

Sygn. akt VI A Ca 1262/13

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 kwietnia 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Urszula Wiercińska

Sędzia SA – Małgorzata Manowska (spr.)

Sędzia SO del. – Aleksandra Kempczyńska

Protokolant: sekr. sądowy Katarzyna Kędzierska

po rozpoznaniu w dniu 16 kwietnia 2014 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) S.A. w W.

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 21 stycznia 2013 r., sygn. akt XVII AmA 79/11

I. zmienia zaskarżony wyrok częściowo, to jest w punkcie pierwszym w ten sposób, że zmienia decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 28 grudnia 2010r. (...) częściowo, to jest w punkcie trzecim (rzymskim) w ten sposób, że obniża nałożoną na (...) sp. z o.o. w W. (obecnie (...) S.A. w W.) karę z kwoty 4 839 375 zł (cztery miliony osiemset trzydzieści dziewięć tysięcy trzysta siedemdziesiąt pięć złotych) do kwoty 2 419 687 zł (dwa miliony czterysta dziewiętnaście tysięcy sześćset osiemdziesiąt siedem złotych), a w pozostałym zakresie oddala odwołanie;

II. w pozostałym zakresie oddala apelację;

III. koszty postępowania apelacyjnego wzajemnie znosi pomiędzy stronami.

VI A Ca 1262/13

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 28 grudnia 2010 r. ((...)) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów po przeprowadzeniu postępowania w sprawie praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, wszczętego przeciwko powodowi – (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. (obecnie (...) S.A. w W.):

I. Uznał za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, działanie powoda, polegające na prezentowaniu w ramach kampanii

reklamowej dotyczącej promocji (...) przekazu reklamowego wskazującego na to, że cena połączenia telefonicznego do wszystkich w ramach przedmiotowej oferty wynosi od 25 groszy za minutę, podczas gdy cena połączenia telefonicznego do (...) sp. z o.o. z siedzibą w W., operatora sieci (...), wynosiła od 37 groszy za minutę, co stanowi nieuczciwą praktykę rynkową poprzez naruszenie art. 5 ust. 1, art. 5 ust. 2 pkt. 1 oraz art. 5 ust. 3 pkt. 2 i 5 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. z 2007 r. Nr 171, póź. 1206) oraz godzi w zbiorowe interesy konsumentów i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 16 czerwca 2009 r.

II. Nakazał powodowi:

1. publikację niniejszej decyzji w całości w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się decyzji, na koszt powoda, na stronie internetowej przedsiębiorcy (...) w ten sposób, że:

a) tekst decyzji zostanie zamieszczony na podstronie domeny (...) zawierającej wyłącznie tekst decyzji, czarną czcionką Times New Roman, nie mniejszą niż 12 punktów, na białym tle, przy czym przedmiotowa podstrona będzie utrzymywana przez okres 6 miesięcy;

b) odnośnik stanowiący odesłanie do podstrony, o której mowa w lit. a) powyżej, w formie ramki zawierającej tekst „Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 28 grudnia 2010 r.”, czarną czcionką Times New Roman nie mniejszą niż 10 punktów, na białym tle, zostanie zamieszczony na stronie głównej (...) powyżej linii ekranu, przy czym przedmiotowy odnośnik będzie utrzymywany przez okres 6;

2. jednokrotną publikację sentencji decyzji na koszt powoda, w terminie 30 dni od daty uprawomocnienia się decyzji, na jednej z pięciu pierwszych stron dziennika o zasięgu ogólnopolskim ze średnim nakładem dziennym w wysokości co najmniej 100 000 egzemplarzy, w module obejmującym co najmniej 25 % strony, czarną czcionką Times New Roman nie mniejszą niż 12 punktów, na białym tle.

III. Nałożył na powoda karę pieniężną w wysokości 4 839 375,00 zł, płatną do budżetu państwa, z tytułu naruszenia zakazu, o jakim mowa w art. 24 ust. 1 i 2 pkt. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zakresie opisanym w punkcie 1 decyzji.

Od powyższej Decyzji powód – (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej (...) S.A. w W.) złożył odwołanie zaskarżając ją w całości.

