

Sygn. akt VI ACa 1021/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 lutego 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Ewa Klimowicz-Przygódzka (spr.)

Sędzia SA – Aldona Wapińska

Sędzia SA – Regina Owczarek – Jędrasik

Protokolant: – sekr. sądowy Beata Pelikańska

po rozpoznaniu w dniu 22 stycznia 2013 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) S. A. z siedzibą w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o naruszenie zbiorowych interesów konsumentów i nałożenie kary pieniężnej

na skutek apelacji powódki

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z dnia 25 kwietnia 2012 r.

sygn. akt XVII AmA 51/10

1. zmienia zaskarżony wyrok w pkt I w ten sposób, że dotychczasowe jego brzmienie oznacza pkt I a) oraz dodaje pkt I b) o następującej treści:

„I b zmienia zaskarżoną decyzję w pkt II w ten sposób, iż wskazany w nim okres publikacji decyzji na stronie internetowej przedsiębiorcy (...) zmienia z 6 miesięcy na 2 miesiące;”

2. oddala apelację w pozostałym zakresie;

3. zasądza od powoda (...) S.A. w W. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 270 (dwieście siedemdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

VI ACa 1021/12

UZASADNIENIE

W dniu 31 grudnia 2009 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK) wydał decyzję, w której uznał, że Sp. z o.o. (...) z siedzibą w W. (dalej (...)) dopuściła się praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów o jakiej mowa w art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 i Nr 99, poz. 660), polegającej na prowadzeniu kampanii reklamowej dotyczącej promocyjnych ofert usługi dostępu do Internetu w telefonie komórkowym: „(...)” oraz „(...)”, zawierającej hasła reklamowe „(...)”, podczas gdy w rzeczywistości limit w przedmiotowych ofertach występował i wynosił 50 MB

w danym cyklu rozliczeniowym, zaś abonament za usługę w wysokości 5 złotych miesięcznie obowiązywał jedynie w ciągu trzech pierwszych cykli rozliczeniowych. W ocenie organu administracyjnego opisane działanie przedsiębiorcy stanowiło nieuczciwą praktykę rynkową poprzez naruszenie art. 5 ust. 1, art. 5 ust. 2 pkt 1 oraz art. 5 ust. 3 pkt 2 i 5 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 roku o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. z 2007 r., Nr 171, poz. 1206) oraz praktykę godzącą w zbiorowe interesy konsumentów. Była to praktyka rynkowa wprowadzająca w błąd przeciętnego konsumenta na etapie przedkontraktowym, która powoduje lub może powodować podjęcie przez konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął. Na podstawie prowadzonej przez operatora kampanii reklamowej przeciętny konsument mógł powziąć chęć zawarcia umowy z (...) lub nawet ją zawrzeć przyjmując, że operator oferuje możliwość korzystania z Internetu w komórce bez limitu za 5 złotych, sugerując się brzmieniem hasła reklamowego „(...)” Wprowadzające w błąd działanie polegające na podawaniu nieprawdziwych cech reklamowanego produktu (bez limitu odnoszącego się do transferu danych) i dotyczące jego ceny (za 5 zł), godziło w podstawowe prawo potencjalnie nieograniczonej liczby konsumentów jakim jest prawo do rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji oraz naruszało ich interes gospodarczy („okoliczność limitowanego czy Nielimitowanego dostępu do internetu w komórce za określoną kwotę ma istotne znaczenie dla konsumentów z punktu widzenia ekonomicznego”). Z uwagi właśnie na ten charakter praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów (polegającej na wprowadzeniu klientów w błąd), rodzaj naruszonego dobra (prawo konsumenta do rzetelnej, pełnej i prawdziwej informacji) oraz stopień naruszenia interesu publicznego, Prezes UOKiK zdecydował się wymierzyć przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu karę pieniężną w oparciu o art. 106 ust 1 pkt 4 u.o.k.k. . Uzasadniając określoną w pkt III decyzji karę wynoszącą 8 729 993 zł. organ administracyjny uznał, iż nie ma wystarczających dowodów aby przypisać spółce (...) zamiar naruszenia zbiorowych interesów konsumentów. Inkryminowane działania w/w operatora ocenił w związku z tym jako zawinione, aczkolwiek nieumyślne.

Wagę dokonanego przez (...) naruszenia (godzącego w zbiorowe interesy konsumentów na etapie przedkontraktowym) Prezes UOKiK ocenił na poziomie 0,05% przychodu osiągniętego przez spółkę w roku 2008 i za kwotę bazową, stanowiącą podstawę wyliczenia kary przyjął w związku z tym taki procent tego przychodu. Następnie jako okoliczność łagodzącą, zmniejszającą o 30 % wysokość ustalonej kwoty bazowej uznał zaniechanie przez przedsiębiorcę stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów przed wszczęciem postępowania administracyjnego w niniejszej sprawie, niedługo po wszczęciu przez organ administracyjny postępowania wyjaśniającego. Jako okoliczność obciążającą, przemawiającą za podwyższeniem podstawy obliczania kary o 20 % uznał fakt, iż kwestionowane działanie (...) objęło swym zasięgiem obszar całego kraju. Ostatecznie kwota bazowa została zatem obniżona o 10 %. Prezes URE podnosił także, iż zbadał okoliczność dotyczącą uprzedniego naruszenia przepisów ustawy przez spółkę, stwierdzając, iż (...) nie dopuściła się takiego naruszenia. Zwracał uwagę na represyjny oraz prewencyjny charakter kary pieniężnej.

W pkt II decyzji z 31 XII 2009 r. Prezes UOKiK nałożył na (...) na podstawie art. 26 ust 2 w zw. z art. 27 ust 4 i ust 2 u.o.k.k. obowiązek publikacji przedmiotowej decyzji na stronie internetowej (...) przez okres 6 miesięcy jak i obowiązek jednokrotnej publikacji sentencji decyzji na jednej z pięciu pierwszych stron dziennika o zasięgu ogólnopolskim ze średnim nakładem powyżej 100 000 egzemplarzy w module obejmującym co najmniej 25 % strony, czcionką nie mniejszą niż 11 pkt. Rozstrzygnięcie powyższe uzasadniał dążeniem do wyeliminowania skutków działań przedsiębiorcy poprzez realizację funkcji edukacyjnej oraz prewencyjnej wobec innych uczestników rynku tj. zarówno przedsiębiorców jak i konsumentów.

W przedmiotowej decyzji Prezes UOKiK stwierdził jednocześnie zaniechanie stosowania przez (...) przypisanej mu praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów z dniem 1 września 2008 r..

(...) Sp. z o.o. wniosła do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej SOKiK) odwołanie od powyższej decyzji, w którym podniosła następujące zarzuty:

-naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k. i art. 5 ust. 1, art. 5 ust. 2 pkt 1 oraz art. 5 ust. 3 pkt 2 i 5 w zw. z art. 4 ust. 1 i ust. 2 ustawy o p.n.p.r. w zw. z art. 2 pkt 8 oraz w zw. z art. 2 pkt 7 ustawy o p.n.p.r., polegającego na przyjęciu, że jego działanie stanowiło praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, będąc godzącą w

interesy konsumentów nieuczciwą praktyką rynkową w sytuacji, gdy działanie (...) nie godziło w zbiorowe interesy konsumentów, a także nie było sprzeczne z dobrymi obyczajami oraz w istotny sposób nie zniekształcało i nie mogło zniekształcić zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy dotyczącej produktu oraz nie stanowiło praktyki wprowadzającej w błąd bowiem nie powodowało i nie mogło powodować podjęcia przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął, nie polegało na rozpowszechnianiu nieprawdziwych informacji o produkcie i cenie;

- naruszenia art. 5 ust. 4 ustawy o p.n.p.r. poprzez jego niezastosowanie i nie wzięcie pod uwagę wszystkich elementów działania (...), okoliczności wprowadzenia produktu na rynek, w tym sposobu jego prezentacji;

- naruszenia art. 27 ust. 2 u.o.k.i.k. polegające na wydaniu zaskarżonej decyzji w efekcie uznania praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów w sytuacji, gdy działanie (...) nie wyczerpało dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie (...) w związku z czym nie zaszyły podstawy do wydania zaskarżonej decyzji;

- naruszenia art. 1 ust. 1 ustawy o o.k.i.k. poprzez jego błędne, tj. niepełne zastosowanie i przyjęcie, że podejmowana w interesie publicznym ochrona interesów konsumentów może być podejmowana przy całkowitym pominięciu interesów przedsiębiorcy;

- naruszenia art. 7 oraz art. 77 § 1 k.p.a. poprzez jednostronną interpretację ustalonego stanu faktycznego oraz nie wzięcie pod uwagę słusznego interesu (...) w postaci prawa do reklamowania swoich usług na zasadach porównywalnych do konkurujących z (...) przedsiębiorców;

- naruszenia art. 27 ust. 4 w zw. z art. 26 ust. 2 u.o.k.i.k. polegające na przyjęciu, że trwają skutki naruszenia przez (...) zbiorowych interesów konsumentów i, że istnieje konieczność ich usunięcia;

- naruszenia art. 106 ust. 1 pkt 4 u.o.k.i.k. w zw. z art. 31 Konstytucji polegające na przyjęciu, że istnieje konieczność nałożenia na (...) kary pieniężnej za dopuszczenie się stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów i nałożenie na (...) kary pieniężnej w wysokości rażąco przewyższającej kary pieniężne dotychczas nakładane przez Prezesa UOKiK na innych przedsiębiorców, na tej samej podstawie prawnej i w podobnych okolicznościach faktycznych;

- naruszenia art. 8 k.p.a. poprzez brak zastosowania w stosunku do (...) wszystkich okoliczności łagodzących, wbrew zapewnieniom Prezesa UOKiK ogłoszonym w lutym 2009 roku w postaci „Wyjaśnień w sprawie ustalenia wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów”;

- naruszenia art. 9, art. 11 i art. 107 § 1 i 3 k.p.a., a także zasad wypływających z art. 6, art. 7 i art. 8 k.p.a., poprzez brak pełnego uzasadnienia decyzji w zakresie nałożenia na (...) kary pieniężnej w wysokości 8 729 993,00 zł.

Tym samym odwołujący się wnosił o zmianę zaskarżonej decyzji i orzeczenie, że opisane w pkt I decyzji działanie nie stanowiło nieuczciwej praktyki rynkowej oraz nie godziło w zbiorowe interesy konsumentów, a w konsekwencji nie stanowiło praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów; poprzez uchylenie punktu decyzji mówiącego o obowiązku jej publikacji; uchylenie punktu nakładającego karę pieniężną. Powód wnosił ewentualnie o zmianę zaskarżonej decyzji w pkt II i III poprzez uchylenie w całości obowiązku publikacji i znaczące obniżenie nałożonej na niego kary pieniężnej, która w jego ocenie, nie powinna być wyższa niż 158 401,40 zł.

Zaskarżonym wyrokiem SOKiK zmienił częściowo zaskarżoną decyzję poprzez obniżenie wskazanej w niej kwoty pieniężnej z 8 729 993 zł do kwoty 3 777 020,09 zł, oddalił odwołanie w pozostałym zakresie i zasądził od Prezesa UOKiK na rzecz powoda kwotę 128,97 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Z ustaleń faktycznych jakie legły u podstaw tego rozstrzygnięcia wynikało, że (...) Sp. z o.o., która w trakcie procesu zmieniła swoją formę prawną na spółkę akcyjną,

prowodzi działalność gospodarczą polegającą na świadczeniu usług telekomunikacyjnych, w tym w szczególności w zakresie telefonii ruchomej, transmisji danych i teleinformatyki oraz usług internetowych związanych z internetem oraz telefonią stacjonarną.

