

*Sygn. akt VI ACa 1355/13*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 27 maja 2014 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:*

*Przewodniczący - Sędzia SA – Anna Orłowska*

*Sędzia SA – Barbara Godlewska – Michalak (spr.)*

*Sędzia SO (del.) – Marcin Łochowski*

*Protokolant: – st. sekr. sąd. Ewelina Murawska*

*po rozpoznaniu w dniu 27 maja 2014 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

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

*przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

*o naruszenie zbiorowych interesów konsumentów i nałożenie kary pieniężnej*

*na skutek apelacji powódki*

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

*z dnia 10 kwietnia 2013 r.*

*sygn. akt XVII AmA 72/11*

- 1. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie pierwszym (I) w ten tylko sposób, że zmienia zaskarżoną decyzję w punkcie drugim (II) w ten sposób, że wskazany w niej okres publikacji na stronie internetowej (...) . ogranicza do dwóch miesięcy, a w pozostałej części oddala odwołanie;*
- 2. oddala apelację w pozostałej części;*
- 3. zasądza od (...) z o.o. w W. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 270 zł (dwieście siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.*

*Sygn. akt VI A Ca 1355/ 13*

## UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 10 kwietnia 2013 r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołane (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 28 grudnia 2010 r. (...) w której uznał za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt. 3 uokik działanie (...) spółki z oo w W. ( dalej (...) lub powodowa spółka) polegające na prezentacji w reklamach telewizyjnych i zewnętrznych komunikatu wskazującego na dostępność w ofercie (...) wszystkich modeli telefonów oraz wskazówki objaśniającej „Oferta dotyczy modeli wiodących marek dostępnych na polskim rynku, za wyjątkiem modeli objętych wyłącznością. Lista dostępnych

telefonów i ograniczenia związane z ofertą znajdują się w Cennikach telefonów jak i w Cennikach Telefonów na życzenie dostępnych na (...) oraz w punktach sprzedaży P.” e taki sposób, że biorąc pod uwagę zastosowaną wielkość czcionki, czas ekspozycji, długość komunikatu, kierunek tekstu, kolorystykę czcionki i tła – wskazówka objaśniająca mogła być nieczytelna dla przeciętnego konsumenta, co stanowi nieuczciwą praktykę rynkową poprzez naruszenie art. 5 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym ( upnpr) oraz godzi w zbiorowe interesy konsumentów.

W punkcie II decyzji Prezes UOKiK nakazał publikację niniejszej decyzji w terminie 14 dni od daty jej uprawomocnienia na koszt (...) na stronie internetowej przedsiębiorcy (...) przez okres 6 miesięcy, a nadto jednokrotną publikację sentencji decyzji na koszt (...) w terminie 30 dni od daty jej uprawomocnienia na jednej z pięciu pierwszych stron dziennika o zasięgu ogólnopolskim ze średnim nakładem dziennym w wysokości, co najmniej 100.000 Egzemplarzy w module obejmującym, co najmniej 25% strony czcionką Times New Roman nie mniejszą niż 12 punktów, na białym tle.

W punkcie III decyzji Prezes UOKiK nałożył na (...) karę pieniężną w wysokości

610.575 zł z tytułu naruszenia zakazu, o jakim mowa w art. 24 ust. 1 i 2 pkt. 3 uokik w zakresie opisanym w punkcie I decyzji.

W odwołaniu od tej decyzji (...) zaskarżył ją w całości, wnosząc o jej uchylenie, względnie zmianę przez orzeczenie o niestwierdzeniu dopuszczenia się przez (...) zarzucanych jej praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów; ewentualnie o uchylenie punktu II decyzji oraz pkt. III względnie znaczące obniżenie nałożonej kary. Wnosząc odwołanie skarżący zarzucił:

- naruszenie art. 24 ust. 1 i 2 pkt. 3 uokik w zw. z art. 5 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 1 upnpr oraz w zw. z art. 27 ust. 1 i 2 uokik przez błędne zastosowanie i przyjęcie, że działania reklamowe stanowią nieuczciwą praktykę rynkową, polegającą na działaniu wprowadzającym w błąd, a w konsekwencji naruszającą zbiorowe interesy konsumentów;

- naruszenie art. 233 kpc w zw. z art. 84 uokik przez przyjęcie, że zamieszczona w reklamach tzw. wskazówka objaśniająca była nieczytelna dla przeciętnego konsumenta;

- naruszenia art. 7 kpa przez nieuwzględnienie wszystkich elementów praktyki rynkowej oraz okoliczności wprowadzenia produktu na rynek, w tym sposobu jego prezentacji oraz ograniczeń przestrzennych i czasowych wynikających z poszczególnych nośników reklamowych;

- naruszenie art. 4 ust. 1 i art. 5 ust. 1 upnpr w zw. z art. 2 pkt. 7 upnpr przez błędną wykładnię, polegającą na uznaniu, że „decyzja dotycząca umowy” lub „istotne zniekształcenie zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta” może polegać na samym stwierdzeniu możliwości „zainteresowania się ofertą przez przeciętnego konsumenta, bez oceny czy mogło to mieć wpływ na ostateczną decyzję gospodarczą konsumenta;

- naruszenie art. 5 ust. 1 upnpr w zw. z art. 2 pkt. 8 upnpr ( względnie art. 7, 77 kpa oraz art. 233 § 1 kpc w zw. z art. 84 uokik przez błędne zastosowanie i uznanie, że reklamy (...) mogły wprowadzić w błąd przeciętnego konsumenta;

- naruszenie art. 5 ust. 1 upnpr w zw. z art. 2 pkt. 8 upnpr ( względnie art. 7, 77 kpa oraz art. 233 § 1 kpc w zw. z art. 84 uokik przez błędne zastosowanie i uznanie, że działania reklamowe (...) mogły mieć wpływ na decyzję przeciętnego konsumenta dotyczącą umowy;

- naruszenia art. 26 ust. 2 uokik w zw. z art. 27 ust. 2 i 4 uokik w zw. z art. 24 ust. 1 i 2 uokik przez uznanie, że nałożenie obowiązku publikacji decyzji na stronie internetowej przedsiębiorstwa i publikacji sentencji w dzienniku ogólnopolskim może przyczynić się do usunięcia skutków naruszenia, gdy nie występował skutek w postaci naruszenia interesów konsumentów w chwili wydania decyzji, cel, któremu miałyby służyć publikacja zostanie osiągnięty w wyniku działań informacyjnych Prezesa UOKiK;

- naruszenie art. 106 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 i 2 uokik i art. 11 uokik w zw. z art. 7 kpa i 77 kpa, 233 § 1 kpc w zw. z art. 84 uokik przez brak wszechstronnego wyjaśnienia oraz należytego uwzględnienia okoliczności i stopnia naruszenia przepisów ustawy, dokonanie błędnych ustaleń faktycznych, a w rezultacie nałożenie na (...) nadmiernie dotkliwej kary pieniężnej.

W odpowiedzi na odwołanie Prezes UOKiK podtrzymał stanowisko zaprezentowane w zaskarżonej decyzji, wskazując w uzasadnieniu nietrafność, w jego ocenie, podniesionych zarzutów.

Wydając zaskarżony wyrok, Sąd miał na uwadze następujący stan faktyczny:

Bezsporną między stronami jest okoliczność, że pozwana (...) jest spółką z oo i świadczy w ramach prowadzonej działalności gospodarczej usługi telekomunikacyjne, a w tym w szczególności w zakresie telefonii ruchomej, transmisji danych i teleinformatyki oraz wszelkich innych usług telekomunikacyjnych, w tym internetowych, związanych z internetem oraz telefonią stacjonarną.

Nie jest również sporną okoliczność, że (...) prowadził kampanię reklamową „ (...)”

Przedmiotowa kampania reklamowa trwała w okresie od 21 sierpnia 2009 r. do 28 października 2009 r. Prowadzona była w telewizji, radiu, internecie, jako reklama zewnętrzna, jako reklama typu ambient oraz jako reklama typu (...).

**Reklama telewizyjna** prowadzona była od 21 sierpnia – 1 października 2009 r. w formie filmów reklamowych emitowanych w stacjach telewizyjnych P., (...), (...), (...) 1, (...) i (...).