Zaskarżonej Decyzji powód zarzucił:

1. Naruszenie art. 84 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 233 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego oraz dowolność w zakresie ustaleń dotyczących działań powoda będących podstawą decyzji poprzez niezgodne z rzeczywistością odczytanie treści komunikatu reklamowego.

2. Naruszenie art. 5 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że wskazana w dyspozycji „decyzja dotycząca umowy” oznacza również, że konsument „mógłby zainteresować się ofertą (...).

3. Naruszenie art. 2 pkt. 2 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym poprzez błędną wykładnię przejawiającą się posłużeniem się dla potrzeb decyzji wadliwie określonym modelem przeciętnego konsumenta.

4. Naruszenie art. 5 ust. 1 i art. 4 ust. 1 i 2 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym oraz art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, iż kampania reklamowa odnosząca się do usługi długoterminowej powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej zawarcia umowy, której inaczej by nie podjął.

5. Naruszenie art. 24 ust. 2 oraz art. 27 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez niewłaściwe zastosowanie polegające na uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów w sytuacji braku spełnienia przesłanki bezprawności działania.

6. Naruszenie art. 106 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na dowolnym, wybiórczym posłużeniu się przesłankami mającymi wpływ na nałożenie oraz wymiar kary pieniężnej.

7. Naruszenie art. 26 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez zastosowanie tego przepisu, pomimo, iż w chwili wydania decyzji nie występuje ani nie może wystąpić skutek w postaci naruszenia zbiorowych interesów konsumentów.

Wskazując na powyższe zarzuty powód wniósł o zmianę skarżonej decyzji w całości i stwierdzenie niestosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, ewentualnie o zmianę zaskarżonej decyzji w części, w zakresie pkt. III decyzji poprzez wydatne zmniejszenie kary pieniężnej nałożonej na powoda;

Pozwany w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie i zasądzenie od powoda na jego rzecz kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy w Warszawie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrokiem z dnia 21 stycznia 2013 r. oddalił odwołanie.

Sąd Okręgowy ustalił, że powód jest przedsiębiorcą świadczącym usługi telekomunikacyjne.

Zasady korzystania z promocji (...) zostały określone w Regulaminie promocji. Regulamin promocji dostępny był w salonach sprzedaży powoda oraz na stronie internetowej (...) oraz (...) W zakresie nieuregulowanym w Regulaminie promocji zastosowanie miały Cennik usług w ofertach (...) oraz (...), ogólne warunki świadczenia usług telekomunikacyjnych w ramach oferty (...) oraz (...) oraz Regulamin świadczenia usług telekomunikacyjnych w sieci telekomunikacyjnej (...) przez Spółkę pod firmą (...) sp. z o.o.

Regulamin promocji nie zawierał wskazania cen połączeń do poszczególnych sieci. Obowiązujące w ramach promocji ceny połączeń do wszystkich sieci zawarte były w Cenniku usług w ofertach (...) oraz (...), które to cenniki stanowiły podstawowy dokument regulujący wysokość opłat za połączenia. Opłata za minutę połączenia do sieci operatora (...) wynosiła od 37 groszy (cena uzależniona była od wysokości abonamentu).

Konsument miał możliwość uzyskania informacji o możliwych do osiągnięcia stawkach połączeń do sieci innych operatorów, także do sieci (...), w przypadku skorzystania z promocji (...), na podstawie ulotki reklamowej dostępnej w salonach sprzedaży oraz na podstawie szczegółowego opisu promocji na stronach (...) i (...) na których dostępne były również wszystkie dokumenty związane z promocją.

W związku z tym, że dla skorzystania z ww. promocji niezbędne było zawarcie z powodem umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, konsument każdorazowo przed zawarciem umowy był informowany o szczegółach oferty, w szczególności otrzymywał dokumenty związane z ofertą (regulamin, cenniki), który to etap stanowił uzupełnienie zawartych w reklamie informacji o ofercie.

