wiadomości, że przetwarzanie danych i ich przekazywanie będzie odbywać się wyłącznie zgodnie z ustawą z dnia 29.08.1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1182 z późn. zm.); podanie danych jest dobrowolne, mam prawo dostępu do treści swoich danych oraz ich poprawiania, a moja zgoda może być odwołana w każdym czasie.”

W toku przedmiotowego postępowania Prezes Urzędu wezwał [*****], pismami z dnia 22 grudnia 2016 r. oraz 21 lutego 2017 r., oraz [*****], pismami z dnia 22 grudnia 2016 r., 14 lutego 2017 r. oraz 6 czerwca 2017 r. do przekazania informacji i dokumentów niezbędnych do ustalenia stanu faktycznego sprawy.

Dokumenty i wyjaśnienia zostały przekazane przez [*****] pismami z dnia 5 stycznia 2017 r. oraz 14 marca 2017 r. [*****] również udzieliła odpowiedzi Prezesowi Urzędu pismami z dnia 4 stycznia 2017 r. oraz 27 lutego 2017 r.

Jako materiał dowodowy do postępowania zostały także włączone skargi konsumentów dotyczące działań marketingowych podejmowanych przez Philipiak oraz materiały wykorzystywane przez Spółkę, tj.:

1. kopia bonu prezentowego - „Bon - potwierdzenie odbioru prezentu” (numery bonów: 5164910371, 5164910372, 5164910373, 5164910374);
2. kopia zaproszenia na pokaz (numer zaproszenia: 5164910370);
3. wiadomość e-mail z dnia 23 września 2015 r. wysłana przez konsumenta;
4. wiadomość e-mail z dnia 4 listopada 2015 r. skierowana przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów do konsumenta;
5. wiadomość e-mail z dnia 12 listopada 2015 r. wysłana przez konsumenta;
6. pismo Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 listopada 2015 r. skierowane do konsumentki, DDK-690-786/15;
7. pismo konsumentki z dnia 17 listopada 2015 r. skierowane do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Pismem z dnia 10 grudnia 2018 r. Spółka została zawiadomiona o zakończeniu zbierania materiału dowodowego w niniejszym postępowaniu oraz o możliwości zapoznania się z aktami sprawy. Spółka nie skorzystała z możliwości zapoznania się z aktami sprawy.

Prezes Urzędu ustalił, co następuje:

Smak i Zdrowie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa (dawniej: Philipiak Polska Spółka Akcyjna spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie) jest spółką prawa polskiego zarejestrowaną w Rejestrze Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy pod numerem KRS: 0000500170 prowadzącą działalność gospodarczą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Działając pod firmą Philipiak Polska Spółka Akcyjna sp.k., Spółka prowadziła działalność gospodarczą z zakresu sprzedaży detalicznej naczyń ze stali szlachetnej, a także sztućców i zastaw stołowych. Sprzedaż prowadzona była poza lokalem przedsiębiorstwa, w trakcie pokazów i za pośrednictwem [*****]

*****]
*****] (dowód: karta nr 7 akt adm.).

Po zmianie modelu biznesowego, Spółka w piśmie z dnia 6 czerwca 2017 r. oświadczyła, że skupiła się na [*****]
*****]
*****] wskazując, że przedmiotem jej działalności jest sprzedaż drobnego sprzętu AGD. W wyżej wymienionym piśmie Spółka wskazała, że nie organizuje również pokazów, jednakże konsumenci mogą nabyć produkty marki Philipiak na pokazach organizowanych przez inne podmioty (dowód: karta nr 402 akt adm.), pismem z dnia 10 września 2018 r., doprecyzowując swoje stanowisko zawarte w wyżej wymienionym piśmie z dnia 6 czerwca 2017 r. oświadczyła, że ostatecznie sprzedaż konsumencką zakończyła z dniem [*****] (dowód: karta nr 425 akt adm.).

W toku prowadzonej działalności Spółka współpracowała z [*****]
*****] (dowód: karta nr 7 akt adm.).

Współpraca Philipiak z [*****] trwała od [*****] r. (dowód: karta nr 302 akt adm.) i obejmowała organizację pokazów produktów marki Philipiak oraz organizację telefonicznego zapraszania konsumentów na niniejsze pokazy (dowód karta nr 7 akt adm.). Z przedmiotową spółką Philipiak [*****] (dowód: karta nr 7, 36 akt adm.). [*****] czynności związane z telefonicznym zapraszaniem konsumentów na pokazy produktów marki Philipiak zlecał spółce [****] (dowód: karta 7 akt adm.). Na podstawie wyjaśnień przekazanych przez [*****] i [*****], Prezes Urzędu ustalił, że współpraca tych podmiotów nie była sformalizowana i opierała się jedynie na telefonicznych zleceniach poszczególnych akcji telemarketingowych (dowód: karta nr 290, 302). Spółki współpracowały ze sobą w okresie od [*****] do [*****] (dowód: karta nr 302, 371 akt adm.).

Współpraca Philipiak z [*****] polegała na udostępnianiu [*****] bazy danych administrowanej przez Philipiak, w celu wykonywania przez [*****] czynności związanych z telefonicznym zapraszaniem konsumentów. [*****]
*****]
*****] (dowód karta nr 7, 36, 42 akt adm.).

Na podstawie wyjaśnień złożonych przez spółkę [*****] w piśmie z dnia 3 września 2015 r. ustalono, że spółka ta nie była zobligowana do rejestrowania rozmów telefonicznych przeprowadzanych z konsumentami w celu zaproszenia ich na pokaz produktów marki Philipiak (dowód: karta nr 131 akt adm.).

[*****] nie przekazała żądanych przez Prezesa Urzędu w piśmie z dnia 24 sierpnia 2015 r. nagrań 30 rozmów telefonicznych, które przeprowadziła po dniu 25 grudnia 2014 r.² z konsumentami na zlecenie [*****], którego przedmiotem było zapraszanie konsumentów na pokazy produktów marki Philipiak oraz oświadczyła, że nie jest w stanie wskazać na jakiej podstawie nastąpił z nimi kontakt telefoniczny, tj. przedstawienie w odniesieniu do każdej z żądanych przez Prezesa Urzędu nagrań rozmowy, uzyskanej uprzednio zgody konsumenta (jej treści) na używanie w stosunku do niego telekomunikacyjnych urządzeń końcowych dla celów marketingu bezpośredniego, stosownie do wymagań art. 172 prawa telekomunikacyjnego, lub też przedstawienie treści innych zgód, na podstawie których wykonała połączenia telefoniczne do konsumentów (dowód: karta nr 131 akt adm.).

² Data wejścia w życie nowelizacji art. 172 ust. 1 prawa telekomunikacyjnego rozszerzającej niniejszy zakaz używania dla celów marketingu bezpośredniego, bez uprzedniej zgody abonenta lub użytkownika końcowego, automatycznych systemów wywołujących o telekomunikacyjne urządzenia końcowe.

Na podstawie przekazanych przez Spółkę wyjaśnień ustalono, że numery telefonów konsumentów, na które wykonywane były połączenia telefoniczne celem zaproszenia na pokaz produktów marki Philipiak, pozyskiwane były z następujących źródeł:

1. baz danych powierzanych Spółce do wykorzystania w celach marketingowych w ramach umowy ze [*****];
2. w wyniku uzyskania od konsumentów zgód na przetwarzanie ich danych osobowych w celach marketingowych, udzielonych odrębnie przy zawarciu umowy z Philipiak (treść formuły używanej przez Spółkę - s. 8 decyzji);
3. w wyniku uzyskania od konsumentów zgód na przetwarzanie ich danych osobowych w celach marketingowych oraz zgód na używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych w stosunku do podanego przez konsumenta numeru telefonu dla celu marketingu bezpośredniego, udzielonych na bonie prezentowym, tj. dokumencie, który uczestnik pokazu podpisuje potwierdzając otrzymanie upominku za obecność na pokazie (treść formuły używanej przez Spółkę - s. 8 decyzji);
4. uzyskanych w wyniku anonimowego generowania numeru telefonu w systemie informatycznym stworzonym przez Philipiak - system o nazwie [****];
(dowód: karta nr 8 akt adm.).

Prezes Urzędu wezwał Spółkę do wskazania, w jaki sposób nastąpiło przekazanie bazy danych na mocy umowy o korzystanie z bazy danych zawartej z [*****] w dniu [*****]. W odpowiedzi Spółka oświadczyła, że powierzenie bazy danych na mocy przedmiotowej umowy było jednorazowe, jednakże powierzenie baz danych [*****] następowało wielokrotnie na mocy pojedynczych umów o korzystanie z bazy danych poprzez udzielanie jedynie na czas określony elektronicznego dostępu do bazy danych [*****]. Dla zobrazowania współpracy, Spółka przekazała Prezesowi Urzędu kolejną umowę zawartą z tą spółką oraz oświadczyła, że po dniu [*****] umowy o korzystanie z bazy danych nie były zawierane. Spółka opisała również sposób dostępu do baz danych [*****] (dowód: karta nr 228 akt adm.).

Jak wynika z przekazanych przez Spółkę wyjaśnień, baza danych [*****] powierzana do korzystania przez nią obejmowała rekordy w postaci [*****³]. Celem powierzenia bazy danych było udostępnienie baz danych w celu jednorazowego przeprowadzenia telemarketingowej kampanii sprzedażowej (dowód: karta nr 229 akt adm.). Udostępnione przez [*****] rekordy, zgodnie z zamówieniem składanym przez Philipiak, zawierały: imię, nazwisko, miasto oraz numer telefonu. Wskazany przez Philipiak cel wykorzystania bazy danych został określony jako „umawianie spotkań sprzedażowych” (dowód: karta nr 238 akt adm.). Baza danych [*****] była przekazywana na podstawie art. 31 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2016 r. poz. 922, dalej jako: ustawa o ochronie danych osobowych) (dowód: karta nr 15, 236 akt adm.).

Zarówno [*****], jak i [*****] posiadały dostęp do baz danych powierzonych do korzystania Philipiak. Potwierdzają to [*****] (dowód: karta nr 42 akt adm.).

³[***].

Niemniej jednak z wyjaśnień przekazanych przez Philipiak wynika, że system [****] został stworzony i był administrowany przez nią, nie zaś przez [*****] czy [*****], które posiadały do niego dostęp elektroniczny (dowód: karta nr 231 akt adm.). Philipiak oświadczyła, że zaprzestała generowania numerów z wykorzystaniem systemu [****] w dniu 1 kwietnia 2016 r., oraz wskazała, że: „*po tej dacie czynności polegające na wykonywaniu połączeń w pełni przejęła spółka [*****], która realizuje działania telemarketingowe jako podwykonawca [*****], wykorzystując w tym celu informacje pozyskiwane we własnym zakresie*” (dowód: karta nr 229 akt adm.).

