

Sygn. akt *XVII AmA 82/13*

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 października 2014r.

Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący: **SSO Maria Witkowska**

Protokolant: sekretarz sądowy Patrycja Żuk

po rozpoznaniu w dniu 02 października 2014r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z odwołania (...) *Sp. z o.o. z siedzibą w W.*

przeciwko **Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

o **stwierdzenie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów**

na skutek odwołania (...) *Sp. z o.o. z siedzibą w W.* od Decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 27 grudnia 2012 roku Nr (...)

- 1) **uchyla zaskarżoną Decyzję w pkt I.1, I.2 i II.2 w całości oraz w pkt II.1 co do kary pieniężnej orzeczonej z tytułu naruszeń określonych w pkt I.1 sentencji Decyzji;**
- 2) **zmienia zaskarżoną Decyzję w pkt II.1 co do kary pieniężnej orzeczonej z tytułu naruszeń określonych w pkt I.3 i pkt I.4 sentencji Decyzji i obniża ją do kwoty 1.498.078 zł (jeden milion czterysta dziewięćdziesiąt osiem tysięcy siedemdziesiąt osiem złotych);**
- 3) **oddala odwołanie w pozostałej części;**
- 4) **koszty zastępstwa procesowego pomiędzy stronami wzajemnie znosi;**
- 5) **zasądza od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz (...) *Sp. z o.o. z siedzibą w W.* kwotę 500 zł (pięćset złotych) tytułem kosztów postępowania w postaci połowy opłaty od odwołania.**

**Sygn. akt *XVII AmA 82/13***

## UZASADNIENIE

Decyzją Nr (...) z dnia 27 grudnia 2012r. pozwany Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

I. na podstawie art. 27 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) po przeprowadzeniu z urzędu postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów uznał, że działanie (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.:

1. polegające na podawaniu w ramach kampanii reklamowej telefonii prepaid (...) prowadzonej pod hasłem „Być może nie zasłużyłeś na prezent, ale go od nas dostaniesz” komunikatu wskazującego, iż cena połączenia telefonicznego do wszystkich w ramach przedmiotowej oferty wynosiła 29 groszy za minutę oraz wskazówki objaśniającej „ Oferta

nie dotyczy (...)" w taki sposób, że biorąc pod uwagę zastosowaną wielkość i kolorystykę czcionki, kierunek tekstu i tło - wskazówka objaśniająca mogła być nieczytelna, przez co informacja ta mogła wprowadzać w błąd przeciętnego konsumenta, co stanowi nieuczciwą praktykę rynkową w rozumieniu art. 3 w zw. z art. 5 ust. 1 w zw. z art. 5 ust. 3 pkt 5 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz. 1206) oraz godzi w zbiorowe interesy konsumentów, a zatem stanowi praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 27 lipca 2009 r.

2. polegające na podawaniu w ramach kampanii reklamowej sieci (...)dotyczącej promocji „Profil Tanio do wszystkich" komunikatu wskazującego, iż cena połączenia telefonicznego do wszystkich w ramach przedmiotowej oferty wynosiła 29 groszy za minutę oraz wskazówki objaśniającej „Oferta nie dotyczy (...)" w taki sposób, że biorąc pod uwagę zastosowaną wielkość i kolorystykę czcionki, kierunek tekstu i tło - wskazówka objaśniająca mogła być nieczytelna, przez co informacja ta mogła wprowadzać w błąd przeciętnego konsumenta, co stanowi nieuczciwą praktykę rynkową w rozumieniu art. 3 w zw. z art. 5 ust. 1 oraz art. 5 ust. 3 pkt 5 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz. 1206) oraz godzi w zbiorowe interesy konsumentów, a zatem stanowi praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 16 maja 2009 r.

3. polegające na podawaniu w ramach kampanii reklamowej telefonii prepaid 36,6 prowadzonej pod hasłem „Być może nie zasłużyłeś na prezent, ale go od nas dostaniesz" informacji, iż cena połączenia telefonicznego do wszystkich w ramach przedmiotowej oferty wynosiła 29 groszy za minutę, podczas gdy cena ta obowiązywała jedynie do wybranych przez użytkownika maksymalnie 36 numerów sieci stacjonarnych i sieci komórkowych, stanowi nieuczciwą praktykę rynkową w rozumieniu art. 3 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 w zw. z art. 5 ust. 1, ust. 2 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz. 1206) oraz godzi w zbiorowe interesy konsumentów, a zatem stanowi praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 27 lipca 2009 r.

4. polegające na podawaniu w ramach kampanii reklamowej telefonii prepaid 36,6 prowadzonej pod hasłem „Być może nie zasłużyłeś na prezent, ale go od nas dostaniesz" informacji, iż cena połączenia telefonicznego do wszystkich w ramach przedmiotowej oferty wynosiła 29 groszy za minutę, podczas gdy cena ta obowiązywała jedynie do wybranych przez użytkownika numerów pod warunkiem ich odpłatnego ustawienia na koncie użytkownika, stanowi nieuczciwą praktykę rynkową w rozumieniu art. 3 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 w zw. z art. 6 ust. 1, ust. 3 pkt 1 oraz ust. 4 pkt 1 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz. 1206) oraz godzi w zbiorowe interesy konsumentów, a zatem stanowi praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 27 lipca 2009 r.

II. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) nałożył na (...) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. karę pieniężną w wysokości:

1. 2 696 540 zł (słownie: dwa miliony sześćset dziewięćdziesiąt sześć tysięcy pięćset czterdzieści złotych) płatną do budżetu państwa z tytułu naruszeń określonych w pkt. I. 1, 1.3 i 1.4 sentencji niniejszej decyzji;
2. 1 797 693 zł (słownie: jeden milion siedemset dziewięćdziesiąt siedem tysięcy sześćset dziewięćdziesiąt trzy złote) płatną do budżetu państwa z tytułu naruszenia określonego w pkt. 1.2 sentencji niniejszej decyzji.

Powód (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. wniósł od niniejszej Decyzji odwołanie, zaskarżając ją w całości i zarzucając jej:

1. naruszenie art. 74 uokik poprzez uwzględnienie w zaskarżonej decyzji zarzutów wobec Polkomtel, które nie były przedmiotem postępowania przed Prezesem UOKiK w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, a w konsekwencji uwzględnienie zarzutów, do których strona nie mogła się ustosunkować przed wydaniem decyzji;
2. naruszenie art. 8, art. 9 i art. 10 § 1 k.p.a. w zw. z art. 83 uokik poprzez prowadzenie postępowania w sposób podważający zaufanie jego uczestników do władzy publicznej i niepoinformowanie strony o okolicznościach faktycznych i prawnych, które mogą mieć wpływ na ustalenie jej praw i obowiązków będących przedmiotem postępowania administracyjnego (niepoinformowanie strony o zmianie zarzutów) oraz niezapewnienie stronie czynnego udziału w postępowaniu (brak możliwości obrony wobec nieznajomości praktyk i ich kwalifikacji ocenianych w decyzji);
3. naruszenie art. 27 ust. 1 i 2 oraz art. 106 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 1 ust. 1 uokik poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na wydaniu decyzji pomimo, iż w sprawie nie doszło do naruszenia interesu publicznego;
4. naruszenie art. 27 ust. 1 i 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3) uokik w zw. z art. 3 w zw. z art. 5 ust. 1 w zw. z art. 5 ust. 3 pkt 5 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 u.p.n.p.r. poprzez zastosowanie i uznanie praktyki opisaną w pkt. I.1 sentencji decyzji za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, pomimo braku podstaw do takiej kwalifikacji;
5. naruszenie art. 27 ust. 1 i 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3) uokik w zw. z art. 3 w zw. z art. 5 ust. 1 oraz art. 5 ust. 3 pkt 5 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 u.p.n.p.r. poprzez zastosowanie i uznanie praktyki opisaną w pkt. I.2 sentencji decyzji za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, pomimo braku podstaw do takiej kwalifikacji;
6. naruszenie art. 27 ust. 1 i 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3) uokik w zw. z art. 3 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 w zw. z art. 5 ust. 1, ust. 2 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 u.p.n.p.r. poprzez zastosowanie i uznanie praktyki opisaną w pkt. I.3 sentencji decyzji za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, pomimo braku podstaw do takiej kwalifikacji;
7. naruszenie art. 27 ust. 1 i 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3) uokik w zw. z art. 3 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 w zw. z art. 6 ust. 1, ust. 3 pkt 1 oraz ust. 4 pkt 1 u.p.n.p.r. poprzez zastosowanie i uznanie praktyki opisaną w pkt. I.3 sentencji decyzji za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, pomimo braku podstaw do takiej kwalifikacji;