W ramach tejże działalności powód od dnia 1 lipca 2008 r. prowadził kampanię reklamową dotyczącą promocyjnych ofert usługi dostępu do internetu w telefonie komórkowym: „(...)” oraz „(...)”, w której pojawiło się hasło reklamowe „(...)”.

Była to kampania powadzona w telewizji, w internecie, w formie outdoor i ulotek.

Reklama telewizyjna to były dwa spoty reklamowe trwające 30 i 15 sekund. Dłuższy z nich przedstawiał następującą scenkę: (...)

W czasie kwestii wypowiedzianej przez lektora pojawiają się następujące napisy: (...) (oraz zdjęcie modelu telefonu), następnie na tle w kolorze magenta: „(...)” oraz „(...)”. Na koniec pojawia się napis: Na _ (...) kupisz korzystniej. W czasie trwania napisów: (...) po lewej stronie ekranu znajduje się niewielka informacja pismem pionowym: „Szczegóły oferty w regulaminie”.

W wersji krótszej filmiku, nie występuje jedynie końcowy epizod z (...). Lektor mówi: „(...)”. Spośród napisów pojawiają się wszystkie wyżej wymienione. Dla spotu 30 - sekundowego wielkość czcionki dla napisu „(...)” wynosi 38 pkt., wielkość czcionki napisu „(...)” wynosi maksymalnie 60 pkt. (dla cyfry 5), natomiast wielkość czcionki napisu „Szczegóły oferty w regulaminie” - 14 pkt.

Dla spotu 15 - sekundowego wielkość czcionki dla napisu „(...)” wynosi 44 pkt., zaś wielkość czcionki napisu „Szczegóły oferty w regulaminie” - 14 pkt.

Reklama w formie OUTDOOR była prezentowana w miesiącu sierpniu . W miejscu centralnym umieszczony był duży napis: „(...)”. Poniżej, mniejszą czcionką: „(...)” (w kolorze magenta) oraz: „(...)” („wytluszczona” cyfra 5). Z boku umieszczone zostało zdjęcie aparatu telefonicznego z wizerunkiem (...) na wyświetlaczu. Obok występował napis: (...). Po lewej stronie ekranu znajdowała się niewielka informacja wyjaśniająca pismem pionowym: „Szczegóły oferty w regulaminie (...)” . Dla kreacji o formacie 6x3 wielkość czcionki dla napisu „(...)” wynosi 56 pkt., zaś wielkość czcionki napisu „Szczegóły oferty w regulaminie i na _ (...)” wynosi 17 pkt. Dla kreacji o formacie 12x3 wielkość czcionki dla napisu „(...)” wynosi 95 pkt., zaś wielkość czcionki napisu „Szczegóły oferty w regulaminie i na (...)” wynosi 24 pkt.

Reklama internetowa (od 1 lipca - 25 sierpnia 2008 r.) w formie: toplayer, brandmark, billboard, rectangle, skyscraper, smartbox, smartlink, Google, adwords.

Reklamy dotyczące internetu w komórce zawierały hasła : „(...)” , „(...)” (największa czcionka). „(...)” (magenta) „(...)” („wytluszczona” cyfra 5). W przypadku reklam internetowych po kliknięciu poszczególnych reklam następowało przekierowanie na stronę główną (...), na której dostępna była dedykowana dla danej promocji aplikacja stanowiąca narzędzie do konfiguracji ofert abonamentowych. Przy pomocy aplikacji klient mógł wybrać właściwy dla siebie wariant oferty promocyjnej (abonament, telefon komórkowy, itp.) wraz z ewentualnymi usługami dodatkowymi, wśród których była usługa „(...)”. Na stronie internetowej (...) znajdowały się również warunki promocji, załącznik cenowy i regulamin danej promocji.

W przypadku reklamy w formie ulotek hasło na pierwszej stronie brzmiało: „(...)”. Na drugiej stronie ulotki widniał napis (czcionka o zbliżonej wielkości): „(...)” („wytluszczone” cyfry 3 i 5).

(...) oferował wybrane modele telefonów komórkowych, których oprogramowanie stworzono specjalnie pod kątem ułatwienia i przyspieszenia korzystania z internetu. Posiadały one przeglądarkę (...) umożliwiającą przeglądanie dużych stron z internetu na małym ekranie telefonu.

W dniu 18 sierpnia 2008 roku Prezes UOKiK wszczął postępowanie wyjaśniające mające na celu wstępne ustalenie czy reklama (...) dotycząca usługi dostępu do internetu w telefonie komórkowym, w której pojawia się hasło reklamowe „(...)” może stanowić naruszenie przepisów uzasadniające wszczęcie postępowania w sprawie zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów lub naruszenie chronionych prawem interesów konsumentów.

W ramach tego postępowania powód udzielił wyjaśnień, z których wynikało m.in. , że w swojej reklamie posłużył się hasłem „(...)”, gdyż z analizy średniego transferu danych w cyklu rozliczeniowym w przypadku abonentów korzystających z usługi dostępu do internetu za pomocą przeglądarki w telefonie komórkowym wynikało, że transfer ten wynosił 2 MB. Zdaniem spółki występowało zatem niewielkie prawdopodobieństwo skorzystania przez przeciętnego abonenta z pakietu 50 MB, a tym samym użycie przedmiotowego hasła było uzasadnione (pismo z 5 września 2008 r.).

Postanowieniem z dnia 2 XI 2009 roku Prezes UOKiK wszczął wobec (...) postępowanie w sprawie stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 u.o.k. i k. , polegającej na prowadzeniu kampanii reklamowej dotyczącej promocyjnych ofert usługi dostępu do Internetu w telefonie komórkowym: „(...)” oraz „(...)”, w której pojawiło się hasło reklamowe „(...)”, podczas, gdy limit w przedmiotowych ofertach występował i wynosił 50MB w danym cyklu rozliczeniowym, zaś abonament za usługę w wysokości 5 złotych miesięcznie obowiązywał jedynie w ciągu 3 pierwszych cykli rozliczeniowych, co mogło stanowić nieuczciwą praktykę rynkową poprzez naruszenie art. 5 ust. 1, art. 5 ust. 2 pkt 1 oraz art. 5 ust. 3 pkt 2 i 5 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy o przeciwdziałaniu (...), tj. działanie wprowadzające w błąd, które powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął i jako godzące w zbiorowe interesy konsumentów może zostać uznane za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów.

W kolejnym piśmie z dnia 19 listopada 2009 r. (...) podnosił, że w ramach reklamowanej usługi internetu w telefonie komórkowym wybrał ofertę paczki danych o wielkości 25 razy większej od przeciętnego zużycia danych i określił w komunikacji rynkowej te cechy produktu w postaci krótkiego hasła marketingowego „(...)”. Jednocześnie wskazał, że zaoferował w ramach niniejszej promocji w początkowym okresie 3 miesięcy większy pakiet danych (50 MB) w cenie pakietu niższego (5 MB), tj. za 5 zł. W materiałach szczegółowych , do których odsyłały reklamy , wskazywano jednak dokładnie warunkach promocji, które m.in. przyznawały klientowi możliwość rezygnacji z zakupionej usługi w dowolnym momencie jej trwania. Ponadto spółka podnosiła , że już w wyniku otrzymania pierwszego zawiadomienia Prezesa UOKiK, zaprzestała kampanii marketingowej zawierającej kwestionowane przez organ administracyjny treści.

W dniu 31 grudnia 2009 r. Prezes UOKiK wydał opisaną na wstępie decyzję stwierdzającą dopuszczenie się przez powoda praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, określonej w art. 24 ust 2 pkt 3 u.o.k. i k.

Z ustaleń sądu I instancji wynikało ponadto, że doszło do skorygowania dochodu spółki (...) za rok 2008, który ostatecznie wynosił 8 393 377 972,56 zł.

W uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego znalazła się również informacja o przeprowadzonych przez ten sąd dowodach z zeznań świadków M. S. (1) i S. F. , pracowników (...), które to zeznania były zbieżne i wynikało z nich, że koncepcja kampanii reklamowej oferty promocyjnej powoda w zakresie usługi internetowej przez telefon komórkowy sprowadzała się do pokazania swobodnego używania internetu w komórce, w dowolnym miejscu, w dowolnym czasie, wygodnie. Hasło „(...)” odnosiło się zatem do swobody korzystania z internetu w komórce; zawsze kiedy potrzeba bez ograniczeń, w tym bez ograniczeń prędkości. Ponadto z zeznań tych wynikało, że przeciętny klient zużywał wówczas ok. 2 MB danych na korzystanie z internetu w telefonie komórkowymi. Oferowana w ramach promocyjnej usługi „paczka danych” była 25 - krotnie wyższa. Nie było reklamacji odnośnie ceny produktu bądź wielkości paczki.

Dokonując subsumpcji ustalonego stanu faktycznego pod przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym SOKiK podkreślał, iż prowadzone przez niego na skutek odwołania spółki (...) od decyzji administracyjnej Prezesa UOKiK z dnia 31 XII 2009 r. postępowanie

sądowe ma charakter postępowania pierwszo instancyjnego, w ramach którego sąd powszechny nie dokonuje kontroli prawidłowości (legalności) przeprowadzenia postępowania administracyjnego, chyba, że stwierdzone naruszenie zasad postępowania administracyjnego będzie miało bezpośredni wpływ na naruszenie norm prawa materialnego. W tym kontekście uznał, iż wskazywane przez powoda w odwołaniu zarzuty naruszenia przepisów prawa administracyjnego, tj. art. 7 i art. 77 § 1 k.p.a., a także zasad wypływających z art. 6 k.p.a., art. 7 k.p.a., art. 8 k.p.a. oraz art. 9, art. 11 i art. 107 §1 i 3 k.p.a. podlegają badaniu ale w postępowaniu administracyjnym dotyczącym legalności wydanej decyzji, powód nie wykazał bowiem, że miały one wpływ na merytoryczną treść decyzji, co więcej w ocenie SOKiK odwołujący nie wykazał, na czym miałyby konkretnie polegać niedozwolone działanie organu, które doprowadziło do wydania zaskarżonej decyzji. Za takie działanie nie można bowiem uznać podnoszonej przez powoda okoliczności nieuwzględnienia przez Prezesa UOKiK przy wydawaniu zaskarżonej decyzji praktyk rynkowych jego konkurentów, skutkującej brakiem rozważenia słusznego interesu (...) w postaci prawa do reklamowania swoich usług na zasadach porównywalnych do konkurujących z (...) przedsiębiorców. Sąd I instancji podnosił, iż powód nie wskazał jakiegokolwiek stanu faktycznego, który byłby porównywalny do analizowanego. Podkreślone zostało także, że każda sprawa wymaga indywidualnego rozważenia i ocenienia. SOKiK argumentował dodatkowo, że żaden z przepisów materialnych u.o.k. i k. nie wskazuje wprost zasad ochrony (podejmowanej w interesie publicznym) interesów przedsiębiorców, nie ulega jednak wątpliwości, iż również i one podlegają ochronie prawnej, tym niemniej pośrednio tj. w wyniku zastosowania norm określających ochronę konkurencji, w szczególności przepisów regulujących zasady przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję. W tym jedynie sensie możliwe jest zastosowanie instrumentarium prawnego u. o. k. i k. do ochrony interesów określonego przedsiębiorcy, przy czym motywem działania organu administracyjnego jest ochrona interesów wspólnych w postaci niezakłóconego działania konkurencji. Niniejsze postępowanie dotyczyło jednak postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, którego nadrzędnym celem jest ochrona konsumentów i interes przedsiębiorcy naruszającego owe interesy ustępuje przed interesem szerszego kręgu uczestników rynku gospodarczego.

