



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
MAŁGORZATA KRASNODEBSKA-TOMKIEL**

DDK-61-10/08/KP

Warszawa, dn. 5 września 2008 r.

DECYZJA DDK Nr 18/2008

I. Na podstawie art. 27 ust. 1 i 2 w zw. z art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r., Nr 50, poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu wszczętego z urzędu postępowania w sprawie stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, **Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznaje za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, działanie Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie, polegające na:**

prezentowaniu w ramach kampanii reklamowej dotyczącej promocji „iPlus dla Ciebie z komputerem” przekazu reklamowego wskazującego na możliwość zakupu laptopa z modemem iPlus za 1zł, podczas gdy cena komputera wynosiła więcej niż 1 zł,

co stanowi reklamę wprowadzającą w błąd w rozumieniu art. 16 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) oraz godzi w zbiorowe interesy konsumentów

i stwierdza zaniechanie jej stosowanie z dniem 11 czerwca 2007 r.

II. Na podstawie art. 26 ust. 2 w zw. z art. 27 ust. 4 w zw. z art. 27 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu z urzędu postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, **Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nakazuje Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie publikację niniejszej decyzji w całości na koszt Polkomtel S.A. na stronie internetowej przedsiębiorcy www.plus.pl w ten sposób, że odnośnik do treści decyzji powinien zostać umieszczony na stronie głównej www.plus.pl oraz utrzymywanie jej na ww. stronie internetowej przez okres 6 (sześć) miesięcy, a ponadto **dwukrotną publikację sentencji decyzji** na koszt Polkomtel S.A. na jednej z pięciu pierwszych stron dziennika o zasięgu ogólnopolskim o objętości co najmniej 24 (dwadzieścia cztery) cm x 12 (dwanaście) cm, z tym że okres między przedmiotowymi publikacjami powinien wynosić co najmniej 7 (siedem) dni.**

III. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), **Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nakłada na Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie, karę pieniężną w wysokości 848.981,67 zł (słownie: osiemset czterdzieści osiem tysięcy dziewięćset osiemdziesiąt jeden złoty 67/100 groszy)**, płatną do budżetu państwa, z tytułu naruszenia zakazu, o jakim mowa w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.).

IV. Na podstawie art. 103 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), **Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nadaje decyzji w zakresie pkt II sentencji decyzji rygor natychmiastowej wykonalności.**

Uzasadnienie

W dniu 19 lutego 2008 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwany dalej także „Prezesem Urzędu”, „Prezesem UOKiK”) wszczął wobec Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanej dalej także „Spółką”, „operatorem”) postępowanie w sprawie stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, (zwanej dalej „ustawą”, „uokik”) polegającej na prezentowaniu w ramach kampanii reklamowej dotyczącej promocji „iPlus dla Ciebie z komputerem” przekazu reklamowego wskazującego na możliwość zakupu laptopa z modemem iPlus za 1zł, podczas gdy cena komputera wynosiła więcej niż 1 zł, co mogło stanowić reklamę wprowadzającą w błąd w rozumieniu art. 16 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm., zwaną dalej „uznk”) i jako naruszenie zbiorowych interesów konsumentów może zostać uznane za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (k. 26).

Przedmiotowe postępowanie zostało poprzedzone wszczętym w dniu 29 maja 2007 r. postępowaniem wyjaśniającym (sygn. DDK-405-26/07/KP) mającym na celu wstępne ustalenie, czy wykorzystywanie przez operatora sieci komórkowej Polkomtel S.A. reklamy dotyczącej promocji „Laptop z modemem iPlus za 1 zł” może stanowić naruszenie przepisów uzasadniające wszczęcie postępowania w sprawie zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów bądź naruszenie chronionych prawem interesów konsumentów uzasadniające podjęcie działań określonych w odrębnych przepisach prawa. Prezes Urzędu nie uznał wyjaśnień udzielonych przez Polkomtel S.A. w toku tego postępowania za przekonujące, stwierdzając tym samym, iż zachodzą w niniejszej sprawie przesłanki uzasadniające wszczęcie postępowania w sprawie stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów. Materiały zgromadzone w toku postępowania wyjaśniającego zostały postanowieniem Prezesa Urzędu z dnia 19 lutego 2008 r. włączone do akt postępowania właściwego (k. 1-25).

Polkomtel S.A. w pismach z dnia 15 czerwca 2007 r. (k. 4-6), 10 marca 2008 r. (k. 34-40) oraz 8 lipca 2008 r. (k. 47-48) odniósł się do zarzutów wskazanych przez Prezesa Urzędu, argumentując, iż omawiana reklama nie wprowadza konsumentów w błąd, ponieważ główny nacisk kładzie na reklamę usługi telekomunikacyjnej, tj. usługi bezprzewodowego dostępu do internetu (iPlus), a nie zakup komputera. Ponadto, operator (powołując się na słownik języka polskiego) odniósł się do konstrukcji składniowej kwestionowanego przez Prezesa Urzędu zwrotu, wskazując na użycie przyimka łączącego się z rzeczownikiem w narzędniku („z modem iPlus za złotówkę”), co – jak podała Spółka – najczęściej odnoszone jest do przedmiotów będących uzupełnieniem czegoś. Wskazano również, że zarówno w regulaminie promocji, sklepach Vobis, punktach sprzedaży operatora, jak i w treści ulotek informacyjnych, konsument miał możliwość uzyskania pełnej informacji na temat faktycznych warunków promocji. Spółka podniosła, iż kwestionowane przez Prezesa Urzędu hasła reklamowe stanowiły jedynie część przekazu reklamowego kierowanego do potencjalnego klienta w związku z promocjami „iPlus dla Ciebie z komputerem” oraz „iPlus dla Firm z komputerem”. Przekaz ten tworzyła także pozostała część materiałów reklamowych, przy czym w każdym przypadku potencjalny klient, tak konsument, jak i profesjonalista, miał możliwość zapoznania się – przed podjęciem jakiegokolwiek decyzji zakupowej – ze wszystkimi warunkami oferty, w tym również możliwość powzięcia wiedzy, iż zakup komputera następuje w systemie sprzedaży ratalnej. Zdaniem operatora omawiany przekaz reklamowy w każdej formie, a więc w treści ulotek, jak i komunikatu dźwiękowego oraz telewizyjnego wyraźnie akcentował ofertę telekomunikacyjną Spółki. Wszystkie ulotki zawierały bowiem informację, że promocja dotyczy usługi „iPlus”, przy czym aby skorzystać z promocji należy zakupić laptopa w ofercie ratalnej. Ponadto istotne znaczenie zdaniem Polkomtel S.A. ma okoliczność, iż w reklamie prezentowanej w centrach handlowych, jak i telewizyjnej mowa jest o ofercie promocyjnej, co nie wskazuje na możliwość zakupu samego komputera za złotówkę (z takim sformułowaniem mielibyśmy do czynienia w przypadku komunikatu o treści „kup laptopa za złotówkę”), lecz symboliczna cena dotyczy wyraźnie modemu iPlus, co wynika z treści kwestionowanego komunikatu reklamowego („kup notebooka z modemem iPlus za 1 zł”). Spółka wyjaśniła, że aby zapewnić rzetelność przekazu w reklamie telewizyjnej w momencie ekspozycji laptopa wraz z modemem na ekranie umieszczono wyraźną informację o regulaminie promocji, który określa szczegóły oferty. Natomiast z uwagi na radiowy (foniczny) charakter reklamy emitowanej w centrach handlowych, a tym samym brak możliwości wizualizacji jakichkolwiek treści, w tej formie przekazu reklamowego użyto sformułowania, iż „oferta promocyjna” dostępna jest w sklepach Vobis, w których klient ma pełną możliwość zapoznania się z jej warunkami. Operator wskazał, że przedmiotowa reklama nie była reklamą radiową emitowaną powszechnie, np. w stacji radiowej o zasięgu krajowym lub lokalnym, lecz wyłącznie w centrach handlowych, w których znajdują się sklepy Vobis. Tym samym, odbiorca komunikatu radiowego miał możliwość bezpośredniego i natychmiastowego zapoznania się z pełnymi warunkami promocji, w tym z warunkiem zakupu laptopa (notebooka) w ofercie ratalnej. Ponadto, podstawowy akcent skierowany był na sformułowanie „iPlus”, które powtarzane było trzykrotnie w powiązaniu ze zwrotem „modem”. W przedmiotowym przekazie zwrot „laptop” pojawia się tylko raz. W świetle tych uwag nieuzasadnione jest zdaniem Spółki twierdzenie, iż wyłącznie kwestionowany komunikat reklamowy (a w zasadzie jeden jego element - slogan reklamowy) mógł wpłynąć na decyzję konsumenta o skorzystaniu z oferty. Zarówno bowiem reklama telewizyjna, jak i reklama emitowana

w centrach handlowych, miała u odbiorcy wywołać zainteresowanie promocją oferowaną przez Polkomtel S.A., której szczegóły dokładnie i jasno określone zostały w regulaminie. Regulamin promocji był zaś powszechnie dostępny, w szczególności w sklepach VOBIS, gdzie konsument nie tylko mógł zapoznać się z nim, ale także uzyskać wszelkie dodatkowe wyjaśnienia od wykwalifikowanego personelu sprzedaży. Z tego powodu Polkomtel S.A. stoi na stanowisku, iż dołożył należytej staranności, aby nie wprowadzać konsumentów w błąd. Staranność ta wyrażała się m.in. w zapewnieniu komunikatu, iż warunki oferty określone są w regulaminie promocji (reklama telewizyjna) oraz iż oferta promocyjna dostępna jest w sklepach VOBIS (reklama radiowa w centrach handlowych), w których przed skorzystaniem z oferty konsument miał możliwość poznania jej istotnych warunków. Dodatkowo operator podniósł, że jeżeli chodzi o ulotki reklamowe pochodzące od Polkomtel S.A. i od VOBIS DIGITAL, które załączone zostały na płycie CD przesłanej Prezesowi UOKiK wraz z pismem Polkomtel S.A. z 15 czerwca 2007 r., wskazać należy, iż wszystkie one zawierały informację o możliwości zakupu laptopa HP nx7300 w ofercie ratalnej oraz modemu iPlus PCMCIA Huawei E620 za 1 zł. Tym samym, potencjalni klienci otrzymywali jednoznaczny komunikat dotyczący warunków skorzystania z promocji już na etapie wstępnego zapoznawania się z ofertą promocyjną. W tym stanie rzeczy Polkomtel S.A. uważa, iż forma ulotek reklamowych również nie uzasadnia twierdzenia, że mogły one tworzyć w percepcji konsumentów wyobrażenia niezgodne ze stanem rzeczywistym albo kształtować nieprawdziwe wyobrażenia dotyczące reklamowanej usługi.

Operator w swoim stanowisku odwołał się także do definicji przeciętnego konsumenta podkreślając, iż obowiązujące przepisy oraz polska i wspólnotowa doktryna prawa konsumenckiego coraz częściej posługują się wzorcem konsumenta rozważnego, czyli konsumenta świadomie dokonującego wyboru oferowanych mu przez profesjonalistów dóbr konsumpcyjnych. Jeżeli chodzi o regulacje dotyczące nieuczciwej reklamy, w tym reklamy wprowadzającej w błąd, wzorzec „przeciętnego konsumenta” zbudowany został w oparciu o przepisy dyrektyw wspólnotowych transponowanych do prawa polskiego m.in. przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ostatnio także ustawą z dn. 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom handlowym (Dz. U. z 2007 r. Nr 171, poz. 1206). Powołana ustawa, mająca m.in. na celu zdefiniowanie wzorców oceny działań profesjonalistów kierowanych wobec konsumentów, wskazuje w art. 5, że *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*. Polkomtel S.A. uważa zatem, że przekaz reklamowy, nawet analizowany w jego wyodrębnionej części - zakwestionowanej przez Prezesa UOKiK - nie mógł w podobnym stopniu oddziaływać na decyzje przeciętnych konsumentów - nabywców usług telekomunikacyjnych. Także ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, na której Prezes UOKiK opiera swoje zarzuty wobec Spółki, wskazuje w przepisie art. 16 ust. 2, iż *przy ocenie reklamy wprowadzającej w błąd należy uwzględnić wszystkie jej elementy, zwłaszcza dotyczące ilości, jakości składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy lub konserwacji reklamowanych towarów lub usług, a także zachowania się klienta*. Operator wskazał, że już od czasu wejścia w życie dyrektywy 84/450/EWG Rady z dnia 10 września 1984 r. w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących reklamy wprowadzającej w błąd (której wdrożenia do polskiego porządku prawnego dokonano właśnie przepisami uznk), sądy wspólnotowe - orzekając w sprawach dotyczących reklamy -