8. naruszenie art. 105 § 1 k.p.a. w zw. z art. 83 uokik poprzez niezastosowanie i nie umorzenie bezprzedmiotowego postępowania wobec nie stosowania przez (...)praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów;

9. naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 4) uokik poprzez jego zastosowanie i nałożenie kary pieniężnej pomimo nie stosowania przez (...) praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów;

10. naruszenie art. 111 w zw. z art. 106 ust. 1 pkt 4) uokik poprzez jego nieprawidłową wykładnię i nałożenie na (...) kar pieniężnych w wysokości nadmiernie wygórowanej, tzn. niewspółmiernych do zarzucanych praktyk, w szczególności oderwanej od ewentualnego wpływu tych praktyk na przedmiot ochrony prawnej zastosowanych przepisów, czyli na zbiorowe interesy konsumentów.

W konsekwencji podniesionych wyżej zarzutów powód wniósł o uchylenie w całości decyzji na podstawie art. 479<sup>31a</sup> § 3 k.p.c., zaś w przypadku uznania przez Sąd, że w sprawie nie zachodzą przesłanki do uchylenia zaskarżonej decyzji, z ostrożności procesowej, wniósł o dokonanie przez Sąd zmiany decyzji poprzez stwierdzenie nie stosowania przez (...) praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów i umorzenie postępowania administracyjnego jako bezprzedmiotowego, na podstawie art. 479<sup>31a</sup> § 3 k.p.c. w zw. z art. 105 § 1 k.p.a. w zw. z art. 83 uokik, względnie dokonanie takiej zmiany w części - w odniesieniu do części praktyk (w pkt. I.1, I.2, I.3 lub I.4) i związanej z nimi kary pieniężnej (II.1 lub II.2), o ile Sąd nie uwzględni wniosku o zmianę decyzji w całości.

W przypadku nie uwzględnienia powyższych wniosków – powód wniósł o uchylenie pkt. II lub zmianę pkt. II sentencji decyzji poprzez obniżenie kar pieniężnych nałożonych na (...) do kwoty odzwierciedlającej ustawowe przesłanki wymiaru kar, a w przypadku nie uwzględnienia powyższego wniosku - zmianę pkt. II.1 lub II.2 sentencji decyzji poprzez obniżenie kar pieniężnych.

Ponadto powód wniósł o zasądzenie od pozwanego na rzecz (...) kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według spisu przedłożonego na rozprawie lub też według norm przepisanych, o ile spis kosztów nie zostanie przedłożony.

### ***Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił następujący stan faktyczny:***

(...) S.A. z siedzibą w W. był wpisany w Krajowym Rejestrze Sądowym pod numerem (...). Spółka ta przekształciła się w spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością pod firmą (...) Sp. z o.o. i została zarejestrowana w Krajowym Rejestrze Sądowym w dniu 07 maja 2012 r. pod numerem (...) (k. 43-45 akt sąd.). W 2011r. Spółka osiągnęła przychód w wysokości (...)zł (CIT-8 k. 155 akt adm.).

(...) jest przedsiębiorcą świadczącym usługi telekomunikacyjne, jest m.in. operatorem sieci telefonii komórkowej (...). W ramach oferty sieci komórkowej (...) (...)świadczy pod marką (...) na kartę (system przedpłacony, tzw. prepaid), usługi telekomunikacyjne w taryfie: oferta 36,6 - kierowana w założeniu do młodzieży oraz oferta (...) - kierowana w założeniu do pozostałych klientów.

(...) prowadził kampanię reklamową telefonii prepaid 36,6 pod hasłem „Być może nie zasłużyłeś na prezent, ale go od nas dostaniesz” oraz kampanię reklamową dotyczącą promocji „Profil Tanio do wszystkich” organizowanej w telefonii (...).

Kampania reklamowa telefonii pre-paid 36,6 - „Być może nie zasłużyłeś na prezent, ale go od nas dostaniesz” rozpoczęła się w dniu 01 czerwca 2009 r. i trwała do 26 lipca 2009 r. (k. 17 akt adm.).

W ramach tej kampanii Spółka emitowała w telewizji filmy reklamowe (...) i (...) (k. 25 akt adm.).

W spocie reklamowym (...) mężczyzna doprowadzał do zejścia lawiny w górach. Po przedstawieniu scenki rodzajowej lektor wypowiadał słowa „Być może nie zasłużyłeś na prezent, ale go od nas dostaniesz”. W dalszej części reklamy na tle zasy py śnieżnej pojawiał się kolorowy napis „Darmowy Internet i 29 gr/min do wszystkich.” Po prawej stronie od ww. napisu widoczna była wystająca z zasy ludzka ręka. W lewym dolnym rogu ekranu znajdowało się zaś zdanie „Oferta nie dotyczy (...). Szczegóły w Regulaminie na (...)”. Napis ten miał wymiary liter kilkakrotnie mniejsze od hasła eksponowanego w centralnej części ekranu, litery były jasnoszare na tle białej zasy śnieżnej, jedynie adres strony internetowej (...) wyróżniony był kolorem czarnym. W czasie prezentowania wskazanego wyżej hasła reklamowego lektor mówił: „Darmowy Internet do każdego doładowania i 29 groszy za minutę do wszystkich.” Następnie na ekranie pojawiała się biała plansza z logo (...), a lektor mówił „(...)”.

W spocie reklamowym (...) na ekranie pojawiał się żuk. Chwilę później siadał na nim mężczyzna. Słychać było chrzęst. Po zakończeniu tej scenki lektor wypowiadał słowa „ Być może nie zasłużyłeś na prezent, ale go od nas dostaniesz ”. W dalszej części reklamy na czarnym tle pojawiał się kolorowy napis „ Darmowy Internet i 29 gr/min do wszystkich.” Poniżej tego napisu również na czarnym tle widniało napisane białymi literami i dużo mniejszą czcionką zdanie „Podczas kręcenia naszej reklamy nie zginął żaden żuczek :)”. W prawej części ekranu znajdowało się zaś napisane pionowo zdanie „ Oferta nie dotyczy (...). Szczegóły w Regulaminie na (...)” Napis ten miał wymiary liter kilkakrotnie mniejsze od hasła eksponowanego w centralnej części ekranu, litery były jasnoszare na białym tle, jedynie adres strony internetowej (...) wyróżniony był kolorem czarnym. W czasie prezentowania wskazanego wyżej hasła reklamowego lektor mówił: Darmowy Internet do każdego doładowania i 29 groszy za minutę do wszystkich. ” Następnie na ekranie pojawiała się czarna plansza z logo (...), a lektor mówił „ (...)”.

Łącznie w stacjach telewizyjnych Spółka wyemitowała 8 908 spotów reklamowych (k. 79 akt adm.).

