

*Sygn. akt VI A Ca 333/12*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 5 września 2012 r.*

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

*Przewodniczący - Sędzia SA – Krzysztof Tucharz*

*Sędzia SA – Irena Piotrowska (spr.)*

*Sędzia SO del. – Jacek Bajak*

*Protokolant: – sekr. sądowy Katarzyna Kędzierska*

*po rozpoznaniu w dniu 5 września 2012r. w Warszawie*

*na rozprawie sprawy z powództwa (...)z siedzibą w S.*

*przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

*o naruszenie zbiorowych interesów konsumentów i nałożenie kary pieniężnej*

*na skutek apelacji powoda*

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

*z dnia 3 stycznia 2012 r., sygn. akt XVII AmA 190/10*

**I. oddala apelację,**

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

## UZASADNIENIE

Zaskarżoną decyzją nr (...) z dnia 31 grudnia 2009r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej Prezes Urzędu) po przeprowadzeniu z urzędu postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, na podstawie art. 27 ust. 1 i 2 w zw. z art. 24 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 16.02.2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz. U. z 2007r. nr 50, poz. 331 ze zm.) (dalej ustawa o ochronie konkurencji) :

I uznał za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie, działanie(...) z siedzibą w S.(dalej (...)), polegającą na podawaniu, w ramach kampanii reklamowej, prowadzonej od dnia 1 lipca 2008r., wprowadzających w błąd informacji dotyczących zasad na jakich (...) oraz(...) mogą prowadzić gospodarkę finansową, co stanowiło naruszenie art. 5 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy o ochronie oraz godziło w zbiorowe interesy konsumentów i stwierdził zaniechanie stosowania zarzucanej praktyki z dniem 21 marca 2009r.

II umorzył jako bezprzedmiotowe wszczęte z urzędu postępowanie dotyczące stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, polegające na umieszczaniu w materiałach promocyjno -reklamowych wprowadzających w błąd informacji o wystawieniu przez Główny Urząd Statystyczny pozytywnej oceny poziomu bezpieczeństwa finansowego (...)

III nakazał (...) publikację wydanej decyzji w pkt I na własny koszt na stronie internetowej powoda przez 30 dni od daty uprawomocnienia się decyzji oraz dwukrotną publikację sentencji decyzji na jednej z pięciu pierwszych stron dziennika o zasięgu ogólnopolskim w ciągu 30 dni od uprawomocnienia się decyzji,

IV nałożył na (...) karę pieniężną w wysokości 304.784, 33 zł płatną do budżetu państwa z tytułu naruszenia w zakresie określonym w pkt I decyzji art. 24 ust 1 i 2 pkt 3 ustawy o ochronie

V oddalił wniosek powoda o zawieszenie na podstawie art. 98 kpa postępowania w sprawie naruszenia przez (...) ustawy o ochronie.

(...) złożyła odwołanie od powyższej decyzji zarzucając rażące naruszenie prawa poprzez niewłaściwe zastosowanie art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji, art. 5 ust. 1 w zw. z art. 4 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 roku o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (DZ.U. z 2007r. Nr 171, poz. 1206 ), art. 24 ustawy o ochronie i art. 6 k.p.a. , art. 8 k.p.a. oraz art. 77 § 1 k.p.a .

W uzasadnieniu odwołania stwierdzono, że z uwagi na treść art.3 ust.2 ustawy z dnia 14.12.1995r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo - kredytowych (Dz. U. z 1996r. nr 1 poz. 23 - dalej u.s.k.o.k.) nie jest przedsiębiorcą ani związkiem przedsiębiorców w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów bowiem działalność (...) oraz (...) nie ma charakteru zarobkowego, więc nie została spełniona przesłanka wymagana przepisami ustawy z dnia 2 lipca 2004r. o swobodzie działalności gospodarczej (tj Dz. U. z 2007r., nr 155, poz. 1095 ze zm.) - (dalej ustawa s.d.g.). Ponadto wskazano, że ze względu na fakt, iż z oferty (...) korzystają wyłącznie ich członkowie w działalności tej nie istnieje relacja między przedsiębiorcą a konsumentem.

