



PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
MAŁGORZATA KRASNODĘBSKA-TOMKIEL

DDK-61-12/10/AH

Wersja nie zawierająca tajemnicy przedsiębiorstwa – oznaczono [xxx]

Warszawa, dn. 28 grudnia 2010 r.

DECYZJA nr DDK 21/2010

I Na podstawie art. 27 ust. 1 i 2 w związku 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 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 P4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie polegające na prezentacji, w reklamach telewizyjnych i zewnętrznych, komunikatu wskazującego na dostępność w ofercie P4 sp. z o.o. wszystkich modeli telefonów oraz wskazówki objaśniającej *„Oferta dotyczy modeli wiodących marek dostępnych na polskim rynku, za wyjątkiem modeli objętych wyłącznością. Lista dostępnych telefonów i ograniczenia związane z ofertą znajdują się w Cennikach Telefonów jak i w Cennikach Telefonów na życzenie dostępnych na www.playmobile.pl oraz w punktach sprzedaży Play”* w taki sposób, że – biorąc pod uwagę zastosowaną wielkość czcionki, czas ekspozycji, długość komunikatu, kierunek tekstu, kolorystykę czcionki i tła – wskazówka objaśniająca mogła być nieczytelna dla przeciętnego konsumenta, co stanowi nieuczciwą praktykę rynkową poprzez naruszenie art. 5 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. z 2007 r. Nr 171, poz. 1206) oraz godzi w zbiorowe interesy konsumentów

i stwierdza zaniechanie jej stosowania z dniem 2 października 2009 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 postępowania w sprawie stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, **Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nakazuje** P4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie publikację niniejszej decyzji w całości w terminie 14 (czternaście) dni od daty uprawomocnienia się decyzji na koszt P4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na stronie internetowej przedsiębiorcy www.playmobile.pl w ten sposób, że odnośnik do treści decyzji powinien zostać umieszczony na stronie głównej www.playmobile.pl oraz utrzymywanie jej na przedmiotowej stronie internetowej przez okres

6 (sześć) miesięcy, a ponadto jednokrotną publikację sentencji decyzji na koszt P4 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w terminie 30 (trzydzieści) dni od daty uprawomocnienia się decyzji na jednej z pięciu pierwszych stron dziennika o zasięgu ogólnopolskim ze średnim nakładem dziennym w wysokości co najmniej 100 000 (sto tysięcy) egzemplarzy w module obejmującym co najmniej 25% strony, czarną czcionką Times New Roman nie mniejszą niż 12 (dwanaście) punktów, na białym tle.

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 P4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie karę pieniężną w wysokości **610.575,00 PLN** (słownie: sześćset dziesięć tysięcy pięćset siedemdziesiąt pięć złotych), płatną do budżetu państwa, z tytułu naruszenia zakazu, o jakim mowa w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zakresie opisanym w punkcie I decyzji.

Uzasadnienie

W dniu 9 października 2009 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na podstawie art. 48 ust. 1 i 2 pkt 2 i 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm., dalej „uokik”) postanowił o wszczęciu postępowania wyjaśniającego w sprawie wstępnego ustalenia czy P4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „P4” lub „Spółka”) dopuściła się naruszenia przepisów uzasadniającego wszczęcie postępowania w sprawie zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów lub naruszenia chronionych prawem interesów konsumentów, uzasadniającego podjęcie działań określonych w odrębnych ustawach, w związku z kampanią reklamową prowadzoną pod hasłem „Mamy wszystkie modele telefonów”.

Prezes Urzędu działając na podstawie art. 50 ust. 1 i 2 uokik, w celu dokonania ustaleń stanu faktycznego sprawy, wezwał Spółkę do przekazania określonych informacji i dokumentów, które zostały przekazane przez P4 w pismach z dnia 29 października 2009 r., 7 grudnia 2009 r. oraz z dnia 12 marca 2010 r.

W dniu 30 marca 2010 r. Prezes Urzędu postanowił o zamknięciu postępowania wyjaśniającego.

W dniu 17 sierpnia 2010 r. Prezes Urzędu wszczął wobec P4, na podstawie art. 49 ust. 1 uokik, postępowanie w sprawie stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 uokik, polegającej na prezentowaniu w ramach kampanii reklamowej „Mamy wszystkie modele telefonów” przekazu reklamowego wskazującego na dostępność w ofercie P4, wszystkich modeli telefonów, co mogło naruszać art. 5 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U. z 2007 r. Nr 171, poz. 1206, dalej „upnpr”) oraz godzić w zbiorowe interesy konsumentów. Ponadto, Prezes Urzędu postanowił o zaliczeniu w poczet dowodów w niniejszym postępowaniu określonych dokumentów i materiałów zgromadzonych w trakcie ww. postępowania wyjaśniającego.

Spółka w piśmie z dnia 3 września 2010 r. zaznaczyła, że dostrzega pewne podstawy do formułowania podniesionych przez Prezesa UOKiK wątpliwości co do wielkości tzw. wskazówek objaśniających, zawartych w kwestionowanych komunikatach reklamowych i wyraziła gotowość do bardziej uważnego tworzenia kampanii reklamowych w przyszłości.

Ponadto, P4 wyjaśniała, że przedmiotowa kampania reklamowa miała na celu zaprezentowanie konsumentom wyjątkowej oferty Spółki, która polegała na zapewnieniu konsumentom możliwości tak szerokiego, że w praktyce niemal nieograniczonego wyboru modelu telefonu spośród najnowszych modeli wiodących marek dostępnych na rynku. Z poczynionych przez P4 ustaleń wynikało, że konsumenci oczekują od operatora szerokiego wyboru telefonów, a konkurencyjni operatorzy komórkowi dysponują zdecydowanie mniejszym niż Spółka *portfolio* telefonów. W związku z tym Spółka zdecydowała się na posłużenie się w kampanii reklamowej hasłem przewodnim „Mamy wszystkie modele telefonów”, przy czym uznała za konieczne zamieszczenie w materiałach reklamowych stosownego wyjaśnienia: *„Oferta dotyczy modeli wiodących marek dostępnych na polskim rynku, za wyjątkiem modeli objętych wyłącznością. Lista dostępnych telefonów i ograniczenia związane z ofertą znajdują się w Cennikach Telefonów jak i w Cennikach Telefonów na życzenie dostępnych na www.playmobile.pl oraz w punktach sprzedaży Play”*. Zdaniem Spółki, niezależnie od wątpliwości związanych ze sposobem prezentacji tzw. wskazówki objaśniającej, jej wielkość i czas ekspozycji w przypadku reklamy telewizyjnej były na tyle znaczne, że trudno uznać, aby zamiarem Spółki było naruszenie interesów konsumentów. P4 wskazała jednocześnie, że w dotychczasowym orzecznictwie Prezesa Urzędu można odnaleźć jedynie przykłady piętnowania takich reklam, które nie zawierały w ogóle informacji o ograniczeniach związanych z ofertą (wiele decyzji Prezesa Urzędu w takich sprawach wydanych było przeciwko innym operatorom komórkowym). Brak natomiast orzeczeń, które byłyby wymierzone w reklamy zawierające merytorycznie poprawną informację, której jedynie forma (wielkość, czas ekspozycji itp.) mogłyby zostać uznana przez organ za nieodpowiednią. Spółka podkreśliła także, że zarówno wielkość, jak i sposób prezentacji wskazówek objaśniających zamieszczonych w kwestionowanych przez Prezesa UOKiK przekazach reklamowych nie odbiegały *in minus* od praktyki rynkowej. Wręcz przeciwnie, wskazówki zamieszczone w reklamach Spółki były znacznie lepiej widoczne niż w przypadku większości reklam obecnych na rynku. Zamieszczenie w reklamach szczegółowych informacji znacznie mniejszym drukiem niż główne hasło jest przy tym powszechną praktyką, z której przeciętny konsument doskonale zdaje sobie sprawę.

Spółka wskazała również, że zawarte w art. 4 ust. 1 upnpr pojęcie „dobrych obyczajów” nie może być rozumiane wyłącznie z perspektywy konsumenta, tj. jako prawo do rzetelnej i jednoznacznej informacji, jaką w ramach przekazu reklamowego profesjonalista powinien kierować do przeciętnego konsumenta. Zgodnie z art. 5 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2005/29/WE zasadniczym kryterium oceny zgodności praktyki rynkowej z „dobrymi obyczajami” jest zachowanie przez przedsiębiorcę zawodowej staranności (art. 2 pkt h dyrektywy 2005/29/WE).

Spółka zaznaczyła ponadto, że w celu oceny zgodności praktyki rynkowej P4 z przepisami ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym konieczne jest w szczególności dokonanie oceny modelu przeciętnego konsumenta w niniejszej sprawie. Zdaniem P4 ustalenie wzorca przeciętnego konsumenta ma zasadnicze znaczenie, jako że zgodnie z poczynionymi przez Spółkę ustaleniami przeciętny konsument nie poszukuje

konkretnych modeli telefonów. Z tego też względu kwestionowane reklamy odbierane były jako obietnica najszerszego na rynku wyboru modeli telefonów, a nie dostępności konkretnego modelu.

P4 wskazała także, że nawet w przypadku ewentualnego stwierdzenia przez Prezesa Urzędu naruszenia zbiorowych interesów konsumentów w niniejszej sprawie, jej precedensowy charakter przekładający się na bardzo niski stopień ewentualnej winy nieumyślnej Spółki, stanowić powinien istotny argument na rzecz odstąpienia od nałożenia na P4 kary pieniężnej.

