

Sygn. akt XVII AmA 124/11

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 sierpnia 2013r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XVII Wydział - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w składzie następującym:

Przewodnicząca: SSR (del.) Monika Gajdzińska-Sudomir

Protokolant: Andrzej Tracz

po rozpoznaniu w dniu 14 sierpnia 2013r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z powództwa: (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K.

przeciwko: Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o nałożenie kary pieniężnej

na skutek odwołania od Decyzji Prezesa UOKiK z dnia 13 lipca 2011r. nr (...)

1. oddała odwołanie;

2. zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 360 zł (trzysta sześćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

SSR (del.) Monika Gajdzińska-Sudomir

Sygn. akt XVII AmA 124/11

## UZASADNIENIE

Dnia 2 września 2013r.

Decyzją z dnia 13 lipca 2011 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na podstawie art. 27 ust. 2 w zw. z art. 27 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. nr 50, póź. 331 ze zm.) uznał za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, określoną w art. 24 ust. 1 i 2 pkt. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, działania (...) sp. z o.o. z siedzibą w K. polegające na wskazywaniu, że osoba rekomendująca suplement diety N. C. w reklamie telewizyjnej posiada tytuł naukowy profesora i równocześnie jest ekspertem do spraw kondycji serca oraz wskazywaniu, że osoba rekomendująca suplement diety (...) w reklamie radiowej posiada tytuł naukowy profesora i równocześnie jest dietetykiem, podczas gdy w rzeczywistości osoby występujące w reklamach nie posiadają ww. tytułów i wykształcenia, co stanowi reklamę wprowadzającą w błąd w rozumieniu art. 16 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz.U. z 2003r. Nr 153, póź. 1503 ze zm.). Prezes UOiK stwierdził zaniechanie stosowania, w odniesieniu do telewizyjnego spotu reklamowego suplementu diety N. C. z dniem 24 lutego 2011 r., zaś w odniesieniu do spotu reklamowego suplementu diety (...) z dniem 20 października 2010r. Ponadto na podstawie art. 106 ust. 1 pkt. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes UOKiK nałożył na (...) sp. z o.o. w K., karę pieniężną w wysokości 80 662 zł, płatną do budżetu państwa! W uzasadnieniu decyzji wskazano, iż w toku postępowania administracyjnego ustalono, iż w telewizyjnym spocie reklamowym suplementu diety N. C. występuje fikcyjna osoba określona w ramce - umieszczonej u dołu ekranu -jako „Prof. J. S.. Ekspert do spraw kondycji serca”. Ekspert ten w studiu telewizyjnym fikcyjnej stacji (...) w programie „Wydarzenia dnia”, w wywiadzie przeprowadzonym z fikcyjną panią redaktor , rekomenduje suplement diety N. C.. Identycznej treści reklama emitowana była w rozgłośniach radiowych.

Przedsiębiorca stosuje również podobną wersję radiowej reklamy suplementu diety (...), w treści której posługuje się tytułem naukowym profesora i tytułem zawodowym dietetyka. Osoby udzielające wywiadu we wszystkich spotach reklamowych są aktorami. Prezes UOKiK powołał się na przepis art. 24 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, który stanowi, iż przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działanie przedsiębiorcy. Dla uznania działania przedsiębiorcy za niezgodne z zawartym w

ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów zakazem stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów należy wskazać, iż spełnione zostały kumulatywnie trzy następujące przesłanki:

- a) Kwestionowane działanie jest działaniem przedsiębiorcy
- b) Działanie to jest bezprawne
- c) Działanie to godzi w zbiorowy interes konsumenta.