Powód kwestionował ustalenia, że zawarte w materiale reklamowo - promocyjnym informacje mają charakter wprowadzający w błąd i podnosił, że publikacja materiałów promocyjnych nie miała cech nieuczciwej praktyki rynkowej określonej w art. 5 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym.

Prezes Urzędu wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od powoda kosztów procesu.

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

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

Postanowieniem z dnia 1 czerwca 2009r. Prezes Urzędu wszczął wobec (...) postępowanie w sprawie stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów polegających na:

1. podawaniu przez (...)w kampanii reklamowej prowadzonej od dnia 1 lipca 2008r. wprowadzających w błąd informacji dotyczących zasad na jakich (...) oraz (...) mogą prowadzić gospodarkę finansową,
2. umieszczaniu w materiałach promocyjno - reklamowych prezentowanych w kampanii reklamowej prowadzonej od dn. 1 lipca 2008r. wprowadzających w błąd informacji, iż Główny Urząd Statystyczny wystawił pozytywną ocenę poziomowi bezpieczeństwa finansowego (...), które to działanie mogło naruszać art. 5 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym i jako naruszenie zbiorowych interesów konsumentów może zostać uznane za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji.

W dniu 14 grudnia 2009r. (...) złożyła wniosek o zawieszenie postępowania administracyjnego w związku ze skierowaniem do Trybunału Konstytucyjnego projektu ustawy z dnia 5 listopada 2009r.o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych w celu zbadania zgodności jej treści z Konstytucją RP. Prezes Urzędu nie uwzględnił wniosku o zawieszenie postępowania z uwagi na brak przesłanek ustawowych określonych w art. 98 § 1 kpa i w dniu 31 grudnia 2009r. wydał zaskarżoną decyzję, w której stwierdził stosowanie praktyki zarzucanej w pkt 1 postanowienia o wszczęciu postępowania z dnia 1 czerwca 2009r. oraz stwierdził zaniechanie stosowania tej praktyki z dniem 21

marca 2009r. a nadto umorzył postępowanie prowadzone pod zarzutem stosowania naruszających zbiorowe interesy konsumentów praktyk określonych w pkt 2 postanowienia z dn. 1 czerwca 2009r.

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, że co prawda zgodnie z zawartą w art. 4 pkt 1 lit a ustawy o ochronie konkurencji definicją za przedsiębiorcę należy m. in. uznać osobę prawną świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej.

Zaznaczono, że za przedsiębiorcę w rozumieniu ustawy o ochronie należy uznać nie tylko te podmioty, które prowadzą działalność gospodarczą zdefiniowaną w art. 2 usg tzn. działalność zarobkową wykonywaną w sposób ciągły zorganizowany lecz również takie jednostki organizacyjne i osoby prawne, prowadzące działalność publiczną której ustawa sdg nie uznaje za działalność gospodarczą w myśl art. 2 tej ustawy. Uznano, że w sytuacji, gdy jedna z przesłanek wskazanej powyżej definicji działalności gospodarczej nie jest spełniona, to w świetle przepisu art. 4 pkt 1 lit. a ustawy o ochronie (...) i (...) mają status przedsiębiorcy.

Podkreślono, że świadczone przez powoda usługi skierowane są do nieograniczonej liczby odbiorców, ponieważ każdy konsument może zostać członkiem(...), a więc są to usługi o charakterze publicznym realizowane we własnym imieniu, przy czym nie konieczne usługi te muszą spełniać cechy działalności gospodarczej określone w definicji tej działalności zawartej w art. 2 ustawy sdg.

Wskazano, że (...) będąc związkiem krajowym (...) zrzeszającym przedsiębiorców, również posiada status przedsiębiorcy w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Ponadto zauważono, że przedmiotem zaskarżonej decyzji Prezesa Urzędu nie jest ocena działań powoda skierowanych wyłącznie do członków (...). Prowadzona akcja reklamowo-promocyjna, realizowana przy pomocy ogólnie dostępnych środków przekazu publicznego, była skierowana do nieograniczonej liczby konsumentów jako odbiorców zawartych w materiałach reklamowych informacji.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji nie jest konieczne stwierdzenie, że (...) i (...) prowadzą działalność o charakterze zarobkowym gdyż okoliczność ta nie ma znaczenia dla ustalenia właściwości Prezesa Urzędu do wydania zaskarżonej decyzji. Podkreślono, że produkty finansowe, które(...) proponują swoim członkom są oferowane odpłatnie, co wynika choćby z obowiązku zapłaty przez członka (...) prowizji i opłat określonych w regulaminie (...) (k. 70 akt adm.).

