



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA WE WROCŁAWIU**

50-413 Wrocław, ul. Walońska 3-5
tel.(071)344 65 87, (071)34 05 920, fax (071)34 05 922
e-mail: wroclaw@uokik.gov.pl

RWR 61-19/10/ZR

Wrocław, 30 grudnia 2011 r.

DECYZJA RWR 50/2011

- I.** Na podstawie art. 27 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 4, 5 i 6 tej ustawy, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, wszczętego z urzędu przeciwko P4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, **uznaje się** za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, o której mowa w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* działanie ww. przedsiębiorcy polegające na prezentowaniu w ramach kampanii promującej nową usługę „Play Fresh”, wprowadzającego w błąd przekazując reklamowe wskazujące na możliwość uzyskania pakietu darmowych SMS-ów przysługujących abonentowi do wykorzystania w ramach wykupionego doładowania konta, podczas gdy przyznawane darmowe SMS-y są możliwe do wykorzystania tylko w ograniczonym czasie, znacząco krótszym w stosunku do czasu w którym konsument może korzystać z konta uaktywnionego w ramach ww. usługi, co stanowi niedozwoloną praktykę rynkową, o której mowa w art. 4 ust. 1 i 2 w zw. z art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 roku *o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym* (Dz.U. Nr. 171, poz. 1206) godzącą w zbiorowe interesy konsumentów, **i stwierdza się zaniechanie jej stosowania z dniem 1 września 2009 roku.**
- II.** Na podstawie art. 106 ust.1 pkt 4 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz stosownie do art. 33 ust. 4, 5 i 6 tej ustawy,
- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, **nakłada się na P4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie karę pieniężną w wysokości 495 655 zł** (słownie: czterysta dziewięćdziesiąt pięć tysięcy sześćset pięćdziesiąt pięć 0/100 zł) 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 sentencji niniejszej decyzji, płatną do budżetu państwa.

UZASADNIENIE

W okresie czerwiec 2009 r. – styczeń 2010 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów [zw. dalej także Prezesem Urzędu], przeprowadził postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia, czy przedsiębiorca P4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [zw. dalej także Spółką] – operator sieci telefonii komórkowej „Play”, dopuścił się naruszenia przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm) [zw. dalej także ustawą *o ochronie (...)*] 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 „Play Fresh”.

(dowód: karta 1)

W ramach postępowania wyjaśniającego, Prezes Urzędu, w celu dokonania ustaleń stanu faktycznego sprawy, wezwał Spółkę do przekazania określonych informacji dokumentów, które zostały następnie przekazane w pismach z dnia 17 lipca 2009r., 17 listopada 2009 r. oraz z dnia 23 grudnia 2009 r.

W toku postępowania wyjaśniającego ustalono, że w marcu 2009 r. przedsiębiorca P4 Sp. z o.o., rozpoczął kampanię reklamową dotyczącą usługi „Play Fresh” na którą składały się: filmy reklamowe emitowane w telewizji, reklamy w czasopiśmie oraz w Internecie, strona internetowa www.playmobile.pl, ulotki, plakaty reklamowe, reklamy w punktach sprzedaży, reklama zewnętrzna (bilbordy, naklejki). We wskazanych materiałach reklamowych Spółka posługiwała się hasłem reklamowym: *Darmowe SMS-y w Play Fresh* lub podobnymi. Tylko w niektórych materiałach reklamowych użyto zastrzeżenia: *Liczba i okres ważności darmowych SMS-ów przyznawanych w okresie promocji ograniczona. Promocja Darmowe SMS-y w Play Fresh obowiązuje do odwołania. Sprawdź szczegóły na www.playmobile.pl*. Jednocześnie, zgodnie z informacjami zawartymi na stronie internetowej www.playmobile.pl, ilość darmowych SMS-ów do wszystkich sieci była zależna od wartości doładowania a ponadto, okres ważności darmowych SMS-ów również uzależniony był od wartości doładowania. Jak ustalono, w materiałach reklamowych (w szczególności - w części ulotek oraz spotach reklamowych emitowanych w mediach) brak było informacji o ograniczeniu czasowym w korzystaniu z darmowych SMS-ów. Przytoczone wyżej hasła reklamowe sugerowały, iż okres korzystania z darmowych SMS-ów pokrywa się co najmniej z okresem ważności konta (przynajmniej w zakresie możliwości wykonywania połączeń wychodzących), ewentualnie że przyznany pakiet darmowych SMS-ów jest do wykorzystania w okresie ważności konta. Powyższych informacji o ograniczeniu czasowym możliwości korzystania z darmowych SMS-ów brak było w treściach reklam emitowanych w ramach przedmiotowej kampanii reklamowej w formie spotów radiowych, telewizyjnych oraz plakatów i ulotek reklamowych w których posłużono się hasłami reklamowymi „Darmowe SMS-y do wszystkich sieci”, „SMS-y za darmo do wszystkich sieci” i Darmowe SMS-y do wszystkich sieci po każdym doładowaniu”. Tylko na niektórych materiałach reklamowych zawarta jest informacja o ograniczeniach co do liczby i okresu ważności darmowych SMS-ów przyznawanych w okresie promocji.