uznały za konieczne badanie jej wpływu na hipotetycznego typowego (przeciętnego) konsumenta. W oparciu o orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE, 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, tzw. dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych, w swojej preambule (pkt 18 i 19) wskazała na podstawowe cechy przeciętnego konsumenta, którego postawa ma decydować o negatywnej lub pozytywnej ocenie danej praktyki rynkowej: *zgodnie z zasadą proporcjonalności oraz w celu umożliwienia skutecznego stosowania środków ochrony zawartych w niniejszej dyrektywie, za punkt odniesienia uznaje ona przeciętnego konsumenta, który jest dostatecznie dobrze poinformowany oraz dostatecznie uważny i ostrożny, z uwzględnieniem czynników społecznych, kulturowych i językowych, zgodnie z wykładnią Trybunału Sprawiedliwości. Ustawodawca wspólnotowy wyraźnie wskazał, iż: test przeciętnego konsumenta nie jest przy tym testem statycznym. W celu ustalenia typowej reakcji przeciętnego konsumenta w danym przypadku krajowe sądy i organy administracyjne będą musiały polegać na własnej umiejętności oceny, z uwzględnieniem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości.* Powyższe stanowisko wyraźnie zaznacza się również w praktyce orzeczniczej sądów polskich. W wyroku z dnia 3 grudnia 2003 r. Sąd Najwyższy wskazał, iż *kryteria mające kształtować wzorzec przeciętnego konsumenta i ustalenia dotyczące przesłanek określonych w art. 16 ust 1 pkt 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie mogą pomijać możliwości samodzielnej weryfikacji uzyskanych informacji i wyobrażeń przez adresata reklamy o towarze, warunków panujących na określonym segmencie rynku, a także potrzeb, do zaspokojenia których uczestnik rynku zmierza, podejmując decyzję o nabyciu reklamowanego towaru.*¹ Natomiast Sąd Apelacyjny w Warszawie odnosząc się do reklamy tanich lotów samolotowych wskazał, że *trzeba przyjąć model roztropnego klienta, który z rozważą, doświadczeniem ocenia reklamy. Tym bardziej można się tego spodziewać po klientach linii lotniczych korzystających z internetu. Oni dobrze wiedzą, że nie wszystkie informacje można zamieścić w reklamowym banerze. Dane takie można łatwo zweryfikować, klikając na kolejną stronę. Ryzyka wprowadzenia klienta w błąd nie ma, jeśli nawet reklama nie była do końca prawdziwa.*² Wskazując na powyższe przepisy i orzecznictwo dotyczące kryteriów oceny reklamy, Spółka zwróciła uwagę, iż na rynkach, na których działa, konsument poświęca wiele czasu i uwagi zarówno analizie bieżącej oferty, jak i wyborowi usługi i produktu najlepiej odpowiadających jego potrzebom. Zakup usługi telekomunikacyjnej oraz zakup aparatu telefonicznego, a w przypadku oferty będącej przedmiotem postępowania Prezesa UOKiK - laptopa, nie stanowią dla konsumenta drobnej bieżącej czynności życia codziennego, dlatego trudno porównywać je z zakupami innego rodzaju dóbr konsumpcyjnych. Konsument zazwyczaj przygotowuje się do tego typu transakcji, m.in. poprzez zasięgnięcie potrzebnej mu wiedzy i informacji. Wprowadzając zatem na rynek promocję adresowaną do konsumentów - „iPlus dla Ciebie z komputerem” oraz promocję adresowaną do profesjonalistów - „iPlus dla Firm z komputerem”, Polkomtel S.A. zapewnił wszystkim potencjalnym klientom - adresatom obu promocji - dostęp do rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji, w tym również poprzez szczegółowe, precyzyjne

¹ sygn. I CK 358/2002

² sygn. VI ACa842/2007

i jasne określenie warunków oferty w regulaminach promocji.

Ponadto operator podniósł, że także w literaturze przedmiotu wskazuje się, iż wzorzec przeciętnego konsumenta ma charakter ocenny, przy czym - dokonując stosownych ocen - należy z rezerwą traktować wyniki badań empirycznych, a opierać się raczej na wiedzy o poziomie percepcji uczestników danego rynku towarów lub usług. Spółka nie zlecała dotychczas badań rynkowych na okoliczność ewentualnego niebezpieczeństwa wprowadzenia konsumentów w błąd hasłami reklamowymi zakwestionowanymi przez Prezesa UOKiK, jednak z doświadczeń rynkowych i wiedzy empirycznej, którymi dysponuje, wynika, że osoby korzystające z usług mobilnego dostępu do internetu, czyli osoby tworzące docelową grupę adresatów promocji „iPlus dla Ciebie z komputerem”, charakteryzują się wyższą niż przeciętna znajomością rynku usług telekomunikacyjnych. Są to zazwyczaj osoby, o co najmniej średnim wykształceniu, które - interesując się rynkiem usług telekomunikacyjnych i jego rozwojem - na co dzień odbierają bardzo wiele komunikatów reklamowych opartych o hasła reklamowe informujące o rozmaitych promocjach, często w formach bardzo skrótowych wymuszonych określoną formą przekazu medialnego. Nie ulega przy tym wątpliwości, iż nawet nierozważny i „mało zorientowany” odbiorca usług telekomunikacyjnych dobrze wie, że każda promocja oparta jest na określonym regulaminie, który formułuje szczegółowe - z reguły istotne - warunki skorzystania z danej oferty.

Polkomtel S.A. poinformował, iż reklama będąca przedmiotem postępowania prowadzonego przez Prezesa UOKiK była faktycznie komunikowana konsumentom od dnia 9 maja 2007 r. do dnia 10 czerwca 2007 r. Podkreślił przy tym, iż po otrzymaniu pierwszego pisma, w którym Prezes UOKiK wyraził swoje wątpliwości, co do odbioru treści przedmiotowej kampanii reklamowej przez konsumentów, Polkomtel S.A. wstrzymał emisję reklamy dźwiękowej prezentowanej w centrach handlowych, a reklama telewizyjna nie była już wówczas komunikowana odbiorcom, gdyż jej emisja zakończyła się z końcem maja 2007 r. Natomiast promocja „iPlus dla Ciebie z komputerem” została ostatecznie wycofana z oferty Spółki w dniu 30 sierpnia 2007 r. Tym samym, kwestionowane przez Prezesa UOKiK hasła reklamowe były kierowane do konsumentów w stosunkowo krótkim okresie czasu, przy czym istotna część przekazu reklamowego trafiła wyłącznie do wąskiej grupy docelowej użytkowników usług mobilnego dostępu do internetu. Reklama dźwiękowa emitowana była bowiem tylko w centrach handlowych, w których znajdowały się sklepy VOBIS (duże miasta), zaś ulotki - dostępne wyłącznie w sklepach VOBIS.

Odnosząc się do natomiast do znajdujących się w materiale dowodowym niniejszego postępowania wyników badania opinii publicznej przeprowadzonych przez PBS DGA sp. z o.o. w dniach 9-11 listopada 2007 r. Spółka zarzuciła, że formuła i metoda badania jest nieodpowiednia, gdyż aby zweryfikować zasadność zarzutu ciężącego na Spółce respondentom pokazywano na ekranie komputera materiał reklamowy, który w rzeczywistości był drukiem, a nie przekazem audiowizualnym, przy czym materiał ten pokazywano łącznie z innymi reklamami w badaniu typu „Omnibus”, co zakłóciło właściwy jego odbiór przez respondentów – ulotki bowiem się czyta, a nie ogląda na komputerze. Następnie, Spółka podniosła, iż badanie nie jest reprezentatywne, gdyż dotyczy ogółu konsumentów, nie zaś tej kategorii odbiorców, do których skierowana była reklama. Potwierdzają to zdaniem operatora wyniki samego badania, gdzie wielu respondentów w ogóle nie rozumiało reklamy lub nie byli nią zainteresowani. Przyczyną tego była zdaniem Spółki okoliczność, że przedmiotowe ulotki nie były rozpowszechniane masowo, tylko w specjalistycznych punktach sprzedaży sprzętu telekomunikacyjnego i informatycznego

w dużych miastach. W ocenie operatora również wyniki badania opinii publicznej nie dowodzą, że jakakolwiek znaczna liczba konsumentów czuła się wprowadzona w błąd. W doktrynie, jak podnosi Spółka, przeważa pogląd, że co najmniej 10-15% potencjalnych odbiorców powinno czuć się wprowadzone w błąd, aby mówić o reklamie stwarzającej ryzyko naruszenia interesów konsumentów. Spółka zauważyła także, iż w raporcie z przedmiotowego badania są istotne błędy, tj. podaje się sprzeczne informacje, co do próby, na której je przeprowadzono – 1100 Polaków w wieku 15 lat i 1015 Polaków w wieku 18 lat – co podważa rzetelność tych badań.

Zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 10 k.p.a., Spółka została poinformowana o możliwości wypowiedzenia się przed wydaniem decyzji co do zgromadzonych dowodów. Pismem z dnia 18 lipca 2008 r. (k. 100) Prezes Urzędu zawiadomił Spółkę o zakończeniu postępowania dowodowego w przedmiotowej sprawie. Jednocześnie został wyznaczony 7-dniowy termin na zapoznanie się strony z aktami niniejszej sprawy.

Pismem z dnia 5 sierpnia 2008 r. (k. 100) Prezes Urzędu zawiadomił Spółkę o zaliczeniu w poczet materiału dowodowego: kopii reklamy prasowej PTC sp. z o.o. dotyczącej oferty promocyjnej „blueconnect z notebookiem HP za 1 zł dla Ciebie”; wydruku ze strony internetowej www.era.pl treści regulaminów promocji „blueconnect z notebookiem HP za 1 zł dla Ciebie”, „blueconnect z notebookiem za 1 zł” oraz ogólnej informacji dotyczącej oferty blueconnect z notebookiem; pisma Polskiego Radia S.A. Program III z dnia 25 lipca 2008 r. wraz z załącznikiem: płyta CD z zapisem materiału reklamowego - dwie wersje spotu Vobis (iPlus), jednocześnie wyznaczając Spółce 5-dniowy na zapoznanie się z aktami sprawy oraz 5-dniowy termin na wypowiedzenie się strony co do zebranych dowodów i materiałów.

Spółka skorzystała z przysługującego jej prawa do zapoznania się z aktami postępowania w dniu 18 sierpnia 2008 r. (k.113), nie korzystając jednocześnie z prawa do wypowiedzenia się, co do zebranych materiałów i dowodów w wyznaczonym terminie.

Prezes Urzędu ustalił, co następuje.

Polkomtel S.A. jest przedsiębiorcą zarejestrowanym w Sądzie Rejonowym dla m. st. Warszawy, XIII Wydział Gospodarczy pod nr KRS 0000020908 i prowadzi działalność gospodarczą w zakresie usług telekomunikacyjnych, w ramach której świadczy usługi m.in. klientom detalicznym tj. konsumentom. W okresie maj – sierpień 2007 r. Spółka zaoferowała klientom detalicznym i biznesowym promocję pt. „iPlus dla Ciebie z komputerem” i „iPlus dla Firm z komputerem”, której towarzyszyła kampania reklamowa w środkach przekazu, m.in. w telewizji oraz centrach handlowych, a także w postaci ulotek reklamowych w sieci sklepów Vobis.

Treść reklamy telewizyjnej (k. 13): lektor - *iPlus teraz w specjalnej ofercie. Wysokiej klasy laptop w zestawie z modemem iPlus tylko za złotówkę. Oferta dostępna wyłącznie w sklepach Vobis. iPlus mobilny dostęp do internet; obraz: mężczyzna siedzi na zewnątrz kawiarni, zamawia kawę, na stoliku leży laptop, wkłada modem iPlus, na ekranie komputera pojawia się napis 1 zł.*

Treść reklamy dźwiękowej (k.13): lektor - *iPlus tylko teraz w wyjątkowej ofercie promocyjnej. Już dziś przyjdź do sklepu Vobis. Kup wysokiej klasy laptopa w zestawie*

z modemem iPlus tylko za złotówkę. Skorzystaj z nieograniczonego dostępu do internetu gdziekolwiek jesteś. Oferta dostępna wyłącznie w sklepach Vobis. iPlus mobilny dostęp do internetu.

Treść ulotki reklamowej (k.13): na ulotce umieszczone jest zdjęcie przedstawiające mężczyznę z laptopem, w tle zieleń sugerująca przebywanie poza pomieszczeniem, napis *Kup laptopa z modemem iPlus za złotówkę* oraz logo iPlus oraz Vobis. W drugiej części ulotki znajdują się szczegółowe informacje techniczne dotyczące wybranego modelu komputera oraz modemu iPlus. Na ulotce pojawia się informacja następującej treści: *Aby skorzystać z promocji należy w ofercie ratalnej kupić laptopa HP nx 7300 oraz modem iPlus PCMCIA Huawei E620 za 1 zł.* Powyższa informacja umieszczona została na końcu ulotki małą czcionką. Głównym hasłem tej części ulotki jest sformułowanie: *Laptop z modemem iPlus tylko za 1 zł. Tylko w sklepach Vobis* (cena „1 zł” wyróżniona poprzez użycie czerwonego koloru).

Z warunków promocji „iPlus dla Ciebie z komputerem” (k. 7-9) wynikało, że w jej ramach tylko modem iPlus jest dostępny w cenie 1 zł (plus VAT), a warunkiem otrzymania go w takiej cenie jest zawarcie umowy z operatorem o świadczenie usług telekomunikacyjnych w sieci Plus na 24 miesiące w jednym z punktów Vobis S.A., których lista publikowana jest na stronach www.vobis.pl oraz jednocześnie zakup jednego z wybranych komputerów z bieżącej oferty firmy Vobis. Z warunków promocji wynikało również, że oferta promocyjna „iPlus dla Ciebie z komputerem” obowiązywała od dnia 7 maja 2007 r. do odwołania. Akcja reklamowa będąca przedmiotem niniejszego postępowania była prezentowana konsumentom od dnia 9 maja 2007 r. do dnia 10 czerwca 2007 r. (k. 39). W dniu 31 maja 2007 r. operator zaprzestał emisji reklamy telewizyjnej (k. 17). Promocja „iPlus dla Ciebie z komputerem” została ostatecznie wycofana z oferty iPlus w dniu 30 sierpnia 2007 r. (k. 39). Dodatkowo, w momencie otrzymania pierwszego pisma wyrażającego wątpliwości Prezesa Urzędu do treści omawianej kampanii reklamowej Spółka wstrzymała emisję reklamy dźwiękowej w centrach handlowych (k. 39). Prezes Urzędu ustalił, że zawiadomienie o wszczęciu postępowania wyjaśniającego (tj. pierwsze pismo w sprawie) Spółka otrzymała w dniu 4 czerwca 2007 r. (k. 3).

