

Sygn. akt VI ACa 1126/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 czerwca 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA Irena Piotrowska (spr.)

Sędziowie: SA Teresa Mróz

SO (del.) Grzegorz Tyliński

Protokolant: Izabela Nowak

po rozpoznaniu w dniu 18 czerwca 2015 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o stwierdzenie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów

na skutek apelacji powoda

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

z dnia 30 maja 2014 r.

sygn. akt XVII AmA 95/12

I. oddala apelację;

II. zasądza od (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 270 zł (dwieście siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI ACa 1126/14

UZASADNIENIE

Decyzją nr (...) z dnia 20 czerwca 2012 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej Prezes Urzędu) po przeprowadzeniu postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów :

I. na podstawie art. 27 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, uznał za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, określoną w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ww. ustawy, działania (...) S.A.w W. polegające na zamieszczaniu w reklamach prasowych dotyczących interaktywnej gry dedykowanej na telefony komórkowe (...) informacji sugerujących możliwość bezpłatnego korzystania z gry o treści: (...), podczas gdy bezpłatne jest tylko wysłanie SMS- a pod wskazany numer i zamówienie aplikacji gry oraz korzystanie z niej w określonym trybie, co stanowi nieuczciwą praktykę rynkową, o której mowa w art. 5 ust. 1 i 2 pkt 2 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U. nr 171, poz. 1206) i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 29 stycznia 2012r.;

II. na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, uznał za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, określoną w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ww. ustawy, działania (...) S.A. w W. polegające na zamieszczaniu w komunikatach SMS/MMS kierowanych do konsumentów informacji sugerujących możliwość bezpłatnego korzystania z interaktywnej gry dedykowanej na telefony komórkowe (...) o treści: „(...)”, podczas gdy bezpłatne jest tylko zamówienie aplikacji gry i korzystanie z niej w określonym trybie, co stanowi nieuczciwą praktykę rynkową, o której mowa w art. 5 ust. 1 i 2 pkt 2 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym i nakazał zaniechanie jej stosowania;

III. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w związku z naruszeniem zakazu, o którym mowa w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ww. ustawy, nałożono na (...) S.A. z o.o. w W.:

1. w zakresie opisanym w pkt I decyzji, karę pieniężną w wysokości 17.705 zł , płatną do budżetu państwa,

2. w zakresie opisanym w pkt II decyzji, karę pieniężną w wysokości 21.246 zł , płatną do budżetu państwa,

IV. na podstawie art. 105 § 1 Kpa w zw. z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, umarżono postępowanie w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, prowadzone w związku z podejrzeniem stosowania przez (...) S.A. w W. praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, określonej w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającej na pomijaniu w komunikatach SMS/MMS kierowanych do konsumentów informacji o nazwie (...) S.A. z siedzibą w W. jako przedsiębiorcy, na zlecenie którego komunikaty te są rozpowszechniane, co mogło stanowić nieuczciwą praktykę rynkową, o której mowa w art. 6 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 ww. ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. nr 144, poz. 1204 ze zm.).

Odwołanie od tej decyzji złożył powód (...) SA w W. i zarzucił :

1. naruszenie przepisów art. 33 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z §5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 107, poz. 887) poprzez prowadzenie przez Delegaturę Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w P. sprawy należącej do wyłącznej właściwości Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów-Centrała w W., 2.naruszenie art. 2 ust. 8 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, polegające na błędnym zastosowaniu w sprawie poprzez przyjęcie, że reklamy powoda adresowane do „przeciętnego konsumenta”, a nie dającej się wyodrębnić grupy konsumentów, co miało wpływ na błędne rozstrzygnięcie , 3.naruszenie art. 24 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez jego błędne zastosowanie, polegające na przyjęciu, że zbiorowe interesy konsumentów zostały naruszone poprzez wysłanie przez powoda komunikatu handlowego SMS o treści „GRATULACJE: dostajesz grę ZA DARMO! (...) czeka na Ciebie (...)”, do wyselekcjonowanej grupy klientów powoda, 4.naruszenie art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez przyjęcie, że działania powoda polegające na zamieszczaniu w komunikatach sms/mms kierowanych do konsumentów informacji o możliwości bezpłatnego korzystania z interaktywnej gry dedykowanej na telefony komórkowe „(...)” o treści „(...)” oraz polegające na zamieszczaniu w reklamach prasowych dotyczących interaktywnej gry dedykowanej na telefony komórkowe „(...)” informacji o treści „(...)” w sytuacji, gdy uzyskanie dostępu do tej gry w ww sposób pozwala na korzystanie z niej w opcji nieobejmującej jej wszystkich wariantów stanowi praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów jako działanie będące nieuczciwą praktyką rynkową w rozumieniu art. 5 ust. 1 i 2 pkt 2 w związku z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym.

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości.

Prezes Urzędu wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie na swoją rzecz kosztów zastępstwa procesowego.

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Warszawie- Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie i orzekł w przedmiocie zwrotu kosztów procesu.

W motywach tego rozstrzygnięcia wskazano na następujące ustalenia faktyczne i ich ocenę prawną.