Oceniając wstępnie wymienione działania przedsiębiorcy P4 Sp. z o.o., Prezes Urzędu stanął na stanowisku, iż zastosowane reklamy nie zapewniły konsumentom wystarczającej informacji, że okres możliwości korzystania z darmowych SMS-ów w ramach konta „Play Fresh” **jest znacznie ograniczony** w stosunku do okresu możliwości korzystania z aktywowanego (doładowanego) konta (5, 10, 30 i 50 dni wobec 365 dni ważności aktywowanego konta).

(dowód: karta 4-98 i 102 [zapis na nośniku CD])

W dniu 20 stycznia 2010 r. Prezes Urzędu postanowił o zamknięciu postępowania wyjaśniającego i uznał, iż opisane powyżej zachowanie przedsiębiorcy P4 Sp. z o.o., oceniane jako reklama wprowadzająca w błąd, może stanowić nieuczciwą praktykę rynkową opisaną w art. 4 ust. 1 i 2 w zw. z art. 5 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym.

(dowód: karta 99-101)

Mając na względzie powyższe ustalenia, w dniu 30 grudnia 2010 r. Prezes Urzędu - Delegatura we Wrocławiu, wszczął wobec P4 Sp. z o.o., na podstawie art. 49 ust. 1 ustawy o ochronie (...), 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 „Play Fresh” przekazu reklamowego wskazującego na przyznawanie określonej ilości SMS-ów do wykorzystania w okresie ważności aktywowanego numeru, 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) [zw. dalej także „uopnpr”] 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 (sygn. DDK-405-30/09/AK).

(dowód: karta 104-105)

W pismach z dnia 2 lutego i 18 sierpnia 2011 r. Spółka ustosunkowała się do zarzutów przedstawionych w postanowieniu o wszczęciu przedmiotowego postępowania.

W pierwszym ze wskazanych pism Spółka stwierdziła na wstępie swoich wyjaśnień, iż „dostrzega pewne podstawy do formułowania podniesionych przez Prezesa UOKiK wątpliwości w odniesieniu do niektórych komunikatów reklamowych i już z tego powodu zobowiązuje się do jeszcze bardziej uważnego tworzenia reklam w przyszłości”. W opinii Spółki jednak o uznaniu praktyki rynkowej za nieuczciwą nie może przesądzać ocena wybranych przekazów reklamowych, lecz ocena całokształtu kampanii reklamowej oraz towarzyszących jej okoliczności. Zasadnicze zastrzeżenia Spółki wzbudził argument co do rzekomego sugerowania przez treść przedmiotowych reklam, że okres ważności darmowych SMS-ów jest równy okresowi ważności konta. Jak wskazała Spółka, z treści art. 5 ust. 1 i 2 uopnpr wynika, że możliwość wprowadzenia w błąd zachodzi w przypadku stwierdzenia ryzyka powzięcia przez przeciętnego konsumenta błędnego wyobrażenia odnośnie produktu na podstawie komunikatu reklamowego. Zgodnie z poglądem doktryny „błąd” oznacza „mylne wyobrażenie człowieka o rzeczywistości”. Dalej Spółka wskazuje na definicję przeciętnego konsumenta ujętą w art. 2 pkt 8 uopnpr, zgodnie z którą konsument taki „jest dostatecznie poinformowany, uważny i ostrożny”. Spółka zauważa przy tym, iż „zgodnie z poglądem doktryny racjonalność modelowego konsumenta zakłada, że wykazuje on odpowiedni stopień krytycyzmu w stosunku do działań reklamowych oraz przytacza m.in. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 3 grudnia 2003 r. gdzie sąd negatywnie ocenia przyjęcie modelu nabywcy jako „nieostrożnego konsumenta, bezkrytycznie odnoszącego się do haseł reklamowych i nie posiadającego podstawowych informacji”.

Zdaniem Spółki, już tylko uwzględnienie modelu przeciętnego konsumenta przemawia za uznaniem, że hasło reklamowe „Darmowe SMS-y do wszystkich sieci po każdym doładowaniu” nie mogło wprowadzić klienta w błąd. Spółka przyznała, iż tak sformułowane hasło może oczywiście budzić wątpliwości co do warunków oferty promocyjnej, jednak nie pozwala na powzięcie stanowczego wyobrażenia, zgodnie z którym okres ważności darmowych SMS-ów w usłudze „Play Fresh” jest równy okresowi ważności konta. Spółka wskazała także, że w ramach szeroko zakrojonej kampanii reklamowej P4 rozpowszechniała informację, zgodnie z którą doładowanie konta już tylko kwotą 5 zł przedłuża okres ważności

połączeń wychodzących na 365 dni. Racjonalny konsument w żadnym wypadku nie mógłby zatem pomyśleć, że doładowanie kwotą 5 zł pozwala na wysyłanie darmowych wiadomości SMS bez żadnych ograniczeń przez cały rok.