Podniesiono, że powód w okresie od 1.07.2008r. do 21.03.2009r. prowadził akcję promocyjno - reklamową działalności usługowej (...) co zgodnie z art. 2 pkt. 4 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym stanowiło praktykę rynkową. Akcja reklamowa skierowana była do nieograniczonego kręgu odbiorców - konsumentów.

Stwierdzono, że działanie powoda skierowane było do przeciętnego konsumenta. Podkreślono, że mimo posiadania przez przeciętnego konsumenta pewnego stopnia wiedzy i orientacji w rzeczywistości nie można uznać, że jego wiedza jest kompletna i profesjonalna w takim stopniu, że potrafi zrozumieć kierowane do niego informacje i potrafi je wykorzystać do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej produktu, o którym mowa w reklamie.

Zważono, że w materiałach reklamowych powoda, znajdujących się w aktach administracyjnych zawarte jest zapewnienie, że z uwagi na brak powiązań kapitałowych z bankami i innymi instytucjami kredytowymi, w warunkach światowego kryzysu finansowego, nie istnieje możliwość utraty przez(...)płynności finansowej oraz upadłości oraz, że (...) nie dotyczą zagrożenia wynikające z dekonstrukcji finansowej.

W ocenie Sądu Okręgowego przekazywane w formie poważnych opinii w artykułach prasowych a nie w formie reklam informacje, zawierające dane dotyczące wzrostu liczby członków (...), poziomu depozytów i pożyczek oraz liczby oddziałów w okresie niecałych 15 miesięcy (koniec 2007r.-20.03.2009r.), gwarancjach wypłacalności oraz dobrych efektów finansowych mogły wywołać u przeciętnego konsumenta przekonanie, że w odróżnieniu od banków

działalność inwestycyjna(...) nie jest obciążona jakimkolwiek ryzykiem inwestycyjnym, rozumianym jako niepewność co do wielkości (rozmiaru) osiąganego w razie zainwestowania środków pieniężnych, zysku lub straty z inwestycji.

Stwierdzono, że zgodnie z przepisem art. 30 u.s.k.o.k.,(...) mogą inwestować niewykorzystane środki pieniężne z zachowaniem najwyższej staranności m.in. w obligacje, papiery wartościowe, lokaty w bankach, oraz lokaty, wkłady lub udziały w (...) a także w jednostki uczestnictwa funduszy inwestycyjnych.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji z uwagi na powiązania finansowe instytucji, w których produkty finansowe mogą być inwestowane wolne środki (...) oraz uzależnienie tych instytucji od koniunktury światowej (poprzez ich inwestycje finansowe) nawet mimo szeregu gwarancji finansowych nie istnieje całkowita pewność co do utraty wartości np. jednostek uczestnictwa lub papierów wartościowych na skutek dekonunktury gospodarczej.

Nie sposób więc uznać, że działalność inwestycyjna(...) wolna jest od jakiegokolwiek ryzyka finansowego.

Wskazując na sposób przekazywania konsumentom informacji promocyjno - reklamowe tj. publikację artykułów prasowych mających stworzyć wrażenie fachowych i rzetelnych wypowiedzi specjalistów z zakresu inwestycji finansowych Sąd Okręgowy przyjął, że nie można wykluczyć, iż prowadzona przez powoda akcja promocyjno - reklamowa nie mogła wywołać u przeciętnego konsumenta, który nie mógł mieć świadomości, że ma do czynienia z reklamą, błędnego wrażenia o bezpieczeństwie inwestycji finansowych(...) i skłonić w ten sposób do podjęcia decyzji o zawarciu umowy ze(...), której to decyzji w warunkach pełnej świadomości by nie podjął. W świetle zawartych w art. 5 ust. 1 i art. 4 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym uznano, że stosowana przez powoda praktyka rynkowa była działaniem wprowadzającym w błąd i nieuczciwym.