W uzasadnieniu decyzji Prezes UOKiK wykazał, iż (...) sp. z o.o. jest przedsiębiorcą w rozumieniu przepisu art. 4 pkt. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jako spółka prawa handlowego prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą polegającą m.in. na produkcji i hurtowej sprzedaży leków i pozostałych wyrobów farmaceutycznych. Rozpatrując bezprawność działania przedsiębiorcy, Prezes UOKiK wskazał, iż pod tym pojęciem należy rozumieć sprzeczność z porządkiem prawnym, na który z kolei składają się nakazy i zakazy wynikające norm prawnych, ale również z norm moralnych i obyczajowych, określane jako zasady współżycia społecznego. Z kolei, jako zachowania przedsiębiorcy naruszające zbiorowe interesy konsumentów ustawodawca wskazał w szczególności czyny nieuczciwej konkurencji, wśród których wymieniona jest nieuczciwa lub zakazana reklama (art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). Prezes UOKiK wskazał, iż jeżeli zachodzi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który jednocześnie godzi w zbiorowe interesy konsumentów, takie działanie w świetle prawa może zostać uznane za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów.

Prezes UOKiK wskazał, iż zgodnie z art. 16 ust. 1 pkt. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy jest reklama wprowadzająca w błąd i mogąca przez to wpłynąć na decyzję konsumenta co do nabycia towaru lub usługi. W omawianym przypadku, w ocenie Prezesa UOKiK, wprowadzenie w błąd polegało na przedstawieniu w zakwestionowanych reklamach, że suplement diety N. C. i (...) są rekomendowane przez konkretne autorytety naukowe i medyczne. Tymczasem, osoby podające się w reklamie telewizyjnej za profesora i eksperta ds. kondycji serca oraz osoba podająca się w reklamie radiowej za profesora i dietetyka, nie mają takiego wykształcenia, a z zawodu są aktorami. Na ocenę reklamy jako wprowadzającej w błąd w ocenie Prezesa UOKiK, nie wpływa fakt, iż Spółka dysponuje opinią prof. dr hab. n. farmacji D. M., głównie z tej przyczyny, iż zakwestionowano przede wszystkim formę prezentacji treści reklamy, w której posłużono się czymś tytułem naukowym i stworzono fikcyjną postać wskazaną z imienia i nazwiska, co stanowi nadużycie

zaufania konsumentów, a w konsekwencji jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Osoba rekomendująca w rzeczywistości suplement diety zaliczany do grupy (...) nie posiada wskazanych w zakwestionowanych spotach reklamowych tytułów zawodowych tj. eksperta ds. serca czy dietetyka. W uzasadnieniu decyzji wskazano, iż biorąc pod uwagę powyższe nie sposób uznać, że aktor wcielający się w telewizyjnej reklamie w rolę profesora i eksperta ds. kondycji serca oraz lektor w radiowej reklamie odgrywający rolę profesora i dietetyka, stanowią alter ego osoby, która w rzeczywistości rekomenduje przedmiotowe preparaty. Zdaniem Prezesa UOKiK posłużenie się wizerunkiem specjalisty - praktyka w dziedzinie medycyny, a dodatkowo posiadającego tytuł naukowy profesora, wywołuje u konsumenta wyobrażenie, że kwestionowany suplement leku jest rekomendowany przez uznany autorytet w dziedzinie kardiologii czy dietetyki jako najlepiej działający z obecnych na rynku suplementów diety specyfików stanowiących ich substytut. Stąd Prezes UOKiK uznał, iż posłużenie się wizerunkiem fikcyjnego specjalisty ds. kondycji serca czy dietetyka nie stanowi dozwolonej reklamy przesadnej, lecz wprowadza w błąd. Prezes UOKiK uznał również, iż w niniejszej sprawie mamy do czynienia z godzeniem w interesy potencjalnie nieograniczonej liczby

konsumentów. Na praktykę Spółki mógł być bowiem narażony każdy konsument, potencjalny nabywca suplementów diety (...), który pod wpływem wyemitowanej reklamy gotów był nabyć produkt.

