

Sygn. akt VI ACa 1644/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 marca 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA Jacek Sadowski

Sędziowie: SA Marcin Strobel

SO (del.) Tomasz Szanciło (spr.)

Protokolant: starszy sekretarz sądowy Magdalena Męczkowska

po rozpoznaniu w dniu 8 marca 2017 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) sp. z o.o. w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o stwierdzenie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów i nałożenie kary pieniężnej

na skutek apelacji powoda

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

z dnia 5 sierpnia 2015 r.

sygn. akt XVII AmA 167/14

- 1. zmienia zaskarżony wyrok w części w ten sposób, że w punkcie pierwszym zmienia zaskarżoną decyzję w części w punkcie drugim (II) w ten sposób, że obniża nałożoną na (...) sp. z o.o. w W. karę pieniężną do kwoty 330.437 zł (trzysta trzydzieści tysięcy czterysta trzydzieści siedem złotych);*
- 2. oddala apelację w pozostałym zakresie;*
- 3. zasądza od (...) sp. z o.o. w W. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 270 zł (dwieście siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.*

Sygn. akt VI ACa 1644/15

UZASADNIENIE

Decyzją nr (...) z dnia 30.12.2011 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK, Prezes Urzędu), na podstawie art. 27 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 229 ze zm., dalej: u.o.k.k.), po przeprowadzeniu postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, wszczętego z urzędu przeciwko (...) sp. z o.o. w W. (dalej: (...), spółka), uznał za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, o której mowa w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 u.o.k.k., działanie (...) polegające na prezentowaniu w ramach kampanii promującej nową usługę (...) wprowadzającego w błąd przekaz reklamowego

wskazującego na możliwość uzyskania pakietu darmowych SMS-ów przysługujących abonentowi do wykorzystania w ramach wykupionego doładowania konta, podczas gdy przyznawane darmowe SMS-y są możliwe do wykorzystania tylko w ograniczonym czasie, znacząco krótszym w stosunku do czasu, w którym konsument może korzystać z konta uaktywnionego w ramach ww. usługi, co stanowi niedozwoloną praktykę rynkową, o której mowa w art. 4 ust. 1 i 2 w zw. z art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 23.08.2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 3 ze zm., dalej: u.n.p.r.), godzącą w zbiorowe interesy konsumentów, i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 1.09.2009 r. Jednocześnie na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 u.o.k.k. nałożył na (...), w związku z naruszeniem zakazu z art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 u.o.k.k., w zakresie opisanym powyżej, karę pieniężną w wysokości 495.655 zł, płatną do budżetu państwa.

Powyższą decyzję zaskarżył w całości powód (...), zarzucając:

I. naruszenie przepisów postępowania:

1) art. 7 i 8 k.p.a. w zw. z art. 83 u.o.k.k. poprzez naruszenie zasady prawdy obiektywnej oraz zasady zaufania do organu administracji, polegające w szczególności na niewyjaśnieniu wszystkich istotnych okoliczności sprawy, jak również nieobiektywnym przedstawieniu stanu faktycznego sprawy na niekorzyść powoda;

2) art. 233 § 1 w zw. z art. 217 k.p.c. w zw. z art. 84 u.o.k.k. poprzez naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów i brak wszechstronnego rozpatrzenia materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, ustalenie stanu faktycznego w sposób nieobiektywny, sprzeczny z zasadami doświadczenia życiowego oraz regułami logicznego myślenia, posługując się nieracjonalnymi argumentami, jak również pominięcie dowodów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy;

3) art. 278 § 1 k.p.c. poprzez samodzielne uznanie, że praktyki rynkowe nie uzależniają przyznania towaru lub usługi za darmo od spełnienia dodatkowych warunków, względnie, że przyznane darmowe towary lub usługi nie są związane z ograniczeniami (w szczególności co do czasu, ilości, etc.), podczas gdy ustalenie ww. okoliczności wymaga wiadomości specjalnych, co doprowadziło do błędnych ustaleń faktycznych polegających w szczególności na uznaniu, że:

- pełna wskazówka objaśniająca znajdowała się jedynie w niektórych materiałach reklamowych (...), podczas gdy znajdowała się ona w większości reklam,

- reklamy (...) nie zawierały informacji o ograniczeniu czasowym korzystania z darmowych SMS-ów, podczas gdy taka informacja była zawarta w większości materiałów reklamowych,

- pełna wskazówka objaśniająca była nieczytelna w odniesieniu do prawie wszystkich nośników reklamowych (...), podczas gdy była ona wystarczająco widoczna w większości reklam powoda,

- nie wszystkie reklamy prasowe i ulotki reklamowane posiadały pełną wskazówkę objaśniającą, co może prowadzić do uznania, że zdaniem Prezesa Urzędu nie spełniały wymogów określonych prawem – przy pominięciu faktu, że wspomniane reklamy zawierały informacje o ograniczeniach związanych z promocją w głównej części reklamy,

- przekaz reklamowy powoda wskazywał na możliwość uzyskania pakietu darmowych SMS-ów przysługujących abonentowi do wykorzystania w ramach wykupionego doładowania konta, podczas gdy darmowe SMS-y mogły być wykorzystane niezależnie od kwoty wynikającej z doładowania konta,

- przekaz reklamowy powoda sugerował, że darmowe SMS-y przyznawane są na okres ważności konta wynikający z doładowania, tj. 365 dni,

- przeciętny konsument uznaje, że praktyki rynkowe polegające na przyznaniu darmowego towaru lub usługi nie wiążą się z koniecznością spełnienia dodatkowego warunku,

- kwestionowane hasła reklamowe (...) i (...) są „tożsame w treści”, a pełną wskazówkę objaśniającą określa zamieszczone w reklamach zastrzeżenie o treści (lub równoważnej): (...)

II. naruszenie przepisów prawa materialnego:

1) art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 u.o.k.k. w zw. z art. 5 ust. 1 u.n.p.r. w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 u.n.p.r. oraz w zw. z art. 27 ust. 1 i 2 u.o.k.k. poprzez ich błędną wykładnię i w rezultacie przyjęcie, że działania reklamowe powoda stanowią nieuczciwą praktykę rynkową polegającą na działaniu wprowadzającym w błąd, a w konsekwencji – praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów;

2) art. 5 ust. 1 u.n.p.r. poprzez jego błędne zastosowanie, polegające na uznaniu, że praktyka rynkowa (...) stanowiła działanie wprowadzające w błąd w sytuacji, w której komunikacja handlowa nie zawierała nieprawdziwych informacji lub prawdziwych informacji przedstawionych w sposób mogący wprowadzać w błąd;

3) art. 5 ust. 1 u.n.p.r., względnie art. 7 k.p.a. w zw. z art. 83 u.o.k.k. oraz art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 84 u.o.k.k., poprzez błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że reklamy (...) mogły wprowadzić w błąd przeciętnego konsumenta, który mógł mieć wpływ na jego decyzję dotyczącą umowy;

4) art. 2 pkt 8 u.n.p.r. poprzez wadliwe ukształtowanie modelu przeciętnego konsumenta, polegające w szczególności na przyjęciu, że nie podchodzi on krytycznie do przekazu reklamowego, skupiając uwagę wyłącznie na głównych hasłach reklamowych, a pomija wskazówki objaśniające zamieszone w reklamie i posiadaną wiedzę o rynku, jak również, że podejmuje decyzje zakupowe wyłącznie na podstawie reklamy;

5) art. 5 ust. 4 u.n.p.r. poprzez nieuwzględnienie wszystkich elementów praktyki rynkowej oraz okoliczności wprowadzenia produktu na rynek, w tym sposobu jego prezentacji;

6) art. 6 ust. 6 u.n.p.r. poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji nieuwzględnienie przy ocenie praktyki rynkowej powoda ograniczeń przestrzennych i czasowych związanych ze specyfiką środka komunikowania się z konsumentami, jak również wszystkich środków podjętych przez przedsiębiorcę w celu udostępnienia informacji konsumentom w inny sposób;

7) art. 5 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 7 u.n.p.r. poprzez błędną wykładnię, polegającą na uznaniu, że „decyzja dotycząca umowy” może polegać jedynie na „zainteresowaniu się ofertą”, „udaniu się do punktu sprzedaży”, czy „zapoznaniu się z jej zasadami na stronie internetowej” – bez oceny, czy mogło to mieć wpływ na decyzję gospodarczą (zakupową) przeciętnego konsumenta;

8) art. 106 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 i 2 u.o.k.k. poprzez nałożenie na (...) kary pieniężnej w sytuacji, w której reklamy powoda nie stanowią praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów;

9) art. 2, art. 7, art. 31 ust. 3 oraz art. 42 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4.11.1950 r. (dalej: Konwencja) poprzez ich niezastosowanie oraz art. 111 u.o.k.k. poprzez jego błędną wykładnię, a w rezultacie nałożenie na (...) kary pieniężnej z przyjęciem błędnej kwalifikacji prawnej reklam powoda i nałożenie wygórowanej kary pieniężnej z naruszeniem zasady proporcjonalności.

Powołując się na powyższe zarzuty powód wniósł o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości, ewentualnie jej zmianę poprzez orzeczenie, że (...) nie dopuścił się praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów lub w punkcie II poprzez jego wykreślenie, względnie poprzez obniżenie wymierzonej (...) kary pieniężnej, a także o zasądzenie na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 5.08.2015 r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK), w sprawie XVII AmA 167/14, oddalił odwołanie i rozstrzygnął o kosztach procesu.

Sąd Okręgowy ustalił, że (...) jest przedsiębiorcą świadczącym usługi telekomunikacyjne, wpisanym do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzonego przez Prezesa UKE pod numerem (...). Od dnia 5.03.2009 r. spółka posiadała ofertę (...), dla której obowiązywał cennik oferty (...). Tego samego dnia weszła w życie oferta promocyjna (...), zaś z dniem 13.03.2009 r. spółka rozpoczęła kampanię reklamową dotyczącą usługi (...), na którą

składały się m.in.: filmy reklamowe emitowane w telewizji, reklamy w czasopiśmie oraz w Internecie, strona internetowa (...), ulotki, plakaty reklamowe, reklamy w punktach sprzedaży, reklama zewnętrzna (bilbordy, naklejki). We wskazanych materiałach reklamowych Spółka posługiwała się hasłem reklamowym: (...) lub podobnymi: (...), „(...) i (...)”, przy czym w przekazach reklamowych wyróżniana była informacja o ważności konta przez rok. W niektórych materiałach reklamowych użyto zastrzeżenia:(...). Jednocześnie na tej stronie internetowej wskazano, że ilość darmowych SMS-ów do wszystkich sieci jest zależna od wartości doładowania, a nadto, że okres ważności darmowych SMS-ów również uzależniony jest od wartości doładowania. W części materiałów reklamowych, w szczególności w części ulotek oraz spotach reklamowych emitowanych w mediach, nie zawarto jednak informacji o czasowym ograniczeniu w korzystaniu z darmowych SMS-ów w okresie ważności doładowania, który wynosi 365 dni dla połączeń wychodzących. Natomiast okresy, w których oferowane były darmowe SMS-y, były uzależnione od wartości doładowania. Samo hasło (...) w komunikacji (...) było używane w pierwszej odsłonie kampanii reklamowej, tj. w okresie 16.03.2009 r. – 12.04.2009 r., i prezentowane było wraz z zastrzeżeniem „Liczba i okres ważności darmowych SMS-ów przyznawanych w okresie promocji ograniczona. (...). Następnie dodatkowo posłużono się sformułowaniem „po każdym doładowaniu”. Natomiast w komunikacji (...) wersja hasła reklamowego bez sformułowania „po każdym doładowaniu” była stosowana do końca maja 2009 r., później hasło to zawierało już wymieniony zwrot.

W ramach kampanii reklamowej (...) działania prowadzono w różnych mediach i w zróżnicowanym zakresie czasowym. Reklamy telewizyjne były rozpowszechniane w stacjach telewizyjnych (...) w okresie 16.03.2009 r. – 27.08.2009 r. Reklamy radiowe były rozpowszechniane w polskich stacjach radiowych: (...) w okresie 16.03.2009 r. – 30.07.2009 r. Reklamy internetowe były rozpowszechniane w polskich portalach internetowych (...), serwisach sieci (...), serwisach sieci (...), serwisach sieci (...), (...)w okresie 13.03.2009 r. – 14.06.2009 r. oraz w portalach internetowych (...), sieci reklamowej (...), (...) w okresie 1.06.2009 r. – 31.08.2009 r. Reklamy prasowe były rozpowszechniane w tytułach: (...) w okresie 16.03.2009 r. – 16.08.2009 r. Reklamy zewnętrzne były rozpowszechniane na nośnikach reklam zewnętrznych w polskich miastach w okresie 16.03.2009 r. – 1.08.2009 r. Koniec kampanii reklamowej dotyczącej usługi (...) (...) miał miejsce w dniu 31.08.2009 r.