(...) SA w W. jest przedsiębiorcą wpisanym do Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS (...). Przedmiotem jego działalności jest m.in. działalność w zakresie telekomunikacji.

W ramach prowadzonej działalności (...) SA oferuje produkty i usługi podzielone na różne kategorie, takie jak : tapety, dzwonki, gry (...), usługi społecznościowe. Jedną z oferowanych przez Przedsiębiorcę usług jest interaktywna gra dedykowana na telefony komórkowe o nazwie: (...). Gra ta może być zamówiona m.in. poprzez wysłanie SMS o treści (...) pod bezpłatny numer (...).

Zasady korzystania z gry określone zostały w Regulaminie usługi (...). Zgodnie z jego postanowieniami, gra jest dostępna dla wszystkich (...), którzy posiadają kartę SIM zakupioną u jednego z polskich operatorów sieci (...).

Regulamin przewiduje, że użytkownik korzystający z gry wciela się w (...), który układa strategię mającą na celu wyeliminowanie (...) i zdobycie nowych regionów. Dla poszerzania własnej strefy wpływów niezbędne jest zwiększenie (...), które następuje m.in. poprzez uzyskiwanie (...). Rozgrywki prowadzone są w trzech trybach szczegółowo opisanych w instrukcji gry. Tryb (...) jest podstawowym trybem, w którym gracz wykonuje zadania i buduje swoją potęgę. Tryb (...) jest dostępny bezpłatnie wyłącznie dla graczy posiadających odpowiedni (...), natomiast tryb (...) umożliwia rozgrywki wieloosobowe na jednym telefonie i jest dostępny wyłącznie odpłatnie.

Wybrane funkcje gry mogą mieć ograniczony limit czasu, np. na ustawienie parametrów wystrzału, który może być zlikwidowany poprzez skorzystanie z nieobowiązkowej, odpłatnej opcji gry. W grze dostępna jest wirtualna waluta do nabycia wyposażenia, która zdobywana może być bezpłatnie m.in. poprzez stoczenie zwycięskich bitew lub odpłatnie z wirtualnego bankomatu, co wymaga wysłania SMS- a (...) pod wskazany w aplikacji numer. Koszt SMS- a zależy od puli wirtualnej waluty, jaką użytkownik chce pobrać jednorazowo.

Zgodnie z Regulaminem, grę można zamówić bezpłatnie i korzystać z niej bezpłatnie w trybach: (...) i (...). W każdym trybie użytkownik może w dowolnej chwili skorzystać z odpłatnej opcji gry umożliwiającej odpłatne zamówienie wybranych elementów pomocy (tj. ułatwiającej wykonanie danego zadania) lub innej specjalnej płatnej opcji wskazanej w instrukcji gry. Korzystanie ze specjalnych opcji płatnych gry, wymagających wysłania SMS- a (...), jest dobrowolne.

Jak wynika z Regulaminu, użytkownik, który zdecyduje się na skorzystanie z płatnej opcji gry, musi potwierdzić wysłanie SMS- a (...). Regulamin określa koszty wysłania wiadomości SMS pod wskazany numer o podwyższonej płatności.

Przedsiębiorca reklamuje grę (...) m.in. w prasie, w takich tytułach, jak np.: (...). Reklamy gry publikowane są w blokach tematycznych obejmujących od kilku do kilkunastu oferowanych przez Przedsiębiorcę produktów

W reklamach gry opublikowanych w prasie m.in. w maju 2011 r. a rozpowszechniane od marca 2011 r. zamieszczono informacje o treści: „(...)”.

W ww. reklamach nazwa gry zamieszczona została w lewej, dolnej części boksu pod obrazem (...) a pozostała część hasła w kolumnie z prawnej strony w taki sposób, że słowo (...), wyrażone większą czcionką, znajdowało się w jednej linii ze słowem „ZA”. Poniżej słowa (...) zamieszczono drugą część nazwy gry ((...)), równoległe do zwrotu „DARMO!”. Zwroty: (...) i „DARMO!” zapisane zostały tą samą co do wielkości czcionką.

W trakcie postępowania przed Prezesem Urzędu zakwestionowane reklamy zostały zmienione. W rozpowszechnianych aktualnie reklamach logo gry zamieszczono po lewej stronie w górnej części boks reklamowego, natomiast zwrot „ZA DARMO!” umieszczono poniżej, w dolnej części boks, pod obrazem (...). W prawej części boks,

począwszy od górnej części zamieszczono pozostałą część hasła: „(...)” w taki sposób, że każdy zwrot zamieszczony został w innej linii, poniżej poprzedzającego go. Podany numer telefonu zamieszczony jest na zbliżonym poziomie do zwrotu: „ZA DARMO!”, przy czym wyrażony został większą czcionką. Boksy reklamujące grę zamieszczone są w grupie usług reklamowanych jako: „Strefa darmowych gier”. Jednocześnie w stopce redakcyjnej zamieszczonej pod blokami reklamowymi zawarto informacje o treści: „gry zamawiane przez numer (...) zawierają dodatkowe, nieobowiązkowe opcje, które są płatne”.

Zmienione reklamy Przedsiębiorca rozpowszechnia co najmniej od dnia 30 stycznia 2012r.