[*****] w piśmie z dnia 4 stycznia 2017 r. wskazała, iż wykorzystuje numery telefonów anonimowo - bez możliwości identyfikacji abonenta przed wykonaniem rozmowy (dowód: karta nr 291 akt adm.). W piśmie z dnia 27 lutego 2017 r. [*****] doprecyzowała, iż wykorzystywanie numerów telefonów anonimowo polegało na tym, że używane przez nią numery nie były powiązane z danymi abonenta tego numeru: „*nawet jeśli wykorzystywany numer pochodzący z bazy Philipiak to dzwoniący nie wiedział, do kogo dzwoni, jak również nie było to ujęte w systemie*” (dowód: karta nr 372 akt adm.). Jak wskazała [*****] po połączeniu z danym numerem telefonu, pracownicy [*****] zobligowani byli do uzyskania zgody na rozmowę, a w przypadku jej udzielenia również do uzyskania zgody na przekazanie informacji handlowych. Dopiero po uzyskaniu przedmiotowych zgód, pracownicy [*****] mogli pozyskać dane osobowe konsumenta (dowód: karta nr 372 akt adm.).

Również z wyjaśnień przekazanych przez Philipiak wynikało, że po przeprowadzonej rozmowie telefonicznej i wyrażeniu przez konsumenta chęci wzięcia udziału w pokazie organizowanym w imieniu Philipiak, osoba kontaktująca się z konsumentem prosiła konsumenta o podanie imienia, nazwiska, jak również adresu korespondencyjnego w celu wysłania zaproszenia na pokaz (dowód: karta nr 9 akt adm.).

Jednakże, [*****] nie wskazała wnioskowanej przez Prezesa Urzędu w piśmie z dnia 14 lutego 2017 r. ilości pozyskanych w taki sposób danych oraz nie przekazała 20 przykładowych rekordów zawierających pozyskane przez nią w powyżej opisany sposób zgody na rozmowę. [*****] wskazała, że numery były wykorzystywane losowo, bez sporządzania jakichkolwiek zestawień oraz że nie zostały utworzone żadne bazy danych, a jedynie zestawienia numerów telefonów (dowód: karta nr 372 akt adm.).

Ponadto [*****] w piśmie z dnia 27 lutego 2017 r. oświadczyła, że jednym ze źródeł z jakich pozyskiwała numery telefonów były również „*numery ze źródeł powszechnie dostępnych tj. stron internetowych*”. Niemniej jednak, [*****] także nie przekazała informacji o ilości pozyskanych w taki sposób numerów telefonów wraz ze wskazaniem stosownych zgód na kontakt z abonentem (dowód: karta nr 372 akt adm.).

Philipiak w piśmie z dnia 30 grudnia 2016 r. wskazała, że wobec planowanych zmian modelu biznesowego oraz planowanym zakończeniem współpracy z [*****] gotowa jest złożyć oświadczenie o zaniechaniu zarzucanej przez Prezesa Urzędu praktyki zaznaczając, że definitywne zaniechanie zarzucanej jej praktyki będzie możliwe od dnia, w którym zostanie zakończona współpraca z [*****] (dowód: karta nr 233 akt adm.). Natomiast [*****] oświadczyła, że współpraca z [*****], a tym samym z Philipiak została definitywne zakończona z dniem 1 lutego 2017 r. (dowód: karta nr 371). Następnie Philipiak w piśmie z dnia 6 czerwca 2017 r. oświadczyła, że całkowicie zmieniła model działalności oraz podkreśliła, że nie organizuje już pokazów produktów marki Philipiak (dowód: karta nr 402 akt adm.). Z powyższych oświadczeń spółek wynika, że zarzucana przez Prezesa Urzędu praktyka polegająca na wykorzystywaniu telekomunikacyjnych urządzeń końcowych dla celów marketingu bezpośredniego bez uprzedniej zgody konsumentów została zaniechana przez Spółkę w dniu 1 lutego 2017 r., co Spółka potwierdziła w piśmie z dnia 10 września 2018 r. (dowód: karta nr 422, 425 akt adm.).

Podsumowując, Philipiak organizację związaną z telefonicznym zapraszaniem potencjalnych klientów powierzała [*****]. Natomiast wykonywanie połączeń telefonicznych, celem zaproszenia konsumentów na pokaz produktów marki Philipiak, [*****] zlecała [*****]. Wskazać bowiem należy, że zarówno Philipiak, jak i [*****] nie posiadały infrastruktury umożliwiającej telefoniczne zapraszanie konsumentów na przedmiotowe pokazy. Philipiak zorganizowała system pozyskiwania numerów telefonów (opis sposobów pozyskiwania numerów telefonów - s. 10 decyzji), a następnie udostępniła je spółce [*****], w celu przeprowadzenia powyżej wymienionej akcji telemarketingowej. Wskazać należy, że ani Philipiak, ani [*****] nie kontrolowały wykonywania przez [*****] działań związanych z telefonicznym zapraszaniem konsumentów na pokazy produktów marki Philipiak. Współpraca spółek trwała pomimo wszczętego przez Prezesa Urzędu postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Współpraca [*****] z [*****] była zorganizowana w taki sposób, że [*****] nie była zobowiązana przez [*****] do rejestrowania przeprowadzonych rozmów i ich przechowywania. Ponadto Philipiak również nie zobowiązała [*****] do rejestrowania przeprowadzanych rozmów telefonicznych.

Oceniając przedstawiony stan faktyczny Prezes Urzędu zważył, co następuje:

Niniejsze postępowanie zostało wszczęte 28 sierpnia 2015 r. na podstawie przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r., poz. 184, ze zm.). Dnia 17 kwietnia 2016 r. weszła w życie nowelizacja przepisów tej ustawy na podstawie ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz.1634;). Zgodnie z art. 7 ustawy zmieniającej, do spraw w których postępowanie przed Prezesem Urzędu wszczęto przed dniem wejścia w życie ustawy zmieniającej, stosuje się przepisy dotychczasowe.

I. Naruszenie interesu publicznego.

Stosownie do art. 1 ust. 1 uokik, ochrona interesów konsumentów podejmowana w ramach działań Prezesa Urzędu jest prowadzona w interesie publicznym. Naruszenie interesu publicznego stanowi podstawę do rozstrzygnięcia przez Prezesa Urzędu sprawy w oparciu o przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Interes publiczny zostaje naruszony w szczególności wówczas, gdy określonymi działaniami przedsiębiorcy dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku, względnie, gdy wywołują one na rynku niekorzystne zjawiska, powodując zaburzenia w jego prawidłowym funkcjonowaniu (por. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 24 października 1991 r., sygn. akt XVII Amr 8/90, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2008 r., sygn. III SK 40/07). W ocenie Prezesa Urzędu, rozpatrywana sprawa ma charakter publiczny, ponieważ wiąże się z ochroną praw potencjalnie nieograniczonej liczby konsumentów, którzy mogli być narażeni na negatywne skutki praktyk stosowanych przez Spółkę. Interes publiczny przejawia się także w postaci zbiorowego interesu konsumentów.

Z uwagi na to, że w niniejszej sprawie ma miejsce naruszenie przez Spółkę interesu publicznego, możliwe jest poddanie kwestionowanych działań Spółki ocenie w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, pod kątem stosowania przez nią praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

II. Naruszenie zakazu określonego w art. 24 uokik.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 uokik, zakazane jest stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Natomiast art. 24 ust. 2 uokik w brzmieniu obowiązującym na dzień

wszczęcia postępowania stanowił między innymi, że przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działania przedsiębiorcy. Zgodnie z art. 24 ust. 3 uokik zbiorowym interesem konsumentów nie jest suma indywidualnych interesów.

Zbiorowe interesy konsumentów podlegają zatem ochronie przed wymierzonymi w nie naruszeniami, polegającymi na sprzecznych z prawem działaniach przedsiębiorców.

W związku z powyższym, dla uznania działania przedsiębiorcy za niezgodne z zawartym w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów zakazem stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów należy wykazać, że spełnione zostały kumulatywnie trzy następujące przesłanki:

1. kwestionowane działanie jest działaniem przedsiębiorcy;
2. działanie to jest bezprawne;
3. działanie to godzi w zbiorowy interes konsumentów.

1. Status przedsiębiorcy.

Zgodnie z art. 4 pkt 1 uokik pod pojęciem przedsiębiorcy należy rozumieć przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2017 r. poz. 2168, ze zm., dalej: ustawa o swobodzie działalności gospodarczej).

Należy zauważyć, że w dniu 30 kwietnia 2018 r. weszła w życie ustawa z dnia 6 marca 2018 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo przedsiębiorców oraz inne ustawy dotyczące działalności gospodarczej (Dz. U. 2018 poz. 650), która to uchyliła ustawę o swobodzie działalności gospodarczej, niemniej jednak jej przepis przejściowy wskazał, iż do postępowań w sprawach przedsiębiorców wszczętych na podstawie przepisów dotychczasowych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (Dz. U. 2018 poz. 646), stosuje się przepisy dotychczasowe⁴. W związku z tym, iż niniejsze postępowanie zostało wszczęte przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (Dz. U. 2018 poz. 646) pod pojęciem przedsiębiorcy w ustawie uokik należy rozumieć przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów uchylonej ustawy o swobodzie działalności gospodarczej.

Przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną - wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Przepis art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej definiuje działalność gospodarczą jako zarobkową działalność wytwórczą, handlową, budowlaną, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodową wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły.

Smak i Zdrowie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa (dawniej: Filipiak Polska Spółka Akcyjna spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie) jest spółką prawa polskiego zarejestrowaną w Rejestrze Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy pod numerem KRS: 0000500170, prowadzącą działalność gospodarczą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Spółka prowadziła działalność gospodarczą z zakresu sprzedaży detalicznej naczyń ze stali szlachetnej,

⁴ Zgodnie z art. 196 ust. 1 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo przedsiębiorców oraz inne ustawy dotyczące działalności gospodarczej (Dz. U. 2018 poz. 650) do postępowań w sprawach przedsiębiorców wszczętych na podstawie przepisów dotychczasowych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy, o której mowa w art. 1 ust. 1, stosuje się przepisy dotychczasowe.

a także sztućców i zastaw stołowych. Natomiast w toku przedmiotowego postępowania Spółka oświadczyła, że zmieniła swój model biznesowy na działalność związaną ze sprzedażą drobnego sprzętu AGD oraz [*****].