SOKiK podkreślał także, że zaskarżona decyzja nie neguje prawa (...) do reklamowania swoich usług, ale wskazuje, że ma odbywać się to zgodnie z prawem a nie zgodnie z zasadami wypracowanymi przez innych konkurentów.

Mając powyższe na uwadze uznał podniesiony w odwołaniu (...) zarzut obrazy art. 1 ust. 1 u.o.k i k. za niezasadny jeszcze raz podnosząc, że badanie interesu przedsiębiorcy nie ma miejsca w postępowaniu dotyczącym zakazu praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Niepodzielone zostały także zarzuty odwołującego się dotyczące naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3 u.o.k. i k. oraz art. 5 ust. 1, art. 5 ust. 2 pkt 1 oraz art. 5 ust. 3 pkt 2 i 5 w zw. z art. 4 ust. 1 i ust. 2 ustawy i o p.n.p.r. w zw. z art. 2 pkt 8 oraz w zw. z art. 2 pkt 7 tej ustawy, skutkującego błędnym w jego ocenie uznaniem, iż zakwestionowana kampania reklamowa dotycząca promocyjnych ofert usługi dostępu do internetu w telefonie komórkowym stanowiła nieuczciwą praktykę rynkową, naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, a tym samym stanowiła praktykę naruszającą te interesy.

Sąd Okręgowy wywodził, że zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy o p.n.p.r. stosowaną przez przedsiębiorcę praktykę rynkową uważa się za nieuczciwą, jeżeli jest ona sprzeczna z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy w trakcie jej zawierania lub po zawarciu. Jest to klauzula generalna, która podlega konkretyzacji w dalszych przepisach tejże ustawy. W szczególności za nieuczciwą praktykę uznaje się praktykę wprowadzającą w błąd (art. 5ust 1), która może polegać zarówno na działaniu (art. 5) lub zaniechaniu (art. 6).

Dokonując oceny z punktu widzenia w/w przepisów ustawy, zachowania powoda, sąd I instancji przeanalizował treść oferty dostępu do internetu w telefonie komórkowym „(...)” oraz „(...)” i ustalił, że obie oferty zawierały analogiczne warunki co do zakupu nowego telefonu w promocyjnej cenie, promocyjnego zestawu obejmującego Taryfę (...) oraz usługę dodatkową (...) z opłatą za 3 pierwsze pełne cykle rozliczeniowe 5 zł z VAT, a za pozostałe cykle po 15 zł z VAT. W ramach tejże usługi dodatkowej abonent otrzymywał pakiet 50 MB danych do wykorzystania w danym cyklu rozliczeniowym. Po wykorzystaniu tego pakietu opłata za każde następne 100 kB wynosiła 0,12 zł z VAT. Usługę

„(...)” abonent mógł wyłączyć w dowolnym momencie trwania umowy terminowej dotyczącej świadczenia usług telekomunikacyjnych, zawartej na 24 lub 36 cykli rozliczeniowych. Sama umowa abonamentowa nie podlegała już tak swobodnemu rozwiązaniu, gdyż klient za nieutrzymywanie aktywnej karty SIM w sieci ERA przez 24 lub 36 pełnych cykli rozliczeniowych ponosił karę umowną. Sąd Okręgowy podnosił ponadto, że tylko wybrane modele telefonów były kompatybilne z ofertą zawierającą opcje usługi dodatkowej (...).”

Porównując tak ustaloną ofertę z hasłem reklamowym „(...)”, które ją reklamowało Sąd Okręgowy podzielił wyrażone przez Prezesa UOKiK stanowisko, że rozpowszechniana w nim informacja była nieprawdziwa, bowiem limit przy transferze danych występował (50 MB) a abonament w podanej wysokości obowiązywał ale przez pierwsze 3 cykle rozliczeniowe. Wyrażone zostało stanowisko, że nie można uznać za odpowiadający rzeczywistości przekaz reklamowy, który dostarcza wiadomości na temat cech produktu i jego ceny w sposób niepełny, a tak było w niniejszej sprawie, gdyż reklamowany produkt w postaci usługi dodatkowej „(...)” posiadał ograniczenie ilościowe i cenowe. Po pierwsze w jednym okresie rozliczeniowym oferowano pakiet 50 MB, który wbrew twierdzeniom powoda był możliwy do przekroczenia, co przewidywała sama oferta wprowadzając opłatę 0,12 zł z VAT za każde następne 100 kB powyżej 50 MB. Po drugie oferty promocyjne „(...)” oraz „(...)” ograniczały swobodę wyboru konsumentów, bowiem tylko wybrane telefony mogły obsłużyć internet. Po trzecie cena za usługę dodatkową w wysokości 5 zł za cykl rozliczeniowy obowiązywała tylko przez pierwsze 3 miesiące, po tym okresie wzrastała do 15 zł z VAT. Po czwarte abonent mógł zrezygnować z usługi „(...)” w dowolnym czasie trwania umowy, ale nie mógł rozwiązać umowy podstawowej o świadczenie usług telekomunikacyjnych bez konsekwencji finansowych.

Powyzsze zdaniem SOKiK wskazuje, iż w przedmiotowej reklamie wykorzystano nierzetelny i niezgodny z prawdą przekaz o produkcie, stwarzając tym samym fałszywe wyobrażenia prowadzące do podjęcia (lub możliwości podjęcia) przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej nie podjąłby. Owo mylne wyobrażenie usługi „(...)” na etapie przedkontraktowym, mogło w konsekwencji prowadzić do upośledzenia wyboru rynkowego konsumenta (podjęcia decyzji), tym bardziej, że w okresie prowadzenia przez (...) kampanii reklamowej usługi „(...)” przeciętny konsument nie miał punktu odniesienia dla weryfikacji oferty (...), gdyż internet nie był wówczas powszechny, a dane o średnim wykorzystaniu były tworzone na potrzeby powoda.

Dokonując oceny, czy przeciętny konsument mógł zostać wprowadzony hasłami reklamowymi powoda w błąd sąd I instancji odniósł się do modelu przeciętnego konsumenta, którym jest konsument dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny. Tym niemniej jednak zdaniem sądu przy wprowadzeniu nowego produktu na rynek, innowacyjnego w swoim rozwiązaniu, jakim była oferowana przez powoda usługa „(...)” nie można nawet od tak zdefiniowanego przeciętnego konsumenta wymagać aby wiedział jakie jest średnie zużycie paczki danych, a tym samym czy oferowana paczka jest wystarczająca w jednym cyklu rozliczeniowym. Za niewiarygodne uznane zostały także twierdzenia powoda, iż reklama była kierowana do klienta młodego, ciekawego, zorientowanego w technologii. Zdaniem SOKiK adresatem reklamy był nieograniczony krąg konsumentów, którzy mogli podjąć decyzję dotyczącą zawarcia umowy z (...) o świadczenie usług telekomunikacyjnych, zaciekawieni nową usługą dodatkową. Po okresie 3 miesięcy mogli oni się wycofać z usługi dodatkowej, ale nie z umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych. W tym też zdaniem sądu I instancji przejawiało się wprowadzenie w błąd konsumenta, poprzez wpływ na zachowanie konsumentów, którzy mogli powziąć chęć zawarcia umowy.

Podzielone zostało tym samym w całości stanowisko Prezesa UOKiK, że ze strony powoda doszło do praktyki polegającej na wprowadzeniu w błąd poprzez rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji (art. 5 ust 1 oraz ust 2 pkt 1 ustawy o p.n.p.r.), która była praktyką nieuczciwą w rozumieniu art. 4 ust 2 ustawy o p.n.p.r. jako sprzeczna z dobrymi obyczajami i zniekształcająca lub mogąca zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy, a w konsekwencji praktyką naruszającą zbiorowe interesy konsumentów o jakiej mowa jest w art. 24 ust 2 pkt 3 u.o.k. i k.

Za niezasadny został przy tym uznany przez SOKiK zarzut naruszenia art. 5 ust 4 u.p.n.p.r., który stanowi, że Przy ocenie, czy praktyka rynkowa wprowadza w błąd przez działanie, należy uwzględnić wszystkie jej elementy oraz okoliczności wprowadzenia produktu na rynek, w tym sposób jego prezentacji. Za nieprzekonujące sąd I instancji

uznał twierdzenie powoda o „nowej jakości życia” jako podstawie stworzenia hasła „(...)”. Podnosił, że okoliczności wprowadzenia produktu na rynek świadczą o uwypukleniu jego warunków technicznych, a nie stylu życia. Produkt był charakteryzowany poprzez swoje cechy, a nie poprzez nabywającego go klienta. W analizowanym hasle celem spotów reklamowych nie był styl życia bez ograniczeń, a technika mogąca poprawić jakość życia. Szczegóły oferty, do których odsyłały reklamy, wskazywały, że (...) wprowadzała w błąd w zakresie przedstawienia cech oferowanego produktu.

Niepodzielony został także kolejny zarzut odwołania dotyczący naruszenia przepisów art. 27 ust. 4 w zw. z art. 26 ust. 2 u.o.k. i k. poprzez błędne przyjęcie, że skutki naruszenia przez odwołującego zbiorowych interesów konsumentów występują nadal i w związku z tym istnieje konieczność ich usunięcia poprzez nakazanie publikacji decyzji. SOKiK podnosił, iż nagłośnienie sprawy naruszenia zbiorowych interesów konsumentów spełnia nie tylko funkcje represyjne, ale w wyniku zamieszczenia oświadczenia przez samego przedsiębiorcę dochodzi również do osiągnięcia celu prewencyjnego. Zapoznanie się innych przedsiębiorców z treścią zakazanej praktyki może bowiem stanowić dla nich przestrożę i zapobiec przed jej stosowaniem w przyszłości. Ponadto nakazany rodzaj publikacji często stanowi jedyną realną możliwość uzyskania przez konsumentów informacji o bezprawnym charakterze działań przedsiębiorcy.

Odnosząc się do zarzutów powoda dotyczących wysokości wymierzonej kary pieniężnej Sąd Okręgowy uznał, iż wbrew twierdzeniom odwołującego jest ona adekwatna do okoliczności sprawy oraz w sposób prawidłowy uwzględnia przesłanki określone w art. 111 u.o.k. i k. takie jak okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy. Odnosnie okoliczności bezprawnego działania powoda (kampanii reklamowej) odsyłał w tym zakresie do uzasadnienia decyzji Prezesa UOKiK. Zwracał uwagę, iż podstawą stwierdzenia organu administracyjnego o nieuczciwych praktykach rynkowych powoda było formalne naruszenie przez niego przepisów ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, a nie skutek materialny w postaci doprowadzenia do zawarcia umowy pod wpływem reklamy przez jakiegokolwiek konsumenta. Nie zakwestionowana została zresztą eksponowana przez odwołującego się okoliczność, że konsumenci mieli pełną możliwość zweryfikowania oferty przed zawarciem umowy. SOKiK podnosił ponadto, że ustalając wysokość wymierzonej powodowi kary Prezes UOKiK uwzględnił okres naruszenia przez niego przepisów ustawy oraz wskazał na okoliczność zaniechania stosowania niedozwolonej praktyki. Przypisał działaniu powoda winę nieumyślną. Wymierzona przez organ administracyjny kara pieniężna uwzględniała zatem wszystkie określone w art. 111 u.o.k. i k. okoliczności mające wpływ na jej wysokość, takie jak naruszenia przepisów ustawy, stopień naruszenia przepisów ustawy, okoliczności naruszenia przepisów ustawy, uprzednie naruszenie przepisów ustawy. Samodzielnie analizując powyższe przesłanki SOKiK wskazywał, że naruszenie przez powoda przepisów ustawy trwało kilka miesięcy. Waga dokonanego naruszenia inaczej ciężar szkodliwości był poważny. Naruszenia bowiem dokonano na etapie przedkontraktowym, którego istotą jest zachowanie przedsiębiorcy ukierunkowane na pozyskiwanie konsumentów lub złożenie oferty konsumentom, mające na celu skłonienie ich do zawarcia kontraktu.