Filmy reklamowe opatrzone były wskazówką objaśniającą o treści: „Oferta dotyczy modeli wiodących marek dostępnych na polskim rynku, za wyjątkiem modeli objętych wyłącznością. Lista dostępnych telefonów i ograniczenia związane z ofertą znajdują się w Cennikach Telefonów jak i Cennikach Telefonów na życzenie dostępnych na (...) oraz w punktach sprzedaży P.”. Informacja objaśniająca obejmowała 3 wersy.

Głównym elementem wszystkich wykorzystywanych w kampanii filmach reklamowych był wygłaszany przez lektora komunikat, że Spółka posiada w ofercie „ wszystkie modele telefonów”. Dopełnieniem słów lektora stanowiła w/w treść wskazówki objaśniającej.

**Reklama radiowa** emitowana była od 21 sierpnia – 30 sierpnia 2009 r.

Powodowa spółka zleciła emisję jednego spotu radiowego: „ Synu chcesz mieć w prosto... wszystk. modele tel. a przenies., nr trwa nawet 1 dzień, lista” oraz „Synu jak chcesz ... w P. masz wsz. modele tel., a przenies nr trwa 1 dzień, lista tel, zaś of. Na (...)”. Wykorzystywane reklamy oprócz hasła głównego zawierały także informację, że ze szczegółami oferty można zapoznać się na stronie operatora tj. (...).

**Reklama zewnętrzna** prezentowana w okresie 21 sierpnia do 1 października 2009 r.. Były to billboardy o rozmiarach 5x2, 6x3, 12x3, 12x4, 18x9 metrów. Na billboardach była jednakowa treść i wszystkie miały jednakową szatę graficzną. Przedstawiały kulę w barwach charakterystycznych dla sieci P. – białą fioletową otoczoną łańcuchem aparatów telefonicznych różnych marek. Po prawej stronie kuli znajdowało się hasło „(...)”. Hasło to było dobrze widoczne oraz znacznych rozmiarów. Słowo „wszystkie” było dodatkowo podkreślone przez użycie czcionki większych rozmiarów w porównaniu do pozostałych wyrazów w hasle. Poniżej pod hasłem głównym, znajdowała się nazwa sieci operatora (...) –tj. P.. Na prawym skraju billboardów, w pionie umieszczona została małą czarną czcionką treść wskazówki objaśniającej, która obejmowała 4 wersy. Tło billboardu było cieniowane ze zdecydowaną przewagą koloru białego.

**Reklama typu (...)** emitowana w okresie 21 sierpnia do 1 października 2009 r. Pozwana spółka wykorzystwała w ramach tego typu reklam plakaty, naklejki na witrynę sklepową, ulotki oraz hangery. (...) te cechowały dobrze widoczne dominujące hasło główne „(...)” oraz znacznie mniejsze objaśnienie. Tak na przykład w plakacie 60x90 „wszystkie telefony.2” wskazówka objaśniająca jest prezentowana czarną czcionką w rozmiarze 6, podczas, gdy

wielkość hasła głównego 38 do 182 pkt. Dodatkowo kolor użytej czcionki w objaśnieniu jest różowy na tle w kolorze wrzosowo – fioletowym. Na naklejkach umieszczanych na witrynach sklepów (...) w ogóle nie umieszczono wskazówki objaśniającej ograniczając się do prezentacji hasła głównego oraz kuli barwach białe – fioletowych otoczonych różnymi markami aparatów telefonicznych.

**Reklama internetowa** prezentowana od 21 sierpnia do 28 października 2009 r.

Prezentowana była formie bannerów, half-page, double billboard z formą wallpaper,

toplayer z double billboard na portalach (...), (...), (...), (...), (...), oraz reklama internetowa ukazująca się w wynikach wyszukiwania wyszukiwarki(...). Kampania reklamowa prowadzona była także na stronie spółki (...).

Wykorzystane reklamy internetowe oprócz hasła głównego zawierały również informacje, że ze szczegółami oferty można zapoznać się na stronie operatora tj. (...).

9 października 2009 r. Prezes UOKiK wszczął postępowanie wyjaśniające mające na celu wstępne ustalenie czy (...) dopuścił się naruszenia przepisów uzasadniających wszczęcie postępowania w sprawie zakazu stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów lub naruszenia chronionych prawem interesów konsumentów w związku z prowadzoną kampanią reklamową pod hasłem „ (...)”

W dniu 17 sierpnia 2010 r. Prezes UOKiK wszczął postępowanie w sprawie stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt. 3 uokik, polegającej na prezentowaniu w ramach kampanii reklamowej „ (...)” przekazu reklamowego wskazującego na dostępność w ofercie (...) wszystkich modeli telefonów, co mogło naruszać art. 5 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 upnpr oraz godzić w zbiorowe interesy konsumentów. W poczet materiału dowodowego zaliczył zebrany w trakcie postępowania wyjaśniającego materiał.

Pozwany w piśmie z dnia 3 września 2010 r. zaznaczył, że dostrzega pewne podstawy do formułowania podniesionych przez Prezesa UOKiK wątpliwości, co do wielkości tzw. wskazówek objaśniających, zawartych w kwestionowanych komunikatach reklamowych i wyraził gotowość do bardziej uważnego tworzenia kampanii reklamowych w przyszłości.

Ponadto wskazał, że kampania reklamowa miała na celu zaprezentowanie wyjątkowej oferty, która polegała na zapewnieniu konsumentom możliwości szerokiego wyboru modelu telefonu spośród najnowszych modeli wiodących marek dostępnych na rynku, takiego, że w praktyce niemal nieograniczonego. Z ustaleń, jakie poczyniła (...) wynikało, że konsumenci oczekiwali od operatora szerokiego wyboru telefonów, a konkurencyjni operatorzy dysponują zdecydowanie mniejszym niż (...) portfolio telefonów. W związku z tym (...) zdecydował się na posłużenie w kampanii hasłem „ (...)”, jednak uznał za konieczne zamieszczenie wyjaśnienia cytowanego już wyżej zdaniem (...) niezależnie od wątpliwości związanych ze sposobem prezentacji wskazówki objaśniającej, jej wielkość i czas ekspozycji, w przypadku reklamy telewizyjnej były na tyle znaczne, że nie można uznać, aby zamiarem (...) było naruszenie interesów konsumentów. Dodatkowo podniósł, że wielkość i sposób prezentacji wskazówki objaśniającej była lepiej widoczna niż w przypadku większości reklam obecnych na rynku. Jednocześnie przeciętny konsument zdaje sobie sprawę, że zamieszczenie szczegółowych informacji znacznie mniejszym drukiem niż hasło główne jest powszechną praktyką, z której przeciętny konsument doskonale zdaje sobie sprawę.

Pojęcie „dobrych obyczajów nie może być rozumiane jedynie z perspektywy konsumenta i zasadniczym kryterium oceny zgodności praktyki z dobrymi obyczajami jest zachowanie przez przedsiębiorcę należytej staranności. Nie może także ująć z pola widzenia, w ocenie (...), że przeciętny konsument nie poszukuje konkretnych modeli telefonów, z tego też względu kampania miała być obietnicą najszerszego wyboru modeli, a nie dostępności konkretnego modelu.

Sąd na podstawie akt administracyjnych ustalił przychód (...).

W tym stanie rzeczy, Sąd uznał, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W ocenie Sądu nie można zgodzić się z zarzutem, że doszło do błędnej kwalifikacji prawnej kampanii reklamowej, a odwołanie stanowi polemikę z rozstrzygnięciem Prezesa UOKiK.

Nie można przyjąć, że wskazówka objaśniająca była czytelna. Argumentacja, że przy reklamie telewizyjnej wystarczające było zapoznanie się pierwszym wersem i fakt, że treść wskazówki zajmowała aż 1/8 ekranu telewizyjnego i eksponowana była przez 8 sekund nie jest wystarczająca. Zdaniem Sądu czas eksponowania był pochodną długości tekstu, a wielkość wskazówki wielkością ekranu, nieczytelność nie dotyczy odbioru tekstu – treści wskazówki. Chodzi o to, że wskazówka była widoczna, ale nieczytelna. Jak idzie o czytelność reklamy zewnętrznej, to można uznać, że odbiorcy mogli przyjrzeć się jej treści, ale można mieć wątpliwości, co do możliwości odczytania jej z większej odległości. Jednocześnie Sąd wskazał, że wskazówka, jako sygnał istnienia ograniczeń związanych z ofertą dla uważnego i ostrożnego konsumenta, nie jest przedmiotem postępowania. Przedmiotem jest wskazówka, jako element działania przedsiębiorcy przybierający postać praktyki rynkowej wprowadzającej w błąd, bo konsument zetknąwszy się po raz pierwszy z reklamą zawierającą wskazówkę, nie poznawał jej treści.

