



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA W KRAKOWIE**

RKR-61- 12/06/BR- 19/06

Kraków, dn. 7 lutego 2007 r.

DECYZJA Nr RKR - 5/ 2007

Na podstawie art. 23e ust. 1 i 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2005 r., Nr 244, poz. 2080 ze zm.) oraz stosownie do art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. Nr 18, poz. 172 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, wszczętego z urzędu przeciwko Tesco Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ul. Kapelanka 56

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

uznaje się za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, wskazaną w art. 23 a ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, działanie **Tesco Polska Sp. z o.o.**, polegające na stosowaniu reklamy wprowadzającej w błąd konsumentów poprzez zamieszczenie w gazecie reklamowej wydawanej przez przedsiębiorcę, obowiązującej w okresie od 20 do 26 lipca 2006 r. reklamy informującej konsumentów o możliwości zakupu kamery JVC GR-D 320 z kolorowym wizjerem, podczas gdy faktycznie sprzedawana była kamera JVC GR-D 320 E z wizjerem czarno-białym, co stanowi naruszenie art. 3 ust. 1 i 2 i art. 16 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.)

i stwierdza się zaniechanie jej stosowania z dniem 26 lipca 2006 r.

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura Urzędu w Krakowie, zwany dalej „organem antymonopolowym”, otrzymał – przekazaną przez Departament Polityki Konsumentekiej UOKiK - skargę konsumenta na działania przedsiębiorcy Tesco Polska Sp. z o.o. (zwanego dalej „Tesco” lub „Spółka”) w hipermarkecie w Stalowej Woli .

Według przekazanych przez niego informacji, w sklepach Tesco na terenie całego kraju, a nie tylko w Stalowej Woli, przez kilka dni w miesiącu lipcu 2006 r. trwała promocyjna sprzedaż kamer JVC.

Zgodnie z treścią gazetki reklamowej - otrzymanej przez konsumenta - w sprzedaży promocyjnej miała być dostępna kamera JVC GR-D 320, która według oferty wyposażona była w kolorowy wizjer.

W sklepach natomiast - jako model promocyjny - sprzedawana była kamera JVC GR-D 320 E posiadająca wizjer czarno – biały, tj. zdaniem konsumenta kamera o niższej klasie niż zamieszczona w gazetce promocyjnej.

Konsument po sprawdzeniu w hipermarkecie parametrów kamery zrezygnował z zakupu.

Jak stwierdził, zwrócił się z tym problemem do organu antymonopolowego ponieważ w jego ocenie został wprowadzony przez Tesco w błąd reklamą zamieszczoną w gazecie reklamowej, a dodatkowo z tego tytułu poniósł koszty podróży na odległość 60 km.

Ponieważ z informacji dostarczonych przez konsumenta nie wynikało jednoznacznie, czy nastąpiło naruszenie uzasadniające wszczęcie postępowania w sprawie zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów w okresie od 23 sierpnia do 9 października 2006 r. przeprowadzono postępowanie wyjaśniające, które potwierdziło zarzuty konsumenta, co do symbolu sprzedawanej kamery oraz typu wizjera.

W związku z powyższym, postanowieniem z dnia 9 października 2006 r. Nr RKR-276/2006 na podstawie art. 44 ust. 1 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, organ antymonopolowy wszczął z urzędu postępowanie w sprawie stosowania - przez przedsiębiorcę Tesco - praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, polegającej na stosowaniu nieuczciwej i wprowadzającej w błąd reklamy poprzez zamieszczenie w gazecie reklamowej obowiązującej w okresie od 20 do 26 lipca 2006 r. informacji o sprzedaży kamery JVC GR-D 320 posiadającej kolorowy wizjer, podczas gdy sprzedawana była kamera JVC GR-D 320 E z wizjerem czarno-białym, tj. określonej w art. 23 a ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Z postawionymi przez organ antymonopolowy zarzutami Tesco nie zgodziło się.

Równocześnie Spółka przyznała, że w gazecie reklamowej informującej konsumentów o promocji odbywającej się w hipermarketach Tesco w dniach 20 do 26 lipca 2006 r. zamieszczona została informacja, iż będąca przedmiotem promocji kamera cyfrowa JVC GR-D 320 wyposażona jest w kolorowy wizjer.

Potwierdziła również, iż ta informacja była błędna, ponieważ w rzeczywistości wizjer był czarno-biały.

Tesco podkreśliło, iż dane o rodzaju wizjera zostały zamieszczone z wyłącznej winy producenta kamer – JVC Polska Sp. z o.o., który w ofercie przesłanej pocztą elektroniczną poinformował, iż przedmiotowa kamera jest wyposażona w kolorowy wizjer.

Ponadto Spółka stwierdziła, iż litery E i EZ występujące po właściwym symbolu kamery nie mają znaczenia dla potencjalnych nabywców, ponieważ oznaczają wyłącznie język w jakim sporządzana jest instrukcja.