Wymierzona przez Prezesa UOKiK kara pieniężna została przez SOKiK zweryfikowana z Wyjaśnieniami w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów opublikowanymi przez Prezesa Urzędu <http://www.uokik.gov.pl/wyjasnienia> w sprawie (...). Również i w tym zakresie sąd I instancji nie dopatrył się żadnych nieprawidłowości.

Ustosunkowując się jeszcze do zarzutu powoda wymierzenia mu kary w wysokości rażąco przewyższającej kary pieniężne dotychczas nakładane przez Prezesa UOKiK na innych przedsiębiorców, na tej samej podstawie prawnej i w podobnych okolicznościach faktycznych Sąd Okręgowy stwierdził, że okoliczności dotyczące innych spraw pozostają poza zakresem jego oceny w przedmiotowej sprawie.

Pomimo podzielenia w całości stanowiska organu administracyjnego co do sposobu wyliczenia i wysokości nałożonej na powoda kary pieniężnej SOKiK zmienił jej wymiar z uwagi na zmianę wysokości przychodu powoda za rok 2008, dokonaną korektą dokumentu CIT-8 za 2008 r.. Przychód ten posłużył do dokonania przez sąd I instancji stosownych obliczeń, według metody i wskaźników zastosowanych przez Prezesa UOKiK w zaskarżonej decyzji, co ostatecznie skutkowało ustaleniem kary pieniężnej obciążającej powoda na poziomie 3777 020,09 zł.

Rozstrzygając o kosztach procesu SOKiK w oparciu o art. 100 k.p.c. dokonał ich stosunkowego rozliczenia, przyjmując, że (...) wygrał proces w 43% w zakresie kary .

Z wyrokiem powyższym nie zgodził się powód w części nakładającej na niego karę pieniężną w wysokości jak wyżej, oddalającej jego odwołanie i orzekającej o kosztach procesu. W swojej apelacji podniósł następujące zarzuty:

- naruszenia art. 479^{31a} §3 k.p.c. poprzez oddalenie odwołania w przeważającym zakresie oraz uwzględnienie go jedynie w części co do wymiaru kary pieniężnej, w sytuacji gdy przypisane mu działania nie nosiły znamion nieuczciwej praktyki rynkowej, a w każdym razie nie stanowiły praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów;

- naruszenia art. 479²⁸ pkt 1 k.p.c. w zw. z art. 81 ust. 1 i art. 83 u.o.k. i k. oraz art. 8 k.p.a. polegającego na uchyleniu się przez sąd I instancji od rozpoznania odwołania w tej części, w której zakwestionowano legalność decyzji Prezesa UOKiK i prawidłowość przeprowadzonego przezeń postępowania, w zakresie w jakim naruszenie zasady porównywalnego traktowania podmiotów w porównywalnych sytuacjach wpłynęło na wymiar nałożonej kary pieniężnej;

- art. 233 §1 k.p.c. poprzez dokonanie oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego w sposób sprzeczny z zasadami doświadczenia życiowego oraz budzący wątpliwości z punktu widzenia zasad poprawnego i logicznego rozumowania, skutkujące poczynieniem błędnych ustaleń faktycznych, , iż:

a) sformułowanie „(...)” zawarte w inkryminowanym przekazanie reklamowym odnosiło się do limitu przekazu danych,

b) sformułowanie „(...)” zawarte w inkryminowanym przekazanie reklamowym odnosiło się do wynagrodzenia za dany cykl rozliczeniowy w całym okresie obowiązywania umowy,

c) grupą docelową inkryminowanego przekazu reklamowego nie były osoby młode, ciekawe i zorientowane w technologii,

d) zarzucane naruszenie zbiorowych interesów konsumentów trwało kilka miesięcy.

- obraży art. 27 ust. 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 uokik oraz w zw. z art. 5 ust. 1, art. 5 ust. 2 pkt 1 oraz art. 5 ust. 3 pkt 2 i 5 w zw. z art. 3 i 4 ust. 1 i 2 ustawy o p.n.p.r. w zw. z art. 2 pkt 8 oraz z art. 2 pkt 7 tej ustawy , poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że działanie powoda stanowiło nieuczciwą praktykę rynkową polegającą na rozpowszechnianiu nieprawdziwych informacji o oferowanym produkcie i jego cenie, naruszającą przez to zbiorowe interesy konsumentów;

- obraży art. 27 ust. 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 u. o .k.i k. oraz w zw. z art. 2 pkt. 7 i 8 u. o p.n.p.r. w zw. z art. 3, art. 4 ust. 1 i 2 oraz art. 5 ust. 1 tejsze ustawy poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, iż inkryminowane działanie rynkowe powoda było sprzeczne z dobrymi obyczajami oraz w istotny sposób zniekształcało lub mogło zniekształcić zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy dotyczącej reklamowanego produktu, czym mogło powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął;

- naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 u.o.k. i k. w zw. z art. 5 ust. 4 w. zw. z art. 3, art. 4 ust. 2, art. 5 ust. 1 u.p.n.p.r. poprzez błędne zastosowanie i zaniechanie uwzględnienia wszystkich elementów związanych z inkryminowanymi działaniami rynkowymi (...), a zwłaszcza okoliczności wprowadzenia produktu na rynek;

- obraży art. 24 ust. 1 w zw. z art. 1 ust. 1 u.o.k.i k. a contrario poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż praktyką naruszającą zbiorowe interesy konsumentów jest również działanie, w następstwie którego konkurenci przedsiębiorcy musieliby przedsięwziąć wzmożone starania w zakresie promocji i reklamy swych własnych usług;

- obraży art. 106 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 111 u.o.k. i k. oraz w zw. z art. 32 Konstytucji RP, poprzez przyjęcie, że zachodziła konieczność nałożenia na powoda kary pieniężnej z uwagi na rzekome dopuszczenie się przez niego praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, a także polegające na zaniechaniu wzięcia pod uwagę okresu, stopnia oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy oraz faktu, iż powód nie naruszył w dotychczasowej działalności tych przepisów, a wreszcie poprzez wymierzenie powodowi kary w sposób rażąco przewyższający kary nakładane dotychczas przez Prezesa UOKiK na innych przedsiębiorców na tej samej podstawie prawnej i w porównywalnych okolicznościach faktycznych;

- obraży art. 106 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 111 u.o.k. i k. oraz w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, poprzez naruszenie konstytucyjnej zasady proporcjonalności polegające na wymierzeniu kary niepozostającej w adekwatnym stosunku do faktu, iż inkryminowana działalność reklamowa stanowi tylko jeden z segmentów aktywności rynkowej powoda, a tym samym generuje tylko część z realizowanych przez niego przychodów.

- naruszenia art. 27 ust. 4 w zw. z art. 26 ust. 2 u.o. k. i k. poprzez ich błędną wykładnię wyrażającą się w uznaniu, iż wymierzenie środków, o których mowa w ostatnim z w/w przepisów jest dopuszczalne również mimo braku wykazania istnienia trwających skutków naruszenia zbiorowych interesów konsumentów.

Tym samym apelujący wnosił o zmianę zaskarżanego wyroku w zaskarżonej części poprzez orzeczenie, że jego działania opisane w punkcie I zaskarżonej decyzji Prezesa UOKiK –u nie są nieuczciwymi praktykami rynkowymi, stanowiącymi praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów; uchylenie obowiązku nałożonego w punkcie II decyzji; uchylenie kary pieniężnej nałożonej w punkcie III decyzji, zmienionej punktem I zaskarżanego wyroku.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Wniesiona przez powoda apelacja zasługiwała na uwzględnienie jedynie w nieznaczej części, z uwagi na nietrafność większości podnoszonych w niej zarzutów.

Rozważania na temat zasadności apelacji powoda zacząć należy od zarzutów dotyczących naruszenia przez sąd I instancji przepisów prawa procesowego, skutkujących poczynieniem błędnych ustaleń faktycznych, które w konsekwencji z kolei miałyby powodować nieprawidłowe zastosowanie przepisów prawa materialnego.

Sąd Apelacyjny podziela jednak w pełni ustalenia Sądu Okręgowego zgodnie z którymi używane w hasłach reklamowych powoda określenie „(...)” odnosiło się do braku limitu transferu danych, sformułowanie „(...)” sugerowało stałą opłatę abonamentową za cały okres obowiązywania umowy, a adresatem reklamy czyli tzw. „grupą docelową” nie były tylko osoby młode, ciekawe i zorientowane w technologii.

Powyższe ustalenia faktyczne sądu I instancji nie miały charakteru dowolnego, znajdowały oparcie w materiale dowodowym sprawy, z którego wyciągnięto wnioski zgodne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego.

Ad.1 Wbrew twierdzeniom apelującego reklamowana przez niego usługa nie przełamywała barier dostępu do sieci Internet, stwarzając możliwość korzystania z tej sieci za pomocą telefonu komórkowego w dowolnym miejscu i czasie. Taka bariera została bowiem przełamana już wcześniej, o czym świadczy chociażby fakt, że powód dysponował danymi z których wynikało, że średnio miesięcznie klient zużywa 2 MB danych na korzystanie z internetu przez komórkę (nie robiliśmy sondaży, tylko sprawdzaliśmy obecnych użytkowników internetu w komórce- zeznania świadka M. S. k 207). Innowacja technologiczna zastosowana w oferowanej usłudze polegała na tym, że w telefonach komórkowych zastosowano oprogramowanie, które ułatwiało i przyspieszało korzystanie z internetu. Jak ustalili to SOKiK posiadały one przeglądarkę (...) umożliwiającą przeglądanie dużych stron z internetu na małym ekranie telefonu komórkowego. Świadek M. S. (1) zeznał, że w tym czasie korzystanie z internetu przez telefon komórkowy było ograniczone, odnosiło się do tzw. stron (...), czyli stron specjalnie przygotowanych do oglądania internetu w komórce. Dzięki natomiast wdrożonej przez (...) technologii kompresji danych powstała możliwość przeglądania każdej strony www, która była kompresowana do rozmiarów umożliwiających szybkie wyświetlanie na komórce w tak małym ekranie. Dzięki powyższemu rozwiązaniu uzyskano znaczną poprawę szybkości korzystania z internetu w komórce. Jak zeznał

świadek „zasadniczym hasłem, które chcieliśmy przekazać klientowi było hasło „(...)”. Dalsze zeznania M. S. (1) jak i S. F. jakoby hasłem „(...) (...) chciała przekazać informację, że korzystanie z internetu w komórce jest swobodne, wyszło poza dom, było bez barier, jawiły się mało logicznymi, przekonującymi, po prostu niewiarygodnymi. Nowa technologia zastosowana w reklamowanej usłudze wyrażała się hasłem „(...)”, jej istota nie polegała na złamaniu barier w uzyskaniu dostępu do sieci Internet, a zatem brak było podstaw aby przyjąć, iż hasło reklamowe „(...)” mieściło w sobie przekaz o łamaniu tychże barier. Sąd Okręgowy w swoich rozważaniach prawidłowo także wywodził, że okoliczności wprowadzenia nowego produktu na rynek świadczą o tym, że reklama uwypuklała jego warunki techniczne, odnosiła się do cech reklamowanej usługi, a nie do propagowania możliwości swobodnego korzystania z internetu przez komórkę, czy nawet do stylu życia. Nie prawdą jest, iż SOKiK uznał za wiarygodne w powyższym zakresie zeznania pracowników powoda. Podał, iż z zeznań tych wynikało, jaki zamiar przyświecał twórcom reklamy, jednak stanowiska tego z w/w względów nie podzielił (str. 18).