W piśmie z dnia 15 października 2010 r. Spółka przekazała oświadczenie Głównego Księgowego P4 o strukturze przychodów Spółki zgodnie z zeznaniem podatkowym za 2009 rok. Na podstawie art. 69 ust. 1 uokik P4 złożyła wniosek o ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego załączonego do akt sprawy w zakresie określonych informacji zawartych w oświadczeniu Głównego Księgowego P4 o strukturze przychodów Spółki zgodnie z zeznaniem podatkowym za 2009 r. P4 przedstawiła również swoje stanowisko odnośnie podstawy wymierzenia ewentualnej kary z tytułu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 10 k.p.a., pismem z dnia 22 listopada 2010 r. Prezes Urzędu zawiadomił Spółkę o zakończeniu postępowania dowodowego w przedmiotowej sprawie, wyznaczając 7-dniowy termin na zapoznanie się Spółki z aktami niniejszej sprawy. W dniu 3 grudnia 2010 r. z aktami sprawy zapoznał się pełnomocnik P4.

Dodatkowo, Spółka w piśmie z dnia 10 grudnia br. zobowiązała się do przykładania jeszcze większej uwagi do realizacji wynikającego z przepisów prawa obowiązku dostarczenia konsumentowi istotnych informacji w jednoznaczny sposób i we właściwym czasie Ponadto, Spółka odniosła się do zagadnień związanych z wielkością tzw. wskazówek objaśniających, sposobem rozumienia głównego hasła przez konsumenta oraz znaczeniem możliwości zakupu konkretnego modelu telefonu w procesie decyzyjnym konsumentów.

Prezes Urzędu ustalił, co następuje.

P4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie została zarejestrowana w Krajowym Rejestrze Sądowym w Warszawie pod numerem 0000319437. Spółka jest przedsiębiorcą świadczącym usługi telekomunikacyjne. Jest wpisana do Rejestru Przedsiębiorców Telekomunikacyjnych prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej pod numerem 92.

Podstawę wszczęcia przedmiotowego postępowania stanowił fakt prezentowania w ramach kampanii reklamowej „Mamy wszystkie modele telefonów” przekazu reklamowego wskazującego na dostępność w ofercie P4, operatora sieci Play, wszystkich modeli telefonów.

Przebieg kampanii reklamowej

Kampania reklamowa trwała w okresie od 21 sierpnia 2009 r. do 28 października 2009 r. Na kampanię składały się w szczególności: reklama telewizyjna, reklama radiowa, reklama zewnętrzna, reklama typu ambient¹, reklama typu BTL² i reklama internetowa³.

¹ Ambient marketing to wszelkie formy marketingu niestandardowego. Jest to forma reklamy ściśle kontekstowa, w której reklamodawca zwraca uwagę nie tylko na layout, ale także na cały kontekst umieszczenia

REKLAMA TELEWIZYJNA

Okres emisji: 21 sierpnia – 1 października 2009 r.

Spółka w toku kampanii telewizyjnej zlecała emisję w sumie 8 filmów reklamowych o następujących nazwach:

- „Play LG KP500 Cookie 1zł ekran dotykowy 100909” (reklama przekazana w załączeniu do pisma P4 z dnia 29 października 2009 r. pod nazwą: „LG Cookie TV”);
- „Play napad restauracja dużo model/1 dzień logo 150909” (reklama przekazana w załączeniu do pisma P4 z dnia 29 października 2009 r. pod nazwą: „TV Napad 15 sec”);
- „Play napad restauracja dużo model/1 dzień logo 300809” (reklama przekazana w załączeniu do pisma P4 z dnia 29 października 2009 r. pod nazwą: „TV Napad 30 sec”);
- „Play Nokia 5800 xpress music 299 zł logo 100809” (reklama przekazana w załączeniu do pisma P4 z dnia 12 marca 2010 r.);
- „Play Samsung S7350 Ultra Style 79zł logo/dużo telefonów 100909” (reklama przekazana w załączeniu do pisma P4 z dnia 29 października 2009 r. pod nazwą: „Samsung Ultra Style TV”);
- „Play Sony Eric.C510 1zl/mobilna aplikacja facebook 150909” (reklama przekazana w załączeniu do pisma P4 z dnia 12 marca 2010 r.);
- „Play Sony Eric.C510 49zl/mobilna aplikacja facebook 150909” (reklama przekazana w załączeniu do pisma z dnia 29 października 2009 r. pod nazwą: „Sony Ericsson TV”);
- „Play taryfa one play 65 tylko 50zł/różne modele telef.150909” (reklama przekazana w załączeniu do pisma z dnia 29 października 2009 r. pod nazwą: „TV One Play 65”).

Wymienione powyżej filmy reklamowe były emitowane w następujących stacjach telewizyjnych: Polsat, TVN, TVN7, TVP1, TVP2, TV4. Szczegółowy wykaz dat, stacji, ilości i godzin emisji poszczególnych reklam znajduje się w aktach sprawy (załącznik nr 1 do pisma P4 z dnia 7 grudnia 2009 r.).

W żadnym z filmów reklamowych nie pojawiało się w warstwie wizualnej główne hasło kampanii, tj. „Mamy wszystkie modele telefonów”. Hasło to pojawiało się jednak w warstwie audio – było wygłaszane przez lektora. W filmach TV Napad 15 sec. i TV Napad

reklamy. Ambient marketing charakteryzuje się wykorzystaniem jednostkowo lub jednocześnie kilku czynników do celów reklamowych. Może to być: i) niestandardowe wykorzystanie istniejących nośników, np. tablic reklamowych, ii) wykorzystanie przestrzeni kontekstowej, iii) wykorzystanie wnętrza w powiązaniu z ich funkcją, iv) interakcja z otoczeniem, v) interakcja z nośnikiem reklamowym, vi) nowe technologie.

² Below-The-Line - są to działania reklamowe skierowane do klientów i konsumentów nie stanowiące reklamy w środkach masowego przekazu. Typowe nośniki reklamy BTL to materiały promocyjne, ulotki i katalogi, direct mail (listy reklamowe), filmy i kasety video czy działania z wykorzystaniem telefonu.

³ Reklama internetowa to forma reklamy, używająca jako medium internetu. Przykłady reklamy internetowej to między innymi strony rezultatów wyszukiwarki, baner czy marketing oparty o pocztę elektroniczną.

30 sec. było ono nieco zmodyfikowane i brzmiało: „Wybierz ten [telefon], który ci się podoba, ze wszystkich modeli na rynku”.

Filmy reklamowe były opatrzone wskazówką objaśniającą o treści: „Oferta dotyczy modeli wiodących marek dostępnych na polskim rynku, za wyjątkiem modeli objętych wyłącznością. Lista dostępnych telefonów i ograniczenia związane z ofertą znajdują się w Cennikach Telefonów jak i w Cennikach Telefonów na życzenie dostępnych na www.playmobile.pl oraz w punktach sprzedaży Play”. Informacja objaśniająca obejmowała 3 wersy.

Wielkość użytej czcionki, czas ekspozycji wskazówki objaśniającej w każdej z emitowanych reklam telewizyjnych wraz z podaniem czasu trwania poszczególnych reklam oraz dokładnego momentu wyświetlania wskazówki zostały przekazane przez Spółkę w piśmie z dnia 7 grudnia 2009 r. (załącznik nr 6, arkusz pliku Excel: „Wszystkie telefony – TVC”).

Głównym elementem wszystkich wykorzystanych w ramach kampanii filmów reklamowych był wygłaszany przez lektora komunikat, iż Spółka posiada w ofercie „wszystkie modele telefonów”. Dopełnienie słów lektora stanowiła ww. treść wskazówki objaśniającej.

REKLAMA RADIOWA

Okres emisji: 21 sierpnia – 30 sierpnia 2009 r.

Spółka w kampanii reklamowej „Mamy wszystkie modele telefonów” zleciła emisję jednego spotu radiowego: „Synu jak chcesz mieć w życiu prosto...wszystk. modele tel. a przenies. nr trwa nawet 1 dzień, lista” oraz „Synu jak chcesz..w Play masz wsz. modele tel., a prznies. nr trwa 1 dzień, lista tel. i zas. of. na play mobile.pl”.

Szczegółowy wykaz stacji radiowych, dat, ilości oraz godzin emisji znajduje się w aktach sprawy (załącznik nr 2 do pisma P4 z dnia 7 grudnia 2009 r.).

Wykorzystywane reklamy oprócz hasła głównego zawierały także informację, iż ze szczegółami oferty można zapoznać się na stronie operatora tj. www.playmobile.pl.

REKLAMA ZEWNĘTRZNA

Okres prezentacji: 21 sierpnia – 1 października 2009 r.

W ramach reklamy zewnętrznej wykorzystane zostały m.in. billboardy o rozmiarach: 5x2, 6x3, 12x3, 12x4, 18x9 metrów. Billboardy miały jednakową treść i szatę graficzną – przedstawiały kulę w barwach charakterystycznych dla sieci Play, tj. białą – fioletową, otoczoną łańcuchem aparatów telefonicznych różnych marek. Po prawej stronie kuli znajdowało się hasło: „Mamy wszystkie modele telefonów”. Hasło to było dobrze widoczne oraz znacznych rozmiarów. Słowo „wszystkie” było dodatkowo podkreślone poprzez użycie czcionki większych rozmiarów w porównaniu do pozostałych wyrazów w hasle. Poniżej, pod hasłem głównym, znajdowała się nazwa sieci operatora P4, tj. „Play”. Na prawym skraju billboardów, w pionie, umieszczona została mała, czarna czcionką treść wskazówki objaśniającej obejmującej 4 wersy. Tło całego billboardu było „cieniowane”, ze zdecydowaną przewagą koloru białego.