W swoich wyjaśnieniach Spółka wskazała także na szereg okoliczności, które powinny być przedmiotem postępowania dowodowego, do których należą m.in.:

- okoliczność, że praktycznie wszystkie reklamy rozpowszechniane w ramach pierwszej odsłony kampanii reklamowej zawierały informację o ograniczonym okresie ważności połączeń wychodzących. W szczególności przedmiotem dowodu może być zasięg kampanii wyrażający się w wyrażonej procentowo liczbie osób, które chociaż raz zetknęły się z reklamą zawierającą informację o ograniczonym okresie ważności SMS-ów przyznawanych w ramach promocji;
- komplementarny charakter prowadzonych działań reklamowych. Nawet w przypadku, w którym niektóre materiały reklamowe nie zawierały szczegółowych wyjaśnień o ograniczeniach związanych z ofertą, które były dostarczane konsumentowi w inny sposób (przykładowo w punktach sprzedaży znajdowało się kilka różnych nośników reklamowych);
- poziom wiedzy przeciętnego konsumenta; przedmiotem postępowania dowodowego powinna być w szczególności okoliczność długotrwałego funkcjonowania na rynku ofert promocyjnych w systemie pre-paid analogicznych do oferty promocyjnej „Darmowe SMS-y w Play Fresh”, które były przedmiotem szeroko zakrojonych działań reklamowych prowadzonych przez operatorów największych polskich sieci komórkowych;
- rewolucyjny charakter oferty Play Fresh podkreślany w licznych doniesieniach prasowych, dzięki czemu konsumenci dowiadywali się zarówno o szczegółach promocji, jak też o cenie wiadomości SMS zdecydowanie niższej niż w dotychczasowych ofertach na polskim rynku.

(dowód: karta: 120-122)

W kolejnym piśmie z dnia 18 sierpnia 2011 r. Spółka – na poparcie swoich argumentów - przedstawiła wydruki ze stron internetowych oraz pliki audio-video (zarejestrowane na nośnikach cyfrowych) z reklamami telewizyjnymi „na okoliczność powszechnego stosowania przez operatorów telefonii komórkowej mechanizmów polegających na przyznawaniu bonusów po doładowaniu, których liczba lub okres ważności są ograniczone”. Spółka załączyła również wydruki artykułów prasowych oraz artykułów publikowanych w prasie internetowej „na okoliczność faktu, że przeciętny konsument posiadał wiedzę o charakterze najważniejszych elementach oferty „Play Fresh”. Z kolei na okoliczność powszechności sposobu reklamy tego typu produktów, tj. usług w systemie „pre paid” Spółka przedstawiła przykładowe materiały reklamowe firm konkurencyjnych. Materiały te pochodzą od operatorów sieci PLUS, ERA (obecnie T-Mobile) oraz ORANGE.

(dowód: karta 159-239, 242-265 oraz płyty CD i DVD z plikami - dokumentami i nagraniami audio-video – karta 240 i 241)

Spółka przedstawiła również swoje stanowisko odnośnie istnienia w niniejszej sprawie okoliczności przemawiających co najmniej za odstąpieniem od wymierzenia Spółce kary pieniężnej. Spółka zwróciła uwagę na kilka kwestii, które zgodnie z uopnpr powinny zostać wzięte pod uwagę przy ocenie praktyki rynkowej. Są to następujące zagadnienia:

- a) model przeciętnego konsumenta;
- b) wszystkie elementy praktyki rynkowej;
- c) okoliczności wprowadzenia produktu na rynek;
- d) sposób prezentacji produktu;

- e) ograniczenia przestrzenne lub czasowe wynikające ze specyfiki środka komunikowania się z konsumentami;
- f) środki podjęte przez przedsiębiorcę w celu udostępnienia informacji konsumentom w inny sposób.

Spółka podniosła również, iż kwalifikacja prawna praktyki rynkowej nie może być dokonywana w warunkach „laboratoryjnych” na podstawie teoretycznej oceny każdej z reklam z osobna - lecz z uwzględnieniem całokształtu działań reklamowych oraz innych okoliczności, w tym w szczególności specyfiki reklamowanego produktu. Spółka wskazała również na treść art. 6 ust. 6 upnr z którego cyt.: „wynika przy tym jednoznacznie że ustawodawca akceptuje sytuację, w której niektóre materiały reklamowe nie zawierają wszystkich istotnych informacji, jeżeli jest to rekompensowane w inny sposób”.

W toku postępowania Spółka, wniosła o wydanie przez Prezesa UOKiK - w trybie art. 69 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* - postanowienia o ograniczeniu prawa wglądu do treści zawartych w zestawieniach wielkości sprzedaży doładowań „Play Fresh”, stanowiących załączniki 2-4 do pisma Spółki z dnia 2 lutego 2011 r., oraz informacji zawartych w zeznaniu podatkowym Spółki za rok 2010 w punktach 27-100 (formularz CIT-8) oraz pkt 8-72 (formularz CIT-8/O).

Według art. 69 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, Prezes Urzędu na wniosek strony lub z urzędu może, w drodze postanowienia, w niezbędnym zakresie ograniczyć pozostałym stronom prawo wglądu do materiału dowodowego załączonego do akt sprawy, jeżeli udostępnienie tego materiału groziłoby ujawnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również innych tajemnic podlegających ochronie na podstawie odrębnych przepisów. Art. 4 pkt 17 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* przy określeniu pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera odwołanie do art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. *o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* (Dz. U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 ze zm.). Zgodnie z powołanym przepisem pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

W ocenie Prezesa Urzędu, w przedmiotowym postępowaniu **nie zaszła potrzeba ograniczenia** prawa wglądu w materiał dowodowy, ponieważ z uwagi na brak innych stron postępowania - nie ma możliwości udostępnienia komukolwiek (poza samą Spółką) zgromadzonych informacji i danych, co mogłoby grozić ujawnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Wobec powyższego, w odniesieniu do postępowań, w których uczestniczy tylko jedna strona, regulacje zawarte w ww. art. 69 nie mają zastosowania (zob. Elżbieta Modzelewska-Wąchal, „Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów – komentarz”, TWIGGER, Warszawa 2002 s. 247, 248). W związku z powyższym, dnia 30 sierpnia 2011 r. wydano postanowienie nr 196/2011 odmawiające wydania postanowienia o ograniczeniu prawa wglądu do treści zawartych we wskazanym piśmie wraz z zestawieniami i załącznikami.