Przedsiębiorca przesyła użytkownikom sieci (...) posiadającym kartę SIM nie będącymi użytkownikami aplikacji gry, wiadomość SMS o treści: „(...)”. Ww. komunikat Przedsiębiorca rozpowszechnia od dnia 1 lutego 2011r.

Przychód Przedsiębiorcy w 2011 r. wyniósł 73 769 059,39 zł a z gry (...) 130 749,00 zł.

W ocenie Sądu pierwszej instancji odwołanie jest niezasadne.

Podniesiono, że zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazane jest stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Zgodnie z treścią ust. 2 pkt 3 tego przepisu przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie godzące w nie bezprawne działania przedsiębiorcy, w szczególności nieuczciwe praktyki rynkowe. Dla stwierdzenia ww. praktyki niezbędne jest spełnienie dwóch przesłanek: bezprawności działania przedsiębiorcy i naruszenia zbiorowego interesu konsumentów.

Uznano, że bezprawność przypisanych Przedsiębiorcy praktyk wywodzi się z naruszenia przepisów ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym.

Zaznaczono, że nie zasługuje na uwzględnienie zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 33 ust. 6 uokik bowiem Prezes Urzędu skorzystał ze swoich ustawowych kompetencji

Wskazano, że przebieg postępowania prowadzonego przez Prezesa Urzędu zapewniał stronie realizację czynnego udziału w każdym stadium postępowania i umożliwiał wypowiedzenie się co do zebranych dowodów.

Także zarzut o błędnym zdefiniowaniu „przeciętnego konsumenta”, w odniesieniu do którego należy oceniać nieuczciwą praktykę rynkową nie został uwzględniony. Podniesiono, że model przeciętnego konsumenta został ujęty w słowniku ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym z dnia 23 sierpnia 2007 r. (Dz.U. nr 171, poz. 1206, dalej „upnpr”).

Zaznaczono, że zgodnie z motywem 18 dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych, w razie gdy określona praktyka handlowa przeznaczona jest dla szczególnej grupy konsumentów, oddziaływanie tej praktyki należy oceniać z perspektywy przeciętnego członka tej grupy.

Podano, że przepisy ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym posługują się pojęciem przeciętnego konsumenta, w odniesieniu do którego powinna być dokonana ocena każdej praktyki rynkowej.

Zgodnie z treścią art. 2 pkt 8 tej ustawy za przeciętnego uznaje się konsumenta, który jest dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny. Ustawa wymaga dokonania oceny tych cech 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.

Odnosząc się do twierdzeń powoda, że oferta jest kierowana do użytkowników zaawansowanych technologicznie aparatów telefonicznych, znających środowisko usług dedykowanych do takich urządzeń i będący grupą korzystającą z tej kategorii produktów uznano, że te twierdzenia powoda nie zostały potwierdzone dowodami..

Podniesiono , że modelowi konsumenta , który jest użytkownikiem nowej technologii posiadającym telefon komórkowy i jest zarejestrowanym użytkownikiem serwisu (...) Poinformowanego w trakcie rejestracji

o zasadach dystrybucji produktów , korzystającego z usług multimedialnych i interesującego się grami elektronicznymi, mającego styczność ze środowiskiem gier i doskonale się w nim orientującego oraz znającego specyfikę usług mobilnych i znającego (...) przeczą skargi konsumentki kierowane do Prezesa Urzędu. Podano, że powód nie jest konsekwentny w selekcjonowaniu cech „modelu konsumenta” . Nieścisłość jest widoczna w przypadku wieku, płci, posiadaniu umowy o świadczenie usług o podwyższonej płatności

Uznano , że adresatem reklamy gry (...) jest ogół konsumentów. Treść rozpowszechnianych reklam jak i sama usługa nie są kierowane do określonej, dającej się wyodrębnić na podstawie wspólnej cechy grupy konsumentów, ale nieograniczonego kręgu odbiorców . Zgodnie z Regulaminem gra jest dostępna dla wszystkich użytkowników sieci (...), którzy posiadają kartę SIM zakupioną u jednego z polskich operatorów sieci (...). Korzystanie z telefonu komórkowego nie wymaga posiadania szczególnej wiedzy, umiejętności czy też większej niż przeciętna orientacji w nowych technologiach telekomunikacyjnych. Zarówno zatem charakter gry, jak i zasady udziału w niej nie wskazują na to, by oferta Przedsiębiorcy kierowana była do szczególnej grupy konsumentów, która mogłaby zostać wyodrębniona na podstawie określonej i wspólnej im cechy. Podano , że reklama rozpowszechniana była w kilkudziesięciu bardzo różnych tytułach prasowych, kierowanych do szerokiego kręgu czytelników (m.in. (...)).

Podobnie wiadomości SMS/MMS nie były kierowane do szczególnej grupy konsumentów wyróżnionej ze względu na szczególne cechy, ale do ogółu konsumentów. Wystarczające było posiadanie telefonu komórkowego.