Szczegółowe dane na temat ilości zawieszanych w poszczególnych miastach billboardów, okresu ich ekspozycji, a także wielkości czcionek użytych w hasle: „Mamy wszystkie modele telefonów” oraz wskazówce objaśniającej znajdują się w aktach sprawy (załącznik 4a oraz 6 do pisma P4 z dnia 29 października 2009 r.).

REKLAMA TYPU AMBIENT

Okres emisji: 21 sierpnia – 1 października 2009 r.

W ramach reklamy zewnętrznej typu ambient Spółka wykorzystywała następujące materiały: banner – klapki, naklejka – szafka, naklejka – prysznic, plakat – hotel, plakat – letnie kurorty, ulotka – kurorty, zawieszka na drzwi (załącznik nr 4 do pisma P4 z dnia 29 października 2009 r.). Wszystkie materiały zawierały bardzo dobrze wyeksponowane hasło przewodnie kampanii reklamowej „Mamy wszystkie rodzaje telefonów” oraz umieszczoną najczęściej w pozycji pionowej, trudną do odczytania wskazówkę objaśniającą.

Szczegółowe informacje na temat miejsca ekspozycji, ilości wykorzystanych materiałów, a także wielkości czcionek hasła głównego oraz wskazówki objaśniającej znajdują się w aktach sprawy (załącznik nr 4b oraz 6 do pisma P4 z dnia 7 grudnia 2009 r.).

REKLAMA TYPU BTL

Okres emisji: 21 sierpnia – 1 października 2009 r.

Spółka wykorzystwała następujące rodzaje materiałów: plakaty, naklejki na witrynę sklepową, ulotki oraz hangery (załącznik nr 4 do pisma P4 z dnia 29 października 2009 r.). Przedmiotowe materiały cechowały: dobrze widoczne, dominujące hasło główne „Mamy wszystkie modele telefonów” oraz znacznie mniejsze, trudne do zauważenia i odczytania objaśnienie. Przykładowo, w plakacie „60x90 wszystkie telefony v.2” wskazówka objaśniająca jest prezentowana czcionką w rozmiarze 6 pkt, podczas gdy wielkość czcionki hasła głównego wynosi od 38 do 182 pkt. Dodatkowym elementem utrudniającym odczytanie objaśnienia jest kolor użytej czcionki – różowy na tle w kolorze wrzosowo – fioletowym. Na naklejkach umieszczanych na witrynach sklepów P4 w ogóle nie umieszczono wskazówki objaśniającej, ograniczając się tylko do prezentacji hasła głównego oraz kuli w barwach białe – fioletowych otoczonych różnymi markami aparatów telefonicznych.

Szczegółowe informacje na temat rozmiarów poszczególnych nośników, ich ilości, lokalizacji wykorzystania oraz wielkości czcionki haseł na nich umieszczonych znajdują się w aktach sprawy (pisma P4 z dnia 7 grudnia 2009 r. oraz z dnia 11 marca 2010 r.).

REKLAMA INTERNETOWA

Okres prezentacji: 21 sierpnia – 28 października 2009 r.

Formy: bannery, half-page, double billboard z formą wallpaper, toplayer z double billboard na portalach onet.pl, gazeta.pl, gadu-gadu.pl, interia.pl, rp.pl oraz reklama internetowa ukazująca się w wynikach wyszukiwania wyszukiwarki google.pl. Kampania reklamowa w Internecie prowadzona była również na stronie Spółki – www.playmobile.pl.

Szczegółowe informacje na temat rodzaju reklam zamieszczanych na poszczególnych portalach, okresu ich emisji znajdują się w aktach sprawy (pisma Spółki z dnia 29 października oraz z dnia 7 grudnia 2009 r.).

Wykorzystywane reklamy internetowe oprócz hasła głównego zawierały także informację, iż ze szczegółami oferty można zapoznać się na stronie operatora tj. www.playmobile.pl.

Prezes Urzędu zważył, co następuje.

Podstawą do rozstrzygnięcia sprawy w oparciu o przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest uprzednie zbadanie przez Prezesa Urzędu, czy w danej sprawie zagrożony został interes publiczny. Stwierdzenie zagrożenia interesu publicznego pozwala na realizację celu tej ustawy, wskazanego w art. 1 ust. 1, którym jest m.in. ochrona interesów konsumentów. W ocenie Prezesa Urzędu, rozpatrywana sprawa ma charakter publiczny, gdyż wiąże się z ochroną praw potencjalnie nieograniczonej liczby konsumentów, którzy mogli być narażeni na skutki nieuczciwej praktyki rynkowej stosowanej przez Spółkę. Interes publiczny przejawia się także w postaci zbiorowego interesu konsumentów. Zatem, w niniejszej sprawie uzasadnione było podjęcie przez Prezesa Urzędu działań przewidzianych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów.

I. Ocena działań P4 w aspekcie zarzutu stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów.

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 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 ww. ustawy).

P4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jest spółką prawa handlowego wpisaną do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, prowadzącą we własnym imieniu działalność gospodarczą polegającą na świadczeniu usług telekomunikacyjnych. 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. Bezprawność jest kategorią obiektywną. Rozważenia przy ocenie bezprawności wymaga zatem kwestia, czy zachowanie przedsiębiorcy było zgodne, czy też niezgodne z obowiązującymi zasadami porządku prawnego. Dla stwierdzenia bezprawności działania przedsiębiorcy bez znaczenia pozostaje strona podmiotowa czynu, a zatem wina sprawcy.

Jako zachowania przedsiębiorcy, które stanowią praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, ustawodawca wskazuje w szczególności nieuczciwe praktyki rynkowe (art. 24 ust. 2 pkt 3 uokik). Oznacza to, że jeśli mamy do czynienia z nieuczciwą praktyką rynkową w rozumieniu ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, która jednocześnie narusza zbiorowe interesy konsumentów, takie działanie w świetle prawa może zostać uznane się za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów.

W związku z powyższym, przedmiotem rozstrzygnięcia Prezesa UOKiK stało się zważenie, czy w omawianym stanie faktycznym przedsiębiorca stosował nieuczciwą praktykę rynkową, a następnie, czy przedmiotowa praktyka mogła godzić w zbiorowe interesy konsumentów.

Zgodnie z art. 4 ust. 1 upnpr, stosowana przez przedsiębiorcę praktyka rynkowa jest nieuczciwa, jeżeli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy, w trakcie jej zawierania lub po zawarciu. Przedmiotowy przepis stanowi klauzulę generalną,

która na okoliczność stosowania danej praktyki podlega stosownej konkretyzacji. Jednocześnie, ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym dokonuje podziału praktyk rynkowych na wprowadzające w błąd oraz agresywne praktyki rynkowe (art. 4 ust. 2 upnpr). Praktyki rynkowe wprowadzające w błąd mogą przybrać postać czynną i bierną, tj. polegać na działaniu (art. 5 upnpr) albo zaniechaniu (art. 6 upnpr) wprowadzającym w błąd. Wyżej wymienione praktyki nie stanowią jednak praktyk zakazanych w każdych okolicznościach (*vide*: art. 7 upnpr). Oznacza to, iż by wykazać, że dany przedsiębiorca je stosuje należy odnieść się zarówno do definicji praktyki wprowadzającej w błąd (art. 5 ust. 1 lub art. 6 ust. 1 upnpr), jak i do ogólnej definicji nieuczciwej praktyki rynkowej z art. 4 ust. 1 upnpr.

Zgodnie z art. 5 ust. 1 upnpr, za praktykę rynkową uznaje się działanie wprowadzające w błąd, jeżeli powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął. Zgodnie z art. 5 ust. 4 upnpr, przy ocenie, czy praktyka rynkowa wprowadza w błąd poprzez działanie, należy uwzględnić wszystkie jej elementy oraz okoliczności wprowadzenia produktu na rynek, w tym sposób jego prezentacji.

W przedmiotowej sprawie koniecznym stało się rozważenie przez Prezesa Urzędu, czy sposób prezentacji przez P4 komunikatów reklamowych w ramach kampanii reklamowej „Mamy wszystkie modele telefonów” mógł wprowadzać przeciętnego konsumenta w błąd, tj. mógł powodować podjęcie przez niego decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął, a w konsekwencji stanowić nieuczciwą praktykę rynkową.

W ocenie Prezesa Urzędu, działanie przedsiębiorcy, który reklamował swoją ofertę prezentując, w reklamach telewizyjnych i zewnętrznych, komunikat wskazujący na dostępność w ofercie P4 wszystkich modeli telefonów oraz wskazówkę objaśniającą „*Oferta dotyczy modeli wiodących marek dostępnych na polskim rynku, za wyjątkiem modeli objętych wyłącznością. Lista dostępnych telefonów i ograniczenia związane z ofertą znajdują się w Cennikach Telefonów jak i w Cennikach Telefonów na życzenie dostępnych na www.playmobile.pl oraz w punktach sprzedaży Play*”, w taki sposób, że – biorąc pod uwagę zastosowaną wielkość czcionki, czas ekspozycji, długość komunikatu, kierunek tekstu, kolorystykę czcionki i tła – wskazówka objaśniająca mogła być nieczytelna dla przeciętnego konsumenta, stanowi nieuczciwą praktykę rynkową polegającą na działaniu wprowadzającym w błąd (art. 5 ust. 1 upnpr). Podkreślenia wymaga przy tym, iż zastrzeżeń ze strony Prezesa Urzędu nie wzbudza sama treść wskazówki objaśniającej.