Uzasadniając wysokość nałożonej kary pieniężnej, Prezes UOKiK wskazał, iż zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu może w drodze decyzji nałożyć na przedsiębiorcę, który dopuścił się stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, w rozumieniu art. 24 ustawy, karę pieniężną w wysokości nie większej, niż 10 % przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Przychód osiągnięty przez (...) sp. z o.o. w 2010r. wyniósł (...) zł, zatem maksymalna nałożona kara mogłaby wynieść (...) zł. Wymierzona kara stanowi (...) przychodu i dodatkowo została zmniejszona o 10% z uwagi na okoliczność łagodzącą tj. zaprzestanie zakwestionowanej praktyki. Jako okoliczność obciążającą Prezes przyjął ogólnopolski zasięg stwierdzonego naruszenia oraz jego skalę, gdyż spoty emitowane były na terenie całego kraju, z wykorzystaniem kilkudziesięciu stacji radiowych i telewizyjnych.

Odwołanie od powyższej decyzji wniósł (...) sp. z o.o. , zaskarżając ją w całości i zarzucając naruszenie art. 27 ust. 2 w zw. z art. 27 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 i 3 pkt. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 16 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez ich niewłaściwe

zastosowanie , w sytuacji gdy nie było podstaw do oceny, że błąd polegający na wskazaniu, że osoba występująca w reklamie ma tytuł naukowy profesora i jest ekspertem do spraw kondycji serca oraz wskazaniu, że osoba występująca w reklamie ma tytuł naukowy profesora i jest dietetykiem mógł mieć wpływ na decyzję konsumenta co do zakupu reklamowanego produktu; art. 16 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na nieuwzględnieniu wszystkich elementów reklamy, a jedynie niektórych jej elementów; art. 106 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w sytuacji, gdy okoliczności sprawy wyłączają możliwość przypisania przedsiębiorcy choćby nieumyślnej winy; art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez nałożenie na skarżącą wygórowanej kary pieniężnej , w szczególności rodzaju i ceny reklamowanego produktu, krótkiego czasu rozpowszechniania kwestionowanych reklam, natychmiastowego dostosowania reklam do zarzutów UOKiK oraz braku uprzedniego naruszenia przepisów ustawy. Powód wniósł o zmianę zaskarżonej decyzji poprzez uznanie, że praktyka polegająca na wskazywaniu, że osoba rekomendująca suplement diety N. C. w reklamie telewizyjnej posiada tytuł naukowy profesora i równocześnie jest ekspertem do spraw kondycji serca, a także polegająca na wskazywaniu, że osoba rekomendująca suplement diety (...) w reklamie radiowej posiada tytuł naukowy profesora i równocześnie jest dietetykiem, podczas gdy osoby występujące w reklamach nie posiadają ww. tytułów, lecz odgrywają jedynie rolę osób, które tytuły takie posiadają i faktycznie udzieliły produktom rekomendacji nie stanowi praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów; ewentualnie Powód wniósł o zmianę zaskarżonej decyzji poprzez obniżenie orzeczonej kary pieniężnej. Powód wniósł również o zasądzenie od UOKiK na swoją rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego według norm przepisanych. W uzasadnieniu odwołania Powód przyznał, iż osoby występujące w spornych reklamach są aktorami, jednak podniósł, iż posługiwanie się w reklamach postaciami fikcyjnymi jest jedną z cech reklamy i nie może być uznane za wprowadzające w błąd. Wskazał, iż także w innych kampaniach reklamowych pojawiają się fikcyjne postacie, którym nadano fikcyjne imiona i nazwiska, a powszechność i długotrwałość tej praktyki także na rynku polskim powodują, że konsument jest jej w pełni świadomy i ma do niej krytyczny stosunek. Wie i rozumie, że postacie w reklamie odtwarzają zaplanowane w scenariuszu sytuacje, które imitują jedynie rzeczywiste sytuacje życiowe. Powód zwrócił uwagę, iż reklama zarówno radiowa, jak i telewizyjna jest kierowana przede wszystkim do osób pracujących w dużych miastach, narażonych na stres głównie w środowisku pracy, czyli do osób o wyższym, niż przeciętny poziomie rozeznania w stosowanych zabiegach