Kampania reklamowa powoda trwała w okresie od 4 maja 2009 r. do 15 czerwca 2009 r. Na kampanię składały się: film reklamowy emitowany w telewizji, reklama radiowa, reklama prasowa, reklama zewnętrzna (billbordy, postery, ulotka) i reklama internetowa. W reklamie telewizyjnej powód posługiwał się hasłem reklamowym: (...). Jednocześnie lektor wypowiadał kwestię: (...). W reklamie prasowej powód posługiwał się hasłem (...). Poniżej znajdowała się wskazówka: „Zapraszamy do salonów i na (...) (...) szczegóły na (...)”. Reklama zewnętrzna posługiwała się hasłem: (...). Poniżej znajdowała się wskazówka: (...). Reklama posterowa posługiwała się podobnym hasłem: (...), zaś wskazówka wyjaśniająca brzmiała: „O szczegóły zapytaj sprzedawcę.”. Ulotka reklamowa na drugiej stronie zawierała szczegółowy

cennik połączeń, w tym połączeń do (...). W reklamach internetowych pojawiały się hasła skrócone, np. (...), zaś po kliknięciu na reklamę użytkownik był kierowany na konkretną stronę internetową promocji, na której znajdował się link do regulaminu. Reklama radiowa nie poruszała w ogóle kwestii cen za połączenia w ramach oferty.

W przypadku reklamy telewizyjnej, prasowej, zewnętrznej i posterowej brak było wskazówki wyjaśniającej, wskazującej na fakt, że hasła dotyczące ceny połączeń (...) nie dotyczą połączeń do operatora (...) (opłata za minutę połączenia wynosiła od 37 groszy). Jediną informacją, jaka pojawiała się w tym zakresie było odesłanie do szczegółów promocji dostępnych na stronie internetowej lub w salonach (...).

Sąd Okręgowy za bezzasadny uznał zarzut powódki dotyczący naruszenia art. 84 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331) w zw. z art. 233 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego oraz dowolność w zakresie ustaleń dotyczących działań powoda będących podstawą decyzji poprzez niezgodne z rzeczywistością odczytanie treści komunikatu. Wskazał, że użyte w reklamach sformułowania (...) (reklama telewizyjna), (...) (reklama prasowa), (...) (reklama zewnętrzna) i (...) wskazywały jednoznacznie, że powódka oferuje usługę za którą pobierana będzie opłata 25 gr. za minutę niezależnie od tego jakiej sieci abonentem będzie jego rozmówca. Sformułowania te nie odpowiadały prawdzie, gdyż w rzeczywistości najniższa oferowana cena połączeń do abonentów sieci (...) wynosiła 37 groszy za minutę. Tak więc wbrew treści reklam cena od 25 groszy za minutę nie dotyczyła wszystkich potencjalnych rozmówców.

Sąd I instancji wskazał, że sformułowanie (...) oznacza, jak wskazuje powódka, że najniższa cena wynosi 25 groszy za minutę, co nie wyklucza istnienia w ofercie także cen wyższych. Skoro jednak podana w reklamach cena minimalna dotyczyła połączeń „do wszystkich”, to przekaz reklamowy odpowiadałby prawdzie gdyby istniała możliwość zawarcia z powódką umowy, w której cena za minutę wynosiła 25 groszy za połączenie do „wszystkich” a więc i abonentów sieci (...).

Brak jest zatem, zdaniem Sądu Okręgowego podstaw do uznania, że odczytanie treści komunikatów reklamowych było niezgodne z rzeczywistością.

Za bezzasadny uznany został także zarzut naruszenia art.5 ust. 1 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz.1206) w zw. z art.24 ust. 2 pkt. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez błędną ich wykładnię. Sąd I instancji wyjaśnił, że 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. Podzielając stanowisko powódki, że za decyzję dotyczącą umowy z pewnością należy uznać decyzję co do tego czy konsument umowę w ogóle zawrze i jaka będzie treść umowy, Sąd Okręgowy (powołując się także na treść pkt. 14 Preambuły Dyrektywy 2005/29/WE) wskazał, że są to tylko niektóre przypadki odpowiadające temu sformułowaniu. Określenie „decyzja dotycząca umowy” oznacza podejmowaną przez konsumenta decyzję, co do tego, czy, w jaki sposób i na jakich warunkach dokona zakupu, zapłaci za produkt w całości lub w części, zatrzyma produkt, rozporządzi nim lub wykona uprawnienie umowne związane z produktem, bez względu na to, czy konsument postanowi dokonać określonej czynności, czy też powstrzymać się od jej dokonania (art. 2 pkt. 7 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym). Jest to zatem określenie znacznie szersze, obejmujące wszystkie decyzje wiążące się z umową, uniemożliwiające konsumentowi dokonanie świadomego, a zatem i efektywnego wyboru, w tym także co do wyboru kontrahenta (jako forma decyzji czy dokonania zakupu).