Prezes Urzędu ustalił także na podstawie pisma otrzymanego od Polskiego Radia Program III (k. 110), że w dniach 21-31 maja 2007 r. w ww. stacji radiowej emitowana była także reklama radiowa, której zleceniodawcą był Vobis Microcomputer. Treść przedmiotowej reklamy (k. 111): *rok 1663, po raz pierwszy złotówka jako moneta pojawiła się pod postacią srebrnego tynfa a wraz z nią powiedzenie: dobry żart tynfa wart. Od kiedy jednak w salonach Vobis za złotówkę można mieć wysokiej klasy notebooka HP z mobilnym dostępem do internetu, żarty się skończyły. Tylko w Vobis notebook HP nx 7300 z procesorem Intel Core 2 Duo [pauza] modemem iPlus dającym łatwy dostęp do internetu. Vobis Digital – inteligentna technologia.*

Na podstawie wyników zleconego przez Prezesa Urzędu PBS DGA Sp. z o.o. badania opinii publicznej (k. 20-25), którego przedmiotem były ulotki reklamowe dotyczące omawianej promocji ustalono, iż treść przedmiotowego przekazu reklamowego nie była jednoznacznie zrozumiała dla konsumentów. Badanie przeprowadzono w dniach 9-11 listopada 2007 r. na reprezentatywnej próbie n-1015 osób w wieku 18 lat i więcej, której zadano jedno pytanie ogólne i cztery szczegółowe. Zastosowano formułę badania typu

omnibus, a jako metodę wybrano wywiad bezpośredni. Reklamy prezentowane były respondentom na ekranie komputera.

Na pytanie: *czy wszystkie informacje zawarte w reklamie są dla Pana/Pani zrozumiałe* 42% respondentów odpowiedziało twierdząco, 27% ankietowanych uznało, że reklama jest raczej zrozumiała, a 17% badanych uznało ją za raczej niezrozumiałą, a 10% zdecydowanie nie rozumiało treści reklamy (k. 22).

Na pytanie: *proszę wymienić wszystkie elementy oferty prezentowanej w reklamie, które są dla Pana/Pani niezrozumiałe lub które w jakikolwiek sposób nie są jasne*, 45 % odpowiadających uznało, że brak dostatecznej wiedzy z zakresu, którego dotyczy oferta operatora lub brak zainteresowania tą tematyką nie pozwala na pełne zrozumienie treści reklamy. 20% respondentów wskazało na ostateczny koszt oferowanej usługi tj. czego dotyczy podawana w niej cena 1 zł, 18% wskazało na dane techniczne, fachowe słownictwo, natomiast 10% uznało, że w ogóle nie rozumie jej treści (k. 23).

Na pytanie: *do zakupu jakich produktów lub usług zachęca przedstawiona reklama*, 25% respondentów stwierdziło, że tylko do zakupu laptopa, 14% respondentów odpowiedziało, że oferta obejmuje laptop, modem iPlus oraz dostęp do internetu, a po 13 % uznało, że laptop i modem iPlus oraz tylko dostęp do bezprzewodowego internetu. 10 % wskazało na laptop i dostęp do internetu, zaś 8% tylko na modem iPlus. 14% respondentów nie umiało podać odpowiedzi na tak postawione pytanie (k. 24).

Na pytanie: *jaka jest według Pana/Pani cena, którą należy zapłacić za reklamowane w ulotce produkty lub usługi, które wymienił Pan/Pani przed chwilą*, 35% respondentów odpowiedziało, że tylko 1 zł, natomiast 20%, że cena laptopa plus 1 zł, 19% że cena laptopa, cena modemu i 1 zł, zaś 7% że cena modemu i 1 zł 16% ankietowanych nie potrafiło jednoznacznie odpowiedzieć na tak postawione pytanie (k. 25).

Prezes Urzędu ustalił także, iż w okresie od 21 kwietnia 2008 r. (do odwołania) konsumenci mieli także możliwość skorzystania z oferty promocyjnej innego operatora działającego na rynku usług telefonii komórkowej, tj. PTC sp. z o.o. Przedmiotem promocji „blueconnect z notebookiem za 1 zł” (k. 107 -109) oraz „blueconnect z notebookiem HP za 1 zł dla Ciebie” (k. 103-104) był zakup zestawu z notebookiem i modemem lub urządzeniem do transmisji danych za 1 zł plus VAT oraz zawarcie umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych na okres 36 cykli rozliczeniowych. Omawianej ofercie promocyjnej towarzyszyła także kampania reklamowa prezentowana w środkach masowego przekazu, m.in. w prasie. Załączona do materiału dowodowego kopia reklamy prasowej (k.102) przedstawia młode osoby korzystające z notebooka (w domyśle z usługi blueconnect) na ławce w parku. Dodatkowo, w reklamie przedstawiony jest komputer z napisem za ekranie „tylko 1 zł” oraz pojawia się następujące hasło reklamowe: *Teraz w ofercie blueconnect notebook Hewlett-Packard za 1 zł z abonamentem za 99 zł.*

Prezes Urzędu zważył, co następuje.

I. Ocena działań PTK Centertel w aspekcie zarzutu stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów.

Przepis art. 24 ust. 2 uokik stanowi, iż przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działanie przedsiębiorcy. Konsumentem

w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest osoba fizyczna dokonująca czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową (art. 22¹ k.c. w zw. z art. 4 pkt 12 uokik). Zbiorowe interesy konsumentów podlegają ochronie przed działaniami przedsiębiorców, które są sprzeczne z prawem, tj. przepisami określonych aktów prawnych oraz zasadami współżycia społecznego i dobrymi obyczajami. W związku z powyższym, dla uznania działania przedsiębiorcy za niezgodne z zawartym w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów zakazem stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów należy wykazać, iż spełnione zostały kumulatywnie trzy następujące przesłanki:

- A) kwestionowane działanie jest działaniem przedsiębiorcy;
- B) działanie to jest bezprawne;
- C) działanie to godzi w zbiorowy interes konsumentów.

Ad A)

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów zawiera legalną definicję przedsiębiorcy. Zgodnie z jej art. 4 pkt 1 uokik, pod pojęciem tym należy rozumieć przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 155, poz. 1905 ze zm.) oraz: a) osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o działalności gospodarczej, b) osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu, d) związek przedsiębiorców w rozumieniu pkt 2 – na potrzeby przepisów dotyczących (...) praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów (trzeci człon definicji przedsiębiorcy zawartej w art. 4 pkt 1 uokik [lit. c]) znajduje zastosowanie wyłącznie w postępowaniach w sprawach koncentracji). Natomiast w myśl art. 4 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, przedsiębiorcą w jej rozumieniu jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Właściwą dla przedsiębiorcy działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły (art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej).

Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie jest spółką prawa handlowego wpisaną do Krajowego Rejestru Sądowego, prowadzącą we własnym imieniu działalność gospodarczą polegającą m.in. na świadczeniu usług telekomunikacyjnych w zakresie telefonii ruchomej. Nie ulega zatem wątpliwości, iż posiada status przedsiębiorcy w rozumieniu powoływanego powyżej art. 4 pkt 1 uokik. Tym samym Spółka przy wykonywaniu działalności gospodarczej podlega rygorom określonym w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów i jej działania mogą podlegać ocenie w aspekcie naruszenia zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Ad B)

Bezprawność tradycyjnie ujmowana jest jako sprzeczność z obowiązującym porządkiem prawnym. Porządek prawny obejmuje normy prawa powszechnie obowiązującego, a także nakazy i zakazy wynikające z zasad współżycia społecznego i dobrych obyczajów.³ Bezprawność jest kategorią obiektywną. Rozważenia przy ocenie bezprawności wymaga zatem kwestia, czy zachowanie przedsiębiorcy było zgodne, czy też niezgodne z obowiązującymi zasadami porządku prawnego. O bezprawności działania decyduje w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego *całokształt okoliczności konkretnego stanu faktycznego*.⁴ Dla stwierdzenia bezprawności działania przedsiębiorcy bez znaczenia pozostaje strona podmiotowa czynu, a zatem wina sprawcy (w znaczeniu subiektywnym, oznaczającym wadliwość procesu decyzyjnego sprawcy) i stopień tej winy (umyślność bądź nieumyślność), a także świadomość istnienia naruszonych norm prawnych.

Jako zachowania przedsiębiorcy, które stanowią praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów ustawodawca wskazuje w szczególności czyny nieuczciwej konkurencji (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy). Oznacza to, że jeśli mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który jednocześnie narusza zbiorowe interesy konsumentów, takie działanie w świetle prawa może zostać uznane za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów.

W związku z powyższym, przedmiotem rozstrzygnięcia Prezesa UOKiK stało się zważenie, czy w omawianym stanie faktycznym przedsiębiorca dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji (w postaci reklamy wprowadzającej w błąd, o której mowa w art. 16 ust. 1 pkt 2 uznk), a następnie, czy przedmiotowa praktyka mogła naruszać zbiorowe interesy konsumentów.

Dokonanie czynu nieuczciwej konkurencji

Przepis art. 16 ust. 1 pkt 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy jest w szczególności reklama wprowadzająca klienta w błąd i mogąca przez to wpłynąć na jego decyzję, co do nabycia towaru lub usługi.

W polskim porządku prawnym pojęcie reklamy nie zostało zdefiniowane ustawowo. W judykaturze przyjmuje się definicję reklamy wykorzystywaną w szczególności w postępowaniach z zakresu czynów nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którą reklama to *rozpowszechnianie wiadomości o usługach i towarach w celu wpływania na kształtowanie się popytu*. Istotnym elementem reklamy jest zamiar wywołania określonej reakcji jej adresatów, a zasadniczym kryterium, czy w konkretnym wypadku istniał taki zamiar, jest opinia przeciętnego odbiorcy, czy odebrał on dany przekaz jako zachętę do nabycia towaru lub usługi. Reklama z istoty rzeczy ma charakter subiektywny i polega na zachęcaniu, agitacji.⁵ W świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego *reklamą jest każda wypowiedź skierowana do*

³ tak m.in. wyrok SOKiK z dnia 13 listopada 2007 r., sygn. XVII AmA 45/07.

⁴ wyrok SN z dnia 8 maja 2002 r., sygn. I PKN 267/2001.

⁵ por.: wyrok SN z 14 stycznia 1997 r., I CKN 52/96, OSNC 1997, nr 6-7, poz. 78, wyrok SA w Warszawie z 22 maja 2003 r., I ACa 1893/01, OSP 2004, nr 10, poz. 36.

potencjalnych konsumentów odnosząca się do towarów, usług, a także przedsiębiorcy oferującego towary lub usługę, mająca na celu zachęcenie i skłonienie adresatów do nabywania towarów lub korzystania z usług. Zachęta może być wyrażona bezpośrednio, np. przez użycie określeń odpowiadających konkretnym czynnościom, w wyniku których nastąpi zbyt towarów lub usług albo pośrednio – przez stworzenie sugestywnego obrazu towarów i usług, a także samego przedsiębiorcy, w stopniu nasuwającym adresatom nieodpartą chęć nabycia towarów i usług.⁶

Zgodnie z literaturą przedmiotu reklamą wprowadzającą w błąd jest każda reklama, która w jakikolwiek sposób wprowadza w błąd lub może wprowadzać w błąd osoby, do których jest adresowana lub osoby, do których dociera, i która to reklama z uwagi na swój mylący charakter może wpływać na decyzje gospodarcze tychże osób.⁷ Wskazane powyżej przesłanki muszą być spełnione łącznie.

Reklama wprowadza w błąd, gdy na jej podstawie klient uzyskuje fałszywe wyobrażenie na temat towaru bądź usługi. Chodzi tu o rozbieżność pomiędzy rzeczywistymi cechami towaru lub usługi, a wyobrażeniami klienta. Rzeczona rozbieżność może być efektem zawarcia w przekazie reklamowym treści obiektywnie nieprawdziwych, niejasnych lub zbyt ogólnikowych, niepełnych, wieloznacznych, przesadnych, informacji wywołujących wątpliwości bądź braku informacji albo efektem dodatkowych czynników, które powodują, iż nawet prawdziwe informacje w tej reklamie prowadzą do powstania mylnego wyobrażenia adresata (tzw. zjawiskowe postaci reklamy wprowadzającej w błąd).⁸ Należy zauważyć, iż zgodnie z art. 16 ust. 2 uznk przy ocenie reklamy wprowadzającej w błąd należy uwzględnić wszystkie jej elementy, zwłaszcza dotyczące ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy lub konserwacji reklamowanych towarów lub usług, a także zachowania się klienta. Nie ulega wątpliwości, iż wyliczenie kryteriów oceny wskazane przez ustawodawcę w powołanym przepisie jest jedynie wyliczeniem przykładowym. Do elementów wypowiedzi reklamowej zaliczyć należy również cenę. Cena towaru lub usługi jest bardzo często zasadniczym elementem wpływającym na rynkowe zachowanie klienta toteż zasługuje na szczególną uwagę przy ocenie reklamy pod kątem możliwości wprowadzenia w błąd.

Przepis art. 16 ust. 1 pkt 2 uznk nie wskazuje konkretnego sposobu ustalenia, czy określona wypowiedź reklamowa wprowadza w błąd. W świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wprowadzający w błąd charakter reklamy, co do istotnych (doniosłych) właściwości towaru lub usługi można ustalić przez odwołanie się do sposobu jej postrzegania przez przeciętnego konsumenta (metoda normatywna) lub przez dowód z badania opinii publicznej (metoda empiryczna).⁹ We wniosku o wydanie orzeczenia wstępnego Najwyższy Sąd Administracyjny RFN zwrócił się do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z zapytaniem, czy przepisy wspólnotowe o reklamie wprowadzającej w błąd wymagają ustalenia rzeczywistych oczekiwań konsumenta, czy też należy stosować zobiektywizowany i abstrakcyjny wzór konsumenta. Trybunał stwierdził, że w celu ustalenia, czy reklama wprowadza w błąd, sąd krajowy musi rozważyć domniemane oczekiwania

⁶ wyrok SN z dnia 26 stycznia 2006 r., V CSK 83/05

⁷ R. Skubisz [w:] *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*. Komentarz, pod red. J. Szewczyka, Warszawa 2006, s. 689 i nast.