O tym, że określenie „(...)” odnosi się do transferu danych świadczyły także wyjaśnienia samego powoda złożone Prezesowi UOKiK w piśmie z dnia 5 września 2008 r., w którym jako pierwszy i podstawowy powód posłużenia się hasłem „(...)” w odniesieniu do wskazanych ofert, podano, że po przeprowadzeniu analizy średniego transferu danych w cyklu rozliczeniowym, w przypadku abonentów korzystających z usługi dostępu do internetu, przez przeglądarkę w telefonie komórkowy, która to analiza wykazała średnie zużycie 2 MB, spółka zdecydowała się zaoferować pakiet danych 25 razy większy, który tym samym w jej ocenie był w jednym cyklu rozliczeniowym nie do przekroczenia.

Słusznie SOKiK ustosunkowując się do powyższej argumentacji powoda, podnosił, iż o możliwości przekroczenia ustanowionego jednak w ramach reklamowanej usługi dostępu do internetu przez komórkę pakietu danych, świadczy sam fakt, iż postanowienia umowy odnoszące się do usługi dodatkowej „(...)” taką ewentualność również brały pod uwagę, wprowadzając dodatkowe opłaty za każdy następny ponad 50 MB transfer danych o wartości 100 kB. Z dołączonej do odwołania ulotki informacyjnej wynika wprost, że już wówczas (...) oferowała usługę „(...)” dla osób intensywnie korzystających z internetu, dla których komórka służy czasem jako modem (k 101). Wbrew zatem zarzutom apelacji oferowany pakiet danych był nie tylko fizycznie możliwy do przekroczenia ale także nie odstawał od ówczesnych realiów rynkowych. Biorąc zresztą pod uwagę szybkość rozwoju techniki, powód jako profesjonalny podmiot zajmujący się świadczeniem usług telekomunikacyjnych nie mógł zakładać, iż określony przez niego limit danych 50 MB nie stanie się w najbliższym czasie powszechnie osiągalnym.

Nie sposób podzielić także wywodów apelującego, iż określenie „(...)” związane było z tym faktem, że nie występował żaden limit przesyłu danych, że w ramach reklamowanej usługi z internetu można było korzystać przez cały czas, z tym, że za dodatkową opłatą, czego apelujący już nie dodaje. Użyte w hasle reklamowym określenie „(...)” nie sposób jest bowiem inaczej odczytywać jak wspólnie tj. (...), tym bardziej, że w dłuższym spocie telewizyjnym, reklamie zewnętrznej i jednej internetowej te hasła reklamowe występowały także łącznie. Przykładem może być reklama zewnętrzna z k 105 akt.

Na zakończenie powyższego wątku rozważań można jeszcze przytoczyć ten argument, że za interpretacją określenia „(...)” jako odnoszącego się do transferu danych a nie do braku bariery w swobodnym dostępie do internetu przemawia także wykładnia językowa tego określenia. „Limit” kojarzy się bowiem z ograniczeniami ilościowymi, a nie przestrzennymi. Bardziej adekwatnym określeniem intencji jakie jak twierdzili świadkowie przyświecały tworzeniu inkryminowanej reklamy byłoby po prostu hasło _ - „bez barier” czy „swoboda dostępu”.

Ad.2 Reklamowana wysokość wynagrodzenia za świadczoną przez (...) usługę dostępu do internetu w (...) (k 93,105, 106) przez przeciętnego konsumenta, będącego osobą doinformowaną i rozważaną, wiedzącą, że umowy o świadczenie usług telefonii mobilnej zawierane są na czas określony oraz, że opłaty za tego rodzaju usługi są świadczeniami okresowymi, nie mogła być odbierana inaczej jak tylko odnosząca się do całego okresu trwania umowy o świadczenie usługi dostępu do internetu. Takie rozumowanie było zgodne z doświadczeniem życiowym i logiką. Odstępstwo od powszechnie przyjętej praktyki stałości opłaty za cały ustalony umową okres świadczenia usług, jako rozwiązanie nietypowe, powinno było wyraźnie zostać adresatom reklamy przekazane.

Ad.3 Rację przyznać należy apelującemu, że odbiorcą reklamy są konsumenci reklamowanych usług, a nie wszystkie osoby, które mogłyby się z przedmiotową reklamą zetknąć w środkach masowego przekazu. Brak jest jednak podstaw do przyjęcia, że reklamowana przez (...) usługa „(...)” pozostawała w kręgu zainteresowań głównie „ludzi młodych, ciekawych, zorientowanych w technologii”. Wydaje się, że kwestia wieku nie była w tym przypadku czynnikiem wyznaczającym zakres tzw. grupy docelowej, gdyż chęć nabycia usługi umożliwiającej szybkie, tanie i bez limitu korzystanie z internetu przez komórkę mogły wyrażać także osoby nie zaliczane do grupy ludzi młodych. SOKiK uznał, że adresatem reklamy był nieograniczony krąg konsumentów, którzy mogli podjąć decyzję z (...) o świadczenie usług telekomunikacyjnych zaciekawieni nową usługą dodatkowa. Ani Prezes UOKiK ani SOKiK nie zanegowali jednak twierdzenia apelującego, iż był to konsument ciekawy, zorientowany w technologii.

Podzielenie przez Sąd Apelacyjny ustaleń faktycznych sądu I instancji nie pozwalało uznać za zasadne zarzutów apelacyjnych dotyczących naruszenia przez sąd I instancji przepisów prawa materialnego tj. art. 5 ust 1, art. 5 ust 2 pkt 1, art. 5 ust 3 pkt 2 i 5, art. 5 ust 4 ustawy o p.n.p.r. Używane przez powoda w kampanii reklamowej hasło „(...)” zawierało informacje nieprawdziwe, odnoszące się do cechy reklamowanej usługi jaką było brak limitu transferu danych jak i do ceny tej usługi. Rzeczywiste bowiem warunki umowy, odnoszące się do powyższej usługi dodatkowej były inne niż reklamowane, transfer danych był limitowany do 50 MB w jednym okresie rozliczeniowym, zaś cena 5 zł obowiązywała tylko za pierwsze 3 okresy rozliczeniowe.

Te nieprawdziwe informacje zawarte w przekazie reklamowym czyniły jednak reklamowaną usługę bardziej atrakcyjną, przez co mogły wzbudzić u przeciętnego konsumenta chęć nabycia oferowanego produktu, niezależnie od innego czynnika motywacyjnego jakim było nowoczesne rozwiązanie technologiczne pozwalające na szybkie korzystanie z sieci internetowej. Poza sporem jest bowiem, iż czynnikiem kształtującym zachowania konsumentów jest przede wszystkim czynnik ekonomiczny, cenowy. Przeciętny adresat reklamy mógł natomiast jak najbardziej odczytać wynikający z niej przekaz w sposób prezentowany przez Prezesa UOKiK „(...)” (patrz wspomniana już forma reklamy z k 105 akt). Reklamowe hasło z punktu widzenia zasad doświadczenia życiowego wprowadzało lub mogło wprowadzać zatem konsumenta w błąd co do rzeczywistych warunków umowy dotyczących reklamowanej usługi, co mogło z kolei wywołać u niego podjęcie decyzji, której inaczej by nie podjął, polegającej na powzięciu chęci zawarcia umowy na warunkach wynikających z reklamy, zainteresowaniu się reklamowaną ofertą promocyjną. Jak ustalił to Prezes UOKiK oraz SOKiK wprowadzenie przeciętnego konsumenta w błąd na skutek powyższej praktyki rynkowej powoda dotyczyło etapu przedkontraktowego, w którym przedsiębiorca nastawiony jest na przyciągnięcie jak największej liczby klientów. W świetle zarzucanej powodowi w zaskarżonej decyzji praktyki rynkowej bez znaczenia był zatem podnoszony przez apelującego fakt, że przedmiotowa kampania reklamowa zawierała odniesienie do szczegółowych warunków promocji, z których konsument mógł się dowiedzieć o rzeczywistych warunkach świadczenia usługi „(...)”. Bezprawne zachowanie (...) wobec konsumentów polegało bowiem nie na tym, że spółka wprowadzała (lub mogła wprowadzić) konsumentów w błąd przy zawieraniu umowy, tylko na tym, że w sposób nieuczciwy, sprzeczny z dobrymi obyczajami gdyż polegający na podawaniu nieprawdziwych, istotnych informacji na temat produktu, wzbudzała ich zainteresowanie ofertą, tak, że mogli oni powziąć chęć skorzystania z niej. Art. 2 ust 7 ustawy o p.n.p.r. stanowi, że przez decyzję dotyczącą umowy (o jakiej mowa jest też w art. 5 ust 1 w/w ustawy) rozumie się podejmowaną przez konsumenta decyzję, co do tego, czy, w jaki sposób i na jakich warunkach dokona zakupu, zapłaci za produkt w całości lub w części, zatrzyma produkt, rozporządzi nim lub wykona uprawnienie umowne związane z produktem, bez względu na to, czy konsument postanowi dokonać określonej czynności, czy też powstrzyma się od jej dokonania. Decyzja dotycząca umowy dotyczy zatem także sytuacji gdy konsument „przymierza się” do zawarcia umowy, a do jej zawarcia nie dochodzi. „Można w pewnym uproszczeniu powiedzieć, że decyzja konsumenta dotycząca umowy obejmuje każdą decyzję konsumenta podejmowaną pod wpływem jakiegokolwiek impulsu prawnego (np. obietnicy gwarancji) lub faktycznego (np. koloru samochodu), bez względu na to, czy finalnie dojdzie do zawarcia umowy” (A. Michalak. Przeciwdziałanie nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz. Str. 63). Warto podkreślić jest także, iż praktyka rynkowa w znaczeniu powyższej ustawy, to również informacja handlowa, w szczególności reklama i marketing, bezpośrednio związane z promocją lub nabyciem produktu przez konsumenta (art. 2 ust 4). Dodać ponadto należy, iż uwzględnienie argumentacji powoda co do powinności i możliwości powzięcia przez konsumenta informacji na temat rzeczywistych warunków oferty z regulaminu świadczenia usług (do którego

odsyłał odnośnik na reklamie) , jako czynnika wyłączającego możliwość wprowadzenia go w błąd oznaczałoby wykluczenie w ogóle możliwości kwestionowania reklamy jako praktyki rynkowej wprowadzającej w błąd, gdyż i tak przed zawarciem umowy przeciętny konsument poznaje faktyczne jej warunki. Rozwiązanie takie jest nie do zaakceptowania, w szczególności w świetle przywołanych powyżej postanowień art. 2 ust 4 i 7 ustawy o p.n.p.r..