Za bezzasadny wobec tego uznany został również zarzut naruszenia art.2 ust 2 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym poprzez przyjęcie wadliwie określonego modelu konsumenta.

Sąd Okręgowy zważył, że powołany przepis zawiera definicję ustawową konsumenta określonego jako konsumenta w rozumieniu art. 22 [1] k.c., tj. osobę fizyczną dokonującą czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej

działalnością gospodarczą lub zawodową. Z treści zaskarżonej Decyzji nie wynika zaś aby pozwany uznał za konsumentów inne podmioty.

O modelu „przeciętnego konsumenta” można zatem mówić jedynie w odniesieniu do art. 4 i 5 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym.

W ocenie Sądu I instancji, ze wskazanych wyżej względów stosowane przez powódkę reklamy mogły wprowadzić w błąd każdego konsumenta w tym również „wydukuwanego, rozważnego, krytycznego i posiadającego zdolność decydowania o swojej konsumpcji”. Przekaz reklamowy był bowiem jednoznaczny, a użyte zwroty „do wszystkich” i „niezależnie do kogo dzwonisz” nie pozostawiały wątpliwości, że także do sieci (...). Trudno również uznać, że przeciętny „wydukuwanego, rozważnego, krytycznego i posiadającego zdolność decydowania o swojej konsumpcji” konsument na bieżąco śledzi stawki rozliczeń pomiędzy sieciami pomiędzy poszczególnymi operatorami, zwłaszcza, że ma to jedynie pośrednie odniesienie do cen detalicznych. Ponadto, zdaniem Sądu Okręgowego biorąc pod uwagę promocyjny charakter oferty, konsument taki nie mógł z góry wykluczać, że mimo odmiennych stawek rozliczeniowych pomiędzy powodem a siecią (...), może on zechcieć stosować jednolite stawki detaliczne.

Za chybiony uznano również zarzut naruszenie art. 24 ust. 2 oraz art. 27 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez niewłaściwe zastosowanie polegające na uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów w sytuacji braku spełnienia przesłanki bezprawności działania, gdyż jak wyżej wskazano, działanie powoda miało charakter bezprawny.

Za bezzasadny uznał Sąd I instancji zarzut naruszenia art. 106 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na dowolnym, wybiórczym posłużeniu się przesłankami mającymi wpływ na nałożenie oraz wymiar kary pieniężnej.

Stosownie do treści art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 106 – 108, należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy.

Sąd Okręgowy nie podzielił stanowiska pozwanego, że wina powoda miała charakter nieumyślny. Nie jest bowiem możliwe, aby powódka prowadząc kampanię reklamową opierającą się na sloganie reklamowym zawierającym przekaz o cenie 25 gr./min do wszystkich sieci, nie miała świadomości, że jest on nieprawdziwy. Biorąc zatem pod uwagę, że powódka jest podmiotem działającym na tym rynku od wielu lat, prowadzącym od lat kampanie reklamowe, nie jest możliwe aby działanie to uznać za lekkomyślne lub niedbałe. W ocenie Sądu I instancji właśnie ten nieprawdziwy i w efekcie zniekształcony przekaz reklamowy, miał w oczach konsumentów czynić jego ofertę korzystniejszą i skłonić go do kontaktu z jego siecią sprzedaży. Było to zatem działanie umyślne.

W ocenie Sądu Okręgowego, brak jest także podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia zasady proporcjonalności przy wymiarze kary. Treść art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie wiąże wysokości kary z wysokością przychodów przedsiębiorcy z działalności, której dotyczyło naruszenie prawa. Sąd I instancji wskazał, że kara pieniężna stanowić ma dolegliwość wynikająca z nieprzestrzegania prawa, a nie stanowić jedynie windykację nienależnych korzyści. Aby taka dolegliwość zachodziła, kara swoim wymiarem powinna odczuwalnie przekraczać kwotę uzyskanych korzyści, gdyż w części odpowiadającej uzyskanym korzyściom nie można uznać jej za dolegliwość.