Mając na uwadze powyższe, nie ulega wątpliwości, iż Spółka posiada status przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 uokik. Tym samym, przy wykonywaniu działalności gospodarczej podlega ona rygorom określonym w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów i jej działania mogą podlegać ocenie w aspekcie naruszenia zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Należy także zauważyć, iż w dniu wszczęcia niniejszego postępowania Spółka funkcjonowała pod nazwą Philipiak Polska Spółka Akcyjna spółka komandytowa. W trakcie postępowania Spółka dwukrotnie dokonała zmiany nazwy. Spółka zmieniła nazwę na Radika Polska Spółka Akcyjna spółka komandytowa. Następnie, zgodnie z informacją odpowiadającą odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego Spółki - stan na dzień 6 listopada 2018 r., Spółka ponownie zmieniła nazwę na Smak i Zdrowie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa. Należy zaznaczyć, że przy zmianie nazwy spółki prawa handlowego nie dochodzi do powstania nowego podmiotu w związku z tym, nie dochodzi do zmiany strony postępowania administracyjnego.

2. Bezprawność działań.

Bezprawność rozumiana jest jako sprzeczność z obowiązującym porządkiem prawnym. Przy ocenie zachowania przedsiębiorcy rozważenia wymaga kwestia, czy było ono zgodne, czy też niezgodne z obowiązującymi zasadami porządku prawnego. Źródłem tych zasad są normy prawa powszechnie obowiązującego, a także nakazy i zakazy wynikające z zasad współżycia społecznego i dobrych obyczajów. Na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów sankcjonowane jest zatem zachowanie przedsiębiorcy sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami.

W przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z zachowaniem przedsiębiorcy sprzecznym z prawem. Kwestionowane działania Spółki polegają na naruszeniu przepisów ustawy prawo telekomunikacyjne.

W związku z powyższym, przedmiotem rozstrzygnięcia Prezesa Urzędu jest wykazanie, że w ustalonym stanie faktycznym Spółka dopuściła się naruszenia dyspozycji art. 172 ust. 1 w zw. z art. 174 pt, zgodnie z którą zakazane jest używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, chyba że abonent lub użytkownik końcowy uprzednio wyraził na to zgodę, a zgoda, o której mowa powyżej, nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści, może być wyrażona drogą elektroniczną, pod warunkiem jej utrwalenia i potwierdzenia przez użytkownika, oraz może być wycofana w każdym czasie, w sposób prosty i wolny od opłat.

Przez abonenta należy rozumieć, stosownie do art. 2 pkt 1 pt podmiot będący stroną umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych zawartej z dostawcą publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych. Użytkownikiem końcowym jest natomiast zgodnie art. 2 pkt 50 pt podmiot korzystający z publicznie dostępnej usługi telekomunikacyjnej lub żądający świadczenia takiej usługi, dla zaspokojenia własnych potrzeb.

W tym miejscu należy zaznaczyć, że podmiot stosujący marketing bezpośredni ponosi odpowiedzialność w zakresie prawidłowości udzielonych przez abonentów lub użytkowników końcowych zgód, o których mowa w art. 172 pt, niezależnie od tego czy sam uzyskiwał przedmiotowe zgody czy też uzyskał bazę zgód od podmiotu trzeciego. W świetle wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. (III SZP 7/15), obowiązek uzyskania

zgody abonenta lub użytkownika końcowego celem legalnego korzystania z automatycznych systemów wywołujących i telekomunikacyjnych urządzeń końcowych dla celów marketingu bezpośredniego obciąża przedsiębiorcę, który zleca ich użycie w tym celu innemu przedsiębiorcy, któremu przekazał bądź udostępnił stosowną bazę danych. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu prawnym ww. wyroku, odnosząc się do zlecenia podmiotowi trzeciemu używania automatycznego systemu wywołującego (tym samym: telekomunikacyjnego urządzenia końcowego) dla celów marketingu bezpośredniego, wyraził następujące stanowisko:

„Tym bardziej zlecenie przez dostawcę publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych innemu przedsiębiorcy wysyłania wiadomości noszących znamiona marketingu bezpośredniego przy użyciu automatycznych systemów wywołujących SMS i IVR [przypis własny: Interactive Voice Response - nazwa systemu pozwalającego na interaktywną obsługę osoby dzwoniącej] na przekazane przez dostawcę numery telefonów jest używaniem automatycznych systemów wywołujących [przypis własny: (dalej jako: ASW)] dla celów marketingu bezpośredniego przez tego dostawcę. W świetle konstrukcji zakazu używania ASW w takim stanie faktycznym nie ma znaczenia, czy dostawca posługuje się samodzielnie ASW, czy też zleca posłużenie się ASW innemu podmiotowi dla celów marketingu bezpośredniego usług tego dostawcy telekomunikacyjnego. Przepis art. 172 ust. 1 PT nie wprowadza rozróżnienia między takimi sytuacjami. W sytuacji, gdy dostawca określa zasady działań marketingowych, grupę docelową oraz przekazuje numery komórkowe, na które mają być wykonywane połączenia przez ASW, a dodatkowo dołącza zgody marketingowe, to w ocenie Sądu Najwyższego jest to używanie ASW w rozumieniu art. 172 ust. 1 PT, a takie używanie wymaga uzyskania uprzedniej zgody abonenta lub użytkownika końcowego. W konsekwencji Sąd Najwyższy uznaje, że obowiązek uzyskania zgody abonenta celem legalnego korzystania z ASW obciąża przedsiębiorcę, który faktycznie używa ASW oraz przedsiębiorcę, który posługuje się ASW innego przedsiębiorcy (zleca użycie ASW innemu przedsiębiorcy) dla celów marketingu bezpośredniego adresowanego do abonentów i użytkowników końcowych, których bazę przekazał temu innemu przedsiębiorcy.”

W toku przedmiotowego postępowania Prezes Urzędu ustalił, że Spółka kierowała do konsumentów zaproszenia na spotkania sprzedażowe za pośrednictwem telefonu. Spółka powyższe działania realizowała za pośrednictwem podmiotu zewnętrznego udostępniając mu swoją bazę danych zawierającą numery telefonów, jak również system pozwalający na wygenerowanie numerów telefonów. Odnosząc się do twierdzenia Spółki zgodnie z którym wskazała ona, iż sposób oraz zakres prowadzonych rozmów telefonicznych nie stanowiły nigdy jej działań, a obowiązki związane z organizacją pokazów i zebraniem odpowiedniej liczby uczestników, należały do zakresu działania spółek współpracujących z Philipiak, należy wskazać, iż z powyżej przytoczonego stanowiska Sądu Najwyższego, w świetle konstrukcji zakazu określonego w art. 172 ust. 1 pt nie ma znaczenia, czy przedsiębiorca posługuje się samodzielnie automatycznym systemem wywołującym (tym samym: telekomunikacyjnym urządzeniem końcowym), czy też zleca posłużenie się tym systemem innemu podmiotowi dla celów marketingu bezpośredniego związanych z jego usługami. W związku z powyższym, w niniejszej sprawie należy przyjąć tożsamą ocenę prawną działań Spółki w zakresie zlecenia przez nią akcji telemarketingowych podmiotom zewnętrznym, z oceną wyrażoną w powyżej przedstawionym stanowisku Sądu Najwyższego.

Przez telekomunikacyjne urządzenia końcowe zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 43 prawa telekomunikacyjnego należy rozumieć urządzenia telekomunikacyjne przeznaczone do podłączenia bezpośrednio lub pośrednio do zakończeń sieci. Urządzeniem telekomunikacyjnym jest zaś urządzenie elektryczne lub elektroniczne przeznaczone do zapewniania telekomunikacji (art. 2 ust. 1 pkt 46 prawa telekomunikacyjnego). Urządzeniem tym niewątpliwie jest telefon.

2.1. Naruszenie art. 172 ust. 1 w zw. z art. 174 prawa telekomunikacyjnego.

Ustanowienie w art. 172 ust. 1 prawa telekomunikacyjnego zakazu kontaktowania się przez przedsiębiorcę w celu marketingu bezpośredniego, bez uzyskania uprzedniej zgody abonenta lub użytkownika końcowego, wynika z transpozycji do krajowego porządku prawnego art. 13 dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (Dz. U. L 201 z 31.7.2002, ze zm.; dalej jako „dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej”)⁵.

Zgodnie z art. 13 ww. dyrektywy:

ust. 1. używanie automatycznych systemów wywołujących i systemów łączności bez ludzkiej ingerencji (automatyczne urządzenia wywołujące), faksów lub poczty elektronicznej do celów marketingu bezpośredniego może być dozwolone jedynie wobec abonentów lub użytkowników, którzy uprzednio wyrazili na to zgodę.

ust. 2 niezależnie od przepisów ust. 1, w przypadku gdy osoba fizyczna lub prawna otrzymuje od swoich klientów szczegółowe elektroniczne dane kontaktowe dotyczące kontaktu z nimi za pomocą poczty elektronicznej, w kontekście sprzedaży produktu lub usługi, zgodnie z dyrektywą 95/46/WE, ta sama osoba fizyczna lub prawna może używać tych szczegółowych elektronicznych danych kontaktowych na potrzeby marketingu bezpośredniego swoich własnych podobnych produktów lub usług, pod warunkiem że klienci zostali jasno i wyraźnie poinformowani o możliwości sprzeciwienia się, w prosty i wolny od opłat sposób, takiemu wykorzystywaniu elektronicznych danych kontaktowych w chwili ich pobierania oraz przy każdej okazji otrzymywania wiadomości, w przypadku klientów, którzy początkowo nie sprzeciwili się takiemu wykorzystywaniu.

ust. 3. państwa członkowskie podejmują odpowiednie środki w celu zapewnienia, aby niezamówione komunikaty do celów marketingu bezpośredniego, w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2, nie były dozwolone bez zgody abonentów lub użytkowników bądź w odniesieniu do abonentów lub użytkowników, którzy nie życzą sobie otrzymywania tego typu komunikatów, przy czym wybór między tymi opcjami zostaje ustalony przez przepisy krajowe, z uwzględnieniem faktu, że obie te opcje muszą być dla abonenta lub użytkownika bezpłatne.

Powyżej przytoczony art. 13 ust. 3 dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej odnosi się do niezamówionych komunikatów dla celów marketingu bezpośredniego przekazywanych przy wykorzystaniu innych niż automatyczne urządzenia wywołujące, faksy i pocztę elektroniczną środków porozumiewania się na odległość, a więc w szczególności przez połączenia telefoniczne (głosowe), inne niż połączenia wykonywane przez automaty tzw. IVR (Interactive Voice Response).