Na podstawie reklamy telewizyjnej i zewnętrznej przeciętny konsument mógł zostać wprowadzony w błąd w wyniku sposobu prezentacji ww. komunikatu i wskazówki objaśniającej. Wprowadzenie w błąd mogło polegać na przyjęciu przez konsumenta, na skutek nieczytelności wskazówki objaśniającej, że Spółka oferuje wszystkie modele telefonów komórkowych (na polskim rynku). W konsekwencji mogło to spowodować podjęcie przez konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął, tj. zainteresowanie się ofertą P4 lub podjęcie działań zmierzających do zawarcia umowy z P4.

Zaznaczyć w tym miejscu należy, iż wprowadzający w błąd sposób prezentacji ww. komunikatu i wskazówki objaśniającej nie dotyczył reklamy radiowej. Natomiast w przypadku reklamy internetowej, z uwagi na stosunkową łatwość uzyskania przy

wykorzystaniu tego medium kompletnej informacji dotyczącej warunków reklamowanej oferty P4, ryzyko wprowadzenia konsumenta w błąd było niewielkie.

Decyzję konsumenta dotyczącą umowy - zgodnie z jej definicją zawartą w art. 2 pkt 7 upnpr - należy odnosić do podejmowania przez konsumenta decyzji co do tego, czy, w jaki sposób i na jakich warunkach dokona zakupu lub zapłaci za produkt **bez względu na to, czy konsument postanowi dokonać określonej czynności, czy też powstrzymać się od jej dokonania**. Ponadto, zgodnie z art. 4 ust. 1 upnpr, zniekształcenie lub możliwość zniekształcenia zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta może dotyczyć **etapu przed zawarciem umowy dotyczącej produktu**, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu. **Działanie polegające na wprowadzeniu w błąd jako rodzaj nieuczciwej praktyki rynkowej nie musi finalnie doprowadzić do dokonania przez przeciętnego konsumenta czynności prawnej, której nie podjąłby, gdyby nie działał na pod wpływem błędu**. Pojęcie „decyzji dotyczącej umowy” jakim posługuje się ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym ma bowiem szerszy zakres niż instytucja błędu uregulowana w art. 84 i n. Kodeksu cywilnego. Oznacza to, iż elementem konstrukcyjnym decyzji konsumenta nie należy czynić samego faktu jej dokonania, tj. w omawianym przypadku zawarcia umowy z P4 w wyniku kampanii reklamowej „Mamy wszystkie modele telefonów”. **Kluczowe znaczenie odgrywa natomiast wewnętrzne przekonanie konsumenta, dokonany przez niego odbiór komunikatu reklamowego, który prowadzi do przyjęcia oraz zrozumienia najważniejszych informacji, jakie płyną z ww. przekazu marketingowego**. Reklama stanowi specyficzny środek przekazu posługujący się niewątpliwie skrótami, hasłami i prezentujący najważniejsze informacje (często przy użyciu alegorii i hiperbolizacji), które mają dotrzeć do potencjalnych klientów, usługobiorców i skłonić ich do zainteresowania się reklamowanym produktem. W przypadku analizowanych reklam telewizyjnych i zewnętrznych, komunikat wynikający z nich – odbierany przez przeciętnego konsumenta na skutek nieczytelności wskazówki objaśniającej – mógł przedstawiać się następująco: P4 oferuje wszystkie modele telefonów komórkowych (na polskim rynku). Błędne wyobrażenie konsumenta o zakresie oferty P4 (co do możliwości zakupu u przedsiębiorcy każdego modelu telefonu dostępnego na polskim rynku) mogło powodować postawienie P4 w korzystniejszym świetle i wzmacniać atrakcyjność oferty, a przez to zainteresowanie potencjalnych klientów.

Potwierdzeniem wprowadzającego w błąd sposobu prezentacji komunikatu wskazującego na dostępność w ofercie P4 wszystkich modeli telefonów oraz wskazówki objaśniającej jest przede wszystkim treść (zawartość) poszczególnych reklam telewizyjnych i zewnętrznych.

W reklamach telewizyjnych lektor wygłaszał komunikat, iż Spółka posiada w ofercie „wszystkie modele telefonów”. W filmach TV Napad 15 sec. i TV Napad 30 sec. było ono nieco zmodyfikowane i brzmiało: „wybierz ten [telefon], który Ci się podoba ze wszystkich modeli na rynku.” Filmy reklamowe były opatrzone wskazówką objaśniającą umieszczoną w poziomie w dolnej ich części o następującej treści: „Oferta dotyczy modeli wiodących marek dostępnych na polskim rynku, za wyjątkiem modeli objętych wyłącznością. Lista dostępnych telefonów i ograniczenia związane z ofertą znajdują się w Cennikach Telefonów jak i w Cennikach Telefonów na życzenie dostępnych na www.playmobile.pl oraz w punktach sprzedaży Play”. Wskazówka była trudna do odczytania z uwagi na jej długość (obejmowała 3 wersy), użycie bardzo małej czcionki do jej zaprezentowania, a także ze względu na

relatywnie krótki czas ekspozycji. Jednocześnie, tylko możliwość zapoznania się przez konsumenta z całością przekazu (komunikat lektora + wskazówka objaśniająca), umożliwiałyby właściwy, odpowiadający rzeczywistym warunkom oferty P4, odbiór treści reklam prezentowanych w poszczególnych stacjach telewizyjnych. Podkreślenia wymaga przy tym, że przedmiotem zarzutu nie jest nadmierna długość wskazówki objaśniającej. Niemniej jednak, przy zastosowanej wielkości czcionki i innych elementach jej prezentacji, długość wskazówki objaśniającej nie pozostawała bez wpływu na nieczytelność wskazówki.

Wprowadzenie w błąd polegało w tym wypadku na takim sposobie emisji komunikatu lektora (dotyczącego dostępności w ofercie P4 wszystkich modeli telefonów, wyboru telefonu ze wszystkich modeli na rynku) oraz prezentacji wskazówki objaśniającej, że dla przeciętnego konsumenta – na skutek nieczytelności wskazówki objaśniającej – istniała możliwość prawidłowego odbioru jedynie komunikatu lektora. W ocenie Prezesa Urzędu, wielkość czcionki prezentowanej wskazówki objaśniającej w połączeniu z czasem ekspozycji objaśnienia, w porównaniu do sposobu i czasu emisji komunikatu lektora, powodowały, iż przeciętny konsument nie miał realnych możliwości zapoznać się z rzeczywistymi warunkami reklamowanej oferty. Wpływ na trudność odczytania objaśnienia z pewnością miał również fakt, iż była to informacja stosunkowo długa, obejmująca aż trzy wersy. Przeciętny konsument mógł zatem pozostawać w błędnym przekonaniu co do rzeczywistych warunków reklamowanej oferty przedsiębiorcy.

W billboardach (rozmiary 5x2, 6x3, 12x3, 12x4, 18x9 metrów) komunikat „*Mamy wszystkie modele telefonów*” było dobrze widoczne oraz znacznych rozmiarów. Słowo „*wszystkie*” było dodatkowo uwidocznione poprzez użycie czcionki większych rozmiarów w porównaniu do pozostałych wyrazów w haśle. Poniżej znajdowała się nazwa sieci operatora P4: „*Play*”. Na prawym skraju billboardów, w pionie, umieszczona została treść wskazówki objaśniającej: „*Oferta dotyczy modeli wiodących marek dostępnych na polskim rynku, za wyjątkiem modeli objętych wyłącznością. Lista dostępnych telefonów i ograniczenia związane z ofertą znajdują się w Cennikach Telefonów jak i w Cennikach Telefonów na życzenie dostępnych na www.playmobile.pl oraz w punktach sprzedaży Play.*” Wskazówka była trudna do odczytania nie tylko z uwagi na jej wertykalne położenie w stosunku do horyzontalnego układu każdego z billboardów oraz głównego hasła, ale również z powodu użycia małej czcionki do jej prezentacji. Wskazówka objaśniająca była stosunkowo długa w porównaniu do komunikatu „*Mamy wszystkie modele telefonów*” – obejmowała 4 wersy. Podkreślenia wymaga przy tym, że przedmiotem zarzutu nie jest nadmierna długość wskazówki objaśniającej. Niemniej jednak, przy zastosowanej wielkości czcionki i innych elementach jej prezentacji, długość wskazówki objaśniającej nie pozostawała bez wpływu na nieczytelność wskazówki.

Wprowadzenie w błąd polegało w tym wypadku na takim sposobie prezentacji ww. komunikatu i wskazówki objaśniającej, że dla przeciętnego konsumenta – na skutek nieczytelności wskazówki objaśniającej – istniała możliwość prawidłowego odbioru jedynie komunikatu wskazującego na dostępność w ofercie P4 wszystkich modeli telefonów. W ocenie Prezesa Urzędu, sposób prezentacji wskazówki objaśniającej, na który w szczególności składały się: wielkość czcionki, długość wskazówki oraz jej prezentacja w układzie wertykalnym w zestawieniu z horyzontalnym układem ww. komunikatu, powodowały, że przeciętny konsument mógł pozostawać w błędnym przekonaniu co do rzeczywistych warunków reklamowanej oferty przedsiębiorcy.