Biorąc zatem pod uwagę skalę naruszenia ustawy, a w szczególności to, że reklama miała charakter ogólnopolski i realizowana była przy użyciu wielu środków przekazu, nałożonej kary nie można uznać, według Sądu Okręgowego za nadmiernie wygórowaną, tym, bardziej, że nie stanowi ona nawet 1% jej ustawowego wymiaru.

Sąd I instancji nie uwzględnił również zarzutu naruszenia art. 26 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez zastosowanie tego przepisu, pomimo, iż w chwili wydania decyzji nie występuje ani nie może wystąpić skutek w postaci naruszenia zbiorowych interesów konsumentów. W ocenie Sądu Okręgowego, skutek stosowanej przez powoda praktyki nie może być utożsamiany wyłącznie do okresu emisji reklam telewizyjnych, ukazywanie się reklam

prasowych czy posterowych. Przekaz reklamowy jest bowiem zapamiętywany przez adresatów i może wpływać na ich późniejsze zachowania, tym bardziej, że powyższym reklamom towarzyszyły ulotki, które potencjalni zainteresowani mogli przechowywać przez dłuższy czas. Zasady rzetelnej informacji wymagały zatem nałożenia obowiązku publikacji zaskarżonej Decyzji.

Z tych względów odwołanie powódki zostało oddalone.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wniosła powódka.

W apelacji zarzuciła:

1. Naruszenie art. 233 par. 1 k.p.c. w związku z art. 217 par. 2, art. 227, art. 232 k.p.c. w związku z art. 6 ustęp 6 ustawy u.n.p.r. oraz art. 6 k.c. przez przyjęcie, że przekaz reklamowy powódki wskazywał, że cena usługi dotyczy również sieci (...), oraz że działania powódki miały charakter wprowadzający w błąd, to jest powodowały lub mogły powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął;
2. Naruszenie art. 321 w związku z art. 479 [64] par. 2 k.p.c., polegające na orzeczeniu ponad żądanie, co nastąpiło wskutek stwierdzenia, że działanie (...) miało charakter umyślny, pomimo iż zgodnie z treścią skarżonej decyzji działanie powódki miało charakter nieumyślny;
3. Naruszenie art. 379 pkt. 5 k.p.c. w związku z art. 479 [31a] par. 1 k.p.c. i art. 384 k.p.c. oraz naruszenia art. 6 ustęp 1 oraz ustęp 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz art. 41 ustęp 2 litera a i art. 48 ustęp 2 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, a także art. 42 ustęp 2 Konstytucji RP w związku z art. 479 [31a] par. 1 k.p.c. i art. 384 k.p.c., przez naruszenie prawa do obrony i zasady kontradyktoryjności, polegające na rozstrzygnięciu w wyroku kwestii, która nie była sporna między stronami, nie była przedmiotem postępowania, i do której powódka nie miała możliwości odniesienia się w toku postępowania.
4. Naruszenie art. 233 par. 1 k.p.c. w związku z art. 217 par. 2, art. 227, art. 232 k.p.c. w związku z art. 6 ustęp 6 ustawy u.n.p.r. oraz art. 6 k.c. przez przyjęcie, że zachowanie powódki miało charakter umyślny i oparcie wyroku na domniemaniu winy;
5. Naruszenie art. 227 w związku z art. 328 pr. 2 k.p.c. oraz w związku z art. 217 par. 2 k.p.c., a także art. 233 par. 1 k.p.c. przez pominięcie oraz nieprzeprowadzenie stosownych dowodów mających wpływ na wymiar kary oraz przez niewskazanie faktów, które sąd uznał za udowodnione, dowodów na których się oparł i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej;
6. Naruszenie prawa materialnego, to jest art. 5 ustęp 1 u.n.p.r. w związku z art. 24 ustęp 2 pkt. 3 u.o.k.k. polegające na uznaniu, że sformułowanie „decyzja dotycząca umowy”, o której mowa w art. 5 ustęp 1 u.n.p.r. oznacza także decyzję o zainteresowaniu się ofertą (...) oraz decyzję o weryfikacji oferty (...);
7. Naruszenie prawa materialnego, to jest art. 5 ustęp 1 u.n.p.r. w związku z art. 5 ustęp 2 u.n.p.r. w związku z art. 24 ustęp 2 pkt. 3 u.o.k.k. polegające na nieprawidłowym określeniu modelu przeciętnego konsumenta.
8. Naruszenie prawa materialnego, to jest art. 111 u.o.k.k. w związku art. 106 ustęp 1 pkt. 4 u.o.k.k. przez nałożenie na powódkę kary rażąco wygórowanej;