Stosowane – w ramach kampanii reklamowej (...) – spoty i materiały promocyjne charakteryzowały się różnymi parametrami:

1) reklamy telewizyjne - dane dotyczące wielkości czcionki głównego hasła reklamowego oraz wskazówek wyjaśniających do hasła w odniesieniu do poszczególnych reklam:

a) Reklama z (...):

- „(...) – wysokość czcionki (...)cm,
- (...) – wysokość czcionki (...) cm,
- (...) – czas eksponowania (...)s,
- (...) – czas eksponowania (...)s;

b) Reklama z (...):

- (...) – wysokość czcionki (...) cm,
- (...) – wysokość czcionki (...) cm,
- (...) – czas eksponowania (...)s,
- (...) – czas eksponowania (...)s;

c) Reklama z (...):

- (...) – wysokość czcionki (...)cm,
- (...) – wysokość czcionki (...) cm,
- „(...)– czas eksponowania (...)s,
- „(...) – czas eksponowania (...)s;

d) Reklama (...):

- (...) – wysokość czcionki (...) cm,
- (...) – wysokość czcionki (...)cm,
- (...) – czas eksponowania (...)s,
- (...) – czas eksponowania (...)s;

2) reklamy prasowe – dane dotyczące wielkości czcionki głównego hasła reklamowego oraz wskazówek wyjaśniających do hasła w odniesieniu do poszczególnych reklam:

a) Reklama z (...):

- (...) – wysokość czcionki (...) cm,
- (...) – wysokość czcionki (...) mm;

b) Reklama z (...):

- (...) – wysokość czcionki (...) cm,
- (...)– wysokość czcionki (...) mm;

c) Reklama z (...):

- (...) – wysokość czcionki (...) cm,
- (...) – wysokość czcionki (...) mm;

d) Reklama z (...):

- (...)– wysokość czcionki (...) cm,
- (...) – wysokość czcionki (...) mm;

3) reklama zewnętrzna usługi (...)(...) różnego rodzaju nośniki (biliboard, citilight, frontlight, backlight) – wielkość czcionki hasła głównego i wskazówek wyjaśniających dla poszczególnych nośników:

a) Reklama z (...) – (...):

- (...) – wysokość czcionki (...)cm,
- (...)– wysokość czcionki (...)cm
- (...) – wysokość czcionki (...) cm;

b) Reklama z (...) – (...):

- (...) – wysokość czcionki (...) cm,
- (...) – wysokość czcionki (...) cm,
- (...) – wysokość czcionki (...) cm;

c) Reklama z (...) – siatka wielkoformatowa (...):

- (...)– wysokość czcionki (...)cm,
- (...) – wysokość czcionki (...) cm,
- (...) – wysokość czcionki (...) cm,
- (...) - wysokość czcionki (...) cm;

d) Reklama z (...) – siatka wielkoformatowa (...):

- (...)– wysokość czcionki (...)cm,
- (...) – wysokość czcionki (...)cm,
- (...)– wysokość czcionki (...) cm,
- (...) – wysokość czcionki (...) cm;

e) Reklama z (...) – siatka wielkoformatowa (...):

- (...)– wysokość czcionki (...)cm,
- (...) – wysokość czcionki (...)cm,
- (...)– wysokość czcionki (...)cm,
- (...)– wysokość czcionki (...) cm;

f) Reklama z (...) – (...) billboard (przykładowy):

- (...) – wysokość czcionki (...) cm,
- (...) – wysokość czcionki (...) cm,
- (...) – wysokość czcionki (...) cm;

g) Reklama (...) - billboard (...) (przykładowy):

- (...) wysokość czcionki (...)cm,
- (...) – wysokość czcionki (...)cm,
- (...) – wysokość czcionki (...)cm,
- (...) – wysokość czcionki (...)cm,
- (...)– wysokość czcionki (...)cm;

4) reklamy ulotkowe – liczba rozdstrybuowanych ulotek:

a) ulotki do sklepów własnych (...): ulotki dwustronicowe (...), ulotki czterostronicowe (...), ulotki sześciostronicowe – (...);

b) ulotki do komisów: ulotki dwustronicowe (...), ulotki czterostronicowe –(...)

(...) osiągnął w 2010 r. przychód w wysokości 2.478.273.773,51 zł.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Sąd Okręgowy uznał, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Powołując się na art. 24 ust. 1 i 2 u.o.k.k., Sąd ten wskazał, że oceny, czy w danym przypadku mamy do czynienia z praktyką naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, można zatem dokonać na podstawie ustalenia łącznego spełnienia przesłanek: bezprawności działania przedsiębiorcy i godzenia tymi działaniami w zbiorowy interes konsumentów. Powód jest przedsiębiorcą i podejmuje działania w obrocie z konsumentami. Natomiast o bezprawności można mówić, gdy zachowanie przedsiębiorcy jest sprzeczne z powszechnie obowiązującym porządkiem prawnym, a więc z normami prawnymi, zasadami współżycia społecznego i dobrymi obyczajami. Bezprawność jest obiektywnym czynnikiem, tj. jest niezależna od winy i jej stopnia oraz świadomości istnienia naruszeń. Jest także niezależna od wystąpienia szkody. W przypadku praktyki opisaney w decyzji jej bezprawność wynika z naruszenia powszechnie obowiązującej normy prawnej wyrażonej w art. 3 u.n.p.r., tj. zakazu stosowania nieuczciwych praktyk rynkowych, które to praktyki zostały wymienione wprost w art. 24 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k. jako bezprawne praktyki. Wykazanie, że przedsiębiorca dopuścił się nieuczciwej praktyki rynkowej, przy jednoczesnym ustaleniu, że doszło do naruszenia zbiorowego interesu konsumenta, przesądzać będzie o uznaniu praktyki w rozumieniu tego przepisu. Pojęcie praktyki rynkowej zostało zdefiniowane w art. 2 pkt 4 u.n.p.r., przez którą rozumie się działanie lub zaniechanie przedsiębiorcy, sposób postępowania, oświadczenie lub informację handlową, w szczególności reklamę i marketing, bezpośrednio związane z promocją lub nabyciem produktu przez konsumenta. Kwestionowane działania powoda stanowiły reklamę jego nowej oferty (...), skierowaną do konsumentów za pomocą różnych środków przekazu. Przedsiębiorca stosował hasła reklamowe umieszczone na ulotkach reklamowych, różnego typu plakatach, własnej stronie internetowej, w prasie, posługiwał się spotami telewizyjnymi i radiowymi, które miały na celu promowanie jego usług oraz oddziaływanie na decyzje konsumentów co do zakupu usług przedsiębiorcy.

W kwestii nieuczciwości praktyk rynkowych Sąd Okręgowy odwołał się do art. 4 u.n.p.r. Jedną z nich jest praktyka rynkowa wprowadzająca w błąd, a tą właśnie przypisano powodowi w decyzji. Stosownie do art. 5 ust. 1 ustawy, praktykę rynkową uznaje się za działanie wprowadzające w błąd, jeżeli działanie to w jakikolwiek sposób powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął. Ocena każdej praktyki stosowanej przez przedsiębiorcę musi się odnosić do przeciętnego konsumenta, którego zdefiniowano w art. 2 pkt 8 u.n.p.r. Modelu przeciętnego konsumenta ustalonego na potrzeby niniejszej sprawy nie będą wyróżniać żadne charakterystyczne cechy, czy przynależność do jakiejś szczególnej grupy konsumentów. Wobec zakreślonego przedmiotu usług telekomunikacyjnych reklamowanych przez przedsiębiorcę, nie można jednak zawęzić grona reprezentatywnych konsumentów do konsumentów zaznajomionych z usługami pre-paid, mimo że w orzecznictwie postuluje się konstruowanie modelu przeciętnego konsumenta jako przeciętnego konsumenta reklamowanych towarów. Odbiorcami reklamowanych przez powoda usług mogli być bowiem konsumenci poszukujący danego typu usług telekomunikacyjnych w opcji „na kartę”, którzy nie posiadali wiedzy o systemie pre-paid, jak też tacy, którzy posiadali bardzo ograniczone informacje na temat sprzedaży przedpłaconej określonej liczby jednostek taryfikacyjnych i SMS-ów. Taki konsument powinien jedynie zdawać sobie sprawę, że będzie mógł korzystać z wykupionych usług telekomunikacyjnych w ilości zależnej od zapłaconej kwoty, po cenach wynikających z oferty operatora, ale może też przypuszczać, że otrzyma dodatkowe bonusy od operatora, który będzie chciał, konkurując o klienta, przyciągnąć go opłacalnymi propozycjami. Nadto nawet konsumenta mającego dobre pojęcie o rynku sprzedaży usług telekomunikacyjnych na zasadzie przedpłaty, reklama wprowadzająca w błąd może zmylić co do warunków oferty konkretnego operatora. Uzasadnione jest więc uznanie działań powoda polegających na prezentowaniu w ramach kampanii promującej nową usługę (...) wprowadzającego w błąd przekazu reklamowego, wskazującego na możliwość uzyskania pakietu darmowych SMS-ów przysługujących do wykorzystania w ramach wykupionego doładowania konta, podczas gdy przyznawane darmowe SMS-y są możliwe do wykorzystania

tylko w ograniczonym czasie, znacząco krótszym od tego, w którym konsument może korzystać z konta uaktywnionego w ramach ww. usługi – za praktykę wprowadzającą w błąd i jednocześnie nieuczciwą praktykę rynkową w rozumieniu art. 4 ust. 1 i 2 w zw. z art. 5 ust. 1 u.n.p.r. Powód posługiwał się podczas akcji promującej usługę (...) głównie hasłami reklamowymi dotyczącymi darmowych SMS-ów: (...). Hasła jednoznacznie wskazują na brak opłaty za wysyłanie krótkich wiadomości tekstowych w przypadku korzystania z (...). Dokonane natomiast uszczegółowienie komunikatu w postaci zwrotu „po każdym doładowaniu” zwraca uwagę, że darmowe SMA-y są związane z doładowaniami, czy też zależą od doładowania. Roztropny konsument odczyta w tym przypadku, że otrzyma określoną ilość darmowych SMS-ów po doładowaniu, bowiem nielogicznym byłoby, gdyby miał dostać nieograniczoną ilość darmowych SMS-ów po każdym doładowaniu. W takim razie konsument dojdzie też do wniosku, że liczba darmowych SMS-ów najpewniej zależy od wartości doładowania: im więcej zapłaci, tym więcej darmowych ich otrzyma. Jeśli chodzi natomiast o okres, w którym konsument będzie mógł wykorzystać darmowe SMS-y, to konsument nie musi przewidywać, że czas na nieodpłatne ich wysyłanie jest ograniczony. Konsument może bowiem domniemywać, że skoro korzysta z szeroko promowanej w mediach atrakcyjnej oferty, to uzyskana ilość darmowych SMS-ów, stosowna do ceny doładowania, mu nie przepadnie i zrealizuje je w dowolnym czasie w ramach aktywności konta. Przeświadczenie to potęguje reklama (...), w której hasła o darmowych SMS-ach zestawione są z hasłami (...). Tak skonstruowana reklama, w której w bezpośredniej bliskości zawarto te dwa przekazy, w widoczny sposób prowadzi do skojarzeń o możliwości wykorzystania darmowych SMS-ów w okresie, w którym ważne jest konto użytkownika, a jak wynika z reklamy, jest ono ważne rok.

Sąd Okręgowy zauważył, że część reklam, zawiera dodatkowe informacje: część z nich odsyła wyłącznie na stronę (...), ewentualnie w celu porównania oferty na (...), co nie wzbudza wątpliwości co do odczytanego przekazu i głównych warunków oferty z racji tego, że przedsiębiorcy standardowo zawierają na swoich stronach internetowych szczegółowe warunki oferowanych usług telekomunikacyjnych. Na tej zatem tylko podstawie konsument nie musi przypuszczać, że reklamowane korzyści oferty podlegają daleko idącym ograniczeniom. Część reklam zawiera natomiast wzmiankę o treści: (...). Notatka ta informuje wprawdzie, że ważność darmowych SMS-ów jest czasowa, co wskazywałoby na brak możliwości ich wykorzystania w ciągu całej aktywności konta użytkownika, aczkolwiek nie zawiera precyzyjnej wiadomości o terminach ważności darmowych SMS-ów. Jak wskazuje materiał dowodowy, konsument niejednokrotnie nie będzie w stanie zapoznać się z treścią tej notatki z uwagi na sposób, w jaki została uwidoczniona w reklamach, gdyż przedmiotowa, ogólna informacja na temat ograniczeń oferty umiejscawiana jest w dolnej części reklam, a jej wielkość jest wielokrotnie mniejsza niż w przypadku pozostałych haseł przedstawiających korzyści związane z ofertą (...). Przykładowo, w reklamie telewizyjnej z (...)hasło (...) ma wielkość czcionki (...)cm, podczas gdy informacja o ograniczeniu liczby i okresu ważności darmowych SMS-ów to czcionka o wysokości (...) cm, czyli ponad 7-krotnie mniejsza, co utrudnia, czy wręcz uniemożliwia odczytanie tekstu w czasie jego emisji. Dysproporcje dotyczą też pozostałych reklam zawartych na różnych nośnikach. Istotne znaczenie ma wielkość liter również w przypadku reklam zewnętrznych, plakatów, gdyż konsument, przechodząc czy przejeżdżając nieopodal, dostrzega wyłącznie stosunkowo duże obrazy. Jeśli chodzi natomiast o reklamy wyświetlane, to czas ekspozycji wiadomości o ograniczeniach w wykorzystaniu oferty jest zwykle krótsza od czasu wyświetlania informacji o zaletach oferty. W przypadku przykładowej reklamy telewizyjnej z (...) czas eksponowania hasła (...) wynosi (...)s, podczas gdy czas eksponowania treści (...) wynosi (...)s. W reklamie z (...) czas wyświetlania obydwóch przekazów pokrywa się i wynosi (...)s, ale jest on zbyt krótki, aby odczytać długi tekst o małej czcionce. Taki sposób przedstawiania oferty (...) powodował, że konsument nie odczytywał przekazu o tym, że darmowe SMS-y mają termin ważności, także dlatego, że ze względu na krótki czas emisji całych reklam telewizyjnych uwaga konsumenta musiała być skupiona na odczytaniu i zrozumieniu samych haseł głównych. Ograniczenia czasowe i gabarytowe takiej formy reklamy nie usprawiedliwiają działań powoda, ponieważ posługując się jakąkolwiek reklamą, mógł on ją skonstruować w taki sposób, aby nie było wątpliwości, że promowane zalety odzwierciedlają faktyczne właściwości usługi. Uzasadnienia postępowania (...) nie można zatem poszukiwać w art. 6 ust. 6 u.n.p.r., traktującego o potrzebie uwzględniania przy ocenie reklam specyfiki danego środka komunikowania się posiadającego zakres przestrzenny i czasowy.