W ramach reklamy zewnętrznej (tzw. outdoor) Spółka wykorzystywała wobblery (k. 26 akt adm.), plakaty (k. 27 akt adm.), hangery (k. 28, 29 akt adm.), plakaty citylight (k. 30 akt adm.), ulotki (k. 33-36 akt adm.), jak również billboardy (k. 31, 32 akt adm.).

Treść wobblersów i hangerów była tożsama. Na białym tle zostało wyeksponowane logo (...) oraz hasła „Darmowy i internet”, „29 gr/min”, „do wszystkich”. Pod ostatnim wskazanym hasłem dużo mniejszymi literami zapisane zostało zdanie „Oferta nie dotyczy (...)”.

Również na plakatach, plakatach citylight oraz na billboardach zamieszczone zostały logo (...) oraz hasła „Darmowy i internet”, „29 gr/min”, „do wszystkich”. Na plakatach citylight po lewej stronie planszy na jasnym tle pionowo umieszczony został napis „ Oferta nie dotyczy (...)” wykonany jasno szarymi literami o czcionce kilkakrotnie mniejszej niż czcionka haseł głównych. Na plakatach wskazówka objaśniająca o treści „Oferta nie dotyczy (...)” pojawiła się pod hasłem „do wszystkich”, została zapisana poziomo czcionką dalece mniejszą w stosunku do czcionki zastosowanej do zapisu innych haseł. Na ulotce wskazówka objaśniająca umieszczona została w części środkowej, zapisana czcionką małych rozmiarów w kolorze jasnoszarym na białym tle. Na billboardach napis „Oferta nie dotyczy (...)” w ogóle się nie pojawił.

W dolnej części plakatów dodatkowo wskazano: „ Teraz na rozmowy z 36 osobami ze wszystkich sieci zapłacisz tylko 29 gr/min i 5 gr/SMS. Do znajomych w sieci (...) masz stawkę 9 gr/min i 1 gr/SMS. A jakby tego jeszcze było mało, to dodajemy Ci dodatkowo prezent - darmowy Internet”. Podobną informację zamieszczono u dołu plakatów citylight: „W 36,6 dostajesz: rozmowy z 36 znajomymi ze wszystkich sieci po 29 gr/min, SMS-y po 5 gr, darmowy Internet za każde doładowanie”. Poniżej mniejszą czcionką zapisano: „Aktywacja Tańszych rozmów i SMS-ów z 36 wybranymi osobami: \*106\*11\*48 nr\_tel# Aktywacja Darmowych Pakietów Internetowych do każdego doładowania: \*136\*11\*60#. Szczegóły oferty na(...)”.

Ulotki zawierały szeroki zakres informacji. Na jednej z kolejnych stron ulotki wskazano m.in.: „ W 36,6 dostajesz tyle, co u innych, a dodatkowo jeszcze prezent. W tym przypadku rozmowy z 36 znajomymi ze wszystkich sieci masz po 29 groszy, SMS-y po 5 gr, a jako bonus darmowy Internet i GG 36,6 na 7 dni za doładowanie ” oraz

(...)a

Do znajomych	Minuta	SMS
W innych sieciach sieciach	29 groszy	5 groszy
W sieci (...)	9 groszy	1 grosz

Aktywacja usługi: \*106\*11\*48numer\_telefonu#

Opłata za korzystanie z usługi wynosi 1 zł za 90 dni"

Spółka rozdystrybuowała 745 000 ulotek, wykorzystwała 1630 billboardów, 8 200 hangerów, 9 000 wobblersów i 1192 plakatów citylight (k. 79 akt adm.). Billboardy i plakaty były rozwieszane w miejscowościach położonych na terenie całego kraju.

Materiały reklamowe typu wobbler, hanger oraz plakat były eksponowane wyłącznie w punktach sprzedaży, w których jednocześnie konsumenci mogli otrzymać dodatkowe informacje o ofercie, w tym również z dostępnych ulotek.

Spółka prowadziła także szeroko zakrojoną kampanię reklamową w Internecie. Reklamy rozpowszechniane w internecie miały różne formy. Z każdej z reklam internetowych następowało przekierowanie na stronę (...) na której znajdowały się szczegółowe informacje o ofercie (k. 79 akt adm.).

Oferta przedstawiana w ramach przedmiotowej kampanii reklamowej uregulowana w następujących wzorcach umownych:

- „Regulamin świadczenia usług telekomunikacyjnych przez (...) S.A. dla Użytkowników(...)” (k. 37-45 akt adm.),
- „Cennik taryfy (...)”(k. 46-52 akt adm.),
- „Regulamin promocji Darmowe Pakiety Internetowe w (...)” (k. 53-54 akt adm.),
- „Regulamin promocji (...)” (k. 55-57 akt adm.).

W myśl pkt 3 „Regulaminu promocji (...)” w okresie trwania promocji użytkownicy mogli ustawić na swoim koncie maksymalnie 36 numerów, w tym numerów w sieci (...), w sieciach stacjonarnych oraz w obcych krajowych sieciach komórkowych, w tym sieci „Sami swoi” (z wyłączeniem sieci (...)), na które mogli wykonywać połączenia głosowe oraz wysyłać sms-y według stawek określonych w pkt 7 lit.c tj.

- minuta połączenia głosowego z Wybrany Numerem w sieci (...): 9 gr;

- sms wysłany do Wybranego Numeru w sieci (...): 1 gr;

- minuta połączenia głosowego z Wybrany Numerem w krajowych sieciach komórkowych (w tym sieci Sami swoi) oraz na numery stacjonarne: 29 gr;

- sms wysłany do Wybranego Numeru w krajowych sieciach komórkowych (w tym sieci (...)): 5 gr.

Zgodnie z pkt 4 „Regulaminu promocji (...)”, w ramach promocji opłata za ustawienie jednego wybranego numeru na okres 2160 godzin wynosiła 1 zł i pobierana była cyklicznie, co 2160 godzin (okres ważności 2160 godzin równy jest

90 dobom), od momentu ustawienia danego wybranego numeru do upłynięcia okresu ważności wybranego numeru lub wyłączenia wybranego numeru przez użytkownika.

Zgodnie z „Cennikiem taryfy (...)” standardowa opłata za minutę połączenia głosowego do wszystkich krajowych sieci stacjonarnych i komórkowych, a więc także do sieci (...), wynosiła 60 groszy za minutę, opłata za wysłanie sms-a zaś 15 gr.

Kampania (...) - „(...)” rozpoczęła się w dniu 16 marca 2009 r. i trwała do 15 maja 2009 r. (k. 87 akt adm.). W ramach tej kampanii Spółka emitowała w telewizji i w kinach filmy reklamowe przedstawiające scenki parodie rewolucji francuskiej (k. 91 akt adm.).

W spocie reklamowym (...) na ekranie pojawiały się obrazy miasta ogarniętego rewolucją, a następnie zgromadzenia rewolucjonistów. Przywódca zgromadzenia wypowiadał słowa „(...)”, na co kobieta z tłumu odpowiadała „(...)”. Tłum wyrażał aprobatę. W dalszej części reklamy na ekranie pojawiał się mężczyzna biorący udział w rewolucji, który mówił: „No cóż w (...) rozmawia się ze wszystkimi za 29 groszy za minutę”. W czasie wypowiedzania tej kwestii w górnej części ekranu prezentowane było hasło „29 gr/min do Wszystkich Prosto i Tanio”, zaś w lewym dolnym rogu ekranu znajdowało się napisane pionowo zdanie „Oferta nie dotyczy (...)”. Napis ten miał wymiary liter kilkakrotnie mniejsze od hasła eksponowanego w centralnej części ekranu. Napisy te zniknęły. Mężczyzna mówił: „(...) Prosto i tanio.” W tym czasie w lewym dolnym rogu ekranu pojawiała się logo (...), zaś w prawym dolnym rogu adres strony internetowej (...)