Zaznaczono , że powód nie badał, czy komunikat SMS jest wysyłany do użytkownika posiadającego telefon komórkowy nowej technologii

ani też powód nie badał do jakiej grupy wiekowej i jakiej grupy płci wysyłała komunikaty SMS oraz nie udowodnił kierowania komunikatów SMS do abonentów posiadających umowę o świadczenie usług o podwyższonej płatności ani osób zarejestrowanych w serwisie (...) Rejestracja w tym serwisie i założenie konta nie wymaga posiadania szczególnych cech lub właściwości. Zgodnie z Regulaminem serwisu (...) Przedsiębiorca udostępnia go wszystkim osobom korzystającym z telefonów w sieci (...), którzy posiadają kartę aktywacyjną zakupioną u jednego z polskich operatorów sieci (...). Spółka nie udowodniła jakie cechy wyróżniające mają abonenci tych usług wskazując jedynie, że „ ma możliwość wyodrębnienia i jednoznacznego zidentyfikowania wśród swoich użytkowników takiej grupy, która korzysta z aplikacji mobilnych” .

Za przeciętnego uznano konsumenta dostatecznie dobrze poinformowanego, uważnego i ostrożnego przy uwzględnieniu czynników społecznych, kulturowych i językowych charakterystycznych dla polskiego konsumenta.

Podkreślono , że przeciętny konsument nie posiada wiedzy specjalistycznej w danej dziedzinie , ma świadomość specyfiki języka reklamy, jego pewnej umowności, skłonności do przesady i konieczności odnoszenia się do reklam z racjonalnym dystansem, rozumie kierowane do niego informacje i potrafi je wykorzystać do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej produktu. Nie jest naiwny, ale nie potrafi też ocenić sytuacji tak jak profesjonalista. Przeciętny konsument ma prawo odbierać kierowane do niego przekazy reklamowe w sposób dosłowny zakładając, że przedsiębiorca, od którego pochodzą, przekazuje mu informacje w sposób dostatecznie jasny, jednoznaczny i niewprowadzający w błąd. Adresatem reklamy i komunikatów SMS/MMS powoda nie był konsument bardziej niż przeciętnie zorientowany w specyfice języka reklamy i treściach komunikatów SMS/MMS o charakterze marketingowym.

Co do zamieszczania w komunikatach SMS/MMS i reklamach prasowych informacji o możliwości bezpłatnego korzystania z interaktywnej gry dedykowanej na telefony komórkowe (...) podniesiono, że powód rozróżnia trzy modele płatności na rynku usług o podwyższonej opłacie (numery (...), numery (...)) i numery darmowe) oraz dystrybucję/zamówienie gry od korzystania z gry.

Zaznaczono, że działania polegające na reklamowaniu gry (...) w prasie i wysyłaniu wiadomości SMS/MMS promujących tę grę są bezpośrednio związane z promocją produktu, jaką jest korzystanie z gry.

Odwołując się do treści art. 4 ust.1 i 2, art.5 i art.6 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym uznano, że reklama prasowa „(...)” i komunikat SMS/MMS „(...)” była działaniem wprowadzającym w błąd z następujących przyczyn:

1) Partner zobowiązuje się:- Rozpowszechniała informacje w sposób mogący wprowadzać w błąd poprzez umieszczenie zwrotu „ZA DARMO” sugerującego możliwość bezpłatnego korzystania z gry. Graficzny obraz boks reklamowy reklamy prasowej nie pozwala na wyraźne odróżnienie i wyodrębnienie dwóch niezależnych od siebie części: lewej, w której zamieszczono tylko logo aplikacji gry (...) i prawej, zawierającej w innym pionie instrukcje zamawiania aplikacji gry („(...)”). Co istotne zastosowano zbliżoną kolorystykę dla „(...)” a odmienną dla „ZA DARMO”. Nawet dostatecznie uważny konsument nie był w stanie ustalić, czy zwrot dotyczy w równym stopniu korzystania z gry, co ceny za wysłanie wiadomości SMS. Zwrot „ZA DARMO” poprzez umieszczenie i kolor stanowił część umożliwiającą przypisanie do obu informacji. Przekaz komunikatu SMS/MMS „GRATULACJE” sugerował otrzymanie bonusu, nagrody za bliżej nie sprecyzowane uczestnictwo w akcji. Podkreślono, że gratulacje oznaczają wyrazy uznania składane komuś z okazji jakiegoś sukcesu lub szczęśliwego wydarzenia. Ten sukces polegał na wyróżnieniu poprzez umożliwienie darmowego korzystania z produktu (...).

- Wprowadzenie w błąd dotyczyło ceny. Uwaga przeciętnego konsumenta koncentrowała się na sformułowaniu „ZA DARMO!”. Nawet zakładając, że język reklamy jest swoisty, nie może forma przekazu zwalniać oferującego z przestrzegania rzetelnego przekazu informacji. Jako wprowadzające w błąd zawsze są traktowane praktyki, które prezentują produkt jako "gratis", "darmowy", "bezpłatny" lub w podobny sposób, jeżeli konsument musi uiścić jakąkolwiek należność, z wyjątkiem bezpośrednich kosztów związanych z odpowiedzią na praktykę rynkową, odbiorem lub dostarczeniem produktu (art. 7 pkt 20 upnpr). Koszt połączenia internetowego nie jest tu bezpośrednim kosztem odbioru, bowiem jest uiszczany na rzecz podmiotu trzeciego, a ponoszony, aby rozpocząć korzystanie z gry dystrybuowanej przez (...) SA.