Tesco wskazało, iż w jego ocenie przedmiotowych działań Spółki nie można nazwać praktyką, ponieważ zgodnie z definicją zawartą w „Słowniku języka polskiego PWN” praktyka jest to „świadome, celowe działanie wykonywane regularnie”. Co za tym idzie działanie polegające na stosowaniu wprowadzającej w błąd reklamy, aby stanowiło praktykę musiałoby być długotrwałe i regularne.

Podkreśliło dodatkowo, iż nie można mówić, że informacja o rodzaju wizjera miała wpływ na decyzję konsumentów, czego dowodem - według Spółki - może być niesprzedanie w ofercie promocyjnej ani jednego egzemplarza kamery w markecie w Stalowej Woli, tj. w miejscowości której dotyczyła skarga konsumenta.

Tesco wskazało, iż aby uznać reklamę za nieuczciwą i wprowadzającą w błąd konieczne jest wykazanie, że działanie Spółki było nastawione na wprowadzenie w błąd konsumentów.

W toku postępowania organ antymonopolowy ustalił następujący stan faktyczny:

Tesco Polska Sp. z o.o. została wpisana do Rejestru Przedsiębiorców - Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem 0000016108.

Przedmiotem działalności Spółki jest między innymi sprzedaż detaliczna w niewyspecjalizowanych sklepach z przewagą żywności, napojów, wyrobów tytoniowych oraz wszelka działalność bezpośrednio i pośrednio z tym związana, w tym między innymi sprzedaż detaliczna sprzętu optycznego, fotograficznego oraz precyzyjnego.

Tesco jest wydawcą cyklicznie ukazujących się gazetek reklamowych „Tesco dla Ciebie dla rodziny”, zawierających promocyjną ofertę handlową dla sieci sklepów Tesco.

W okresie od 20 do 26 lipca 2006 r. prowadzona była przez Spółkę promocyjna sprzedaż kamer JVC GR-D 320 E.

Przedmiotowa sprzedaż kamer reklamowana była na str. 3 gazetki reklamowej Tesco. Zgodnie z treścią reklamy miała być w obrocie kamera JVC GR-D 320 za cenę 999 zł, posiadająca:

- a) 25xzoom optyczny,
- b) 800x zoom cyfrowy,
- c) wyświetlacz LCD 2,5”,
- d) kolorowy wizjer,
- e) rozdzielczość 800 tys. pikseli,
- f) wyjście DV,
- g) funkcje kamery internetowej przez IEEE 1394

Oferta promocyjna obowiązywała we wszystkich sklepach Tesco o powierzchni powyżej 3000 m², tj. hipermarketach, nie dotyczyła natomiast mniejszych sklepów tej sieci handlowej.

W rzeczywistości kamera sprzedawana w przedmiotowej ofercie promocyjnej, posiadała symbol JVC GR- D320 E, a nie jak w ofercie promocyjnej podano JVC GR- D320 i była wyposażona w czarno-biały wizjer elektroniczny, a nie kolorowy (str.1 i 42 przedłożonej przez Tesco instrukcji obsługi sprzedawanej kamery).

Parametry techniczne kamery – jak stwierdziło Tesco - otrzymało od JVC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w ofercie handlowej jeszcze przed zakupem przez Spółkę tego produktu i na podstawie tych informacji zleciło druk gazetki.

Według otrzymanego przez Tesco stanowiska JVC Polska Sp. z o.o. litery E i EZ umieszczone w symbolu kamery typu JVC GR- D320 nie określają żadnej cechy towaru.

Powyższych informacji Spółka udzieliła w pismach z dnia 4 września i 3 października 2006 r.

Do sprzedaży promocyjnej Tesco skierowało na terenie całego kraju 99 sztuk kamer, z czego sprzedano 50 sztuk (pismo Tesco z dnia 18 grudnia 2006 r.).

W czasie promocji w hipermarkecie w Stalowej Woli nie została sprzedana żadna kamera.

Jak stwierdziła Spółka (pismo z dnia 29 grudnia 2006 r.) w okresie obowiązywania promocji możliwe było sprawdzenie kamery bezpośrednio na stoisku sprzedaży sprzętu RTV, jak i w punkcie serwisowym zlokalizowanym za kasami.

Wprawdzie sprzedawana kamera nie miała naładowanych baterii, ale włączenie urządzenia było możliwe za pomocą przewodu do zasilania sieciowego.

W celu eliminacji sprzedaży wadliwych lub niekompletnych zestawów kamer – jak wskazało Tesco - są one sprzedawane w butik RTV i zawsze podaje je sprzedawca, jednocześnie sprawdzając zawartość opakowania i sprawność urządzenia.