W ocenie Sądu Okręgowego powyższe oznacza, że do znacznego grona konsumentów, którzy zapoznali się z reklamą (...), nie dotarło zastrzeżenie o czasowej ważności SMS-ów. W takim razie pozostawali oni w przekonaniu o braku

ograniczeń co do ważności darmowych SMS-ów przyznawanych w ramach (...). Podobne mniemanie mogli mieć konsumenci, do których dotarły tylko reklamy, które nie zawierały w ogóle przedmiotowego zastrzeżenia. Nawet gdyby jednak konsument odczytał informację o ograniczeniu, choćby zamieszczoną małym drukiem, to mając na uwadze podstawowy przekaz reklamy (...), kładącej nacisk na otrzymywane w ofercie darmowe SMS-y, zapewne nie spodziewał się, że warunki wykorzystania darmowych SMS-ów są tak zakreślone, jak w szczegółowej ofercie. Mianowicie jak wynika z Oferty Promocyjnej (...) (dalej: Oferta), każdy użytkownik oferty (...), po każdym doładowaniu konta automatycznie miał otrzymać pakiet darmowych SMS-ów na konkretny okres, a na wykorzystanie darmowych SMS-ów konsumentowi przyznano bardzo krótki termin. Termin ten był też nieporównywalnie krótszy od okresu ważności konta określonego w reklamach na rok. Ponadto nie dość, że konsument miał w rzeczywistości rażąco krótki termin na wysłanie darmowych SMS-ów, to ze względu na ich stosunkowo dużą liczbę mógł nie mieć potrzeby ich realizacji w tak niedługim czasie. Stąd możliwość „skonsumowania” promocyjnych SMS-ów była tylko iluzoryczna.

Sąd Okręgowy uznał, że konsument, na podstawie specjalnie opracowanej reklamy, mógł uwierzyć, że w (...) uzyska darmowe SMS-y, które będzie mógł wysłać w ramach posiadanego konta, nie przypuszczając, że zastrzeżenia wynikające ze szczegółowych warunków korzystania z oferty powodowały, że tylko w wyjątkowo krótkim terminie można było je zrealizować, a po tym czasie SMS-y stawały się odpłatne zgodnie z cennikiem, jeśli konsument ponownie nie dokonał doładowania konta. Przy okresie ważności SMS-ów określonym na 5 dni, po jego upływie, w trakcie kolejnych 360 dni, konsument musiałby już płacić stawki 0,09 zł za SMS-a. Darmowe SMS-y nie przepadały, ale sumowały się wyłącznie wtedy, gdy w okresie ważności wcześniej uzyskanych SMS-ów konsument dokonał kolejnego doładowania. Aby utrzymać darmowe SMS-y, konsument, biorąc pod uwagę ich krótkie okresy ważności, musiałby dokonywać permanentnych doładowań. W kontekście faktycznych warunków oferty, reklama (...), w połączeniu z hasłem „(...)”, była zatem złudna. Konsument przez zdecydowaną większość czasu ważności konta musiałby bowiem płacić za SMS-y, jeśli nie zdecydowałby się na notoryczne doładowania, podczas gdy powód obiecywał w reklamie darmowe SMS-y i (...). W szczególności w ulotkach promocyjnych znajdowała się tabela, określająca liczbę i ważność darmowych SMS-ów w zależności od wartości doładowania, jednak te ulotki stanowiły jedynie część reklam skierowanych do klientów. Tych ulotek rozdystrybuowano znaczną ilość, natomiast nie gwarantowało to, że wszyscy konsumenci, do których dotarła reklama (...), zostali powiadomieni o ograniczeniach darmowych SMS-ów. Nadto to reklama telewizyjna dociera do najszerszego grona odbiorców, a nie zawierała ona konkretnych danych w tym zakresie. Podobnie tyczy się to reklamy radiowej. Konsumenci, do których dotarła tylko ogólna informacja o zaletach oferty, zostali zatem wprowadzeni w błąd, albowiem oferta (...) nie była tak korzystna, jak na to wskazywała reklama, a przez to jak mogli spodziewać się konsumenci. Takiej oceny reklamy powoda w nie zmieniają okoliczności wprowadzenia produktu na rynek czy jego prezentacji, ponieważ w myśl art. 5 ust. 4 u.n.p.r. wszystkie elementy praktyki przedsiębiorcy przy jej ocenie jako praktyki rynkowej wprowadzającej w błąd zostały uwzględnione.

Sąd Okręgowy zważył, że skutkiem oddziaływania reklamy powoda mogło być podjęcie przez konsumenta decyzji, której inaczej by nie podjął, gdyż reklama zdecydowanie prowadziła do zainteresowania (...), zachęcając do zakupu ze względu na „darmowe SMS-y” obiecywane konsumentowi. Gros zwabionych na podstawie reklamy konsumentów mogło planować nabycie lub nabyć usługi (...), kierując się wyłącznie okrojonym, aczkolwiek wyraźnym przekazem reklamowym. Nawet bowiem dokonanie zakupu nie musiało się łączyć z poznaniem szczegółowych warunków usługi, skoro konsument, korzystając z opcji „na kartę”, nie podpisuje z operatorem umowy zawierającej dokładne regulacje, jak w przypadku usług telekomunikacyjnych „abonamentowych”. Z tego powodu, gdy konsument zdecydował się na zakup przedmiotowej usługi, w dalszym ciągu mógł nie mieć świadomości odnośnie do rzeczywistych warunków (...), które wynikają z uregulowań Oferty i w związku z tym dopiero po pewnym czasie mógł zorientować się co do faktycznych cech usługi i uzmysłwić sobie, że pozostawał w błędzie na podstawie zwodniczego przekazu reklamowego. Działanie powoda zniekształcało więc zachowania rynkowe danych konsumentów, którzy interesowali się jego usługami, ponieważ pozostawali w błędnym przekonaniu o korzyściach wynikających ze skorzystania z oferty (...). Hasła zostały sformułowane w ten sposób, aby przyciągnąć konsumentów wyjątkowymi zaletami oferty, by oferta powoda wydawała się bardziej korzystna od innych. Wybory konsumenta podyktowane były zatem reklamą wprowadzającą w błąd, ale liczy się sam fakt przyciągnięcia konsumenta wprowadzającą w błąd reklamą, który mógł, ale nie musiał zdecydować się na skorzystanie z usług powoda. Opisywana praktyka naruszała też dobre obyczaje,

w tym pojmowane jako rzetelne traktowanie konsumenta w relacjach z profesjonalnym przedsiębiorcą, objawiające się w udzielaniu mu jasnych, precyzyjnych i zgodnych z prawdą informacji niewprowadzających w błąd. W istotny sposób więc zniekształcała lub mogła zniekształcać zachowania rynkowe przeciętnego konsumenta, co do zawarcia umowy. Zachowanie powoda godziło w swobodę decyzyjną konsumentów. Dzięki stworzeniu mylnego wyobrażenia u konsumenta co do zalet oferty, (...) zyskał zdolność wpływania na decyzje konsumentów. Opisana praktyka naruszała zbiorowe interesy konsumentów, gdyż była skierowana do nieograniczonego kręgu konsumentów będących potencjalnymi klientami powoda. Praktyki były wymierzone we wszystkich konsumentów, którzy mogli zapoznać się z prezentowaną reklamą, przez co praktyka przynajmniej potencjalnie mogła zagrozić interesom szerokiego kręgu nieprofesjonalnych uczestników rynku.

Sąd Okręgowy przyjął, że przedsiębiorca zaniechał przedmiotowej praktyki wraz z zakończeniem kwestionowanej kampanii reklamowej. Ostatnim dniem kampanii był dzień 31.08.2009 r., a więc Prezes UOKiK słusznie uznał, że zaniechanie stosowania praktyki nastąpiło z dniem 1.09.2009 r. Ustalenia wskazywały na możliwość nałożenia na (...) kary pieniężnej zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 4 u.o.k.k., mimo że kara pieniężna ma charakter fakultatywny, zwłaszcza z uwagi na rozmiar naruszenia, wagę naruszonych interesów konsumentów i potrzebę prewencyjnego oddziaływania na przedsiębiorcę. Wysokość kary ustalonej przez pozwanego uwzględnia dyrektywy wymiaru kary określone w art. 111 ustawy. (...) jako profesjonalny uczestnik obrotu gospodarczego nie powinien kierować do konsumentów mylących informacji zawartych w hasłach reklamowych, które mogą wprowadzać w błąd co do cech oferty i usług. Konsument ma prawo do prawdziwej informacji w tym zakresie, nie może być zwodzony reklamami, które są nieadekwatne do walorów oferty, ma prawo do dokonania wyboru usług na podstawie realnych przesłanek, a nie złudnych opisów, które nie odzwierciedlają rzetelnie faktycznych warunków reklamowanych usług. Konsument, weryfikując ofertę (...), mógł poczuć się oszukany reklamą, licząc na darmowe SMS-y i to w ciągu całego roku aktywności konta, a nie wyłącznie w rażąco krótkim czasie. Zatem za sprawą tej praktyki zagrożony został interes ekonomiczny konsumentów. Niedozwolona praktyka ma tym bardziej negatywny wymiar, że stosował ją przedsiębiorca świadczący od długiego czasu profesjonalne usługi telekomunikacyjne na dużą skalę, któremu zaufało wielu klientów, o czym świadczy znaczny udział (...) w rynku usług telekomunikacyjnych. Stwierdzone naruszenia miały zatem zasięg ogólnopolski. Jednocześnie praktyka nie była długotrwała, stosowano ją około 4,5 miesiąca, ale zakończyła się z powodu wygaszenia kampanii reklamowej. Niemniej nawet w tak krótkim czasie powód osiągnął dzięki temu przychód, o czym świadczy znaczna ilość konsumentów, którzy skorzystali z oferty (...), dokonując doładowań o wartości od 5 zł do 50 zł. Uwzględniono też, że powód aktywnie współdziałał z pozwanym w trakcie postępowania administracyjnego, a naruszenie miało miejsce po raz pierwszy. W konsekwencji Sąd Okręgowy uznał, że kara w wysokości 495.655 zł, stanowiąca około 0,02% przychodu spółki, jest odpowiednia do stopnia oraz okresu naruszenia dokonanego przez powoda. Kara pieniężna ma pełnić funkcję prewencji szczególnej i ogólnej, a więc być realną i odczuwalną dolegliwością dla ukaranego, będącą reakcją na naruszenie przepisów, jak i wyraźnym ostrzeżeniem na przyszłość. Nienależenie na (...) kary stałoby w sprzeczności z celami prewencyjnymi sankcji za niezastosowanie się powoda do obowiązujących wymagań prawa, jak również wychowawczymi, zmierzającymi do wymuszenia na ukaranym przestrzegania reguł prawnych w przyszłości.

Sąd Okręgowy stwierdził również, że w postępowaniu przed SOKiK nie mogą być skuteczne zarzuty powoda dotyczących procedury administracyjnej. Nawet gdyby przyjąć, że w postępowaniu administracyjnym doszło do uchybień, to nie mogą one być przedmiotem postępowania sądowego mającego na celu merytoryczne rozstrzygnięcie sporu. SOKiK jest zobowiązany do wszechstronnego zbadania wszystkich istotnych okoliczności sprawy, przy uwzględnieniu zasad rozkładu ciężaru dowodu i obowiązku stron w postępowaniu dowodowym. Postępowanie przed tym Sądem nie stanowi kolejnej instancji postępowania administracyjnego, a wniesienie przez stronę odwołania otwiera drogę postępowania cywilnego o kontradyktoryjnym charakterze, w którym sąd zobowiązany jest osądzić sprawę od nowa. Jednocześnie zarzuty dotyczące naruszenia art. 2, art. 7, art. 31 ust. 3 i art. 42 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 6 ust. 1 Konwencji poprzez ich niezastosowanie Sąd Okręgowy uznał za nienależycie umotywowane.