marketingowych. Ponadto w ocenie Skarżącego, przeciętni konsumenci dokonując zakupu produktów prozdrowotnych wykazują wzmoczoną czujność i sceptycyzm. Ponadto Powód podniósł, iż określenia dietetyk lub specjalista ds. kondycji serca nie są ani tytułami naukowymi ani zawodowymi. Pojęcie dietetyk nie ma normatywnego znaczenia i w języku potocznym oraz w praktyce życia gospodarczego używane jest dla określenia osoby, która zajmuje się zasadami żywienia i dietami. Natomiast pojęcia ekspert ds. kondycji serca nie można utożsamiać z kardiologiem. W ocenie Powoda zabieg zastosowany w spornych reklamach nie odbiega od przyjętej praktyki

rynkowej, która nie była dotychczas kwestionowana przez Prezesa UOKiK, który także w uzasadnieniu spornej decyzji wyraża pogląd, że dopuszczalne jest w reklamie pasty do zębów powołanie się na rekomendacje osoby ubranej w biały fartuch i odgrywającej rolę dentysty. Jeżeli zatem Prezes UOKiK uznaje za dopuszczalne posłużenie się w reklamie fikcyjną postacią lekarza dentysty, to analogicznie dopuszczalne jest stworzenie fikcyjnej postaci dietetyka czy eksperta ds. kondycji serca. Powód podniósł iż zawarta w reklamie informacja o rekomendacji spornych produktów przez dietetyka, eksperta ds. kondycji serca i osobę posiadającą tytuł naukowy profesora są prawdziwe, choć prezentowane przez fikcyjną postać. Produkty, których dotyczy reklama posiadają pisemną rekomendację profesor D. M., która jest osobą zajmującą się naukowo sprawami związanymi z żywieniem: kierowała m.in. zespołem badawczym realizowanym przez Uniwersytet Medyczny w Ł. „Wpływ spożywania owoców wytwarzanych metodami ekologicznymi na kondycję zdrowotną konsumenta”. Jest także postrzegana jako autorytet w dziedzinie żywności i żywienia, o czym świadczy powołanie jej w 2008r. w skład doradców ds. suplementów diety przy Głównym Inspektorze Sanitarnym. Powód dla uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości złożył opinię prof. D. M. potwierdzoną dodatkowo przez mgr inż. P. C. - technologa żywienia człowieka o specjalności fizjologia żywienia człowieka oraz prof. dr hab. n.med. kardiologa J. D.. Powód podniósł, że dla decyzji konsumenta sam fakt ma udzielenie rekomendacji, a nie wskazanie w reklamie, że osoba rekomendująca produkt ma określony tytuł naukowy, zawód lub wiedzę ekspercką z pewnej dziedziny. Z punktu widzenia decyzji konsumenta bez znaczenia jest, czy zachodzi tożsamość osoby udzielającej rekomendacji i osoby występującej w reklamie. Skoro zatem ewentualne wprowadzenie w błąd może dotyczyć jedynie osoby przedstawiającej przekaz, a nie treści przekazu, to nie zachodzi niebezpieczeństwo, że wpłynęło ono na decyzję konsumenta o zakupie. Tym samym nie jest w ocenie Skarżącego zrealizowana przesłanka z art. 16 ust. 1 punkt 2 Ustawy

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. wpływ na decyzję konsumenta co do nabycia towaru.

W odpowiedzi na odwołanie Prezes UOKiK wniósł o jego oddalenie i podtrzymał dotychczasowe stanowisko.