Ponieważ w ramach telefonicznego dyżuru organowi antymonopolowemu została zgłoszona przez konsumenta skarga na sprzedaż przedmiotowego typu kamery w hipermarkecie sieci Tesco zlokalizowanym w Krakowie przy ul. Kapelanka Prezes Urzędu zwrócił się do Małopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Inspekcji Handlowej (zwanego dalej „Inspektorem”) o przeprowadzenie kontroli w tym punkcie sprzedaży (pismo z dnia 20 grudnia 2006 r.).

Jak ustalił Inspektor w toku kontroli przeprowadzonej w ww. hipermarkecie w dniach 2-3 stycznia 2007 r.:

- kamera sprzedawana była na stoisku RTV (zwanym przez Tesco butikiem RTV);
- w okresie przedświątecznym prowadzona była sprzedaż promocyjna tego urządzenia;
- istniała rozbieżność pomiędzy symbolem kamery umieszczonym na tabliczce znamionowej urządzenia (JVC DV GR-320E), a na wywieszce z ceną (JVC DV GR-320);
- Sprzedawca stoiska nie posiadał rzetelnej wiedzy na temat właściwości wizjera. Twierdził on, iż przedmiotowa kamera wyposażona jest w wizjer kolorowy;
- instrukcja obsługi kamery nie była dostępna dla konsumenta przed dokonaniem zakupu;
- Tesco jako sprzedawca nie zapewnił konsumentowi możliwości sprawdzenia pracy kamery, a co za tym idzie posiadanych przez nią funkcji na stoisku RTV, przed dokonaniem zakupu, a dopiero w punkcie serwisowym znajdującym się za kasami.
- Sprzedawca stoiska twierdził, iż nie może sprawdzić kamery ze względu na brak baterii.

W związku z ustaleniami dokonanymi przez Inspektora prowadzone jest oddzielne postępowanie w sprawie stosowania przez Tesco praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów.

Jak wyjaśnił producent przedmiotowej kamery - JVC Polska Sp. z o.o. w swoich pismach (z dnia: 23 października 2006 r., 20 listopada 2006 r., 12 grudnia 2006 r.) nie istnieją różnice - z punktu widzenia konsumenta - w kamerach oznaczonych symbolem JVC GR- D320 i JVC GR- D320 E. Ostatnie litery w symbolu wskazują na język w jakim załączona jest instrukcja. Na rynek polski, angielski, czeski i rosyjski kierowane są kamery z symbolem końcowym E, EZ.

Kamery typu JVC GR- D320 są wyposażone zawsze w wizjer czarno-biały.

JVC Polska Sp. z o.o. przyznała, iż błędnie podała Tesco, że kamera wyposażona jest w wizjer kolorowy.

JVC Polska Sp. z o.o. nie umiała wytłumaczyć dlaczego w ofercie zamieszczonej na niemieckojęzycznej stronie internetowej proponowana była do sprzedaży kamera o symbolu JVC GR- D320 E skoro, wg opinii tego przedsiębiorcy nie jest ona przeznaczona na rynek takich krajów.

JVC Polska Sp. z o.o. wskazał ponadto, że na stronie internetowej http://www.jvc.pl/files/instruction_manual/gr-d320.pdf można znaleźć instrukcję obsługi do tego typu kamery.

Jak ustalił organ antymonopolowy na wyżej wskazanej stronie internetowej znajduje się instrukcja obsługi dla kamery oznaczonej symbolem JVC GR-D320 E.

Natomiast na oficjalnej stronie internetowej JVC (www.jvc.pl) brak jest danych technicznych kamer oznaczonych symbolem JVC GR- D320, tj. takich jakie miały - zgodnie z treścią przedmiotowej gazetki reklamowej - być sprzedawane w promocji.

Na stronie tej opisana jest jedynie kamera o symbolu GR-D320 EZ w następujący sposób:

- Przetwornik CCD o przekątnej 1/6-cala o rozdzielczości 800 000 pikseli (efektywna ilość pikseli podczas filmowania: 400 000 pikseli);
- F2.0 - 3.5;
- 25x zoom optyczny/ 800x zoom cyfrowy;
- Rozdzielczość: 520 linii;
- 2,5-calowy monitor LCD pokryty specjalną powłoką antyrefleksyjną;
- Wskaźnik stanu baterii;
- Digital Colour NightScope - filmowanie w ciemności;
- Szybki START;
- Menu ekranowe w 4 językach;
- Przycisk AUTO - szybkie przełączanie na tryb automatyczny.

Brak jest tam informacji o typie wizjera.

Mając na uwadze zebrany materiał dowodowy organ antymonopolowy zważył, co następuje:

Art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ogranicza zastosowanie jej przepisów wyłącznie do podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Warunkiem koniecznym do uruchomienia procedur i zastosowania instrumentów określonych w ustawie jest zatem, aby działania przedsiębiorców – którym zarzucono naruszenie jej przepisów – stanowiły potencjalne zagrożenie interesu publicznego, nie zaś jednostki lub grupy.