Powołano się na interpretację punktu 31 tiret drugie załącznika I do dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych dokonaną przez Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z dnia 18 października 2012 r. C- 428/11 (...) Ltd i inni przeciwko (...) _ wskazującą na zakaz agresywnych praktyk handlowych w ramach, których przedsiębiorstwa stwarzają fałszywe wrażenie, iż konsument wygrał nagrodę, podczas gdy dokonanie czynności związanych z jej otrzymaniem, jak zasięgnięcie informacji o charakterze nagrody czy wejście w jej posiadanie, wiąże się dla konsumenta z koniecznością zapłaty określonej kwoty pieniędzy lub poniesienia jakichkolwiek kosztów. Dodatkowo podano, że wprowadzenie w błąd dotyczyło cech produktu, bowiem bezpłatne było jedynie zamówienie gry oraz korzystanie z niej w trybie (...) i (...). W każdym trybie gry możliwe było odpłatne zamówienie wybranych elementów, pomocy lub innej specjalnej płatnej opcji wskazanej w instrukcji gry (Regulamin, §2.2). Sposób prezentacji nie pozwalał wywnioskować, że produkt istnieje w innych wersjach. Rozgrywki prowadzone były w trzech trybach opisanych w instrukcji. Tryb (...) był trybem podstawowym, w którym gracz wykonuje zadania, buduje swoją potęgę, tryb (...) dostępny był bezpłatnie dla graczy posiadających odpowiedni (...) i (...) umożliwiający rozgrywki wieloosobowe na jednym telefonie, dostępny wyłącznie odpłatnie (Regulamin, §2.1). Uwzględniając właściwości i cechy charakterystyczne produktu (tryby rozgrywek), jak również wykorzystany środek przekazu (reklama prasowa i komunikaty SMS/MMS), uznano, że konsument nie dysponował informacjami, które pozwalały mu na zidentyfikowanie i wyodrębnienie produktu dla potrzeb podjęcia decyzji dotyczącej transakcji. Przekaz nie pozwalał na wyodrębnienie kilku wersji gry, ani na zorientowanie się co do odpłatnych opcji gry poczynając od podstawowej wersji. Konsument nie mógł wywnioskować, że produkt, który może zindywidualizować (rozpoznać) istnieje w kilku wersjach, pomimo tego, że zostało zastosowane jedno wspólne oznaczenie (...). Podano, że nie zmienia tej oceny zachowania powoda umieszczenie pełnych informacji na stronie internetowej gdyż konsument mógł uzyskać informacje dotyczące pełnych zasad i warunków korzystania z gry, nie dlatego że zgłosił indywidualne żądanie, ale dlatego, że tak była ustawiona aplikacja. Inaczej zapoznaje się z warunkami gry, ktoś kto chce je poznać na własne życzenie, a inaczej ten, kto

chce rozpocząć grę otrzymaną „ZA DARMO” i owe warunki są mu podsuwane, a nadto kontekst, w jakim została przedstawiona informacja (sugestia nagrody i uplasowanie graficzne), nie pozwalał konsumentowi na podjęcie świadomej decyzji dotyczącej transakcji.

Podkreślono, że (...) SA przyjął dwutorową prezentację gry w prasie. W części numerów umieszczał reklamę w okładzie równoległym słów (...) i „DARMO” (kwestionowaną decyzją

W kolejnych numerach stosował przesunięcie słów (...) i „DARMO” tak, że nie były one umieszczone na jednym poziomie. Jednocześnie umieszczona reklama była w bloku darmowych gier. Na podstawie prezentowanych informacji konsument nie miał wystarczająco precyzyjnego wyobrażenia o oferowanym produkcie.

Zaznaczono, że oceny tej nie zmienia fakt, iż informacja była częściowo prawdziwa. Przekaz nie był rzetelny, wymagał od konsumenta podjęcia już czynności sprawdzających w celu znalezienia przysłowiowego „haczyka

W tym ujawnia się zniekształcenie zachowań konsumentów.

Co do zasadności zastosowania kary pieniężnej i jej wysokości podkreślono, że kara nałożona na odwołującego uwzględnia w należyty sposób okoliczności stwierdzonego naruszenia przepisów ustaw o ochronie konkurencji i konsumenta.

Podano, że kara pieniężna za stosowanie praktyk antykonkurencyjnych ma charakter represyjno-wychowawczy i jest ona nakładana i wykonywana w celu zachowania i przestrzegania obowiązującego porządku

Ma ona na celu prewencję, tj. zapobieganie w przyszłości tego rodzaju naruszeniom przepisów ustawy, a także represję, czyli stanowić ma odczuwalną dolegliwość za jej naruszenie. Uznano, że wymiar kary ustalony w zaskarżonej decyzji uwzględnia dyrektywy określone w art. 111 uokik, tj. okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także przychody osiągnięte przez odwołującego

Oba przekazy wprowadzały w błąd poprzez stworzenie mylnego wyobrażenia, że bezpłatne jest również korzystanie z gry. Ustalona kwota bazowa (0,1% oraz 0,12%) za obie praktyki odnosiła się do przychodu Przedsiębiorcy (73 769 059,39 zł) i uwzględniała niewielki udział przychodów z dystrybucji gry w stosunku do całego przychodu (obniżenie o 80%) oraz dodatkową okoliczność obciążającą w postaci ogólnopolskiego zasięgu działalności (podwyższenie o 20%). Wynik tych działań zamknął się odpowiednio kwotą 17 705, 00 zł (0,02% przychodu) i 21 246,00 zł (0,28% przychodu).