Transpozycja ww. art. 13 dyrektywy została dokonana ustawą z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (Dz. U. z 2014, poz. 827), która znowelizowała z dniem jej wejścia w życie - 25 grudnia 2014 r. - artykuł 172 ust. 1 prawa telekomunikacyjnego poprzez rozszerzenie zakazu używania dla celów marketingu bezpośredniego, bez uprzedniej zgody abonenta lub użytkownika końcowego, automatycznych systemów wywołujących o telekomunikacyjne urządzenia końcowe. Tym samym, obowiązujący od 25 grudnia 2014 r. w nowym brzmieniu art. 172 ust. 1 pt wprowadził od tej daty w polskim porządku prawnym wymóg uzyskania uprzedniej zgody na używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych dla celów marketingu bezpośredniego. W doktrynie podkreśla się, że „wprowadzona modyfikacja jest uzasadniona w związku z uchYLENIEM przez ustawę

⁵ Uzasadnienie do projektu ustawy o prawach konsumenta z dnia 17 stycznia 2014 r., druk nr 2076, Sejm Rzeczypospolitej Polskiej VII kadencja Prezes Rady Ministrów, Warszawa, 2014.

o prawach konsumenta ustawy o ochronie niektórych praw konsumentów i odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny [dalej: uonpk - przyp włas.]⁶, a w szczególności jej art. 6 ust. 3, który stanowił, że uprzedniej zgody konsumenta wymaga posłużenie się telefonem, wizjofonem, telefaksem, pocztą elektroniczną, automatycznym urządzeniem wywołującym lub innym środkiem komunikacji elektronicznej w celu złożenia propozycji zawarcia umowy”⁷.

2.2. Pojęcie marketingu bezpośredniego.

Ujęty w art. 172 pt zakaz używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących bez uprzedniej zgody abonenta lub użytkownika końcowego został przez ustawodawcę odniesiony do marketingu bezpośredniego. Należy zauważyć, że regulacja art. 172 pt ma szerszy zakres aniżeli nieobowiązujący już art. 6 ust. 3 uonpk, który mówił jedynie o celu złożenia propozycji zawarcia umowy.

W piśmie z dnia 19 listopada 2015 r. Spółka zaprezentowała swoje szczegółowe stanowisko dotyczące zarzutu określonego w punkcie I. sentencji niniejszej decyzji, w którym zaznaczyła, że działania polegające na telefonicznym zapraszaniu konsumentów na „warsztaty żywieniowe, podczas których poznają oni tajniki zdrowej kuchni oraz zasady zdrowego odżywiania się, ale także mają możliwość poznania oferty Philipiak Milano, nie spełniają dyspozycji art. 172 ust.1 prawa telekomunikacyjnego, jako że nie stanowią marketingu bezpośredniego. Działania takie nie są zindywidualizowane oraz nie mają na celu spowodowania reakcji konsumenta o charakterze handlowym”.

Odnosząc się do pojęcia marketingu, przez marketing rozumie się działania przedsiębiorców dotyczące sprzedaży, dystrybucji, reklamy, planowania, produkcji, badań rynku. Przez marketing definiuje się również sztukę zdobywania, utrzymywania, rozwijania klienta poprzez tworzenie, dawanie, komunikowanie mu wartości, które mają dla niego największe znaczenie⁸. Działania te mają także na celu poznanie potrzeb konsumentów, ustalenie wielkości produkcji oraz metod dystrybucji, sprzedaży i reklamy towarów lub usług. Bezpośredniość zaś oznacza skierowanie komunikatu do konkretnej osoby (choćby jego nadawca nie dysponował jego danymi), celem uzyskania bezpośredniej reakcji (odpowiedzi). Marketing bezpośredni jest przy tym pojęciem węższym od informacji handlowej, zdefiniowanej w art. 2 pkt 2 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1219, ze zm.)⁹ ponieważ, w opinii Prezesa Urzędu, działalność przedsiębiorcy podejmowana dla celów marketingu bezpośredniego powinna spełniać kryterium „oznaczoności”. Marketing bezpośredni, do którego odnosi się art. 172 pt, oparty jest na komunikatach kierowanych do wybranych (określonych) podmiotów, często w indywidualnym bezpośrednim kontakcie, zazwyczaj w celu uzyskania ich reakcji (odpowiedzi) i osiągnięcia efektu handlowego w momencie kontaktu z konsumentem lub później. W związku z powyższym, przesłankę bezpośredniości w odniesieniu do marketingu towarów lub usług należy rozumieć jako przesłankę komunikatu do określonego adresata, przy czym kryterium „określoności” należy rozumieć w ten sposób, że jest to odbiorca „zindywidualizowany” (choć może być anonimowy lub przedsiębiorca kierujący komunikat nie posiada pewnych danych go indywidualizujących). Oznacza to, że komunikat kierowany jest do konkretnego podmiotu, w przeciwieństwie do

⁶ Ustawa z dnia 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny (Dz. U. Nr 22, poz. 271 ze zm.).

⁷ D. Lubasz, M. Namysłowska, „Komentarz do art. 48 ustawy o prawach konsumenta”, LEX 2015.

⁸ M. Wejtko, „Dożywotni romans z klientem”, Marketing Serwis, 1998, nr 11.

⁹ tj. każdej informacji przeznaczonej bezpośrednio lub pośrednio do promowania towarów, usług lub wizerunku przedsiębiorcy (...) z wyłączeniem informacji umożliwiającej porozumiewanie się za pomocą środków komunikacji elektronicznej z określoną osobą oraz informacji o towarach i usługach niestrużących osiągnięciu efektu handlowego pożądanego przez podmiot, który zleca jej rozpowszechnianie, w szczególności bez wynagrodzenia lub innych korzyści od producentów, sprzedawców i świadczących usługi.

skierowania komunikatu w tym samym czasie do nieoznaczonego kręgu osób - np. umieszczany na stronie internetowej. Jednoczesne skierowanie komunikatu do grupy osób także może być uznane za marketing bezpośredni, o ile możliwe jest ustalenie konkretnych osób-adresatów komunikatu (np. rozsyłanie wiadomości elektronicznych). Przesłanka zindywidualizowania odbiorcy zostaje spełniona już poprzez samo wyselekcjonowanie numeru telefonu konsumenta, do którego zwróci się następnie przedsiębiorca - kluczowe dla zakwalifikowania jako formy marketingu bezpośredniego jest to, by zastosowany kanał komunikacji dostosowany był do przekazania komunikatu indywidualnej osobie. Przez marketing bezpośredni należy zatem rozumieć działania skierowane do wybranego adresata, których celem jest promocja usług, nakierowane na osiągnięcie efektu handlowego w postaci zwiększenia popytu na towary lub usługi oferowane przez przedsiębiorcę.

Ponieważ cechą działań podejmowanych w celach marketingu bezpośredniego jest nakierowanie na osiągnięcie efektu handlowego, najczęściej w postaci zwiększenia popytu na towary lub usługi przedsiębiorcy, marketing bezpośredni obejmuje nie tylko działania o charakterze sprzedażowym, ale również jakiegokolwiek działania, które służą dostarczeniu informacji, jeśli ich końcowym efektem jest zainteresowanie adresata ofertą przedsiębiorcy. Tym samym jako mieszczące się w hipotezie art. 172 pt kwalifikowane mogą być nie tylko sytuacje, w których przedsiębiorca kontaktuje się z konsumentem w celu przedstawienia propozycji zawarcia umowy, ale także gdy:

- kontakt ma na celu uzyskanie zgody na marketing bezpośredni, w tym na zaprezentowanie oferty;
- kontakt jest wykorzystywany do umówienia bezpośredniego spotkania z przedstawicielem handlowym, którego zadaniem jest przedstawienie oferty określonego produktu i zawarcie umowy;
- przedsiębiorca nawiązuje kontakt ze swoim klientem w celu zbadania jego potrzeb lub oczekiwań co do oferowanych przez przedsiębiorcę towarów lub usług;
- kontakt ma na celu informowanie o akcjach promocyjnych przedsiębiorcy, bez składania propozycji zawarcia umowy przez telefon, tj. np.:
 - zaproszenie na spotkanie lub pokaz produktów, podczas których lub w wyniku których istnieje możliwość zakupu produktów,
 - zaproszenie na jazdę próbną,
 - informowanie o rabatach i promocjach dostępnych w sklepach stacjonarnych;
- kontakt dotyczy zapowiedzi oferty.

W związku z powyższym, wykorzystywanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych do umawiania spotkań sprzedażowych, na których konsument może dokonać zakupu produktu, jest działaniem w celu marketingu bezpośredniego, a tym samym wymaga uzyskania uprzedniej zgody konsumenta w rozumieniu art. 172 ust. 1 pt.

W świetle powyższych rozważań należy także przyjąć, iż nawiązanie przez przedsiębiorcę z konsumentem kontaktu telefonicznego celem zapytania o wyrażenie zgody na przekazanie informacji handlowej stanowi działanie w celu marketingu bezpośredniego, o którym mowa w art. 172 pt. Tego rodzaju komunikacja z konsumentem w konsekwencji zmierza bowiem do uzyskania możliwości przedstawienia szczegółowych warunków oferty konkretnego przedsiębiorcy. Zawsze więc działanie nakierowane na pozyskanie zgody abonenta na kontakt marketingowy ma na celu promocję usług i towarów przedsiębiorcy, a tym samym jest działaniem dla celów marketingu bezpośredniego.

2.3. Uprzednia zgoda.

W tym miejscu konieczne jest również odniesienie się do sformułowanego w art. 172 ust. 1 pt pojęcia uprzedniej zgody abonenta lub użytkownika końcowego.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że w przyjętym przez ustawodawcę modelu ochrony konsumentów przed niechcianym marketingiem bezpośrednim jest zapewnienie konsumentowi wolności od bycia narażonym na otrzymywanie komunikacji handlowej, której nie zamawiał¹⁰. Znajduje to swoje odzwierciedlenie w przyjętej na gruncie art. 172 pt konstrukcji wyrażania zgód marketingowych w tzw. modelu opt in, który zakłada konieczność uzyskania uprzedniej zgody abonenta lub użytkownika końcowego na kontakt w celach marketingowych. W związku z powyższym uzyskanie uprzedniej zgody na kontakt marketingowy oznacza, iż na osi czasu działanie przedsiębiorcy w celu pozyskania takiej zgody konsumenta powinno poprzedzać sam kontakt marketingowy, jak również wykorzystanie przez przedsiębiorcę danego telekomunikacyjnego urządzenia końcowego lub automatycznego systemu wywołującego dla celów marketingu bezpośredniego.

Natomiast warunki prawidłowo i skutecznie udzielonej na gruncie prawa telekomunikacyjnego zgody określa art. 174 pt. I tak:

1. zgoda taka nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści;
2. może być wyrażona drogą elektroniczną, pod warunkiem jej utrwalenia i potwierdzenia przez użytkownika;
3. może być wycofana w każdym czasie, w sposób prosty i wolny od opłat.