Takie stanowisko konsekwentnie prezentuje Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. W wyroku z dnia 27 czerwca 2001 r. (sygn. akt XVII Ama 92/00) Sąd stwierdził, że *interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien on być ustalony i konkretyzowany co do swych wymagań. Organ administracji – Prezes Urzędu winien być w toku postępowania i przy wydawaniu decyzji rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z jego zadań w strukturze administracji publicznej – art. 7 k.p.a. Publiczny znaczy dotyczący ogółu, dotykający ogółu a nie jednostki, czy też określonej grupy. A zatem podstawą do zastosowania przez Prezesa Urzędu przepisów ustawy antymonopolowej winno być uprzednie stwierdzenie, że został naruszony interes publicznoprawny, a nie interes prawny jednostki czy też grupy*”.

Ponadto w uzasadnieniu wyroku z dnia 26 lutego 2004 r. (sygn. akt III SK 2/04) Sąd Najwyższy stwierdził, iż naruszenie indywidualnego interesu (w powołanym wyroku – konsumenta), nie wyklucza dopuszczalności równoczesnego uznania, że dochodzi do naruszenia publicznego zbiorowego interesu.

W świetle powyższego należy stwierdzić, iż rozpatrywana sprawa ma charakter publiczno – prawny, albowiem wiąże się z ochroną interesu wszystkich konsumentów, którzy zakupili w okresie 20 – 26 lipca 2006 r. kamery JVC GR- D320 E, a w szczególności tych konsumentów, którzy w przekonaniu, iż kupują kamerę o symbolu JVC GR- D320, objętą promocją, posiadającą wizjer kolorowy, nabyli kamerę JVC GR- D320 E z wizjerem czarno – białym.

Należy wziąć pod uwagę w niniejszej sprawie również potencjalnych nabywców kamer, którzy - jak konsument, którego skarga zainicjowała niniejsze postępowanie - po sprawdzeniu, iż urządzenie nie posiada cech takich jak w reklamie nie nabyli kamery, ale zostali narażeni przez tą reklamę na niedogodności i koszty.

Przedmiotową reklamą zostali wprowadzeni w błąd również wszyscy konsumenci, którzy otrzymali gazetkę promocyjną, jako potencjalni nabywcy kamery.

Zgodnie z art. 23a ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów: *„Przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działanie przedsiębiorcy. Nie jest zbiorowym interesem konsumentów suma indywidualnych interesów konsumentów”*.

Zgodnie zaś z art. 23a ust. 2 powołanej ustawy *„Za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów uważa się w szczególności (...)nieuczciwą lub wprowadzającą w błąd reklamę i inne czyny nieuczciwej konkurencji godzące w zbiorowe interesy konsumentów”*.

Zgodnie z art. 22¹ Kodeksu cywilnego, za konsumenta uważa się osobę fizyczną dokonującą czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą i zawodową.

Zbiorowe interesy konsumentów podlegają zatem ochronie prawnej przed godzącymi w nie naruszeniami, polegającymi na sprzecznych z prawem (zakazanych przez przepisy innych ustaw) oraz zasadami współżycia społecznego i dobrymi obyczajami, działaniach przedsiębiorców. Tworząc katalog działań, które będą uznawane za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów ustawodawca posłużył się zwrotem „w szczególności”. Oznacza to, że wskazany katalog ma charakter przykładowy. Zamiarem ustawodawcy było uznanie za praktykę działań, które naruszają przepisy innych ustaw. W art. 23a ustawy nie ma odwołania do konkretnych ustaw z tego względu, iż byłoby to sprzeczne z zasadami poprawnej legislacji, ale także ograniczało Prezesa UOKiK w jego decyzjach w sprawie niedozwolonych praktyk naruszających interesy konsumentów.

Zgodnie z dyspozycją art. 23 a ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, aby doszło do naruszenia zbiorowych interesów konsumentów muszą zostać kumulatywnie spełnione dwie przesłanki tj.:

- 1) bezprawność działań przedsiębiorcy,
- 2) godzenie tymi działaniami w zbiorowy interes konsumentów.

Zgodnie z treścią art. 4 pkt 1 lit. a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów pod pojęciem „przedsiębiorca” - rozumie się przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. - Prawo działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 101, poz. 1178 z późn. zm.), a także m.in. osobę prawną organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o działalności gospodarczej.

W badanej sprawie przedmiotem oceny są działania spółki Tesco Polska Sp. z o.o. – wydawcy gazetki reklamowych zawierających informacje o prowadzonej w danym okresie sprzedaży promocyjnej w sieci sklepów Tesco.