Reklamy typu ambient (bannery, naklejki, plakaty zawieszki na drzwi) zawierały bardzo dobrze wyeksponowane hasło „*Mamy wszystkie rodzaje telefonów*” oraz praktycznie niewidoczne, umieszczone najczęściej w pozycji pionowej i niezwykle trudne do odczytania objaśnienie.

W reklamie zewnętrznej typu BTL, komunikat „*Mamy wszystkie modele telefonów*” był bardzo dobrze widoczny w przeciwieństwie do znacznie mniejszej i trudnej do zauważenia lub odczytania wskazówki objaśniającej. Przykładowo, w plakacie „60x90 wszystkie telefony v.2” wskazówka objaśniająca była prezentowana czcionką w rozmiarze 6 pkt., podczas gdy wielkość czcionki ww. komunikatu wynosiła od 38 do 182 pkt. Dodatkowym elementem utrudniającym odczytanie objaśnienia był kolor użytej czcionki – różowy na tle w kolorze wrzosowo – fioletowym. Z kolei na naklejkach umieszczanych na witrynach sklepów sieci P4 w ogóle nie umieszczono wskazówki objaśniającej, ograniczając się tylko do prezentacji ww. komunikatu oraz kuli w barwach biało – fioletowych otoczonych różnymi markami aparatów telefonicznych.

Dokonując oceny analizowanych materiałów reklamowych należy zwrócić uwagę na specyfikę wykorzystanego nośnika, czy też środka przekazu, jakim jest w szczególności billboard lub plakat reklamowy. Zazwyczaj nośniki tego rodzaju umieszczane są w miejscach dobrze wyeksponowanych, w ruchliwych punktach miast, przy drogach krajowych. Dzięki temu treści reklamowe prezentowane na billboardach są odbierane przez znaczną liczbę konsumentów. Zarazem konsument nie ma możliwości dokładnego przyjrzenia się billboardowi. Zazwyczaj odbiorca patrząc na billboard znajduje się w ruchu – w samochodzie, autobusie, tramwaju, ewentualnie mija go, idąc pieszo. Tym istotniejsze, ze względu na brak możliwości wnikliwego zapoznania się z treścią reklamy, jest takie jej zaprojektowanie, by hasła w niej prezentowane były czytelne i łatwe w odbiorze, nie powodując jednocześnie możliwości wprowadzenia konsumenta w błąd. Informacje zawarte w reklamach, w tym zwłaszcza w billboardach, powinny być przekazywane w sposób jasny i jednoznaczny, nie budzący wątpliwości co do realnych warunków reklamowanej oferty przedsiębiorcy.

Podsumowując, należy wskazać, iż kampania reklamowa „*Mamy wszystkie modele telefonów*” była przygotowana oraz przeprowadzona w sposób profesjonalny i kompleksowy. Poszczególne elementy kampanii stanowiły spójną całość – świadczą o tym podobne elementy graficzne czy fabularne, a przede wszystkim hasła reklamowe im towarzyszące. W związku z tym konsument, zarówno z telewizji, jak i na ulicy, w miejscach publicznie dostępnych, na skutek przyjętego przez P4 sposobu prezentacji komunikatu wskazującego na dostępność w ofercie Spółki wszystkich modeli telefonów oraz nieczytelnej wskazówki objaśniającej, mógł otrzymywać fałszywe (zwodnicze) wyobrażenie na temat oferty P4

W toku postępowania Spółka wskazała, iż kampania miała na celu zaprezentowanie konsumentom wyjątkowej oferty P4, znacznie wyróżniającej się na rynku, ponieważ zapewniającej konsumentom praktycznie nieograniczony wybór modeli telefonów. Oferta ta jednak nie dotyczyła m.in. modeli objętych wyłącznością (lista dostępnych telefonów i ograniczenia związane z ofertą znajdowały się w Cennikach Telefonów oraz w Cennikach Telefonów dostępnych na stronie internetowej www.playmobile.pl oraz w punktach sprzedaży Play). Mając na uwadze powyższe podkreślenia wymaga, iż praktyka polegająca na eksponowaniu poszczególnych cech danej oferty w hasłach kampanii reklamowej jest

dopuszczalna, o ile jednak sposób prezentacji całości przekazu reklamowego (tak jak w analizowanym przypadku) nie wprowadza w błąd. Cóż bowiem z tego, że np. billboard zawiera wskazówkę objaśniającą, skoro, jak w niniejszej sprawie, może być ona zupełnie nieczytelna lub niedostrzegalna dla przeciętnego konsumenta. Oczywistym jest, iż celem Spółki było przeprowadzenie intensywnej, zauważalnej kampanii reklamowej swojej oferty, aby wykazać jej wyjątkowy charakter na tle innych dostępnych na rynku. Poza sporem jest też, że Spółka miała swobodę ukształtowania treści przekazu reklamowego na potrzeby prowadzonej kampanii reklamowej. Niemniej jednak, nie zmienia to faktu, iż w związku z powyższym przedsiębiorca ponosi też ryzyko skutków niebezpieczeństwa wywołania u odbiorców reklamy konfuzji odnośnie do cech konkretnej oferty.

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 klientów. Powyższe sprowadza się w praktyce do stosowania w kampaniach reklamowych rozmaitych technik agitacyjnych, które mogą niekiedy powodować, iż przekazy reklamowe są przejaskrawione w treści, nadmiernie eksponują przewodnie hasła kampanii reklamowych w przeciwieństwie do wskazówek objaśniających. Co najważniejsze jednak, dopiero właściwe odczytanie objaśnień czyni daną ofertę czytelną i pełną w odbiorze dla przeciętnego konsumenta.

Z oczywistych względów reklama zawsze wybiórczo prezentuje określone cechy danej oferty w taki sposób, żeby ukazać ją w jak najbardziej korzystnym świetle i tym samym przyciągnąć uwagę potencjalnych klientów. Niemniej jednak, od reklamującego wymaga się rozpowszechniania informacji w sposób, który nie wprowadza w błąd. **Z jednej strony element wyeksponowany w sposób przyciągający wzrok czy słuch nie może być sam w sobie nieprawdziwy bądź niejasny czy dwuznaczny w odbiorze konsumentów, a z drugiej wyjaśnienie wykluczające błąd nie może odbywać się przez niejasną, nieczytelną, czy też mało konkretną wskazówkę, powodującą nieporozumienia, tym bardziej wskazówkę, która realnie rzecz biorąc nie jest dostrzegalna dla przeciętnego konsumenta. Przedmiotowe wyjaśnienie powinno być konkretne i widoczne.**

Odnosząc się natomiast do wymogu uwzględnienia przy ocenie, czy praktyka rynkowa wprowadza w błąd wszystkich jej elementów oraz okoliczności wprowadzenia produktu na rynek, w tym sposobu jego prezentacji (art. 5 ust. 4 upnpr), należy wskazać, że w analizowanych reklamach telewizyjnych i zewnętrznych, możliwość prezentacji wskazówki objaśniającej w sposób czytelny nie była ograniczona „pojemnością” formy reklamy i zastosowanego środka przekazu. Oceniając okoliczności wprowadzenia produktu na rynek, w tym sposób jego prezentacji, Prezes Urzędu zważył natomiast (co wykazano powyżej), iż sposób prezentacji wskazówki objaśniającej uniemożliwiał konsumentowi możliwość zapoznać się z rzeczywistymi warunkami reklamowanej oferty. Sposób prezentacji ww. komunikatów reklamowych wskazuje zatem na wprowadzające w błąd działanie Spółki.

W świetle powyższego podnoszone w toku postępowania przez Spółkę argumenty wskazujące, iż zarówno wielkość, jak i sposób prezentacji wskazówek objaśniających zamieszczonych w reklamach nie odbiegały *in minus* od praktyki rynkowej, a wręcz przeciwnie – były znacznie lepiej widoczne niż w przypadku większości reklam obecnych na rynku – pozostają bez znaczenia dla oceny działań P4 pod kątem przepisów ustawy