W ocenie Prezesa Urzędu, o prawidłowo skonstruowanej zgodzie na gruncie przepisu art. 172 ust. 1 w zw. z art. 174 prawa telekomunikacyjnego należy mówić wyłącznie gdy jest ona skonstruowana w sposób wyraźny i jednoznaczny, posiada ona walor konkretności - wyrażający zgodę powinien wiedzieć w jakim celu i komu niniejszą zgodę udziela. Oznacza to, że w jej treści powinny zostać jednoznacznie wskazane kanały komunikacji, które zgoda obejmuje (np. sms, telefon/telekomunikacyjne urządzenie końcowe, e-mail), cel, dla którego została ona wyrażona, jak również podmiot, na rzecz którego jest ona udzielana. W celu potwierdzenia tych twierdzeń należy wskazać, że warunki prawidłowo udzielonej zgody na podstawie prawa telekomunikacyjnego zostały sformułowane w sposób analogiczny do warunków udzielenia zgody na przetwarzanie danych osobowych w ustawie o ochronie danych osobowych¹¹. W konsekwencji aktualne jest orzecznictwo, w którym Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 4 kwietnia 2003 r. (sygn. akt II SA 2135/2002) dokonując interpretacji w zakresie prawidłowo udzielonej zgody na przetwarzanie danych osobowych wyraził stanowisko, że „zgoda na przekazywanie danych musi mieć charakter wyraźny, a jej wszystkie aspekty muszą być jasne dla podpisującego w momencie jej wyrażania. Czynności takiej nie konwaliduje późniejsze poinformowanie o treści regulaminu, ani możliwość zgłoszenia zastrzeżeń wobec pewnych form przetwarzania danych osobowych”, tym samym taką interpretację należy przyjąć w przypadku analogicznie sformułowanej zgody w art. 172 pt.

Jednocześnie należy zaznaczyć, że zgoda na kontakt w celach marketingu bezpośredniego przy użyciu telekomunikacyjnych urządzeń końcowych nie jest tożsama ze zgodą wyrażoną

¹⁰ Por. motyw 40 dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej, zgodnie z którym należy zapewnić środki zabezpieczające abonentów przed ingerencją w ich prywatność przez niezamówione komunikaty do celów marketingu bezpośredniego w szczególności przez urządzenia do wywołań automatycznych, telefaksy i wiadomości z poczty elektronicznej (e-maile), w tym wiadomości SMS.

¹¹ Zgodnie z art. 7 pkt 5 ustawy o ochronie danych osobowych, Ilekroć w tej ustawie jest mowa o zgodzie osoby, której dane dotyczą - rozumie się przez to oświadczenie woli, którego treścią jest zgoda na przetwarzanie danych osobowych tego, kto składa oświadczenie; zgoda nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści, zgoda może być odwołana w każdym czasie.

na przetwarzanie danych osobowych w celach marketingowych w rozumieniu ustawy o ochronie danych osobowych. Przez przetwarzanie danych osobowych rozumie się bowiem, stosownie do art. 7 pkt 2 uodo, jakiegokolwiek operacje wykonywane na danych osobowych, takie jak zbieranie, utrwalanie, przechowywanie, opracowywanie, zmienianie, udostępnianie i usuwanie, a zwłaszcza te, które wykonuje się w systemach informatycznych. Natomiast art. 172 pt odnosi się wyłącznie do używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych w określonym celu (marketingu bezpośredniego). Należy ponownie wskazać, że zgoda w rozumieniu art. 172 pt nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści, co oznacza, iż zgoda taka ma charakter niezależny od innych zgód i nie można jej wywodzić ze zgód udzielonych na przetwarzanie danych osobowych w celach marketingowych, które zostały udzielone na podstawie ustawy o ochronie danych osobowych.

Reasumując, w ocenie Prezesa Urzędu, nawiązywanie kontaktu telefonicznego w celu zapraszania konsumentów na pokazy dotyczące zdrowego odżywiania, podczas których istnieje także możliwość zakupu produktów marki Philipiak, mieści się w pojęciu marketingu bezpośredniego. Marketing bezpośredni obejmuje bowiem swą definicją nie tylko działania o bezpośrednim charakterze sprzedażowym, ale także działania służące dostarczaniu informacji, w celu zainteresowania końcowego adresata informacją o ofercie przedsiębiorcy.

Pozyskiwanie numerów telefonów poprzez ich generowanie za pomocą systemu informatycznego stworzonego przez Spółkę (system [***]), a następnie wykonywanie połączeń telefonicznych na tak pozyskane numery telefonów w celu marketingu bezpośredniego, skutkuje sytuacją w której Spółka nie dysponowała uprzednią zgodą konsumenta na kontakt telefoniczny ze strony Philipiak. Uzyskanie zgody konsumenta na początku rozpoczętej już rozmowy telefonicznej nie spełnia, w ocenie Prezesa Urzędu, wymogów stawianych przez art. 172 ust. 1 w związku z art. 174 prawa telekomunikacyjnego.

Wykonywanie przez Spółkę połączeń telefonicznych w celach marketingu bezpośredniego na numery telefonów pochodzące z bazy danych, zawierającej zgody konsumentów na przetwarzanie ich danych w celach marketingowych, pozyskanej na podstawie umów zawartych z [*****], w ocenie Prezesa Urzędu nie spełniło wymogów uzyskania uprzedniej zgody w rozumieniu art. 172 ust. 1 w związku z art. 174 pt. Przedmiotowe umowy nie zawierają postanowień, które wskazywałyby na to, iż [*****] zobowiązany był do pozyskiwania zgód w rozumieniu 172 ust. 1 pt. (tj. na kontakt w celu marketingu bezpośredniego za pomocą telekomunikacyjnych urządzeń końcowych). W ww. umowach zostało jedynie zawarte oświadczenie [*****] o treści „osoby, których dane znajdują się w Bazie Danych wyraziły zgodę na przetwarzanie ich danych do celów marketingowych, w tym na przekazanie ich danych innym podmiotom”. Z treści tego oświadczenia wynika, że zgody uzyskane przez Spółkę na podstawie ww. umów nie zostały udzielone na kontakt w celu marketingu bezpośredniego za pomocą użycia telekomunikacyjnego urządzenia końcowego, w związku z tym, nie spełniają one warunków prawidłowo udzielonej zgody w rozumieniu art. 172 ust. 1 pt w zw. z art. 174 pt. Jednocześnie w ww. umowach nie przewidziano postanowienia, które nakazywałoby [*****] udostępnienie Spółce treści udzielonej przez konsumentów zgód, co umożliwiłoby Spółce stwierdzenie, czy zgody te obejmują użycie telekomunikacyjnego urządzenia końcowego w celu marketingu bezpośredniego. Należy ponownie wskazać, iż skutecznie udzielona zgoda na gruncie prawa telekomunikacyjnego wymaga, aby została udzielona w sposób wyraźny i jednoznaczny na kontakt w celu marketingu bezpośredniego, wraz ze wskazaniem kanału komunikacji, który został objęty zgodą, a tym samym nie można takiej zgody wywieść z innej zgody udzielonej na przetwarzanie danych w celach marketingowych.

Wykorzystywanie w celach marketingu bezpośredniego numerów telefonów znajdujących się w bazie danych, pozyskanej na podstawie uzyskanych od konsumentów zgód na

przetwarzanie ich danych w celach marketingowych, udzielonych odrębnie przy zawarciu umowy sprzedaży z Philipiak, w ocenie Prezesa Urzędu również nie spełniło wymogów z art. 172 ust. 1 w związku z art. 174 prawa telekomunikacyjnego. Należy zauważyć, że zgody te zostały udzielone na podstawie ustawy o ochronie danych osobowych, a przedmiotowa formuła nie zawiera w swojej treści wskazania zgody na kontakt w celu marketingu bezpośredniego za pomocą telekomunikacyjnych urządzeń końcowych (treść formuły używanej przez Spółkę - s. 8 decyzji). Wobec powyższego, akceptacja przez konsumenta treści przedmiotowej formuły nie spełniła wymogów zgody w rozumieniu art. 172 ust. 1 prawa telekomunikacyjnego.

W związku z powyższym, Spółka wykorzystując w celu marketingu bezpośredniego numery telefonów z bazy danych pozyskanych na podstawie umów o korzystaniu z bazy danych, zawartych ze [****] oraz na podstawie zgód udzielonych odrębnie przy zawarciu umowy sprzedaży z Philipiak również nie dysponowała uprzednią zgodą konsumenta na kontakt ze strony Philipiak.

3. Naruszenie zbiorowych interesów konsumentów

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie podaje definicji „zbiorowego interesu konsumentów”, wskazując jednak w przepisie art. 24 ust. 3, że nie jest nim suma indywidualnych interesów konsumentów. Godzenie w zbiorowe interesy konsumentów oznacza zatem narażenie na uszczerbek interesów pewnej grupy lub wszystkich konsumentów, poprzez stosowaną przez przedsiębiorcę praktykę, obejmującą zarówno działania, jak i zaniechania. Ponadto, godzenie w zbiorowe interesy konsumentów może polegać zarówno na ich naruszeniu, jak i na zagrożeniu ich naruszenia. Podmiotem chronionym przed praktykami przedsiębiorców jest więc konsument rozumiany abstrakcyjnie. Zatem to nie ilość faktycznych, potwierdzonych naruszeń, ale ich charakter, a w związku z tym możliwość chociażby tylko potencjalna, wywołania negatywnych skutków wobec określonej zbiorowości przesądza o naruszeniu zbiorowego interesu konsumentów.¹² Ochrona zbiorowych interesów konsumentów ma miejsce wówczas, gdy działania przedsiębiorcy są powszechne w tym znaczeniu, że mogą dotknąć każdego konsumenta będącego lub mogącego być potencjalnie kontrahentem przedsiębiorcy. Przedmiotem ochrony są zatem interesy wszystkich aktualnych lub potencjalnych klientów - traktowanych jako grupa uczestników rynku zasługująca na szczególną ochronę.¹³

Działanie przedsiębiorcy godzi w zbiorowe interesy konsumentów wtedy, gdy skierowane jest do potencjalnie nieograniczonego kręgu konsumentów. W wyroku z dnia 10 kwietnia 2008 r., sygn. III SK 27/07¹⁴ Sąd Najwyższy wskazał, że gramatyczna wykładnia pojęcia zbiorowy interes konsumentów prowadzi do wniosku, że chodzi o zachowanie przedsiębiorcy, które godzi w interesy grupy osób stanowiących określony zbiór z zastrzeżeniem jednak, 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 Najwyższego 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, że praktyką

¹² M. Sieradzka, „Próba dookreślenia terminu „zbiorowy interes konsumentów” -definicja oraz jej wyznaczniki”, [w:] M. Czarnecka, T. Skoczny (red.), „Prawo konsumenckie w praktyce”, Warszawa 2016 r., s., 88.

¹³ por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 10 lipca 2008 r., sygn. VI ACa 306/08, Dz.Urz.UOKiK.2008/4/40.

¹⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 kwietnia 2008 r., sygn. III SK 27/07, OSNP 2009/13-14/188.

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 danego przedsiębiorcy¹⁵. W związku z powyższym, przez interes zbiorowy należy rozumieć interes dotyczący konsumentów jako określonej zbiorowości.