⁸ j.w. s. 692

⁹ j.w. s. 685

przeciętnego konsumenta, jeżeli natomiast ustalenie wprowadzenia w błąd w taki sposób następuje z dużymi trudnościami, sąd krajowy może przeprowadzić badania opinii publicznej lub dowód z opinii biegłego. W krajowej literaturze przedmiotu¹⁰ prezentowane jest także stanowisko, stosownie do którego ustalenie odpowiedniego (minimalnego) progu procentowego osób wprowadzonych w błąd uzasadnia uznanie badanego empirycznie przekazu reklamowego za wprowadzający w błąd. Zgodnie z powołaną opinią doktryny, do wprowadzenia w błąd dochodzi wówczas, gdy reklama może być rozumiana w sposób niezgodny z rzeczywistym stanem rzeczy przez „znaczącą” część jej adresatów, nie mniej niż 10%.¹¹

Odnośnie do kwestii oddziaływania reklamy na decyzje gospodarcze konsumentów należy wskazać, że *aby dany przekaz reklamowy przez swoją wprowadzającą w błąd treść mógł podlegać negatywnej ocenie z punktu widzenia art. 16 ust. 2 pkt 2 ustawy musi posiadać zdolność kierowania wyborem dokonywanym przez klienta (...). Nie jest przy tym konieczne rzeczywiste nabycie towaru lub usługi, omawiany przepis zakazuje bowiem prowadzenia reklamy wprowadzającej w błąd w przypadku, kiedy może ona wpłynąć na decyzje klienta. Dokonując stosownych ocen, organ orzekający nie ma więc obowiązku ustalania faktycznych skutków rynkowych tej reklamy.*¹²

Na potrzeby niniejszej decyzji przyjąć należy, iż przeciętnym konsumentem jest osoba wyedukowana, rozważna, krytyczna, a także świadoma swych praw. Przeciętny konsument posiada pewien zasób wiedzy oraz doświadczenie życiowe, dzięki czemu potrafi samodzielnie analizować adresowane do niego wypowiedzi reklamowe. Taki model przeciętnego konsumenta został ukształtowany przez orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i przyjęty do aktów prawnych organów Wspólnoty Europejskiej. W tym punkcie prowadzonych rozważań należy wskazać na dyrektywę 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotyczącą nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniającą dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady (Dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych, Dz.U.U.E.L.05.149.22), w rozumieniu której przeciętny konsument jest dostatecznie dobrze poinformowany oraz dostatecznie uważny i ostrożny, z uwzględnieniem czynników społecznych, kulturowych i językowych (akapit 18 preambuły).

Wskazany powyżej model przeciętnego konsumenta został również zaakceptowany przez orzecznictwo sądów polskich.¹³ Zgodnie z wyrokiem SN z dnia 3 grudnia 2003 r., *kryteria mające kształtować wzorzec przeciętnego klienta i ustalenia dotyczące przesłanek określonych w art. 16 ust. 1 pkt 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie mogą pomijać możliwości samodzielnej weryfikacji uzyskanych informacji i wyobrażeń przez adresata reklamy o towarze, warunków panujących na określonym segmencie rynku, a także potrzeb, do zaspokojenia których uczestnik rynku zmierza podejmując decyzję o nabyciu*

¹⁰ E. Nowińska, „Zwalczanie nieuczciwej reklamy. Zagadnienia cywilno-prawne”, wyd. Universitas, Kraków, 2002, s. 107; R. Stefanicki, *Prawo reklamy*, s. 100, R. Skubisz [w:] *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji...*, s. 700

¹¹ Ewa Nowińska, „Zwalczanie...”, s. 107

¹² E. Nowińska, M. du Vall, *Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, Warszawa 2001, str. 158

¹³ wyrok SA w Warszawie z dnia 6 grudnia 2007 r., VI ACa 842/07.

*reklamowanego towaru.*¹⁴ Nie należy jednak zapominać o tym, iż model przeciętnego konsumenta podlega korygowaniu w zależności od okoliczności konkretnego stanu faktycznego bądź rodzaju reklamowanego towaru lub usługi. Przeciętnego konsumenta należy rozumieć jako dostatecznie dobrze poinformowanego, uważnego i ostrożnego przy uwzględnieniu czynników społecznych, kulturowych i językowych - charakterystycznych dla polskiego konsumenta. Wskazanie na cechy takie jak dostateczne poinformowanie, uwaga oraz ostrożność określa pewien zespół cech mentalnych konsumenta (jego „przeciętność”), polegający na tym, że z jednej strony można wymagać od niego pewnego stopnia wiedzy i orientacji w rzeczywistości, lecz z drugiej strony nie można uznać, że jego wiedza jest kompletna i profesjonalna oraz że konsument nie ma prawa pewnych rzeczy nie wiedzieć. Przenosząc powyższe rozważania na stan faktyczny niniejszego rozstrzygnięcia należy wskazać, iż przeciętny konsument znający na pewnym (nawet dobrym) poziomie zasady działania rynku telekomunikacyjnego oraz standardowe warunki ofert promocyjnych powinien i spodziewa się, że przekaz reklamowy nie zawiera wyczerpującej informacji na temat zasad promocji „iPlus z komputerem dla Ciebie”. Jednak ten sam przeciętny konsument, znający na poziomie dostatecznym rynek usług telekomunikacyjnych, będący w stanie podejmować racjonalną decyzję, co do nabycia produktu na podstawie treści omawianej kampanii reklamowej powinien i może się spodziewać, że uzyska reklamowany jako wyjątkowy, specjalny, produkt (tj. laptop z modemem) po cenie wskazanej w reklamie. I w tym zakresie jest wprowadzany w błąd, ponieważ istotna cecha produktu w postaci tak niskiej ceny nie występuje w przedmiotowej ofercie w odniesieniu do obu produktów.

W ocenie Prezesa UOKiK bezprawność działania Spółki w niniejszej sprawie polegała na stosowaniu w ramach kampanii reklamowej oferty promocyjnej „iPlus dla Ciebie z komputerem” zarówno hasła reklamowego (*wysokiej klasy laptop w zestawie z modemem iPlus tylko za złotówkę; kup wysokiej klasy laptopa w zestawie z modemem iPlus tylko za złotówkę*), jak i elementów graficznych (cena 1 zł umieszczona na ekranie komputera, a nie na modemie), które mogły wprowadzać konsumentów w błąd, co do rzeczywistego przedmiotu reklamy. Spółka argumentując brak zasadności stanowiska Prezesa UOKiK odwoływała się w szczególności do konstrukcji składniowej omawianego hasła (*laptop z modemem iPlus za złotówkę*), podkreślając, iż kampania reklamowa kierowana była do wyedukowanego klienta posiadającego wiedzę specjalistyczną z dziedziny usług telekomunikacyjnych, czego dowodem miał być fakt prowadzenia promocji we współpracy z wyspecjalizowaną w zakresie sprzedaży sprzętu komputerowego siecią sklepów Vobis oraz rozpowszechnianie właśnie w jej punktach ulotek reklamowych. Zdaniem operatora wskazywało to na brak powszechnego charakteru lecz ograniczony (wyselekcjonowany) krąg odbiorców przedmiotowej oferty usługowej.

W ocenie Prezesa Urzędu powyższe argumenty Spółki nie zasługują na uwzględnienie. Wskazać przede wszystkim należy, że reklama była prezentowana (oprócz ulotek umieszczonych w sklepach Vobis) także w telewizji oraz w centrach handlowych. Należy zauważyć, iż prezentacja reklamy w telewizji - co do zasady - ma największą siłę oddziaływania i jest skierowana do szerokiego kręgu odbiorców bez ich pozycjonowania. Spółka nie jest w stanie przewidzieć, jaki odbiorca będzie oglądał reklamę w telewizji, a zatem można założyć, iż mógł to być każdy – a nie wybrana, odznaczająca się konkretnymi cechami grupa odbiorców - jak argumentowała Spółka. Następnie, wskazać trzeba, że

¹⁴ sygn. I CK 358/02

kampania była spójna, a więc posługiwała się takimi samymi hasłami reklamowymi oraz symbolami niezależnie od środków przekazu. Zbieżna była zatem jej treść i oprawa graficzna oraz dźwiękowa zarówno w telewizji, jak i w centrach handlowych (gdzie jej odbiorcą mógł być każdy konsument), czy na ulotkach umieszczonych w sklepach Vobis, gdzie zgodnie z założeniami Spółki należałoby spodziewać się zainteresowania produktem ze strony bardziej wyedukowanych konsumentów. Należy jednak uznać, iż centra handlowe są miejscami publicznymi, do których może przyjść każdy. W związku z tym argument dotyczący ograniczonego kręgu odbiorców kampanii reklamowej jest chybiony.

Dodatkowo, zauważyć należy, iż - jak ustalił Prezes Urzędu - w tym samym czasie, tj. 21-31 maja 2007 r., na antenie ogólnopolskiego radia (program III PR) prezentowana była kampania reklamowa organizowana przez Vobis dotycząca oferty promocyjnej „iPlus z laptopem dla Ciebie”. W treści reklamy radiowej główny nacisk był także skierowany na możliwość zakupu wysokiej klasy komputera za złotówkę. Z uwagi na fakt, iż zarówno akcja reklamowa organizowana przez Polkomtel, jak i Vobis, odbywała się w porównywalnym czasie i dotyczyła tego samego produktu – przeciętny konsument nie miał możliwości zweryfikowania, kto jest jej zleceniodawcą. A zatem mógł odbierać reklamy jako jedną, spójną całość. Tym samym, nie tylko z telewizji, centrów handlowych, ale i ogólnopolskiego radia otrzymywał przekaz dotyczący omawianej oferty promocyjnej. Świadczy to zdaniem Prezes Urzędu także o braku słuszności twierdzeń operatora, co do wyjątkowego, sprofilowanego kręgu odbiorców reklamy, a nie jej powszechnego charakteru.

Prezes Urzędu przyjął, iż Spółka wskazując na brak powszechnego charakteru kampanii próbowała tym samym wskazać na wyedukowanego (przeciętnego w rozumieniu standardów europejskich) konsumenta, który będzie w stanie właściwie odebrać nie tylko język reklamy (tj. m.in. hasło reklamowe *laptop z modemem iPlus za złotówkę*), ale także posiadając określony poziom wiedzy specjalistycznej będzie orientował się, iż promocyjna cena może dotyczyć wyłącznie modemu, a nie komputera. Po pierwsze, wskazać należy, iż znaczenie językowe danego sformułowania, tj. zastosowana w reklamie konstrukcja składniowa przyimka łączącego się z rzeczownikiem w narzędniku, nie jest zdaniem Prezesa Urzędu informacją powszechnie znaną, dostępną nawet konsumentowi wyedukowanemu w stopniu wyższym niż przeciętny. Ponadto, należy zauważyć, że powyższe hasło prezentowane jest w reklamach (telewizyjnej czy dźwiękowej), która z racji swej specyfiki stanowi bardzo krótki przekaz, np. ograniczony do jedynie 15, 30 sekund. W związku z tym, trudno oczekiwać, że przeciętnie wyedukowany, ostrożny i racjonalny konsument dokona szybkiej analizy językowej użytego przez operatora hasła i uzna, że zwrot *komputer z iPlusem za złotówkę* niesie ze sobą inną treść niż *laptop i modem iPlus za złotówkę* czy też *modem iPlus z laptopem za złotówkę*. W ocenie Prezesa Urzędu, co do zasady, przekaz reklamowy nie pozwala na dokonanie przedmiotowych rozważań przez konsumenta w chwili otrzymywania komunikatu marketingowego, dlatego też hasła reklamowe powinny zwracać uwagę na najbardziej charakterystyczne, istotne z punktu widzenia reklamowanej oferty elementy, które mają stanowić istotną korzyść dla konsumenta, z uwagi na którą powinien on zainteresować się właśnie tym produktem danego przedsiębiorcy. Taki powinien być zamysł profesjonalisty konstruującego kampanię reklamową, takiego przekazu ma prawo spodziewać się także przeciętny konsument. Po drugie, wskazać należy, że dla rynku usług telefonii mobilnej charakterystyczne są promocje, w których urządzenia służące do wysyłania sygnałów telekomunikacyjnych (np. aparat telefoniczny, modem) dostępne są bardzo często po okazyjnej cenie, tj. przysłowiowej złotówce. Dotyczy to w szczególności ofert promocyjnych

związanych z zawarciem umowy na czas określony, w trakcie której konsument będzie sukcesywnie „spłacał” wartość udzielonej ulgi. Należy zatem przyjąć, iż korzyść polegająca na organizowaniu promocji połączonej z zakupem danego urządzenia telekomunikacyjnego za złotówkę jest elementem powszechnie znanym konsumentom. Mając zatem do czynienia z ofertą, która reklamowana jest przez operatora jako *wyjątkowa, specjalna, dostępna wyłącznie w sklepach Vobis*, przeciętny konsument ma prawo spodziewać się uzyskania szczególnej korzyści, która będzie odmienna od tych obecnie dostępnych na rynku. Tym samym jego przekonanie, co do możliwej ceny zakupu laptopa jest usprawiedliwione, niezależnie od znaczenia konstrukcji składniowej, jakiej użył operator tworząc dane hasło reklamowe. W tym miejscu należy wskazać, iż wiedza z zakresu języka polskiego dotycząca znaczenia wyrazów i składni zdań nie musi być dostępna dla każdego konsumenta, w tym nawet przeciętnego konsumenta, który posiada wiedzę techniczną i jest klientem sklepów sieci Vobis. Ponadto, wskazać należy, iż zwyczajowo rozumienie języka reklamy nie wymaga od przeciętnego konsumenta analizy znaczenia użytego przez oferenta hasła w Słowniku Języka Polskiego, do którego odwołuje się operator w udzielonych Prezesowi Urzędu wyjaśnieniach. Zasadnym jest zatem przyjęcie, iż wyrażenia użyte w reklamie powinny być zrozumiałe, jasne i nie wymagać od odbiorcy wysoce sprofilowanej wiedzy – chyba że jest kierowana do ograniczonego kręgu odbiorców, co jak uznał Prezes Urzędu nie miało miejsca w tej sprawie. W każdym jednak przypadku reklama nie powinna wprowadzać w błąd, gdyż stanowi to działanie bezprawne.