Nie ma także racji powód usprawiedliwiający swoje działanie specyfiką przekazu reklamowego , polegającą na uwypukleniu najkorzystniejszych aspektów oferty, posługiwaniu się skrótami myślowymi. Zakwestionowane hasła reklamowe uwypuklały bowiem nieprawdziwe cechy produktu, nie pogłębione ani nie doprecyzowane w warunkach oferty czy regulaminie świadczenia usług , tylko zmienione. Na podaniu prawdziwych cech reklamowanej usługi nie stał także na przeszkodzie limit przestrzenny czy czasowy reklamy. Zamiast hasła „(...)” wystarczyło podać przykładowo „(...)”, czy „(...)”.

Sąd Apelacyjny nie podziela także stanowiska apelującego jakoby dla stwierdzenia , że dana praktyka rynkowa może wprowadzić w błąd konsumenta niezbędne jest określenie „ze szczególną dokładnością stopnia takiego prawdopodobieństwa”. Spełnienie powyższego warunku jest w praktyce nie możliwe. Oznaczałoby bowiem obowiązek przeprowadzania stosownych badań empirycznych określonej grupy konsumentów. Na gruncie ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym należy natomiast stosować metodę normatywną oceny wprowadzenia w błąd , polegającą na ocenie przez sędziego in abstracto na podstawie doświadczenia życiowego w oparciu o zobiektyzowany model przeciętnego konsumenta , który jest dobrze poinformowany, uważny i ostrożny. „Nie można podać określonego progu procentowego , od którego istnieje możliwość wprowadzenia w błąd . Dla przyjęcia możliwości istnienia wprowadzenia w błąd wystarczy jednak, by przynajmniej część , nawet nieznaczna danej grupy konsumentów mogła być wprowadzona w błąd” – A. Michałak w publikacji j.w. str. 78.

Przechodząc tym samym do modelu przeciętnego konsumenta , zdefiniowanego w art. 2 pkt 8 ustawy o p.n.p.r. i stawianych w związku z tym w apelacji zarzutów , podnieść należy, iż zarówno organ administracyjny jak i SOKiK trafnie, co przyznaje sam apelujący scharakteryzowali model przeciętnego konsumenta zainteresowanego reklamowaną przez powoda usługą dostępu do internetu w telefonie komórkowym , jako osobę bardziej niż przeciętnie zorientowaną w nowych technologiach związanych z telekomunikacją (str. 15 decyzji). Od konsumenta takiego nie sposób jest jednak wymagać wiedzy na poziomie profesjonalnym, a tym samym jak słusznie podnosił sąd I instancji pełnej wiedzy dotyczącej nowej technologii zastosowanej w reklamowanej przez powoda usłudze (kompresja danych), w szczególności skutków jej zastosowania w kontekście możliwości łatwego , nieograniczonego transferu danych, mogącego przekładać się na niską cenę usługi. Jak sam wielokrotnie podkreślał powód zastosowane przez niego rozwiązanie technologiczne stanowiło nowum na rynku, znacznie ułatwiało możliwość korzystania z internetu za pomocą telefonu komórkowego, wprowadzało nową jakość tej usługi. Nie sposób jest zatem mówić o orientacji konsumenta w specyfice podobnych usług, gdyż usług z takim samym rozwiązaniem technologicznym jak wynika z twierdzeń samego powoda inni operatorzy sieci mobilnej wówczas jeszcze nie świadczyli. Przeciętny konsument nie miał zatem punktu odniesienia dla weryfikacji przedstawianej mu w reklamie oferty.

Niewątpliwie natomiast przeciętny konsument miał świadomość co do tego, że przekaz reklamowy zawierający odwołanie do warunków szczegółowych promocji może zawierać tylko część informacji dotyczących takiej promocji oraz, że dla oglądu sytuacji niezbędne jest zapoznanie się z tymi warunkami, po którym to zapoznaniu się nie mógł zostać wprowadzony w błąd inkryminowanym przekazem reklamowym. Okoliczność powyższa jak już zostało wyjaśnione nie ma jednak znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, w której zarzuca się powodowi stosowanie nieuczciwej praktyki rynkowej już na etapie przedkontraktowym. Specyfika języka reklamy nie uzasadnia natomiast zakładania przez ostrożnego konsumenta, że podawane mu w przekazie reklamowym informacje na temat cech istotnych reklamowanego produktu są nieprawdziwe. Te nieprawdziwe informacje mogły skutkować podjęciem przez konsumenta decyzji dotyczącej umowy polegającej na chęci nabycia usługi, czy też zainteresowania się nią, udania się do punktu sprzedaży czy też zapoznania się z jej zasadami na stronie internetowej operatora, których to czynności konsument by nie podjął gdyby nie „przyciągające” go nieprawdziwe hasła reklamowe. Jak słusznie podnosił Prezes UOKiK w uzasadnieniu swojej decyzji w niniejszej sprawie przeciętny konsument znający na ogólnym poziomie zasady działania rynku telekomunikacyjnego oraz standardowe warunki ofert promocyjnych , powinien i spodziewa się, że

przekaz reklamowy nie zawiera wyczerpującej informacji na temat zasad promocji „(...)” i „(...)” , jednak nie ma podstaw aby zakładać, że przekazywane informacje są nieprawdziwe, może i powinien się spodziewać, że uzyska usługę dostępu do mobilnego internetu bez limitu , za 5 zł miesięcznie. W tym zakresie był natomiast wprowadzany w błąd, bo istotna cecha produktu , na której bazowała kampania reklamowa powoda , mająca stanowić podstawę korzyści dla nabywcy , nie istniała w ofercie operatora, zaś cena 5 zł obowiązywała przez 3 okresy rozliczeniowe, a następnie wzrastała do 15 zł. . Nie ma przy tym znaczenia, że po owych 3 miesiącach konsument mógł zrezygnować z usługi dodatkowej, chodzi bowiem o to, że błędny przekaz reklamowy wywołał u niego już na etapie przedkontraktowym uzasadnione przeświadczenie, że może przez cały okres na jaki z reguły zawiera się umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych w sieci ruchomej, korzystać z usługi dodatkowej dostępu do internetu za stałą cenę 5 zł (patrz rozważania powyżej na temat poczynienia przez sąd I instancji błędnych ustaleń faktycznych).

Za nielogiczne uznać należy wywody apelującego, iż dzieląc tok rozumowania SOKiK należałoby uznać, że w ogóle podejmując aktywność reklamową powód już zniekształcił lub naraził na zniekształcenie rynkowe zachowania konsumentów i już z tej przyczyny jego działanie winno a priori być inkryminowane. Na gruncie ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym inkryminowana jest bowiem tylko taka aktywność reklamowa przedsiębiorcy , która wprowadza konsumenta w błąd lub jest agresywną praktyką rynkową. W niniejszej sprawie nie chodzi o to, że konsumenci dzięki reklamie powoda zainteresowali się nowatorską jak na ówczesne realia rynku usługą szybkiego i szerokiego dostępu do mobilnego internetu, tylko o to, że część z nich niewątpliwie zainteresowała się tą usługą (mogła się zainteresować) na skutek podawania w reklamie nieprawdziwych , a istotnych i atrakcyjnych z punktu widzenia przeciętnego konsumenta informacji na jej temat .

W związku z faktem, iż przypisana powodowi nieuczciwa praktyka rynkowa dotyczyła zniekształcenia zachowania konsumenta na etapie przedkontraktowym, za niemające znaczenia dla oceny zachowania powoda należy uznać rozważania sądu I instancji dotyczące możliwości zrezygnowania przez konsumenta z usługi dodatkowej, przy jednoczesnej konieczności kontynuowania w dalszym ciągu umowy „podstawowej” o świadczenie usług telekomunikacyjnych.

Stwierdzić ponadto należy, iż wyszły ponad podstawę faktyczną niniejszego powództwa rozważania SOKiK dotyczące ograniczenia swobody wyboru konsumenta w zakresie modeli telefonów komórkowych mogących obsłużyć reklamowaną usługę internetową „(...)”. Tego rodzaju okoliczność nie stanowiła podstawy przypisania powodowi praktyki rynkowej wprowadzającej w błąd, a w konsekwencji praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów.

Art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy o o.k i k. stanowi, że praktyką naruszającą zbiorowe interesy konsumentów jest w szczególności nieuczciwa praktyka rynkowa. Wykazanie powyższej praktyki konkretyzuje jednak jedynie przesłankę bezprawności działania przedsiębiorcy , należy jeszcze wykazać, że godzi ona w zbiorowe interesy konsumentów , zgodnie z ust 1 art. 24 w/w ustawy (Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz , pod red. C. Banasińskiego i innych , str. 407).

Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Prezesa UOKiK, iż przypisana powodowi nieuczciwa praktyka rynkowa, wprowadzająca w błąd konsumentów poprzez podawanie w przekazie reklamowym nieprawdziwych danych charakteryzujących produkt, naruszała interes prawny konsumentów w postaci prawa do pełnej i rzetelnej informacji. Sąd Apelacyjny nie podziela natomiast wyrażonego w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji poglądu, że doszło także do naruszenia interesu gospodarczego konsumentów gdyż „Okoliczność limitowanego czy Nielimitowanego dostępu do internetu w komórce – za określoną kwotę ma istotne znaczenie dla konsumentów z punktu widzenia ekonomicznego”. Powyższa argumentacja nie przystaje do zarzutu stosowania przez powoda nieuczciwej praktyki rynkowej na etapie przedkontraktowym. Nie można mówić w niniejszej sprawie o bezpośrednim naruszeniu przez powoda interesu ekonomicznego konsumentów, tym niemniej jednak zniekształcone na skutek wprowadzenia w błąd zachowanie konsumenta mogło generować po jego stronie także straty finansowe chociażby w postaci kosztów dojazdu do punktu obsługi klienta . Przede wszystkim jednak zainteresowanie się przez konsumenta oferowaną przez powoda usługą „(...)” , na skutek błędnego wyobrażenia na temat jej warunków , skutkowało po stronie konsumenta stratą czasu, przeznaczanego na zapoznanie się z warunkami umowy, które okazywały

się inne niż wynikało to z hasła reklamowego. Doszło (lub mogło dojść) w ten sposób do naruszenia interesów pozaekonomicznych konsumentów , także chronionych przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W ramach ochrony interesu pozaekonomicznego konsumentów wskazuje się , że należy przykładowo uwzględnić niewygodę organizacyjną, mitręgę, nierzetelność traktowania czy też występującą w niniejszym przypadku stratę czasu (Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz pod red. A.Stawicki i E. Stawicki, str. 542).

Sąd Apelacyjny zgadza się natomiast z apelującym, iż SOKiK popełnił błąd w logicznym rozumowaniu uznając z jednej strony, iż w postępowaniu dotyczącym naruszenia zbiorowych interesów konsumentów nie ma miejsca na ochronę interesu przedsiębiorcy, z drugiej natomiast strony zarzucał powodowi, że w świetle nieuczciwego promowania przez niego nowego produktu na rynku usług dostępu do mobilnego internetu, kolejne kampanie reklamowe innych operatorów musiałyby mieć siłę przyciągania przebijającą ofertę (...). W ramach niniejszego postępowania dotyczącego naruszenia zbiorowych interesów konsumentów kwestia dopuszczenia się przez powoda czynów nieuczciwej konkurencji nie miała znaczenia. SOKiK ze stawianego zresztą powodowi zarzutu nie wyciągał żadnych konsekwencji. Dodać jednak należy, iż można spotkać się w literaturze przedmiotu (w/w Komentarz A.i E. Stawickich, str. 533/534) z nieco inną oceną jakoby niekiedy ochrona konsumentów była niesłusznie odbierana jako wymierzona przeciwko interesom przedsiębiorców. W rzeczywistości jednak z ochroną konsumentów może być powiązana ochrona interesów przedsiębiorców przed nieuczciwą konkurencją. Jako przykład takiej sytuacji wskazano właśnie stosowanie przez przedsiębiorcę nieuczciwej praktyki rynkowej w postaci reklamy wprowadzającej w błąd, po to aby pozyskać klientów i tym samym bezprawnie przejąć potencjalną klientelę swojego konkurenta. W konsekwencji zakłócenia zachowań konsumenckich naruszony zostaje nie tylko interes konsumentów, ale także interes ogółu przedsiębiorców.