Przyjęto, że zmniejszenie wysokości kary, która jest bardzo niska, stałoby w sprzeczności z celami prewencyjnymi sankcji za niezastosowanie się przez odwołującego do bezwzględnie obowiązujących wymagań prawa, jak również powodowałoby niemożność realizacji celów represyjno-wychowawczych. Karę uznano za adekwatną i nieprzekraczającą stopnia zawinienia podmiotu ukaranego.

Apelację od tego wyroku wniósł powód zaskarżając go w całości i podniósł następujące zarzuty:

- naruszenia art.24 ust.2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i art.5 ust.1,ust.2 pkt.1 i ust.3 pkt 2 i 5 w związku z art.4 ust.1 i 2 w związku z art.2 pkt 8 oraz art.2 pkt 7 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym poprzez przyjęcie, że działania powódki stanowiły czyn naruszający zbiorowe interesy konsumentów; - naruszenia art.2 ust.8 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym poprzez błędne zastosowanie i przyjęcie, że reklamy powoda adresowane są do „przeciętnego konsumenta”, a nadto przez objęcie ochroną konsumenta, który świadomie ignoruje regulamin aplikacji; - naruszenia art.106 ust.1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez nałożenie kary pieniężnej nieproporcjonalnej do stwierdzonych naruszeń; - naruszenie art.233§1 k.p.c. poprzez błędne uznanie, że: a) odbiorcą oferowanego produktu może być każdy użytkownik telefonu oraz pominięcie okoliczności, że fakt oferowania bezpłatnych gier typu (...) z ułatwiającymi grę dodatkowymi nieobowiązkowymi opcjami płatnymi jest powszechnie znany, a konsument, który partycypuje na rynku gier komputerowych ma świadomość istnienia dodatkowych opcji wzbogacających daną grę; b) przekaz reklamy stosowanej przez powoda wprowadzał w błąd potencjalnych użytkowników; c) powód narzucił potencjalnym

użytkownikom zasady korzystania z aplikacji; d) działania powoda związane z promocją aplikacji (...) naruszały zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art.24 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów; e) przyjęcie, że Prezes Urzędu nie naruszył art.6,7,8 ,10 i 77§1 k.p.a.; - naruszenie art.227 k.p.c. oraz art.217 §1 i 2 k.p.c. w związku z art.162 k.p.c. poprzez nieprzeprowadzenie dowodów mających istotne znaczenie oraz oddalenie dowodów w postaci zeznań wskazanych świadków oraz wniosku dowodowego z przeprowadzenie eksperymentu procesowego; - naruszenie art.6 k.c. w związku z art.232 k.p.c. przez błędne przyjęcie, że powód nie udowodnił modelu konsumenta , do którego skierowana była oferta gry, jak również braku wprowadzenia w błąd odnośnie do przekazu reklamowego oraz SMS/MMS

Wskazując na powyższe zarzuty powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uwzględnieni odwołania w całości oraz zasądzenie kosztów procesu , a w przypadku nieuwzględnienia tego żądania wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania przy uwzględnieni kosztów postępowania apelacyjnego.

Na wypadek nieuwzględnienia powyższych żądań powód wniósł o przeprowadzenie dowodu z wytycznych Prezesa Urzędu w sprawie ustalania interesy konsumentów z maja 2013r. i zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zmniejszenie nałożonych kar.

Sąd Apelacyjny ustalił i zważył ,co następuje.

Apelacja nie jest zasadna i dlatego nie mogła odnieść skutku.

Ustalenia faktyczne poczynione w sprawie Sąd Apelacyjny w pełni podziela i przyjmuje za podstawę dla własnych rozważań.

Zawarte w apelacji zarzuty naruszenia prawa materialnego , a to: art.24 ust.2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i art.5 ust.1,ust.2 pkt.1 i ust.3 pkt 2 i 5 w związku z art.4 ust.1 i 2 w związku z art.2 pkt 8 oraz art.2 pkt 7 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym poprzez przyjęcie, że działania powódki stanowiły czyn naruszający zbiorowe interesy konsumentów oraz art.2 ust.8 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym poprzez błędne zastosowanie i przyjęcie , że reklamy powoda adresowane są do „przeciętnego konsumenta”, a nadto przez objęcie ochroną konsumenta, który świadomie ignoruje regulamin aplikacji – nie zasługują na uwzględnienie.

