

Sygn. akt XVII AmA 25/15

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 kwietnia 2016 r.

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

Przewodniczący: SSO Jolanta de Heij-Kaplińska

Protokolant: stażysta Dagmara Szczepańska

po rozpoznaniu w dniu 21 kwietnia 2016 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z odwołania (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o stwierdzenie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów

na skutek odwołania od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 19 grudnia 2014 r. nr (...)

I. oddała odwołanie;

II. zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 360,00 (trzysta sześćdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

SSO Jolanta de Heij- Kaplińska

XVII AmA 25/15

## UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 19 grudnia 2014 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej również jako „Prezes Urzędu”, „Prezes UOKiK”) 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, z późn. zm., dalej również jako „uokik”) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy – po przeprowadzeniu postępowania w sprawie stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów:

I. uznał za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 uokik działania wydawnictwa (...) sp. z o.o. z siedzibą w B. polegające na kryptoreklamie, to jest wykorzystywaniu artykułów prasowych ukazujących się w dziale „(...)” na łamach dzienników lokalnych (...) i (...), do promocji usług medycznych, kosmetycznych i pokrewnych (związanych ze zdrowiem i urodą), w sytuacji, gdy podmioty świadczące te usługi płacą wydawnictwu za ich promocję, a nie wynika to wyraźnie z treści lub obrazów łatwo rozpoznawalnych przez konsumenta, co stanowi nieuczciwą praktykę rynkową wprowadzającą w błąd, o której mowa w art. 7 pkt 11 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz. 1206)

i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 25 września 2014 r.;

II. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 uokik oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy, nałożył na (...) sp. z o.o. z siedzibą w B. karę pieniężną w wysokości 12 983 zł (słownie: dwanaście tysięcy dziewięćset osiemdziesiąt trzy złote)

z tytułu naruszenia zakazu, o jakim mowa w art. 24 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 uokik, w zakresie opisanym w pkt. I sentencji niniejszej decyzji;

III. na podstawie art. 77 ust. 1 i art. 80 uokik oraz art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 267, z późn. zm.) w związku z art. 83 uokik oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy obciążył (...) sp. z o.o. z siedzibą w B. kosztami opisanego w pkt I postępowania w sprawie stosowania przez ww. przedsiębiorcę praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów oraz zobowiązał (...) sp. z o.o. z siedzibą w B. do zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kosztów postępowania w kwocie 34,20 zł (słownie: trzydzieści cztery złote dwadzieścia groszy), w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

(decyzja nr (...), k. 4-22)

Odwołaniem z dnia 12 stycznia 2015 r. (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B. (dalej również jako (...)) zaskarżył decyzję w całości zarzucając jej:

1. sprzeczność istotnych ustaleń przyjętych za podstawę decyzji z treścią zebranego materiału dowodowego poprzez ustalenie, iż:

a. skarżący stosował praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów polegającą na kryptoreklamie, co stanowiło nieuczciwą praktykę rynkową, przy czym stopień naruszenia ustawy był umiarkowanie wysoki,

b. skarżący wprowadzał konsumentów w błąd, co miało wpływ na ich decyzje,

c. działania skarżącego były bezprawne,

d. artykuły zamieszczane na stronach Z. miały charakter publicystyczny, a którym mowa w art. 7 pkt 11 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym,

e. z treści lub obrazów lub dźwięków łatwo rozpoznawalnych przez konsumenta nie wynikało, iż artykuły ukazujące się na stronach Z. miały charakter reklamowy,

f. przeciętny konsument nie jest w stanie odróżnić stron działu Z. od stron redakcyjnych,

g. kwestionowane działania skarżącego były długotrwałe,

2. naruszenie art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 uokik w związku z art. 7 pkt 11 upnpr poprzez ich zastosowanie i uznanie, iż skarżący stosował nieuczciwą praktykę rynkową wprowadzającą w błąd w postaci kryptoreklamy czym naruszył zbiorowe interesy konsumentów,

3. rażące naruszenie art. 7 i art. 8 k.p.a. oraz art. 77 §1 k.p.a. w związku z art. 104 uokik poprzez nienależyte wyjaśnienie stanu faktycznego sprawy i brak odpowiedniego zgromadzenia materiału dowodowego w sprawie oraz pominięcie istotnych okoliczności mających wpływ na wynik sprawy, a konkretnie niezbadanie przez Prezesa UOKiK częstotliwości z jaką ukazywały się artykuły na stronach (...) czy ukazywały się one codziennie i w jakiej ilości, czy każdorazowo miały charakter typowo reklamowy, podczas gdy z ustaleń faktycznych wynika, iż na drugiej stronie działu (...) w niektórych wydaniach dzienników pojawiają się ogólne porady zdrowotne bez konkretnych nawiązań do przedsiębiorców,

4. naruszenie art. 80 k.p.a. poprzez dokonanie błędnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego.

Wskazują na powyższe (...) M. wnosił o:

1. uchylenie decyzji w całości i umorzenie postępowania oraz zwrot kosztów postępowania,

na wypadek nieuwzględnienia powyższych zarzutów i uznania, że skarżący stosował kryptoreklamę i naruszył zbiorowe interesy konsumentów zaskarżonej decyzji odwołujący zarzucił:

2. niewłaściwe określenie daty zaniechania stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów w postaci kryptoreklamy,
3. niezasadne zastosowanie art. 106 ust. 1 pkt 4 uokik i nałożenie na skarżącego kary pieniężnej z tytułu naruszenia zakazu o jakim mowa w art. 24 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 uokik, w sytuacji niezwłocznego zaniechania nieuczciwej praktyki po wszczęciu przez Prezesa UOKiK postępowania,
4. rażące wygórowanie kary pieniężnej i nieuwzględnienie wszystkich okoliczności łagodzących przy jej wymiarze.

Podnosząc alternatywne zarzuty (...) M. wnosił o:

2. zmianę decyzji w pkt I i stwierdzenie zaniechania stosowania przez skarżącego praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów w postaci kryptoreklamy z dniem 3 czerwca 2014 r.,
3. uchylenie pkt II decyzji ewentualnie zmianę tego punktu i określenie wysokości kary w niższym wymiarze,
4. zwrot kosztów postępowania.

(odwołanie, k. 23-30).

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

(...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B. jest przedsiębiorcą wpisanym do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy w Bydgoszczy – XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem (...).