Materiały reklamowe w ramach reklamy typu ambient nie mogą usprawiedliwiać nieczytelności wskazówki objaśniającej w innych reklamach. Nieczytelność wskazówki na jednych, nie może być rekompensowana czytelnością na drugih. Przedmiotem postępowania są reklamy wchodzące w skład kampanii reklamowej, nie zaś prowadzona kampania.

Sąd Okręgowy wskazał, że przy ocenie zachowania z punktu widzenia art. 5 ust. 4 upnpr nie znajduje zastosowania art. 6 ust. 6 upnpr, nadto zarzut nieczytelności wskazówki objaśniającej nie neguje zasad przekazu marketingowego oraz branding, których wykorzystanie ma prowadzić do stworzenia reklamy niewprowadzającej w błąd. Zdaniem Sądu Okręgowego, ocena każdej z reklam jest właściwa. Uznanie za nieuczciwą praktykę rynkową reklamę telewizyjną oraz reklamę zewnętrzną nie narusza całościowej oceny praktyki.

Zdaniem Sądu hasło reklamowe oderwane od wskazówki objaśniającej, a mające na za zadanie zwrócić uwagę klienta, nie przemawia na korzyść (...). Ulotki znajdujące się w salonach zawierające wskazówki nie były elementem reklamy, ale kampanii reklamowej. Sam odwołujący przyznaje, że czytelność wskazówki zawartej w jednym z nośników mogła budzić zastrzeżenia.

Argumentacja (...) koncentruje się na możliwości zbudowania przez klienta wiedzy poprzez hasło reklamowe prowadzące do innych nośników zawierających wskazówkę objaśniającą albo poprzez powtarzanie hasła ze wskazówką objaśniającą. Zdaniem Sądu nie może to zmienić oceny, co do wprowadzenia w błąd, bo oceny tej należy dokonywać przy pierwszym zetknięciu się konsumenta z reklamą.

Argumentacja (...) ,w ocenie Sądu, zmierza do kompleksowej oceny kampanii reklamowej, a nie poszczególnych reklam, zastosowanych w kampanii oraz do możliwości uzupełniającego zapoznania się z treścią reklamy poprzez różne reklamy tworzące kampanię reklamową. W ocenie Sądu nie jest to trafna argumentacja. Wydając skarżoną decyzję Prezes UOKiK miał na uwadze reklamę telewizyjną i zewnętrzną, tj nie całość kampanii reklamowej, lecz jej elementy. Moment pierwszego zetknięcia się z reklamą już wchodzi w zakres decyzji dotyczącej umowy, bowiem wówczas następuje zainteresowanie się ofertą ( art. 2 pkt.7 upnpr), a późniejsze zetknięcia bądź poszukiwania informacji mogły jedynie kształtować decyzję.

Zarzut naruszenia art. 4 ust. 1 i art. 5 ust. 1 upnpr w zw. z art. 2 ust., 7 upnpr nie zasługuje na uwzględnienie. Pojęcie „decyzja dotycząca umowy” zostało zdefiniowane w art. 2 ust. 7 upnpr i przez nią rozumie się podejmowaną przez konsumenta decyzję, co do tego, czy i w jaki sposób, na jakich warunkach dokona zakupu, zapłaci za produkt w całości lub w części, zatrzyma produkt, bez względu na to czy konsument postanowi dokonać określonej czynności, czy też powstrzyma się od jej dokonania. Zdaniem Sądu Prezes UOKiK trafnie przyjął, że decyzja dotycząca umowy odnosi się także do zapoznania się z ofertą lub podjęcia działań zmierzających do zawarcia umowy. W pini Sądu „decyzja dotycząca umowy obejmuje nie tylko rzeczywiste skorzystanie z umowy, lecz także potencjalną możliwość jej zawarcia.

Skutek w postaci podjęcia decyzji o zakupie nie jest wymagany w świetle art. 5 ust. 1 upnpr. Jeżeli działanie przedsiębiorcy może spowodować podjęcie przez konsumenta decyzji dotyczącej umowy, to takie działanie jest wprowadzającym w błąd, o ile podjęcie decyzji inaczej by nie nastąpiło.

Ustalenie, że mamy do czynienia z decyzją dotyczącą umowy (czy dokona zakupu), wymaga określenia na ile działanie (reklama) mogło powodować lub powodowało podjęcie decyzji o zakupie przez przeciętnego konsumenta, której by inaczej nie podjął.

Kampania reklamowa (...) pod hasłem „ (...)” wpisywała się w zdobycie uwagi konsumentów przez mnogość posiadanych telefonów. Brak czytelności wskazówki objaśniającej w reklamie zewnętrznej i telewizyjnej mógł powodować zainteresowanie się ofertą przez przeciętnego konsumenta poszukującego określonego modelu telefonu. Wskazówka objaśniająca wyłączała jednak modele telefonów posiadane na wyłączność przez innych operatorów (...). Zainteresowanie się ofertą i rozpoczęcie dalszych poszukiwań na jej temat (przy nieczytelności wskazówki objaśniającej) jest podjęciem przez konsumenta decyzji w rozumieniu art. 2 pkt. 7 upnpr., której by nie podjął, gdyby miał wyraźny przekaz reklamowy. Decyzja dotycząca umowy nie traci, bowiem swego charakteru, pomimo, że konsument postanowił powstrzymać się od jej podjęcia. Stwierdzenie powyższych przesłanek kwalifikuje działanie, (...), jako działanie wprowadzające w błąd. Z kolei praktyki rynkowe wprowadzające w błąd są uznawane na podstawie art. 4 ust. 2 upnpr za nieuczciwą praktykę rynkową. W każdym, bowiem wypadku stosowania przez przedsiębiorcę praktyk rynkowych wprowadzających w błąd mamy do czynienia z wypełnieniem przesłanek nieuczciwości zawartych w art. 4 ust. 1 upnpr.

Nie jest zasadny zarzut odwołującego braku „istotnego zniekształcenia zachowania rynkowego konsumenta”.

Sąd Okręgowy wskazał, że nieuczciwymi praktyka mi rynkowymi są takie, które są sprzeczne z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształcają lub mogą zniekształcić rynkowe zachowania przeciętnego konsumenta. Odwołując się do poglądów doktryny Sąd Okręgowy wskazał, że istotność zniekształcenia zachowania rynkowego konsumenta przez stosowaną praktykę pozwala uznać, że jej wpływ musi niejako popychać przeciętnego konsumenta do zmiany zachowania rynkowego. Idzie, zatem o realne lub potencjalne zniekształcenie decyzji konsumenta, która powinna być wyborem świadomym i efektywnym. Prowadzi to do wniosku Sąd Okręgowy, że wpływ nieuczciwej praktyki rynkowej musi odnieść skutek w postaci, co najmniej potencjalnego zniekształcenia zachowania rynkowego konsumenta, co oznacza, że jeśli konsumenta nie działał by pod wpływem nieuczciwej praktyki rynkowej, to jego zachowanie byłoby inne. Przy czym nie jest konieczne by takie zachowanie nastąpiło, a wystarczającym jest potencjalna możliwość zniekształcenia takiego zachowania u przeciętnego konsumenta.

W tym kontekście nie jest też zasadna argumentacja powoda, że konsument mógł zapoznać się z treścią wskazówki objaśniającej. (...) przyznaje, bowiem, że przy reklamie zewnętrznej można mieć wątpliwości, co do odczytania jej z większej odległości. Pojawienie się obszernej wskazówki w reklamie mogło wywołać wątpliwość, co do dosłownego rozumienia głównego hasła reklamy. Nie można, zatem wbrew poglądowi powoda uznać, że wykluczona jest możliwość wprowadzenia w błąd.