Realizując obowiązek wynikający z art. 10 kodeksu postępowania administracyjnego tj. zapewnienia stronie czynnego udziału w każdym stadium postępowania, a przed wydaniem decyzji umożliwienia wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań, Prezes Urzędu – zawiadomieniami z dnia 31 sierpnia i 21 listopada 2011 r. wyznaczył stronie termin na skorzystanie z tego uprawnienia. Spółka nie skorzystała z prawa do wglądu w akta sprawy, jak również nie zgłaszała po wysłaniu ww. zawiadomień - żadnych nowych wniosków dowodowych czy zarzutów.

(dowód: karta: 396 i 398)

I. Prezes Urzędu ustalił następujący stan faktyczny:

1. P4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jest przedsiębiorcą - w rozumieniu art.4 pkt 1 ustawy o ochronie (...), prowadzącym działalność gospodarczą w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, zarejestrowanej pod numerem 0000217207 w Krajowym Rejestrze Sądowym w Sądzie Rejonowym dla Miasta Stołecznego Warszawy w Warszawie, XIII Wydział Gospodarczy KRS. Spółka jest przedsiębiorcą świadczącym usługi telekomunikacyjne. Jest wpisana do Rejestru Przedsiębiorców Telekomunikacyjnych prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej pod numerem 92. (dowód: karta 123-127, 382-392)

2. Z dniem 13 marca 2009 r. P4 Sp. z o.o., rozpoczęła kampanię reklamową dotyczącą usługi „Play Fresh” na którą składały się m. in.: filmy reklamowe emitowane w telewizji, reklamy w czasopiśmie oraz w Internecie, strona internetowa www.ilaymobile.pl, ulotki, plakaty reklamowe, reklamy w punktach sprzedaży, reklama zewnętrzna (bilbordy, naklejki). We wskazanych materiałach reklamowych Spółka posługiwała się hasłem reklamowym: *Darmowe SMS-y w Play Fresh* lub podobnymi. W niektórych materiałach reklamowych użyto zastrzeżenia: *Liczba i okres ważności darmowych SMS-ów przyznawanych w okresie promocji ograniczona. Promocja Darmowe SMS-y w Play Fresh obowiązuje do odwołania. Sprawdź szczegóły na www.playmobile.pl*. Jednocześnie, zgodnie z informacjami zawartymi na stronie internetowej www.playmobile.pl, wskazano, że ilość darmowych SMS-ów do wszystkich sieci jest zależna od wartości doładowania a ponadto, okres ważności darmowych SMS-ów również uzależniony jest od wartości doładowania.

Jak ustalono, w materiałach reklamowych (w szczególności w części ulotek oraz spotach reklamowych emitowanych w mediach) nie zawarto informacji o ograniczeniu czasowym w korzystaniu z darmowych SMS-ów, przy czym ograniczenie to jest istotne biorąc pod uwagę okres ważności doładowania, który wynosi 365 dni dla połączeń wychodzących. Okresy w których oferowane były darmowe SMS-y kształtowały się następująco (w zależności od wartości doładowania):

Wartość doładowania	Liczba darmowych SMS-ów	Ważność darmowych SMS-ów
5 zł – 9 zł	500	5 dni
10 zł – 29 zł	1000	10 dni
30 zł – 49 zł	3000	30 dni
50 zł i więcej	5000	50 dni

Ustalono, iż powyższych informacji o ograniczeniu czasowym możliwości korzystania z darmowych SMS-ów brak jest w treściach reklam emitowanych w ramach przedmiotowej kampanii reklamowej w formie spotów radiowych, telewizyjnych oraz plakatów i ulotek reklamowych w których posłużono się hasłami reklamowymi „Darmowe SMS-y do wszystkich sieci”, „SMS-y za darmo do wszystkich sieci” i Darmowe SMS-y do wszystkich sieci po każdym doładowaniu”. Tylko na niektórych materiałach reklamowych zawarto informację o ograniczeniach co do liczby i okresu ważności darmowych SMS-ów przyznawanych w okresie promocji.

Samo hasło „SMS-y za darmo do wszystkich sieci” było używane w pierwszej odsłonie kampanii reklamowej tj. w okresie od 16 marca 2009 r. do 12 kwietnia 2009 r. i prezentowane było wraz z zastrzeżeniem „*Liczba i okres ważności darmowych SMS-ów przyznawanych w okresie promocji ograniczona. Promocja Darmowe SMS-y w Play Fresh obowiązuje do odwołania. Sprawdź szczegóły na www.playmobile.pl*”. Jak wyjaśniła P4 Sp. z o.o., „w związku z tym, że Spółka w kampanii używała wyraźne i rozbudowane