(dowód: informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców KRS, k. 59 akt admin.)

Do przedmiotu działalności ww. przedsiębiorcy należy wydawanie gazet. (...) M. jest wydawcą dzienników lokalnych (...) ukazującego się w B. oraz (...) ukazującego się w T.. Oba dzienniki mają taką samą budowę (różnią się informacjami lokalnymi dotyczącymi spraw odpowiednio B. i T.). Zasięg dystrybucji łącznie obu dzienników obejmuje obszar całego województwa (...).

(dowód: zeznania świadka A. B., k.105-106 akt admin., uzasadnienie decyzji)

Jednym z elementów obu dzienników jest dział „Dbaj o (...) (określany również jako strony (...)). Strony dotyczące (...) ukazują się w ww. dziennikach od ok. 10 lat. Od sierpnia 2012 r. przybrały aktualną, bardziej atrakcyjną graficznie formę z uwagi na oczekiwanie środowiska medycznego, które chciało nowocześniejszej formy informacji reklamowej o swojej działalności. (...) M. zapożyczył wzorce z prasy zagranicznej, głównie niemieckiej. Proponowany pakiet medyczny oprócz standardowej reklamy, posiada też formę reklamy zdjęciowej, bądź tekstowej. Od momentu wprowadzenia zmian (sierpień 2012 r.) w ramach ww. pakietu medycznego pojawiają się również artykuły sponsorowane. Oferta obejmuje miesięczną publikację tzw. „cegiełki” (reklama o wymiarach 50 mm x 26,5 mm) lub modułu (reklama o wymiarach 50 mm x 55,5 mm), a raz w miesiącu artykułu sponsorowanego z informacją o reklamodawcy i zdjęciem.

(dowód: pismo (...) M. z dnia 9 czerwca 2014 r. z załączonymi cennikami, k. 5-21 akt admin., zeznania świadka A. B., k.105-106 akt admin.)

(...)e” zajmuje jedną lub dwie strony w środku gazety (w przedziale od ok. 19 do 27 strony), w którym można wyróżnić części:

1) część pierwsza - jedna kolumna z boku strony i dół strony do ok. 1/3 jej wysokości (razem ok. połowy powierzchni strony) - drobne reklamy („cegiełki”) podmiotów świadczących usługi medyczne i pokrewne (stomatologia, medycyna ogólna i specjalistyczna, medycyna estetyczna, opieka paliatywna, badania i protetyka słuchu, dietetyka, rehabilitacja, okulistyka itp.)

2) część druga - w górnej części strony – dane jednego z reklamodawców wraz z kilkudziesięciu informacją o jego działalności i zdjęciami ilustrującymi wykonywane przez niego usługi,

3) część trzecia - w środkowej części strony - artykuł sponsorowany, dotyczący wybranej usługi ww. reklamodawcy lub ogólnie jego działalności, oznaczony nad tekstem imieniem i nazwiskiem autora – D. K..

(dowód: przykładowe strony dzienników (...) i (...) załączone do pism (...) M. z dnia 6 sierpnia 2014 r., k. 71-80 akt admin.; z dnia 18 września 2014 r., k. 96-100 akt admin.; z dnia 26 września 2014 r., k. 107-114 akt admin.)

„Dbaj o (...) należy do stron nazywanych blokiem reklamowym. Zaczyna się stroną czołową, która nazywa się REKLAMY, a wszystkie kolejne strony po tej stronie czołowej są stronami reklamowymi opatrzonymi nazwami (...), (...), (...) i na końcu tego bloku reklamowego dwie ostatnie strony to strony (...) (jedna lub dwie), które kończą ten blok.

Strony (...) mają odrębny layout (wygląd, łamanie, pozycjonowanie), odrębną paginę (oznaczenie na górze strony (...), a od 3 czerwca 2014 r. – (...)), inny układ graficzny i zastosowane inne nieredakcyjne elementy graficzne. Również zajętość reklamowa, czyli ilość powierzchni reklamowej na tych stronach jest większa niż na stronach redakcyjnych.

Kolorystyka użyta do stron (...) jest bardziej krzykliwa, głównym kolorem zastosowanym jest cyjan (agresywny niebieski). Zdjęcia w górnej części tej strony są w ramkach i są w specjalny sposób oznaczone, najczęściej na zdjęciach są również duże „aple” czyli wyróżnione znaki graficzne nałożone na zdjęcia. To są elementy, które nie pojawiają się w innych częściach gazety. Lewa część strony, tak zwany pasek informacyjny, pionowy, jest prawie zawsze zajęty przez reklamy. To jest również element niewystępujący na stronach redakcyjnych.

Elementem, który łączy te dwa rodzaje stron (redakcyjne i reklamowe), jest rodzaj czcionki, który wydawca ma zakupiony na potrzeby dwóch tytułów (...) i Nowości).

(dowód: zeznania świadka A. B., k.105-106 akt admin; pismo (...) M. z dnia 6 sierpnia 2014 r., k. 55-58 akt admin.)

Na stronach (...) w dziale „(...)” umieszczane są artykuły sponsorowane pisane przez pracownika działu sprzedaży, panią D. K. na podstawie tekstów przekazywanych przez reklamodawców oraz materiałów zewnętrznych. Podpisująca teksty D. K. nie jest ani dziennikarką ani członkiem redakcji. Teksty przez nią publikowane różnią się od redakcyjnych m.in. tym, że nie są opatrzone jej adresem mailowym ani kontaktem do redakcji)

(dowód: zeznania świadka A. B., k.105-106 akt admin, zeznania świadka A. S., k. 104 akt admin.)

Teksty pani D. K. publikowane w dziale „Dbaj o (...)” przybierają formę artykułów prasowych z tytułem, pogrubionym lead-em (pierwszy akapit artykułu zawierający jego najważniejszą myśl), często śródtytułami oraz podpisem autora. Treść opiera się na prezentacji określonego problemu zdrowotnego, a następnie wypowiedzi eksperta z określonego z nazwy gabinetu lekarskiego (kosmetycznego, rehabilitacyjnego itp.). Wypowiedź specjalisty dotyczy zwykle określonej usługi medycznej, która świadczona jest w danym gabinecie bądź określonej metody leczenia (i odpowiednio: pielęgnacji, przygotowania aparatu słuchowego itp.) czy nowoczesnego sprzętu stosowanego w tym miejscu. Niektóre teksty oparte są o brzmiące wiarygodnie historie osób poszukujących usług zdrowotnych czy kosmetycznych. Teksty przeplatane są bezstronnymi informacjami o określonych schorzeniach, problemach z urodą lub metodach leczenia.