Apelację od powyższego wyroku w całości wniósł powód (...), zarzucając:

I. naruszenie przepisów prawa procesowego, mające istotny wpływ na wynik sprawy:

1) art. 233 § 1 i art. 227 k.p.c. w zw. z art. 217 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i dokonanie dowolnej, selektywnej i arbitralnej oceny dowodów, wykraczającej poza granice uznania sędziowskiego i sprzecznej z zasadami logiki, poprzez:

a) pominięcie dowodów zgłoszonych na okoliczność wiedzy konsumenta o czasowych i ilościowych ograniczeniach tzw. bonusów po doładowaniu w postaci reklamy, artykułów i regulaminów promocji innych operatorów komórkowych pochodzących z okresu kilku lat poprzedzających przedmiotową kampanię,

b) pominięcie dowodów z publikacji prasowych na temat oferty (...), w których wskazywano cenę SMS wynoszącą 8 gr – z czego przeciętny konsument musiał wywnioskować ograniczenia związane z promocją co do darmowych SMS-ów,

c) pominięcie dowodów z ulotek reklamowych, w których zamieszczono tabelę porównującą okresy ważności połączeń w ofertach pre-paid na rynku polskim, jak też materiałów prasowych, z których wynikał rewolucyjny charakter oferty powoda,

d) pominięcie dowodu z raportu (...) (dalej: raport), z którego wynika, że jedynie 9% konsumentów dokonuje wyboru oferty kierując się przede wszystkim reklamą, a i tak 71% spośród nich dokonuje weryfikacji zawartych w reklamie informacji przed zawarciem umowy,

e) przesądzenie o ryzyku wprowadzenia w błąd z uwagi na brak możliwości zapoznania się z całą treścią pełnej wskazówki objaśniającej zamieszczonej w reklamach telewizyjnych, podczas gdy przeciętny konsument w ciągu 4-5 s mógł bez problemu zapoznać się z początkiem wskazówki o treści: (...), który jasno wskazywał na ograniczenia związane z ofertą,

f) pominięcie komplementarnego charakteru materiałów dostępnych w punktach sprzedaży,

g) stwierdzenie, że na podstawie haseł reklamowych przeciętny konsument z jednej strony uzna, że po doładowaniu otrzyma określoną liczbę darmowych SMS-ów, która dodatkowo zależy od wielkości doładowania, a z drugiej strony nie będzie spodziewał się ograniczonego okresu ich ważności, który – podobnie jak ich liczba – będzie uzależniony od kwoty doładowania, lecz dojdzie do wniosku, że w ramach doładowania za jedyne 5 zł otrzyma pewną liczbą SMS-ów na cały rok,

h) uznanie całkowitego przychodu uzyskanego przez (...) z tytułu doładowań dokonanych przez użytkowników oferty (...) jako rezultatu rzekomo wprowadzającej w błąd reklamy;

2) art. 328 § 2 k.p.c. poprzez sporządzenie uzasadnienia zaskarżonego wyroku niezawierającego wymaganych elementów, w sposób uniemożliwiający jego kontrolę, wskutek:

a) braku oceny uczciwości wszystkich nośników reklamowych,

b) braku wskazania przyczyn pominięcia wskazanych dowodów,

c) braku omówienia cech usług pre-paid, które mają istotne znaczenie dla oceny posiadanej przez przeciętnego konsumenta wiedzy o usłudze i możliwych wyobrażeń na temat reklamowanej oferty;

3) błąd w ustaleniach faktycznych poprzez błędne uznanie, że:

a) wskazówki objaśniające w reklamach były niewidoczne dla przeciętnego konsumenta,

b) umowa o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie przedpłaconym nie zawiera „dokładnych regulacji”, jak umowa w systemie abonamentowym;

II. naruszenie przepisów prawa materialnego:

1) art. 5 ust. 1 u.n.p.r. poprzez jego błędne zastosowanie polegające na uznaniu, że praktyka rynkowa (...) stanowiła działanie wprowadzające w błąd, gdy komunikacja handlowa powoda nie zawierała (i) nieprawdziwych informacji, (ii) prawdziwych informacji przedstawionych w sposób mogący wprowadzać w błąd;

2) art. 6 ust. 1 i ust. 3 pkt 1 u.n.p.r. poprzez jego niezastosowanie;

3) art. 6 ust. 6 u.n.p.r. poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji nieuwzględnienie przy ocenie praktyki rynkowej powoda ograniczeń przestrzennych i czasowych związanych ze specyfiką środka komunikowania się z konsumentami, jak również wszystkich środków podjętych przez przedsiębiorcę w celu udostępnienia informacji konsumentom w inny sposób;

4) art. 2 pkt 8 u.n.p.r. poprzez wadliwe ukształtowanie modelu przeciętnego konsumenta, polegające w szczególności na przyjęciu, że:

a) nie posiada on wiedzy o usługach telefonii mobilnej świadczonych w systemie pre-paid (wyraźnie kwestionując utrwalone orzecznictwo),

b) nie podchodzi on krytycznie do przekazu reklamowego, skupiając uwagę wyłącznie na głównych hasłach reklamowych, a pomija wskazówki objaśniające zamieszczone w reklamie,

c) nawet po zapoznaniu się z pełną wskazówką objaśniającą przeciętny konsument będzie nadal kierował się rzekomo wprowadzającym w błąd głównym hasłem reklamowym,

d) podejmuje on decyzje zakupowe wyłącznie na podstawie reklamy, nie poszukując szczegółowych informacji o ofercie,

e) „domniemywa” cechy oferty na podstawie dwóch, niepowiązanych ze sobą elementów reklamy;

5) art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 u.o.k.k. w zw. z art. 5 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 u.n.p.r. oraz w zw. z art. 27 ust. 1 i 2 u.o.k.k. poprzez ich błędną wykładnię i przyjęcie, że działania reklamowe (...) stanowią nieuczciwą praktykę rynkową polegającą na działaniu wprowadzającym w błąd, a w konsekwencji – praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów;

6) art. 106 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 i 2 u.o.k.k. poprzez utrzymanie w mocy decyzji nakładającej na (...) karę pieniężną w sytuacji, w której reklamy powoda nie stanowią praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów;

7) art. 106 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 111 u.o.k.k. poprzez błędne zastosowanie, polegające na błędnym przyjęciu, że nałożenie na (...) kary pieniężnej i jej wysokość były uzasadnione, gdy nie zostały wzięte pod uwagę liczne okoliczności łagodzące oraz został błędnie ustalony stopień naruszenia, co prowadziło do utrzymania nałożonej nadmiernie dolegliwej kary pieniężnej, nieadekwatnej do jej zakładanego celu.

Powołując się na powyższe zarzuty powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uwzględnienie odwołania w całości poprzez uchylene decyzji w całości, ewentualnie uchylene wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, a w każdym przypadku o zasądzenie od pozwanego kosztów procesu w obu instancjach, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

W odpowiedzi na apelację pozwany wniósł o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda była zasadna w części.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że niezasadny był zarzut dotyczący naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. W orzecznictwie słusznie przyjmuje się, że niedostatki uzasadnienia wyroku mogą być przyczyną uwzględnienia apelacji tylko w sytuacjach szczególnych, gdy w ogóle nie pozwalają na poznanie motywów, jakimi kierował się sąd wydający rozstrzygnięcie. W obecnym modelu apelacji sąd drugiej instancji jest sądem, który nie tylko na podstawie treści uzasadnienia bada prawidłowość decyzji sądu pierwszej instancji, ale rozpoznając merytorycznie sprawę, uprawniony jest także do samodzielnej oceny materiału dowodowego zgromadzonego przez ten sąd oraz, ewentualnie, także w postępowaniu apelacyjnym. Innymi słowy, jedynie w przypadku uchybień w sporządzeniu uzasadnienia, które faktycznie uniemożliwiają sądowi wyższej instancji kontrolę, czy prawo materialne i procesowe zostało prawidłowo zastosowane, zarzut art. 328 § 2 k.p.c. może okazać się skuteczny.

Nie sposób było uznać, że uzasadnienie zaskarżonego wyroku w niniejszej sprawie nie poddawało się kontroli instancyjnej, jako że z tego uzasadnienia wynika, z jakich przyczyn Sąd I instancji oddalił odwołanie, zaś ewentualne uchybienia, na jakie powoływał się powód, nie miały znaczenia z tego punktu widzenia. Natomiast nie uzasadnia zarzutu naruszenia tego przepisu okoliczność, że strona w odmienny sposób ocenia materiał dowodowy zebrany w sprawie. To, że Sąd Okręgowy pewnych elementów stanu faktycznego nie wyeksponował, wbrew wywodom powoda, nie oznacza naruszenia powołanego przepisu, czy dalej idącej kwestii – nierozpoznania istoty sprawy.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd I instancji i przyjmuje je za swoje. Ustalenia w tym zakresie nie naruszały zasady oceny materiału dowodowego wynikającej z art. 233 § 1 k.p.c. Sprawia to, że nie zachodzi potrzeba powtarzania szczegółowych ustaleń faktycznych (zob. np. postanowienie SN z dnia 22.04.1997 r., II UKN 61/97, OSNAP 1998, nr 3, poz. 104, wyrok SN z dnia 8.10.1998 r., II CKN 923/97, OSNC 1999, nr 3, poz. 60). Poza tym stan faktyczny nie był tak naprawdę sporny między stronami, które różniły się w ocenie prawnej zaistniałych zdarzeń, a konkretnie – reklam w ramach kampanii reklamowej prowadzonej przez (...) w 2009 r. Choć bowiem strona powodowa podniosła w apelacji zarzut naruszenia art. 233 § 1 i art. 227 k.p.c. w zw. z art. 217 k.p.c. i brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego w kontekście tych przepisów, to chodziło tu o ocenę, czy można mówić o praktyce naruszającej zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 u.o.k.k., zgodnie z którym zakazane jest stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, przy czym przez taką praktykę rozumie się godzące w te interesy sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami zachowanie przedsiębiorcy, w tym nieuczciwe praktyki rynkowe.

Bezprawność w rozumieniu art. 24 ust. 1 i 2 u.o.k.k. ma miejsce, gdy działanie przedsiębiorcy jest sprzeczne z powszechnie obowiązującym porządkiem prawnym, a więc zarówno z normami prawnymi, jak również z zasadami współzycia społecznego i dobrymi obyczajami. Tak rozumiana bezprawność jest czynnikiem obiektywnym, a więc jest niezależna od winy i jej stopnia, jak również nie zależy od istnienia świadomości naruszeń po stronie przedsiębiorcy, a także jest niezależna od wystąpienia szkody (zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 12.05.2015 r., VI ACa 969/14, Legalis nr 1285015).

Powodowi została zarzucona przez Prezesa UOKiK niedozwolona praktyka rynkowa, o której mowa w art. 4 ust. 1 i 2 w zw. z art. 5 ust. 1 u.n.p.r. Zgodnie z tymi przepisami praktyka rynkowa stosowana przez przedsiębiorców wobec konsumentów jest nieuczciwa, jeżeli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu. Za taką praktykę uznaje się w szczególności praktykę rynkową wprowadzającą w błąd, czyli działanie wprowadzające w błąd, które w jakikolwiek sposób powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął. Choć nie zostało to wyartykułowane w decyzji, zachowanie powoda można rozpatrywać dodatkowo z punktu widzenia art. 5 ust. 3 pkt 2 u.n.p.r., w świetle którego wprowadzające w błąd działanie może w szczególności dotyczyć cech produktu. Analogiczne konstrukcje zostały przewidziane w punktach 14 i 18 oraz art. 5 dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11.05.2005 r. dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniającej dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/

WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.Urz. UE L nr 149, s. 22).

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że niezasadne było odwoływanie się przez powoda w apelacji do pierwszego wyroku wydanego w sprawie przez SOKiK, tj. wyroku z dnia 2.12.2013 r. (XVII AmA 48/12), niewątpliwie korzystnego dla tej strony procesu. Wyrok ten został uchylony przez Sąd Apelacyjny w Warszawie (wyrok z dnia 13.11.2014 r., VI ACa 178/14) z uwagi na nierozpatrzenie istoty sprawy. Skoro zatem Sąd Okręgowy, rozpoznając sprawę po raz pierwszy, nie rozpatrzył sprawy w całości, koncentrując się tylko na wybranych jej aspektach, to jego ocena w zakresie ustaleń faktycznych i prawnych nie stanowi podstawy do czynienia jakichkolwiek ustaleń w tej sprawie.

Przechodząc do meritum sprawy, trzeba wskazać, że jako praktykę wprowadzającą w błąd należy kwalifikować każdą praktykę, która w jakikolwiek sposób, w tym również przez swoją formę wywołuje skutek w postaci, co najmniej możliwości wprowadzenia w błąd przeciętnego konsumenta, do którego jest skierowana i która może zniekształcić jego zachowanie rynkowe (zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 10.02.2015 r., VI ACa 567/14, Lex nr 1746369). W tym kontekście istotna jest definicja przeciętnego konsumenta, zawarta w art. 2 pkt 8 u.n.p.r. – rozumie się przez niego konsumenta, który jest dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny, przy czym oceny dokonuje się z uwzględnieniem czynników społecznych, kulturowych, językowych i przynależności danego konsumenta do szczególnej grupy konsumentów, przez którą rozumie się dającą się jednoznacznie zidentyfikować grupę konsumentów, szczególnie podatną na oddziaływanie praktyki rynkowej lub na produkt, którego praktyka rynkowa dotyczy, ze względu na szczególne cechy, takie jak wiek, niepełnosprawność fizyczna lub umysłowa.