przedmiotowe zastrzeżenie, nie stosowała zwrotu „po każdym doładowaniu”. Późniejsze użycie sformułowania „po każdym doładowaniu” miało na celu wskazanie przeciętnemu konsumentowi, że przyznanie darmowych SMS-ów jest uzależnione od doładowań, a w związku z tym dla różnych doładowań mogą istnieć różne ilości darmowych SMS-ów. Zdaniem Spółki, sformułowanie „po każdym doładowaniu” w oczywisty sposób wskazywało przeciętnemu konsumentowi na ograniczenia związane z ofertą, które powinien samodzielnie zweryfikować. Ponadto P4 Sp. z o.o. wskazała na inną istotną przyczynę z powodu której zdecydowano się na posługiwanie wyłącznie hasłem „SMS-y za darmo do wszystkich sieci po każdym doładowaniu, mianowicie wprowadzenie przez firmę konkurencyjną - Polską Telefonię Cyfrową Sp. z o.o. promocji Przebieraj Wybieraj (dostępnej w taryfie Multipakiet), w której po doładowaniu konta kwotą co najmniej 50 zł lub uiszczenie opłaty w wysokości 5,90 zł klient uzyskiwał możliwość wysłania 300 SMS-ów do wszystkich sieci bez dodatkowych opłat (usługa „300 SMS-ów do wszystkich”). Z tego też względu P4 uznało za konieczne wyeksponowanie faktu, że w jej ofercie darmowe SMS-y przyznawane są po każdym doładowaniu.

3. W ramach przedmiotowej kampanii reklamowej Play Fresh, działania prowadzono w różnych mediach i w zróżnicowanym zakresie czasowym.
(...) [tajemnica przedsiębiorstwa](...)

Reklamy zewnętrzne usługi Play Fresh „Darmowe SMS-y w Play Fresh” były rozpowszechniane na nośnikach reklam zewnętrznych w polskich miastach w okresie **od 16.03.2009 do 01.08.2009 r.**

Tak więc za koniec kampanii reklamowej dotyczącej usługi Play Fresh „Darmowe SMS-y w Play Fresh”, tj. ostatni dzień w którym kontynuowano jej prowadzenie, można uznać datę **31 sierpnia 2009 r.**, czyli czas trwania przedmiotowej kampanii wyniósł około 4 i pół miesiąca.

(dowód: karta 90-95 i 121-122)

4. Stosowane – w ramach kampanii reklamowej Play Fresh – spoty i materiały promocyjne charakteryzowały się różnymi parametrami scharakteryzowanymi poniżej:

Reklamy telewizyjne – dane dotyczące wielkości czcionki głównego hasła reklamowego oraz wskazówek wyjaśniających do hasła w odniesieniu do poszczególnych reklam:

a) Reklama z „Żubrem”:

- „SMS-y za darmo do wszystkich sieci” - wysokość czcionki 15 cm,
- „Liczba i okres ważności darmowych SMS-ów przyznawanych w okresie promocji ograniczona. Promocja „Darmowe SMS-y w play fresh” obowiązuje do odwołania. Sprawdź szczegóły na www.playmobile.pl” - wysokość czcionki 1,75 cm,
- „SMS-y za darmo do wszystkich sieci” — czas eksponowania 7 sekund,
- „Liczba i okres ważności darmowych SMS-ów przyznawanych w okresie promocji ograniczona. Promocja „Darmowe SMS-y w play fresh” obowiązuje do odwołania. Sprawdź szczegóły na www.playmobile.pl” — czas eksponowania 5 sekund

b) Reklama z „Borewiczem”:

- „SMS-y za darmo do wszystkich sieci” — wysokość czcionki 7,36 cm,
- „Liczba i okres ważności darmowych SMS-ów przyznawanych w okresie promocji ograniczona. Promocja „Darmowe SMS-y w play fresh” obowiązuje do odwołania. Sprawdź szczegóły na www.playmobile.pl - wysokość czcionki 2,3 cm,
- „SMS-y za darmo do wszystkich sieci” — czas eksponowania 4 sekundy,

- „Liczba i okres ważności darmowych SMS-ów przyznawanych w okresie promocji ograniczona. Promocja „Darmowe SMS-y w play fresh” obowiązuje do odwołania. Sprawdź szczegóły na www.playmobile.pl” — czas eksponowania 4 sekundy.
- c) Reklama z „Bruceem Lee”:
- „SMS-y za darmo do wszystkich sieci po każdym doładowaniu” - wysokość czcionki 5,8 cm,
 - Liczba i okres ważności darmowych SMS-ów przyznawanych w okresie promocji ograniczona. Promocja „Darmowe SMS-y w Play Fresh” obowiązuje do odwołania. Sprawdź sam na www.playfresh.pl - wysokość czcionki 2,8 cm
 - SMS-y za darmo do wszystkich sieci po każdym doładowaniu” — czas eksponowania 6 sekund,
 - Izba i okres ważności darmowych SMS-ów przyznawanych w okresie promocji ograniczona. Promocja „Darmowe SMS-y w Play Fresh” obowiązuje do odwołania. Sprawdź sam na www.playfresh.pl — czas eksponowania 4 sekundy.
- d) Reklama „prześwietlamy”
- „SMS-y za darmo po każdym doładowaniu” lub „SMS-y za darmo po doładowaniu” - wysokość czcionki 3,9 cm,
 - szczegóły na www.playmobile.pl I w punktach sprzedaży Play — wysokość czcionki 1,5 cm.,
 - „SMS-y za darmo po każdym doładowaniu” lub „SMS-y za darmo po doładowaniu” - czas eksponowania 6 sekund,
 - Szczegóły na www.playmobile.pl w punktach sprzedaży Play — czas eksponowania 5 sekund.