Podniesiono, że działanie powoda jako skierowane do nieograniczonego kręgu adresatów mogło wywoływać nieprawidłowe wrażenie u bliżej nieokreślonej grupy konsumentów miało charakter naruszający zbiorowe interesy konsumentów - art. 24 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji. Zaznaczono, że działania promocyjne powoda zawierały przekaz nie mający pełnego pokrycia w rzeczywistości ale również nie mający oparcia w obowiązujących przepisach prawa. Żaden z obowiązujących przepisów prawnych nie wyłącza możliwości upadłości spółdzielni jakimi są (...), brak też podstaw do uznania, że tego rodzaju osoba prawna nie może w skutek błędnych działań zarządu utracić płynności finansowej.

W tym stanie rzeczy Sąd Okręgowy oddalił odwołanie powoda w całości - na podstawie art. 479<sup>31a</sup> § 1 k.p.c.

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

1.naruszenia prawa materialnego, a to:

- art. 4 pkt. 1 lit. d) ustawy z dnia 16 lutego 2007 o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. nr 50 poz. 331 z ze zm.) (dalej "ustawa o ochronie konkurencji ") poprzez jego błędną wykładnię i przyjęcie, iż powód mógłby być ukarany karą pieniężną;

- art. 4 pkt 1 lit. a) ustawy o ochronie konkurencji poprzez jego błędną wykładnię i przyjęcie, iż członkowie powoda (...) są przedsiębiorcami w rozumieniu wyżej wspomnianej ustawy,

- art. 24 ust. 1 i ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji poprzez błędną wykładnię i przyjęcie, iż kampania reklamowa prowadzona przez powoda narusza zbiorowe interesy konsumenta,

2.naruszenia prawa procesowego a to:

- art. 217 k.p.c. w związku z art. 227 k.p.c. i 232 k.p.c. polegające na oddaleniu wniosku powoda o powołanie biegłego z zakresu inwestycji na okoliczność charakteru instrumentów finansowych, w jakie może inwestować powód; - art. 233 k.p.c. poprzez niedokonanie odpowiedniej oceny dowodów i przyjęcie, iż kampania reklamowa prowadzona przez powoda jest skierowana do wszystkich konsumentów i wprowadza owych konsumentów w błąd .

Wskazując na powyższe zarzuty powód wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku i uchylenie decyzji oraz zasądzenie od pozwanego kosztów postępowania, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania i zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów sądowych.

### **Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje.**

Apelacja nie jest zasadna i dlatego nie mogła odnieść skutku.

Podniesiony w apelacji zarzut naruszenia- art. 4 pkt. 1 lit. a) i li.td) ustawy z dnia 16 lutego 2007 o ochronie konkurencji i konsumentów nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z brzmieniem art.4 pkt.1 lit.a) i lit.d) cytowanej ustawy ilekroć w ustawie jest mowa o przedsiębiorcy rozumie się przez to przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, a także osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które się nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej oraz związek przedsiębiorców – na potrzeby przepisów dotyczących praktyk ograniczających konkurencję oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Sąd Apelacyjny zwraca uwagę, że kryterium kwalifikującym sprawę z zakresu ochrony konkurencji do postępowania odrębnego w sprawach gospodarczych jest – obok przedmiotu sporu – występowanie po stronie pozwanej przedsiębiorcy, a więc podmiotu spełniającego wymagania definicji określonej w art. 479<sup>2</sup> § 1 k.p.c., nawiązującej wprost do definicji przedsiębiorcy zawartej w prawie cywilnym, tj. w art. 43<sup>1</sup> k.c. Wynika z niej, że przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową. W tej sytuacji należy rozstrzygnąć, czy powodowi przysługuje status przedsiębiorcy, o którym mowa w art.4 pkt.1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zgodnie z art. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 1995 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (Dz.U. z 1996 r. Nr 1, poz. 2 ze zm. – dalej: „u.s.k.o.k.”), (...) jest spółdzielnią, do której – w zakresie nieuregulowanym odmiennie – stosuje się przepisy ustawy z dnia 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze (jedn. tekst: Dz.U. z 2003 r. Nr 188, poz. 1848 ze zm. – dalej: „Pr.spółdz.”). Celem(...) – zgodnie z art. 3 u.s.k.o.k. – jest gromadzenie środków pieniężnych wyłącznie swoich członków, udzielanie im pożyczek i kredytów, przeprowadzanie na ich zlecenie rozliczeń finansowych oraz pośredniczenie przy zawieraniu umów ubezpieczenia, przy czym działalność (...) jest działalnością niezarobkową. Skoro (...) jest spółdzielnią, to – zgodnie z art. 1 i 67 Pr.spółdz. – prowadzenie działalności gospodarczej jest podstawowym przedmiotem jej działania oraz racją bytu prawnego; działalność ta jest prowadzona w interesie członków na zasadach rachunku ekonomicznego, w celu zapewnienia im korzyści.