W kwestii pojęcia (modelu) przeciętnego konsumenta (oraz odbiorcy reklamy) wielokrotnie wypowiadał się Sąd Najwyższy, pojęcie to doczekało się również niezwykle obszernej literatury przedmiotu oraz wielokrotnie było interpretowane przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE). Przykładowo, w wyroku z dnia 6.12.2007 r. (III SK 20/07, OSNP 2009, nr 3-4, poz. 55) Sąd Najwyższy przyjął, że modelowy konsument (osoba „dostatecznie dobrze poinformowana, uważna i ostrożna”) posiada określony zasób informacji o otaczającej go rzeczywistości i potrafi go wykorzystać dokonując analizy przekazów rynkowych, a także krytycznie podchodzi do działań marketingowych. Nie oznacza to, że konsument o takich cechach nie może zostać wprowadzony w błąd, gdyż zarówno poziom jego percepcji jak i uwagi różni się w zależności od tego, jakiego produktu dotyczy praktyka rynkowa oraz w jakich okolicznościach produkt ten jest nabywany. Model przeciętnego odbiorcy dostosowywany jest do tego, jakiego produktu dotyczą działania marketingowe przedsiębiorcy. W sytuacji, gdy kwestionowana przez organ ochrony konsumentów reklama dotyczyła usług telekomunikacyjnych dla ogółu ludności, można było przyjąć, że poziom uwagi adresatów reklamy odbiega od poziomu zakładanego przez przedsiębiorcę, gdyż adresatami przekazu reklamowego był ogół konsumentów, obejmujący zarówno profesjonalistów, jak i laików, dzieci i osoby starsze, konsumentów o różnym poziomie zamożności i wykształceniu, inteligencji i uwadze poświęcanej programowi telewizyjnemu i reklamom.

W wyroku z dnia 21.04.2011 r. (III SK 45/10, Legalis nr 432334) Sąd Najwyższy dodał, że wzorzec przeciętnego konsumenta należycie poinformowanego, uważnego i rozsądnego nie może być definiowany w oderwaniu od ustalonych – odrębnie dla każdej sprawy – warunków obrotu i realiów życia gospodarczego. Wzorcem uwzględnianym przy ocenie wprowadzającego w błąd charakteru reklamy jest model przeciętnego odbiorcy reklamy, przy czym nie chodzi o krąg wszystkich osób, które mogły się z reklamą zapoznać w środkach masowego przekazu lub podczas zakupów w centrum handlowym. Chodzi o konsumenta towarów lub usług będących przedmiotem danej reklamy. Dlatego konieczna jest rekonstrukcja nie „ogólnego modelu przeciętnego konsumenta”, lecz „modelu przeciętnego konsumenta reklamowanych towarów”, np. przeciętnego konsumenta leków, do którego kierowane były gazetki reklamowe, przeciętnego konsumenta reklamowanych usług telekomunikacyjnych.

W wyroku z dnia 4.03.2014 r. (III SK 34/13, Legalis nr 994606) Sąd Najwyższy wyjaśnił, że w przypadku reklamy wprowadzającej w błąd wzorzec „przeciętnego konsumenta” ustala się w oparciu o uwzględniane łącznie dwa kryteria: rodzaj reklamowanego towaru lub usługi (wyznaczający adresata reklamy) oraz sposób rozpowszechniania reklamy (wyznaczający rzeczywistego odbiorcę reklamy). Pierwsze kryterium ma podstawowe znaczenie z punktu widzenia

rekonstrukcji zasobu „domniemanych” informacji, jakie powinien posiadać przeciętny konsument. Natomiast drugie kryterium służy ewentualnemu dookreśleniu tego zasobu w zależności od środka reklamy, gdyż może prowadzić do zawężenia kręgu osób tworzących podstawę dla rekonstrukcji wzorca przeciętnego odbiorcy. Normatywny model przeciętnego konsumenta polega na ustaleniu przez sąd pewnego hipotetycznego wzorca, sposobu postrzegania reklamy przez konsumenta będącego adresatem reklamy konkretnych towarów lub usług. Nie przeprowadza się badań demoskopowych, lecz dokonuje rekonstrukcji przeciętnego konsumenta w oparciu o zespół cech zdefiniowanych przez prawodawcę. Bada się, jakie normatywnie uzasadnione oczekiwania ma ostrożny konsument, który zetknie się z określonym przekazem reklamowym. Przeciętny konsument jest dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny, posiada więc pewien zasób wiedzy o rzeczywistości gospodarczej, w jakiej styka się z przekazem reklamowym. Jako uważny i ostrożny konsument, potrafi wiadomości te wykorzystywać do analizy przekazu reklamowego, wobec którego musi zachowywać pewien stopień racjonalnego krytycyzmu (niewielkiej podejrzliwości). Uwaga i ostrożność konsumenta zakładają, że ma on świadomość, iż nie zawsze przekaz reklamowy będzie całkowicie zgodny z rzeczywistością, co pozwala na posługiwanie się w reklamie przesadą, ale w żaden sposób nie uzasadnia posługiwania się informacjami nieprawdziwymi. Wzorzec konsumenta nie może być definiowany na użytek konkretnej sprawy w oderwaniu od realiów związanych z odbiorcą określonych produktów, do którego kierowana jest reklama.

Powyższe wywody zostały potwierdzone przez Sąd Najwyższy w wyrokach z dnia 8.05.2014 r. (III SK 45/13, OSNP 2015, nr 9, poz. 130) i z dnia 16.04.2016 r. (III SK 24/14, Legalis nr 1274372). Generalnie można więc przyjąć, że przeciętny konsument jest osobą dojrzałą i krytyczną, która posiada określony zasób informacji o otaczającej go rzeczywistości i potrafi to wykorzystać, dokonując analizy przekazów rynkowych. Jednak poziom nasilenia powyższych cech u przeciętnego odbiorcy zależy od rynku, na którym stosowana jest dana praktyka. Konsument – nawet dobrze zorientowany i bardzo uważny – nie jest jednak profesjonalistą, a więc jego wiadomości nie obejmują wiedzy specjalistycznej i nie potrafi on ocenić sytuacji jak profesjonalista. Nie zmienia to faktu, że nawet ostrożny, uważny konsument ma prawo do rzetelnej informacji w formie reklamy, pozostającej w zgodzie z prawem, która nie będzie wprowadzać w błąd.

Przenosząc powyższe na realia niniejszej sprawy, trzeba wskazać, że rozumienie „przeciętnego konsumenta” zaprezentowane przez SOKiK, a wcześniej przez Prezesa Urzędu opierało się na stwierdzeniu, że odbiorcą zakwestionowanej reklamy powoda byli wszyscy konsumenci, a nie tylko określona ich grupa, o której można powiedzieć, iż jest wyspecjalizowana w usługach pre-paid, jak chciał tego powód. Jak wynika z powyższej zacytowanych orzeczeń, prawidłowo zrekonstruowany wzorzec przeciętnego konsumenta musi odnosić się do odbiorcy reklamy będącego konsumentem reklamowanych usług, a nie wszystkich osób, które mogły się z kwestionowaną reklamą zetknąć w środkach masowego przekazu. Oznacza to, że chodzi o osobę bardziej niż przeciętnie zorientowaną w nowych technologiach związanych z telekomunikacją. Przykładowo, o ile przeciętny adresat reklamy, który nie ma żadnego rozeznania w rynku usług pre-paid, mógłby odczytać z przekazu typu „za 5 zł bez ograniczeń z internetu przez komórkę czy SMS-y bez limitu”, że faktycznie chodzi o ofertę bez limitu za 5 zł, to konsument znający specyfikę tego segmentu rynku powinien podejść do takiego przekazu reklamowego z większą ostrożnością.

W tym zakresie można zgodzić się z wywodami zawartymi w apelacji. Jednak nawet od takiego konsumenta nie sposób wymagać wiedzy na poziomie profesjonalnym. Przeciętny konsument niewątpliwie powinien mieć świadomość, że przekaz reklamowy może zawierać tylko część informacji dotyczących promocji, ale w żadnym razie specyfika języka reklamy (konieczność zachowania zwięzłości przekazu) nie uzasadnia zakładania przez ostrożnego konsumenta, że podawane mu w przekazie reklamowym informacje na temat istotnych cech reklamowanego produktu nie są prawdziwe.

Nie można również abstrahować od rynku usług telekomunikacyjnych. Wbrew wywodom powoda, przeciętny konsument na tym rynku wcale nie musiał mieć wiedzy, aby w usługach pre-paid było regułą, że długość okresu, na które przyznawane są bonusy, nie pokrywa się z okresem ważności konta. Stanowisko powoda opierało się tak naprawdę na założeniu, że rynek usług telekomunikacyjnych, w tym pre-paid, jest stały i w zasadzie nie podlega

żadnym zmianom, a więc przed laty, gdy telefonia komórkowa dopiero rozwijała się, zostały określone pewne zasady, które nie podlegają już modyfikacjom. Jest to oczywiście błędne stwierdzenie, gdyż jest powszechnie wiadomym, że rynek telefonii komórkowej stanowi jeden z tych segmentów rynku, który podlegają największym zmianom. Nie sposób tak naprawdę mówić o „regułach rządzących rynkiem usług pre-paid”, szczególnie w świetle bardzo dynamicznego rozwoju telefonii komórkowej, wejścia na rynek wielu operatorów, w tym w okresie objętym sporem, a w konsekwencji – olbrzymiej konkurencji pomiędzy operatorami i związanych z nimi dynamicznymi zmianami oferty poszczególnych operatorów. Nie można zapominać, że sprawa dotyczy okresu, w którym powodowa spółka była obecna na rynku przez stosunkowo niedługi okres czasu (od około dwóch lat) w stosunku do pozostałych operatorów, których dziś można nazwać „zasiedziały”, a więc okresu bardzo dynamicznego rozwoju spółki i pozyskiwania przez nią klientów kosztem trzech pozostałych takich operatorów, jak również nowych, którzy do tej pory (czyli do 2009 r.) nie korzystali z telefonii komórkowej, w tym z usługi pre-paid (wielu konsumentów z takiej usługi nie korzysta do dnia dzisiejszego). Aby pozyskać takich klientów, spółka (...) wprowadzała oferty, które w samym założeniu były (a przynajmniej powinny być) konkurencyjne w stosunku do pozostałych operatorów, zachęcając konsumentów coraz to nowymi rozwiązaniami, które miały nie być dotychczas znane na rynku. Również w tym wypadku została przedstawiona oferta (...), którą sam powód nazywał „rewolucyjną”.

Przy tak dynamicznie zmieniającym się rynku nie sposób powiedzieć, aby istniały zasady pre-paid, które przeciętny konsument powinien w ówczesnym okresie znać. Należy przyjąć, że przeciętny konsument rynku telefonii komórkowej w 2009 r., w tym segmencie pre-paid, powinien wiedzieć, że rynek ten podlega ciągłym i dynamicznym zmianom i nieustannie są na nim wprowadzane nowe rozwiązania, które mają na celu nakłonienie konsumentów do skorzystania z oferty danego operatora. Temu służyły również obniżki cen, którymi operatorzy zachęcali potencjalnych klientów. O ile usługi telefonii komórkowej nie są dla konsumentów usługami pierwszego wyboru, to niewątpliwie z czasem stały się usługami codziennego użytku. Trzeba pamiętać, że konsument, nawet ostrożny i uważny, działa w pewnym zaufaniu do profesjonalisty – przedsiębiorcy, co jest połączone ze słabszą pozycją konsumenta jako uczestnika obrotu. Dlatego nawet przeciętny konsument, odpowiadający modelowi określonymu w art. 2 pkt 8 u.n.p.r., może zostać wprowadzony w błąd co do treści oferty operatora telefonii komórkowej. Co więcej, ten rodzaj konsumentów należy do kategorii konsumentów przynależnych do grupy szczególnie podatnej na praktykę rynkową ze względów społecznych, kulturowych bądź językowych. Wiąże się to z tym, że w przypadku usług telefonii komórkowej podstawowym czynnikiem, którym kierują się konsumenci przy wyborze operatora, jest cena usługi. Oczywistym więc jest, że jeżeli dany operator zaoferowałby np. darmowe SMS-y w całym okresie ważności konta po doładowaniu, tego rodzaju oferta w okresie, którego dotyczyła ta sprawa, z całą pewnością byłaby, z punktu widzenia konsumentów bardzo atrakcyjna. Jest to o tyle istotne, że o ile usługa pre-paid jest oparta na regulaminach, które precyzyjnie regulują prawa i obowiązki stron, to SOKiK prawidłowo wskazał, że konsument, korzystając z usługi pre-paid, nie musi podpisywać żadnej umowy i tym samym nie musi mieć okazji zapoznania się z obowiązującymi u powoda regulaminami. Słuszny jest w takiej sytuacji wniosek, że takiego konsumenta jest łatwiej wprowadzić w błąd przy zastosowaniu reklamy, szczególnie, że najniższy koszt nabycia karty w ofercie (...)wynosił zaledwie 5 zł, co wynikało z punktu 2 Oferty Promocyjnej (...). Oczywistym jest, że im niższa kwota do zapłaty, tym konsument dokonuje mniej szczegółowej analizy oferty przedsiębiorcy, nawet bardzo uważny konsument i wówczas takiego konsumenta jest bardzo łatwo wprowadzić w błąd.