Reklamy Prasowe – dane dotyczące wielkości czcionki głównego hasła reklamowego oraz wskazówek wyjaśniających do hasła w odniesieniu do poszczególnych reklam:

a) Reklama z „Żubrem”

- „SMS-y za darmo do wszystkich sieci” - wysokość czcionki od 1,2 cm do 1,5 cm;
- Liczba i okres ważności darmowych SMS-ów przyznawanych w okresie promocji ograniczona. Promocja „Darmowe SMS-y w Play Fresh” obowiązuje do odwołania. Sprawdź szczegóły na www.playmobile.pl -wysokość czcionki 1,75 mm.

b) Reklama z „Borewiczem”

- „SMS-y za darmo do wszystkich sieci” — wysokość czcionki od 1,2 cm do 1,5 cm,
- Liczba i okres ważności darmowych SMS-ów przyznawanych w okresie promocji ograniczona. Promocja „Darmowe SMS-y w Play Fresh” obowiązuje do odwołania. Sprawdź szczegóły na www.playmobile.pl — wysokość czcionki 1,75 mm.

c) Reklama z „Kotem Filemonem”

- „SMS-y za darmo do wszystkich sieci” — wysokość czcionki od 1 cm do 1,5 cm,
- Liczba i okres ważności darmowych SMS-ów przyznawanych w okresie promocji ograniczona. Promocja „Darmowe SMS-y w Play Fresh” obowiązuje do odwołania. Sprawdź szczegóły na www.playmobile.pl — wysokość czcionki 1,75 mm.

d) Reklama z „Bruceem Lec”

- „SMS-y za darmo do wszystkich sieci po każdym doładowaniu” — wysokość czcionki 1,4 cm,
- „Sprawdź szczegóły na WWW.playmobile.pl” — wysokość czcionki 1,75 mm.

Reklama zewnętrzna usługi „Play fresh” (ATL) różnego rodzaju nośniki (biliboard, citilight, frontlight, backlight) stanowi Załącznik nr 5 do niniejszego pisma - wielkość czcionki hasła głównego i wskazówek wyjaśniających dla poszczególnych nośników:

- Reklama z „Bruceem Lee” - Citylight 1 20x 180:
SMS-y za darmo — wysokość czcionki - 9 cm,
Do wszystkich sieci po każdym doładowaniu... — wysokość czcionki - 4 cm
Sprawdź szczegóły na www.playmobile.r1 — wysokość czcionki - 1.5 cm
- Reklama z „Filemonem” - Citylight 120x180:
SMS-y do wszystkich -wysokość czcionki — 12,1 cm
Za darmo — wysokość czcionki — 16,5 cm
Liczba i okres ważności darmowych SMS-ów przyznawanych w okresie promocji ograniczona,
Promocja „Darmowe SMS-y w Play Fresh” obowiązuje do odwołania. Sprawdź szczegóły na www.playmobile.pl — wysokość czcionki 1.1 cm.
- Reklama z „Żubrem” - siatka wielkoformatowa 9.50x9:
SMS-y - wysokość czcionki 56 cm
za darmo - wysokość czcionki 70 cm
Do wszystkich sieci — wysokość czcionki 32.5 cm
Liczba i okres ważności darmowych SMS-ów przyznawanych w okresie promocji ograniczona. Promocja „Darmowe SMS-y w Play Fresh” obowiązuje do odwołania.
Sprawdź szczegóły na www.playmobilej1 - wysokość czcionki - 5.6 cm
- Reklama z „Żubrem” - siatka wielkoformatowa 1 8x3 .8:
SMS- y - wysokość czcionki 54 cm
za darmo - wysokość czcionki 55 cm
do wszystkich sieci - wysokość czcionki 34,5 cm
Liczba i okres ważności darmowych SMS-ów przyznawanych w okresie promocji ograniczona.
Promocja „Darmowe SMS-y w Play Fresh” obowiązuje do odwołania. Sprawdź szczegóły na www.playmobile.pl - wysokość czcionki 7.2 cm
- Reklama z „Żubrem” - siatka wielkoformatowa 5x5.5:
SMS-y — wysokość czcionki 48 cm
za darmo — wysokość czcionki 48 cm
Do wszystkich sieci — wysokość czcionki 36 cm
Liczba i okres ważności darmowych SMS-ów przyznawanych w okresie promocji ograniczona. Promocja „Darmowe SMS-y w Play Fresh” obowiązuje do odwołania.
Sprawdź szczegóły na www.playmobile.pl - wysokość czcionki 5.3 cm
- Reklama z „Borewiczem” - 12x4 billboard (przykładowy):
SMS-y za darmo — wysokość czcionki 41,5 cm
Do wszystkich sieci — wysokość czcionki 27,5 cm
Liczba i okres ważności darmowych SMS-ów przyznawanych w okresie promocji ograniczona. Promocja „Darmowe SMS-y w Play Fresh” obowiązuje do odwołania.
Sprawdź szczegóły na www.playmobile.pl - wysokość czcionki -4,5 cm

Reklamy ulotkowe – liczba rozdyskrebowanych ulotek:

(...) [tajemnica przedsiębiorstwa](...)