W niniejszej sprawie bez wątplenia mamy do czynienia z naruszeniem praw potencjalnie nieograniczonej liczby konsumentów. Działania Spółki były podejmowane w stosunku do nieoznaczonego z góry i potencjalnie licznego kręgu podmiotów. Wykonywanie połączeń telefonicznych na numery telefonów udostępnione Spółce przez brokerów ([*****]) należy odnosić do zbiorowego, a nie indywidualnego interesu poszczególnych konsumentów. Fakt, że posiadana przez [*****] baza posiadała skończoną liczbę numerów, nie może stanowić o tym, że w niniejszym przypadku mamy do czynienia z indywidualnym interesem poszczególnych konsumentów. Ponadto, stworzony przez Spółkę system [*****] dawał możliwość wygenerowania, teoretycznie nieograniczonej liczby numerów telefonów, na które następnie mogły zostać wykonane połączenia telefoniczne.

Również wykonywanie połączeń na numery telefonów udostępnione przez konsumentów, w związku z zawarciem ze Spółką umowy sprzedaży, bez ich wyraźnej zgody na kontakt w celu marketingu bezpośredniego w rozumieniu art. 172 ust. 1 prawa telekomunikacyjnego może być oceniane w kontekście naruszenia zbiorowego, nie zaś indywidualnego interesu konsumentów. Należy zauważyć, iż każdy konsument, który udostępnił Spółce swój numer telefonu przy zawarciu z nią umowy sprzedaży mógł być zagrożony stosowaną przez nią praktyką. Tym samym działanie Spółki mogło dotknąć nie tylko potencjalnie każdego konsumenta, który w związku z zawarciem ze Spółką umowy sprzedaży mógł udostępnić swój numer telefonu, ale także każdej osoby, której numer telefonu mógł zostać wygenerowany przez Spółkę lub mógł znaleźć się w bazie udostępnionej Spółce przez brokerów ([*****]).

Spółka naruszając zawartą w art. 172 pt dyspozycję, która zakłada konieczność uzyskania uprzedniej zgody na kontakt marketingowy, mogła w sposób nieuprawniony naruszać interesy pozaekonomiczne konsumentów. W ocenie Prezesa Urzędu kierowanie do konsumentów komunikatów marketingowych za pośrednictwem kontaktów telefonicznych - bez uprzednio wyrażonej zgody na taką praktykę - w pierwszej kolejności narusza przysługujące konsumentom prawo do wolności od bycia narażonym na otrzymywanie niechcianych informacji o charakterze marketingowym, prawo do otrzymywania prawdziwej, rzetelnej i pełnej informacji o podmiotach, które kontaktują się z konsumentem w celach marketingowych na podstawie uprzednio udzielonej zgody na taki kontakt, ingerując tym samym w szeroko rozumianą prywatność konsumenta.

Przyjęty przez ustawodawcę model ochrony przed niechcianym marketingiem bezpośrednim służy nie tylko zapewnieniu konsumentowi wolności od bycia narażonym na otrzymywanie komunikacji handlowej, której nie zamawiał. Należy zauważyć, że celem działań marketingowych jest zazwyczaj wywarcie wpływu na konsumenta, tak by skorzystał on z zaproponowanej przez przedsiębiorcę oferty. Natomiast telefoniczne zaproszenia na różnego rodzaju pokazy w istocie służą umawianiu spotkań sprzedażowych produktów. W związku z tym już sam kontakt telefoniczny w celach marketingowych ze strony przedsiębiorcy z założenia ma prowadzić do skorzystania przez konsumenta z jego oferty. Natomiast niespodziewany, niezamawiany kontakt w celu marketingu bezpośredniego ze strony przedsiębiorcy może stwarzać zagrożenie podjęcia przez konsumenta pochopnej i nieprzemyślanej decyzji dotyczącej udziału w takim pokazie, a w efekcie ryzyko zawarcia umowy. W tym miejscu należy wskazać, że podczas sprzedaży dokonywanej np. na

¹⁵ por. R. Stefanicki, „Ochrona zbiorowych interesów konsumentów w świetle ustawodawstwa Unii Europejskiej na przykładzie dyrektywy z 19 maja 1998 r”. , PUE 2002, Nr 2, s. 26.

pokazach, wycieczkach, czy w trakcie badań, konsument na ogół bywa poddawany silnej presji psychologicznej ze strony przedsiębiorcy. Przedsiębiorca może m.in. wykorzystywać element zaskoczenia, stwarzać atmosferę „szczególnej okazji” lub w inny sposób wpływać na decyzję konsumenta co do zawarcia umowy. W związku z powyższym, wynikający z zakazu zawartego w art. 172 pt model ochrony przed niechcianym marketingiem służy temu aby konsument miał możliwość wpływania na to, jakie podmioty i w jakich okolicznościach mogą się z nim bezpośrednio kontaktować w celach handlowych, tym bardziej, że konsekwencją takiego kontaktu mogą być skutki finansowe związane z zawarciem umowy, a tym samym, zagrożone mogą być bezpośrednio jego interesy ekonomiczne. Konsument jest bowiem słabszym uczestnikiem obrotu gospodarczego, którego interesy i zasadność ich należytej ochrony w relacjach z przedsiębiorcą warunkuje i usprawiedliwia silniejsza pozycja na rynku przedsiębiorcy. Działania marketingowe naruszające zakaz z art. 172 pt rozważać więc należy również w kontekście uprzedmiotowienia i pozbawienia decyzyjności konsumenta w relacjach z przedsiębiorcą na rynku.

III. Wniosek o wydanie decyzji w trybie art. 28 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Spółka w toku postępowania, pismem z dnia 19 listopada 2015 r., wniosła o wydanie decyzji zobowiązującej stosownie do art. 28 uokik¹⁶ i przedstawiła wstępną propozycję zobowiązania. Początkowo Spółka wskazała, że jest gotowa do podjęcia następujących działań:

1. „Zmiana dotychczasowego sposobu pozyskiwania uprzednich, indywidualnych zgód klientów na kontakt z nimi w celach marketingu bezpośredniego poprzez:
 - a. wykorzystywanie na potrzeby kontaktu telefonicznego, przez pierwsze dwa lata od daty wydania decyzji przez Prezesa Urzędu, posiadanych już przez Spółkę niezdygitalizowanych baz zawierających zgody konsumentów na kontakt z nimi w szeroko pojętych celach marketingowych (zgody te zostały pozyskane przez Spółkę przy okazji szeregu wydarzeń organizowanych w ubiegłych latach);
 - b. stopniowe rozbudowywanie przez Spółkę, w okresie wskazanym w lit. a, własnej bazy danych zawierającej zgodę konsumentów na kontakt z nimi w celu marketingu bezpośredniego w rozumieniu art. 172 pt, poprzez pozyskiwanie takich zgód w toku kontaktu bezpośredniego przez przedstawicieli Spółki/zleceniobiorców działających na jej rzecz;
 - c. po zakończeniu okresu wskazanego w lit. a, uzupełnienia przez Spółkę własnej bazy danych o bazy zakupione od brokerów.
2. Zobowiązanie zleceniobiorców działających na rzecz Spółki do przyjęcia i stosowania podczas rozmów z konsumentami „dobrych praktyk telemarketingu”, który to dokument regulowałby w szczególności:

¹⁶ Zgodnie z art. 28 ust. 1 uokik, jeżeli w toku postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów zostanie uprawdopodobnione - na podstawie okoliczności sprawy, informacji zawartych w zawiadomieniu, o którym mowa w art. 100 ust. 1 uokik, lub będących podstawą wszczęcia postępowania - że został naruszony zakaz, o którym mowa w art. 24 uokik, a przedsiębiorca, któremu jest zarzucane naruszenie tego zakazu, zobowiąże się do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zakończenia naruszenia lub usunięcia jego skutków, Prezes Urzędu może, w drodze decyzji, zobowiązać przedsiębiorcę do wykonania tych zobowiązań.

- a. określenie dopuszczalnej pory kontaktów, np. wykonywanie połączeń w godzinach 8-21 w dni powszednie, w soboty - w godzinach 9-15, z pominięciem niedziel, dni ustawowo wolnych od pracy oraz innych ustalonych dni nietypowych (np. 24 grudnia, 31 grudnia, Wielki Piątek, Wielka Sobota);
 - b. określenie standardów prowadzenia rozmowy, respektujących każde oświadczenie woli, z którego da się wyinterpretować brak zgody na kontakt w celu marketingowym;
 - c. wprowadzenie obowiązku odnotowywania każdego kontaktu w przypadku negatywnej reakcji konsumenta i przekazywanie stosownej informacji Spółce.
3. Zobowiązanie zleceniobiorców Spółki do opracowania treści skryptów wykorzystywanych na potrzeby rozmów wskazanych w pkt 1. lit.a powyżej.
 4. Stworzenie jednolitej bazy konsumentów, którzy odmówili zgody w toku rozmowy wskazanej w pkt 1. lit. a. oraz całkowite wykluczenie kontaktu telefonicznego z tymi konsumentami - niezależnie od zleceniobiorców działających na rzecz Spółki, w tym zobowiązanie zleceniobiorców do obligatoryjnego pomijania numerów ujętych w przedmiotowej bazie.
 5. Przygotowanie przez Spółkę programu edukacyjnego dla konsumentów dotyczącego zasad funkcjonowania telemarketingu, sposobów kontaktowania się ze Spółką, w tym możliwości zablokowania numeru telefonu.
 6. Przygotowanie kampanii informacyjnej dotyczącej telemarketingu, skierowanej do wszystkich konsumentów, która to kampania objęłaby następujące działania:
 - a. zamieszczenie poradnika konsumenckiego na stronie internetowej;
 - b. publikacja artykułu w gazetce udostępnionej pod adresem internetowym;
 - c. informowanie o możliwości bezpośredniego zablokowania numeru na zasadach zbliżonych do funkcjonowania strony internetowej administrowanej przez [*****] (konsument może dodać swój numer telefonu w celu jego pominięcia).”

W toku przedmiotowego postępowania zobowiązanie to było modyfikowane i uszczegóławiane pismami Spółki z dnia 21 stycznia 2016 r., 25 marca 2016 r., 15 listopada 2016 r., 18 listopada 2016 r. oraz 30 grudnia 2016 r. Ponadto, treść zaproponowanego zobowiązania była konsultowana w trakcie spotkań przedstawicieli Spółki z przedstawicielami Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Podczas ostatniego spotkania, które odbyło się w dniu 16 grudnia 2016 r. Spółka poinformowała o zamiarze wprowadzenia zmiany modelu biznesowego (opisanej w części ustalającej niniejszej decyzji), w związku z tym w piśmie z dnia 30 grudnia 2016 r. Spółka przedstawiła zmodyfikowaną propozycję zobowiązania dostosowanego do tejże zmiany. Spółka zaproponowała, aby przedmiotowe zobowiązania przybrały następującą treść:

1. „Usunięcie skutków naruszenia poprzez przekazanie na rzecz organizacji pozarządowej wskazanej przez Prezesa Urzędu, której celem statutowym jest upowszechnianie i ochrona praw konsumentów kwoty 100.000,00 zł w celu przeprowadzenia kampanii dotyczącej praw konsumentów, w szczególności obejmującej publikację informacji edukacyjnych w miejscach wybranych przez tę organizację. Kwota określona zobowiązaniem miałaby być przekazana przez Spółkę

w terminie 14 dni od dnia otrzymania przez nią pisemnej informacji od Prezesa Urzędu wskazującej organizację pozarządową wraz z numerem rachunku bankowego przedmiotowej organizacji.