(dowód: przykładowe strony dzienników (...) i (...) załączone do pism (...) M. z dnia 6 sierpnia 2014 r., k. 71-80 akt admin.; z dnia 18 września 2014 r., k. 96-100 akt admin.; z dnia 26 września 2014 r., k. 107-114 akt admin.)

Przykładowe fragmenty tekstów brzmią następująco:

(i) (...), 30 kwietnia 2014, str. 24 artykuł pt. „(...)”:

„Przed nadejściem lata często krytycznie oglądamy swoje ciało. Na brzuchu dostrzegamy nadmiar tkanki tłuszczowej, na udach cellulit, skóra jest tak napięta. Czy można temu zaradzić?

Jest wiele sposobów, które bardzo skutecznie niewelują te problemy. W Klinice (...) można skorzystać z zabiegów drenażu limfatycznego, bandażowania ciała A., laserowego usuwania rozstępów czy masażu bańką chińską. (...)”

(ii) (...), 15 kwietnia 2014, str. 20 artykuł pt. „Innowacja w walce z bólem”:

„Nasze ciało jest dobrym przewodnikiem pola magnetycznego. W momencie przyłożenia wysokoenergetycznego pulsacyjnego pola magnetycznego, tkanki organizmu są stymulowane w miarę penetracji tego pola w głąb organizmu.

-Pobudza to komórki nerwowe, mięśnie oraz naczynia krwionośne – tłumaczy doktor Ł. Ś., fizjoterapeuta. (...)

Jest to możliwe dzięki zastosowaniu pulsacyjnego stymulatora. (...)

terapia jest nie tylko skuteczna, ale również bezinwazyjna. (...)

Dlatego warto skorzystać z naszej oferty, szczególnie, gdy inne terapie nie przynoszą spodziewanych efektów – kończy doktor Ł. S.”

(dowód: przykładowe strony dzienników (...) i (...) załączone do pism (...) M. z dnia 6 sierpnia 2014 r., k. 71-80 akt admin.; z dnia 18 września 2014 r., k. 96-100 akt admin.; z dnia 26 września 2014 r., k. 107-114 akt admin.)

Od 1 stycznia 2014 r. do dnia 9 czerwca 2014 r. w (...) opublikowano artykuły sponsorowane dotyczące 54 podmiotów prowadzących działalność w zakresie dbania o zdrowie i urodę (opieka zdrowotna, protetyka słuchu, stomatologia, rehabilitacja, opieka paliatywna, fryzjerstwo, optyka fryzjerskie, kosmetyka i medycyna estetyczna itp.).

Ceny miesięczne za tzw. pakiet medyczny są zróżnicowane i uzależnione od liczby emisji reklam i artykułu sponsorowanego, a także składu pakietu (może to być na życzenie sama „cegiełka”). W 2014 r. ceny te wynosiły od 499 zł do 1690 zł miesięcznie.

(dowód: pismo (...) M. z dnia 9 czerwca 2014 r. i załączona do niego lista reklamodawców, k. 5-7 akt admin.; zeznania świadka A. B., k.105-106 akt admin)

Na drugiej stronie działu zamiast części 2 i 3 w niektórych wydaniach dzienników pojawiają się ogólne porady zdrowotne lub opis określonego zabiegu medycznego bez nawiązań do konkretnych przedsiębiorców.

(dowód: przykładowe strony dzienników (...) i (...) załączone do pism (...) M. z dnia 6 sierpnia 2014 r., k. 71-80 akt admin.; z dnia 18 września 2014 r., k. 96-100 akt admin.; z dnia 26 września 2014 r., k. 107-114 akt admin.)

Reklama działu „Dbaj o (...) kierowana do przedsiębiorców (zachęta do wykupowania powierzchni reklamowej) zawiera m.in. następujące sformułowania:

- „Coraz więcej Polaków wybiera prywatne leczenie z powodu zamieszania w publicznej służbie zdrowia. U nas – największej gazecie w mieście mieszkańcy będą szukać kontaktów do lekarzy na stronach ‘Dbaj o zdrowie’”
- „To doskonale miejsce na Twoją reklamę!
- bo Polacy w dojrzałym wieku szukając lekarza inspirowani się codzienną prasą
- oprócz codziennej emisji Twojej reklamy otrzymasz od nas raz w miesiącu do dyspozycji aż 1/2 strony w gazecie na prezentację np. swojego gabinetu

- zabiegani mieszkańcy nie mają czasu, by dotrzeć do każdej przychodni samodzielnie, ani szukać lekarza na własną rękę dlatego najwygodniej im znaleźć inspirację u nas
- nasi Czytelnicy to głównie ludzie dojrzały, którzy często potrzebują wizyty u specjalisty”

(dowód: oferta reklamowa, k. 19-21 akt admin.)

Od sierpnia 2012 r. do 2 czerwca 2014 r. opisywane wyżej strony dzienników (...) i (...) zawierały paginę (...), natomiast od dnia 3 czerwca 2014 r. wydawca wprowadził zmianę paginy na (...).

Od sierpnia 2012 r. do 24 września 2014 r. artykuły sponsorowane nie były w żaden sposób oznaczone jako teksty reklamowe ( np. poprzez adnotację w bezpośrednim sąsiedztwie tekstu typu: „artykuł sponsorowany”, „tekst reklamowy”, „reklama”).

(dowód: pismo (...) M. z dnia 26 września 2014 r. oraz przykładowe strony dzienników (...) i (...) załączone do pism (...) M. z dnia 6 sierpnia 2014 r., 18 września 2014 r. oraz 26 września 2014 r.)

Dzienniki (...) i (...) oprócz prowadzenia działu „Dbaj o (...), zamieszczają nieodpłatnie na swoich łamach dyżury aptek i corocznie prowadzą plebiscyt (...) (wybór lekarza roku), co sprawia, iż są rozpoznawalni jako źródło wiedzy o branży medycznej.

(dowód: zeznania świadka A. B., k.105-106 akt admin)

Strona osiągnęła 37 095 363 zł przychodu z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej w 2013 r.