W spocie reklamowym (...) na ekranie widoczna była wylaniająca się z mgły twierdza. W tym czasie lektor wygłaszał komunikat: „Największa sieć w Polsce burzy stary porządek. Od teraz każdy, kto jest w (...) ma prawo spiskować ze wszystkimi już za 29 groszy za minutę”. Na tle widoku twierdzy prezentowane było hasło „29 gr/min do Wszystkich Prosto i Tanio”. Pod tym hasłem znajdowało się napisane poziomo zdanie „Oferta nie dotyczy (...)”. Komunikat ten miał wymiary liter kilkakrotnie mniejsze od hasła eksponowanego w centralnej części ekranu i został zapisany czcionką w kolorze jasnoszarym na ciemnoszarym tle. Następnie lektor wypowiadał kwestię: „(...) Prosto i tanio.” W tym czasie w centralnej części ekranu pojawiała się logo plus, zaś w prawym dolnym rogu adres strony internetowej (...)

Łącznie w stacjach telewizyjnych Spółka wyemitowała 6 877 spotów reklamowych, w kinach zaś 39 612 (k. 123 akt adm.).

W ramach reklamy zewnętrznej Spółka korzystała z plakatów (k. 92 akt adm.), billboardów (k. 93-95 akt adm.) i ulotek (k. 96-97 akt adm.). Zarówno plakaty, billboardy, jak i ulotki przedstawiały pole walki po bitwie, na tle którego w górnej części widniało hasło „29 gr/min do Wszystkich Prosto i Tanio”, w dolnym prawym rogu znajdowało się logo (...), w dolnym lewym rogu zaś adres strony internetowej (...). Po lewej stronie planszy pionowo umieszczony został napis „Oferta nie dotyczy (...)” wykonany niebieskimi literami o czcionce kilkakrotnie mniejszej niż czcionka haseł głównych.

Spółka rozdystrybuowała 1 040 000 ulotek, wykorzystwała 352 billboardy i 2021 plakatów citylight (k. 123 akt adm.).

Spółka prowadziła także kampanię reklamową w Internecie. Przekierowanie z każdej z reklam internetowych następowało na stronę (...).

Oferta przedstawiana w ramach przedmiotowej kampanii reklamowej była uregulowana w następujących wzorcach umownych:

- „Regulamin świadczenia usług telekomunikacyjnych przez (...) S.A. dla Użytkowników” (k. 98-102 akt adm.),

- „Cennik taryfy (...)” (k. 103-110 akt adm.),
- „Regulamin promocji (...)” (k. 111-112 akt adm.),
- „Regulamin promocji profil (...) (...)” (k. 113-114 akt adm.).

Stosownie do zapisów „Regulaminu promocji (...) (...) promocja ta obejmowała użytkowników, którzy korzystali z taryfy (...) (pkt 1). Warunkiem skorzystania z promocji było aktywowanie odpłatnego profilu (pkt. 3 i 4), który umożliwiał wykonywanie połączeń głosowych do wszystkich krajowych sieci komórkowych (z wyjątkiem sieci (...) Sp. z o.o.) i sieci stacjonarnych za 0,29 zł (z VAT).

Opłata za minutę połączenia głosowego do sieci (...) naliczana była natomiast zgodnie z cennikiem taryfy (...) i wynosiła 0,72 zł (z VAT) (pkt 8 a).

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów przeprowadził postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia czy (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. (wcześniej: (...) S.A.) operator telefonii prepaid (...) sieci (...), dopuścił się naruszenia przepisów uzasadniającego wszczęcie postępowania w sprawie zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów lub naruszenia chronionych prawem interesów konsumentów uzasadniającego podjęcie działań określonych w odrębnych ustawach (sygn. akt DDK-405-36/09/AH oraz sygn. akt DDK-405-27/09/AH).

W dniu 23 grudnia 2010 r. wszczęto z urzędu postępowanie w związku z podejrzeniem stosowania przez (...) praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 u.o.k.i.k. polegających na:

I. podawaniu w ramach kampanii reklamowej telefonii prepaid 36,6 prowadzonej pod hasłem „Być może nie zasłużyłeś na prezent, ale go od nas dostaniesz” informacji w sposób wprowadzający w błąd, iż cena połączenia telefonicznego do wszystkich w ramach przedmiotowej oferty wynosiła 29 groszy za minutę, podczas gdy cena połączenia telefonicznego do (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W., operatora sieci (...), wynosiła 60 groszy za minutę, co może stanowić nieuczciwą praktykę rynkową w rozumieniu art. 3 w zw. z art. 5 ust. 1 w zw. z art. 5 ust. 3 pkt 5 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz. 1206) oraz godzić w zbiorowe interesy konsumentów.

II. podawaniu w ramach kampanii reklamowej sieci (...) dotyczącej promocji (...) informacji w sposób wprowadzający w błąd, iż cena połączenia telefonicznego do wszystkich w ramach przedmiotowej oferty wynosiła 29 groszy za minutę, podczas gdy cena połączenia telefonicznego do (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W., operatora sieci (...), wynosiła 72 grosze za minutę, co może stanowić nieuczciwą praktykę rynkową w rozumieniu art. 3 w zw. z art. 5 ust. 1 oraz art. 5 ust. 3 pkt 5 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz. 1206) oraz godzić w zbiorowe interesy konsumentów.

III. podawaniu w ramach kampanii reklamowej telefonii prepaid 36,6 prowadzonej pod hasłem „Być może nie zasłużyłeś na prezent, ale go od nas dostaniesz” informacji, iż cena połączenia telefonicznego do wszystkich w ramach przedmiotowej oferty wynosiła 29 groszy za minutę, podczas gdy cena ta obowiązywała jedynie do wybranych przez użytkownika maksymalnie 36 numerów sieci stacjonarnych i sieci komórkowych, co może stanowić nieuczciwą praktykę rynkową w rozumieniu art. 3 w zw. z art. 4 ust. 2 w zw. z art. 5 ust. 1, ust. 2 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz. 1206) oraz godzić w zbiorowe interesy konsumentów.

IV. podawaniu w ramach kampanii reklamowej telefonii prepaid 36,6 prowadzonej pod hasłem „Być może nie zasłużyłeś na prezent, ale go od nas dostaniesz” informacji, iż cena połączenia telefonicznego do wszystkich w ramach przedmiotowej oferty wynosiła 29 groszy za minutę, podczas gdy cena ta obowiązywała jedynie do wybranych przez użytkownika numerów pod warunkiem ich odpłatnego ustawienia na koncie użytkownika, co może stanowić nieuczciwą praktykę rynkową w rozumieniu art. 3 w zw. z art. 4 ust. 2 w zw. z art. 6 ust. 1, ust. 3 pkt 1 oraz ust. 4 pkt 1 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz. 1206) oraz godzić w zbiorowe interesy konsumentów (k. 2- 9 akt adm.).



Pismem z dnia 23 grudnia 2010 r. (...) została zawiadomiona o wszczęciu przedmiotowego postępowania administracyjnego oraz o zaliczeniu w poczet dowodów w tym postępowaniu dokumentów zgromadzonych w toku postępowania wyjaśniającego o sygn.: (...) oraz postępowania wyjaśniającego o sygn.: (...) (k. 10-13 akt adm.).

W pismach składanych w toku postępowania (...) kwestionował możliwość postawienia mu określonych przez Prezesa UOKiK zarzutów. Pełnomocnik Spółki dwukrotnie zapoznawał się z zebraniem w sprawie materiałem dowodowym, w tym raz po zawiadomieniu, pismem z dnia 12 września 2012r., o zakończeniu postępowania dowodowego z przedmiotowej sprawie.

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności wydruków i nagrań treści reklamowych, których autentyczności ani treści strony nie kwestionowały, zaś Sąd także nie miał wątpliwości co do ich wartości dowodowej, stąd były one przydatne dla ustalenia stanu faktycznego.