Tesco Polska Sp. z o.o. jest spółką prawa handlowego wpisaną do Rejestru Przedsiębiorców - KRS pod numerem 0000016108, co oznacza, że jest przedsiębiorcą i jej działania można oceniać pod kątem naruszenia przepisów art. 23a ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Jako „bezprawne” należy kwalifikować zachowania sprzeczne z nakazem zawartym w ustawie, rozporządzeniu wydanym na podstawie i dla wykonania ustawy, umową międzynarodową mającą bezpośrednie zastosowanie w stosunkach wewnętrznych. Sprzeczne z prawem są czyny: zabronione i zagrożone sankcją karną, czyny zabronione pod sankcjami dyscyplinarnymi, czyny zakazane przepisami administracyjnymi lub przepisami prawa gospodarczego publicznego, czyny zabronione przepisami o charakterze cywilnym, sprzeczne z nakazami zawartymi w prawie cywilnym lub prawie administracyjnym.

„Bezprawność jest taką cechą działania, która polega na jego sprzeczności z normami prawa lub zasadami współżycia społecznego, bez względu na winę, a nawet świadomość sprawcy. Dla ustalenia przeto bezprawności działania wystarczy ustalenie, że określone zachowanie koliduje z przepisami prawa.” (tak: Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Komentarz, pod redakcją prof. dr hab. Janusza Szwejki, Wydawnictwo CH BECK, Warszawa 2000, s.117 – 118)

Aby tak zdefiniowane, bezprawne działania przedsiębiorcy wypełniały przesłanki z art. 23a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów winny być one skierowane przeciwko interesom konsumentów. Musi zatem wystąpić związek między czynem sprzecznym z prawem, a interesami konsumentów pojmowanymi nie tylko jako ich interesy ekonomiczne, ale również szeroko rozumiane prawo do informacji. Co więcej bezprawnym czynem, a więc działaniem lub zaniechaniem, naruszone muszą zostać zbiorowe interesy konsumentów, a więc nie konkretnego dokonującego transakcji z przedsiębiorcą kontrahenta, a szerszej, bliżej nieokreślonej grupy potencjalnych kontrahentów traktowanych in abstracto.

Mimo, iż jak podniosło Tesco, a potwierdziło JVC informacja o wyposażeniu przedmiotowej kamery w kolorowy wizjer pochodziła od producenta, to w świetle powyższych przepisów przedsiębiorca będący z konsumentami w relacji sprzedawca – klient, a równocześnie będący autorem analizowanej reklamy odpowiada za jej treść.

Aktem prawnym, do którego należy odwołać się w niniejszej sprawie mówiąc o bezprawności działań przedsiębiorcy jest ww. ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ustawa ta w art. 3 ust. 1 wskazuje, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Natomiast art. 3 ust. 2 precyzuje, że czynem tym jest między innymi nieuczciwa reklama.

Zgodnie z art. 16 ust. 1 pkt 2 ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy jest reklama wprowadzająca klienta w błąd i mogąca przez to wpłynąć na jego decyzję co do nabycia towaru lub usługi.

Stosownie do art. 16 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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.

Zgodnie z doktryną (tak: ”Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz pod redakcją prof. Dr hab. J. Szwejki, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2006, str. 690 i nast.) wyliczenie w art. 16 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ma charakter

przykładowy na co wskazuje słowo „zwłaszcza” oraz odesłanie przy ocenie reklamy do wszystkich jej elementów dotyczących reklamowanych towarów.

Aby uznać, że działania Tesco wypełniają powyższe przesłanki, a tym samym cechują się bezprawnością musi – po pierwsze - dojść do rozpowszechnienia nieuczciwej reklamy wprowadzającej klienta w błąd i mogącej przez to wpłynąć na jego decyzję co do nabycia towaru.

W przedmiotowej sprawie organ antymonopolowy zarzucił Spółce niezgodnie z prawdą informowanie konsumentów w związku z rozpowszechnianiem w gazecie reklamowej reklamy kamery wprowadzającej potencjalnych nabywców w błąd, co do symbolu oraz cechy technicznej tego urządzenia.

Jak ustalono w toku postępowania dowodowego w gazecie reklamowej obowiązującej w okresie od 20 do 26 lipca 2006 r. Tesco podało do wiadomości potencjalnych nabywców, iż w ofercie promocyjnej sprzedawana będzie kamera JVC GR-D 320 za cenę 999 zł, posiadająca:

- a) 25xzoom optyczny,
- b) 800x zoom cyfrowy,
- c) wyświetlacz LCD 2,5”,
- d) kolorowy wizjer,
- e) rozdzielczość 800 tys. pikseli,
- f) wyjście DV,
- g) funkcje kamery internetowej przez IEEE 1394,

podczas gdy w sprzedaży znajdowała się w rzeczywistości kamera o symbolu JVC GR-D 320E wyposażona w wizjer czarno-biały.

Organ antymonopolowy uznał, iż informacje zawarte w gazecie reklamowej można nazwać reklamą, ponieważ celem wydawania gazetek reklamowych jest wspieranie zbytu określonych towarów w niej wymienionych.