Oceniając ten aspekt działalności spółdzielni na przykładzie spółdzielni mieszkaniowych, które – podobnie jak (...) – prowadzą działalność gospodarczą tzw. bezwynikową, nieobliczoną na zysk (art. 208 Pr.spółdz.; obecnie art. 4-6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych, jedn. tekst: Dz.U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1116 ze zm.) – Sąd Najwyższy uznał, że w zakresie działalności ukierunkowanej na szeroko pojęte zaspokojenie potrzeb mieszkaniowych swoich członków muszą być traktowane na rynku tak samo jak inni przedsiębiorcy działający bezpośrednio w celu osiągnięcia zysku (por. np. uchwała składu siedmiu sędziów z dnia 6 grudnia 1991 r., III CZP 117/91, OSNCP 1992, nr 5, poz. 65, uchwały z dnia 25 czerwca 1991 r., III CZP 53/91, „Biuletyn SN” 1991, nr 6, s. 5 i z dnia 26 kwietnia 2002 r., III CZP 21/02, OSNC 2002, nr 12, poz. 149 oraz wyroki z dnia 18 grudnia 1996 r., II CKN 28/96, OSNC 1997, nr 4, poz. 44 i z dnia 12 marca 2004 r., II CK 53/03, nie publ.; odmiennie, ale bez poparcia w innych orzeczeniach, wyrok z dnia 7 grudnia 1990 r., II CR 462/90, OSP 1992, nr 3, poz. 69 oraz postanowienie z dnia 29 kwietnia 1998 r., III CZP 7/98, OSNC 1998, nr 11, poz. 188).

Sąd Najwyższy wyjaśnił przy tym, że działalnością gospodarczą jest także działalność niezarobkowa, zmierzająca jedynie do pokrywania własnymi dochodami ponoszonych kosztów. W działalności, w której dominuje podporządkowanie regułom ekonomicznym, motyw zysku (zarobku) zastępowany jest motywem racjonalnego

(ekonomicznego) gospodarowania, co oznacza zamiar uzyskania maksymalnego efektu – niekoniecznie zysku – przy danym nakładzie środków albo zamiar minimalnego zużycia tych środków w celu wykonania wyznaczonego zadania. W konsekwencji, działalność spółdzielni mieszkaniowych, dostosowana do ich specyficznych zadań, choć nieprowadzona w celu zarobkowym, lecz podporządkowana nadrzędnej zasadzie gospodarności, mieści się w pojęciu działalności gospodarczej (por. uchwała składu siedmiu sędziów z dnia 6 grudnia 1991 r., III CZP 117/91 oraz uchwały z dnia 30 listopada 1992 r., III CZP 134/92, OSNCP 1993, nr 5, poz. 79, z dnia 6 sierpnia 1996 r., III CZP 84/96, OSNC 1996 nr 11, poz. 150 oraz z dnia 11 maja 2005 r., III CZP 11/05, OSNC 2006, nr 3, poz.48).