2. Publikacja decyzji Prezesa Urzędu na stronie internetowej Spółki <http://www.philipiakmilano.pl> w ciągu 7 dni od daty jej uprawomocnienia wraz z komunikatem o następującej treści:

„Philipiak Polska Spółka Akcyjna sp.k. w Warszawie informuje, iż wyniku postępowania prowadzonego przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zakończonego decyzją nr _____ z dnia _____ Spółka zobowiązała się dobrowolnie do usunięcia skutków naruszenia poprzez przekazanie na rzecz organizacji pozarządowej wskazanej przez Prezesa UOKiK, której celem statutowym jest upowszechnienie i ochrona praw konsumentów kwoty 100.000,00 zł (słowie sto tysięcy złotych) w celu przeprowadzenia kampanii dotyczącej praw konsumentów, w szczególności obejmującej publikację informacji edukacyjnych w ogólnopolskich dziennikach „Fakt” oraz „Super Ekspres” a także przeprowadzenia kampanii edukacyjnej w miejscach wybranych przez tę organizację”

oraz utrzymywanie decyzji i powyższego komunikatu na stronie internetowej Spółki przez kolejne 21 dni.”

W tym miejscu należy zauważyć, że wydanie przez Prezesa Urzędu decyzji zobowiązującej przedsiębiorcę do wykonania zaproponowanego przez niego zobowiązania, o której mowa w art. 28 ust. 1 uokik, ma charakter uznaniowy. O tym, czy w konkretnej sprawie zasadne jest przyjęcie zaproponowanego przez przedsiębiorcę zobowiązania decyduje, w ramach uznania administracyjnego, Prezes Urzędu. Powyższe stanowisko zostało potwierdzone w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26 października 2016 r. (sygn. III SK54/15), w którym organ ten rozważając kwestię sądowej kontroli odmowy wydania przez Prezesa Urzędu decyzji zobowiązującej wskazał, iż przepisy ustawy uokik regulujące instytucję decyzji zobowiązującej nie przewidują możliwości wydania przez Prezesa Urzędu odrębnej decyzji odmawiającej wydania decyzji zobowiązującej, co przemawia za uznaniowym charakterem takiej decyzji. Sąd Najwyższy w niniejszym uzasadnieniu jednocześnie zaznaczył, iż ingerencja sądowa w samą decyzję Prezesa Urzędu o niezastosowaniu art. 28 uokik jest w wyjątkowych okolicznościach dopuszczalna, gdy w ocenie sądu doszło do swoistego nadużycia uznania regulacyjnego, poprzez nałożenie kary pieniężnej w takich okolicznościach faktycznych, które czynią wymierzoną sankcję niesprawiedliwą m.in. w sytuacji jeżeli organ ochrony konsumentów nie wydał decyzji zobowiązującej wbrew wypracowanym w swojej praktyce orzeczniczej standardom postępowania lub w przypadku wykazania naruszenia zasady równego traktowania przedsiębiorców dopuszczających się tożsamyh praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Niemniej jednak w dalszej części uzasadnienia Sąd Najwyższy, odnosząc się do wymienionych sytuacji które mogą stanowić podstawę do ingerencji sądowej w zakresie wydawania decyzji z art. 28 uokik wyraził następujące stanowisko: „Sąd Najwyższy uważa za dopuszczalne niezastosowanie przez organ art. 28 uokik nawet w okolicznościach wymienionych powyżej, jeżeli w uzasadnieniu decyzji bądź na etapie postępowania sądowego, przedstawione zostaną odpowiednie i przekonujące motywy, przemawiające za zakończeniem sprawy decyzją z art. 26 lub 27 uokik i ewentualnym nałożeniem kary pieniężnej”.

W niniejszej sprawie Prezes Urzędu ostatecznie uznał za zasadne wydanie decyzji stwierdzającej praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, o której mowa w pkt I rozstrzygnięcia niniejszej decyzji. Wynika to z konieczności dokonania przez Prezesa Urzędu wykładni obowiązującego zakazu używania telekomunikacyjnych urządzeń

końcowych dla celów marketingu bezpośredniego bez uprzedniej zgody abonenta lub użytkownika końcowego w niniejszej decyzji. Konieczność zinterpretowania przez Prezesa Urzędu zakazu zawartego w art. 172 pt wynika z faktu, iż „niechciany marketing telefoniczny” jest zarówno powszechnym, jak i uciążliwym z punktu widzenia konsumenta zjawiskiem na rynku sprzedaży z udziałem konsumentów. Należy przy tym wskazać, że wydanie decyzji stwierdzającej stosowanie praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów wymaga nie tylko jej uprawdopodobnienia, co miałyby miejsce w przypadku wydania przez Prezesa Urzędu decyzji zobowiązującej, ale jej udowodnienia. Taka decyzja może następnie stanowić dla konsumenta prejudykat przesądający o bezprawności zachowania przedsiębiorcy. Zgodnie z poglądem występującym w orzecznictwie (wyrok SN z 4 marca 2008 r., IV CSK 441/07; uchwała SN z 23 lipca 2008 r. III CZP 52/08; postanowienie SN z dnia 23 kwietnia 2015 r., sygn. III SK 61/14) prawomocna decyzja Prezesa Urzędu w której doszło do stwierdzenia naruszenia ma charakter prejudykatu przeciwko przedsiębiorcy, któremu zarzucany był czyn z zakresu praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów i może znacząco ułatwić dochodzenie roszczeń poszkodowanemu konsumentowi przed sądem cywilnym, a tym samym stanowić wytyczną do orzekania w podobnych przypadkach.

Ponadto, prewencyjna rola decyzji Prezesa Urzędu sprowadza się nie tylko do wyeliminowania stosowania niedozwolonej praktyki przez przedsiębiorcę będącego stroną postępowania, ale ma również na celu odstraszenie innych uczestników rynku przed powielaniem analogicznych praktyk, aby nie zaistniała konieczność wszczynania osobnych postępowań w stosunku do tych podmiotów. Jednocześnie należy zauważyć, iż Spółka w toku postępowania przedstawiła odmienne od Prezesa Urzędu stanowisko co do bezprawności zakazu z art. 172. pt oraz - pomimo inicjatywy mającej na celu wydanie decyzji zobowiązującej - nadal stosowała opisaną w pkt I rozstrzygnięcia niniejszej decyzji praktykę i czyniła to, aż do czasu zmiany jej modelu biznesowego. Wskazać jednak należy, że Prezes Urzędu wziął pod uwagę postawę Spółki oraz jej współpracę w toku prowadzonego postępowania, co ma odzwierciedlenie w ostatecznym wymiarze kary.

Mając na uwadze powyższe okoliczności oraz zgromadzony w niniejszej sprawie materiał dowodowy pozwalający udowodnić stosowanie opisanej w pkt I rozstrzygnięcia niniejszej decyzji praktyki, Prezes Urzędu uznał za konieczne wydanie decyzji stwierdzającej stosowanie niniejszej praktyki, w związku z tym zaproponowane przez Spółkę zobowiązanie nie zostało przyjęte.

IV. 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% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 24 uokik.

Z powołanego przepisu wynika, że kara pieniężna za naruszenie zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, o którym mowa w art. 24 uokik, ma charakter fakultatywny. O tym, czy w konkretnej sprawie zasadne jest nałożenie kary pieniężnej decyduje, w ramach uznania administracyjnego, Prezes Urzędu.

Stosownie do art. 106 ust. 3 pkt 1 uokik obrót, o którym mowa w art. 106 ust. 1 uokik, oblicza się jako sumę przychodów wykazanych w rachunku zysków i strat - w przypadku przedsiębiorcy sporządzającego taki rachunek na podstawie przepisów o rachunkowości.

Podstawę obliczenia wysokości kary w niniejszym postępowaniu stanowi potwierdzony rachunkiem zysków i strat obrót Spółki osiągnięty w 2018 r., który wyniósł [*****].

Przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie określają przesłanek, od których uzależnione byłoby podjęcie decyzji o nałożeniu kary. Ustawodawca wskazał jedynie w art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów te okoliczności, które Prezes Urzędu ma obowiązek uwzględnić decydując o wymiarze kary pieniężnej. Są to w szczególności: okoliczności naruszenia przepisów ustawy, uprzednie naruszenie przepisów ustawy, a także: okres, stopień oraz skutki rynkowe naruszenia przepisów ustawy, przy czym stopień naruszenia Prezes Urzędu ocenia biorąc pod uwagę okoliczności dotyczące natury naruszenia, działalności przedsiębiorcy, która stanowiła przedmiot naruszenia (art. 111 ust. 1 pkt 1 uokik).

Stosownie do art. 111 ust. 2 uokik, ustalając wysokość kar pieniężnych, Prezes Urzędu bierze również pod uwagę okoliczności łagodzące lub obciążające, które wystąpiły w sprawie.

Okolicznościami łagodzącymi, wskazanymi w art. 111 ust. 3 pkt 2 uokik są w szczególności: dobrowolne usunięcie skutków naruszenia, zaniechanie stosowania zakazanej praktyki przed wszczęciem postępowania lub niezwłocznie po jego wszczęciu, podjęcie z własnej inicjatywy działań w celu zaprzestania naruszenia lub usunięcia jego skutków oraz współpraca z Prezesem Urzędu w toku postępowania, w szczególności przyczynienie się do szybkiego i sprawnego przeprowadzenia postępowania.

Wśród zamkniętego katalogu okoliczności obciążających art. 111 ust. 4 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wymienia: znaczny zasięg terytorialny naruszenia lub jego skutków, znaczne korzyści uzyskane przez przedsiębiorcę w związku z dokonaniem naruszenia, dokonanie uprzednio podobnego naruszenia oraz umyślność naruszenia.

Zdaniem Prezesa Urzędu, okoliczności niniejszej sprawy, przede wszystkim charakter stosowanej przez Spółkę praktyki i jej negatywne skutki w sferze pozaekonomicznych interesów konsumentów, wskazują na celowość zastosowania tego środka represji. Prezes Urzędu, uznając za zasadne nałożenie kary na Philipiak, kierował się założeniem, że sankcja ta musi spełniać zarówno funkcję represyjną, jak i prewencyjną.

Ustalając wymiar kary pieniężnej Prezes Urzędu w pierwszej kolejności dokonał oceny wagi stwierdzonej praktyki i na tej podstawie ustalił kwotę bazową, stanowiącą podstawę do dalszych ustaleń wysokości kary, a następnie - w oparciu o zaistniałe w sprawie okoliczności mające wpływ na wysokości kary - dokonał gradacji ustalonej kwoty bazowej.