***W tym stanie faktycznym Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje:***

Odwołanie częściowo okazało się uzasadnione.

Zaskarżona Decyzja dotyczy czterech niedozwolonych praktyk stosowanych przez (...) Sp. z o.o., natomiast rozstrzygnięcie co do dwóch z nich, zawarte w pkt I.1 i I.2 Decyzji, w ocenie Sądu zapadło z rażącym naruszeniem prawa.

Przede wszystkim wskazać trzeba, że Prezes UOKiK wszczął i prowadził postępowanie w związku z podejrzeniem stosowania przez (...) m.in. praktyk polegających na:

- podawaniu w ramach kampanii reklamowej telefonii prepaid 36,6 prowadzonej pod hasłem „Być może nie zasłużyłeś na prezent, ale go od nad dostaniesz” informacji w sposób wprowadzający w błąd, iż cena połączenia telefonicznego do wszystkich w ramach przedmiotowej oferty wynosiła 29 groszy za minutę, podczas gdy cena połączenia telefonicznego do (...) Sp. z o.o. w W., operatora sieci (...), wynosiła 60 groszy za minutę, którą to praktykę opisał w pkt I postanowienia z dnia 23 grudnia 2010r. o wszczęciu postępowania;

- oraz na podawaniu w ramach kampanii reklamowej sieci (...) dotyczącej promocji (...) informacji w sposób wprowadzający w błąd, iż cena połączenia telefonicznego do wszystkich w ramach przedmiotowej oferty wynosiła 29 groszy za minutę, podczas gdy cena połączenia telefonicznego do (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W., operatora sieci (...), wynosiła 72 grosze za minutę, którą to praktykę opisał w pkt II postanowienia z dnia 23 grudnia 2010r. o wszczęciu postępowania.

Tak sformułowane praktyki dotyczą zatem kwestii ceny podawanej w reklamach emitowanych przez powoda. Prezes UOKiK prowadził zatem postępowanie w kierunku wprowadzania konsumentów w błąd poprzez podawanie za pomocą różnych środków przekazu, iż cena połączenia telefonicznego do wszystkich wynosiła 29 groszy za minutę, w sytuacji gdy zarówno w ramach konkretnych promocji telefonii prepaid (...) jak też sieci (...) cena połączenia do sieci (...) była ponad dwukrotnie wyższa. Przy czym do tak sformułowanych zarzutów, w toku całego postępowania administracyjnego, ustosunkowywał się powód.

W ocenie Sądu nie można uznać, że zarzut określony w pkt I postanowienia o wszczęciu postępowania administracyjnego odpowiada praktyce wyrażonej w pkt I.1 Decyzji, a zarzut określony w pkt II tego postanowienia odpowiada praktyce wyrażonej w pkt I.2 Decyzji. W wymienionych punktach Decyzji Prezes UOKiK podważył bowiem sposób podawania przez powoda w kampanii reklamowej telefonii prepaid (...) prowadzonej pod hasłem „Być może nie zasłużyłeś na prezent, ale go od nas dostaniesz” oraz kampanii reklamowej sieci (...) dotyczącej promocji „Profil Tanio do wszystkich”, a konkretnie w reklamach z komunikatem, iż cena połączenia telefonicznego do wszystkich wynosiła 29 groszy za minutę, wskazówki objaśniającej „Oferta nie dotyczy (...)”, tj. zastosowaną w tej wskazówce wielkość i kolorystykę czcionki, kierunek tekstu i tło, przez co wskazówka ta mogła być nieczytelna i wobec tego mogła

wprowadzać w błąd. Prezes UOKiK w zaskarżonej Decyzji nie zarzucał zatem (...) Sp. z o.o. podawania informacji wprowadzającej w błąd, że cena wynosi 29 gr. do wszystkich w ramach przedmiotowych ofert, podczas gdy cena za minutę połączenia do (...) sp. z o.o. operatora sieci (...) wynosiła odpowiednio 60 gr. i 72 gr., tylko podawania wskazówki objaśniającej „Oferta nie dotyczy (...)” w sposób nieczytelny, przez co mogący wprowadzać w błąd.

Wobec powyższego zachodzi odmienność istoty praktyk powoda kwestionowanych przez Prezesa UOKiK w postępowaniu administracyjnym oraz tych, które zostały ostatecznie uznane za niedozwolone w Decyzji. Na ocenę tą nie wpływa okoliczność, iż w omawianych punktach postanowienia o wszczęciu postępowania oraz Decyzji zastosowano tą samą podstawę prawną. Tożsamość tej podstawy nie zmienia bowiem faktu różnicy w ujęciu działań powoda w dwóch odrębnych aktach organu antymonopolowego.

W niniejszym przypadku stwierdzić należy, że powód nie miał możliwości przedstawiania swoich racji odnośnie tak ujmowanych praktyk, jak Prezes UOKiK nakreślił je w zaskarżonym rozstrzygnięciu. Tymczasem, zgodnie z przepisem art. 74 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) Prezes Urzędu, wydając decyzję kończącą postępowanie, uwzględnia tylko zarzuty, do których strony mogły się ustosunkować. Skoro więc Prezes UOKiK uwzględnił w pkt I.1 i I.2 Decyzji zarzuty, do których (...) nie mógł się ustosunkować, należało uznać, że dopuścił się naruszenia powołanego przepisu.

W tym miejscu zaznaczenia wymaga słuszny pogląd prezentowany w doktrynie, iż postanowienie o wszczęciu postępowania musi w sposób jasny określać, jakiego rodzaju naruszenia Prezes Urzędu się dopatruje i jaka jest jego kwalifikacja prawna. Powinność ta wynika z zasady czynnego udziału strony w postępowaniu administracyjnym, wyrażonej w art. 10 k.p.a., z którą przepis art. 74 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest skorelowany. Rozstrzygnięcie zawarte w decyzji kończącej postępowanie powinno odnosić się ściśle do działań lub zaniechań opisanych w postanowieniu o wszczęciu postępowania. Orzekanie o zachowaniach, które nie zostały wskazane w tym postanowieniu, nawet jeśli naruszają ten sam przepis ustawy, jest niedopuszczalne. W każdym przypadku, gdy postępowanie antymonopolowe ujawni takie zachowania, które nie zostały objęte zarzutami, wydanie decyzji jest możliwe dopiero po wydaniu postanowienia o wszczęciu postępowania. Za dozwolone uznać należy jedynie takie zmiany w opisie działań lub zaniechań przedsiębiorcy, które nie zmieniają istoty zarzucanych zachowań, a jedynie je doprecyzowują, zapewniając zarazem decyzji wykonalność. Niespełnienie powyższych wymagań uniemożliwia stronie aktywne podejmowanie obrony poprzez formułowanie stanowiska i wniosków dowodowych stosownych do przedmiotu postępowania, a w końcowym rozrachunku uczyni decyzję wadliwą (Jarosław Krüger, Komentarz do art. 74 i 88 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, LEX).

Jeśli zatem Prezes UOKiK chciał doprecyzować zarzucane przedsiębiorcy i określone w postanowieniu z dnia 23 grudnia 2010 r. o wszczęciu postępowania administracyjnego zachowania, wskutek czego opis tego zachowania miał ulec zmianie jak to miało miejsce w przypadku przedmiotowej Decyzji, powinien o tym poinformować przedsiębiorcę w ramach prowadzonego przed Prezesem Urzędem postępowania, gdyż mogło to mieć wpływ na ustalenie praw i obowiązków strony będących przedmiotem postępowania ( art. 9 i 10 kpa).