Zarzuty te koncentrują się na kwestionowaniu przyjętego w sprawie modelu przeciętnego konsumenta. W przekonaniu Sądu Apelacyjnego stanowisko Sądu Okręgowego prezentowane w tym zakresie jest prawidłowe. Trafnie ustalono , że działania powoda kierowane były do nieoznaczonego z góry kręgu podmiotów. Nie zostało wykazane aby reklamy prasowe oraz wiadomości SMS/MMS adresowane były do konsumentów charakteryzujących się jakimiś szczególnymi cechami. Ograniczeń takich nie zawierał także regulamin gry, przeciwnie z jego postanowień wynikało , że gra jest dostępna dla wszystkich użytkowników sieci (...). Podkreślenia wymaga, że gra reklamowana była w bardzo różnorodnej prasie , kierowanej do szerokiego kręgu odbiorców : ludzi w różnym wieku , o różnych zainteresowaniach i o różnym wykształceniu, w całkowitym oderwaniu od możliwości weryfikowania ich wiedzy na temat gier przesyłanych na telefony komórkowe .Tytuły prasowe, w których zamieszczono przedmiotowe reklamy , a to: (...) ...w żaden sposób nie pozwalają na dokonanie ograniczenia kręgu odbiorców reklam jako użytkowników zorientowanych na konkretne produkty i usługi, doskonale orientujących się w specyficie gier komputerowych.

Słusznie zatem uznano, że reklama ta nie była adresowana do szczególnej grupy konsumentów. Przedmiotem badania Prezesa Urzędu było , czy reklama gry wprowadzała w błąd przeciętnego konsumenta co do bezpłatnego korzystania z gry. W tym kontekście bez znaczenia jest zachowanie się konsumenta po zapoznaniu się z tymi reklamami , co więcej nie można wymagać od przeciętnego konsumenta aby do każdej reklamy i komunikatu SMS/MMS podchodził z dużą podejrzliwością i natychmiast weryfikował otrzymany przekaz z regulaminem poszukując ukrytych „haczyków” , czy niedopowiedzeń.

Podkreślenia wymaga, że przedmiotem sporu nie była możliwość skorzystania z gry (...) za darmo, ani możliwość skorzystania z dodatkowych płatnych opcji tej gry. Spór koncentrował się na ocenie sposobu informowania przeciętnego konsumenta o warunkach odpłatności w przypadku korzystania z gry, Rozważenie tych okoliczności było niezbędne wobec przypisania powodowi praktyk określonych w art.5 ust.1 i 2 pkt.2 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Powodowi nie przypisano praktyk określonych w art.5 ust.2 pkt.1 i art.5 ust.3 pkt.2 i 5 – co błędnie zostało zarzucone w apelacji.

W świetle powyższego nie mogły odnieść skutku zarzuty wskazujące na naruszenie art.233§1 k.p.c. poprzez błędne uznanie, że: odbiorcą oferowanego produktu może być każdy użytkownik telefonu oraz pominięcie okoliczności, że fakt oferowania bezpłatnych gier typu (...) z ułatwiającymi grę dodatkowymi nieobowiązkowymi opcjami płatnymi jest powszechnie znany; przekaz reklamy stosowanej przez powoda wprowadzał w błąd potencjalnych użytkowników; powód narzucił potencjalnym użytkownikom zasady korzystania z aplikacji; promocja aplikacji (...) naruszała zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art.24 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz przyjęcie, że Prezes Urzędu nie naruszył art.6,7,8,10 i 77§1 k.p.a.

Przypisane powodowi praktyki polegały na zamieszczaniu informacji o bezpłatnym korzystaniu z gry (...). Powód rozpowszechniał prawdziwe informacje w sposób mogący wprowadzać przeciętnego konsumenta w błąd. Kluczowe było zatem ustalenie, czy w momencie zapoznawania się z reklamą tej gry przeciętny konsument mógł zostać wprowadzony w błąd co do warunków korzystania z gry i kosztów z tym związanych (pełnej bezpłatności). Mimo podawania prawdziwych informacji, powód poprzez sposób ich ujęcia mógł kształtować mylne wyobrażenie przeciętnego konsumenta o rzeczywistych warunkach, na jakich możliwe jest korzystanie z gry. Zapoznając się z reklamą przeciętny konsument mógł uznać, że zwrot „ZA DARMO” dotyczy nie tylko bezpłatnej wiadomości SMS, która należy wysłać pod wskazany numer telefonu aby zamówić grę ale również samego korzystania z gry. Rację ma pozwany podnosząc, że sposób prezentacji reklamy był na tyle niejednoznaczny, że przeciętny konsument nie był w stanie zdecydowanie przesądzić, czy zwrot „ZA DARMO” dotyczy tylko i wyłącznie ceny wiadomości SMS zwłaszcza, że sformułowanie „ZA DARMO” było powiązane z nazwą gry. Informacja „dostajesz grę ZA DARMO” mogła sugerować przeciętnemu konsumentowi, że może także bezpłatnie z niej korzystać

Nie znajdują potwierdzenia wskazane w apelacji pozostałe zarzuty naruszenia prawa procesowego. W szczególności nie można zgodzić się z zarzutem naruszenie art.227 k.p.c. oraz art.217 §1 i 2 k.p.c. w związku z art.162 k.p.c. poprzez nieprzeprowadzenie dowodów zawnioskowanych w dniu 27 września 2012r. w postaci zeznań wskazanych świadków oraz wniosku dowodowego z przeprowadzenie eksperymentu procesowego. Dowody te miały wykazać, że możliwe jest bezpłatne zamówienie gry „(...)” oraz bezpłatne korzystanie z tej gry. Okoliczność ta nie była sporna w sprawie. Istota sporu dotyczyła zarzucanego powodowi rozpowszechniania prawdziwych informacji co do bezpłatności gry w sposób mogący wprowadzić konsumenta w błąd.