Wprowadzenie w błąd w niniejszym stanie faktycznym przejawia się zatem w sformułowaniu mylnego przekazu reklamowego w zakresie spodziewanej poprzez przeciętnego konsumenta korzyści, która polega na możliwości zakupu produktu po określonej promocyjnej cenie. Wprowadzenie w błąd polega na możliwości wywołania u przeciętnego konsumenta błędnego przekonania co do przedmiotu który może nabyć. Aby mieć do czynienia z rzetelnym przekazem reklamowym należałoby zaznaczyć, iż w ramach promocji warunkiem otrzymania modemu iPlus za złotówkę jest zakup laptopa po cenie rynkowej w sieci sklepów Vobis. Tymczasem w ocenie Prezesa Urzędu główny nacisk w niniejszej kampanii reklamowej położony był na wysokiej klasy komputer, który to element przesądzał o wyjątkowości reklamowej oferty. Dodatkowo, należy zauważyć, iż w reklamie telewizyjnej napis wskazujący cenę 1 zł nie pojawia się na modemie, lecz na ekranie komputera - co zdaniem Prezesa Urzędu bezsprzecznie może wprowadzać konsumentów w błąd, co do rzeczywistej treści omawianej promocji. Dlatego też Prezes Urzędu przeprowadził badanie opinii publicznej w odniesieniu jedynie do ulotek reklamowych, które już nie zawierały tak jednoznacznego przekazu sugerującego możliwość zakupu laptopa za 1 zł. W ulotkach reklamowych pojawiają się bowiem dane dotyczące uwarunkowań technicznych zarówno wybranego komputera, jak i modemu, dodatkowo znajduje się umieszczona małą czcionką (w niezbyt eksponowanym miejscu) informacja dotycząca rzeczywistych warunków promocji, tj. konieczności zakupu laptopa celem otrzymania modemu za 1 zł. Prezes Urzędu, decydując się więc na przeprowadzenie badania opinii publicznej zmierzał do ustalenia, czy reklama w stosunkowo bardziej czytelnej niż reklama telewizyjna dla przeciętnego konsumenta postaci będzie wprowadzać w błąd, powodując nadal wątpliwości związane z właściwym odczytaniem jej treści oraz istoty oferty promocyjnej. Jak wynika z powyższego, zastosowanie metody empirycznej było elementem

dotatkowym, mającym jedynie potwierdzić słuszność twierdzeń przyjętych przy wykorzystaniu metody normatywnej służącej ocenie reklamy wprowadzającej w błąd.¹⁵

W tym miejscu odnosząc się do zarzutów operatora podniesionych, co do wiarygodności oraz przyjęcia właściwej metody badań wskazać należy, co następuje. Prezentowanie ulotek w formie przekazu audiowizualnego nie zniekształca odbioru reklamy, a respondenci zachowali możliwość przyjrzenia się ich treści. Respondenci byli skupieni podczas badania na treści przekazu. Nie można przecież wykluczyć, że np. przeglądając gazetę lub ulotkę (gdzie kontakt z reklamą jest często przypadkowy) odbiorca przekazu często nie jest bardziej skupiony na ich treści. Najczęściej w tzw. realnym świecie ulotki się przegląda (a często zaraz potem wyrzuca) zwracając uwagę jedynie na zamieszczone tam hasła itp. Prezentacja ulotek została dokonana w formie elektronicznej, a nie audiowizualnej (jak podnosi Spółka), nie towarzyszył jej żaden dodatkowy dźwięk, ruchomy obraz, dodatkowe wizualizacje itp., co mogłoby wpłynąć na charakter odbioru przekazu reklamowego. Zdaniem Prezesa Urzędu, nie ma znaczenia, czy konsument zapoznał się z ulotką trzymając ją w rękach, czy też uczynił to za pomocą ekranu komputera. Co więcej, w dobie społeczeństwa informacyjnego, przyswajanie informacji przy użyciu komputera jest najbardziej powszechną formą przekazu informacyjnego (w tym także marketingowego). Przeprowadzenia badania typu Omnibus również nie wpływa na jakość tekstu. Wielotematyczne badanie typu Omnibus jest jedną z najstarszych metod *ad hoc* służących do badania rynku, testującą reprezentatywne próby populacji w regularnych odstępach czasu. Dostarcza ono informacji na temat danej społeczności, a szczególnie na temat jej opinii, znajomości danego produktu lub marki, nastawienia oraz standardów życia. Jedną z cech tej metody badawczej jest możliwość połączenia w jednym badaniu indywidualnych kwestionariuszy dotyczących różnych produktów. Należy zwrócić uwagę, że konsumenci w telewizji, centrach handlowych czy w innych miejscach publicznych stykają się z reklamami różnych produktów nadawanymi w tzw. blokach reklamowych. W związku z tym, pokazywanie kilku produktów łącznie w przeprowadzonym badaniu stanowiło raczej odzwierciedlenie realnej sytuacji, z którą jak wskazano konsumenci spotykają się na co dzień mając kontakt z wielością reklam różnych produktów. Tym samym fakt testowania również innych materiałów reklamowych zbliżał sytuację badania do rzeczywistego odbioru przekazu marketingowego. Następnie, także zarzut dotyczący braku reprezentatywności przeprowadzonego badania z uwagi na niewłaściwy dobór grupy odbiorców należy uznać za nieuzasadniony. Reprezentatywność zawsze dotyczy jakiejś określonej grupy. Przeprowadzone badanie jest reprezentatywne dla ogółu dorosłych Polaków. Powstaje zatem pytanie, jaka grupa powinna być badana. Przyjęto zatem, że grupa osób powyżej 18 roku życia są to właśnie te osoby, na których taki przekaz potencjalnie może wywrzeć wpływ i skłonić do zakupu reklamowanej usługi. Wskazać przy tym należy, że reklamodawca nie ma nigdy pełnej kontroli nad tym, kto obejrzy jego reklamę. Ponadto, jak już wyżej wskazano, analiza zarówno materiałów dowodowych, jak i miejsca prezentacji reklam wskazuje, że kampania reklamowa nie miała tak elitarnego charakteru i nie była kierowana tylko do wysokiej klasy specjalistów z zakresu nowoczesnych technologii. Przeciwnie, wskazując na mobilny dostęp do internetu sugerowała jego dostępność dla wszystkich. W prezentacji występuje mężczyzna, który korzysta z laptopa dla rozrywki (ogląda zdjęcie kobiety), a nie zajmuje się np. pracą. W reklamie telewizyjnej prezentowany jest mężczyzna, który siedzi na

¹⁵ por. s. 12 niniejszej decyzji.

zewnątrz kawiarni. W żadnej z reklam nie ma nawiązania do potrzeby wykorzystywania usługi bezprzewodowego dostępu do internetu przez specjalistów, reprezentujących wysoki poziom wiedzy technicznej, do których niniejsza promocja – jak twierdzi Spółka – miała być skierowana i być wysoce użyteczna. Przeciwnie, analizując przekaz reklamowy można odnieść wrażenie, że prezentując tak atrakcyjną ofertę operator chce dotrzeć do jak największej grupy osób i poprzez gwarancje tak wyjątkowej oferty (w tym ceny) zwiększyć ilość użytkowników - właśnie spoza wyspecjalizowanego kręgu dotychczasowych odbiorców. Również fakt udostępniania usługi wyłącznie w sklepach sieci Vobis nie przesądza jeszcze o specjalistycznym charakterze kampanii, gdyż z usług tego sklepu może przecież skorzystać każdy. W związku z tym, także ten argument Prezes Urzędu uznaje za chybiony. Następnie, w ocenie Prezesa Urzędu, podnoszone przez operatora błędy w zakresie określenia próby, na której przeprowadzono badanie należy uznać za niezasadne. Twierdzenia Spółki wynikają bowiem z braku znajomości metodologii przeprowadzania badań opinii publicznej. W badaniu omnibusowym uczestniczyło 1100 osób w wieku 15 lat i więcej. Taki tytuł slajdów do raportów omnibusowych dołączany jest standardowo. Jednak analizy dla Prezesa Urzędu prowadzono z wyłączeniem osób w wieku 15-17 lat i taka też informacja znajduje się pod wszystkimi przytaczanymi wykresami (próba 1015 Polaków w wieku 18 i więcej). Dodatkowo, wskazać należy, że badanie opinii publicznej zostało przeprowadzone przez jedną z liczących się pracowni tego typu w kraju.

Odnosząc się natomiast bezpośrednio do wyników badań należy wskazać, iż potwierdziły one zarzut postawiony przez Prezesa UOKiK w toku prowadzonego postępowania. Ulotki reklamowe (które zawierają przecież więcej informacji pozwalających na identyfikację istoty promocji) w związku z błędnie sformułowanym hasłem reklamowym i akcentami kampanii położonymi na reklamę komputera w innych formach przekazu, mimo tego wykazały, że reklama pozostaje niezrozumiała dla konsumentów, w szczególności w zakresie tego co stanowi przedmiot promocji i jaka jest jego cena. Spośród 27% respondentów, którzy uznali, że informacje zawarte w reklamie są raczej bądź zdecydowanie niezrozumiałe, 20% wskazało właśnie na ostateczny koszt promocji. Jedna czwarta wszystkich respondentów zadeklarowała, iż przedstawiona reklama dotyczy jedynie laptopa. Przeczy to zdaniem Prezesa Urzędu, twierdzeniom Spółki, iż główny nacisk w kampanii reklamowej dotyczył usługi telekomunikacyjnej. Mając na uwadze, że badania wykazały, iż dla znacznej liczby respondentów przekaz reklamowy nie jest w pełni zrozumiały, a zatem mógł wprowadzać w błąd (przekroczony został próg 10%), także podanie ostatecznej ceny produktu było dla nich trudne, przy czym aż 35% badanych wskazało, że wynosi ona jedynie 1 zł.

Wskazując na powyższe badanie opinii publicznej, Prezes Urzędu ponownie podkreśla, iż stanowi ono jedynie dodatkowy, pomocniczy element, pozwalający na utwierdzenie się organu administracji w przekonaniu, że praktyka w zakresie przedmiotowej kampanii reklamowej mogła wprowadzać konsumentów w błąd, poprzez prezentowanie treści, która nie może być jednoznacznie zinterpretowana przez potencjalnych odbiorców. Co więcej, jak już wcześniej podkreślano, do przeprowadzenia badania Prezes Urzędu wyselekcjonował te materiały, które w jego ocenie stwarzały większą możliwość (w odróżnieniu od kampanii telewizyjnej) na właściwy odbiór jej treści przez badanych – poprzez prezentowanie bardziej szczegółowych informacji oraz brak na monitorze laptopa

ceny 1 zł. Pomimo tego, otrzymane wyniki nie są zadowalające i potwierdzają słuszność twierdzeń Prezesa UOKiK, co do możliwości wprowadzania w błąd.

Prezes Urzędu w ramach ustaleń faktycznych dokonał także analizy innych ofert dotyczących usługi bezprzewodowego dostępu do internetu w połączeniu z promocyjnym zakupem przenośnego komputera. Powołana w materiale dowodowym oferta PTC sp. z o.o. posługuje się praktycznie identyczną nazwą oferty promocyjnej, co Polkomtel S.A. w odniesieniu do usługi iPlus, tj. „blueconnect z notebookiem za 1zł” oraz „blueconnect z notebookiem HP za 1 zł dla Ciebie”. Ponadto, w reklamie telewizyjnej spółki Polkomtel, jak i prasowej PTC, eksponowany jest laptop z ceną wskazana na jego ekranie, tj. 1 zł. Warunki promocji obu przedsiębiorców różnią się jednak w sposób zasadniczy, tj. w ofercie Polkomtel S.A. konieczny jest zakup laptopa w niepromocyjnej cenie, o tyle w przypadku PTC notebook wraz z modem dostępny jest faktycznie za promocyjną cenę 1zł (plus VAT). Tym samym konsument otrzymując zbieżny przekaz reklamowy, w którym wykorzystywane są podobne sformułowania (m.in.: *iPlus z laptopem za 1 zł dla Ciebie*; *blueconnect z notebookiem za 1 zł dla Ciebie*) oraz w identyczny sposób eksponowany jest ekran komputera z podaną tożsamą ceną, ma do czynienia z bezsprzecznie różnymi produktami. I to właśnie w przypadku Polkomtel S.A. przekaz reklamowy może wprowadzać go w błąd, gdyż nie otrzymuje sugerowanej korzyści w postaci możliwości nabycia komputera w niezwykle atrakcyjnej cenie. Zdaniem Prezesa Urzędu dokonane porównanie ofert i kampanii reklamowych potwierdza jednocześnie, iż twierdzenia Spółki dotyczące znaczenia językowego użytych sformułowań nie mają tak istotnego znaczenia w odniesieniu do języka reklamy, gdzie kładzie się nacisk na prosty, czytelny przekaz, eksponujący najważniejszą cechę danego produktu/usługi. W tym też zakresie Spółka dopuściła się czynu nieuczciwej konkurencji, tj. stosowania reklamy wprowadzającej w błąd.