o ochronie konkurencji i konsumentów. Fakt, iż zamieszczanie w reklamach szczegółowych informacji znacznie mniejszym, praktycznie niewidocznym i nieczytelnym drukiem jest powszechną praktyką, nie oznacza, iż nie nosi ona znamion zakazanej przez prawo nieuczciwej praktyki rynkowej. Wszak to właśnie powszechnie obowiązujące przepisy wiążą przedsiębiorcę oraz obligują do konkretnych zachowań, a nie standardy dowolnie kształtowane przez innych przedsiębiorców działających na tym samym rynku. Co więcej, Prezes Urzędu nie tylko nie podziela, ale również zdecydowanie sprzeciwia się traktowaniu jako zasługujący na uznanie i aprobatę „obyczaju rynkowego”, polegającego na podawaniu przez przedsiębiorców istotnych, o ile nie najistotniejszych informacji w umowach konsumenckich, czy też w komunikatach reklamowych, małym, trudnym do odczytania drukiem. Dla dochowania w pełni wymogów staranności zawodowej przez P4 konieczne było zatem nie tylko zamieszczenie wskazówki objaśniającej o treści, która nie byłaby tylko symboliczna (np. ogólne sformułowanie typu „szczegóły na www.playmobile.pl”), lecz dostarczała konsumentowi satysfakcjonujących wyjaśnień dotyczących prezentowanej oferty. Konieczne było także zamieszczenie wskazówki objaśniającej w taki sposób, że byłaby ona zauważalna i czytelna dla przeciętnego konsumenta. Nie wystarczy bowiem umieszczenie w reklamie wskazówki w jakikolwiek sposób, gdy ma ona spełniać swoje cele, tj. skutecznie eliminować potencjalne wprowadzenie konsumenta w błąd. Zgadząc się co do zasady z twierdzeniem P4, iż fakt zamieszczenia wskazówki objaśniającej w reklamie może mieć istotne znaczenie dla konsumenta, ponieważ sugeruje mu istnienie ograniczeń związanych z ofertą, Prezes Urzędu zauważa, iż zamieszczenie wskazówki nie wyklucza możliwości wprowadzenia konsumenta w błąd co do cech oferowanego produktu. W decyzji Prezesa Urzędu nr DDK 33/2008 z dnia 12 grudnia 2008 r., na którą powołuje się w swojej argumentacji Spółka (pismo P4 z dnia 10 grudnia 2010 r.), wskazano, iż *przy analizie reklamy należy wziąć po uwagę wszystkie czynniki, które mogą kształtować jej odbiór przez przeciętnego konsumenta, a więc przede wszystkim komunikat, który ich autor/zleceniodawca chce przekazać konsumentom* (s. 17 decyzji). Ponadto, *ograniczone pojemności nośników przekazu użytych podczas kampanii reklamowej produktu (...) nie może stanowić usprawiedliwienia, ani przyzwolenia do działania niezgodnego z prawem. Dlatego tak istotna jest treść reklamy, która nie przedstawiając pełnej treści warunków dotyczących produktu, nie powinna wprowadzać jednak w błąd, tj. wywoływać u konsumenta mylne wyobrażenia, co do jej istoty, głównej korzyści.* (s. 18 decyzji).

Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym posługuje się pojęciem przeciętnego konsumenta i to w odniesieniu do przeciętnego konsumenta powinna być dokonywana ocena każdej praktyki rynkowej, w tym praktyki polegającej na działaniu wprowadzającym w błąd. Będące przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia działanie Spółki w zakresie przekazu reklamowego powinno być zatem oceniane z perspektywy przeciętnego konsumenta. Dlatego zasadnym jest pozostawienie następującego pytania – czy przeciętny konsument mógł zostać wprowadzony w błąd poprzez omawianą kampanię reklamową, tzn. czy mógł na podstawie otrzymanej informacji (w szczególności sposobu jej prezentacji) powziąć błędne przekonanie, co do warunków oferty P4 i na tej podstawie zainteresować się ofertą Spółki.

Definicja przeciętnego konsumenta zamieszczona w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym jest wynikiem dorobku orzeczniczego Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Stopniowy rozwój orzecznictwa Europejskiego Trybunału

Sprawiedliwości doprowadził do utrwalenia modelu konsumenta jako konsumenta rozważnego, przeciętnie zorientowanego, mającego prawo do rzetelnej informacji niewprowadzającej w błąd, zawierającej wszelkie niezbędne dane wynikające z funkcji i przeznaczenia danego towaru. **To, czego można oczekiwać od rozsądnego konsumenta wynika przede wszystkim z tego, jak daleko sięga obowiązek informacji handlowej, jej dostępności, jasności, niedwuznaczności, pełności i odpowiedniości.**

Zgodnie z art. 2 pkt 8 upnpr przez przeciętnego konsumenta rozumie się konsumenta, który jest dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny. Oceny tej powinno dokonać się z uwzględnieniem czynników społecznych, kulturowych, językowych i przynależności danego konsumenta do szczególnej grupy konsumentów, przez którą rozumie się dającą się jednoznacznie zidentyfikować grupę konsumentów, szczególnie podatną na oddziaływanie praktyki rynkowej lub na produkt, którego praktyka rynkowa dotyczy, ze względu na szczególne cechy, takie jak wiek, niepełnosprawność fizyczna czy umysłowa.

Kampania reklamowa P4 „Mamy wszystkie modele telefonów” adresowana była do nieograniczonego kręgu odbiorców i mogła dotyczyć – co do zasady – wszystkich osób zainteresowanych korzystaniem z usług telefonii komórkowej, w tym szeroką dostępnością modeli telefonów. Przyjęcie modelu przeciętnego konsumenta na potrzeby niniejszego rozstrzygnięcia nie powinno być oparte na uwzględnieniu ostatniej przesłanki wskazanej w powołanej definicji, tj. przynależności do szczególnej grupy konsumentów. W tym przypadku nie będzie to konsument bardziej niż przeciętnie zorientowany w zagadnieniach związanych z kształtowaniem się ofert operatorów telefonii komórkowej i poprzez to – bardziej niż przeciętnie zorientowany w specyfice dostępności modeli telefonów komórkowych w ofertach poszczególnych przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Samo korzystanie z usług operatorów telefonii komórkowej w zakresie oceny dostępności modeli telefonów komórkowych nie wymaga wyodrębniania osobnego desygnatu modelu przeciętnego konsumenta.

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”), polegającą na tym, że z jednej strony możemy wymagać od niego 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 rozumie kierowane do niego informacje i potrafi je wykorzystać do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej produktu. Nie jest naiwny, ma świadomość specyfiki języka reklam, wie, że często używana jest w nich metafora, przesada czy pewna umowność, do której należy odnosić się z racjonalnym dystansem. Nie sposób jednak oczekiwać, iż w konfrontacji nawet z jednoznacznymi i oczywistymi w swej wymowie hasłami reklamowymi na każdym kroku będzie upewniał się, czy w danej ofercie na pewno nie ma tzw. „haczyków”. 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.

Przenosząc powyższe rozważania na stan faktyczny niniejszego rozstrzygnięcia należy wskazać, iż przeciętny konsument, znający na pewnym ogólnym poziomie zasady działania rynku telekomunikacyjnego oraz standardowe warunki ofert na tym rynku dostępnych, mógł przykładowo spodziewać się, że dostęp do oferty Spółki, zapewniającej dostęp do wszystkich modeli telefonów na polskim rynku, mógł wymagać konieczności zawarcia umowy na czas określony lub spełnienia innych dodatkowych wymagań. Jednak ten sam przeciętny konsument, będący w stanie podejmować racjonalną decyzję dotyczącą umowy na podstawie treści analizowanej kampanii reklamowej, powinien i mógł spodziewać się – zgodnie z treścią komunikatu wskazującego na dostępność w ofercie P4 wszystkich modeli telefonów, na skutek nieczytelności wskazówki objaśniającej – że oferta P4 nie zawiera ograniczeń w zakresie dostępności wszystkich modeli telefonów (przede wszystkim np. co do faktu objęcia pewnych modeli telefonów wyłącznością przez innych niż P4 operatorów telefonii komórkowej). I w tym zakresie był wprowadzany w błąd, ponieważ istotna cecha oferty P4 – dostępność wszystkich modeli telefonów komórkowych – nie istniała. Z drugiej strony oczywiste jest, że przeciętnie uważny i ostrożny konsument nie mógł oczekiwać dostępności w ofercie P4 np. wszystkich modeli telefonów na rynku światowym lub dostępności modeli, które pojawiły się na rynku kilka lat temu.

W opisanym powyżej zakresie przejawia się, w ocenie Prezesa Urzędu, nieuczciwa praktyka rynkowa polegająca na działaniu wprowadzającym w błąd w odniesieniu do przeciętnego konsumenta.

Wobec powyższego, w ocenie Prezesa Urzędu, zachodzą przesłanki uzasadniające uznanie opisanych powyżej działań P4 za nieuczciwą praktykę rynkową polegającą na działaniu wprowadzającym w błąd poprzez prezentację, w reklamach telewizyjnych i zewnętrznych, komunikatu wskazującego na dostępność w ofercie P4 wszystkich modeli telefonów oraz wskazówki objaśniającej, w taki sposób, że wskazówka objaśniająca mogła być nieczytelna dla przeciętnego konsumenta.

W celu wykazania, że działania Spółki stanowią nieuczciwą praktykę rynkową konieczne jest także wykazanie naruszenia klauzuli generalnej z art. 4 ust. 1 upnpr, tj. ogólnej definicji nieuczciwej praktyki rynkowej. Przez praktykę rynkową rozumie się zgodnie z art. 2 pkt 4 upnpr działanie lub zaniechanie przedsiębiorcy, sposób postępowania - w szczególności reklamę i marketing, bezpośrednio lub pośrednio związane z promocją lub nabyciem produktu przez konsumenta. Pojęcie produktu wskazane w art. 2 pkt 3 upnpr ma szeroki zakres i obejmuje także usługę. Zatem prowadzenie przez Spółkę kampanii reklamowej „Mamy wszystkie modele telefonów” spełnia powyższe kryteria i może zostać uznane za praktykę rynkową w rozumieniu niniejszej ustawy. Kontynuując, praktyka rynkowa będzie uznana za nieuczciwą, jeśli pozostanie sprzeczna z dobrymi obyczajami i w sposób istotny zniekształci lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania lub po zawarciu.