W konkluzji skarżący wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku przez zmianę skarżonej decyzji w całości i stwierdzenie niestosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku przez zmianę zaskarżonej decyzji w części, w zakresie pkt. III decyzji poprzez uchylene nałożonej kary pieniężnej lub jej wydatne zmniejszenie, ewentualnie o uchylene zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja zasługuje na uwzględnienie częściowo, to jest w zakresie wymiaru kary pieniężnej, natomiast w pozostałej części jest bezzasadna.

Niesłuszne są zarzuty apelacji zmierzające do wykazania, że powódka nie dopuściła się w ogóle czynu naruszającego zbiorowe interesy konsumentów (zarzut naruszenia art. 233 par. 1 k.p.c. w związku z art. 217 par. 2, art. 227, art. 232 k.p.c. w związku z art. 6 ustęp 6 ustawy u.n.p.r. oraz art. 6 k.c., a także naruszenie art. 5 ustęp 1 i 2 u.n.p.r. w związku z art. 24 ustęp 2 pkt. 3 u.o.k.k.).

Powódka używała w swojej kampanii reklamowej formuły (...) informując, że do tyczy to sytuacji ujętych w następujący sposób: (...) (tak w reklamie telewizyjnej), (...) (tak w reklamie prasowej), (...) (tak w reklamie zewnętrznej). Użycie takiej figury stylistycznej mogło wywołać u konsumenta przekonanie, że może zawrzeć z powódką taką umowę która – w zależności od taryfy – zapewni mu możliwość połączenia się za 25 groszy za minutę w każdej sieci. Słusznie wskazał Sąd Okręgowy, że sformułowanie (...) oznacza, że najniższa cena wynosi 25 groszy za minutę, co nie wyklucza istnienia w ofercie także cen wyższych. Skoro jednak podana w reklamach cena minimalna dotyczyła połączeń (...), to przekaz reklamowy odpowiadałby prawdzie gdyby istniała możliwość zawarcia z powódką umowy, w której cena za minutę wynosiła 25 groszy za połączenie do „wszystkich” a więc i abonentów sieci (...). Podawane w toku postępowania przez skarżącą przykłady sloganów używanych w akcjach promocyjnych, np. „obniżka cen nawet do 70 %” albo zawierają odmienną, niż w sprawie niniejszej formułę tzw. pułapu maksymalnego wyrażanego za pomocą przyimka „do” albo pomijają, że hasła reklamowe (...) składały się z dwóch członów, to znaczy oferowały minimalną cenę 25 groszy do wszystkich, a więc do każdej z sieci, a nie do większości sieci i to było niezgodne z rzeczywistością.

Wbrew stanowisku skarżącej, Sąd Okręgowy, nie naruszając art. 5 ustęp 1 u.n.p.r. w związku z art. 5 ustęp 2 u.n.p.r. w związku z art. 24 ustęp 2 pkt. 3 u.o.k.k. przyjął prawidłowy model przeciętnego konsumenta – wyedukowanego, świadomego podejmowanych przez siebie decyzji.