Nie ulega wątpliwości, iż treści podkreślające (wyolbrzymiające) cechy towaru lub usługi co do jakości lub ceny są zazwyczaj odbierane przez adresatów reklam z pewną dozą rezerwy. Podkreślić należy, iż praktyka polegająca na eksponowaniu poszczególnych haseł kampanii reklamowej jest dopuszczalna, o ile nie wprowadza w błąd. W przypadku reklamy oferty promocyjnej „iPlus z komputerem dla Ciebie” Spółka ponad wszelką wątpliwość wprowadziła konsumentów w błąd poprzez nadmierne uwydatnienie niezwykle istotnej dla konsumentów informacji, tj. informacji wskazującej na cenę produktu (laptop z modemem Plus), podczas gdy wynosiła ona 1 zł tylko w odniesieniu do modemu iPlus. Jak była już o tym mowa powyżej, cena jest niezwykle istotnym elementem wpływającym na gospodarcze zachowanie klienta. Ponadto, rozważając całokształt okoliczności towarzyszących prowadzonej przez Spółkę kampanii reklamowej, wskazać należy, iż w na rynku dostępne są usługi telekomunikacyjne powiązane z promocyjną sprzedażą urządzeń służących do przekazywania sygnałów (np. aparaty telefoniczne). W rezultacie, zgodnie z obowiązującą w reklamie zasadą prawdziwości i faktu¹⁶, konsumenci mogli przypisywać ofercie operatora właściwości, które były typowe dla usług już dostępnych na rynku, a które *de facto* nie występowały w odniesieniu do reklamowanej oferty promocyjnej. W obecnym czasie możemy z łatwością zaobserwować, iż przedsiębiorcy telekomunikacyjni, z uwagi na szybki rozwój rynku i rosnącą konkurencję, prowadzą niezwykle ekspansywną działalność marketingową w zakresie świadczonych usług celem pozyskania, jak największej liczby

¹⁶ j.w. s. 694

klientów. Powyższe sprowadza się w praktyce do stosowania w kampaniach reklamowych rozmaitych technik agitacyjnych, przejawionych w treści, nadmiernie eksponujących przewodnie hasła kampanii reklamowych. Jednak granicę dopuszczalności przedmiotowych praktyk reklamowych powinien stanowić zakaz tworzenia przekazów wprowadzających w błąd, tj. mogących powodować ich mylny odbiór, gdyż nie odpowiadają one rzeczywistym cechom reklamowanego towaru lub usługi. Ewidentnym przykładem przekroczenia ww. granicy była właśnie omawiana reklama operatora.

Kontynuując zauważyć należy, iż w przypadku reklamy wprowadzającej w błąd nie jest konieczne wykazanie wystąpienia przypadków wprowadzenia w błąd, dlatego też nie na tym koncentrowała się uwaga organu administracji w toku postępowania. Zgodnie bowiem z utrwalonym poglądem *aby dany przekaz reklamowy przez swoją wprowadzającą w błąd treść mógł podlegać negatywnej ocenie z punktu widzenia art. 16 ust. 2 pkt 2 ustawy musi posiadać zdolność kierowania wyborem dokonywanym przez klienta (...)* Nie jest przy tym konieczne rzeczywiste nabycie towaru lub usługi, omawiany przepis zakazuje bowiem prowadzenia reklamy wprowadzającej w błąd w przypadku kiedy może ona wpłynąć na decyzje klienta. *Dokonując stosownych ocen, organ orzekający nie ma więc obowiązku ustalania faktycznych skutków rynkowych tej reklamy.*¹⁷ Okoliczność zatem, iż konsument uzyska informację w punkcie sprzedaży operatora lub sklepie Vobis bądź przeczyta w regulaminie promocji „iPlus z laptopem za 1 zł dla Ciebie” wyjaśnienie dotyczące rzeczywistych zasad promocji i ostatecznej ceny laptopa nie ma wpływu na sam fakt wprowadzenia w błąd. Zainteresowanie się ofertą, sam fakt udania się do punktu sprzedaży, czy też zapoznania się z jej zasadami na stronie internetowej operatora, pod wpływem błędnego przekazu reklamowego wystarcza zatem do stwierdzenia dokonania czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na stosowaniu reklamy wprowadzającej w błąd. Powołując się ponownie na dorobek doktryny w zakresie reklamy wprowadzającej w błąd na podstawie przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji należy wskazać, iż *z wprowadzeniem w błąd przez reklamę mamy do czynienia wówczas, gdy powstałe na podstawie reklamy wyobrażenia nie są zgodne ze stanem rzeczywistym. Decydujące znaczenie mają przy tym wyobrażenia adresatów reklamy, a nie opinie reklamujących, czy agencji reklamowych.*¹⁸ Wobec tego podnoszone w toku postępowania przez Spółkę argumenty wskazujące, iż nie istniała żadna, jakakolwiek możliwość, aby klient podjął decyzję o skorzystaniu z omawianej oferty promocyjnej na skutek błędnego wyobrażenia o rzeczywistości należy uznać za chybiony. Za bez znaczenia należy uznać subiektywne przekonanie operatora, co do wyjątkowego kręgu odbiorców usług iPlus, skoro Spółka w dużym zakresie zdecydowała się na reklamę z wykorzystaniem środków masowego przekazu, która miała przy tym bezsprzecznie najbardziej wprowadzającą w błąd postać (reklama telewizyjna). Przedmiotem zarzutu nie jest bowiem zachowanie obowiązku informacyjnego na etapie zawierania czy wykonywania umowy, lecz na etapie poprzedzającym, tj. w czasie procesu nakłaniania konsumentów do zainteresowania się daną ofertą operatora za pomocą przekazu reklamowego. W tym miejscu należy też wyraźnie podkreślić, iż przedmiotem zarzutu Prezesa UOKiK w niniejszym postępowaniu nie jest wprowadzenie przez operatora rozwiązania, w ramach którego oferuje sprzedaż laptopa w regularnej cenie wraz z modemem iPlus za 1 zł - w ramach kształtowania treści swojej oferty może bowiem tak uczynić - lecz błędny komunikat reklamowy, jaki kieruje do

¹⁷ E. Nowińska, M. du Vall „Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”, Warszawa 2001, s. 158;

konsumentów, mając świadomość, że wyjątkowa cecha omawianej promocji nie dotyczy produktu, do którego się wyraźnie się w kampanii marketingowej odwołuje.

Jak już zostało podniesione w niniejszej decyzji, o reklamie jako czynie nieuczciwej konkurencji przesądza nie tylko jej wprowadzający lub mogący wprowadzać w błąd charakter, ale również zdolność reklamy do kierowania wyborem dokonywanym przez konsumenta, przy czym nie jest konieczne rzeczywiste nabycie przez konsumenta towaru lub usługi. W omawianym stanie faktycznym należy przyjąć, iż zdolność oddziaływania reklamy oferty promocyjnej „iPlus z komputerem dla Ciebie” na decyzje gospodarze konsumentów sprowadzała się do sytuacji, w której konsumenci, zainteresowani przekazem reklamowym i pozostający na skutek jego treści w błędzie, co do warunków oferty promocyjnej (w tym faktycznej ceny laptopa) byli skłonni zawrzeć ze Spółką umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych, której nie zawarli by w innych okolicznościach. Po dokonaniu analizy zawartych w przekazie reklamowym twierdzeń: *iPlus teraz w specjalnej ofercie. Wysokiej klasy laptop w zestawie z modemem iPlus tylko za złotówkę*, konsumenci mogli uzyskać mylne wyobrażenie na temat reklamowanego produktu, nie odpowiadające jego rzeczywistym cechom. Nie ulega wątpliwości, iż należy mieć tu na względzie model przeciętnego konsumenta, tj. konsumenta racjonalnego, uważnego oraz świadomego swych praw. Konsument ma prawo do rzetelnej, niewprowadzającej w błąd informacji, zawierającej wszelkie niezbędne informacje wynikające z funkcji i przeznaczenia danego towaru lub usługi. To czego można oczekiwać od rozsądnego konsumenta wynika przede wszystkim z tego, jak daleko sięga obowiązek informacji handlowej, w szczególności jej dostępności, jasności, niedwuznaczności, pełności i odpowiedniości. Z jednej strony możemy od konsumenta wymagać pewnego stopnia wiedzy i orientacji w rzeczywistości, lecz z drugiej strony nie możemy uznać, że jego wiedza jest kompletna i profesjonalna, oraz że konsument nie ma prawa pewnych rzeczy nie wiedzieć. Przeciętny konsument nie posiada wiedzy specjalistycznej w danej dziedzinie, ale przede wszystkim rozumie kierowane do niego informacje i potrafi je wykorzystać do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej zakupu towaru lub usługi. Przeciętny konsument nie jest naiwny, ale z drugiej strony nie potrafi ocenić sytuacji tak jak profesjonalista, bowiem nie musi dysponować zasobem wiedzy i doświadczeniem życiowym dotyczącym rozmaitych zasad i warunków świadczenia usług telekomunikacyjnych. Przeciętny konsument ma świadomość specyfiki języka reklam, zdaje sobie sprawę z tego, że często używana jest w nich metafora, przesada czy pewna umowność, do której należy odnosić się z racjonalnym dystansem, jednakże z uwagi na pozycję rynkową Polkomtel S.A., tenże konsument miał pełne prawo odebrać kierowany do niego przekaz reklamowy w sposób poważny, zakładając iż Spółka jako profesjonalista jest podmiotem wiarygodnym, prowadzącym swoją działalność w sposób nie budzący wątpliwości, nie wprowadzający konsumentów w błąd. Należy podkreślić, iż nawet ostrożny, uważny konsument ma prawo do rzetelnej informacji, która przy założeniu dokonania z jego strony aktów staranności celem zrozumienia istoty oferty przedsiębiorcy, nie będzie wprowadzać w błąd. Zasadnym jest zatem przyjęcie, że przeciętny konsument mógł podjąć decyzję odnośnie zakupu oferowanego produktu pod wpływem przedmiotowego przekazu reklamowego, której nie podjąłby w innych okolicznościach.

¹⁸ P. Białecki, H. Tuchołka „Nieuczciwa lub zakazana reklama”, Warszawa 2002, s. 40;

Wobec powyższego, w ocenie Prezesa Urzędu, działania Spółki należy uznać za bezprawne, tj. za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 16 ust. 1 pkt 2 uznk.

Ad C)

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie podaje definicji „zbiorowego interesu konsumentów”, wskazując jednak w przepisie art. 24 ust. 3, że nie jest nim suma indywidualnych interesów konsumentów. Naruszenie zbiorowego interesu konsumentów oznacza zatem narażenie na uszczerbek interesów znacznej grupy lub wszystkich konsumentów, poprzez stosowaną przez przedsiębiorcę praktykę, obejmującą tak działania, jak i zaniechania. Ponadto, godzenie w zbiorowe interesy konsumentów może polegać zarówno na ich naruszeniu, jak i na zagrożeniu ich naruszenia. O tym, czy naruszony został interes zbiorowy, nie zawsze przesądza kryterium ilościowe, ponieważ niekiedy jeden ujawniony przypadek naruszenia prawa konsumenta może być przejawem stosowanej praktyki naruszającej interes zbiorowy. W jednym z orzeczeń Sąd Najwyższy stwierdził, iż *nie jest zasadne uznawanie, że postępowanie z tytułu naruszenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów można wszcząć tylko wtedy, gdy zagrożone są interesy wielu odbiorców, a nie jest to możliwe w sytuacji, gdy pokrzywdzonym jest tylko jeden konsument. Wydawane orzeczenie ma bowiem wymiar znacznie szerszy, pełni także funkcję prewencyjną, służy bowiem ochronie także nieograniczonej liczbie potencjalnych konsumentów.*¹⁹

Dla stwierdzenia naruszenia zbiorowych interesów konsumentów istotne jest ustalenie, że konkretne działanie przedsiębiorcy nie ma ściśle określonego adresata, lecz jest kierowane do nieoznaczonego z góry kręgu podmiotów. Oznacza to, że nie ilość faktycznych, potwierdzonych naruszeń, ale przede wszystkim ich charakter, a w związku z tym możliwość (choćby tylko potencjalna) wywołania negatywnych skutków wobec określonej zbiorowości przesądza o naruszeniu zbiorowego interesu. W niniejszej sprawie bez wątpienia mamy do czynienia z naruszeniem praw potencjalnie nieograniczonej liczby konsumentów. Prezes Urzędu podejmując rozstrzygnięcie zawarte w niniejszej decyzji nie opierał się zatem na indywidualnych przypadkach przedstawianych przez konsumentów, a wziął pod uwagę działania Spółki odnoszące się do naruszenia zbiorowych interesów konsumentów, a więc pewnej, potencjalnie nieograniczonej liczby konsumentów. W omawianym przypadku naruszenie przejawia się w prezentowaniu reklam, których treść wprowadza konsumentów w błąd, co zostało uznane za działanie bezprawne. Zbiorowy interes realizuje się natomiast poprzez fakt, iż potencjalnie wszyscy odbiorcy tych reklam (nieograniczona grupa konsumentów, nie tylko obecnych abonentów Spółki) zostali dotknięci przedmiotowym naruszeniem. Reklamy oraz materiały promocyjne były prezentowane w mediach, w centrach handlowych oraz dostępne w sklepach sieci Vobis. Wprowadzające w błąd działanie odnosiło się zatem do zbiorowości tych konsumentów, dla których skutek w ww. postaci był wspólny. Rozstrzygnięcie podejmowane w niniejszej sprawie w ramach realizacji interesu publicznego nie dotyczy więc sytuacji pojedynczych konsumentów, lecz służy przeciwdziałaniu zaburzeniom występującym na rynku, w rozumieniu negatywnych zjawisk naruszających jego prawidłowe funkcjonowanie. Podejmowane przez Prezesa Urzędu działania mają przeciwdziałać tak rozumianym dysfunkcjom rynkowym także poprzez kształtowanie

¹⁹ wyrok SN z dnia 12 września 2003 r., I CKN 504/01;

właściwych postaw rynkowych, wyznaczając wymagane i oczekiwane standardy zachowań uczestników rynku.