Odnosząc się do wzorca przeciętnego konsumenta, Sąd przyjął, że przeciętny konsument miał wiedzę, że niektóre modele telefonów (...) był objęte wyłącznością i (...) nie posiadał ich. Wejście telefonu na polski rynek znalazło oddźwięk w doniesieniach prasowych sprzed i z sierpnia 2008 r. wskazujących na O. i (...), jako sieci posiadające (...). Natomiast trafność tego założenia na datę kampanii reklamowej nie została udowodniona. Przeciętny konsument wiedział, że (...) nie ma tego telefonu w swojej ofercie, jednak rozpoczęcie kampanii reklamowej w sierpniu 2009 r. (...) wszystkie modele telefonów”, czyli rok po premierze (...) w dwóch konkurencyjnych sieciach mogło zdezorientować przeciętnego konsumenta. Archiwalne wydruki stron internetowych z 2009 r. opierają się na dwuznacznych sformułowaniach, jak teoretycznie już dzisiaj można legalnie sprzedawać (...) w Polsce we wszystkich sieciach”. „ (...) można oficjalnie kupić w Polsce tylko w dwóch (z czterech) operatorów. Nie wiadomo czy ta liczba ulegnie zmniejszeniu czy może powiększeniu”, „raczej nie należy spodziewać się telefonu A. (...)a (...) w ofercie sieci P.”. Przeciętny konsument mający wiedzę o stanie rynku został istotnie wprowadzony w błąd pojawieniem się kampanii reklamowej „(...)”, gdzie wyłączność innych sieci została odnotowana we wskazówce objaśniającej w

reklamie zewnętrznej i telewizyjnej sposób utrudniający zapoznanie się z nią. Główne hasło reklamy ' mamy wszystkie modele telefonów' zostało zaprzeczone we wskazówce objaśniającej.

Sąd Okręgowy wskazał, na Dyrektywę 84/450/EWG z dnia 10 września 1984 r., która określa , kiedy reklama winna być uznana za wprowadzającą w błąd, a mianowicie wtedy gdy dany przekaz rynkowy ma charakter reklamy i musi co najmniej wywoływać niebezpieczeństwo wprowadzenia w błąd, przy czym błąd wywołany reklamą musi mieć charakter istotny, tj. taki, który ma zdolność kierowania zachowaniami rynkowymi konsumentów, szkodenia interesom konsumentów. Natomiast zgodnie z dyrektywą 2006/114/WE z 12 grudnia 2006 r. w sprawie reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej. Reklama wprowadzająca w błąd oznacza taką reklamę, która w jakikolwiek sposób przez swoją formę, wprowadza lub może wprowadzać w błąd osoby, do których jest skierowana lub dociera i która z powodu swej zwodniczej natury może wpłynąć na ich postępowanie gospodarcze lub może szkodzić konkurentowi.

Twierdzenie odwołującego, że reklama „(...)” była skierowana do osób zainteresowanych zawarciem umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie abonamentowym, która wiąże się z zakupem telefonu po promocyjnej cenie stanowi interpretację celu reklamy. Sam przekaz reklamowy zmierzał do zainteresowania konsumentów „telefonem”, jako elementem umowy o świadczenie usług.

Praktykę powoda cechowała istotność zniekształcenia zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta. Oferowany produkt był inny niż zawarty w reklamie. Reklama tak zestawiała ofertę z hasłem reklamowym, że przeciętny konsument miał powody przyjąć, że (...) dołączył do operatorów posiadających w swej ofercie, (...). Jedynie czytelna wskazówka objaśniająca ( w reklamie telewizyjnej i zewnętrznej) mogła skorygować zachowanie konsumenta. Doniesienia prasowe lipca/sierpnia 2009 r. dołączone do odwołania koncentrują się na nowym modelu (...) oraz dążeniu operatorów do włączenia produktu A. do swojej oferty.

Twierdzenie o braku konkretnego modelu na hasło reklamowym oraz o produkcie reklamowanym w postaci usług o świadczenie usług telekomunikacyjnych są nieistotne wobec przyjętego rozumienia „decyzji dotyczącej umowy”.

Wprowadzenie w błąd konsumentów powodowało podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął, a w konsekwencji prowadziło do zniekształcenia zachowania przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy. Do uznania, praktyki rynkowej za wprowadzającą w błąd nie jest konieczne rzeczywiste nabycie towaru lub usługi. Zakazane jest, bowiem stosowanie reklamy wprowadzającej w błąd w przypadku, kiedy może ona wpłynąć na decyzje klienta.

W ocenie Sądu publikacja decyzji ma charakter edukacyjny i prewencyjny, a jej nałożenie zależy od pamięci konsumentów o reklamie. Działanie przedsiębiorcy jest skierowane do nieokreślonej zbiorowości, jej interes wymaga szczególnej ochrony. Nagłośnienie spraw, w których doszło do naruszenia praw konsumentów, spełnia nie tylko funkcje represyjne, ale stanowi często jedyną realną możliwość uzyskania przez konsumentów informacji o bezprawnym charakterze działań przedsiębiorcy. Możliwości publikacyjne i oddźwięk decyzji Prezesa UOKiK są faktem, ale nie stanowią kary w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Organ wykonując swoje zadania nie zwalnia przedsiębiorcy z poniesienia konsekwencji praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów. Jednym z takich następstw jest publikacja decyzji, jako środka usunięcia skutków praktyki.

Przepis art. 26 ust. 2 uokik uprawnia Prezesa do kumulatywnego nałożenia na przedsiębiorcę więcej niż jednego, dodatkowych obowiązków publikacyjnych.

Odnosząc się do nałożonej kary pieniężnej, Sąd Okręgowy wskazał, że art. 106 uokik przewiduje nałożenie kary pieniężnej zarówno za umyślne jak i nieumyślne naruszenie obowiązków ustawowych.

Naruszenie obowiązków ustawowych przez powoda trwało od 21 sierpnia 2009 r. do 1 października 2009 r.

Naruszenie zbiorowych interesów konsumentów miało miejsce na etapie przedkontraktowym, którego istotą jest zachowanie przedsiębiorcy na pozyskiwanie konsumentów lub złożenie oferty mające na celu skłonienie ich od zawarcia umowy. Określając stopień tego naruszenia uznać go należy za poważny.

Wymierzając karę Prezes prawidłowo ustalił przychód powoda w 2009 r. i uznał, że podstawą rozważań wymiaru kary powinna być kwota bazowa, która mieści w poziomie (...) % do (...) przychodu, w przypadku, gdy dochodzi do naruszenia zbiorowych interesów konsumentów na etapie przedkontraktowym.

Jednocześnie w ocenie Prezesa kwota bazowa powinna zostać zwiększona o 20% z uwagi na intensywność kampanii reklamowej, natomiast okoliczność, że zaniechano praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów przemawia za jej obniżeniem o 30%. Co w rezultacie daje obniżenie kwoty bazowej o 10%.

Powyższy wyrok zaskarżył apelacją powód. Zarzucając zaskarżonemu wyrokowi naruszenie przepisów prawa procesowego:

1. art. 479<sup>14</sup> § 1 i 2 kpc w zw. z art. 6 kc i art. 6 ust. 2 Europejskiej Konwencji Prawa Człowieka przez błędną wykładnię, sprowadzającą się do uznania, że ciężar dowodzenia okoliczności faktycznych leżał po stronie powoda, podczas, gdy obowiązek ten obciążał pozwanego, co narusza gwarancje konwencyjne w zakresie domniemania niewinności i in dubio pro reo;

2. art. 233 § 1 kpc w zw. z art. 227 kpc i art. 328 § 1 kpc przez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego poprzez ograniczenie analizy stanu faktycznego do przytoczenia opisu zawartego w zaskarżonej decyzji Prezesa UOKiK, a szczególności, że w ramach przedmiotowej kampanii, reklamy prasowe dotarły do 40% populacji Polski;