Oceniając potencjalną możliwość wprowadzenia w błąd odbiorców reklamy, w tym również przekazu z jakim mamy do czynienia w omawianym stanie faktycznym należy uwzględnić, iż konsument jest słabszym uczestnikiem rynku posiadającym mniejszą wiedzę i doświadczenie niż działający profesjonalnie przedsiębiorca. W tym kontekście nie sposób nie odnieść się do proponowanych przez literaturę i orzecznictwo tzw. modeli (wzorców) konsumenta.

Oceniając model konsumenta organ antymonopolowy wziął pod uwagę wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 23 lutego 2006r. (sygn. Akt: XVII AmA 118/04) w którym czytamy, że „(...) oceniając model krajowego konsumenta należy pamiętać o specyfice stosunków i zwyczajów panujących na rynkach wewnętrznych każdego kraju i takie argumenty można przytoczyć dla ochrony interesów rodzimego konsumenta na arenie międzynarodowej. Zdaniem Sądu „... konsumenci krajowi, którzy przez kilkadziesiąt lat nie byli poddawani rozwijającym się w tym okresie w krajach zachodnich technikom reklamowym nie są wyrobieni w dostatecznym stopniu. Dlatego kryteria oceny działań promocyjnych na krajowym rynku muszą być dla nich bardziej restrykcyjne. W konsekwencji również przepisy wewnętrzne regulujące zasady ochrony interesów konsumentów i zwalczania nieuczciwej konkurencji obowiązujące w kraju są ostrzejsze, a ich wykładnia dostosowana do rynku na jakim obowiązują.”

W świetle powyższego należy przyjąć, że analizy przedmiotowej sprawy należy dokonać przez pryzmat konsumenta nieświadomego i nieostrożnego, a tym samym uznać, że omawiany tekst reklamowy mógł wprowadzić go w błąd w zakresie parametrów technicznych kamery i wpłynąć na jego decyzję nabycia towaru.

Konsument na podstawie reklamy był przekonany, że za cenę proponowaną nabywa kamerę nieco wyższej klasy niż kamera w rzeczywistości oferowana.

Odbiorca gazetki reklamowej nie posiada bowiem dostatecznej wiedzy popartej krytyczną analizą i weryfikacją materiałów reklamowych.

Ponadto – nawet świadomemu i ostrożnemu konsumentowi - podanie niepełnego symbolu kamery nie pozwalało na zweryfikowanie danych zawartych w gazetce reklamowej np. bezpośrednio na stronach internetowych producenta kamery, ponieważ – jak ustalił organ antymonopolowy – na stronach tych nie ma informacji o kamerze JVC GR-D 320, a jedynie o kamerach oznaczonych symbolami JVC GR-D 320E lub JVC GR-D 320 EZ.

Konsument musiał zatem osobiście udać się do hipermarketu, żeby zweryfikować dane zawarte w reklamie oraz tracić czas i ponosić koszty związane z dojazdem.

Zgodnie z przepisami oraz stanowiskiem zawartym w doktrynie przy ocenie reklamy wprowadzającej w błąd należy uwzględnić wszystkie jej elementy.

W przypadku przedmiotowej reklamy elementami wprowadzającymi w błąd są symbol towaru oraz dane techniczne, jako cecha danego wyrobu czyli rodzaj zastosowanego w przypadku przedmiotowej kamery wizjera.

Opisanie kamery w sposób taki jak w gazetce reklamowej, tj. podanie informacji o rodzaju wizjera mogło wywrzeć na konsumentach mylne przekonanie, iż kamera posiada kolorowy wizjer, co oznacza, że wprowadziło konsumentów w błąd co do cechy towaru.

Podkreślić należy, iż promocja trwała w okresie od 20 do 26 lipca, tj. w okresie wakacyjnym, kiedy konsumenci przed wyjazdem urlopowym dokonują wzmoczonych zakupów sprzętu utrwalającego obraz (aparaty fotograficzne, kamery) pod presją czasu.

Stanowisko organu antymonopolowego odnośnie faktu, co może stanowić wprowadzenie w błąd konsumenta znajduje potwierdzenie w doktrynie *„źródłem wprowadzenia w błąd jest przede wszystkim informacja reklamowa, zawierająca dane obiektywnie nieprawdziwe”* (tak: *”Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz pod redakcją prof. Dr hab. J. Szwaji, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2006, str. 693).*

Należy ponadto wskazać, że oprócz powołanych powyżej przepisów również Dyrektywa Nr 84/450/EWG z dnia 10 września 1984 r. (Dz. Urz. WE z 1984 r. L 250) określa, kiedy reklama winna być uznana za wprowadzającą w błąd:

1. dany przekaz rynkowy musi mieć charakter reklamy;
2. reklama musi co najmniej wywoływać niebezpieczeństwo wprowadzenia w błąd;
3. błąd wywołany reklamą musi mieć charakter istotny, tj. reklama musi mieć zdolność kierowania zachowaniami rynkowymi konsumentów lub szkodenia interesom konsumentów.