Interes konsumentów należy rozumieć jako interes prawny (a nie faktyczny), a więc uznany przez ustawodawcę na zasługujący na ochronę i zabezpieczenie. W literaturze przedmiotu zwraca się uwagę, iż określenie stałego czy zamkniętego katalogu interesów konsumentów nie jest możliwe, ani też zasadne.²⁰ Naruszenie zbiorowego interesu konsumentów powiązane jest z naruszeniem interesów gospodarczych konsumentów. Pod tym pojęciem należy rozumieć zarówno naruszenie interesów *stricte* ekonomicznych (o wymiarze majątkowym), jak również prawo konsumentów do uczestniczenia w przejrzystych i niezakłóconych przez przedsiębiorcę warunkach rynkowych, zapewniających konsumentom dokonywanie transakcji handlowych z przedsiębiorcami przy całkowitym zrozumieniu rzeczywistego sensu ekonomicznego i prawnego warunków dokonywanych czynności na etapie przedkontraktowym oraz w czasie wykonywania umowy, czego urzeczywistnieniem jest m.in. abstrakcyjnie pojmowane prawo do rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji w komunikacji pomiędzy przedsiębiorcą a konsumentem. W tym też aspekcie w niniejszej sprawie nastąpiło naruszenie interesu gospodarczego konsumentów poprzez skierowanie do konsumentów błędnego, co do istoty jego treści, przekazu reklamowego. Cena urządzeń wchodzących w skład danego zestawu promocyjnego ma istotne znaczenia dla konsumentów z punktu widzenia ekonomicznego. Wskazując na interes konsumentów, jaki został naruszony poprzez bezprawne działanie operatora, zdaniem Prezesa UOKiK, oprócz interesu *stricte* ekonomicznego (zainteresowanie się pod wpływem reklamy daną ofertą Spółki) zasadnym jest w niniejszej sprawie uwzględnienie naruszenia interesu pozaekonomicznego rozumianego jako nierzetelność i wprowadzenie w błąd.²¹ Wobec powyższego, praktyka Spółki godziła w podstawowe prawo konsumentów, jakim jest prawo do rzetelnej i prawdziwej informacji, której konsument może oczekiwać od przekazu reklamowego.

II. Rozstrzygnięcie w pkt I sentencji decyzji. Stwierdzenie zaniechania stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów.

Na podstawie art. 27 ustawy, w przypadku zaprzestania stosowania przez przedsiębiorcę praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, o której mowa w art. 24 ustawy, Prezes Urzędu wydaje decyzję o uznaniu przedmiotowej praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, jednocześnie stwierdzając zaniechanie jej stosowania.

Spółka zaniechała stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów opisaną w pkt I sentencji decyzji. Ten fakt, potwierdzony w materiale dowodowym (k. 39), związany był z zakończeniem kampanii reklamowej „iPlus dla Ciebie z komputerem”, co – jak ustalił Prezes Urzędu – nastąpiło w dniu 10 czerwca 2007 r. Prezes Urzędu za zasadne uznał więc przyjęcie za termin zaprzestania stosowania omawianej praktyki dzień następny po tym terminie, tj. 11 czerwca 2007 r., pomimo faktu, iż sama promocja obowiązywała do dnia 30 sierpnia 2007 r. Wynika to z faktu, iż przedmiotem postępowania nie była ocena warunków promocji, lecz dotyczący jej przekaz reklamowy.

²⁰ M. Szydło, „Publicznoprawna ochrona zbiorowych interesów konsumentów”, *Monitor Prawniczy* 2004/17/791;

²¹ E. Łętowska, „Prawo umów konsumenckich”, Warszawa 2002 r., s. 341

Mając na uwadze powyższe, orzeka się jak w pkt I sentencji niniejszej decyzji.

III. Rozstrzygnięcie w pkt II sentencji decyzji. Nakazanie publikacji decyzji.

Prezes Urzędu nałożył na Spółkę, na podstawie art. 26 ust. 2 uokik w zw. z art. 27 ust. 4 w zw. z art. 27 ust. 2 uokik obowiązek publikacji decyzji w całości na koszt Polkomtel S.A. na stronie internetowej przedsiębiorcy www.plus.pl, w ten sposób, że odnośnik do treści decyzji powinien zostać umieszczony na stronie głównej www.plus.pl oraz utrzymywania jej na ww. stronie internetowej przez okres 6 miesięcy, a ponadto dwukrotną publikację sentencji decyzji na koszt operatora na jednej z pięciu pierwszych stron dziennika o zasięgu ogólnopolskim o objętości co najmniej 24 cm x 12 cm w ciągu 30 dni z tym, że okres między przedmiotowymi publikacjami powinien wynosić co najmniej 7 dni.

Wobec decyzji wydawanych na podstawie art. 27 ust. 2 uokik odpowiednie zastosowanie ma przepis art. 26 ust. 2 uokik. Decyzja o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów oraz stwierdzająca zaniechanie jej stosowania może zatem w związku z powyższym odesłaniem zawierać elementy dodatkowe w postaci: zobowiązania przedsiębiorcy do złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia o określonej treści lub formie oraz zobowiązania do publikacji decyzji w całości lub w części na koszt przedsiębiorcy. W niniejszej sprawie Prezes Urzędu zdecydował o zastosowaniu drugiego z ww. dodatkowych środków.

Należy wskazać, że zamieszczenie w decyzji o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i stwierdzeniu zaniechania jej stosowania elementów dodatkowych z uwagi na jej charakter ma zmierzać do osiągnięcia innych celów niż te, które są stawiane odpowiednim postanowieniom zawartym w decyzji wydanej na podstawie art. 26 ust. 1 uokik. Decyzja z art. 27 ust. 1 uokik jest bowiem wydawana w sytuacji, gdy przedsiębiorca nie stosuje już praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów. Zatem celem umieszczenia w niej elementów dodatkowych nie jest dążenie do wyeliminowania jej skutków (tak jak w decyzji wydanej na podstawie art. 26 ust. 1), bowiem bezprawna praktyka została już zaniechana (co operator udowodnił w trakcie prowadzonego postępowania). Należy w związku z tym przyjąć, iż celem przyjętego rozwiązania – w ramach którego operator na forum publicznym „przyznaje się” do stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów – jest realizacja funkcji edukacyjnej oraz prewencyjnej wobec innych uczestników rynku - zarówno przedsiębiorców, jak i konsumentów. *Odwoływanie się przy wykładni przepisów uokik do celów ustawy jest powszechnie akceptowane w orzecznictwie Sądu Najwyższego (uchwała SN z dnia 17 lutego 2004 r., III CZP 115/03; wyrok SN z dnia 3 lutego 2006 r., I CK 297/05) - tak uchwała SN z 13 lipca 2006 r., III SZP 3/06.*

W niniejszej sprawie doszło do naruszenia podstawowego prawa konsumentów, jakim pozostaje prawo do informacji. Mając na uwadze przedmiotowe dobro podlegające ochronie prawnej, Prezes Urzędu uznał za zasadne nakazanie podania do wiadomości szerokiego kręgu odbiorców informacji o praktyce Spółki, która została uznana za bezprawną. Spełni to niewątpliwie funkcję wychowawczą wobec konsumentów, stanowiąc kolejny element edukacji konsumenckiej zmierzającej do kształtowania modelu polskiego konsumenta na wzór europejski – tj. konsumenta uważnego, ostrożnego i dobrze poinformowanego, zwracając im uwagę na język reklam, który może błędnie (pobieżnie) opisywać istotę oferowanego produktu. Tym samym także w odniesieniu do konsumentów zrealizowana zostanie funkcja prewencyjna, gdyż informując o bezprawnych praktykach oraz przestrzegając przed nimi,

należy zakładać, że świadomość konsumentcka wzrośnie i konsumenci uważniej będą analizować przekaz reklamowy w przyszłości. Funkcja edukacyjna i prewencyjna poprzez omawiany nakaz publikacji będzie realizować się także w odniesieniu do innych profesjonalnych uczestników rynku, których nie należy ograniczyć wyłącznie do operatorów telekomunikacyjnych. Publikacja ma stanowić czytelną informację dla przedsiębiorców, jakie wymogi powinien spełniać rzetelny i niewprowadzający w błąd przekaz reklamowy, a jednocześnie ostrzegać, iż w przypadku braku dochowania wymaganych standardów i zastosowania podobnej praktyki muszą liczyć się z określonymi sankcjami.

Mając na uwadze powyższe, orzeka się jak w pkt II sentencji niniejszej decyzji.

IV. Rozstrzygnięcie w pkt III sentencji decyzji. Nałożenie kary pieniężnej.

Stosownie do art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy, Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dopuścił się stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ustawy. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów wprowadziła zatem zasadę fakultatywności nakładania kar przez Prezesa Urzędu na przedsiębiorców, którzy dopuścili się stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów. Przedmiotowa ustawa nie przesądza bezwzględnie wysokości kary nakładanej przez Prezesa Urzędu, który decydując o tym w każdym konkretnym przypadku, kieruje się założeniem, że sankcja musi spełniać zarówno funkcję represyjną, jak i prewencyjną (dyscyplinującą). Przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 106-108 ustawy, Prezes Urzędu powinien wziąć pod uwagę w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy (art. 111).

Powyżej wskazana możliwość nałożenia kary pieniężnej na przedsiębiorcę w sytuacji stwierdzenia przez Prezesa Urzędu stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów została wprowadzona przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 16 lutego 2007 r., która weszła w życie w dniu 21 kwietnia 2007 r. Mając zatem na uwadze, że rozpoczęcie przez Spółkę kampanii reklamowej nastąpiło – jak sama podniosła – w okresie późniejszym, Prezes Urzędu mógł skorzystać z przedmiotowej sankcji w niniejszym postępowaniu.

W pkt I sentencji niniejszej decyzji uznano określone działanie Spółki za praktykę naruszających zbiorowe interesy konsumentów i stwierdzono zaniechanie jej stosowania. Praktyka ta polegała na prezentowaniu w ramach kampanii reklamowej dotyczącej promocji „iPlus dla Ciebie z komputerem” przekazu reklamowego wskazującego na możliwość zakupu laptopa z modemem iPlus za 1zł, podczas gdy cena komputera wynosiła więcej niż 1 zł, co stanowiło reklamę wprowadzającą w błąd w rozumieniu art. 16 ust. 1 pkt 2 uokik. Za udowodnione należy uznać, iż doszło do naruszenia przez Spółkę określonego w art. 24 uokik zakazu w sposób określony w sentencji niniejszej decyzji. W niniejszej sprawie Prezes UOKiK uznał za zasadne skorzystanie z przysługującego mu na mocy przepisów uokik uprawnienia do nałożenia kary pieniężnej w sytuacji stosowania przez przedsiębiorcę praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, przede wszystkim mając na uwadze charakter stosowanej przez Spółkę praktyki przejawiający się we wprowadzaniu konsumentów w błąd,

a zatem godzący w jedno z podstawowych praw konsumentów – prawo do rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji.

Ustalając wysokość kary pieniężnej wzięto pod uwagę okoliczności kampanii reklamowej, w której odwoływano się do specjalnej, wyjątkowej oferty – sugerując konsumentom, iż promocja oferowana przez operatora wnosi nową jakość na rynek usług telekomunikacyjnych. Operator eksponował cenę 1 zł, która jest charakterystyczna dla wielu promocji organizowanych na rynku usług telefonii komórkowej. Tym samym konsument mógł odnieść usprawiedliwione wrażenie, że ta wyjątkowa oferta może dotyczyć właśnie komputera, gdyż brak było w reklamie wyraźnego wskazania, jakiego konkretnie sprzętu ona dotyczy. Oferowanie zakupu laptopa w tak symbolicznej, promocyjnej cenie mogło stanowić wyjątkową okazję, nową jakość na rynku usług telekomunikacyjnych. Do tej pory w tej cenie dostępny były zwykle tylko aparaty komórkowe. Operator sugerował tymczasem możliwość zakupu wysokiej klasy laptopa w tej okazyjnej cenie (cena uwidoczniła na monitorze laptopa), natomiast promocja usługi bezprzewodowego dostępu do internetu nie była aż tak wyrazista. Dodatkowo, powoływanie się w uzasadnieniu swego stanowiska na znaczenie językowe użytych sformułowań, które ma przesądzać o właściwym zrozumieniu głównego hasła kampanii „iPlus z komputerem dla Ciebie” – *kup notebooka z modemem iPlus za złotówkę stanowi*, zdaniem Prezesa Urzędu, nie jest także zasadne ze strony operatora. Język reklamy oparty jest bowiem na prostym przekazie, grze słowami oraz skojarzeniami, metaforze itp. i już tego typu uproszczenia często stwarzają zagrożenie dla właściwego ich odbioru dla konsumentów. W omawianym natomiast przypadku przedsiębiorca wymaga od odbiorców kampanii reklamowej wyższej niż podstawowa, powszechna, wiedzy z zakresu języka polskiego, analizy poszczególnych słów użytych w hasle oraz składni wyrazów przyjętej w zdaniu, by właściwie odebrać hasło reklamowe. Tymczasem usługa bezprzewodowego dostępu do internetu sama w sobie z uwagi na liczne elementy techniczne – jak potwierdziły także przeprowadzone na użytek niniejszego postępowania badania opinii publicznej – przynosi określone trudności z jej zrozumieniem. Tym bardziej też należy wymagać od profesjonalisty by dodatkowo nie utrudniał zadania konsumentom poprzez konstruowanie dwuznacznego hasła reklamowego i prowadzenia kampanii w sposób mogący wprowadzać w błąd co do rzeczywistej ceny zakupu oferowanych produktów. Podnieść przy tym należy, iż cena reklamowanego produktu stanowi podstawową informację dla potencjalnego klienta zainteresowanego ofertą Spółki, tym bardziej gdy jest ona w sposób szczególnie eksponowana przez przedsiębiorcę w przekazie reklamowym - jak miało to miejsce w omawianym przypadku. Tego typu zachowanie godzi więc w interes konsumentów, jakim jest prawo do rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji. Prezes Urzędu mając na uwadze interes publiczny uznał zatem, że samo stwierdzenie stosowania przez przedsiębiorcę praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów będzie niewystarczającym działaniem ze strony organu administracji. W związku z powyższym, rodzaj naruszonego dobra (prawo do informacji) oraz okoliczności naruszenia przesądzają, zdaniem Prezesa Urzędu, o słuszności zastosowanego środka w postaci kary pieniężnej.