(dowód: CIT-8 Zeznanie o wysokości osiągniętego dochodu za rok 2013 r. załączone do pisma (...) M. z dnia 6 sierpnia 2014 r., k. 81-84 akt admin.)

Powyżej opisany stan faktyczny został ustalony przez Sąd w oparciu o ww. dowody, których wiarygodność i moc dowodowa nie budziły zastrzeżeń.

### **Sąd Okręgowy zważył co następuje:**

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 i 2 uokik (stosownie do art. 7 ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r.o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r. poz. 1634) w brzmieniu obowiązującym do 17 kwietnia 2016 r., zakazane jest stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Przy czym, przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działanie przedsiębiorcy, w szczególności polegające na:

- 1) stosowaniu postanowień wzorców umów, które zostały wpisane do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone, o którym mowa w art. 479<sup>45</sup> k.p.c.;
- 2) naruszaniu obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji;
- 3) stosowaniu nieuczciwych praktyk rynkowych lub czynów nieuczciwej konkurencji.

Dla przypisania praktyki polegającej na naruszeniu zbiorowych interesów konsumentów muszą być spełnione łącznie przesłanki:

- (i) działanie przedsiębiorcy,
- (ii) działanie bezprawne

(...) działanie naruszające zbiorowe interesy konsumentów.

W niniejszej sprawie status przedsiębiorcy oraz naruszenie zbiorowego interesu konsumentów nie budziły wątpliwości. Dla stwierdzenia naruszenia zbiorowych interesów konsumentów wystarczy ustalić, że konkretne działanie przedsiębiorcy nie ma zdefiniowanego, określonego adresata, a zatem, że wszyscy potencjalni czytelnicy przedsiębiorcy, znajdują się w takim samym "negatywnym" położeniu. Artykuły sponsorowane, o których mowa w niniejszym postępowaniu, publikowane były w popularnych dziennikach lokalnych. Praktyka (...) M. adresowana była zatem do nieograniczonego kręgu odbiorców, tj. każdego, kto mógł być zainteresowany stronami (...) i (...). Czytelnik dziennika portretuje „każdego konsumenta”, nie tylko konsumenta zamieszkałego na terenie objętym zasięgiem dystrybucji dzienników, ale również konsumenta przebywającego okazjonalnie na tym terenie i interes zbiorowy takich konsumentów podlega ochronie. Jeżeli postępowanie przedsiębiorcy w niego godzi i jeżeli każdy konsument spotkałby się z takim samym postępowaniem, to przeciwdziałanie temu postępowaniu ma charakter publiczny i służy ochronie konsumentów. W świetle art. 1 ust. 1 uokik (podejmowanie ochrony konsumentów w interesie publicznym) należy przyjąć, że ze zbiorowymi interesami konsumentów mamy do czynienia wówczas, gdy działania przedsiębiorcy są powszechne i mogą dotknąć każdego potencjalnego konsumenta będącego kontrahentem przedsiębiorcy. Przedmiotem ochrony nie są zatem interesy indywidualnego konsumenta lub grupy indywidualnych konsumentów, ale wszystkich – aktualnych lub potencjalnych klientów – traktowanych jako grupa uczestników rynku zasługująca na szczególnej ochronie (por. wyrok SA w Warszawie z dnia 10 lipca 2008r., sygn. VI ACa 306/08) .

W zaskarżonej decyzji zarzucono spółce stosowanie praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów polegającej na naruszaniu ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (dalej jako „upnpr”).

Stosowanie nieuczciwych praktyk rynkowych jest szczególnym przypadkiem praktyk wymienionych w art. 24 ust. 2 pkt 3 uokik, które ze swej istoty są zachowaniami bezprawnymi. Ich bezprawność w rozumieniu art. 24 ust. 2 wynika ze względu na zakaz praktyk tego rodzaju ustanowiony w art. 3 upnpr oraz ze względu na zawartą w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym przesłankę sprzeczności zachowania przedsiębiorcy z dobrymi obyczajami, jako warunek uznania zachowania za nieuczciwą praktykę rynkową. W związku z tym o bezprawności będzie świadczyło przypisanie zachowaniu przedsiębiorcy jednej z praktyk ujętej w ustawie, którą tą praktykę ustawa uznaje za nieuczciwą.

Praktyka wyczerpuje znamiona nieuczciwej praktyki rynkowej w rozumieniu z art. 4 ust. 1 upnpr, 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. Art. 4 ust. 2 upnpr stanowi z kolei, iż 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. Art. 5 ust. 1 upnpr wskazuje natomiast, iż 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. Przez praktyki rynkowe rozumie się natomiast działanie lub zaniechanie przedsiębiorcy, sposób postępowania, oświadczenie lub informację handlową, w szczególności reklamę i marketing, bezpośrednio związane z promocją lub nabyciem produktu przez konsumenta (art. 2 pkt 4 upnpr).

Należy jednakże wskazać, iż cytowaną ustawą o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym polski ustawodawca dokonał implementacji do prawa krajowego "czarnej listy praktyk" handlowych zawartych w załączniku I Dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniającej dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE, (...) Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady ("Dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych") (Dz.Urz. UE L 149 z 11.06.2005, str. 22).

W motywach od 2 do 6 preambuły do dyrektywy 2005/29/WE wyjaśniono, że jej podstawowym celem jest ustanowienie jednolitych zasad, które poprawią funkcjonowanie rynku wewnętrznego. Motywy 7 i 8 stanowią odpowiednio, że dyrektywa "odnosi się do praktyk handlowych bezpośrednio związanych z wywieraniem wpływu na decyzje dotyczące transakcji podejmowane przez konsumentów względem produktów" oraz "chroni bezpośrednio interesy gospodarcze konsumentów przed nieuczciwymi praktykami handlowymi stosowanymi wobec nich przez przedsiębiorstwa". Motyw 17 stanowi: "W celu zapewnienia większej pewności prawnej wskazane jest zidentyfikowanie tych praktyk handlowych, które są nieuczciwe w każdych okolicznościach. W związku z tym załącznik I zawiera pełen wykaz tego typu praktyk. Są to jedyne praktyki handlowe, które można uznać za nieuczciwe bez konieczności oceny konkretnego przypadku w świetle przepisów art. 5-9. Wykaz ten może być zmodyfikowany wyłącznie poprzez poddanie niniejszej dyrektywy przeglądowi".