#### **Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:**

(...) sp. z o.o. w K. prowadzi działalność gospodarczą w zakresie m.in. produkcji leków i pozostałych wyrobów farmaceutycznych, produkcji podstawowych substancji farmaceutycznych oraz hurtowej sprzedaży wyrobów farmaceutycznych. W ramach prowadzonej działalności Spółka opracowała, bez udziału specjalistycznej agencji reklamowej, spoty reklamowe suplementów diety (...), (...) oraz (...). W reklamie telewizyjnej preparatu N. (...) trwającej 30 sekund, mężczyzna udziela wywiadu w studiu telewizyjnym fikcyjnej stacji (...) dziennikarce programu „Wydarzenia dnia”. Dziennikarka, zwracając się do siedzącego obok niej mężczyzny pyta: „Panie Profesorze, jak radzić sobie ze stresem i jednocześnie chronić serce?”. Mężczyzna, którego personalia - „prof. J. S., ekspert do spraw kondycji serca” widnieją w „pasku” informacyjnym poniżej jego sylwetki, u dołu ekranu, odpowiada „Stosować (...). (...) to duża dawka magnezu, która wspomaga odporność na stres, a także glóg i potas, które dodatkowo wzmacniają i chronią serce”, prezentując jednocześnie opakowanie suplementu diety (...). Na końcu spotu mężczyzna ten dodaje: „Polecam również (...) - nr 1, z podwójną dawką magnezu”. Reklama telewizyjna emitowana była od 9 sierpnia 2010r. w następujących stacjach telewizyjnych: (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), P., (...), (...), N. G., Z. Z., (...), (...), (...), (...), Żonę R., S., Żonę (...), (...), (...), (...), (...) T., (...). Z dniem 24 lutego 2011 r. Spółka zaprzestała emisji spotu telewizyjnego.

Podobnej treści spot reklamowy emitowany był w stacjach radiowych. W spotach dźwiękowych kobieta informuje, iż stres ma negatywny wpływ na kondycję naszego serca. Dalej pyta: „Panie Profesorze, jak sobie z tym radzić?”. Męski głos odpowiada: „Stosować (...). To magnez wzbogacony o glóg i potas, które wzmacniają i chronią serce”. Spoty radiowe emitowane były od maja 2010r., w kilkudziesięciu stacjach radiowych. Powód począwszy od 20 października 2010r. zmodyfikował treść spotu poprzez usunięcie słów

(...) oraz tytułu zawodowego „dietetyk”, zaś od 23 marca 2011 r. zaprzestał emisji spotu radiowego.

W spotach reklamowych wystąpili aktorzy: T. W. (w reklamach radiowych) i J. M. (w reklamie telewizyjnej).

Rekomendacji ww. suplementów diety udzieliła prof. dr hab. n.farm. D. M. - pracownik naukowy (...) w Ł.. Autorka rekomendacji odmówiła udzielenia zgody na podanie swoich danych osobowych do publicznej wiadomości i zastrzegła, iż rekomendacja może być ujawniona tylko anonimowo. Na etapie postępowania odwoławczego (...) sp. z o.o. przedstawiła przedmiotową opinię parafowaną przez Prof. dr hab. med. J. D. (6 lipca 2011 r.) oraz technologa żywienia człowieka mgr inż. P. C. (29 lipca 2011 r.)

***(powyższy stan faktyczny jest bezsporny)***

***Sąd Okręgowy zważył, co następuje:***

Zgodnie z treścią przepisu art. 479<sup>31a</sup> § 1 K.p.c., Sąd ochrony konkurencji i konsumentów oddala odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu, jeżeli nie ma podstaw do jego uwzględnienia.

W niniejszej sprawie Powód podnosił, iż zaskarżona decyzja narusza przepisy art. 27 ust. 2 w zw. z art. 27 ust. 1 i art. 24 ust. 1 i 3 pkt. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 16 ust. 1 pkt. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez nieuzasadnione przyjęcie, iż były podstawy do oceny, że błąd polegający na wskazaniu, że osoba występująca w reklamie ma tytuł naukowy profesora i jest dietetykiem mógł mieć wpływ na decyzję konsumenta co do zakupu reklamowanego produktu; art. 16 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez nieuwzględnienie wszystkich elementów reklamy, a jedynie jej niektórych elementów; art. 106 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w sytuacji, gdy okoliczności sprawy wyłączają możliwość przypisania przedsiębiorcy choćby nieumyślnej winy; art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez nałożenie na skarżącą wygórowanej kary pieniężnej.