Podkreślenia wymaga, że uprawnieniem Sądu – poddanym kontroli instancyjnej – jest ocena, które okoliczności sprawy są istotne pod kątem jej dostatecznego wyjaśnienia i prawidłowego rozstrzygnięcia, a także to, czy do ich ustalenia wymagane jest przeprowadzenie eksperymentu procesowego.

Zgromadzony materiał dowodowy nie wymagał dodatkowo przesłuchania świadków co do okoliczności bezspornych.

Podobnie ocenić należało oddalenie przez Sąd I instancji wniosku o dopuszczenie dowodu z eksperymentu procesowego, który miał wykazać, że możliwe jest darmowe korzystanie z przedmiotowej gry.

Istota zarzutu apelacji wskazującego na naruszenie art. 232 k.p.c. sprowadza się do kwestionowania przyjętego przez Sąd Okręgowy modelu przeciętnego konsumenta. Pojęcie „przeciętnego konsumenta” zdefiniowane zostało w art. 2 pkt 8 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym i jako takie jest pojęciem języka prawnego. Definicja ta określa konsumenta, „który jest dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny; 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

Jest to definicja legalna „przeciętnego konsumenta”. Nie posługuje się ona specjalistyczną terminologią i nie odsyła do wiedzy, która nie jest dostępna sądowi orzekającemu w sprawie, odwołuje się do pojęć, które zidentyfikować można jako element składowy czegoś, co powszechnie określa się jako wskazania wiedzy i doświadczenia życiowego, a więc jeden z dwóch podstawowych – obok zasad logicznego myślenia – wzorców, w oparciu o które sąd winien dokonać oceny dowodów. Ocena ta została dokonana prawidłowo, zgodnie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Zarzuty te stanowią niepopartą rzeczowymi argumentami polemikę z ustaleniami Sądu pierwszej instancji, oceną zgromadzonych dowodów oraz wyciągniętymi z nich konsekwencjami prawnymi. Apelacja nie wskazuje żadnych uchybień regułom logicznego rozumowania czy też wskazaniom wiedzy i doświadczenia życiowego. W ocenie Sądu Apelacyjnego przeprowadzona przez Sąd Okręgowy ocena dowodów i poczynione ustalenia są poprawne z punktu widzenia wymogów art. 233 § 1 k.p.c.

Jeżeli chodzi o zarzut nieuwzględnienia naruszeń w postępowaniu administracyjnym art.6,7,8,10 i 77§1 k.p.a. wskazać należy, że Sąd Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku dokonał oceny przebiegu postępowania administracyjnego toczącego się przed Prezesem Urzędu i nie dopatrywał się w nim uchybień. Ponadto w postępowaniu przed sądem powszechnym zainicjowanym wniesieniem odwołania od decyzji Prezesa Urzędu powód był uprawniony do zgłaszania wszelkich wniosków dowodowych i ewentualnego uzupełniania materiału dowodowego zgromadzonego w postępowaniu administracyjnym.

Odnosząc się na koniec do zarzutu naruszenia art.106 ust.1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez nałożenie kary pieniężnej nieproporcjonalnej do stwierdzonych naruszeń należy wskazać, że sposób, ustalenia i uzasadnienie nałożonych kar odpowiadają wymaganiom określonym art. 106 ust. 1 w zw. z art. 111 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

W chwili nakładania na powoda kary podstawę jej wymiaru stanowił przychód przedsiębiorcy osiągnięty w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Nakładanie kar w trybie określonym w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów następuje w drodze uznania administracyjnego, co oznacza, że o ich wysokości decyduje każdorazowo Prezes Urzędu. Podobnie jak sama decyzja o nałożeniu kary pieniężnej, również jej wysokość ma charakter uznaniowy. Kontrola sądu winna ograniczać się do oceny, czy Prezes Urzędu uwzględnił kryteria wskazane w art. 111 ustawy (tj. m.in. okres, stopień, okoliczności naruszenia przepisów ustawy oraz uprzednie naruszenie przepisów ustawy), jak również mieć na względzie ogólne założenie, że nakładana sankcja powinna spełniać funkcję zarówno represyjną, jak i prewencyjną, zarówno w zakresie prewencji indywidualnej, jak i ogólnej. Analiza procesu decyzyjnego Prezesa Urzędu, przeprowadzona przez Sąd pierwszej instancji, nie nasuwa pod tym względem żadnych zastrzeżeń Sądu Apelacyjnego.

Mając to wszystko na uwadze apelacja powoda jako pozbawiana uzasadnionych przyczyn nie mogła odnieść skutku.

W tym stanie rzeczy, na podstawie art.385 k.p.c. przeczesano, jak na wstępie. O kosztach procesu postanowiono zgodnie z treścią art.98 k.p.c. w związku z art.108§1 k.p.c., stosownie do zasady finansowej odpowiedzialności stron za wynik procesu.