5. W okresie 2009-2010 odnotowano następujące wielkości sprzedaży, w ramach przedmiotowej usługi:

(...) [tajemnica przedsiębiorstwa](...)

II. Mając na uwadze zebrany materiał dowodowy, Prezes Urzędu zważył, co następuje:

1. Zagrożenie interesu publicznoprawnego.

Podstawą do rozstrzygnięcia sprawy w oparciu o przepisy ustawy *o ochronie (...)* jest uprzednie zbadanie przez Prezesa Urzędu, czy w danej sprawie zagrożony został interes publicznoprawny. Stwierdzenie, że to nastąpiło, pozwala na realizację celu tej ustawy, wskazanego w art. 1 ust. 1, którym jest określenie warunków rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznoprawnym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Zdaniem Prezesa Urzędu rozpatrywana sprawa ma charakter publicznoprawny, albowiem wiąże się z ochroną interesu wszystkich konsumentów, którzy są klientami P4 Sp. z o.o. w Warszawie – ogólnokrajowego operatora sieci telefonii komórkowej. Interes publicznoprawny przejawia się także w postaci zbiorowego interesu konsumentów. Innymi słowy - naruszenie zbiorowego interesu konsumentów jest jednocześnie naruszeniem interesu publicznoprawnego. Zatem uzasadnione było w niniejszej sprawie podjęcie przez Prezesa Urzędu działań przewidzianych w ustawie *o ochronie (...)*.

2. Przesłanki naruszenia art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Art. 24 ust.1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, że zakazane jest stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Z kolei art. 24 ust. 2 wskazuje, iż „przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działanie przedsiębiorcy”. Zbiorowe interesy konsumentów podlegają zatem ochronie przed działaniami przedsiębiorców, które są sprzeczne z prawem, tj. przepisami określonych aktów prawnych oraz zasadami współżycia społecznego i dobrymi obyczajami. Powołany art. 24 ust. 2 zawiera przykładowe wyliczenie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, zaliczając do nich m.in. w punkcie 3 nieuczciwe praktyki rynkowe oraz czyny nieuczciwej konkurencji.

Do stwierdzenia zatem praktyki z art. 24 ust 1 i 2 pkt 3 ustawy *o ochronie (...)* konieczne jest wykazanie, że spełnione zostały łącznie następujące przesłanki:

- a) oceniane zachowanie musi być podejmowane przez podmiot będący przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*,
- b) bezprawność działań przedsiębiorcy, polegająca na stosowaniu nieuczciwych praktyk rynkowych lub czynów nieuczciwej konkurencji;
- c) godzenie tymi działaniami w zbiorowy interes konsumentów.

Ad a)

Zgodnie z art. 4 pkt. 1 ustawy *o ochronie (...)* przez przedsiębiorcę rozumie się przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej. Z art. 4 ust. 1 ustawy *o swobodzie działalności gospodarczej* wynika, że przedsiębiorcą jest m.in. osoba prawna wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. W rozpatrywanej sprawie podmiot będący stroną postępowania bez wątpienia posiada status przedsiębiorcy, gdyż jest to

osoba prawna – Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Działalność w sektorze telefonii komórkowej jest działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów ustawy z 2 lipca 2004 r. *o swobodzie działalności gospodarczej* (j.t. Dz.U. z 2010 r., Nr 220, poz. 1447 ze zm.). Zachowania podmiotów prowadzących działalność w tym zakresie podlegają zatem kontroli dokonywanej na gruncie ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Ad. b)

Zarzut bezprawności działania dotyczy naruszenia art. 4 ust. 1 i 2 w zw. z art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 roku *o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym*, a tym samym naruszenia art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy *o ochronie ...*), poprzez prowadzenie wprowadzającej w błąd kampanii reklamowej dotyczącej produktu „Play Fresh”, prowadzonej w środkach masowego przekazu oraz w formie plakatów/ulotek reklamowych.

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 współzycia 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 (w znaczeniu subiektywnym, oznaczającym wadliwość procesu decyzyjnego sprawcy) i stopień tej winy (umyślność bądź nieumyślność), a także świadomość istnienia naruszonych norm prawnych. Jako zachowania przedsiębiorcy, które stanowią praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, ustawodawca wskazuje w szczególności nieuczciwe praktyki rynkowe oraz czyny nieuczciwej konkurencji (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie (...)). Oznacza to, że jeśli mamy do czynienia z nieuczciwą praktyką rynkową lub czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym lub ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które jednocześnie naruszają zbiorowe interesy konsumentów, takie działanie w świetle prawa może zostać uznane za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów. W związku z powyższym, przedmiotem rozstrzygnięcia Prezesa Urzędu 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 uopnpr, 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, uopnpr dokonuje podziału praktyk rynkowych na wprowadzające w błąd oraz agresywne praktyki rynkowe (art. 4 ust. 2 uopnpr). Praktyki rynkowe wprowadzające w błąd mogą przybrać postać czynną i bierną, tj. polegać na działaniu (art. 5 uopnpr) lub zaniechaniu (art. 6 uopnpr) wprowadzającym w błąd. Wyżej wymienione praktyki nie stanowią jednak praktyk zakazanych w każdych okolicznościach (art. 7 uopnpr). Oznacza to, iż by wykazać, że dany przedsiębiorca je stosuje należy odnieść się zarówno do definicji praktyki wprowadzającej w błąd (art. 5 ust. 1 uopnpr), jak i do ogólnej definicji nieuczciwej praktyki rynkowej z art. 4 ust. 1 uopnpr.