Zgodnie z art. 2 ust. 1 ww. Dyrektywy reklamą jest każda wypowiedź związana z wykonywaniem handlu lub rzemiosła, prowadzeniem przedsiębiorstwa albo wykonywaniem wolnego zawodu, która ma na celu wspieranie zbytu towarów lub świadczenia usług.

Reasumując należy stwierdzić, iż analizowana reklama wywołała niebezpieczeństwo wprowadzenia konsumentów w błąd, co do symbolu i cechy technicznej kamery.

Błąd nią wywołany z punktu widzenia konsumenta miał charakter istotny ponieważ w rzeczywistości kupował on kamerę o niższym jednym z parametrów technicznych, niż kamera opisana w reklamie.

Ponadto w ocenie uwzględnienia wymagają fakty ustalone przez Inspektora w toku kontroli przeprowadzonej w jednym z hipermarketów sieci Tesco w Krakowie – pamiętając, iż kontrolą objęto okres po przedmiotowej promocji.

Jednakże – w ocenie organu antymonopolowego - skoro sprzedawca po 5 miesiącach od zakończenia analizowanej promocji nadal udzielał konsumentom informacji, iż kamera posiada kolorowy wizjer to należy domniemywać, iż udzielał jej również w czasie trwania przedmiotowej promocji.

Ponadto przy ocenie należy uwzględnić, iż w kontrolowanym hipermarkecie w Krakowie niemożliwe było zapoznanie się z instrukcją i sprawdzenie pracy kamery, a co za tym idzie weryfikacja cech opisanych w reklamie - przed dokonaniem zakupu.

Konsumenci dokonujący zakupu kamery w ramach przedmiotowej promocji - w tym właśnie hipermarkecie - zostali pozbawieni przed zakupem możliwości sprawdzenia prawdziwości informacji zawartych w reklamie.

Organ antymonopolowy uznał zatem, iż prowadzona przez Tesco w gazetce reklamowej obowiązującej w okresie od 20 do 26 lipca 2006 r. reklama kamery JVC GR-D 320 jest reklamą wprowadzającą klienta w błąd i mogącą przez to wpłynąć na jego decyzję co do nabycia towaru.

Powyższe stanowisko organu antymonopolowego znajduje potwierdzenie w doktrynie, i tak:

- E.Nowińska, M. du Vall „Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2001

a) str. 142 *„za reklamę należy uznać świadome działanie przedsiębiorcy zmierzające do promowania towarów lub usług przez wskazanie na ich cechy w taki sposób , aby wywołać lub wzmocnić określone potrzeby u klientów (konsumentów)”*.

b) str.157 *„prowadzenie reklamy wprowadzającej w błąd. Zarówno w praktyce, jak i w literaturze europejskiej od lat panuje zgodne przekonanie co do szkodliwości tych działań. Zakłócają one nie tylko właściwe relacje pomiędzy przedsiębiorcami, lecz równocześnie skutecznie uniemożliwiają podjęcie rzeczowej decyzji przez klientów. Ze względu na te właśnie okoliczności, wprowadzenie w błąd stanowi jedno z najbardziej konsekwentnie ściganych naruszeń uczciwych stosunków rynkowych. Narusza się w ten sposób także konsumenckie prawo do informacji.”*

c) str 158 *„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”*.

- P.Białecki, H.Tuchołka „Nieuczciwa lub zakazana reklama” Wydawnictwo C.H. BECK, Warszawa 2002 str. 40 *„Należy przyjąć, że 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”.*

Opisanymi działaniami reklamowymi Tesco udzieliło zatem konsumentom poprzez reklamę nierzetelnej, nieprawdziwej i niepełnej informacji i wprowadziło konsumentów w błąd, naruszając tym samym art. 3 i art. 16 ust. 1 pkt 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a tym samym **spełniona została pierwsza przesłanka z art. 23 a ust. 1 ustawy o ochronie (...) tj. bezprawność działań przedsiębiorcy.**

Dokonując analizy drugiej przesłanki zastosowania w rozpatrywanej sprawie art. 23a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów należy udowodnić, iż opisane powyżej działania Tesco godzą w zbiorowe interesy konsumentów i rodzą po ich stronie niekorzystne skutki.

Z naruszeniem zbiorowych interesów konsumentów, mamy do czynienia, gdy skutkami bezprawnych działań przedsiębiorców dotknięty jest szeroki krąg odbiorców – konsumentów, gdy działania godzą w interesy każdego, bliżej nieokreślonego, traktowanego in abstracto konsumenta.