Stosownie do art. 5 ust. 1 dyrektywy 2005/29/WE nieuczciwe praktyki handlowe są zabronione. Zgodnie z art. 5 ust. 2 praktyka handlowa jest nieuczciwa, jeżeli jest "sprzeczna z wymogami staranności zawodowej i "w sposób istotny zniekształca lub może w sposób istotny zniekształcić zachowanie gospodarcze względem produktu przeciętnego konsumenta, do którego dociera bądź do którego jest skierowana [...]". Za nieuczciwe uznaje się w szczególności praktyki handlowe, które wprowadzają błąd w rozumieniu art. 6 i 7 są agresywne w rozumieniu art. 8 i 9. Artykuł 5 ust. 5 stanowi: "Załącznik I zawiera wykaz praktyk handlowych, które uznaje się za nieuczciwe w każdych okolicznościach. Wykaz ten obowiązuje jednolicie we wszystkich państwach członkowskich i może zostać zmodyfikowany wyłącznie poprzez zmianę niniejszej dyrektywy".

W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości przyjmuje się jednolicie, że jeśli dana praktyka należy do tych, które wymienione zostały na tzw. czarnej liście zawartej w załączniku I (zgodnie z brzmieniem art. 5 ust. 5), "uznaje się [ją] za nieuczciwą w każdych okolicznościach". Nie ma już w takim przypadku konieczności dokonywania na podstawie art. 5 ust. 2 oceny zmierzającej do ustalenia, czy dana praktyka jest sprzeczna z wymogami staranności zawodowej i czy zniekształca zachowanie gospodarcze przeciętnego konsumenta w rozumieniu tego przepisu. Ponadto nie ma konieczności badania, czy przedsiębiorstwo działało z zamiarem wprowadzenia w błąd, czy jego działania powodowały wprowadzenie w błąd (wyrok C-428/11 Purely Creative i in., wyrok C-515/12 UAB "4finance" i Opinia Rzecznika Generalnego z dnia 19 grudnia 2013 r. w sprawie C-515/12, [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)).

W porządku krajowym art. 7 upnpr odpowiada załącznikowi I dyrektywy 2005/29/WE stąd należy przyjąć, że sama istota normy „Nieuczciwymi praktykami rynkowymi w każdych okolicznościach są następujące praktyki rynkowe wprowadzające w błąd (...)” świadczy o tym, że przypisanie jednej z praktyk ujętych w katalogu art. 7 jest także czynnością sprzeczną 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. Takie rozumienie art. 7 upnpr, tj. przypisanie praktyki z listy nie wymaga dowodzenia nieuczciwości i wprowadzenia w błąd, znajduje potwierdzenie w cytowanym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości. W rezultacie chybiony jest zarzut co do niewłaściwego ustalenia wprowadzenia w błąd i bezprawności.

Natomiast czym innym jest źródło przypisanej bezprawności i wprowadzenia w błąd. Prezes Urzędu postawił (...) M. zarzut stosowania kryptoreklamy.

Zdaniem odwołującego jego działania nie stanowiły kryptoreklamy, bowiem już na pierwszy rzut oka czytelnik wydawanych przez skarżącego dzienników mógł rozpoznać, iż informacje pojawiające się na stronie (...) posiadają charakter typowo reklamowy i nie stanowią obiektywnej informacji redakcyjnej pomimo braku jednoznacznej informacji w tym przedmiocie w okolicy artykułu. Mają o tym świadczyć (i) umieszczenie stron (...) w bloku reklamowym pośród innych reklam, (ii) nieredakcyjny layout, ( (...)) oddalenie stron (...) od części redakcyjnej. Odwołanie do przeciętnego konsumenta, za którego uważa się osobę uważną, ostrożną i dostatecznie dobrze poinformowaną przesądza o tym, że nie można mieć wątpliwości, iż strona (...) to strona z działu reklam. Reklama była łatwo rozpoznawalna i nie nosiła cech reklamy ukrytej. Odwołujący nie zgadzał się z przyjęciem, iż czytelnik nie jest w stanie odróżnić charakteru stron (...) od pozostałych. Ponadto teksty nie były podpisane nazwiskiem dziennikarza Pani D. K. i pod jej nazwiskiem nie znajduje się adres mailowy czy kontakt do redakcji, jak ma to miejsce w przypadku



pracowników redakcji. (...) M. poddał w wątpliwość uznanie artykułów o tematyce typowo zdrowotnej za materiały publicystyczne.

Art. 7 pkt 11 upnpr wymienia jako nieuczciwą praktykę stosowanie kryptoreklamy, która polega na wykorzystywaniu treści publicystycznych w środkach masowego przekazu w celu promocji produktu, w sytuacji gdy przedsiębiorca zapłacił za tę promocję, a nie wynika to wyraźnie z treści lub z obrazów lub dźwięków łatwo rozpoznawalnych przez konsumenta.

Warunkiem kwalifikacji jako kryptoreklamy jest ukrycie reklamy w „treści publicystycznych w środkach masowego przekazu w celu promocji produktu” bez ujawniania, iż konkretny przekaz stanowi reklamę i przedsiębiorca zapłacił za fakt wskazania jego produktu w treści publicystycznej. Ażeby zatem stwierdzić, że (...) M. stosował nieuczciwą praktykę rynkową w postaci kryptoreklamy należy ustalić, że:

- wykorzystywał treści publicystyczne w środkach masowego przekazu w celu promocji produktu,
- przedsiębiorca (reklamodawca) zapłacił za tę promocję,
- nie wynika to wyraźnie z treści lub z obrazów lub dźwięków łatwo rozpoznawalnych przez konsumenta.

Bardziej przemawiającym do odbiorcy jest termin „reklama ukryta” zamiast „kryptoreklama”. Reklama ukryta ma miejsce wtedy, gdy jej odbiorca jest przekonany, iż skierowany do niego komunikat nie ma na celu zachęcenia go do dokonania zakupu towaru lub usługi, lecz jest bezstronną informacją o produkcie. Ustawowy zwrot „treści publicystyczne” wyraźnie kieruje interpretację w stronę szeroko rozumianej prasy. (...) bowiem to zbiorcza nazwa dla gatunków dziennikarskich, w których autor wypowiada się na tematy aktualne, zaznaczając własne stanowisko. W takim materiale nie tylko omawia się, przedstawia rzeczywistość, ale także ją interpretuje, wpływając w ten sposób na stanowisko odbiorcy (por. Prawo konkurencji System Prawa Prywatnego tom 15 red. prof. dr hab. Marian Kępiński, Rok 2014, rozdział XI, Legalis; Przeciwdziałanie nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz, Arkadiusz Michalak, Rok 2008, Legalis ).