Ustosunkowując się do zarzutów apelacji dotyczących wymierzonej powodowi kary pieniężnej, podnieść w pierwszej kolejności należy zgodnie z art. 106 ust 1 u.o.k. i k. kara ta ma charakter fakultatywny. Prezes UOKiK, wydając decyzję o jej nałożeniu, działa zatem w ramach uznania administracyjnego, co oczywiście nie jest równoznaczne z dowolnością. SOKiK w uzasadnieniu swojego orzeczenia w istocie nie ustosunkował się do kwestii samej zasadności wymierzenia powodowi przez organ administracyjny kary, tym niemniej jednak przywołana w tym zakresie przez Prezesa UOKiK w zaskarżonej decyzji (jej uzasadnieniu) argumentacja zasługiwała na uwzględnienie. Przede wszystkim za wymierzeniem powodowi kary pieniężnej przemawiał charakter dokonanego przez niego naruszenia oraz rodzaj naruszonego dobra w postaci podstawowego prawa konsumenta do prawdziwej, rzetelnej i pełnej informacji. Praktyki rynkowe wprowadzające w błąd konsumenta uznawane są bowiem za szczególnie nieuczciwe. Uważa się , że to właśnie one najczęściej oddziałują na sferę decyzyjną konsumenta, prowadząc do zniekształcenia jego decyzji rynkowych. Wykluczają tym samym możliwość podjęcia świadomej decyzji rynkowej przez konsumenta, posiadają szczególną moc sterowania wyborem adresata^(.). Z uwagi na wskazane powyżej okoliczności , wprowadzenie w błąd należy do jednego z najbardziej konsekwentnie zwalczanych naruszeń uczciwych stosunków rynkowych.

Powód w swojej apelacji podważając zasadność samego faktu nałożenia na niego kary pieniężnej podnosił okoliczności, które w ocenie Sądu Apelacyjnego nie odnosiły się do zarzucanego mu czynu lub miały charakter nieistotny:

- możliwość rezygnacji przez konsumenta z reklamowanej usługi dodatkowej , bez jakichkolwiek dodatkowych kosztów – jest bowiem okolicznością irrelevantną z punktu widzenia nieuczciwej praktyki rynkowej prowadzonej na etapie przedkontraktowym,
- brak przypadków przekroczenia poziomu przesyłu danych na pułapie (...) nie sanuje prawdziwości hasła reklamowego „(...)” ani nie świadczy o tym, że konsumenci nie zostali wprowadzeni w błąd inkryminowanym przekazem reklamowym; konsumenci , którzy zwabieni hasłem reklamowym, zapoznali się z rzeczywistymi warunkami oferty, mogli bowiem z niej zrezygnować lub wybrać bardziej odpowiadającą im opcję „(...)”,

- prawo do informacji odnośnie warunków oferowanej usługi nie było ograniczone, tym niemniej w zakresie mieszczącym się w samym przekazie reklamowym zostało naruszone, co mogło wpłynąć na zachowania rynkowe konsumenta na etapie przedkontraktowym,

-treść przekazu reklamowego z przyczyn już powyżej wskazanych nie była pogłębiana i doprecyzowywana w regulaminie świadczenia usług , tylko modyfikowana,

- brak z kolei skarg/reklamacji odnośnie warunków oferowanej usługi, nie oznacza, że nie było rozczarowanych hasłami reklamowymi klientów (niezależnie od tej kwestii, że dla przyjęcia nieuczciwej praktyki wprowadzającej w błąd wystarczająca jest sama możliwość wywołania u konsumentów mylnego wyobrażenia na temat cech reklamowanego produktu) , którzy po zapoznaniu się z warunkami umowy odstąpili od jej zawarcia; poza tym składanie reklamacji dotyczy już okresu wykonywania umowy, a nie etapu przedkontraktowego, istotnego w niniejszej sprawie,

- naruszenie czy też zagrożenie interesu ekonomicznego konsumentów w niniejszej sprawie , występowało , aczkolwiek miało charakter pośredni i mało istotny, tym niemniej jednak jak już podniesione zostało nieuczciwa praktyka rynkowa powoda naruszała przede wszystkim interes prawny i pozaekonomiczny konsumentów (strata czasu),

Odnosnie z kolei zarzutów dotyczących wysokości wymierzonej powodowi kary pieniężnej, to w pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, iż nominalnie w istocie przedstawia ona wysoką wartość, tym niemniej jednak na tle osiągniętego przez powoda w roku 2008 przychodu , który zgodnie z art. 106 ust 1 u.o.k.i k. stanowi punkt odniesienia do jej obliczenia, jest niewielka, gdyż wynosi 0,045% tego przychodu. Mając na uwadze funkcję represyjną (spowodowanie uciążliwości finansowej) i prewencyjną (zapobieganie naruszeniu) kary pieniężnej stwierdzić należy, iż aby osiągnęła ona wynikający z tychże funkcji cel musi przedstawiać sobą pewną ekonomicznie odczuwalną dla ukaranego wartość , a nie wyrażać się w kwocie symbolicznej w stosunku do zakresu i rentowności prowadzonej przez niego działalności gospodarczej.

Dla oceny prawidłowości ustalenia wysokości wymierzonej kary nie miała tym samym zdaniem Sądu Apelacyjnego znaczenia tak eksponowana przez apelującego jej nominalna wartość.

Odnosnie poszczególnych zarzutów:

Ad.1 Zgodzić się należy ze skarżącym, że określenie przez sąd I instancji okresu naruszenia zbiorowych interesów konsumentów zaimkiem „kilka” było nieprecyzyjne, w świetle okoliczności, iż w rzeczywistości naruszenie to trwało 2 miesiące. Nie ma podstaw jednak do wnioskowania, że ten brak precyzji mógł doprowadzić do mylnego wyobrażenia , że kwestionowana praktyka była stosowana w istocie dużo dłużej , w szczególności wobec poczynienia przez ten sąd ustaleń faktycznych, dotyczących terminu rozpoczęcia przez powoda spornej kampanii reklamowej i jej zaprzestania jak i również w świetle przedstawionej w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku analizy argumentacji Prezesa UOKiK dotyczącej przesłanek rzutujących na wymiar kary.

Ad. 2 Za nielogiczne Sąd Apelacyjny uznał wywody apelującego odnoszące się do nieproporcjonalności wymierzonej kary pieniężnej w stosunku do liczby konsumentów, którzy skorzystali z oferty objętej kwestionowaną reklamą, a tym samym do korzyści jakie powodowa spółka z nich uzyskała.

Nieuczciwy , wprowadzający w błąd przekaz reklamowy przyciągnął lub mógł przyciągnąć uwagę konsumentów odnośnie oferowanego przez powoda produktu i nawet jeżeli część z tychże konsumentów, po zapoznaniu się z regulaminem świadczenia usługi i tym samym rzeczywistymi warunkami umowy zrezygnowała z jej zawarcia , to niewątpliwie istniała także i taka grupa konsumentów, którzy z tej usługi skorzystali lub mogli skorzystać lub też wybrali całkiem inny produkt powoda. Przy ustalaniu wymiaru kary pieniężnej należy kierować nie korzyściami jakie dzięki zakwestionowanej praktyce odniósł przedsiębiorca tylko korzyściami jakie mógł odnieść (patrz SN z 21 IV 2011 r. III SK 45/10). Korzyści jakie mogłyby uzyskać powód dzięki zastosowanej na etapie przedkontraktowym

nieuczciwej praktyce rynkowej polegały na zwróceniu uwagi konsumentów na swoją ofertę, a w dalszej kolejności na pozyskaniu części z nich jako kontrahentów umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, a nie tylko usługi dodatkowej „(...)”. Usługa mobilnego internetu nie miała bowiem samoistnego charakteru. Korzystanie z niej wiązało się z koniecznością skorzystania z usługi telefonii mobilnej (...). Niewykluczone jest także, że przyciągnięci nieuczciwą reklamą konsumenci mogli skorzystać także z innego rodzaju usług telekomunikacyjnych powoda, jak chociażby ze wspomnianej usługi „(...)”. Ewentualnych korzyści jakie spółka mogłaby osiągnąć stosując praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów nie można zatem sprowadzać tylko do przychodu uzyskanego od osób, które skorzystały jedynie z reklamowanej usługi dodatkowej. Ponadto podnieść należy, iż powód zaprzestał zarzuconej mu praktyki rynkowej naruszającej zbiorowe interesy konsumentów w związku ze wszczęciem przez Prezesa UOKiK postępowania wyjaśniającego w niniejszej sprawie. Gdyby nie powyższe działania organu antymonopolowego można przyjąć, iż stosowana w dalszym ciągu nieuczciwa praktyka rynkowa mogłaby przynieść powodowi wysokie korzyści, skoro jak sam podaje, pomimo zaprzestania reklamy po 2 miesiącach, z samej usługi dodatkowej mobilnego internetu uzyskał on przychód roczny 158 401,40 zł. (z 744 klientów).

Ad.3 Okoliczność dotychczasowego braku naruszenia przez powoda przepisów ustawy nie mogła zostać potraktowana jako okoliczność łagodząca wymiar kary, co wynika w sposób jednoznaczny z art. 111 u.o.k. i k., który jako kryterium decydujące o wysokości kary wymienia uprzednie naruszenie przepisów ustawy czyli tzw. recydywę (jako czynnik obciążający), a nie dotychczasowy brak karalności. Oczywiście katalog przesłanek wymienionych w art. 111 u.o.k. i k., mogących rzutować na wymiar kary nie jest katalogiem zamkniętym, tym niemniej jednak mając na uwadze fakt, iż obowiązek przestrzegania prawa co do zasady ciąży na każdym podmiocie, nie sposób jest z faktu dotychczasowego przestrzegania tego obowiązku przez powoda wyprowadzać pozytywnych dla niego skutków w postaci zmniejszenia wysokości kary pieniężnej, w szczególności, że i tak w ocenie Sądu Apelacyjnego została ona ustalona na niewysokim poziomie, mając na uwadze fakt, iż art. 106 ust 1 u.o.k. i k. wyznacza jej górny pułap w wysokości 10 % przychodu przedsiębiorcy, a stosowane przez Prezesa UOKiK Wyjaśnienia w sprawie ustalenia wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów - na poziomie 0,3 % przychodu.

Ad.4 Mylne są także twierdzenia apelacji jakoby przy ustalaniu wysokości nałożonej na powoda kary pieniężnej nie zostały wzięte pod uwagę takie okoliczności jak nieumyślność działania czy niezwłoczne zaniechanie stosowania przez niego niedozwolonej praktyki. Pierwsza z w/w przesłanek została uwzględniona przy ustalaniu przez Prezesa UOKiK kwoty bazowej, która według opracowanych i upubliczniczonych przez ten organ administracyjny zasad wymierzania kary (wspomniane powyżej Wyjaśnienia) mogła wynosić od 0,02 do 0,3 % przychodu. Kara 0,05 % przychodu powoda właśnie z uwagi na nieumyślność działania mieściła się w dolnych granicach w/w przedziału. Druga z wymienionych okoliczności spowodowała z kolei obniżenie ustalonej kwoty bazowej o 30 %.