3. art. 233 § 1 kpc przez brak wszechstronnej oceny dowodów i dokonanie wadliwych ustaleń wykraczających poza granice swobodnej oceny przez ustalenie :

a. że przeciętny konsument posiadał wiedzę o dostępności telefonu (...) na wyłączność w sieci O. i (...) w sierpniu 2008 r., to rok później takiej wiedzy nie miał, podczas, gdy liczne publikacje wskazywały na dostępność (...) jedynie w sieci O. i (...) oraz sprzeczne z zasadami logiki uznanie, że wydruki internetowe zawierały dwuznaczne sformułowania;

b. hasło „(...)” mogło wywołać u przeciętnego konsumenta przekonanie, że (...) wprowadziła do swojej oferty (...), chociaż materiały prasowe ukazujące się tuż przed oraz w czasie kampanii wskazywały na dostępność tego telefonu jedynie w sieci O. i (...), wprowadzenie do oferty telefonu (...) było zawsze poprzedzone zapowiedziami prasowymi, wcześniejszym zbieraniem zamówień i było dużym wydarzeniem szeroko komentowanym w mediach;

c. przeciętny konsument, który zapoznawał się z reklamą telewizyjną nie był w stanie zapoznać się z informacją o ograniczeniach mimo tego, że czas emisji 8 sekund był wystarczający;

d. praktyka mogła dotknąć każdego konsumenta zainteresowanego zakupem dowolnego modelu, gdy oczywistym jest, że nie mogły dotknąć osób zainteresowanych telefonami, które były w ofercie (...);

4. art. 230 kpc przez nieuznanie za przyznany fakt posiadania przez przeciętnego konsumenta wiedzy o posiadaniu wyłączności na telefon (...) przez niektórych operatorów sieci i braku tego telefonu w F(...)4 w trakcie trwania kampanii reklamowej,

- naruszenie prawa materialnego:

6. art. 5 ust. 1 upnpr przez błędne zastosowanie i uznanie, że reklamy mogły wprowadzać w błąd przeciętnego konsumenta;

7. art. 2 pkt. 7 upnpr i art. 4 ust. 1 upnpr przez błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że „decyzja dotycząca umowy” lub „istotne zniekształcenie zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta” mogą polegać na samym



„zainteresowaniu się ofertą i rozpoczęciu dalszych poszukiwań na jej temat”, a nie na decyzji gospodarczej konsumenta;

8. art. 5 ust. 1 upnpr w zw. z art. 2 pkt. 8 upnpr przez błędne zastosowanie i uznanie, że działania reklamowe Spółki mogły mieć wpływ na decyzję przeciętnego konsumenta dotyczącą umowy;

9. art. 5 ust. 4 upnpr przez nieuwzględnienie wszystkich elementów praktyki rynkowej oraz okoliczności wprowadzenia produktu na rynek, w tym sposobu jego prezentacji oraz ograniczeń przestrzennych i czasowych wynikających z poszczególnych nośników reklamowych;

10. art. 24 ust. 1 i 2 pkt. 3 uokik w zw. z art. 5 ust. 1 upnpr, w zw. z art. 4 ust. 1 w zw. z art. 27 ust. 1 i 2 uokik przez błędne zastosowanie i przyjęcie działania reklamowe powoda stanowią praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów;

11. art. 106 ust. 1 pkt. 4 uokik w zw. z art. 11 uokik przez błędne zastosowanie, sytuacji zajścia okoliczności uzasadniających obniżenia kary pieniężnej, jako nieadekwatnej do zakładanego celu;

12. naruszenia art. 26 ust. UOKiK przez jej nałożenie, w sytuacji, gdy nie stwierdzono konieczności usunięcia trwających skutków naruszenia, w konsekwencji nałożenie na powoda obowiązku publikacji decyzji;

Wnosił o zmianę wyrok i uwzględnienie odwołania i umorzenie postępowania ewentualnie o zmianę decyzji przez uchylenie obowiązku publikacji decyzji, uchylenie wymierzonej kary pieniężnej ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje:

Apelacja powoda zasługuje na uwzględnienie jedynie w tej części, w której kwestionuje czas publikacji sentencji decyzji na stronie internetowej u powoda, w pozostałej części nie zasługuje na uwzględnienie.

Przechodząc kolejno do podnoszonych w apelacji zarzutów stwierdzić należy, że nie jest zasadny zarzut naruszenia art. 479<sup>14</sup> § 1 i 2 kpc w zw. z art. 6 kc i art. 6 ust. 2 Europejskiej Konwencji Prawa Człowieka.

Przede wszystkim stwierdzić należy, że postawiony przez skarżącego zarzut zdaje się pomijać, że Sąd Okręgowy uznał, że zebrany w toku postępowania przed Prezesem UOKiK jest tym materiałem dowodowym, który podlega ocenie Sądu. Nadto Sąd Okręgowy przeprowadził zawnioskowane przez powoda dowody z zeznań A. B. (1) i wycinków prasowych, jak również wybrane reklamy znajdujące się na płytach CD.

Nie jest też tak, jak to wywodzi skarżący w apelacji, że Sąd Okręgowy uznał, że obowiązkiem powoda było wykazanie, że wskazówka objaśniająca był czytelna i przeciętny konsument na datę kampanii posiadał wiedzę odnośnie wyłączności poszczególnych telefonów. Wręcz przeciwnie, Sąd Okręgowy dysponując określonym materiałem dowodowym zebrany w toku postępowania przed Prezesem UOKiK, jak również w toku postępowania przed Sądem dokonał jego oceny, nie podzielając poglądu odwołującego się co do czytelności reklamy. Ustalenie czy reklama prezentowana w ramach prowadzonej kampanii reklamowej naruszała zbiorowe interesy konsumentów stanowi ustalenie okoliczności podlegających subsumcji. Ocena, jak należy zakwalifikować określone postępowanie, zachowanie z punktu widzenia rynku, praktyki rynkowej należy do dyskrecjonalnej władzy sędziego, do którego też władzy należy ocena dowodów. Trafnie zauważa skarżący, że Sąd Okręgowy dokonuje ustaleń samodzielnie i w braku przesłanek do wnioskowania o istnieniu przesłanek, wobec ich nieudowodnienia ma obowiązek orzekać, jak w każdej sprawie cywilnej. Wbrew, zdającemu się wynikać z apelacji, pogładowi skarżącego nie istnieje domniemanie orzekania na korzyść przedsiębiorcy.

Nie można zgodzić się ze skarżącym, że Sąd Okręgowy naruszył art. 6 kc przez obciążenie powoda obowiązkiem wykazania okoliczności, które obowiązany był wykazać pozwany. Sąd Okręgowy dysponując określonym materiałem dowodowym wysnuł konkretne wnioski, wskazując, że do wysnucia innych nie miał podstaw. Tego rodzaju

postępowanie nie stanowi naruszenia ciężaru dowodów, a jest konsekwencją orzekania i działania w ramach dyskrejonalnej władzy sędziego – art. 233 kpc

Nie jest też trafny zarzut naruszenia art. 233 § 1 kpc w zw. z art. 227 kpc i art. 328 §1 kpc.

Wprawdzie zgodzić należy się ze skarżącym, że uzasadnienie Sądu Okręgowego – Ochrony Konkurencji i Konsumentów narusza art. 328 § 1 kpc, aczkolwiek, nie jest tak, że brak jest w ramach uzasadnienia ustaleń Sądu Okręgowego.

Sąd Okręgowy wbrew twierdzeniom apelacji dokonał oceny materiału dowodowego zebranego w sprawie i poczynił ustalenia, które miały istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, co do czytelności wskazówki objaśniającej. Istotnie nie uwzględnił w ramach tego materiału dowodowego okoliczności, że reklamy prasowe, w ramach kampanii reklamowej, dotarły do blisko 40% populacji. Jednak skarżący zdaje się zapominać, że w ramach kampanii reklamowej za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów Sąd uznał reklamę telewizyjną i reklamę zewnętrzną i wielokrotnie podkreślał, że przedmiotem oceny z punktu widzenia praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, nie jest kampania reklamowa, a jej poszczególne elementy – reklama telewizyjna i zewnętrzna.. Jednocześnie Sąd Okręgowy wskazał, o czym zresztą zeznawała świadek B., że w ocenie powoda czytelność wskazówki objaśniającej, należy oceniać przez pryzmat całej kampanii reklamowej, co jest zdanie Sądu niewłaściwe. Sąd uznał, że ocena czytelności wskazówki objaśniającej nie może być tak dokonywana, bowiem o momencie decyzji dotyczącej umowy można mówić już w momencie pierwszego zetknięcia się konsumenta z reklamą. Dalsze zachowanie konsumenta w postaci późniejszego zetknięcia się z reklamą i poszukiwania informacji jedynie kształtuje decyzję. Sąd Apelacyjny podziela tę ocenę oraz wywód, a zatem okoliczność ta (dotycząca reklamy prasowej) w świetle powyższego nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. W tym stanie rzeczy nie można uznać, że brak jest wszechstronnej oceny dowodów. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 328 § 1 kpc to stwierdzić należy, że

rozważania prawne Sądu uwzględnione zostały w ramach podniesionych przez powoda zarzutów. ***Rację ma skarżący, że nie tak należy sporządzać uzasadnienie sądu pierwszej instancji, jednakże uchybienie to nie skutkuje żadnymi konsekwencjami, bo możliwa jest ocena trafności rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego.***