Odnosząc się w pierwszym rzędzie do pojęcia „podjęcia decyzji dotyczącej umowy” użytego w art. 5 ustęp 1 u.n.p.r. to nie ma racji skarżąca, że chodzi w tym przypadku wyłącznie o decyzję o zawarciu finalnej umowy. Gdyby tak było, to racjonalny ustawodawca użyłby takiego właśnie sformułowania, które przecież byłoby oczywiste i nie wzbudzające kontrowersji. Użycie pojęcia „decyzja dotycząca umowy” świadczy o zamiarze ustawodawcy objęcia dyspozycją art. 5 ustęp 1 i 2 u.n.p.r. także innych zachowań i aktów woli, których finalnym skutkiem mogłoby być zawarcie umowy. Takie rozumienie powołanego powyżej przepisu jest powszechnie akceptowane w literaturze, gdzie wskazuje się, że nieuczciwa praktyka rynkowa wprowadzająca w błąd ma spowodować bądź wywołać potencjalną możliwość podjęcia decyzji gospodarczej, której inaczej konsument by nie podjął (zobacz np. M. Sieradzka, Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz do art. 5 i powołana tam literatura). Może to być np. zawarcie umowy przedwstępnej, przystąpienie do negocjacji, a nawet poświęcenie czasu na rozmowę z przedstawicielem przedsiębiorcy, w toku której konsument ma zapoznać się szczegółowo z ofertą. Gdyby bowiem konsument wiedział z góry, że powódka w rzeczywistości nie oferuje połączeń od 25 groszy za minutę z każdą siecią to nie marnowałaby – mówiąc wprost – czasu na podejmowanie takich działań, które finalnie mogłyby doprowadzić do zawarcia umowy z (...).

Powyższe o tyle nie ma jednak znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, że nawet przyjmując, iż w art. 5 ustęp 1 u.n.p.r. chodzi jedynie o decyzję polegającą na zawarciu umowy, to nie zwalniałoby to powódki z odpowiedzialności. Faktem jest – jak słusznie podnosi skarżąca, że usługa oferowana przez nią nie jest towarem, który w prosty sposób można nabyć w sklepie. Zawarcie bowiem umowy telekomunikacyjnej wymaga złożenia podpisu pod dokumentem po uprzednim uzgodnieniu warunków tej umowy (zapoznaniu się z ofertą). Nie oznacza to jednak, że wyedukowany konsument powinien spodziewać się – przy założeniu stosowania uczciwej praktyki rynkowej – posługiwania się przez przedsiębiorcę (szczególnie przez przedsiębiorcę o wysokim statusie rynkowym i cieszącym się zaufaniem klientów) przy zawarciu umowy kruczkami, niedomówieniami, przeinaczeniami, niedookreślonymi definicjami. Nawet wyedukowany konsument, działając w zaufaniu do przedsiębiorcy telekomunikacyjnego mógłby, zdaniem Sądu Apelacyjnego, na podstawie reklamy powódki zawrzeć umowę nie sprawdzając szczegółowo wszystkich taryf (szczególnie, że są one zwykle zamieszczone w dość rozbudowanych tabelach) pozostając w przekonaniu, że za

połączenia do wszystkich sieci będzie płacił 25 groszy tak jak poinformowano go w ramach akcji promocyjnej, po czym okaże się, że do wszystkich sieci z wyjątkiem sieci (...). Wskazywane przez powódkę „trudności” z wprowadzeniem konsumenta w błąd przy zawarciu finalnej umowy mogą mieć znaczenie przy wymiarze kary pieniężnej, nie zaś przy ustalaniu czy w ogóle doszło do popełnienia czynu zabronionego.

W tym stanie rzeczy Sąd Apelacyjny uznał, że nie doszło do naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 5 ustęp 1 i 2 u.n.p.r. w związku z art. 24 ustęp 2 pkt. 3 u.o.k.k.

Apelacja zasługuje natomiast w części odnoszącej się do wymiaru kary pieniężnej na podstawie art. 106 ustęp 1 w związku z art. 111 u.o.k.k.

Przede wszystkim wskazać należy, że nieprawidłowe i niedopuszczalne było przyjęcie przez Sąd Okręgowy, że powódka dopuściła się nieuczciwej praktyki rynkowej i naruszyła zbiorowe interesy konsumentów z winy umyślnej. Ustalenia takiego brak jest w decyzji Prezesa UOKiK. Przyjęcie zatem przez Sąd I instancji popełnienia czynu, o jakim mowa w art. 24 ustęp 2 pkt. 3 u.o.k.k. z winy umyślnej pogarsza sytuację podmiotu wnoszącego odwołanie w sposób niedozwolony tym bardziej, że na tę okoliczność nie było prowadzone postępowanie dowodowe, ani też Sąd Okręgowy nie uprzedził o możliwości zmiany stopnia winy (co ma niewątpliwie wpływ na surowość kary pieniężnej), co naruszało zasadę lojalności procesowej.