Powyższe zarzuty okazały się bezzasadne i nie znajdujące oparcia w stanie faktycznym sprawy. Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu naruszenia przepisów art. 27 ust. 2 w zw. z art. 27 ust. 1 i art. 24 ust. 1 i 3 pkt. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w

zw. z art. 16 ust. 1 pkt. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wskazać trzeba co następuje. Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 i 2 pkt. 2 i 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. nr 50, póź. 331 ze zm.), zakazane jest stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, zaś przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działanie przedsiębiorcy, w szczególności naruszanie obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji lub nieuczciwe praktyki rynkowe lub czyny nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z treścią art. 16 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. Nr 153 póź. 1503 t.j.), czynem nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy jest w szczególności reklama wprowadzająca klienta w błąd i mogąca przez to wpłynąć na jego decyzję co do nabycia towaru lub usługi. Pozwany w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji wskazał, iż podstawą zarzutu w stosunku do Przedsiębiorcy było dopuszczenie się czynu nieuczciwej konkurencji tj. wprowadzającej w błąd reklamy suplementów diety N. C. i (...) poprzez wskazywanie, iż osoba rekomendująca ww. suplement diety posiada tytuł naukowy profesora i jednocześnie jest ekspertem do spraw kondycji serca (w przypadku reklamy telewizyjnej N. C.), a osoba rekomendująca suplement diety (...) w reklamie radiowej posiada tytuł naukowy profesora i jednocześnie jest dietetykiem. Pozwany podkreślił, iż decydujący wpływ na dokonaną przez niego ocenę przedmiotowych reklam za reklamy wprowadzające w błąd, a przez to za czyny nieuczciwej konkurencji, miała nie sama ich treść, lecz myląca forma, w szczególności sposób prezentacji suplementów diety polegający na rekomendacji ww. produktów przez osobę przedstawioną z imienia i nazwiska jako autorytet naukowy, a równocześnie specjalistę praktyka. Taką ocenę w uznać należy za w pełni uzasadnioną.

Niesłuszne jest stanowisko Powoda, iż istnieje możliwość porównania fikcyjnych postaci występujących w światowej oraz polskiej produkcji spotach reklamowych z prezentowaniem w spotach reklamowych Pozwanego profesorów medycyny zidentyfikowanych z imienia i nazwiska oraz ujawnieniem ich tytułów naukowych i zakresu specjalizacji. W pierwszym przypadku postaci owe są bowiem elementem konwencji, którą jest fikcyjność stworzonej w reklamie sytuacji, nawet jeżeli aktor odgrywa rolę specjalisty w zakresie medycyny ubranego w białe fartuch. W drugim

przypadku wręcz przeciwnie - zamiarem autorów reklamy jest stworzenie konwencji prawdziwości sytuacji oraz postaci występujących w reklamie, o czym decyduje identyfikacja osoby odgrywającej rolę specjalisty. W pełni uzasadniony będzie zatem odbiór tego rodzaju reklamy, nawet przez sceptycznego i rozważnego konsumenta, jako sytuacji prawdziwej, w której ekspert w określonej dziedzinie, legitymujący się tytułem

naukowym rekomenduje określony produkt. Fakt, iż w rzeczywistości tak nie jest decyduje o uznaniu, iż ma miejsce wprowadzenie konsumenta w błąd. Zawarte w odwołaniu twierdzenia, iż tego rodzaju reklama, jak emitowana przez Powoda w założeniu jest fikcją nie znajdują potwierdzenia w świetle zasad doświadczenia życiowego i przyjętych zwyczajów w działalności reklamowej.