Następnie, nakładając karę pieniężną określoną w art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy, Prezes Urzędu wziął pod uwagę konieczność spełnienia przesłanek podmiotowych, tj. stwierdzenia, że określone w ww. przepisie naruszenie dokonane było co najmniej nieumyślnie. Konieczność brania pod uwagę przesłanki winy w przypadku stosowania kar pieniężnych określonych w art. 106 ust. 1 pkt 4 uokik wynika bezpośrednio nie tylko z treści tego

przepisu, ale również ma umocowanie w ustawie zasadniczej. Zgodnie bowiem z art. 83 Konstytucji RP, każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej. Obowiązek znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży tym bardziej na profesjonalnych uczestnikach obrotu rynkowego, takich jak Polkomtel S.A. Podmioty profesjonalnie działające na rynku powinny posiadać umiejętność przewidzenia, że podejmowane przez nie działania mogą być uznane przez Prezesa Urzędu za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i nie mogą skutecznie dowodzić braku świadomości naruszenia zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. W świetle powyższego, uzasadnione jest stwierdzenie, że działania Spółki miały co najmniej charakter nieumyślny.

Przy miarkowaniu kary jako okoliczności obciążające wzięto pod uwagę:

- Spółka nadal utrzymuje, iż nie dopuściła się bezprawnego działania i nie zadeklarowała też w toku postępowania zrozumienia dla potrzeby poszanowania interesów konsumentów jako odbiorców przekazu reklamowego, poprzez zobowiązanie się do bardziej uważnego i rzetelnego tworzenia kampanii reklamowych w przyszłości. Neguje zatem, że kwestionowany przedmiotową decyzją przekaz reklamowy dotyczący usług telekomunikacyjnych mógł stwarzać zagrożenia dla konsumentów polegające na wprowadzeniu w błąd. W tym miejscu należy podkreślić, iż stosowane przez Spółkę formy prezentacji oferty - reklama telewizyjna, dźwiękowa, ulotki z racji swej istoty posiadają ograniczenia, co do pojemności informacji. Swoista „ułamkowość” wskazanych środków przekazu nie oznacza jednak usprawiedliwienia, ani przyzwolenia do działania niezgodnego z prawem z uwagi na ograniczenia używanej formy. Każda z wymienionych rodzajów prezentacji treści reklamowych koncentruje się na ogólnych informacjach zawierających najważniejsze, najatrakcyjniejsze elementy danej oferty. Do takich niewątpliwie zaliczyć należy cenę produktu. Dlatego też tak istotna jest treść reklamy, która nie przedstawiając - z powodu oczywistych ograniczeń pełnej treści oferty - nie powinna jednak wprowadzać w błąd, tj. wywoływać u konsumenta mylne wyobrażenia, co do jej istoty, głównej korzyści. Szczególnie ten wymóg należy odnieść do hasła reklamowego, wokół którego budowana jest kampania – nie może ono wprowadzać w błąd i powodować poważnych wątpliwości, co do rzeczywistej ceny oferowanego produktu.

- kara nakładana przez Prezesa Urzędu na przedsiębiorcę, który dopuścił się stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów służy podkreśleniu naganności ocenianego zachowania. Spółka, jako podmiot o wieloletnim doświadczeniu w prowadzeniu działalności gospodarczej, powinna wiedzieć, że sposób jej postępowania może godzić w interesy słabszych uczestników rynku, jakimi są konsumenci. Kampania reklamowa miała charakter powszechny, prezentowana była w mediach, centrach handlowych, przygotowana została we współpracy z innym profesjonalistą (sieć sklepów Vobis). Biorąc pod uwagę skalę działań marketingowych, podjęta kampania niewątpliwie wiązała się z zaangażowaniem znacznych środków finansowych. W związku z tym, od profesjonalisty, jakim jest Polkomtel S.A. zajmującego się od lat obsługą rynku detalicznego usług telekomunikacyjnych, budującego nowoczesną markę godną zaufania, można i należało oczekiwać, iż w przygotowaniu kampanii reklamowej uwzględni wszelkie okoliczności dotyczące jej treści, w tym także potrzebę ochrony interesów konsumentów (rozumianych jako prawo do prawdziwej i nie wprowadzającej w błąd informacji) i w przypadku stwierdzenia możliwych naruszeń, wyeliminuje je na etapie tworzenia kampanii.

Niewątpliwie przedsiębiorca posiadał zarówno środki, jak i wykwalifikowaną kadre, mogącą dokonać wskazanych czynności.

Ustalając wysokość kary jako okoliczności łagodzące wzięto natomiast pod uwagę:

- okoliczność, iż przedsiębiorca nie dopuszczał się wcześniej naruszeń dotyczących reklamy wprowadzającej w błąd, które znalazłyby potwierdzenie w decyzjach wydawanych przez Prezesa Urzędu.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów odnosi wysokość kary pieniężnej do procentowej wielkości przychodu przedsiębiorcy, przy czym pod pojęciem przychodu należy rozumieć przychód uzyskany przez przedsiębiorcę w roku podatkowym poprzedzającym dzień wszczęcia postępowania na podstawie ustawy, w rozumieniu obowiązujących przedsiębiorcę przepisów o podatku dochodowym (art. 4 pkt 15 ustawy).

Przychód osiągnięty przez Spółkę w 2007 r. w kwocie 8 489 816 760,22 zł (słownie: osiem miliardów czterysta osiemdziesiąt dziewięć milionów osiemset szesnaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt złotych 22/100 groszy) ustalono na podstawie złożonego przez nią sprawozdania finansowego za rok zakończony dnia 31 grudnia 2007 r. wraz opinią biegłego rewidenta (karty nr 49-96). Stąd maksymalny wymiar kary, zgodnie z powyżej przytoczonymi przepisami, mógłby wynieść 10% przychodów Spółki, tj. 848.981.676,02 zł (słownie: osiemset czterdzieści osiem milionów dziewięćset osiemdziesiąt jeden tysięcy sześćset siedemdziesiąt sześć złotych 2/100 groszy).

W świetle powyższych okoliczności wysokość kary ustalono na poziomie **848 981,67 zł (słownie: osiemset czterdzieści osiem tysięcy dziewięćset osiemdziesiąt jeden złotych 67/100 groszy)**. Oznacza to, że nałożona na Spółkę kara pieniężna mieści się w granicach wyznaczonych przez art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy i jednocześnie **stanowi 0,01 % przychodu osiągniętego przez Spółkę w 2007 r.** oraz 0,1% kary, jaką Prezes Urzędu miał prawo nałożyć na przedsiębiorcę.

Decydując o nałożeniu kary i jej wysokości wzięto pod uwagę wszystkie ww. okoliczności, jak i możliwości finansowe przedsiębiorcy. Orzeczonej karze powinna stanowić dolegliwość dla uczestnika niniejszego postępowania, tak aby jej nałożenie skutkowało w przyszłości zapobieżeniem zaistnienia podobnych sytuacji. Z drugiej strony należy też podkreślić wymiar edukacyjny i wychowawczy zastosowanego środka oraz wyrazić nadzieję, że odniesie on spodziewany skutek na przyszłość. Poza wymiarem indywidualnym kary, należy zwrócić uwagę na jej wymiar ogólny, funkcję odstrasżającą i wychowawczą w stosunku do innych uczestników rynku.

W ocenie Prezesa Urzędu kara wymierzona w tej wysokości jest adekwatna do stopnia naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Prezes Urzędu, kierując się potrzebą zdecydowanego przeciwdziałania stosowaniu praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów uznał, że orzeczonej karze powinna stanowić dolegliwość dla strony niniejszego postępowania. W tym przypadku kara powinna spełnić jednak przede wszystkim funkcję prewencyjną i wychowawczą, tak aby zapobiec w przyszłości naruszeniom przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przyczyniając się do zapewnienia trwałego zaniechania naruszania przez Spółkę w przyszłości reguł odnoszących się do ochrony praw konsumentów.

Mając na uwadze powyższe, orzeka się jak w pkt III sentencji niniejszej decyzji.

V. Rozstrzygnięcie w pkt IV sentencji decyzji. Nadanie rygoru natychmiastowej wykonalności w odniesieniu do pkt II decyzji.

Zgodnie z art. 103 uokik Prezes Urzędu może nadać decyzji w części lub w całości rygor natychmiastowej wykonalności. Okolicznością warunkującą zastosowanie rygoru natychmiastowej wykonalności jest wystąpienie ważnego interesu konsumentów. Oznacza to, że nie w każdej sprawie, w której naruszony został interes konsumentów, zasadnym jest zastosowanie omawianej instytucji. Należy ją uwzględnić tylko wtedy, gdy mamy do czynienia z ważnym interesem konsumentów, a więc mającym dużą wartość, istotnym, doniosłym. Z uwagi na ważny interes konsumentów natychmiastowe wykonania obowiązków nałożonych w drodze decyzji stają się konieczne. Nadanie decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności musi zatem poprzedzać dokonanie ustalenia, jaki interes konsumentów doznał w danym przypadku naruszenia oraz czy jest on na tyle ważny, by wydanej decyzji nadać rygor natychmiastowej wykonalności.

W niniejszej sprawie przedmiotem ochrony jest interes konsumentów polegający na prawie do informacji. Mając na uwadze naruszenie tego właśnie interesu, które dokonało się poprzez przekaz reklamowy wprowadzający konsumentów w błąd, Prezes UOKiK zdecydował o nałożeniu na przedsiębiorcę obowiązku publikacji niniejszej decyzji. W ten sposób zdaniem organu administracji, w połączeniu z nałożeniem kary pieniężnej na przedsiębiorcę, w pełni zostanie zrealizowana funkcja edukacyjna oraz prewencyjna.

W związku z powyższym, Prezes Urzędu za konieczne uznał także nadanie decyzji w zakresie obowiązku jej publikacji rygoru natychmiastowej wykonalności. W ocenie Prezesa Urzędu, realizacja ww. funkcji przedmiotowej decyzji będzie możliwa tylko wtedy, gdy ww. obowiązek zostanie zrealizowany niezwłocznie po doręczeniu przedsiębiorcy decyzji. Zdaniem organu administracji tylko bowiem wtedy istnieje realna szansa na zrealizowanie oczekiwanych przez decyzję administracyjną ww. funkcji. Publikacja decyzji dokonana dopiero po jej uprawomocnieniu może oznaczać powinność jej publikacji dopiero po zakończeniu postępowania odwoławczego, tj. uwzględniając dwuinstancyjność postępowania sądowego oraz możliwość skorzystania ze szczególnego środka prawnego w postaci skargi kasacyjnej. W takim wypadku publikacja decyzji nie będzie już miała istotnego znaczenia i nie przyniesie spodziewanego skutku. Należy bowiem zauważyć, że przedmiotem postępowania jest praktyka dotycząca działań marketingowych przedsiębiorcy. Rynek reklamy rozwija się bardzo dynamicznie, kampanie reklamowe najczęściej obejmują krótki okres czasu i powszechnie jest w tej dziedzinie dążenie do stosowania nowych technik, strategii marketingowych, które mają efektywniej zachęcać klientów do zainteresowania się reklamowanym produktem. Rynek ten zatem nieustannie się rozwija i zmienia. Wobec zatem specyfiki branży reklamowej, działania podejmowane przez Prezesa Urzędu mają zwykle charakter następczy i uniemożliwiają najczęściej natychmiastowe reagowanie i władczą interwencję już w trakcie trwania kampanii reklamowej, skutkującą możliwością rozstrzygnięcia jeszcze w trakcie jej trwania, że dana reklama narusza zbiorowe interesy konsumentów.

W związku z powyższym zastosowanie rygoru natychmiastowej wykonalności w przypadku decyzji stwierdzającej praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów dotyczącą reklamy wprowadzającej w błąd, a następnie zaniechanie jej stosowania, należy

uznać za zasadne. W innym bowiem przypadku obowiązek publikacji decyzji stanie się bezprzedmiotowy i nie przyniesie zamierzonych przez organ administracji celów. W ocenie Prezesa Urzędu mamy bezsprzecznie do czynienia z przesłanką ważnego interesu konsumentów, który powinien być zabezpieczony poprzez nadanie decyzji w określonej w sentencji części rygoru natychmiastowej wykonalności. Ważnym interesem konsumentów, który podlega ochronie w niniejszym postępowaniu jest prawo do rzetelnej i pełnej informacji, które to dobro zostało naruszone. Dlatego też zachodzi konieczność szybkiego reagowania na naruszenie interesów konsumentów rozumianych jako prawo do informacji, a skutek ten nie zostanie osiągnięty bez nakazania natychmiastowej wykonalności pkt II sentencji decyzji.

Mając na uwadze powyższe, orzeka się jak w pkt IV sentencji niniejszej decyzji.

Wobec powyższego, Prezes Urzędu orzekł jak w sentencji niniejszej decyzji.

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy, karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: NBP o/o Warszawa Nr 51101010100078782231000000.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c. – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od daty jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Otrzymuje:

1. Polkomtel S.A.
ul. Postępu 3
02-676 Warszawa
2. a/a