Orzecznictwo Sądu Najwyższego dotyczące spółdzielni mieszkaniowych, ugruntowane w ciągu ostatniego dwudziestolecia i niebudzące żadnych istotnych wątpliwości, można bez zastrzeżeń odnieść do (...), które – podobnie jak te spółdzielnie – są spółdzielniami o szczególnym charakterze, wyznaczanym specjalnymi celami działalności. Domeną (...) jest działanie na rzecz członków w celu zaspokajania ich interesów majątkowych przez oferowanie im prostych, łatwych w obsłudze i tanich narzędzi finansowych, a więc na warunkach korzystniejszych niż proponują banki komercyjne (np. udzielanie nisko oprocentowanych pożyczek i kredytów lub wysokooprocentowanych lokat i rachunków oszczędnościowych). Ten szczególny cel działalności (...) jest bardzo bliski celom spółdzielczości, w tym wypadku realizacji idei samopomocy finansowej, wykluczającej motyw zysku, jego osiągnięcie bowiem mogłoby nastąpić wyłącznie kosztem członków.

Zawarta w art. 3 ust. 2 u.s.k.o.k. gwarancja niezarobkowego charakteru działalności (...) – uzupełniona regulacją zawartą w art. 16 – dyktowana jest więc przede wszystkim dążeniem do ochrony interesów członków oraz do zachowania przez (...) ich spółdzielczego charakteru, a zatem nie stanowi argumentu na rzecz tezy, że (...) nie prowadzi działalności gospodarczej. W piśmiennictwie trafnie w związku z tym podniesiono, że ustawa o (...), stanowiąca *lex specialis* w stosunku do ustawy – Prawo spółdzielcze, nie wyłączyła (...) z kręgu przedsiębiorców, lecz jedynie zredukowała pojęcie prowadzonej przez nie działalności gospodarczej o przesłankę zarobkowego charakteru.

Prowadzenie przez (...) działalności gospodarczej sankcjonował zresztą sam prawodawca w przepisach rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 21 listopada 2001 r. w sprawie szczególnych zasad rachunkowości (...) (Dz.U. Nr 138, poz. 1550; por. w szczególności załącznik do tego rozporządzenia).

Czynności wykonywane przez (...) są czynnościami bankowymi, które znamionują działalność gospodarczą (art. 3 ust. 1a u.s.k.o.k.; por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 stycznia 2007 r., IV CSK 342/06, „Prawo Bankowe” 2007, nr 9, s. 9).

W tym stanie rzeczy, skoro działalność(...)spełnia pozostałe wymagania przypisywane działalności gospodarczej, a więc stałość i powtarzalność czynności, zawodowość, działanie we własnym imieniu oraz uczestnictwo w obrocie gospodarczym, to wszystkie cechy konstrukcyjne przedsiębiorcy przewidziane w art. 479<sup>2</sup> § 1 k.p.c. należy uznać za spełnione.

Przedstawiona wyżej argumentacja legła u podstaw podjętej przez Sąd Najwyższy uchwały z dnia 21 stycznia 2011 r., III CZP 125/10(OSN IC 2011/10/107),w której stwierdzono, że (...) utworzona i działająca na podstawie ustawy z dnia 14 grudnia 1995 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (Dz.U. z 1996 r. Nr 1, poz. 2 ze zm.) jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 479<sup>2</sup> § 1 k.p.c.

Stanowisko to Sąd Apelacyjny w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę w pełni podziela i odnosi je także do statusu prawnego (...), która w myśl art.38 ust.1 u.s.k.o.k. prowadzi działalność niezarobkową.

Zgodnie z brzmieniem art.33 ust.1 i 2 u.s.k.o.k. (...) zrzeszają się w (...) Członkami (...) są wyłącznie(...) zaś (...) jest spółdzielnią osób prawnych. Z tych wszystkich względów należało uznać , że powód jest przedsiębiorcą i spełnia wymogi , o których mowa w art.4 pkt.1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Wyliczenie zawarte w dalszej części art.4 pkt.1 tej ustawy , to jest : lit. a – d zawiera jedynie dodatkowe wskazówki pozwalające na rozszerzenie wskazanej w tym przepisie( dla potrzeb ustawy ) definicji przedsiębiorcy. Wobec tego , że

powód spełnia wymogi odnoszące się do przedsiębiorcy nie zachodziła potrzeba odwoływania się do treści art.4 pk.1 lit. a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Dodatkowo można tylko zasygnalizować , że pojęcie niezarobkowego charakteru działalności gospodarczej prowadzonej przez (...) zostało także wyjaśnione uzasadnieniu wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 stycznia 2012. sygn. akt Kp 10 / 09. Wskazano tam , że niezarobkowy charakter działalności gospodarczej nie oznacza , że (...) nie mogą osiągać dochodu , ale , że dochód ten jest przeznaczony na realizację celów statutowych bez możliwości przeznaczania go do podziału między członków. Uznano tam , że cechy działalności prowadzonej przez (...) determinują przyjęcie wniosku , że są to spółdzielnie o szczególnym charakterze, podobnie jak spółdzielnie mieszkaniowe.