Nie ma również racji Powód, iż wprowadzenie w błąd konsumenta, o którym mowa wyżej nie mogło wpłynąć na jego decyzję co do zakupu określonego produktu. W ocenie Sądu budowanie błędnego wyobrażenia u konsumenta jest procesem złożonym, a na decyzję konsumenta wpływa spłot różnych okoliczności, wzajemnie na siebie oddziałujących, nie zaś jedna określona okoliczność. W przedmiotowej sprawie, gdyby było tak jak twierdzi Powód, że dla decyzji konsumenta o zakupie znaczenie ma sam fakt posiadania rekomendacji przez prezentowany w reklamie produkt, wystarczającym byłoby podanie tej informacji poprzez jej odczytanie przez lektora czy też umieszczenie tej treści napisu na ekranie. Z jakichś jednak powodów Powód nie zdecydował się na nadanie swojej reklamie takiej formy. Nie ulega bowiem wątpliwości Sądu, iż taka informacja, choć w całości prawdziwa, nie mogłaby wywołać pożądanego wrażenia u konsumenta. Łatwo można byłoby ją pominąć w natłoku informacji, a nawet gdyby dotarła do wiadomości konsumenta, sposób jej prezentacji nie wpłynąłby na decyzję o zakupie w takim stopniu jak zaprezentowanie tej samej treści w formie takiej, jak w zakwestionowanych spotach reklamowych. Obserwowanie na ekranie rozmowy prezenterki z ubranym w biały fartuch mężczyzną, który zostaje konsumentowi przedstawiony z imienia i nazwiska jako profesor i praktyk w określonej dziedzinie i wysłuchanie jego opinii na temat reklamowanego produktu, wpływa na zwiększenie wrażeń konsumenta, wzmacnia te wrażenia, utrwała je i z pewnością wzmacnia pozytywny przekaz, który jest celem reklamy. Nie jest zatem słuszny zarzut, iż fikcyjne imię i nazwisko nie wpływa pozytywnie na decyzję konsumenta co do zakupu produktu, a tym samym nie jest zrealizowana przesłanka z art. 16 ust. 1 pkt. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Sądu Powód, jako praktyk działalności gospodarczej, wyspecjalizowane przedsiębiorstwo funkcjonujące od wielu lat na rynku, prowadzące produkcję na szeroką skalę, musiał posiadać świadomość powyższych okoliczności, a co najmniej powinien taką świadomość posiadać w razie dołożenia należytej staranności wymaganej od profesjonalisty zajmującego się tego rodzaju działalnością. Niesłuszny jest zatem również zarzut Powoda naruszenia przepisu art. 106 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zakresie braku podstaw do nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej z powodu braku winy. Jak wyżej wspomniano, spośród różnych możliwości zaprezentowania istniejącej rekomendacji

dla prezentowanego produktu tj. poprzez odczytanie tej informacji, umieszczenie napisu na ekranie, przekazanie przez odgrywającego rolę fikcyjnego bohatera reklamy aktora, Powód wybrał wersję prezentacji fikcyjnych postaci profesora medycyny i specjalisty, zidentyfikowanych jednakże z imienia i nazwiska. W ocenie Sądu wybór ten poprzedzała ocena, iż jest to opcja najbardziej celowa z punktu widzenia założeń Powoda, zaś dopuszczalna forma zaprezentowania produktu przez fikcyjną postać (bez zastosowania zabiegów mających tę postać urealnić) nie zapewni realizacji tychże założeń. Z uwzględnieniem okoliczności sprawy oraz stopnia profesjonalizmu Powoda, uzasadnione będzie zatem stwierdzenie, iż Powód posiadał wiedzę o możliwym wprowadzeniu w błąd konsumenta i działał celowo oraz z rozmysłem. Wiedział bowiem, iż prezentowane postacie rekomendujące suplementy diety są fikcyjne, a jedynie stwarzają pozory prawdziwości. Sąd w żaden sposób nie może podzielić zatem oceny Powoda, iż przedmiotowa reklama została skonstruowana w sposób wyraźnie i jednoznacznie podkreślający fikcyjność postaci (co rzekomo nie zostało uwzględnione przez Pozwanego). Opisane wyżej okoliczności przemawiają bowiem za oceną diametralnie inną.