Sąd nie podziela natomiast stanowiska powoda, iż w przypadku zarzucanych mu zachowań określonych w pkt. I.3 i I.4. Decyzji postępowanie przed Prezesem UKOiK prowadzone było pod kątem innych zarzutów. Co prawda jeśli chodzi o kwalifikację prawną praktyk określonych w pkt III i IV postanowienia o wszczęciu postępowania z dnia 23 grudnia 2010 r. odwołano się m. in. do przepisu art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U. Nr 171, poz. 1206), natomiast w praktykach identycznie scharakteryzowanych odpowiednio w punktach I.3 i I.4 Decyzji oprócz wskazanej w w.wym. postanowieniu podstawy prawnej wymieniono dodatkowo art. 4 ust. 1 powołanej ustawy, to jednak w ocenie Sądu nie naruszyło to jak twierdzi powód art. 74 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Należy bowiem zauważyć, że po pierwsze - opis zarzucanych przedsiębiorcy praktyk zawarty w pkt. III i IV postanowienia wszczynającego postępowanie przed Prezesem Urzędu oraz w pkt I.3 i I.4. Decyzji jest tożsamy, a po drugie - art. 4 ust. 2 powołany w postanowieniu z dnia 23 grudnia 2010 r. (w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania Decyzji) nie może być interpretowany bez odniesienia do treści art. 4 ust. 1, gdyż ustęp 2 tego przepisu odwołuje się wprost do przesłanek podanych w jego

ustępie 1, na co wskazuje sam przepis art. 4 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Zatem niemożliwe byłoby uznanie nieuczciwej praktyki rynkowej określonej w ust. 2 art. 4, między innymi praktyki rynkowej wprowadzającej w błąd, jeśli praktyka ta nie spełniałaby przesłanek określonych w ust. 1 art. 4 ustawy. Stąd powyższe doprecyzowanie w Decyzji kwalifikacji prawnej zarzucanych powodowej Spółce działań nie może być interpretowane jako istotne uchybienie Prezesa UOKiK.

Wobec powyższego, Sąd uznał Decyzję w zakresie pkt I.1 i I.2 za wydaną z rażącym naruszeniem prawa tj. art. 74 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 9 i 10 kpa w zw. z art. 83 ustawy o k i k, co skutkowało uchyleniem rozstrzygnięć zawartych w tych punktach. Z kolei takie orzeczenie implikowało uchylenie pkt II.2 dotyczącego nałożenia kary za naruszenie określone w pkt I.2 oraz pkt II.1 w zakresie kary pieniężnej orzeczonej z tytułu naruszeń określonych w pkt I.1 sentencji Decyzji. Powyższe rozstrzygnięcie zapadło w oparciu o art. 479<sup>31a</sup> § 3 kpc.

W pozostałej części odwołanie nie mogło zostać uwzględnione, albowiem Prezes UOKiK słusznie ocenił, iż praktyki z pkt I.3 i I.4 Decyzji naruszały zbiorowe interesy konsumentów w myśl art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 i 2 powołanej ustawy zakazane jest stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działania przedsiębiorcy, w tym między innymi nieuczciwe praktyki rynkowe lub czyny nieuczciwej konkurencji. Oceny, czy w danym przypadku mamy do czynienia z praktyką określoną w art. 24 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów możemy zatem dokonać na podstawie ustalenia łącznego spełnienia następujących przesłanek:

- 1) bezprawności działania przedsiębiorcy,
- 2) godzenia tymi działaniami w zbiorowy interes konsumentów.

Nie budzi wątpliwości w niniejszej sprawie, że powód jest przedsiębiorcą i że podejmuje działania w obrocie z konsumentami. Rozstrzygnięcia wymaga więc kwestia, czy działania i zaniechania opisane w stanie faktycznym sprawy są bezprawne i czy naruszają zbiorowe interesy konsumentów.

O bezprawności w rozumieniu powołanego przepisu możemy mówić, gdy zachowanie przedsiębiorcy - czyli jego działanie, jak również zaniechanie - jest sprzeczne z powszechnie obowiązującym porządkiem prawnym, a więc zarówno z normami prawnymi, jak również z zasadami współżycia społecznego i dobrymi obyczajami. Bezprawność jest przy tym obiektywnym czynnikiem, a więc jest niezależna od winy i jej stopnia, jak również bez znaczenia jest świadomość istnienia naruszeń. Bezprawność jest także niezależna od wystąpienia szkody.

W przypadku praktyk opisanych w pkt I.3 i I.4 Decyzji ich bezprawność wynika z naruszenia powszechnie obowiązującej normy prawnej wyrażonej w art. 3 ustawy z dnia o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym - zakazu stosowania nieuczciwych praktyk rynkowych, które to praktyki zostały wymienione wprost w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy okik jako działania bezprawne. Wykazanie, że przedsiębiorca dopuścił się nieuczciwej praktyki rynkowej, po jednoczesnym ustaleniu, że doszło do naruszenia zbiorowego interesu konsumenta, przesądzać będzie zatem o uznaniu praktyki przedsiębiorcy za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ustawy okik.

Zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, praktyka rynkowa stosowana przez przedsiębiorców wobec konsumentów jest nieuczciwa, jeżeli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu. W myśl natomiast art. 4 ust. 2 tej ustawy za nieuczciwą praktykę rynkową uznaje się w szczególności praktykę rynkową wprowadzającą w błąd oraz agresywną praktykę rynkową, a także stosowanie sprzecznego z prawem kodeksu dobrych praktyk, jeżeli działania te spełniają przesłanki określone w ust. 1.

W ramach obydwu punktów I.3 i I.4 Decyzji przypisano powodowi nieuczciwą praktykę rynkową, jaką jest praktyka rynkowa wprowadzająca w błąd. W pierwszym przypadku poprzez działanie wprowadzające w błąd, a w drugim poprzez zaniechanie.

Ocena każdej praktyki stosowanej przez przedsiębiorcę, w tym praktyki polegającej na wprowadzaniu w błąd musi się odnosić do przeciętnego konsumenta, którego ustawa definiuje jako tego, 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. Sąd podziela pogląd Prezesa UOKiK, że za przeciętnego konsumenta w niniejszej sprawie należy uznać konsumenta dostatecznie dobrze poinformowanego, uważnego i ostrożnego, który wprawdzie nie posiada wiedzy specjalistycznej w zagadnieniach związanych z ofertami operatorów komórkowych, rozumie jednak kierowane do niego informacje i potrafi je wykorzystać do podjęcia świadomej decyzji. Korzystanie z telefonu komórkowego nie wymaga posiadania szczególnej wiedzy, czy też większych niż przeciętne umiejętności. W stosunku do innych dóbr posiadanie telefonu komórkowego nie wiąże się z nadmiernym wydatkiem, co pozwala na przyjęcie, że konsument może podejmować decyzję o zakupie usług telefonii komórkowej bez wnikliwego analizowania warunków ofert. Przeciętny konsument jest świadomy specyfiki języka reklam, oraz że ich celem jest zachwalanie produktu, by w konsekwencji znalazł on nabywcę. Zarzucana powodowi praktyka dotyczy wprowadzania w błąd konsumenta na etapie reklamy powszechnie dostępnej oferty dotyczącej usług telefonii komórkowej, która ma przyciągnąć konsumenta do placówki handlowej przedsiębiorcy, zatem trudno przyjąć, jak podnosi powód, że grupa konsumentów, do których jest kierowana oferta posiada szczególne cechy wyróżniające na tle innych. Słusznie jednak wskazał pozwany, że nawet ostrożny i uważny konsument ma prawo do rzetelnej informacji, która przy założeniu dokonania z jego strony aktów staranności w celu zrozumienia oferty przedsiębiorcy nie będzie wprowadzać w błąd.

Stosownie do treści art. 5 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, 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. Przy czym, w świetle art. 5 ust. 2 pkt 1 ustawy wprowadzającym w błąd działaniem może być zwłaszcza rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji, a w myśl art. 5 ust. 3 pkt 1 ustawy działanie to może dotyczyć istnienia produktu, jego rodzaju, dostępności.