W niniejszej sprawie nie budzi wątpliwości, że do istotnego zniekształcenia zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta mogło dojść przed zawarciem umowy z P4, tj. na etapie kierowania do konsumenta komunikatu reklamowego.

Dobre obyczaje pozostają klauzulą generalną, która podlega konkretyzacji na okoliczność danego stanu faktycznego. Zgodnie z poglądem doktryny *sprzeczne z dobrymi obyczajami są działania, które zmierzają do niedoinformowania, dezorientacji, wywołania*

błędnego przekonania u klienta, wykorzystania jego niewiedzy lub naiwności (...), czyli takie działanie, które potocznie określone jest jako nieuczciwe, nierzetelne, odbiegające in minus od przyjętych standardów postępowania (K. Pietrzykowski red., *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2002 r., s. 804). Natomiast, zgodnie z orzecnictwem SOKiK, *za sprzeczne z dobrymi obyczajami można uznać działania zmierzające do niedoinformowania, dezorientacji, wywołania błędnego przekonania u konsumenta, a także wykorzystania jego niewiedzy i naiwności* (wyrok SOKiK z dnia 23 lutego 2006 r., XVII AmA 118/04). W niniejszej sprawie dobre obyczaje należy ocenić jako prawo do rzetelnej i jednoznacznej informacji, jaką w ramach przekazu reklamowego profesjonalista – przedsiębiorca powinien kierować do przeciętnego konsumenta (dostatecznie poinformowanego, ostrożnego i uważnego), przy uwzględnieniu oczywiście ograniczeń wynikających z takiej formy prezentacji oferty. Naruszenie tak rozumianych dobrych obyczajów zostało dokonane przez Spółkę poprzez wprowadzający w błąd sposób prezentacji komunikatu reklamowego, gdyż w reklamie telewizyjnej lub zewnętrznej wskazówka objaśniająca mogła być dla przeciętnego konsumenta nieczytelna. W tym też zakresie mogło dojść do istotnego zniekształcenia zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta (w zakresie jego decyzji dotyczącej umowy), gdyż pod wpływem błędnego przekazu reklamowego przedsiębiorcy mógł on dojść do błędnych wyobrażeń dotyczących oferty P4, tj. że Spółka oferuje wszystkie modele telefonów komórkowych dostępne na polskim rynku, a w konsekwencji zainteresować się ofertą P4 lub podjąć działania zmierzające do zawarcia umowy z P4. Mogło to również prowadzić do postawienia P4 w korzystniejszym świetle na tle ofert konkurencji oraz wzmacniać w sposób nieuzasadniony atrakcyjność oferty Spółki.

Ocena nieuczciwości praktyki rynkowej jest zawsze dokonywana z punktu widzenia przeciętnego konsumenta. W związku z tym pojęcie „dobrych obyczajów” powinno być rozumiane przede wszystkim z perspektywy konsumenta. Dokonując natomiast oceny działań P4 pod kątem zachowania staranności zawodowej /art. 5 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2005/29/WE/, rozumianej jako standard dotyczący szczególnej wiedzy i staranności, których można w racjonalny sposób oczekiwać od przedsiębiorcy w jego relacjach z konsumentami, zgodnie z uczciwymi praktykami rynkowymi lub ogólną zasadą dobrej wiary w zakresie jego działalności (art. 2 pkt h ww. dyrektywy), ponownego podkreślenia wymaga, że – w okolicznościach niniejszej sprawy – dla dochowania w pełni wymogów staranności zawodowej przez P4 konieczne było nie tylko zamieszczenie wskazówki objaśniającej o treści, która nie byłaby tylko symboliczna, lecz dostarczała konsumentowi satysfakcjonujących wyjaśnień dotyczących prezentowanej oferty. Konieczne było także zamieszczenie wskazówki objaśniającej w taki sposób, że byłaby ona zauważalna i czytelna dla przeciętnego konsumenta. Nie wystarczy bowiem umieszczenie w reklamie wskazówki w jakikolwiek sposób, gdy ma ona spełniać swoje cele, tj. skutecznie eliminować potencjalne wprowadzenie konsumenta w błąd.

Wobec powyższego, w ocenie Prezesa Urzędu, działania Spółki należy uznać za bezprawne, tj. za nieuczciwą praktykę rynkową w rozumieniu art. 5 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 upnpr.

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*” (wyrok SN z dnia 12 września 2003 r., I CKN 504/01).

Nie ulega wątpliwości, że działanie przedsiębiorcy godzi w interesy konsumentów wtedy, gdy wywołuje negatywne skutki w sferze ich praw i obowiązków. Natomiast przez interes zbiorowy należy rozumieć interes dotyczący konsumentów jako określonej zbiorowości. 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. Jak podnosi się w doktrynie, w pojęciu praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów mieści się także działanie przedsiębiorcy skierowane wprawdzie do oznaczonych (indywidualizowanych), ale za to dostatecznie licznych konsumentów, o ile przy tym konsumentów tych łączy jakaś wspólna cecha rodzajowa. Wówczas bowiem poszkodowana zostaje pewna grupa konsumentów, nie będąca jedynie – z punktu widzenia przedsiębiorcy stosującego daną praktykę – zbiorowością przypadkowych jednostek, lecz stanowiącą określoną i odrębną kategorię konsumentów, reprezentującą w znacznym stopniu wspólne interesy (zob. M. Szydło, *Publicznoprawna ochrona zbiorowych interesów konsumentów*, Monitor Prawniczy 2004/17/791). Należy zatem przyjąć, że zbiorowy interes konsumentów nie musi odnosić się do nieograniczonej liczby konsumentów, których nie da się indywidualizować, gdyż brak indywidualizacji nie sprzeciwia się możliwości wyodrębnienia kategorii bądź zbioru konsumentów o pewnych cechach. 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 godzeniem w interesy 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 mogła wprowadzać 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) zostali dotknięci przedmiotowym naruszeniem. Reklamy oraz materiały promocyjne były prezentowane

m.in. w telewizji oraz w miejscach publicznych, zatem każda osoba pod wpływem reklamy mogła skłonić się do podjęcia decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjęła. Wprowadzające w błąd działanie odnosiło się zatem do zbiorowości tych konsumentów, dla których skutek w ww. postaci był wspólny.

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 (zob. Marek Szydło, *Publicznoprawna ochrona zbiorowych interesów konsumentów*, Monitor Prawniczy 2004/17/791). Naruszenie zbiorowego interesu konsumentów powiązane jest z naruszaniem 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 wprowadzającego w błąd co do sposobu prezentacji przekazu reklamowego. Okoliczność dostępności (lub braku dostępności) w ofercie P4 wszystkich modeli telefonów komórkowych oferowanych na polskim rynku ma niebagatelne znaczenie dla konsumentów w zakresie wyboru oferty lub zainteresowania się ofertą danego przedsiębiorcy. W związku z tym mogło dojść w niniejszej sprawie do godzenia w pozakonomiczne interesy konsumentów rozumiane jako nierzetelność i wprowadzenie w błąd (E. Łętowska, *Prawo Umów Konsumentkich*, wyd. 2, Warszawa 2002 r., s. 341).

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

Na podstawie art. 27 uokik w przypadku zaniechania stosowania przez przedsiębiorcę praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, o której mowa w art. 24 uokik, 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. W dniu 1 października 2009 r. nastąpiło zakończenie kampanii reklamowej będącej przedmiotem niniejszego postępowania administracyjnego w zakresie reklamy telewizyjnej i zewnętrznej. Prezes Urzędu za zasadne uznał więc przyjęcie za datę zaniechania stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów dzień następujący po tej dacie, tj. 2 października 2009 r.

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, w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się decyzji, na koszt P4, na stronie internetowej przedsiębiorcy www.playmobile.pl, w ten sposób, że odnośnik do treści decyzji powinien zostać umieszczony na stronie głównej www.playmobile.pl oraz utrzymywania jej na przedmiotowej stronie internetowej przez okres 6 miesięcy, a ponadto jednokrotną publikację sentencji decyzji, na koszt P4, w terminie 30 dni od daty uprawomocnienia się decyzji, na jednej z pięciu pierwszych stron dziennika o zasięgu ogólnopolskim ze średnim nakładem dziennym w wysokości co najmniej 100 000 (sto tysięcy) egzemplarzy, w module obejmującym co najmniej 25% strony, czarną czcionką Times New Roman nie mniejszą niż 12 (dwanaście) pkt., na białym tle.

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 ewentualnie 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 elementów dodatkowych w decyzji o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i stwierdzeniu zaniechania jej stosowania może zmierzać, z uwagi na charakter tej decyzji, do osiągnięcia innych celów niż w decyzji nakazującej zaniechanie stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Decyzja wydawana w trybie art. 27 ust. 1 uokik dotyczy bowiem sytuacji, gdy przedsiębiorca nie stosuje już praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów. Zatem, celem umieszczenia w niej elementów dodatkowych jest dążenie do wyeliminowania skutków działań przedsiębiorcy poprzez realizację 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) - uchwała SN z 13 lipca 2006 r., III SZP 3/06.*

W niniejszej sprawie 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 poprawność form kontaktu reklamowego przedsiębiorcy z konsumentem. Tym samym, także w odniesieniu do konsumentów zrealizowana zostanie funkcja prewencyjna, gdyż informując o bezprawnych praktykach oraz przestrzegając przed nimi, należy zakładać, że świadomość konsumencka wzrośnie i konsumenci uważniej będą analizować materiały reklamowe. 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

przedsiębiorców, których przedmiotem działalności jest świadczenie usług telekomunikacyjnych. Publikacja ma stanowić czytelną informację dla przedsiębiorców, jakie wymogi powinien spełniać prawidłowy przekaz reklamowy informujący konsumentów o ofercie przedsiębiorcy, 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 uokik, 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 uokik. 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 (penalną), jak i prewencyjną (dyscyplinującą) oraz wychowawczą (edukacyjną). Przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 106-108 uokik, Prezes Urzędu powinien wziąć pod uwagę w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy (art. 111 uokik).