Zdaniem Sądu Apelacyjnego chybiony jest zarzut naruszenia art. 233 § 1 kpc. Wbrew argumentacji skarżącego ocena materiału dowodowego zebranego w sprawie nie narusza wskazanego przepisu. Przede wszystkim wskazać należy, że ocena przedstawionych przez powoda wycinków prasowych nie daje podstaw do uznania, że ocena tych nie jest wszechstronną i naruszającą zasady doświadczenia życiowego, a wnioski wysnute przez Sąd na podstawie materiału dowodowego są nielogiczne. Nie można zgodzić się ze skarżącym, że Sąd pominął przy ocenie materiału dowodowego część artykułów opublikowanych w internecie. Sąd Okręgowy analizując artykuły prasowe przedstawione w sprawie wprawdzie nie omówił ich, do czego zresztą nie był zobowiązany, a jedynie na ich podstawie budował twierdzenia o zakresie świadomości przeciętnego konsumenta i prawidłowo wywiódł, że zapoznając się z materiałem prasowym przeciętny konsument miał podstawy do wniosku, że reklama pod hasłem (...) może być wynikiem dołączenia powoda do tych operatorów, którzy telefon (...) oferuje w ramach świadczenia usług telekomunikacyjnych, bowiem kampania reklamowa pod tym hasłem rozpoczęta została w rok po publikacjach, o których powyżej.

Nie jest tak, że Sąd Okręgowy arbitralnie i dowolnie ustalił, że przeciętny konsumenta miał wiedzę o dostępności telefonu (...) na wyłączność przez dwóch operatorów sieci. Z treści, bowiem publikacji na k- 84 ( (...) z 19.XII.2008 r.) wynika, że O. stracił monopol na (...), przy czym owa utrata, o której w tytule dotyczy Francji bowiem, co wynika dalszej części tekstu ( ...) „w naszym ( Polsce przyp. SA ) kraju (...) można kupić tylko sieciach (...) i O.” ( ...) „P. i (...) nie udało się porozumieć z amerykańskim producentem” ( ...), na k- 85 ( publikacja w (...)1 .X.2008) czytamy (...) będzie dostępny w ramach abonamentu w sieciach (...) i O.” W dalszych publikacjach z lipca/ sierpnia 2008 r. znajdowały się informacje o tym, że telefon można nabyć jedynie w sieci (...) i O. . Wniosek ten, zatem nie jest dowolny i bezpodstawny.

Przedstawione publikacje z lipca/sierpnia 2009 r. w tym wydruki dotyczące informacji na stronach internetowych wskazują, że trwają rozmowy w sprawie dostępności w sieci (...) (k- 62, 63, 64) sieci Plusa. Charakter tych wypowiedzi daje podstawę do wniosku, że możliwa będzie w niedługim czasie dystrybucja, także w innych sieciach. Zatem wniosek Sądu Okręgowego o dwuznacznych wypowiedziach należy traktować, jako wniosek o pewnym szumie medialnym, na podstawie, którego mogło dojść do dezorientacji przeciętnego konsumenta, który w takiej sytuacji mógł jednoznacznie zinterpretować hasło reklamowe..

Przedstawiona zaś w apelacji argumentacja stanowi interpretację tekstów dotyczących informacji, które miały miejsce w roku 2008 r. Informacje prasowe w roku 2009 były w swych treściach odmienne i już nie takie jednoznaczne. Nie można też abstrahować, co trafnie podniósł Sąd Okręgowy, że publikacje z 2009 r. dotyczyły innych modeli (...) i A..

Sąd Apelacyjny nie podziela, w niniejszej sprawie, argumentu skarżącego, że dla oceny zachowania przeciętnego konsumenta konieczne jest uwzględnienie, że cena telefonu (...) była wyższa od cen innych modeli i stąd im wyższa cena tym większy poziom ostrożności i uwagi konsumenta. Skarżący, bowiem zdaje się nie dostrzegać, że przedmiotem oceny praktyki rynkowej jest zachowanie sprzed zawarcia kontraktu, nie zaś w czasie. Wymaganie większej uwagi i ostrożności konsumenta w przypadku wyższej ceny musi dotyczyć momentu zawierania umowy.

Nie jest też zasadny zarzut dotyczący czytelności wskazówki w reklamie telewizyjnej. Zarówno Sąd Okręgowy, jak i Prezes UOKiK wskazywali, że wskazówka objaśniająca ze względu na czas ekspozycji, długość komunikatu była nieczytelna. Skarżący argumentuje, że wskazówka objaśniająca był prezentowana czarną czcionką na jasnym tle przez 8 sekund i czas ten zbliżony był do czasu innej wskazówki dotyczącej reklam leków. Jednocześnie jego ocenie wystarczającym dla wykluczenia ryzyka była zapoznanie się z pierwszym wersem.

W tym miejscu wymaga podkreślenia, że słowo „czytelny” w języku polskim ma wiele znaczeń. Czytelny to taki, które nadaje się do odczytania ( sposób publikacji, pisma), czytelny to także wyraźny, zrozumiały.

Z pewnością wskazówka objaśniająca w reklamie telewizyjnej była widoczna, a zatem wyraźna, jednakże określenie czytelny w znaczeniu, w jakim używał go Prezes UOKiK oraz Sąd Okręgowy ( na tle niniejszej sprawy uwzględniając treść uzasadnień i przyjęte w ich konsekwencji rozstrzygnięcia) to nie tylko wyraźne, widoczne zjawisko ( reklama), ale poza wyraźną, widoczną także zrozumiała i dająca się łatwo i szybko przyswoić przez konsumenta. W tym, zatem znaczeniu wskazówka objaśniająca w reklamie telewizyjnej mogła być nieczytelna, z przyczyn, na które wskazał Sąd Okręgowy w swym uzasadnieniu. Przy ocenie, bowiem zrozumiałości tekstu drukowanego w reklamie telewizyjnej uwzględniać należy, że na widza działa w pierwszej kolejności obraz ( film) i dźwięk ( głos lektora) dopiero po tym zwraca uwagę na napis mający uwzględnić pewne okoliczności. Słusznie wskazał Sąd Okręgowy, że czas ekspozycji napisu był pochodną jego długości, co nie zawsze można tłumaczyć, jako odpowiedni dla odbierającego. Sąd Apelacyjny podziela wniosek Sądu Okręgowego o nieczytelności wskazówki objaśniającej w reklamie telewizyjnej. Na marginesie tylko wskazać należy, że treść wskazówki objaśniającej stanowiła jedynie dopełnienie słów lektora.

Za chybiony uznał Sąd Apelacyjny zarzut naruszenia art. 230 kpc.

Zgodnie z w/w przepisem sąd może uznać za przyznane przez stronę niezaprzeczone twierdzenia strony drugiej tylko w wypadku, gdy takie domniemane przyznanie jest uzasadnione wszechstronnym rozważeniem wszystkich okoliczności sprawy. Zebrany w sprawie materiał dowodowy, stanowisko prezesa UOKiK w czasie trwania całego procesu wyklucza przyjęcie takiego domniemania. Z treści odpowiedzi na odwołanie Prezes zajął stanowisko w sprawie odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania. Zarzut, że pozwany Prezes UOKiK nie odniósł się do kwestii przeciętnego konsumenta w zakresie jego wiedzy o dostępności telefonu, iPhone'a nie może być podzielony, bowiem na tle odpowiedzi na pozew stwierdzić należy, że pozwany Prezes przedstawił, jak należy rozumieć model przeciętnego konsumenta i jak rozumiał to pojęcie w decyzji. Możliwość przyjęcia za przyznane fakty pozostawiona została sądowi, który powinien rozważyć, czy może uznać fakty, co, do których przeciwnik procesowy nie wypowiedział się za przyznane. Jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 czerwca, 2004 r. II CK 293/03, w sytuacji, gdy strona

nie wypowie się, co do faktów przytoczonych przez stronę przeciwną, sąd nie może tylko z tej przyczyny uznać tych faktów za przyznane, ponieważ zastosowanie przepisu art. 230 k.p.c. Jest możliwe tylko wówczas, gdy sąd weźmie pod uwagę wynik całej rozprawy. Oznacza to, że Sąd musi powziąć - na podstawie wyniku całej rozprawy, czyli wszystkich okoliczności sprawy, całego materiału procesowego - przekonanie, że strona nie zamierzała i nie zamierza zaprzeczyć istnieniu faktów przytoczonych przez stronę przeciwną. W razie wątpliwości nie można stosować przepisu art. 230 k.p.c.” Uwzględniając, zatem powyższe, Sąd Apelacyjny uznał powyższy zarzut za nietrafny.