Sąd Apelacyjny przyjmuje zatem, że powódka dopuściła się czynu nieuczciwej praktyki rynkowej naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, opisanego w zaskarżonej decyzji z winy nieumyślnej, co uzasadnia zmniejszenie wymierzonej kary pieniężnej, gdyż przy takim ustaleniu, wymierzona przez Prezesa UOKiK kara jest zbyt surowa.

Drugim elementem wpływającym na obniżenie kary pieniężnej jest fakt, że prowadząc zakwestionowaną kampanię reklamową powódka odsyłała konsumenta po szczegółowe informacje do sprzedawców, oraz że wystąpienie finalnego negatywnego skutku w postaci zawarcia umowy wymagało jednak podjęcia przez konsumenta dodatkowych czynności w postaci przeprowadzenia rozmowy (choćby skrótowej) ze sprzedawcą i podpisania dokumentu.

Trzecim czynnikiem decydującym zarówno o obniżeniu wymierzonej (...) kary pieniężnej, jak i o zakresie tego obniżenia był rozmiar przychodu osiągniętego za pomocą zakwestionowanej akcji promocyjnej oraz jej krótkotrwałość. Zważyć przy tym należy, że art. 111 u.o.k.k. nie wprowadza zamkniętego katalogu przesłanek decydujących o wymiarze kary pieniężnej, o jakiej mowa w art. 106 u.o.k.k. Sąd Apelacyjny uprawniony jest zatem do wzięcia pod uwagę także tych dwóch powyższych okoliczności.

Odnosząc się do przychodów osiągniętych przez powódkę, to nie chodzi tu – jak błędnie wskazał Sąd I instancji – o ich kwotowy wymiar, co rzeczywiście ograniczałoby funkcję kary do likwidacji skutków niejako bezpodstawnie uzyskanych korzyści. Sąd Apelacyjny uznał natomiast, że sprawiedliwa i adekwatna kara pieniężna do charakteru popełnionego przez powódkę czynu oraz okoliczności jego popełnienia powinna być bardziej zbliżona do takiego udziału we wszystkich przychodach powódki, jaki udział w tych przychodach stanowił przychód osiągnięty dzięki zakwestionowanej akcji promocyjnej.

Wymierzona przez Prezesa UOKiK kara stanowi 0,065 % przychodu osiągniętego przez powódkę w 2009 r. Z kolei udział przychodów osiągnięty przez (...) z klientów, którzy skorzystali z promocji (...) w czasie trwania kampanii reklamowej w stosunku do rocznych przychodów powoda osiągniętych w 2009 r. stanowi 0,034 % (okoliczność niekwestionowana przez strony). Z tego względu Sąd Apelacyjny uznał, że wymierzona powódce na podstawie art. 106 w związku z art. 111 u.o.k.k. kara pieniężna powinna być zmniejszona o połowę. Sąd Apelacyjny miał tutaj na uwadze, że jednak okoliczności łagodzące powinny przeważać przy określaniu wymiaru kary w sprawie niniejszej. Są to: krótki okres kampanii reklamowej, ograniczona możliwość wywołania negatywnego finalnego skutku w postaci zawarcia niekorzystnej umowy przez konsumenta (dzięki działaniom samej powódki, która za każdym razem odsyłała jednak do cenników zawierających prawdziwe dane), współpraca powódki z Prezesem UOKiK przy wyjaśnianiu sprawy oraz niewielki przychód osiągnięty dzięki akcji promocyjnej.

Na marginesie jeszcze wskazać należy, że powódka w sposób niedozwolony próbowała zmienić swoje roszczenie w postępowaniu apelacyjnym wnosząc alternatywnie o odstąpienie od wymierzenia kary, chociaż wniosek taki nie był zawarty w odwołaniu.

Mając na uwadze przedstawione wyżej okoliczności Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 par. 1 k.p.c. i art. 385 k.p.c. orzekł jak na wstępie.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c. wzajemnie je znosząc.