Pozostając jeszcze przy kwestii opublikowanych przez Prezesa UOKiK „Wyjaśnieniach w sprawie ustalenia wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów” to nie ma racji skarżący podnosząc, że SOKiK rozstrzygając o prawidłowości wymierzonej powodowi kary pieniężnej ograniczył się do sprawdzenia czy było ono zgodne z w/w wewnętrznymi i niewiązującymi wytycznymi organu. Po pierwsze jak wynika z treści uzasadnienia wyroku, sąd I instancji oceniając wymiar kary pieniężnej nałożonej na powoda, zbadał przesłanki rzutujące na jej wysokość, wymienione w art. 111 u.o.k. i k. Po drugie kontrola wymierzonej kary z punktu widzenia jej zgodności z w/w wytycznymi organu administracyjnego wynikała z konieczności ustosunkowania się przez SOKiK do zarzutu jaki powód zawarł w swoim odwołaniu, iż wbrew zapewnieniom Prezesa UOKiK zawartym w Wyjaśnieniach nie zostały zastosowane w stosunku do niego wszystkie okoliczności łagodzące (zarzut nr 8). W uzasadnieniu powyższego zarzutu, sam odwołujący się dokonywał ustalenia wysokości obciążającej go kary pieniężnej właśnie w oparciu o przedmiotowe wytyczne (k 60).

Ad.5 Błędnie także podnosi apelujący, iż doszło w niniejszej sprawie do naruszenia zarówno przez Prezesa UOKiK jak i SOKiK zasady równości wobec prawa (art. 32 Konstytucji RP), na skutek nie uwzględnienia przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej obciążającej powoda okoliczności, że w bardzo podobnych stanach faktycznych i na tej

samej podstawie prawnej były nakładane przez organ antymonopolowy kary pieniężne na innych przedsiębiorców wielokrotnie niższe, od kary nałożonej na powoda.

Powyższa argumentacja pomija całkowicie podstawowe zasady prawa karnego do jakich należy zasada indywidualizacji odpowiedzialności sprawcy i indywidualizacji wymiaru kary. Jak bowiem wyraził to Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 21 IV 2011 r. wydanym w sprawie III SK 45/10 gdy dochodzi do wymierzenia przedsiębiorcy kary pieniężnej, zasady sądowej weryfikacji prawidłowości orzeczenia organu regulacyjnego w tym zakresie, powinny odpowiadać wymogom analogicznym do tych, jakie obowiązują sąd orzekający w sprawie karnej. Zasada równości wobec prawa zobowiązuje do wymierzania w podobnych okolicznościach podobnych kar, ale nie może stanowić podstawy do stosowania przez sąd określonego schematu w orzekaniu, takiej schematyzacji orzekania przeciwdziałają właśnie w/w zasady prawa karnego. Jakie były okoliczności dopuszczenia się przez inne podmioty podobnego do popełnionego przez powoda naruszenia zbiorowych interesów konsumentów i jakie okoliczności związane z osobą sprawcy naruszenia w tych innych sprawach występowały, jaką kwotę bazową do swoich wyliczeń przyjął Prezes UOKiK i jakie okoliczności obciążające oraz łagodzące wymiar kary uwzględnił, nie sposób było w niniejszej sprawie ustalać i oceniać (podane w tabeli apelującego wartości wskazują procent przychodu przedsiębiorcy, wyliczony z uwzględnieniem okoliczności podwyższających i obniżających karę). Tym samym nie sposób było porównywać kar nałożonych na tych przedsiębiorców z karą wymierzoną powodowi w zaskarżonej decyzji.

Poza tym powód wyciąga wnioski o nierównym traktowaniu jego osoby jedynie na podstawie dwóch decyzji organu administracyjnego. Tak mała ilość decyzji nie może stanowić właściwego wykładnika do określenia dotychczasowego dorobku orzeczniczego Prezesa UOKiK w sprawach dotyczących nakładania kar pieniężnych za naruszenie zbiorowych interesów konsumentów. Decyzje powyższe wydane zostały ponadto jeszcze przed opracowaniem przez Prezesa UOKiK „Wyjaśnień w sprawie ustalenia wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów”, ponad rok wcześniej przez wydaniem zaskarżonej decyzji.

Ad.6 Przy wymierzeniu powodowi kary pieniężnej nie doszło także do naruszenia zasady proporcjonalności. Twierdzenia apelującego, iż przedmiotowa kara powinna pozostawać w związku tylko z jego działalnością prowadzoną w tym segmencie rynku, w którym dopuścił się nieuczciwej praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, a tym samym, że powinna stanowić procent przychodu osiągniętego jedynie z tego rodzaju działalności tj. usługi mobilnego dostępu do internetu jest błędne. W tym zakresie Sąd Apelacyjny całkowicie zgadza się ze stanowiskiem wyrażonym przez Prezesa UOKiK w odpowiedzi na apelację. Głównym przedmiotem prowadzonej przez powoda działalności gospodarczej jest sprzedaż produktów oraz świadczenie usług telekomunikacyjnych (k 307). W tym zakresie mieści się także świadczenie usługi dostępu do mobilnego internetu, traktowanej jako usługa dodatkowa, a nie samodzielna, z tej prostej przyczyny, że internet mobilny nie może funkcjonować bez mobilnej telefonii. Usługi telekomunikacyjnej internetu mobilnego, nie można tym samym uznać za samodzielny, niezależny segment prowadzonej przez powoda działalności gospodarczej, a tym samym przy wymierzaniu kary nie można wyodrębnić tylko tych przychodów, które wiążą się z tą usługą dodatkową.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do zmiany rozstrzygnięcia sądu I instancji oddalającego odwołanie powoda w zakresie żądania uchylenia ewentualnie zmiany nałożonej na niego decyzją z dnia 31 grudnia 2009 r. kary pieniężnej.

Nałożenie na powoda w zaskarżonej decyzji obowiązku jej publikacji w prasie jak i na stronie internetowej (...) co do zasady uznać należało za rozwiązanie słuszne, znajdujące swoje podstawy prawne w art. 26 ust 2 w zw. z art. 27 ust 4 u.o.k. i k., aczkolwiek zgodzić się należy z apelującym, iż uzasadnienie tego rozstrzygnięcia przedstawione zarówno przez Prezesa UOKiK jak i SOKiK, nawiązujące nie tylko do funkcji wychowawczych, prewencyjnych i edukacyjnych takich publikacji, ale i do konieczności usunięcia trwających skutków dokonanego naruszenia zbiorowych interesów konsumentów było wadliwe. Ani organ administracyjny ani sąd I instancji nie tylko, że nie ustalili istnienia tych skutków, ale nawet ich nie określili. Podzielić należy stanowisko wyrażone już przez niniejszy Sąd Apelacyjny w wyroku z dnia 9 II 2011 r. VI ACa 694/10, że „zamieszczenie postanowień dodatkowych w decyzji o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i stwierdzającej zaniechanie jej stosowania z uwagi na jej charakter, ma

zmierzać do osiągnięcia innych celów niż te, które są stawiane odpowiednim postanowieniom zawartym w decyzji wydanej na podstawie art. 26 ust. 1 u.o.k.k. Decyzja z art. 27 ust. 1 u.o.k.k. jest bowiem wydawana w sytuacji, gdy przedsiębiorca nie stosuje już praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów. Celem umieszczenia w niej postanowień dodatkowych nie jest dążenie do wyeliminowania jej skutków tak jak w decyzji wydanej na podstawie art. 26 ust. 1, bowiem bezprawna praktyka została już zaniechana”. (tak też M. Sieradzka w Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz pod red. K. Kohutek, M. Sieradzka, T 3 do art. 27). Należy w związku z tym przyjąć, iż celem omawianej regulacji (stosowanej przeciwko odpowiednio) jest realizacja funkcji represyjnej, jak również edukacyjnej i prewencyjnej wobec innych uczestników rynku zarówno przedsiębiorców jak i konsumentów, który to cel został wyjaśniony w uzasadnieniu zarówno zaskarżonej decyzji (str. 23) jak i zaskarżonego wyroku (str. 20).

Nie ma również racji apelujący twierdząc, że skoro inkryminowana kampania reklamowa nie była prowadzona na łamach prasy codziennej , to niezasadnym jest obciążanie go obowiązkiem publikacji sentencji decyzji Prezesa UOKiK w poczytnym dzienniku ogólnopolskim. Idąc tokiem rozumowania skarżącego, należałoby stosując zasadę adekwatności sposobu publikacji decyzji do sposobu w jaki doszło do naruszenia zbiorowych interesów konsumentów nakazać powodowi upublicznienie wydanej decyzji Prezesa UOKiK np. w telewizji . Oczywiście taki sposób wykonania nałożonego na naruszcziela obowiązku byłby dla niego zbyt uciążliwy , nieadekwatny do dokonanego naruszenia przepisów ustawy. Upublicznienie w prasie o zasięgu ogólnopolskim decyzji Prezesa UOKiK , wynika przede wszystkim z tego faktu , iż prowadzona przez niego inkryminowana kampania reklamowa taki właśnie ogólnopolski zasięg miała, przybrała ponadto nie tylko wspomnianą już formę reklamy telewizyjnej, ale także internetowej, zewnętrznej i ulotek. Krąg osób, do których wprowadzające w błąd hasło reklamowe mogło dotrzeć był zatem znaczny, co uzasadniało publikację decyzji stwierdzającej dopuszczenie się przez powoda w ten sposób praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów w środku masowego przekazu o charakterze ogólnopolskim jak najbardziej zasadnym.

Sąd Apelacyjny podziela natomiast stanowisko apelującego, iż kolejny nałożony na niego obowiązek publikacji tym razem całej decyzji Prezesa UOKiK na własnej stronie internetowej jest nieuzasadniony w takim zakresie w jakim nakazuje powodowi utrzymywanie tejże publikacji przez okres 6 miesięcy. Ani organ administracyjny ani sąd I instancji nie uzasadnili dlaczego taki okres publikacji internetowej w ich ocenie jest słuszny, tj. adekwatny do dokonanego przez powoda naruszenia.

Argumentacja natomiast przedstawiona w uzasadnieniu apelacji jest logiczna. Skoro inkryminowana praktyka trwała nie dłużej niż dwa miesiące to niezrozumiałym jest dlaczego publikacja decyzji miałaby być utrzymywana przez okres 6 miesięcy, w szczególności, że przez okres dwóch miesięcy liczba internautów , którzy mogliby zapoznać się z nieuczciwą praktyką rynkową powoda byłaby znaczna, co skutkowałoby osiągnięciem zarówno celu represyjnego, edukacyjnego jak i prewencyjnego tej publikacji, w szczególności w powiązaniu z obowiązkiem publikacji sentencji decyzji w prasie o zasięgu ogólnopolskim. Należy mieć na uwadze, że stopień dolegliwości nałożonej sankcji nie powinien być większy niż jest to niezbędne dla osiągnięcia zamierzonego celu.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny dokonał zmiany w tym zakresie wyroku sądu I instancji poprzez zmianę pkt II zaskarżonej decyzji w ten sposób, iż skrócił okres publikacji tej decyzji na stronie internetowej powoda z 6 do 2 miesięcy.

Z powyższych względów na podstawie art. 386§ 1 oraz 385 k.p.c. orzeczono jak w sentencji.

Ponieważ strona powodowa jedynie w nieznaczącej części wygrała postępowanie apelacyjne, na podstawie art. 100 (zdanie drugie) k.p.c. została zobowiązana do zwrotu pozwanemu kosztów zastępstwa procesowego w całości.