Ocena, czy mamy do czynienia z kryptoreklamą, musi opierać się na starannej analizie treści danego przekazu.

Materiał dowodowy wskazuje, że (...) M. w (...) i (...) (środkach masowego przekazu) prowadził dział „(...)” na stronach (...). Strony tego działu są umieszczone w środku każdego wydania przed wiadomościami sportowymi. W dziale tym ukazują się reklamy przedsiębiorców oferujących usługi związane z ochroną zdrowia i urody tzw. cegiełki. Środkową część strony zajmuje tekst z tytułem, pogrubionym leadem (pierwszym akapitem artykułu zawierającym jego najważniejszą myśl), ze śródtytułami oraz podpisem autora (pani D. K.). Niektóre teksty opierają się na historii konkretnej (prawdziwej lub stworzonej na potrzeby artykułu) osoby, poszukującej danej usługi medycznej czy kosmetycznej. Zawierają formy wypowiedzi takie jak wywiad/rozmowa ze specjalistą, kilkudzaniowe opowiadanie, porada z informacją o metodach leczenia lub charakterystyką choroby. Zdaniem Sądu na publicystyczny charakter tekstów wskazuje umieszczenie ich w prasie codziennej, zastosowanie formy artykułu, opatrzenie tytułem, lead, podpisem autora, forma wypowiedzi przyjmująca bezstronny styl.

(...) M. nie ujawniał, iż przedsiębiorca zapłacił za fakt wskazania jego produktu w treści publicystycznej w wydawanych dziennikach w celu promocji usług medycznych (i pokrewnych). Bezsporne jest bowiem skierowanie oferty do przedsiębiorców w celu zamieszczenia ich reklamy i stosowanie cenników za wykorzystanie powierzchni reklamowej (załączniki do pisma z 9 czerwca 2014r.).

Natomiast oceny treści publicystycznych promujących produkty na stronach (...) w kontekście przesłanki „nie wynika to wyraźnie z treści lub z obrazów lub dźwięków łatwo rozpoznawalnych przez konsumenta” należy dokonać uwzględniając model przeciętnego konsumenta. Tylko zakwalifikowanie treści publicystycznej działu „(...)” jako kryptoreklamy przy zastosowaniu modelu przeciętnego konsumenta pozwoli na stwierdzenie nieuczciwości praktyki

ex lege i w konsekwencji dopiero wtedy zbędne będzie badanie przesłanek art. 4 ust. 1 i 2 upnr w odniesieniu do modelowego przeciętnego konsumenta.

Model przeciętnego konsumenta został ujęty w słowniku ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym.

Art. 2 pkt 8 upnr za przeciętnego uznaje konsumenta, który jest dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny. Wymaga zarazem 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. Na tle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wykształcił się model przeciętnego konsumenta (odbiorcy), który jest "rozsądnie", "dostatecznie", "w miarę" dobrze poinformowany oraz "rozsądnie", "dostatecznie", "w miarę" spostrzegawczy i ostrożny (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 marca 2014 r., III SK 34/13, LEX nr 1463897).

Przeciętność konsumenta z założeń ustawy o nieuczciwych praktykach rynkowych odnosi się do jego wiedzy i predyspozycji intelektualnych. Z jednej strony można wymagać od niego pewnego stopnia wiedzy i orientacji w rzeczywistości, a z drugiej - nie można uznać, że jego wiedza jest kompletna i profesjonalna i że konsument nie ma prawa pewnych rzeczy nie wiedzieć. Przeciętny konsument nie posiada wiedzy specjalistycznej w danej dziedzinie.

W niniejszej sprawie model przeciętnego konsumenta to czytelnik dzienników odpowiadający wszystkim kryteriom, czyli dość dobrze poinformowany, uważny, ostrożny, poszukujący informacji o zdrowiu oraz o usługach medycznych. Do takiego modelu konsumenta odwołujący odnosił zarzuty odwołania, nie wskazał bowiem innych kryteriów modelowego przedstawiciela czytelników swoich dzienników.

Oceniając argumentację (...) M. co do (i) umieszczenia stron (...) w bloku reklamowym pośród innych reklam, (ii) nieredakcyjnego layout, (...) oddalenia stron (...) od części redakcyjnej, Sąd zauważa, że dotyczy ona strony formalnej „Działu o zdrowie”. Względy czysto techniczne mają wskazywać czytelnikowi, że informacje pojawiające się na stronach (...) posiadają charakter typowo reklamowy. Tymczasem zdaniem Sądu to zawartość treści publicystycznej, czyli jej merytoryczny przekaz ma umożliwiać ocenę przeciętnemu czytelnikowi o promocyjnym charakterze publikacji. Innymi słowy, nie to gdzie i jak umieszczono „treść publicystyczną” tylko co umieszczono w „treści publicystycznej” decyduje o reklamie ukrytej. Elementy techniczne mogą jedynie wspomagać ocenę, gdy pojawiają się wątpliwości, ale ich pojawienie się jest kolejnym krokiem wynikającym z treści publicystycznej. Tymczasem treść opiera się na prezentacji określonego problemu zdrowotnego, a następnie wypowiedzi eksperta z określonego z nazwy gabinetu lekarskiego (kosmetycznego, rehabilitacyjnego itp.). Wypowiedź specjalisty dotyczy zwykle określonej usługi medycznej, która świadczona jest w danym gabinecie bądź określonej metody leczenia (i odpowiednio: pielęgnacji, przygotowania aparatu słuchowego itp.) czy nowoczesnego sprzętu stosowanego w tym miejscu. Niektóre teksty oparte są o brzmiące wiarygodnie historie osób poszukujących usług zdrowotnych czy kosmetycznych. Teksty przeplatane są bezstronnymi informacjami o określonych schorzeniach, problemach z urodą lub metodach leczenia. Wszystkie są podpisane imieniem i nazwiskiem autora.