Powód błędnie wywodził, że pozwany oraz SOKiK uznali, iż przeciętny konsument miał zinterpretować na podstawie zakwestionowanych przekazów reklamowych, że wszystkie oferowane SMS-y będzie miał „za darmo” i w nieograniczonym czasie, po każdym doładowaniu konta. Faktem jest, że w zakwestionowanych reklamach bardzo często pojawiała się określenie: (...), jednak ani z treści decyzji, ani z treści zaskarżonego wyroku nie wynikało, aby zostało przyjęte, że konsumenci mieli otrzymać te SMS-y zupełnie „w gratisie” i w nieograniczonym okresie czasu. Istotą zarzutu stawianego powodowi w decyzji była okoliczność, że w reklamach miało miejsce działanie polegające na przekazywaniu konsumentom komunikatu sugerującego, że SMS-y są dostępne w pakiecie po każdym doładowaniu i są ważne przez rok od doładowania, a więc przez cały okres ważności konta. W decyzji Prezesa UOKiK i w wyroku Sądu I instancji zakwestionowana została więc konstrukcja przekazu emitowanego w spotach i innych materiałach reklamowych, które jednoznacznie sugerowały, że SMS-y w ofercie (...) były w pakiecie do każdego doładowania i warunkiem ich otrzymania było wykupienie doładowania. Taki odbiór wzmocniało dodatkowo

hasło o ważności konta przez rok i stwierdzenie, że w ofercie „nie ma żadnych haczyków”, przy czym pod pojęciem „haczyk” każdy z konsumentów rozumie, co jest oczywiste, jakieś dodatkowe warunki, które nie są eksponowane, ale które należy spełnić, aby uzyskać dane świadczenie. SOKiK jednoznacznie wskazał, że przekaz powoda zawarty w omawianych reklamach miał sygnalizować, że SMS-y są odpłatne w zakresie ich ilości, co oznacza, że konsument mógł się spodziewać, iż doładowując konto określoną kwotą pieniędzy, otrzymuje sprecyzowaną ilość SMS-ów do wykorzystania w okresie ważności konta, czyli w okresie roku.

Trzeba zauważyć, że chociaż pozwany stał na stanowisku, iż definicja przeciętnego powinna być w niniejszej sprawie szersza, a więc ustalona nie tylko w odniesieniu do konsumentów, którzy mają określoną wiedzę o specyfice usługi typu pre-paid, to jednak rozważył sytuację węższego rozumienia tego pojęcia: „Przyjmując nawet punkt widzenia Spółki, że przeciętny konsument posiada ogólną wiedzę o specyfice usług telekomunikacyjnych typu pre-paid, która polega na czasowych i ilościowych ograniczeniach odnoszących się do tzw. bonusów po doładowaniu, należy zwrócić uwagę, że usługa (...), reklamowana w sposób sugerujący ważność darowanych SMS-ów w okresie rocznej ważności konta, mogła być odebrana przez takiego konsumenta jako oferta rewolucyjna w tym zakresie. Tak więc okoliczność, czy konsument miał jakąkolwiek wiedzę o specyfice usługi typu pre-paid, czy też nie – nie ma w ocenianym stanie faktycznym większego znaczenia (s. 18 uzasadnienia decyzji).

Odnosząc się do spornych reklam, które według powoda nie miały wprowadzać w błąd przeciętnego konsumenta usług pre-paid, to Sąd Apelacyjny podziela ustalenia i wywody Sądu Okręgowego. Sąd ten bardzo szeroko opisał poszczególne reklamy i nie ma potrzeby ich powtarzania, tym bardziej, że powód ich nie kwestionował, a w toku postępowania administracyjnego złożył pismo z ich opisem, zgodnym z późniejszym ustaleniem pozwanego i Sądu I instancji. Podzielając stanowisko tego Sądu, trzeba podkreślić, że powód posługiwał się przy promowaniu usługi (...) głównie hasłami reklamowymi dotyczącymi darmowych SMS-ów: (...). Takie hasła jednoznacznie wskazują na brak opłaty za wysyłanie krótkich wiadomości tekstowych w przypadku korzystania z (...). Generalnie w reklamach:

1) brak było informacji, że okres możliwości korzystania z darmowych SMS-ów w ramach konta (...) jest znacznie ograniczony w stosunku do okresu możliwości z aktywowanego (doładowanego) konta (5, 10, 30, 50 dni wobec 365 dni ważności aktywowanego konta), a tu podstawową kwestią były hasła o darmowych SMS-ach zestawione są z hasłami (...) – tak skonstruowana reklama, w której w bezpośredniej bliskości zawarto te dwa przekazy, w widoczny sposób, nawet dla bardzo uważnego i ostrożnego konsumenta, prowadzi do skojarzeń o możliwości wykorzystania darmowych SMS-ów w okresie, w którym ważne jest konto użytkownika, a jak wynikało z reklam, było ono ważne przez rok;

2) reklama radiowa: hasło(...) występowało bezpośrednio przed hasłem „(...)”, co także sugeruje możliwość korzystania z SMS-ów przez okres ważności konta (nagranie k. 101a akt adm.), a chociaż na końcu emisji reklam była informacja o odesłaniu po szczegóły oferty na stronę internetową to kwestia znacznie krótszego terminu ważności „darmowych” SMS-ów w stosunku do terminu ważności konta nie jest uszczegółowieniem informacji podanej w spocie;

3) w reklamach telewizyjnych (...) wygłaszano wyrazisty komunikat (...); co prawda była wskazówka w dolnej części, ale obejmowała ona dwa wersy pisane bardzo małą czcionką i była relatywnie krótko eksponowana ((...) s);

4) przykładowo, w (...): hasło miało (...)cm, zaś wyjaśnienie (...) cm – aczkolwiek zdarzały się reklamy, w których ta różnica była mniejsza.

Przy tak skonstruowanej reklamie i promowaniu oferty (...)jako rewolucyjnej na rynku usługi pre-paid, przeciętny konsument, nawet znając dotychczasowe zasady funkcjonowania tej usługi, nie musiał przewidywać, że czas na nieodpłatne wysyłanie SMS-ów był ograniczony w stosunku do ważności konta, gdy z treści reklamy wynikał jednoznaczny przekaz. Jak słusznie zwrócił uwagę Sąd Okręgowy, w takiej sytuacji konsument może bowiem domniemywać, że skoro korzysta z szeroko promowanej w mediach bardzo atrakcyjnej oferty, wręcz rewolucyjnej, to uzyskana ilość darmowych SMS-ów mu nie przepadnie i zrealizuje je w dowolnym czasie w ramach aktywności konta. Wbrew wywodom skarżącego, nie sposób abstrahować, jak to próbowała uczynić strona, od zestawienia haseł o darmowych SMS-ach z hasłami(...), czy (...). Tak skonstruowana reklama, w której w bezpośredniej bliskości zawarto te dwa jednoznaczne przekazy, wprost prowadzą do wniosku o możliwości wykorzystania darmowych SMS-ów w

okresie, w którym ważne jest konto użytkownika, co nie było prawdą, gdyż z uwagi na doładowania od 5 zł do 50 zł i więcej, okres ważności darmowych SMS-ów wahał się w okresie od 5 dni do 50 dni. Reklama wprowadzała więc w błąd, skoro konto miało być ważne aż przez rok czasu. W takiej sytuacji nawet zaznajomiony z rynkiem usług prepaid konsument może być wprowadzony w błąd, czego skutkiem jest zainteresowanie ofertą przedsiębiorcy i dalsza jej analiza, co niewątpliwie wypełnia dyspozycję art. 5 ust. 1 u.n.p.r.

Jak wskazano, Sąd I instancji prawidłowo też ustalił, że sposób eksponowania wzmianki o treści: (...), szeroko opisany w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, powodował, że konsument nie odczytywał przekazu o tym, że darmowe SMS-y mają termin ważności, a tym bardziej znacznie krótszy niż okres ważności konta, ze względu na zbyt małe litery, które w przypadku reklam telewizyjnych były krótko wyświetlane, zaś ze względu też na krótki czas emisji całych reklam telewizyjnych uwaga konsumenta musiała być skupiona na odczytaniu i zrozumieniu samych haseł głównych, dodatkowo znacznie bardziej eksponowanych. Zatem spółka wprowadzała w błąd konsumentów, którzy na podstawie specjalnie opracowanej reklamy mogli uznać, że w (...) uzyskają darmowe SMS-y, które będą mogli wysłać w ramach posiadanego konta w okresie jego ważności, nie przypuszczając, że zastrzeżenia wynikające ze szczegółowych warunków korzystania z oferty (...) powodowały, że tylko w wyjątkowo krótkich okresach czasu można było zrealizować darmowe SMS-y, a po tych okresach SMS-y stawały się odpłatne zgodnie z cennikiem, jeśli konsument ponownie nie dokonał doładowania konta.

Za przeciwnym wnioskiem, tj. uznaniem, że reklamy powoda nie wprowadzały konsumentów w błąd, nie przemawiały dowody, na które powoływała się strona, z których przeciętny konsument miał posiadać wiedzę o czasowych i ilościowych ograniczeniach tzw. bonusów po doładowaniu, w tym w szczególności artykuły i regulaminy promocji innych operatorów komórkowych pochodzących z okresu kilku lat poprzedzających przedmiotową kampanię. Tego rodzaju dokumenty zostały załączone do akt administracyjnych (k. 159 i n.). Jak można rozumieć z wywodów apelacji, powód stał na stanowisku, że jego reklama mogła wprowadzać w błąd przeciętnego konsumenta, gdyż i tak ten powinien posiadać wiedzę z ofert prezentowanych przez innych operatorów telefonii komórkowej, co miałyby wyłączać skutek określony w przepisach ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Jednak przedstawione materiały w żaden sposób nie mogły mieć wpływu na ocenę działań powodowej spółki w zakresie kwestionowanych reklam, gdyż kwestionowana decyzja nie dotyczyła samych zasad korzystania z przedmiotowej usługi, ale zakwestionowano rzetelność przedstawienia oferty w reklamie dotyczącej tej usługi. Warto również zauważyć, że sam powód powoływał się na „rewolucyjny charakter swojej oferty” i taki też wydźwięk miały omawiane reklamy. Niezależnie że jak była o tym mowa, oferta (...) nie była skierowana wyłącznie do osób, które znały zasady funkcjonowania telefonii pre-paid, ale również tych, które chciałyby zrezygnować z abonamentu na rzecz tego systemu lub do tej pory w ogóle nie korzystały z telefonów komórkowych, to nawet gdyby przyjąć, że mielibyśmy do czynienia wyłącznie z osobami, które znają zasady funkcjonowania systemu przedpłaconego, z reklam powoda mogły one wyciągnąć wniosek, że jest to pierwszy operator, który wprowadza nowy system rozliczania SMS-ów. Skoro bowiem miała to być rewolucyjna oferta na rynku, to przeciętny, a nawet bardzo uważny konsument mógł wyciągnąć słuszny wniosek, że walcząc o klienta, spółka (...) zaoferowała coś, czego do tej pory nie oferowali inni operatorzy telefonii komórkowych.

Trudno natomiast odnieść się do stwierdzenia, że szczegółów na temat oferty (...) konsumenci mieli dowiadywać się z publikacji prasowych. Po pierwsze, takie publikacje nie stanowiły części omawianych reklam, a po drugie, nie sposób wywodzić, że wszyscy czy nawet znaczna część konsumentów śledzi doniesienia prasowe dotyczące szczegółów ofert operatorów. Twierdzenie pełnomocnika powoda, że „przeciętny konsument powinien posiadać wiedzę, iż cena SMS-a w (...) wynosi 8 gr, nie mógł więc uznać że darmowe SMS-y są przyznawane bez jakichkolwiek ograniczeń”, było całkowicie niezasadne. Oznaczałoby to bowiem, że przed skorzystaniem z oferty (...), a szerzej – przed skorzystaniem z jakiegokolwiek oferty, przeciętny konsument powinien zapoznać się najpierw z licznymi publikacjami prasowymi dotyczącymi danej oferty, aby poznać wszystkie jej aspekty. Innymi słowy, każdy przeciętny konsument, przed skorzystaniem z jakiegokolwiek oferty reklamowanej w mediach, powinien dokonać przeglądu mediów, w tym w szczególności prasy, ale również np. internetu, aby móc prawidłowo odebrać przekaz reklamowy. Zatem tylko konsument poinformowany o szczegółach oferty z innych źródeł byłby tym przeciętnym konsumentem

i odbiorcą reklamy (...). Niezależnie od tego, że z decyzji nie wynika, aby pozwany uznał, że SMS-y miałyby przysługiwać konsumentowi „bez ograniczeń”, to – według powoda – już w momencie odbioru reklamy każdy przeciętny konsument powinien wyposażyć się w wiedzę, której na temat swojej oferty nie przedstawia dany operator. Chociaż szeroki charakter kampanii reklamowej i sposoby upowszechniania reklam, a także charakter oferowanego produktu wskazywały jednoznacznie, że produkt nie był skierowany tylko do ściśle określonej grupy konsumentów, czyli tych „lepiej zorientowanych” co do usługi pre-paid, to i tak model przeciętnego konsumenta oferty usług telekomunikacyjnych, nawet tych ograniczonych do konsumentów znających zasady funkcjonowania takiej usługi, nie pozwalał przyjąć, że taki konsument musiał na bieżąco śledzić oferty wszystkich operatorów, znać dokładnie ich oferty, a w szczególności sięgać do reklam produktów powoda w sytuacji, gdy pozna ich konkrety w inny sposób. Powstałoby bowiem wówczas pytanie o sens i cel przekazu reklamowego i wykładania przez przedsiębiorców, w tym powoda poważnych środków na pozyskiwanie klientów za pomocą przekazów reklamowych.