W pkt I rozstrzygnięcia decyzji Prezes Urzędu uznał działanie Spółki za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i stwierdził jej zaniechanie z dniem 1 lutego 2017 r. Działanie to polegało na wykorzystywaniu telekomunikacyjnych urządzeń końcowych dla celów marketingu bezpośredniego dotyczącego produktów marki Philipiak bez uzyskania uprzedniej zgody konsumentów, co stanowiło naruszenie zakazu określonego w art. 172 ust.1 pt.

Oceniając wagę praktyki Prezes Urzędu w szczególności wziął pod uwagę okoliczność, że praktyka stosowana przez Spółkę godziła w zbiorowe interesy konsumentów na etapie przedkontraktowym. Spółka, wykorzystując pozyskane numery telefoniczne, nie oferowała konsumentom zawarcia umowy na odległość (przez telefon), lecz nakłaniała ich do uczestnictwa w pokazach produktów marki Philipiak, dopiero w trakcie których konsumenci mieli możliwość zawarcia umowy sprzedaży ww. produktów.

Skutkiem stosowania przez Spółkę kwestionowanej praktyki jest naruszenie prawa do wolności od bycia narażonym na otrzymywanie niechcianych informacji o charakterze marketingowym, prawo do otrzymywania prawdziwej, rzetelnej i pełnej informacji o podmiotach, które kontaktują się z konsumentem w celach marketingowych na podstawie uprzednio udzielonej zgody na taki kontakt, a tym samym ingerencja w szeroko rozumianą prywatność konsumenta. Spółka naruszając ww. zakaz ingerowała w prywatność konsumentów poprzez kierowanie do nich komunikatów marketingowych, na które nie wyrazili swojej zgody. Mając powyższe na uwadze należy uznać, że kwestionowana

praktyka naruszała pozaekonomiczne interesy konsumentów, tj. prawo do ochrony prywatności. Należy przy tym zauważyć, iż zawarty w zakazie z art. 172 pt model ochrony przed niechcianym marketingiem służy temu aby konsument miał możliwość wpływania na to, jakie podmioty i w jakich okolicznościach mogą się z nim bezpośrednio kontaktować w celach handlowych, tym bardziej, że konsekwencją takiego kontaktu mogą być skutki finansowe związane z zawarciem umowy, a tym samym, zagrożone mogą być bezpośrednio jego interesy ekonomiczne.

Oceniając stopień naruszenia Prezes Urzędu miał także na uwadze okoliczność, iż Spółka pomimo nowelizacji prawa telekomunikacyjnego, która wprowadziła zakaz używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych w celach marketingu bezpośredniego bez uprzedniej zgody abonentów lub użytkowników końcowych, jak również pomimo wszczęcia przedmiotowego postępowania przez Prezesa Urzędu, nie zmieniła swojej praktyki do czasu jej zaniechania, które wynikało ze zmiany modelu biznesowego działalności Spółki. Spółka na zarzut braku uzyskiwania uprzedniej zgody konsumentów na kontakt w celu marketingu bezpośredniego w rozumieniu art. 172 ust. 1 pt w zw. z art. 174 pt., przedstawiała Prezesowi Urzędu odmienną ocenę prawną zakazu wynikającego z ww. przepisu lub wskazywała na brak możliwości przypisania jej odpowiedzialności za naruszenie niniejszego zakazu z powodu zlecenia przez nią wykonywania połączeń telefonicznych podmiotowi trzeciemu. Należy wskazać, iż przyjęcie przez Spółkę nieprawidłowej, korzystniejszej dla niej, interpretacji przepisów, nie zwalnia jej z obowiązku znajomości i przestrzegania norm prawa. Niemniej jednak zgromadzony materiał dowodowy nie pozwala na stwierdzenie, czy Spółka stosowała przedmiotową praktykę umyślnie, czy też praktyka ta była skutkiem przyjęcia przez nią nieprawidłowej oceny prawnej swoich działań. W związku z powyższym należy uznać, iż kwestionowana przez Prezesa Urzędu praktyka była stosowana przez Spółkę nieumyślnie.

Philipiak nie była nigdy wcześniej adresatem decyzji Prezesa Urzędu, a zatem jest to pierwszy przypadek zakwestionowania jej działalności w zakresie naruszenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Prezes Urzędu ustalił, że kwestionowana praktyka miała charakter długotrwały. Należy zauważyć, że zawarty w art. 172 ust. 1 pt zakaz używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych w celach marketingu bezpośredniego bez uprzedniej zgody abonentów lub użytkowników końcowych wszedł w życie w dniu 25 grudnia 2014 r. Ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że od daty wejścia w życie ww. zakazu, aż do dnia zaniechania praktyki tj. dnia 1 lutego 2017 r., Spółka nadal wykorzystywała numery telefonów, w sposób opisany w niniejszej decyzji, w celu marketingu bezpośredniego przy pomocy telefonu, co należy uznać za naruszenie długotrwałe.

Mając na względzie powyżej przedstawione okoliczności, Prezes Urzędu ustalił kwotę bazową kary na poziomie [**]% obrotu osiągniętego przez Philipiak w 2018 r.

Spółka osiągnęła w 2018 r. obrót [*****] zł, a zatem kwota bazowa kary po zaokrągleniu wynosi [*****] zł.

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

W procesie kalkulacji kary Prezes Urzędu wziął pod uwagę okoliczność obciążającą, jaką jest znaczny zasięg terytorialny naruszenia. Uwzględnienie przedmiotowej okoliczności jest skutkiem prowadzenia przez Spółkę działalności gospodarczej, a w tym pozyskiwania numerów telefonów od konsumentów, na terenie całego kraju. Z uwagi na powyższe, kwotę bazową zwiększono o 20%.

Po wszczęciu przedmiotowego postępowania, Spółka wniosła o wydanie decyzji zobowiązującej, a w jego toku współpracowała w tym zakresie z Prezesem Urzędu, przedstawiając zmodyfikowane propozycje zobowiązań. W związku z tym Prezes Urzędu

uwzględnił fakt dążenia Spółki do wydania decyzji zobowiązującej w toku niniejszego zobowiązania, uznając to za okoliczność łagodzącą, która uzasadnia zmniejszenie wysokości kary. Z uwagi na powyższe, kwotę bazową zmniejszono o 20%.

Ponadto Prezes Urzędu wziął pod uwagę jako okoliczność łagodzącą zaniechanie przez Spółkę stosowania praktyki wskazanej w pkt. I niniejszej decyzji, mimo że zaniechanie to nastąpiło po upływie siedemnastu miesięcy od dnia wszczęcia przedmiotowego postępowania oraz wynikało ze zmiany profilu działalności Spółki, a nie z powodu podjęcia działań w celu zaprzestania stosowania zarzuconej jej praktyki. W związku z powyższym Prezes Urzędu uznał, że ta okoliczność łagodząca uzasadnia obniżenie kwoty bazowej o 10%.

Biorąc pod uwagę powyższe, za stosowanie praktyki stwierdzonej w pkt I rozstrzygnięcia decyzji, Prezes Urzędu nałożył na Spółkę karę pieniężną w wysokości 35 388,00 zł.

Nałożona na Spółkę kara pieniężna mieści się zatem w granicach wyznaczonych przez art. 106 ust. 1 pkt 4 uokik i jednocześnie stanowi (po zaokrągleniu) [%] obrotu osiągniętego przez Spółkę w 2018 r. czyli [%] kary, jaką Prezes Urzędu miał prawo nałożyć na przedsiębiorcę.

W ocenie Prezesa Urzędu kara we wskazanej powyżej wysokości spełni stawiane przed nią cele. Zdaniem Prezesa Urzędu, wymierzona kara jest również adekwatna do okresu, stopnia oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Kara w tej wysokości pozwoli zrealizować funkcję represyjną, tj. dolegliwość z tytułu działań uznanych za stosowanie praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów polegającej na naruszeniu zakazu wynikającego z art. 172 ust. 1 pt, jak i funkcję prewencyjną (zniechęcania do podejmowania podobnych praktyk w przyszłości przez innych uczestników rynku).

Mając na uwadze powyższe, orzeka się jak w pkt II sentencji niniejszej decyzji.

Pouczenie

Zgodnie z art. 112 ust. 3 uokik karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od uprawomocnienia się niniejszej decyzji, na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: NBP o/o Warszawa nr 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000.

Pouczenie

Na podstawie art. 81 ust. 1 uokik w związku z art. 479²⁸ § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1360, ze zm.) od niniejszej decyzji przysługuje stronie odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie miesiąca od dnia jej doręczenia, które wnosi się za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Koszty postępowania

Stosownie do art. 77 ust. 1 uokik, jeżeli w wyniku postępowania Prezes UOKiK stwierdził naruszenie przepisów ww. ustawy, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, jest obowiązany ponieść koszty postępowania. Zgodnie z art. 80 uokik, Prezes UOKiK rozstrzyga o kosztach, w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie.

W punkcie I sentencji niniejszej decyzji organ ochrony konkurencji i konsumentów w wyniku przeprowadzonego postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów stwierdził naruszenie przez Smak i Zdrowie spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością spółka komandytowa (dawniej: Filipiak Polska Spółka Akcyjna spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie) przepisów ustawy uokik (art. 24 ust. 1 i ust. 2 uokik). Spełniona została zatem przesłanka wynikająca z art. 77 ust. 1 uokik pozwalająca na obciążenie przedsiębiorcy kosztami przeprowadzonego postępowania, którymi są dla Prezesa Urzędu wydatki w kwocie **185,60 zł** (słownie: sto osiemdziesiąt pięć złotych i sześćdziesiąt groszy) związane z prowadzoną w toku tego postępowania korespondencją (28 przesyłek za potwierdzeniem odbioru).

Zgodnie z art. 112 ust. 3 uokik oraz art. 264 § 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania administracyjnego, koszty postępowania należy **uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji** na rachunek bankowy Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w NBP o/o Warszawa na nr **51 1010 1010 0078 7822 3100 0000**.

Pouczenie

W przypadku kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach zawartego w punkcie III niniejszej decyzji, stosownie do treści art. 81 ust. 5 uokik w związku z art. 479³² § 1 i 2 Kodeksu postępowania cywilnego, **należy wnieść zażalenie** do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie tygodnia od dnia doręczenia niniejszej decyzji.

Otrzymuje:

1. **Pan adwokat Dominik Jędrzejko**
Pełnomocnik Smak i Zdrowie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k.
z siedzibą w Warszawie (dawniej: Radika Polska Spółka Akcyjna sp.k.)
Kaszubiak Jędrzejko Adwokaci sp. p.
ul. Winogrody 60/2
61-658 Poznań

2. **a/a**