Odnosnie naruszenia art. 328 § 1 kpc stwierdzić należy, że zarzut ten jest zasadny tylko wówczas, gdy uzasadnienie sporządzone przez Sąd nie poddaje się kontroli instancyjnej. Tego rodzaju uchybienia uzasadnienia nie mają miejsca, a zatem zrzut ten nie jest uzasadniony.

Uwzględniając powyższe, Sąd Apelacyjny w całości podziela ustalenia Sądu Okręgowego, jak też rozważania prawne.

Spośród zarzutów naruszenia prawa materialnego Sąd Apelacyjny jedynie częściowo podzielił zarzut naruszenia art. art. 26 ust. uokik w zw. z art. 27 ust. 4 uokik przez nałożenie na powoda obowiązku publikacji decyzji na stronie internetowej i w prasie, w sytuacji, gdy nie stwierdzono konieczności usunięcia trwających skutków naruszenia, w konsekwencji nałożenie na powoda obowiązku publikacji decyzji, tj. w zakresie, w jakim dotyczy ona czasu publikowania sentencji decyzji, bowiem w pozostałej części zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Jak wynika z literatury przedmiotu, art. 26 ust 2. uokik zawiera tzw. postanowienia dodatkowe, których zadanie polega na zapewnieniu skuteczności decyzji o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i nakazującej jej zaniechanie. Zamieszczenie w wydanej decyzji postanowień dodatkowych zmierza do wypełnienia istotnej funkcji tzn., ma przyczynić się do eliminacji skutków naruszeń powstałych w konsekwencji stosowania przez przedsiębiorcę bezprawnych praktyk.

Ustawodawca w art. 26 ust. 2 przyjął, że środkiem umożliwiającym eliminację skutków bezprawnej praktyki jest zobowiązanie przedsiębiorcy do złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia o treści i w formie określonej w decyzji wydanej przez Prezesa UOKiK. W literaturze podkreśla się, że obowiązek ten należy uznać za szczególnie rodzaj sankcji. Przedsiębiorca obciążony wykonaniem określonego obowiązku nałożonego na niego w drodze decyzji wskutek jego spełnienia przyczynia się do zwiększenia świadomości klientów-konsumentów. Jednak nagłośnienie spraw, w których doszło do naruszenia praw konsumentów, spełnia nie tylko funkcje represyjne. W wyniku, bowiem zamieszczenia takiego oświadczenia przez samego naruszydela-przedsiębiorcę dochodzi również do osiągnięcia celu prewencyjnego. Wynika on z tego, że nakaz zaprzestania stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, wskazany w decyzji wydanej na podstawie art. 26 u.o.k.k., odnosi skutek nie tylko w stosunku do wymienionego w nim sprawcy bezprawnego działania. Również inni przedsiębiorcy przez zapoznanie się z treścią zakazanej praktyki zostają w pewnym sensie ostrzeżeni przed ich stosowaniem, co może odnieść skutek prewencyjny i zapobiec stosowaniu przez nich w przyszłości takich praktyk. ( por. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz K. Kohutek i M., Sieradzka ). Argumentacja, zatem Sądu Okręgowego wbrew pogładowi apelacji uznać należy za trafną. Sąd Apelacyjny rozważając powyższy zarzut wskazuje, że całkowicie podziela pogląd wyrażony w wyroku z dnia 5 lutego 2013 r. sygn. akt VI A Ca 1021/13, że celem umieszczenia w decyzji stwierdzającej naruszenia zbiorowych interesów konsumentów i stwierdzających jej zaniechanie postanowień dodatkowych jest dążenie do wyeliminowania jej, bowiem bezprawna praktyka została już zaniechana. Jednocześnie brak jest podstaw do uznania, by czas publikacji trwał 6 miesięcy, zdaniem Sądu Apelacyjnego czas ten nie jest uzasadniony. Przede wszystkim, zdaniem Sądu Apelacyjnego sposób wykonania nałożonego przez Prezesa dodatkowego obowiązku powinien być adekwatny do naruszenia tak w zakresie treści, jak i w zakresie czasu trwania publikacji. Podkreślenia wymaga, że ani Prezes ani SOKiK nie uzasadnili, z jakich przyczyn publikacja na stronie internetowej powoda powinna trwać 6 miesięcy. Skoro treść publikacji i jej czas ma być adekwatny do naruszenia zbiorowych interesów konsumentów, a czas trwania kampanii reklamowej nie przekroczył 2 miesięcy, to zdaniem Sądu Apelacyjnego publikacja decyzji na stronie internetowej powinna być przez 2 miesiące. Stąd Sąd zmienił w tym zakresie wyrok Sądu Okręgowego. W pozostałej części zarzut apelacji nie jest uzasadniony, z przyczyn, o których powyżej.

Nie zasługują na podzielenie zarzuty apelacji wskazujące na naruszenie prawa materialnego.

Nie można, w opinii Sądu Apelacyjnego, zgodzić się, że dokonując subsumcji Sąd Okręgowy naruszył art. 5 ust 1 upnpr w zw. z art. 2pkt. 8 upnpr.

Zgodnie z art. 2 pkt. 8 upnpr ustawodawca uznał za przeciętnego konsumenta takiego konsumenta, który jest dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny, a oceny tej 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. Zgodnie zaś z art. 5 ust. 1 za nieuczciwą 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.

Wbrew pogładowi apelacji Sąd Okręgowy nie uznał, że przeciętny konsument mógł uznać kampanię reklamową za informację o wprowadzeniu telefonu (...) do oferty P.. Sąd Okręgowy przyjął, że hasło reklamowe „ (...)”

wprowadzało w błąd przeciętnego konsumenta, który wprawdzie w roku 2008 r. posiadał wiedzę o wyłączności na sprzedaż telefonów (...) przez operatorów sieci O. i (...), to już w 2009 r. w świetle publikacji prasowych o negocjacjach, możliwości sprzedaży telefonów (...) przez wszystkich operatorów ( vide wydruki prasowe k- 62 i następne) miał podstawę do wniosku, że taki telefon sprzedaje, w ramach umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych. W tym miejscu wskazać należy, że ostrożny i uważny konsument nie ma obowiązku poszukiwania informacji czy konkretny towar jest oferowany przez podmiot reklamujący, gdy ten w swym przekazie podaje, że dysponuje wszystkimi modelami telefonów. Przeciętny konsument posiada zasób wiedzy o rzeczywistości gospodarczej. Źródłem tej wiedzy są przede wszystkim publikacje prasowe. Jako uważny i ostrożny konsument musi zachować pewien stopień krytycyzmu w stosunku do przekazu reklamowego, ale przekaz ten nie może go wprowadzać w błąd. Wprowadzenie w błąd może nastąpić w związku z tak sformułowanym hasłem reklamowym, które wywoła u niego niezgodne z rzeczywistością wyobrażenie. Oczywiście rację ma skarżący, że przeciętnym konsumentem, do którego kierowana jest reklama, to konsument usług telekomunikacyjnych, ale okoliczność ta nie zmienia oceny z punktu widzenia konstrukcji przeciętnego konsumenta. Przy konstrukcji wzorca przeciętnego konsumenta usług telekomunikacyjnych nie może ująć z pola widzenia okoliczność, że usługa ta jest dość powszechną usługą. Oczywiście nie jest to łatwowierny klient, którego mogą zaskoczyć populistyczne hasła, ale nie jest to także konsument, którego obowiązkiem jest poszukiwanie czy takie hasła wprowadzają w błąd czy nie.