Treść artykułów nie rodzi podejrzeń, że osoba pisząca nie jest członkiem redakcji i publikuje artykuły sponsorowane. Takim wyraźnym oznaczeniem publikowanych na stronach „Dbaj o (...)” tekstów mogą być sformułowania typu, przykładowo: „artykuł sponsorowany”, „tekst reklamowy”, „reklama”, które zamieszczone są bezpośrednio pod tekstem lub nad nim. Żadne z powyższych oznaczeń nie znajdowało się w bezpośredniej bliskości artykułów sponsorowanych aż do dnia 25 września 2014 r. Inna makieta (layout) i kolorystka stron (...), jak również formalne zaliczenie ich do bloku reklamowego staje się wobec tego wtórne. Decydującym argumentem jest tu okoliczność, że artykuły sponsorowane nie były w sposób „wyraźny i łatwo rozpoznawalny dla konsumenta” oznaczone. Owszem, członek redakcji lub działu sprzedaży, mający specjalistyczną wiedzę o strukturze gazety, zastosowanych barwach i rozmieszczeniu reklam i tekstów może różnicę tą wychwycić.

Jednak odnosząc się do argumentacji odwołującego o odróżniającym charakterze treści „(...)” od treści redakcyjnych, w ocenie Sądu nie można uznać, że taka różnica jest łatwo rozpoznawalna dla czytelnika. Przede wszystkim fakt przynależności działu „(...)” do części reklamowej nie jest zauważalny, gdyż ostatecnie strona tej części (po ogłoszeniach) sąsiadują z działem sportowym, a więc powtórnie stronami redakcyjnymi. Po drugie, oznaczenie części reklamowej (winieta (...)) znajduje się kilka stron przed działem (...) i przedzielone są one m.in. ogłoszeniami i nekrologami, które oznaczone są paginą (...). Dział (...) ma osobną paginę (...), obecnie (...)Reklama), lecz tą samą czcionkę, co teksty redakcyjne. Po trzecie, zorientowanie się co do zakwalifikowania działu (...) do części reklamowej zakłada, że czytelnik zawsze będzie czytał gazetę od pierwszej strony do ostatniej.

Podsumowując, fakt dokonania zapłaty za treści publicystyczne prezentowane w dziale (...) dzienników i ich promocyjny charakter nie były oznaczone w sposób wyraźny i łatwo rozpoznawalny przez konsumenta (czytelnika), stąd opisana praktyka wprowadza konsumentów w błąd w ten sposób, iż sądzą, że czytają tekst obiektywny, napisany przez dziennikarza. Działając w zaufaniu do publikacji, skłonni są wybrać usługi podmiotów medycznych (i pokrewnych) reklamujących się w formie artykułów sponsorowanych w (...) i (...) w przekonaniu, iż są to usługi polecane z zachowaniem obiektywizmu. Opisana praktyka (...) M. wyczerpuje przesłanki z art. 7 pkt 11 upnpr i stanowi nieuczciwą praktykę rynkową, co czyni bezzasadnymi zarzuty oparte na naruszeniu art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 uokik oraz art. 7 pkt 11 upnpr.

Odwołujący zarzucał naruszenie art. 7 i art. 8 k.p.a. oraz art. 77 §1 k.p.a. w związku z art. 104 uokik ze względu na brak ustaleń co do częstotliwości ukazywania się artykułów w dziale (...).

Zgodnie z art. 84 uokik w sprawach dotyczących dowodów w postępowaniu przed Prezesem Urzędu w zakresie nieuregulowanym stosuje się odpowiednio art. 227-315 k.p.c., stąd art. 77 k.p.a. nie ma zastosowania.

Prezes Urzędu zgromadził materiał dowodowy pozwalający na ustalenie popełnienia praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów. W materiale dowodowym znajduje się zestawienie i zlecenia dołączone do pisma z 9 czerwca 2014 r. świadczące o publikacji artykułów w „(...)”. (...) M. nie podważa tych danych, tylko kwestionuje brak ustalenia częstotliwości publikacji.

W wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 kwietnia 2015 r. (C-388/13, Legalis), Trybunał orzekł, że „Ani definicje przytoczone w art. 2 lit. c) i d), art. 3 ust. 1 i art. 6 ust. 1 dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych, ani ta dyrektywa postrzegana jako całość nie zawierają wskazówki, zgodnie z którą działanie lub zaniechanie przedsiębiorcy musi mieć powtarzający się charakter lub dotyczyć więcej niż jednego konsumenta” (pkt 42). Mimo, że sprawa dotyczyła innego stanu faktycznego, to wypowiedziana myśl dokonuje wykładni „praktyki” i ma ogólny charakter. Mając na uwadze względy jednolitego stosowania prawa Unii, treści przepisu prawa Unii, który nie zawiera wyraźnego odesłania do prawa państw członkowskich dla określenia jego znaczenia i zakresu, należy zwykle nadać w całej Unii autonomiczną i jednolitą wykładnię (tak w szczególności wyrok Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, C 59/12, EU:C:2013:634, pkt 25 i przytoczone tam orzecznictwo). W konsekwencji nie ma znaczenia dla przypisania praktyki jak często ukazywały się publikacje artykułów na stronach (...). Jeżeli odwołujący dąży do wykazania, że częstotliwość miałaby wpływ na wymiar kary to jego obciąża ciężar dowodu w tym zakresie. Prezes Urzędu nie warunkował wymiaru kary od częstotliwości praktyki tylko od czasu jej trwania, czyli od sierpnia 2012 r.

(...) M. w dniu 3 czerwca 2014 r., w toku postępowania wyjaśniającego, zmienił paginę stron działu „(...)”. Jak słusznie przyjął Prezes UOKiK sama zmiana oznaczenia na (...) nie doprowadziła do zaniechania praktyki, gdyż nie była to informacja, pozwalająca na ocenę treści artykułu sponsorowanego. Konsument mógł zatem albo w ogóle tego oznaczenia nie zauważyć albo potraktować to jako informację, że na danej stronie znajdują się zarówno reklamy („cegiełki”) jak i teksty publicystyczne dotyczące tematyki zdrowotnej. Dopiero, gdy odwołujący zmienił stosowaną praktykę w ten sposób, że pod tekstem artykułu zaczął zamieszczać oznaczenie „artykuł sponsorowany”, nastąpiło zaniechanie praktyki i skoro dniem zmiany jest dzień 25 września 2014 r., to ta data jest datą zaniechania praktyki.