Zbiorowy interes konsumentów oznacza interes dotyczący ogółu, a naruszenie tego interesu może mieć miejsce, gdy skutkami działań sprzecznych z ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów w odniesieniu do konsumentów chroni ich interesy jako zjawiska o charakterze instytucjonalnym, zbiorowym. Do naruszenia zbiorowych interesów konsumentów konieczne jest, by działanie przedsiębiorcy zostało skierowane nie do konkretnego adresata, lecz do adresata, którego nie da się z góry oznaczyć indywidualnie. Wobec tego działanie to jest w stanie wywołać niekorzystne następstwa w odniesieniu do każdego z konsumentów (a nie jedynie wobec określonego konsumenta) i zagraża ono, przynajmniej potencjalnie, interesom każdego z członków zbiorowości konsumentów.

Przyjmując zatem należy, że ze zbiorowymi interesami konsumentów mamy do czynienia wówczas, gdy działania przedsiębiorcy są powszechne i mogą dotknąć każdego potencjalnego klienta przedsiębiorcy – czyli konsumenta.

Stanowisko to potwierdzone zostało w orzecznictwie Sądu Najwyższego, który w uzasadnieniu wyroku z dnia 12 września 2003 r. (sygn. akt: I CKN 504/01) stwierdził, iż: *„nie jest zasadne uznawanie, że postępowanie z tytułu naruszenia ustawy antymonopolowej można wszczynać 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 liczby potencjalnych konsumentów”.*

Również w literaturze podkreśla się, że w przypadku zbiorowych interesów konsumentów, nie chodzi o naruszenie interesu konkretnego konsumenta, dokonującego transakcji z przedsiębiorcą, lecz szerszą kategorię (tak: J. Jankowski „Prawo dostępu do efektywnego systemu załatwiania reklamacji i skarg”, w opracowaniu „Model prawnej ochrony konsumenta”, pod redakcją G. Rokickiej, Warszawa 1996, s.119 i następnie).

W świetle powyższego, należy przyjąć, że w niniejszej sprawie bez wątpienia mamy do czynienia z godzeniem w zbiorowe interesy tych wszystkich konsumentów, którzy otrzymali przedmiotową gazetkę reklamową. Liczba tych osób jest znaczna.

Widoczne jest więc, że bezprawne zachowanie Spółki nie dotyczy interesów poszczególnych osób, których sprawy mają charakter jednostkowy, indywidualny i nie dający się porównać z innymi, lecz mamy do czynienia z naruszonymi uprawnieniami kręgu konsumentów – adresatów i odbiorców gazetki, których sytuacja jest identyczna i wspólna dla całej grupy faktycznych lub potencjalnych kontrahentów Tesco.

Zrozumiałe jest, że sprzedawca zachęca do nabywania danego towaru, należy jednak wskazać, iż rolą przekazu informacyjnego jest nie tylko promowanie tego produktu i namawianie konsumentów do jego zakupu, ale również rzetelne i zgodne z prawdą informowanie o rodzaju i cechach towaru, jaki objęty jest promocją.

Zakwestionowane przez Prezesa Urzędu działanie Spółki jest działaniem godzącym w interesy konsumentów, którzy sugerując się informacją zawartą w gazetce reklamowej nabywali kamerę o innym symbolu oraz gorszym parametrze technicznym niż przedstawiona w reklamie.

Zatem wypełniona została dyspozycja drugiej przesłanki niezbędnej do stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorcę praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, zakazanej art. 23 a ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, tj. godzenia przez przedsiębiorcę swoimi działaniami w zbiorowy interes konsumentów.

Wobec łącznego spełnienia obu przesłanek organ antymonopolowy zakwalifikował działanie przedsiębiorcy jako praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, określoną w art. 23a ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zgodnie z art. 23e ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie wydaje się decyzji o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i nakazującej zaniechanie jej stosowania, jeżeli przedsiębiorca zaprzestał stosowania praktyki, o której mowa w art. 23 a. W takim przypadku Prezes UOKiK wydaje decyzję o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i stwierdza zaniechanie jej stosowania.

W niniejszej sprawie Prezes Urzędu stwierdził, iż przedmiotowa praktyka miała charakter czasowy, a jej stosowanie zostało zaniechane z dniem zakończenia promocyjnej sprzedaży kamer tj. z dniem 26 lipca 2006 r.

Wobec powyższego orzeczono, jak na wstępie.

Stosownie do treści art. 78 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c. – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - XVII Wydziału Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury UOKiK w Krakowie 31 - 011 Kraków, Plac Szczepański 5.

z upoważnienia Prezesa
Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Zastępca Dyrektora Delegatury
Leszek Piekarz

Otrzymują:

1. 1. TESCO Polska Sp. z o.o.

ul. Kapelanka 56

30-347 Kraków

reprezentowana przez:

radcę prawnego Jakuba Górskiego

T. Stadnicki, K. Pleszka, Z. Cwiakalski,

J. Górski sp. k.

ul. Jabłonowskich 8

31-114 Kraków

2. RKR a/a