Nie jest także trafny argument, że wysoka cena telefonu (...) powinna wpłynąć na ostrożność i uwagę konsumenta. Argument ten pozostaje, bowiem bez związku ze wzorcem przeciętnego konsumenta w niniejszej sprawie. Trudno zrozumieć z jakich przyczyn przeciętny konsument ze względu a cenę telefonu, powinien był wyeliminować przekaz o ewentualnej ofercie powoda co do iPhone'a, tym bardziej, że hasło reklamowe nie dotyczyło ceny, nie miało żadnego w niej oddźwięku.

Jednocześnie stwierdzić należy, że hasła reklamowego, którego specyfiką jest uwypuklenie najkorzystniejszych aspektów oferty i umowy, posługuje się skrótami myślowymi, ale skróty te nie mogą prowadzić do błędnego wyobrażenia o rzeczywistości, ani też nie mogą zawierać wskazówki objaśniającej w taki sposób, że staje się ona nieczytelna dla przeciętnego konsumenta. W tym miejscu wskazać należy, na zeznanie świadka A. B., która sama przyznała, że reklama zewnętrzna oglądana na przystanku była czytelna, natomiast nie w czasie jazdy samochodem, tramwajem, autobusem, czytelność wskazówki uzależniona była wg świadka od osoby i jej wzroku, natomiast reklama telewizyjna to krótki czas, w którym konsumenta widzi reklamę i dlatego reklama prowadzona była nie tylko w telewizji, ale także w warunkach opisanych wyżej.

W tym stanie rzeczy w/w zarzut nie zasługuje na podzielenie.

Nie jest też zasadny zarzut naruszenia art. 5 ust. 1 upnpr w zw. z art. 2 pkt. 7 w zakresie, w jakim Sąd wskazał, że przez decyzję dotyczącą umowy uznać należy także zainteresowanie się ofertą i rozpoczęcie dalszych poszukiwań

Wbrew zarzutowi apelacji kwestionowane stanowisko Sąd Okręgowy i Prezesa, UOKiK co do tego ustalenia jest prawidłowe.

M. S. w Ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym wskazuje, że „decyzją dotyczącą umowy jest to każda podejmowana przez konsumenta decyzja gospodarcza, czyli decyzja dotycząca określonej transakcji, której przedmiotem jest produkt .. (...) pewnościami elementami tej decyzji są kwestie, czy konsument: „ 1) dokona zakupu, (w jaki sposób to nastąpi, na jakich warunkach), 2) zapłaci za produkt (w całości lub w części), 3) zatrzyma produkt lub rozporządzi nim, lub dokona jakiegokolwiek przysługującego mu uprawnienia umownego związanego z produktem.

Wskazane czynności należy uznać za swoistego rodzaju warunki, które stanowią przedmiot dokonywanego przez konsumenta wyboru. Można je tym samym uznać za triadę warunków, które są rozważane przez konsumenta przed podjęciem decyzji. Nasuwa się, zatem w tym miejscu pytanie o źródło ich otrzymania. Zanim staną się, bowiem przedmiotem wyboru konsumenta, muszą zostać konsumentowi "przedstawione". Podlegają one ocenie przez przeciętnego konsumenta i tym samym wpływają lub mogą wpłynąć na podjęcie przez niego decyzji dotyczącej transakcji. Ustawodawca, bowiem zapewnił ochronę interesom ekonomicznym konsumentów niezależnie od tego, czy podejmą oni decyzje dotyczące umowy. Wynika to jednoznacznie z ostatniej części definicji decyzji dotyczącej umowy, która stanowi, że jest ona niezależna od tego "czy konsument postanowi dokonać czynności, czy też powstrzymać się od jej dokonania". Analiza powyższego wskazuje, że decyzją dotyczącą umowy, jest każda podejmowana przez konsumenta decyzja, co do tego czy i na jakich warunkach dokona zakupu, a zatem nie tylko decyzja o zakupie lub niedokonaniu zakupu, ale także decyzja, co do zainteresowania się ofertą, w ten sposób ocenie z punktu widzenia nieuczciwych praktyk rynkowych podlega reklama. ( por. wyrok Sądu Najwyższego z 4 marca 2014 r. III SK 34/13).

Nie można także zgodzić się z apelacją, że ustalenie Sądu Okręgowy o istotności wprowadzenia w błąd przekazem reklamowym przez powoda jest niewłaściwe i naruszające wskazane przepisy prawa, Sąd Apelacyjny je podziela.

Dokonując oceny z punktu widzenia wprowadzenia w błąd należy czynić to w odniesieniu do konkretnego wzorca przeciętnego konsumenta i wymaga ustalenia, że na skutek przekazu powstało u niego wyobrażenia (obiektywnie sprawdzalne, a nie wyłącznie subiektywnie odczuwalne) dotyczące praktyki rynkowej stosowanej przez przedsiębiorcę, które nie odpowiadają rzeczywistości. Wyżej wskazano, z jakich przyczyn taki mylny obraz rzeczywistości na skutek reklamy „ (...)” mógł powstać u przeciętnego konsumenta.

W literaturze wskazuje się, że „konstrukcja praktyki rynkowej wprowadzającej w błąd przez działanie oparta została na elementach, będących swoistego rodzaju wyznacznikami, których jednoczesne wystąpienie pozwala na uznanie jej za praktykę rynkową wprowadzającą w błąd. Należą do nich: 1) spowodowanie (lub tylko potencjalna możliwość) podjęcia przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy (niezależnie od sposobu dokonania praktyki), 2) wprowadzenie w błąd.” Analiza materiału dowodowego w sprawie przemawia, zważywszy na ustalenia powyższe, że spełnione zostały powyższe przesłanki. Wniosek, zatem i argumentacja Sądu Okręgowy jest trafna.

Nie sposób zgodzić się z argumentacją wskazującą na naruszenia art. 5 ust. 2 upnpr w zw. z art. 2 ust. 8 upnpr oraz art. 5 ust. 4 upnpr.

Sąd Apelacyjny powyżej wskazał, że reklama pod hasłem (...) wprowadzała przeciętnego konsumenta w błąd. Argumentacja, że potencjalny konsument nie zawiera umowy dotyczącej wszystkich modeli, nie ma znaczenia dla oceny tej reklamy ( w telewizji i zewnętrznej), jako nieuczciwej praktyki rynkowej. Nie wpływa też na odmienną ocenę tej praktyki łatwość pozyskania informacji o dostępności konkretnych modeli w salonach, na stronach internetowych. Okoliczność, że dzięki temu możliwość podjęcia przez konsumenta świadomej decyzji nie mogła być, co do wyboru oferty zakłócona. Prawidłowo, bowiem wskazał Sąd Okręgowy, że istotnym momentem, jest pierwsze zetknięcie się z reklamą i wnioski, jakie na jej podstawie może wysnuć konsument.

Przechodząc do zarzutu naruszenia art., 106 uokik, Sąd Apelacyjny uznał go na chybiony.

Sąd Okręgowy uznał, że nałożona na powoda kara pieniężna jest adekwatna do okresu naruszenia ustawy, stopnia naruszenia przepisów ustawy przy uwzględnieniu okoliczności naruszenia.

Sąd Okręgowy wskazał, że naruszenie przepisów ustawy na etapie przedkontraktowym, którego istotą jest zachowanie ukierunkowane na pozyskanie konsumentów lub złożenie oferty jest poważnym naruszeniem. Z poglądem tym należy się zgodzić, bowiem nie może ująć z pola widzenia, że z ochroną konsumentów powiązana jest ochrona przedsiębiorców przed nieuczciwą konkurencją. W sytuacji reklamy wprowadzającej w błąd przedsiębiorca nie tylko stosuje nieuczciwe praktyki godzące w interesy konsumentów, ale także może naruszać interes innych przedsiębiorców przejmując bezprawnie, na skutek reklamy wprowadzającej w błąd, klientów swego konkurenta w ten, zatem sposób narusza nie tylko interes konsumentów, ale ogółu przedsiębiorców.

Jednocześnie oceniając zasadność wymierzonej kary pieniężnej Sąd rozważył czy okoliczności towarzyszące naruszeniu modyfikujące jej wymiar zostały trafnie przyjęte. Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do zmiany wymiaru kary, podzielając stanowisko Sądu Okręgowego i Prezesa UOKiK.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 §1 kpc zmienił zaskarżony wyrok, oddalając apelację w pozostałym zakresie, wobec tego, że nie jest zasadna, na podstawie art. 385 kpc.

O kosztach Sąd orzekł na podstawie art. 98 kpc.