Takiej właśnie praktyki dopuścił się powód, kwalifikowanej z art. 3 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 w zw. z art. 5 ust. 1, ust. 2 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, polegającej na podawaniu w ramach kampanii reklamowej telefonii prepaid 36,6 prowadzonej pod hasłem „Być może nie zasłużyłeś na prezent, ale go od nas

dostaniesz" informacji, iż cena połączenia telefonicznego do wszystkich w ramach przedmiotowej oferty wynosiła 29 groszy za minutę, podczas gdy cena ta obowiązywała jedynie do wybranych przez użytkownika maksymalnie 36 numerów sieci stacjonarnych i sieci komórkowych.

W kampanii tej, w reklamach telewizyjnych, na wobblach, hangerach, billboardach przekazywano informację o treści „Darmowy internet i 29 gr/min do wszystkich”. Przekaz ten jest jednoznaczny, dlatego dla konsumentów oznaczało to, iż korzystając z danej oferty mogliby wykonywać połączenia w oferowanej cenie 29 groszy za minutę do wszystkich. Innymi słowy konsument na podstawie reklamy o takiej treści był przekonany, że w ramach danego promocyjnego produktu wszystkie dowolnie wybrane przez niego połączenia kosztowałyby 29 groszy za minutę. Tymczasem faktycznie konsument mógł wykonywać połączenia w takiej cenie nie do wszystkich, a do co najwyżej 36 osób, przy czym ich numery musiał uprzednio wybrać i ustawić na koncie użytkownika. W przeciwnym wypadku stawka połączenia głosowego wynosiła 60 groszy za minutę, tak więc była dwukrotnie wyższa od prezentowanej w reklamie. Rozpowszechniana zatem informacja o treści „Darmowy internet i 29 gr/min do wszystkich” jest nieprawdziwa, gdyż produkt taki jak w reklamie nie istniał. Spośród wszystkich form reklamy jedynie

na plakatach oraz na ulotkach podano, że oferta obejmuje możliwość rozmowy za 29 gr/min z 36 osobami. Taką informację Przedsiębiorca mógł jednak bez trudu zawrzeć w każdego rodzaju reklamie. Należy zatem stwierdzić, że wyeksponowanie w kampanii reklamowej hasła „29 gr/min do wszystkich” i niewskazanie w większości materiałów reklamowych, iż proponowana cena połączenia obowiązuje wyłącznie do limitowanej liczby osób, prowadziło do wywołania mylnego wyobrażenia u konsumentów o cechach usługi promowanej w ofercie (...).

Powód dopuścił się także praktyki kwalifikowanej z art. 3 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 w zw. z art. 6 ust. 1, ust. 3 pkt 1 oraz ust. 4 pkt 1 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, polegającej na podawaniu w ramach kampanii reklamowej telefonii prepaid (...) prowadzonej (...) może nie zasłużyłeś na prezent, ale go od nas dostaniesz” informacji, iż cena połączenia telefonicznego do wszystkich w ramach przedmiotowej oferty wynosiła 29 groszy za minutę, podczas gdy cena ta obowiązywała jedynie do wybranych przez użytkownika numerów pod warunkiem ich odpłatnego ustawienia na koncie użytkownika.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 wymienionej ustawy praktykę rynkową uznaje się za zaniechanie wprowadzające w błąd, jeżeli pomija istotne informacje potrzebne przeciętnemu konsumentowi do podjęcia decyzji dotyczącej umowy i tym samym powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął. Stosownie do art. 6 ust. 3 pkt 1 wprowadzającym w błąd zaniechaniem może w być w szczególności zatajenie lub nieprzekazanie w sposób jasny, jednoznaczny lub we właściwym czasie istotnych informacji dotyczących produktu. W przypadku propozycji nabycia produktu, za istotne informacje, o których mowa w ust. 1, uznaje się w szczególności istotne cechy produktu w takim zakresie, w jakim jest to właściwe dla danego środka komunikowania się z konsumentami i produktu (art.6 ust. 4 pkt 1).

I tak w wypadku ww. kampanii promującej ofertę za pomocą hasła „29 gr/min do wszystkich” Przedsiębiorca pominął w reklamach istotną informację, iż koszt połączenia w taryfie właściwej dla danej oferty wynosi 29 groszy za minutę tylko w razie spełnienia dodatkowych warunków. Hasło „29 gr/min do wszystkich” bez tego typu wzmianki wprowadza bowiem w błąd, iż Spółka oferuje wszystkie połączenia głosowe za 29 groszy za minutę bez konieczności podejmowania dodatkowych czynności, czy uiszczania kolejnych opłat. Zatem Spółka powinna dla jasności i rzetelności informacji podać w przekazie skierowanym do konsumentów, iż wymieniona w reklamie cena jest uzależniona od realizacji innych jeszcze kryteriów, nie jest to bowiem cena automatycznie obowiązująca za dany produkt. Tymczasem cena połączenia telefonicznego w ramach przedmiotowej oferty wynosiła 29 groszy za minutę jedynie w razie ustawienia przez użytkownika wybranych numerów i pod warunkiem ich odpłatnego ustawienia na koncie użytkownika. Przy czym gdyby konsument chciał skorzystać z oferty w całym zakresie i ustawić maksymalną liczbę - 36 wybranych numerów, musiałby uiścić za każde zaprogramowanie numeru opłatę w wysokości 1 zł, która to opłata była pobierana cyklicznie co 90 dni, a zatem w odstępie czasu około 3 miesięcy musiałby wpłacać nadplanową opłatę w wysokości aż 36 zł. Na tym tle reklama o treści 29 gr/min do wszystkich jest zdecydowanie myląca.

Sąd zważył, iż skutkiem obydwu powyżej opisanych zachowań powoda, o których mowa w pkt I.3 i I.4 Decyzji mogło być podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji, której inaczej by nie podjął. Działanie Przedsiębiorcy zniekształcało bowiem zachowania rynkowe przeciętnych, roztropnych konsumentów, którzy interesowali się produktem, dlatego że pozostawali w błędnym przekonaniu o możliwości rozmów telefonicznych ze wszystkimi za 29 groszy za minutę, mając mylne wyobrażenie co do wyjątkowo korzystnych warunków oferty, z której faktyczne skorzystanie było obwarowane ograniczeniami w postaci ograniczonej liczby numerów, na które można było uzyskać tańsze połączenia i dodatkowych opłat. Zatajenie tych informacji stanowiło pominięcie istotnych danych potrzebnych przeciętnemu konsumentowi do podjęcia decyzji dotyczącej umowy. Wybory konsumenta pozostającego w błędzie były zatem podyktowane wykreowanym wizerunkiem produktu.

Obydwie powyżej wymienione praktyki naruszały też dobre obyczaje, w tym pojmowane jako rzetelne traktowanie konsumenta w relacjach z profesjonalnym przedsiębiorcą objawiające się w udzielaniu mu jasnych, precyzyjnych i zgodnych z prawdą informacji nie wprowadzających w błąd, w tym zwłaszcza co do cech oferowanego produktu.

Jak już wyżej wskazano wymienione praktyki w istotny sposób zniekształcały lub mogły zniekształcać zachowania rynkowe przeciętnego konsumenta co do zawarcia umowy. Zachowanie Przedsiębiorcy godziło bowiem w swobodę decyzyjną konsumentów. Dzięki stworzeniu mylnego wyobrażenia u konsumenta o cechach produktu Przedsiębiorca zyskał zdolność wpływania na decyzje konsumentów. Wypełnione zostały zatem wszystkie przesłanki uznania analizowanych praktyk za nieuczciwe praktyki rynkowe w myśl art. 4 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym.