Przechodząc do oceny zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 i ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez błędną wykładnię i przyjęcie, iż kampania reklamowa prowadzona przez powoda narusza zbiorowe interesy konsumenta Sąd Apelacyjny stwierdza , że zarzut ten nie jest uzasadniony.

Trafne są ustalenia Sądu Okręgowego , że z uwagi na powiązania finansowe instytucji, w których produkty finansowe mogą być inwestowane wolne środki (...) oraz uzależnienie tych instytucji od koniunktury światowej (poprzez ich inwestycje finansowe) ,nawet mimo szeregu gwarancji finansowych ,nigdy nie istnieje całkowita pewność co do braku ryzyka utraty wartości np. jednostek uczestnictwa lub papierów wartościowych na skutek dekonunktury gospodarczej.

Wbrew twierdzeniom strony skarżącej nie jest prawdą, że działalność inwestycyjna (...) wolna jest od jakiegokolwiek ryzyka finansowego.

Zasadnie uznano , że prowadzona przez powoda akcja promocyjno - reklamowa mogła wywołać u przeciętnego konsumenta błędne wrażenie o bezpieczeństwie inwestycji finansowych (...) i skłonić w ten sposób do podjęcia decyzji o zawarciu umowy ze skok, której to decyzji w warunkach pełnej świadomości by nie podjął , a zatem że stosowana przez powoda praktyka rynkowa była działaniem wprowadzającym w błąd i nieuczciwym.

Prawidłowo przyjęto , że poprzez umieszczanie ogłoszeń i reklam w dziennikach o ogólnopolskim zasięgu działanie powoda było skierowane do nieograniczonego kręgu adresatów i mogło wywoływać nieprawidłowe wrażenie u bliżej nieokreślonej grupy konsumentów.

Zarzut naruszenia art. 217 k.p.c. w związku z art. 227 k.p.c. i 232 k.p.c. polegającego na oddaleniu wniosku powoda o powołanie biegłego z zakresu inwestycji na okoliczność charakteru instrumentów finansowych, w jakie może inwestować powód , nie mógł odnieść skutku.

Sąd Apelacyjny zważy , że z treści protokołu rozprawy wynika , że na rozprawie w dniu 3 stycznia 2012 r. byli obecni pełnomocnicy stron, postanowienie o oddaleniu wniosku strony powodowej o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego zostało zapisane do protokołu, zastrzeżenie do protokołu nie zostało złożone( k.169 – 170 akt). Strona nie może skutecznie zarzucać w apelacji uchybienia przez sąd pierwszej instancji przepisom postępowania, polegającego na wydaniu postanowienia, które może być zmienione lub uchylone stosownie do okoliczności, jeżeli nie zwróciła uwagi sądu na to uchybienie w toku posiedzenia, a w razie nieobecności - na najbliższym posiedzeniu, chyba że niezgłoszenie zastrzeżenia nastąpiło bez jej winy (art. 162 k.p.c.). ( por .uchwała S.N.z dnia 27 października 2005 r.III CZP 55/05 OSNC 2006/9/144, OSP 2006/7-8/86, Wokanda 2006/3/1, Wokanda 2005/12/6, Biul.SN 2005/10/8, M.Prawn. 2007/5/258, M.Prawn. 2006/8/42).

Mając to wszystko na uwadze apelacja powoda jako pozbawiona uzasadnionych podstaw prawnych nie mogła odnieść skutku.

W tym stanie rzeczy, na podstawie art.385 k.p.c. orzeczono , jak na wstępie.

O kosztach postępowania apelacyjnego postanowiono na podstawie art.98 k.p.c. w związku z art.108§1 k.p.c., zgodnie z zasadą finansowej odpowiedzialności stron za wynik procesu.