W pkt. I sentencji niniejszej decyzji uznano określone działanie Spółki za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i stwierdzono zaniechanie jej stosowania. Praktyka ta polegała na prezentacji, w reklamach telewizyjnych i zewnętrznych, komunikatu wskazującego na dostępność w ofercie P4 wszystkich modeli telefonów oraz wskazówki objaśniającej w taki sposób, że wskazówka objaśniająca mogła być nieczytelna dla przeciętnego konsumenta, co stanowi nieuczciwą praktykę rynkową poprzez naruszenie art. 5 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 upnpr oraz godzi w zbiorowe interesy konsumentów. 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 Urzędu uznał za zasadne skorzystanie z przysługującego mu na mocy przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów 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.

Przy nakładaniu kary istnieje konieczność spełnienia przesłanek podmiotowych, tj. stwierdzenia, że określone w ww. przepisie naruszenie dokonane było co najmniej nieumyślnie. W świetle obowiązujących przepisów prawa nieumyślność naruszenia przepisów ustawy nie wyklucza istnienia podstaw do nałożenia na przedsiębiorcę kary

pieniężnej. Stwierdzenie nawet nieumyślnego naruszenia ustawy daje zatem podstawę do nałożenia kary pieniężnej.

Zgodnie 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. Podmioty profesjonalnie działające na rynku powinny przewidywać, że podejmowane przez nie działania mogą być uznane przez Prezesa Urzędu za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów. Jeżeli przedsiębiorcy mimo to naruszają reguły chroniące zbiorowe interesy konsumentów, uzasadnione jest zastosowanie wobec nich kar pieniężnych już wówczas, gdy mieli możliwość przewidzenia, że ich działania naruszają prawo lub gdy nie dołożyli należytej staranności, by norm prawa ochrony konsumentów nie naruszyć.

Zdaniem Prezesa Urzędu, P4 przystępując do prowadzenia kampanii reklamowej będącej przedmiotem postępowania administracyjnego powinna uwzględnić wszelkie okoliczności dotyczące przekazywanych w reklamie treści, w tym także potrzebę ochrony interesów konsumentów rozumianych jako prawo do prawdziwej i nie wprowadzającej w błąd informacji, a w przeciwnym razie - uwzględniać możliwość naruszenia zbiorowych interesów konsumentów. Należy zarazem przyznać, że w zgromadzonym materiale dowodowym nie ma jednoznacznych przesłanek wyraźnego zamiaru Spółki naruszenia tych interesów. W świetle powyższych okoliczności uzasadnione jest stwierdzenie, że działanie Spółki opisane w pkt I sentencji decyzji miało charakter nieumyślny.

Charakter i stopień naruszenia interesu publicznego, do jakiego doszło w wyniku naruszenia przez Spółkę zakazu określonego w art. 24 uokik, uzasadniają nałożenie kary pieniężnej na Spółkę.

Przychód osiągnięty przez Spółkę ze sprzedaży usług telekomunikacyjnych w 2009 r. w kwocie [xxx] ustalono na podstawie sprawozdania finansowego P4 za rok obrotowy od 1 stycznia do 31 grudnia 2009 r. Maksymalny wymiar kary, zgodnie z powyżej przytoczonymi przepisami, mógłby wynieść 10 % przychodów Spółki, tj. [xxx].

Ustalenie kary w przedmiotowej sprawie miało charakter dwuetapowy, co spowodowane było zaistnieniem w postępowaniu okoliczności mających wpływ na jej wysokość. Ustalając wymiar kary pieniężnej Prezes Urzędu w pierwszej kolejności dokonał oceny wagi stwierdzonych praktyk i na tej podstawie ustalił kwotę bazową, stanowiącą podstawę do dalszych ustaleń wysokości kary, a następnie – w oparciu o zaistniałe w sprawie okoliczności mające wpływ na wysokość kary – dokonał gradacji ustalonej kwoty bazowej.

W powyższym kontekście wzięto pod uwagę, iż praktyka stosowana przez Spółkę godziła w zbiorowe interesy konsumentów na etapie przedkontraktowym, którego istotą jest zachowanie przedsiębiorcy ukierunkowane na pozyskiwanie konsumentów lub złożenie oferty konsumentom, mające na celu skłonienie do zawarcia kontraktu (etap przedkontraktowy z wpływem na zawieranie umowy). W przedmiotowej kampanii reklamowej odwoływano się do wyjątkowej oferty sugerując konsumentom dostępność w ofercie P4 wszystkich modeli telefonów na polskim rynku. Od profesjonalisty należy wymagać, by nie utrudniał zadania konsumentom poprzez wprowadzający w błąd sposób prezentacji przekazu reklamowego. Tego typu zachowanie godzi więc w interes konsumentów, jakim jest prawo do rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji. Oceniając wagę

naruszenia, Prezes UOKiK miał również na względzie, iż zakwestionowana praktyka wymierzona była we wszystkich konsumentów potencjalnie zainteresowanych zakupem dowolnego modelu telefonu z oferty P4 oraz okres jej stosowania (od 21 sierpnia 2009 r.– do 1 października 2009 r.) Reasumując, Prezes Urzędu, mając na uwadze interes publiczny, uznał, że samo stwierdzenie stosowania przez przedsiębiorcę praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów będzie niewystarczającym działaniem ze strony organu administracji. W związku z tym, rodzaj naruszonego dobra (prawo do informacji) oraz okoliczności naruszenia przesądzają, zdaniem Prezesa Urzędu, o słuszności zastosowanego środka w postaci kary pieniężnej.

Ocena stwierdzonego naruszenia pozwoliła Prezesowi Urzędu na oszacowanie wagi tego naruszenia na poziomie [xxx] % przychodu osiągniętego przez Spółkę w 2009 r. Tym samym, ustalona przez Prezesa Urzędu kwota bazowa stanowiąca równowartość [xxx] % przychodu osiągniętego przez Spółkę wynosi 678.417,00 PLN (słownie: sześćset siedemdziesiąt osiem tysięcy czterysta siedemnaście złotych).

Dokonując ustalenia ostatecznego wymiaru kary pieniężnej nałożonej na Spółkę Prezes Urzędu dokonał również oceny zaistniałych w postępowaniu okoliczności obciążających i łagodzących.

Ustalając wysokość kary jako okoliczność łagodzącą wzięto pod uwagę, iż P4 zaniechała praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów przed wszczęciem przez Prezesa Urzędu postępowania administracyjnego, wyrażając jednocześnie gotowość bardziej uważnego tworzenia kampanii reklamowych w przyszłości.

Przy miarkowaniu kary jako okoliczność obciążającą wzięto natomiast pod uwagę fakt, iż kwestionowane działania Spółki objęły swym zasięgiem obszar całego kraju.

Prezes Urzędu uznał, iż zaistniałe w niniejszej sprawie okoliczności łagodzące uzasadniają zmniejszenie wyjściowego poziomu kary o 30 %, zaś okoliczność obciążająca uzasadnia zwiększenie wyjściowego poziomu kary o 20 %. Reasumując, kwota bazowa kary zostaje zmniejszona o 10 %.

Przy wymierzaniu kary Prezes Urzędu zbadał również przesłankę „uprzedniego naruszenia przepisów ustawy” wynikającą z art. 111 uokik, stwierdzając, iż Spółka nie dopuściła się wcześniej takiego naruszenia.

W świetle powyższych okoliczności wysokość kary ustalono na poziomie wynosi **610.575,00 PLN (słownie: sześćset dziesięć tysięcy pięćset siedemdziesiąt pięć złotych)**, po zaokrągleniu do pełnych złotych. Oznacza to, że nałożona na Spółkę kara pieniężna mieści się w granicach wyznaczonych przez art. 106 ust. 1 pkt 4 uokik i jednocześnie **stanowi [xxx] % przychodu osiągniętego przez Spółkę w 2009 r.** oraz [xxx] % kary, jaką Prezes Urzędu miał prawo nałożyć na przedsiębiorcę.

Nakładając niniejszą decyzją karę pieniężną za naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że ma ona: po pierwsze – **charakter represyjny** (nakładana jest za naruszenie ustawowych zakazów), po drugie – **prewencyjny** (ma zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości i zniechęcać do naruszania prawa), zaś zagrożenie nimi, czyli potencjalna możliwość nałożenia kary przez Prezesa Urzędu – nadaje jej charakter **dyscyplinujący** (wyrok SN z dnia 7 kwietnia 2004 r., III SK 31/04).

W ocenie Prezesa Urzędu wymierzona kara jest adekwatna do okresu, stopnia oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

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

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

Zgodnie z art. 112 ust. 3 uokik 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 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 uokik 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.

Z up. PREZESA
Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
DYREKTOR
Departamentu Polityki Konsumentckiej
Monika Stec