Niewątpliwie opisane praktyki naruszają zbiorowe interesy konsumentów, albowiem nakierowane są na nieograniczony krąg konsumentów będących potencjalnymi klientami Przedsiębiorcy. Praktyki były wymierzone we wszystkich konsumentów, którzy mogli zapoznać się z ofertą prezentowaną przez Przedsiębiorcę, ponieważ nie była ona kierowana do indywidualnie oznaczonych, konkretnych osób lecz do ogółu konsumentów. Na skutek stosowanej przez powoda praktyki doszło zatem do naruszenia interesu konsumentów rozumianego jako prawo do rzetelnej i prawdziwej informacji, której konsumenci mogli oczekiwać od przekazu reklamowego, a działanie Spółki mogło wpływać na decyzje konsumentów w przedmiocie nabycia oferowanych usług, przy czym działania naruszały interes nieograniczonej liczby niezindywidualizowanych konsumentów.

W tym stanie rzeczy praktyki wymienione w pkt I.3 i I.4 Decyzji stanowią niedozwolone praktyki z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Przedmiotowe praktyki zostały zaniechane przez powoda z dniem 27 lipca 2009r., wobec czego Prezes UOKiK prawidłowo stwierdził w Decyzji zaniechanie ich stosowania.

Powyższe ustalenia wskazywały na możliwość nałożenia na Przedsiębiorcę kar pieniężnych za działania opisane w pkt I.3 i I.4 Decyzji. W myśl bowiem art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10 % przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24.

Mimo, że kara pieniężna ma charakter fakultatywny, zdaniem Sądu Prezes UOKiK podjął trafną decyzję o wymierzeniu kary Przedsiębiorcy, zwłaszcza z uwagi na segment rynku na jakim doszło do naruszenia, mając na względzie wagę naruszonych interesów konsumentów, ale także potrzebę prewencyjnego oddziaływania na Przedsiębiorcę, który nie może pozostawać w przeświadczeniu o braku konsekwencji finansowych w razie dokonania czynów opisanych w Decyzji.

Jak wynika z treści art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes UOKiK przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej, o której mowa w art. 106, powinien uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy. Kara nie może jednak przekroczyć 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, czyli w roku 2011.

Przede wszystkim trzeba więc podkreślić, iż kara została nałożona na Przedsiębiorcę telekomunikacyjnego w związku z wprowadzaniem konsumentów w błąd co do cech oferowanego produktu, jego ceny i zakresu.

Niedozwolone praktyki stosowane były na etapie przedkontraktowym, którego istotą jest zachowanie przedsiębiorcy ukierunkowane na pozyskanie klientów, złożenie im oferty zachęcającej i skłaniającej do zawarcia kontraktu. W niniejszym przypadku konsumenci zostali zainteresowani, zwabieni przez Przedsiębiorcę nieprawdziwą reklamą. Już sam fakt wprowadzenia konsumentów w błąd jest naganny. Co więcej, część z nich mogła udać się do punktów sprzedaży celem dokonania zakupu i rozczarowana, po odkryciu rzeczywistych warunków oferty, umowy nie podpisać, albo zmęczona, mając na uwadze czas poświęcony na zapoznanie z warunkami oferty, umowę podpisać, na co liczył Przedsiębiorca przyciągając konsumentów fałszywą reklamą.

Rozpatrywane praktyki były dwie, aczkolwiek obydwie stanowiły wzajemnie wzmacniające się środki do osiągnięcia antykonsumenckiego celu w postaci wprowadzenia w błąd i przyciągnięcia klientów pozornie

atrakcyjną ofertą. Wymierzone były we wszystkich konsumentów zainteresowanych wykonywaniem tanich połączeń telekomunikacyjnych, a zatem zakres oddziaływania praktyki był znaczny. Nie wszystkie jednak środki reklamy wprowadzały w błąd, gdyż takiego charakteru nie miały plakaty, plakaty citylight i ulotki, jeśli chodzi o praktykę z pkt I.3 decyzji. W odniesieniu do praktyki z pkt I.4 Decyzji informacje o odpłatności aktywacji usługi zawarto w ulotkach, lecz nie zostały one w nich przekazane rzetelnie. Okoliczności te nie mogły jednak wpływać znacząco na zmniejszenie stopnia potencjalnego zniekształcenia zachowań rynkowych konsumentów.

Okres stosowania przedmiotowych praktyk był stosunkowo krótki, gdyż trwały one około dwóch miesięcy, ale zostały zaniechane w związku z zakończeniem kampanii reklamowej, nie zaś ze względu na zamiar zaprzestania przez powoda naruszania prawa. Tym niemniej krótkotrwałość zakazanych praktyk jest znacząca w kontekście krótszego negatywnego oddziaływania na rynku, co akurat nie zostało dostatecznie uwzględnione przez Prezesa UOKiK, stąd Sąd potraktował tę okoliczność jako łagodzącą.

Jako okoliczność obciążającą należało za to wziąć pod uwagę ogólnopolski zasięg stosowania praktyk.

Ponadto w odniesieniu do powoda zaznaczyć trzeba, iż na Spółce jako na profesjonalnym uczestniku obrotu spoczywał obowiązek dochowania należytej staranności przy ocenie zgodności jego działań z obowiązującymi przepisami prawa, powinien więc uwzględnić wszelkie kwestie dotyczące treści przekazywanych w reklamie. Tym samym należało uznać, że jego postępowanie miało charakter zawiniony. Przy czym dodać trzeba, że w dacie wydania zaskarżonej Decyzji powód nie był karany za naruszenie przepisów ustawy.

Należy wskazać, że Prezes UOKiK prawidłowo zastosował podstawę wymiaru kary, biorąc pod uwagę przychód (...) za 2011r. w wysokości(...)zł.

Jednakże z uwagi na to, iż Prezes UOKiK nie podał, jakie kwoty składają się na kary orzeczone w pkt. II. 1. zaskarżonej Decyzji Sąd przyjął, że kwoty te są równe. Sąd działając jako Sąd I instancji był władny kwoty te określić odmiennie, niż uczynił to Prezes UOKiK. Sąd uznał zatem za uzasadnione przyjęcie kwoty bazowej za stosowanie praktyk określonych w pkt. I.3 i I.4. jako równowartość o, (...) w.wym. przychodu dla każdej z praktyk, co daje kwotę 749.039,05zł. Sąd przyjął, że zaistniała w sprawie wyżej wymieniona okoliczność obciążająca uzasadnia zwiększenie wyjściowego poziomu kary o 20%, natomiast okoliczność uznana przez Sąd za łagodzącą, jej zmniejszenie o 20 %. Łączny wymiar kary za stosowane przez (...) Sp. z o.o. dwie praktyki z pkt. I.3 i I.4. zdaniem Sądu winien wynieść 1.498.078,00 zł., wobec czego Sąd obniżył karę za stosowanie praktyk określonych przez Prezesa UOKiK w pkt. I.3 i I.4 zaskarżonej Decyzji do wskazanej kwoty.

Przedmiotowa kara mieści się w granicach określonych w art. 106 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Podkreślenia wymaga także, że kara pieniężna, o której wyżej mowa, ma pełnić funkcję prewencji szczególnej i ogólnej, a więc być zarówno realną, odczuwalną dolegliwością dla ukaranego podmiotu, będącą reakcją na naruszenie przepisów, ale także wyraźnym ostrzeżeniem na przyszłość.

Z powyższych względów Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, uznając odwołanie za częściowo uzasadnione, orzekł jak w pkt 1 i 2 sentencji wyroku w oparciu o art. 479<sup>31a</sup> § 3 kpc.

Sąd orzekł jak w pkt 3 wyroku na podstawie art. 479<sup>31a</sup> § 1 kpc, oddalając odwołanie w pozostałej części jak bezzasadne.

O kosztach procesu postanowiono na podstawie art. 100 kpc.

SSO Maria Witkowska