Słusznie zwrócił uwagę Sąd Okręgowy, że nie następuje konwalidacja w sytuacji, gdy powód prezentował w niektórych przekazach reklamowych pełną informację. Przedmiotem oceny w postępowaniu administracyjnym, a następnie sądowym było zachowanie (...) polegające na wprowadzaniu w błąd przez określony przekaz reklamowy, zawarty w konkretnych reklamach. Jak prawidłowo zwrócił uwagę pozwany, analiza tego przekazu poprzez pryzmat informacji zawartych w innych przekazach, które ukazywały się zupełnie niezależnie od kwestionowanych reklam, nie jest prawidłowa. Nie można twierdzić, że do konsumenta dotrą obydwa przekazy i dlatego będzie on posiadał pełną wiedzę na temat oferty powoda. Jedynym elementem, który powinien być wzięty pod uwagę, i który faktycznie został uwzględniony, była w niektórych wypadkach informacja objaśniająca, że SMS-y nie są jednak dostępne przez okres ważności konta, ale przez znacznie krótszy okres. Gdy taka informacja była przekazywana razem z reklamami, była szansa, aby dotarła do konsumentów i zneutralizowała wprowadzający w błąd skutek przekazu reklamowego. Niemniej Sąd I instancji prawidłowo zważył, że taka informacja objaśniająca, jeżeli w ogóle występowała w konkretnych reklamach (gdyż w znacznej części jej nie było w ogóle), była nieczytelna, a więc nie mogła odnieść skutku. Niezasadny był bowiem zarzut powoda dotyczący pominięcia „komplementarnego charakteru materiałów reklamowych”. Każda z rozpowszechnianych przez (...) reklam (podobnie jak każdego innego przedsiębiorcy), która podlegała analizie stanowiła odrębną i zamkniętą całość i mogła stanowić podstawę podjęcia przez konsumenta decyzji o zawarciu umowy z powodem. Oznacza to, że braków w jednych reklamach, np. telewizyjnych, nie można było niejako „uzupełniać” informacjami pojawiającymi się w reklamach prezentowanych w innych środkach masowego przekazu, szczególnie w sytuacji, gdy taka reklama nie zawierała żadnego odniesienia do innych reklam.

Zatem trzeba wskazać, że pozwany i Sąd Okręgowy nie stwierdzili, iż wszystkie reklamy stosowane przez powoda nie zawierały informacji o ograniczeniach czasowych, gdyż istniały reklamy zawierające tę informację. Niemniej problem nie polegał na tym, że powód stosował niektóre reklamy spełniające wymogi ustawowe, ale stosował reklamy, które były z nimi sprzeczne i wprowadzały konsumentów w błąd. Jak wskazano, każda z rozpowszechnianych i analizowanych w sprawie reklam stanowiła odrębną i zamkniętą całość i Prezes Urzędu, aby zobrazować nieprawidłowe działania (...), posłużył się reklamami, które nie zawierały informacji o właściwych ograniczeniach czasowych w zakresie SMS-ów. Słusznie zwrócił uwagę pozwany, że kierując się stanowiskiem zaprezentowanym przez powodową spółkę, nie byłoby naruszeniem prawa zastosowanie przez przedsiębiorcę 99 reklam jakiegoś produktu zawierających elementy nieuczciwej reklamy i 1 spot spełniający wymogi prawa. Taki pogląd byłby oczywiście błędny.

Podobnie nie stanowi dowodu o prawidłowości stosowanej przez powoda reklamy okoliczność, że z raportu wynikało, iż jedynie 9% konsumentów dokonuje wyboru oferty kierując się przede wszystkim reklamą, a i tak 71% spośród nich dokonuje weryfikacji zawartych w reklamie informacji przed zawarciem umowy, np. poprzez konsultacje ze sprzedawcą oraz zapoznanie się z ulotkami. Nie sposób w tym miejscu pominąć, że gdyby wprost przełożyć te wyniki na reklamę (...), to powoływane przez stronę powodową 71% konsumentów podjęło rozmowę ze sprzedawcą na skutek reklamy powoda, która zawierała nieprawdziwe informacje. Oznacza to, że ci konsumenci podjęli czynności zmierzające do zawarcia umowy będąc w błędnym przeświadczeniu co do warunków oferty skierowanej do nich przez przedsiębiorcę. Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy, konsumenci zwabieni reklamą (...) mogli zaplanować nabycie tej konkretnej usługi kierując się przekazem reklamowym powoda i nie zmieniła już tego rozmowa z konsultantem, który

przedstawił ofertę zmodyfikowaną w stosunku do treści usługi wynikającej z reklamy. Trzeba również podkreślić, że przedmiotem inkryminowanej praktyki nie jest wprowadzenie konsumenta w błąd, które musi skutkować zawarciem przez niego umowy z przedsiębiorcą (tu: (...)), ale sama możliwość wprowadzenia w błąd. Oznacza to, że z punktu widzenia omawianej praktyki okoliczność, czy konsument zawarł umowę z powodem, pozostaje bez znaczenia (art. 5 ust. 1 u.n.p.r.), a może mieć wpływ na wysokość kary pieniężnej (zob. wyrok TSUE z dnia 19.12.2013 r. w sprawie C-281/12 (...) i (...) v (...) , (...):EU:C:2013:859). Istotne jest zaś to, czy na podstawie otrzymanego przekazu reklamowego konsument może dojść do błędnego wniosku o treści usługi, który może skutkować podjęciem przez niego decyzji o zawarciu umowy, której by nie podjął, gdyby informacje zawarte w reklamie nie wprowadziły go w błąd. Warto zauważyć, że gdyby przyjąć pogląd reprezentowany przez powoda, że ewentualne braki w reklamach np. telewizyjnych konsument mógł „uzupełnić” w punkcie sprzedaży, gdzie mógł uzyskać pełną informację o ofercie (...), przepisy ustawy antymonopolowej czy ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym nie miałyby w ogóle zastosowania w zakresie reklam wprowadzających w błąd.

W konsekwencji niezasadne były zarzuty naruszenia art. 233 § 1 i art. 227 k.p.c. w zw. z art. 217 k.p.c. oraz art. 5 ust. 1 u.n.p.r. Jednocześnie niezasadnie była podnoszona kwestia niezastosowania art. 6 ust. 1 i 3 pkt 1 oraz ust. 6 u.n.p.r. poprzez jego niezastosowanie, w kontekście braku wzięcia pod uwagę przy ocenie praktyki rynkowej powoda ograniczeń przestrzennych i czasowych związanych ze specyfiką środka komunikowania się z konsumentami, jak również wszystkich środków podjętych przez przedsiębiorcę w celu udostępnienia informacji konsumentom w inny sposób. Z jednej strony istnieją ograniczenia związane z prezentowaną reklamą, gdyż oczywistym jest, że z uwagi na np. ograniczenia czasowe dla reklam telewizyjnych czy radiowych nie jest możliwe podanie w takiej reklamie wszystkich cech i elementów reklamowanego produktu/usługi. To samo dotyczy innych mediów i nośników reklamowych i nie chodzi o to, aby na podstawie reklamy konsument mógł znać treść całej umowy. Z drugiej jednak strony te ograniczenia nie powodują, że przedsiębiorca ma posługiwać się taką reklamą, która – tak ja to miało miejsce w niniejszej sprawie – mogła wprowadzić nawet uważnego i ostrożnego konsumenta w błąd co do istotnych cech oferowanej usługi. Powód nie zatajał bowiem istotnych informacji potrzebnych przeciętnemu konsumentowi do podjęcia decyzji dotyczącej umowy, a nie jest celem reklamy zapoznanie potencjalnego klienta ze wszystkimi elementami umowy. W tym wypadku spółka podała konkretne cechy usługi pre-paid, tylko że dokonała tego w taki sposób, który sugerował, iż omawiana cecha ma inne właściwości, w wyniku czego w konsumentach mógł być potencjalnie wytworzony błędny obraz jeżeli chodzi o możliwość korzystania z darmowych SMS-ów w kontekście ważności konta po doładowaniu. Taka konstrukcja nie podlega pod art. 6 u.n.p.r., gdyż nie chodziło o tzw. zaniechanie wprowadzające w błąd. Powód w sposób czynny wytworzył błędny obraz odnośnie do treści swojej oferty, aby nakłonić konsumentów do skorzystania przez nich ze swojej usługi pre-paid, a nie tego rodzaju usługi oferowanej przez konkurencyjnych operatorów. Racjonalne jest korzystanie w związku z tym z przekazu reklamowego, jednak ten nie może być sprzeczny z przepisami bezwzględnie obowiązującymi. Ograniczenia czasowe i gabarytowe określonej formy reklamy nie usprawiedliwiają działań przedsiębiorcy, gdyż posługując się taką reklamą, mógł ją skonstruować w taki sposób, aby nie było wątpliwości, że promowane zalety odzwierciedlają faktyczne właściwości usługi. Takie zachowanie powoda, jak w niniejszej sprawie, nie zasługiwało więc na ochronę prawną.

Reasumując, Sąd Okręgowy wysnuł prawidłowe wnioski, oparte na połączeniu w reklamach powoda dwóch elementów, które stały się przyczyną zakwestionowania tych reklam przez Prezesa UOKiK, a więc hasel: (...) i (...). Analizując materiał dowodowy zebrany w sprawie, Sąd ten słusznie uznał, że na podstawie reklam przeciętny konsument mógł uznać, iż w ofercie (...) w ramach doładowania nabywa określony liczbowo pakiet SMS-ów, który może wykorzystać w okresie ważności konta, tj. przez rok.

Przechodząc do zarzutów naruszenia art. 106 ust. 1 pkt 4 i art. 111 u.o.k.k., a więc kary pieniężnej, to zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 4 u.o.k.k. Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dopuścił się stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ustawy. Wytyczne w zakresie ustalenia wysokości kary pieniężnej zawiera art. 111

u.o.k.k., który nakazywał (na datę decyzji) uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy.

Jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15.05.2014 r. (III SK 54/13, OSNP 2015, nr 11, poz. 156), sąd orzekający w pierwszej i drugiej instancji w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa UOKiK sprawuje pełną merytoryczną kontrolę nad wymiarem kary pieniężnej. Nie kontroluje tylko, czy kara pieniężna została wymierzona przez Prezesa Urzędu zgodnie z ustawowymi wytycznymi wymiaru kary, bądź w sposób odpowiadający zasadom wynikającym z pragmatyki organu ujawnionej w postaci różnego rodzaju wyjaśnień. Sąd jest także władny samodzielnie dostosować poziom ostatecznie wymierzonej kary pieniężnej do ustalonych w sprawie okoliczności, z uwzględnieniem funkcji kar pieniężnych oraz przesłanek wymiaru kary określonych w ustawie antymonopolowej, bądź wynikających z ogólnych zasad prawa, regulacji konstytucyjnych, czy zobowiązań prawnomiędzynarodowych. Sąd nie jest przy tym związany praktyką Prezesa Urzędu i wypracowanym przez niego sposobem dochodzenia do ustalenia wysokości kary pieniężnej. W zależności od okoliczności sprawy może inaczej rozłożyć akcenty, a nawet przypisać większe lub mniejsze znaczenie poszczególnym elementom wpływającym na ostateczny wymiar kary pieniężnej.

Natomiast w wyroku z dnia 4.03.2014 r. (III SK 34/13, Legalis nr 994606) Sąd Najwyższy doprecyzował zasady sądowej kontroli stosowania stwierdzając, że w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa UOKiK, co do kar pieniężnych w przypadku praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, sąd powinien przede wszystkim odnieść się do przesłanek przedstawionych w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji oraz powołanych w odwołaniu okoliczności rzutujących, według przedsiębiorcy, na ocenę prawidłowości wysokości wymierzonej kary. Jeżeli weryfikacja zastosowanych przez organ oraz powołanych przez przedsiębiorcę przesłanek i okoliczności prowadzi sąd do konkluzji, że przesłanki te i okoliczności zastosowano prawidłowo, należy dokonać oceny nałożonej kary z punktu widzenia jej funkcji.