Odnośnie kwestii zasadności zastosowania w niniejszej sprawie kary pieniężnej i jej wysokości należy podkreślić, że kara nałożona na odwołującego uwzględnia w należyty sposób okoliczności stwierdzonego naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumenta. Faktem jest, że ma ona charakter fakultatywny, o czym przesądza treść art. 106 ust. 1 uokik. Jednakże nakładanie kar pieniężnych (względnie samo zagrożenie nimi) stanowi istotny instrument, który przyczynić się ma do przestrzegania przepisów ustawy antymonopolowej przez przedsiębiorców, a także stosowania się przezeń do treści orzeczeń organów antymonopolowych. Kara pieniężna za stosowanie praktyk antykonkurencyjnych ma charakter represyjno-wychowawczy i jest ona nakładana i wykonywana w celu zachowania i przestrzegania obowiązującego porządku prawnego (por. wyrok SN z dnia 27 czerwca 2000 r. I CKN 793/98). Tak więc 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. W doktrynie przyjmuje się, iż przewidziane w komentowanej ustawie kary mają charakter penalny (M. Król-Bogomilska, Kary pieniężne w prawie antymonopolowym, Warszawa 2001, s. 37-40).

Jednocześnie wymiar kary ustalony w zaskarżonej decyzji uwzględnia dyrektywy określone w art. 111 uokik w brzmieniu obowiązującym do dnia wejścia w życie ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy - Kodeks postępowania cywilnego z dnia 10 czerwca 2014 r. (Dz.U. z 2014 r. poz. 945), tj. okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także przychody osiągnięte przez odwołującego.

Odwołujący stosował praktykę ujawniającą się przez okres ponad dwóch lat (od sierpnia 2012 r.). Strona nie była wcześniej adresatem decyzji Prezesa UOKiK, a zatem jest to pierwszy przypadek naruszenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Stopień naruszenia ustawy jest umiarkowanie wysoki, a odwołujący kwestionując takie ustalenie nie przedstawia argumentów przemawiających za zmianą stopnia naruszenia. Na taką ocenę wpływa tymczasem fakt, że (...) M. dopuszczał się stosowania kryptoreklamy w zakresie usług medycznych, wiedząc że wydawane przez nią dzienniki (...) i (...) są cenionym wśród konsumentów tychże usług źródłem informacji. Czytelnicy ww. dzienników – zgodnie z założeniem wydawnictwa – traktowali artykuły jako sprawdzone źródło informacji o tego typu produktach, nie wiedząc jednak, że nie prezentują one obiektywnych informacji. Z drugiej strony, (...) przez cały czas funkcjonowania działu „(...)” nie otrzymywał żadnych skarg.

Naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów było co najmniej nieumyślne. Okoliczności sprawy uzasadniają przypisanie nieumyślności działania ze względu na niedochowanie reguł ostrożności, które powinny cechować wydawcę. Przeceniając znaczenie pośrednich oznaczeń, takich jak kolor, formalna przynależność strony do bloku reklamowego czy inny układ strony, (...) M. nie rozgraniczył informacji dziennikarskiej od treści reklamowych.

Inną okolicznością, która nie może być pominięta przy wymiarze kary jest czerpanie korzyści z publikacji w „(...)”. Nie rodziło wątpliwości Sądu, że (...) M. otrzymuje od przedsiębiorców zapłatę za publikowane artykuły. Z drugiej strony ciesząc się marką i renomą na lokalnym rynku, łatwiej było dotrzeć do przedsiębiorców zainteresowanych publikacją reklamy i w ten sposób stanowić platformę przekazu pomiędzy przedsiębiorcami a konsumentami. Konsumentom zyskiwali jednocześnie źródło informacji o usługach medycznych u sprawdzonego wydawcy. Praktyka polegała na zachęce do skorzystania z usług określonych podmiotów i przejawiała się na etapie przedkontraktowym.

Odwołujący osiągnął 37 095 363,10 zł przychodu z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej w 2013 r., co oznacza że kara maksymalna (10 % przychodu) wynosi 3 709 536,31 zł. Jako proporcjonalną i adekwatną należy uznać karę zamykającą się kwotą 12 983 zł i stanowiącą 0,035 % przychodu przedsiębiorcy za rok 2013 r. po uwzględnieniu okoliczności zaniechania przez (...) M. stosowania praktyki (obniżenie kwoty bazowej kary o 30%). Odwołujący nie powoływał się na trudną sytuację materialną uniemożliwiającą uregulowanie kary. Żeby uznać karę za rażąco wygórowaną musiałby wystąpić drastyczna dysproporcja pomiędzy czynem i karą oraz możliwościami finansowymi podmiotu. Samo powołanie się na niski przychód i dochód z publikacji w stosunku do ogólnego przychodu spółki może, ale nie musi wpływać na wymiar kary. Jak już wskazywano, kara pieniężna, o której 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, zapobiegającym powtarzaniu nagannych zachowań. Zmniejszenie jej wysokości (przy wymiarze 12 983 zł) 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 mających za zadanie wymuszenie na ukaranym przedsiębiorstwie przestrzegania reguł prawnych w przyszłości. Karę należy uznać za adekwatną i w żadnym razie nieprzekraczającą stopnia zawinienia podmiotu ukaranego.

Argument odwołującego o niezastosowaniu art. 28 uokik jest chybiony, bowiem inicjatywa wydania decyzji opartej na art. 28 uokik, musi wyjść od podmiotu, przeciwko któremu prowadzone jest postępowanie. Udzielanie odpowiedzi na pytania organu nie jest współpracą z Prezesem warunkującą zmniejszenie kary, ani inicjatywą co do decyzji zobowiązującej skutkującą pominięciem kary.

Mając powyższe na uwadze, Sąd oddalił odwołanie na podstawie art. 479<sup>31a</sup> k.p.c.

Na odwołującego został nałożony obowiązek zwrotu kosztów stosownie do przepisu art. 98 k.p.c. Do niezbędnych kosztów procesu poniesionych przez Prezesa UOKiK zaliczono w związku z art. 98 § 3 k.p.c. i art. 99 k.p.c. wynagrodzenie radcy prawnego należne stosownie do § 14 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 490) w wysokości 360 zł.

SSO Jolanta de Heij - Kaplińska