Przedstawienie przez Pozwanego na etapie postępowania odwoławczego rekomendacji autorstwa prof. dr hab. n.farm. D. M. parafowanej w lipcu 2011 r. przez Prof. dr hab. med. J. D. (kardiologa) oraz technologa żywienia człowieka mgr inż. P. C. nie ma wpływu na rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie. Jak wyżej bowiem wskazano, decydujące dla uznania przez Pozwanego oraz Sąd, iż zakwestionowana praktyka jest reklamą wprowadzającą w błąd ma fakt, iż Powód skonstruował w spotach reklamowych fikcyjne postacie naukowców i praktyków, dążąc do wytworzenia u

odbiorcy wrażenia ich prawdziwości - zamiast ewentualnie poinformować konsumentów o istniejącej rekomendacji w inny dowolny sposób. Ponadto parafowanie przedmiotowej opinii przez profesora medycyny (kardiologa) oraz przez technologa żywności miało miejsce już po zaprzestaniu emisji spornych reklam, zaś udzielająca rekomendacji prof. dr hab. n.farm. D. M. nie jest ani profesorem medycyny, ani ekspertem ds. serca ani też dietetykiem. Wbrew argumentacji Powoda, w potocznym rozumieniu użyte zwroty: „ekspert ds. serca” oznacza kardiologa, zaś „dietetyk” - specjalistę ds. żywienia człowieka. Także i w tym zakresie zakwestionowane reklamy nie odpowiadały treści istniejącej rekomendacji, co jednakże ma znaczenie poboczne w niniejszej sprawie.

Także i zarzuty co do wysokości kary pieniężnej nie okazały się zasadne. Zgodnie z treścią przepisu art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 106-108, należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy. Powyższe kryteria decydujące o wysokości kary pieniężnej zostały uwzględnione w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji i wyczerpująco rozważone. W szczególności Sąd podziela ocenę Pozwanego, iż zarzucaną Przedsiębiorcy praktykę należy uznać za cechującą się znaczną intensywnością, o czym świadczy liczba stacji radiowych i telewizyjnych, w których spoty reklamowe były emitowane. W połączeniu z okresem emisji (sześć - siedem miesięcy) możliwe skutki w zakresie pozyskania potencjalnych klientów i skłonienia ich do zakupu produktu mogły być bardzo daleko idące. Słusznie uznał Pozwany, iż wymierzenie zakwestionowanej reklamy we wszystkich konsumentów mogących nabywać suplementy diety decyduje o jej powszechnym charakterze. Przyjęcie zatem kwoty bazowej na poziomie (...) przychodu Przedsiębiorcy jest w całości uzasadnione. Słusznie również uznał Pozwany, iż ogólnopolski zasięg stwierdzonego naruszenia oraz jego skala powinny zostać uznane za okoliczności obciążające. Nie jest również prawdziwy zarzut, iż Pozwany nie wziął pod uwagę natychmiastowego zaprzestania emisji kwestionowanych reklam. Fakt ten został bowiem uwzględniony przez Pozwanego i opisany w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji, jako okoliczność łagodząca. Wpłynął on na obniżenie wysokości kary o 10%. Okoliczności powoływane przez Powoda, które jego zdaniem powinny mieć wpływ na wysokość kary pieniężnej, w istocie mogą mieć znaczenie jedynie marginalne. Fakt, iż Powód jest producentem suplementu diety o niskiej cenie jednostkowej, który może mieć jedynie pozytywny wpływ na organizm konsumenta nie może zmienić bowiem oceny, iż produkcja i sprzedaż prowadzone przez Powoda stanowią działalność gospodarczą nastawioną na zysk i podlegającą ogólnym regułom rynku, w tym zasadom konkurencji. Sąd podziela zatem ocenę, iż nałożona kara pieniężna jest w pełni adekwatna do okresu oraz stopnia naruszenia przepisów ustawy.

Z tych przyczyn na podstawie art. 479<sup>31a</sup> § 1 Kodeksu postępowania cywilnego, Sąd w pkt. 1 wyroku oddalił odwołanie. W związku z wynikiem postępowania w pkt. 2 wyroku orzeczono o kosztach postępowania na podstawie art. 98 K.p.c. w zw. z § 18 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu.

SSR (del.) Monika Gajdzińska - Sudomir