Przewidziane w art. 106 ust. 1 u.o.k.k. kary pieniężne mają charakter fakultatywny, a zatem wydając decyzję o nałożeniu kary pieniężnej, Prezes UOKiK działa w ramach uznania administracyjnego. W tym zakresie powinien on kierować się zasadami równości i proporcjonalności, jak również kryteriami określonymi w art. 111 tej ustawy. W niektórych przypadkach zasada proporcjonalności może uzasadniać odstępianie od nakładania kary pieniężnej na przedsiębiorcę, pomimo dopuszczenia się przez niego zachowań wymienionych w art. 106 ust. 1 u.o.k.k. Jest tak wówczas, gdy okoliczności sprawy, w tym: niewielki zakres naruszenia, krótki okres jego trwania, brak istotnego naruszenia konkurencji wskutek naruszenia przepisów ustawy, brak winy naruszcyciela, przemawiać będą za nienakładaniem kary pieniężnej. Jednak przyjęć należy, że odstępianie od nałożenia kary powinno dotyczyć tylko wyjątkowych sytuacji, gdy wymierzenie kary nawet w symbolicznej wysokości stanowiłoby dla przedsiębiorcy znaczącą dolegliwość, pozostającą w znaczącej sprzeczności ze stopniem winy oraz szkodliwością praktyki dla sfery interesów konsumentów. W niniejszej sprawie nie sposób mówić o zaistnieniu okoliczności świadczących o możliwości odstąpienia od nałożenia na powoda kary pieniężnej, aczkolwiek niektóre z nich powinny mieć wpływ na jej wysokość, o czym będzie mowa poniżej.

Ponieważ przychód powoda za 2010 r. wyniósł 2.478.273.773,51 zł (kara pieniężna mogła wynieść maksymalnie 247.827.377,35 zł. Kara pieniężna określona w decyzji w stanowiła 0,02% przychodu. Trzeba pamiętać, że ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie zawiera zamkniętego katalogu przesłanek, od których spełnienia uzależniona jest wysokość kar nakładanych na przedsiębiorców. Przepis art. 111 u.o.k.k. wyznacza pewne podstawowe ramy dla uznania Prezesa Urzędu.

Za utrwalony w orzecznictwie Sądu Najwyższego należy uznać pogląd, że w sprawach o nałożenie kary pieniężnej należy stosować określone gwarancje dla strony właściwe prawu karnemu (zob. wyroki SN: z dnia 14.04.2010 r. III SK 1/10, OSNP 2011, nr 21-22, poz. 288, z dnia 1.06.2010 r. III SK 5/10, Lex nr 622205 i z dnia 21.04.2011 r., III SK 45/10, Lex nr 901645). W orzecznictwie wskazuje się, że kary pieniężne nakładane przez organy regulacji rynku nie mają charakteru sankcji karnych, jednakże w zakresie, w jakim dochodzi do wymierzenia przedsiębiorcy takiej kary, zasady sądowej weryfikacji prawidłowości orzeczenia organu regulacyjnego powinny odpowiadać wymogom analogicznym do obowiązujących sąd orzekający w sprawie karnej (zob. np. wyroki SN: z dnia 14.01.2010 r., III SK

1/10, OSNP 2011, nr 21-22, poz. 288, z dnia 1.06.2010 r., III SK 5/10, Lex nr 622205, z dnia 21.09.2010 r., III SK 8/10, OSNP 2012, nr 3-4, poz. 52, z dnia 4.11.2010 r., III SK 21/10, Lex nr 737390 i z dnia 5.01.2011 r., III SK 32/10, ZNSA 2011, nr 3, s. 121). Kara administracyjna nie stanowi odpłaty za popełniony czyn, lecz ma charakter środka przymusu służącego zapewnieniu realizacji wykonawczo-zarządzających zadań administracji agregowanych przez pojęcie interesu publicznego (zob. wyrok TK z dnia 31.03.2008 r., SK 75/06, OTK-A 2008, nr 2, poz. 30). Sanckje administracyjne służą prewencji, zniechęcając do naruszenia obowiązków oraz skłaniając ukaranego do zapobieżenia powtórnemu naruszeniu obowiązków w przyszłości (zob. wyrok TK z dnia 14.10.2009 r., Kp 4/09, OTK-A 2009, nr 9, poz. 134). Sąd bierze więc pod uwagę prawo przedsiębiorcy do obrony analogicznie do sądu karnego, przed którym oskarżyciel, aby uzyskać sądowe potwierdzenie oskarżenia, musi zwłaszcza wykazać bezzasadność wyjaśnień oskarżonego (zob. wyrok SN z dnia 21.10.2010 r., III SK 7/10, OSNP 2012, nr 3-4, poz. 53).

Zatem ustalając wysokość kar pieniężnych, o których mowa art. 106-108 u.o.k.k., należy wziąć pod uwagę również stopień społecznej szkodliwości czynu, przy ocenie którego, zgodnie z art. 115 § 2 k.k., bierze się pod uwagę: rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiary wyrządzonej szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu, wagę naruszonych obowiązków, postać zamiaru, motywację sprawcy oraz rodzaj naruszonych reguł ostrożności i stopień ich naruszenia. Jest to zamknięty katalog kryteriów oceny stopnia szkodliwości społecznej czynu, zaś dominujące znacznie mają okoliczności z zakresu strony przedmiotowej, do której dołączono dwie przesłanki strony podmiotowej, to jest postać zamiaru i motywację sprawcy (zob. wyrok SN z dnia 25.06.2008 r., V KK 1/08, R-OSNKW 2008, poz. 1325). Należy zaś uwzględnić wszystkie kryteria oceny stopnia szkodliwości społecznej czynu, ponieważ ma to być ocena całościowa, uwzględniająca całokształt okoliczności wymienionych w art. 115 § 2 k.k. (zob. wyrok SN z dnia 5.12.2012 r., III KK 66/12, Lex nr 1243049). Niemniej w orzecznictwie wskazuje się, że chociaż o stopniu społecznej szkodliwości mają decydować wyłącznie okoliczności związane z czynem, to podstawowe znaczenie mają rodzaj i charakter naruszonego przez oskarżonego dobra chronionego prawem, rozmiar wyrządzonej i grożącej szkody oraz zamiar i motywacja sprawcy (zob. wyrok SN z dnia 11.04.2011 r., IV KK 382/10, Lex nr 846390). Z kolei okoliczności popełnienia czynu, o których mowa w art. 115 § 2 k.k., to czas i miejsce popełnienia czynu oraz kontekst sytuacyjny zachowania się sprawcy (zob. postanowienie SN z dnia 1.04.2009 r., V KK 378/08, Lex nr 507961).

Przekładając powyższe na realia niniejszej sprawy trzeba wskazać, pozwany uwzględnił okoliczność, że praktyka naruszała podstawowe prawo konsumenta, tj. prawo do rzetelnej i prawdziwej informacji, a konsumenci mogli podejmować decyzje pod wpływem działania przedsiębiorcy – w związku z tym dla takiej wagi czynu określił kwotę bazową na 0,02% przychodu. Jednocześnie jako okoliczność obciążającą uwzględnił ogólnopolski zasięg praktyki (+20%), a łagodzącą – współdziałanie z pozwanym (-20%), wskazując przy tym, że podnoszone przez powoda nieumyślność i pierwsze naruszenie przepisów ustawy mają charakter negatywny, a więc jedynie obciążający.

Zgadzać się, co do zasady, z powyższym i mając na uwadze omówione wytyczne dla ustalenia wysokości kary pieniężnej, nie sposób było pominąć okoliczności podnoszonych przez powoda, czego Sąd Okręgowy nie rozważył w prawidłowy sposób. Przede wszystkim pozwany uznał, że przychód ze sprzedaży pre-paidów wyniknął z tej praktyki, co nie zostało w żaden sposób wykazane. Jeżeli pozwany uwzględni jakąś okoliczność przy określeniu kary pieniężnej, zaś przedsiębiorca w toku postępowania sądowego, przede wszystkim w odwołaniu kwestionuje okoliczność, która miała negatywny wpływ na tę karę (w ten sposób, że zwiększyła jej wysokość), to na Prezesie UOKiK spoczywa ciężar udowodnienia takiej okoliczności (art. 6 k.c.). Dodatkowo w niniejszej sprawie nie była kwestionowana okoliczność, że przychody (...) ze sprzedaży przedpłaconych usług telekomunikacyjnych (pre-paidów) w 2010 r. wyniosły 323.854.913,39 zł, czyli 13% ogólnego przychodu spółki, zaś reszta to przychód z udziału w innej spółce – spółce-córce (zestawienie k. 62).

Warto mieć na uwadze, że w art. 106 ust. 1 u.o.k.k. określono jedynie górną granicę kary pieniężnej w wysokości 10% przychodów, zaś przesłanki wymieniono w art. 111 ustawy w sposób przykładowo. W okolicznościach faktycznych sprawy uzasadnione może być obniżenie tej kary w wyniku odniesienia jej do przychodu ze sprzedaży towarów objętych niedozwoloną praktyką, przy czym nie chodzi tu o automatyzm, a uwzględnić należy realizację przez karę różnych funkcji (zob. np. wyroki SN: z dnia 4.03.2014 r., III SK 34/13, Legalis nr 994606 i z dnia 15.05.2014 r., III SK 44/13, Legalis nr 864667), o których była mowa powyżej. W tym konkretnym wypadku, mając dodatkowo na uwadze,

że strata netto powoda w 2009 r. wyniosła 215.614.846,04 zł (w okresie emitowania spornych reklam), okoliczność tę należało uwzględnić przy wymiarze kary pieniężnej.

Podobnie rzecz ma się z krótkotrwałością praktyki, gdyż faktycznie trwała ona niespełna pół roku, a więc stosunkowo niedługo. Natomiast z treści decyzji nie wynika, aby Prezes Urzędu uznał, że po stronie powoda wystąpiła wina umyślna. Istotne jest, czy przedsiębiorca miał świadomość, że swoim zachowaniem narusza zbiorowe interesy konsumentów lub czy jako profesjonalny uczestnik obrotu mógł (powinien był) taką świadomość mieć. Powód jest przedsiębiorcą, zatem jego działalność powinna mieć wysoce profesjonalny charakter, z zachowaniem najwyższej staranności, rzetelności, także przy ocenie zgodności podejmowanych działań z obowiązującymi przepisami prawa. Tradycyjnie w kwestii winy odróżnia się umyślność i niedbalstwo. Według przeważających poglądów doktryny wina umyślna polega na zamierzonym podjęciu działania sprzecznego z regułą czy regułami postępowania, bądź to na powstrzymaniu się od działania, mimo istnienia obowiązku czynnego zachowania się. Należy rozumieć, że sprawca przewiduje naruszenie wyżej wymienionej reguły i skutki w postaci szkody oraz chce, by nastąpiły, albo co najmniej z tym się godzi. Zostaje zatem objęta przez winę umyślną jej odmiana (*dolus eventualis*), gdy sprawca nie chce, lecz godzi się na nastąpienie szkody. Niedbalstwo występuje wówczas, gdy sprawca wyobraża sobie skutek bezprawny, lecz bezpodstawnie przypuszcza, że go uniknie lub, gdy sprawca nie wyobraża sobie skutku, choć może i powinien go sobie wyobrazić. W stanie faktycznym sprawy uprawniony jest wniosek, że działania powodowej spółki, które doprowadziły do naruszeń objętych punkcie I sentencji zaskarżonej decyzji, pozwalają kwalifikować jej winę w postaci niedbalstwa (sprawca nie wyobraża sobie skutku, choć może i powinien go sobie wyobrazić). Brak było bowiem dowodów, aby przypisać powodowi winę umyślną.

Powyższe okoliczności skutkowały obniżeniem kary pieniężnej o 1/3, tj. do kwoty 330.437 zł. W ocenie Sądu Apelacyjnego, kara w takiej wysokości jest adekwatna do okoliczności czynu powodowej spółki, spełni wszystkie funkcje i cele postawione przed karą pieniężną.

Zmiana wyroku w odniesieniu do kary pieniężnej (jej obniżenie) nie oznaczała konieczności zmiany rozstrzygnięcia w zakresie kosztów procesu za pierwszą instancję, gdyż zastosowanie w takiej sytuacji znajdował art. 100 zd. 2 k.p.c. Kosztami tego postępowania należało w całości obciążyć stronę powodową, jako że strona pozwana wygrała sprawę niemal w całości. Odwołanie było bowiem niezasadne co do samej zasady, a więc uznania zachowania spółki za praktykę ograniczającą konkurencję, a jedyną kwestią było ustalenie wysokości kary pieniężnej. Przy tym trzeba podkreślić, że Sąd Apelacyjny obniżył tę karę jedynie o 1/3, uznając jej zasadność w pozostałej części. Ponieważ sama zasada odpowiedzialności (...) nie została skutecznie podważona, zmiana decyzji w takim tylko zakresie nie miała wpływu na rozstrzygnięcie o kosztach procesu.

Mając powyższe na względzie, na podstawie art. 385 i art. 386 § 1 k.p.c., orzeczono jak w punktach I i II sentencji.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd Apelacyjny orzekł na podstawie art. 100 zd. 2 w zw. z § 14 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 490 ze zm.), analogicznie jak w wypadku kosztów postępowania pierwszoinstancyjnego.