Przede wszystkim, w celu wykazania, iż Spółka stosowała nieuczciwą praktykę rynkową konieczne jest uznanie, iż zarzucane jej zachowanie mieści się w pojęciu praktyki rynkowej, o której mowa w art. 4 ust. 1 uopnpr. Definicję praktyki rynkowej podaje art. 2 pkt 4 przedmiotowej ustawy wskazując, iż za taką uznaje się działanie lub zaniechanie przedsiębiorcy, sposób postępowania, oświadczenie lub informację handlową, w

szczegółności reklamę i marketing, bezpośrednio związane z promocją lub nabyciem produktu przez konsumenta. Pojęcie produktu wskazane w wyżej przywołanym artykule ma znaczenie szerokie i obejmuje również pojęcie usługi. W zakresie pojęcia praktyki rynkowej mieści się zatem każdy czyn przedsiębiorcy (działanie jak i zaniechanie), oraz każda forma działania przedsiębiorcy (sposób postępowania, oświadczenie lub komunikat handlowy, w tym reklama i marketing). Istotnym jest, iż wskazane formy mogą być kwalifikowane jako praktyki rynkowe, wtedy tylko, gdy są bezpośrednio związane z promocją lub nabyciem produktu przez konsumenta, to jest, gdy mogą oddziaływać na decyzje ekonomiczne konsumentów. Tym samym, prowadzenie przez Spółkę kampanii reklamowej usługi telekomunikacyjnej Play Fresh spełnia powyższe kryteria i może zostać uznane za praktykę rynkową w rozumieniu uopnpr.

Zgodnie z art. 5 ust. 1 uopnpr, 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. W przedmiotowej sprawie koniecznym stało się rozważenie przez Prezesa Urzędu, czy prowadzenie przez P4 Sp. z o.o. kampanii reklamowej produktu Play Fresh mogło wprowadzać przeciętnego konsumenta w błąd, tj. mogło powodować podjęcie przez niego decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął. Przedmiotem zarzutu w niniejszym postępowaniu przed Prezesem Urzędu jest prezentowanie przez Spółkę w omawianej kampanii, powiązanej z produktem Play Fresh usługi „darmowe SMS-y do wszystkich sieci”. We wskazanych wyżej materiałach reklamowych Spółka posługuje się hasłem reklamowym: *Darmowe SMS-y w Play Fresh* lub podobnymi. Tylko w niektórych materiałach reklamowych użyto zastrzeżenia: *Liczba i okres ważności darmowych SMS-ów przyznawanych w okresie promocji ograniczona. Promocja Darmowe SMS-y w Play Fresh obowiązuje do odwołania. Sprawdź szczegóły na www.playmobile.pl*. Jednocześnie, zgodnie z informacjami zawartymi na stronie internetowej www.playmobile.pl, ilość darmowych SMS-ów do wszystkich sieci jest zależna od wartości doładowania a ponadto, okres ważności darmowych SMS-ów również uzależniony jest od wartości doładowania.

Jak ustalono, w materiałach reklamowych (w szczególności w części ulotek oraz spotach reklamowych emitowanych w mediach) **brak jest informacji o ograniczeniu czasowym w korzystaniu z darmowych SMS-ów**, przy czym ograniczenie **to jest istotne** biorąc pod uwagę okres ważności doładowania, który wynosi **365 dni** dla połączeń wychodzących. Tymczasem okresy w których oferowane są darmowe SMS-y kształtują się następująco (w zależności od wartości doładowania):

Wartość doładowania	Liczba darmowych SMS-ów	Ważność darmowych SMS-ów
5 zł – 9 zł	500	5 dni
10 zł – 29 zł	1000	10 dni
30 zł – 49 zł	3000	30 dni
50 zł i więcej	5000	50 dni

Przytoczone wyżej hasła reklamowe sugerują natomiast, iż okres korzystania z darmowych SMS-ów pokrywa się z okresem ważności konta (przynajmniej w zakresie możliwości wykonywania połączeń wychodzących), ewentualnie że przyznany pakiet darmowych SMS-ów jest do wykorzystania w okresie ważności konta.

Powyższych informacji o ograniczeniu czasowym możliwości korzystania z darmowych SMS-ów brak jest w treściach reklam emitowanych w ramach przedmiotowej kampanii reklamowej w formie spotów radiowych, telewizyjnych oraz plakatów i ulotek reklamowych w których posłużono się hasłami reklamowymi”.

W ocenie Prezesa Urzędu, działanie przedsiębiorcy, który reklamował swoją ofertę prezentując, w reklamach telewizyjnych i zewnętrznych, komunikat wskazujący na dostępność w ofercie Play Fresh usług „Darmowe SMS-y do wszystkich sieci”, „SMS-y za darmo do wszystkich sieci” i Darmowe SMS-y do wszystkich sieci po każdym doładowaniu telefonów oraz wskazówkę objaśniającą „*Liczba i okres ważności darmowych SMS-ów przyznawanych w okresie promocji ograniczona. Promocja „Darmowe SMS-y w play fresh” obowiązuje od odwołania. Sprawdź szczegóły na na www.playmobile.pl*”, 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 uopnpr). **Podkreślenia wymaga przy tym, iż zastrzeżeń ze strony Prezesa Urzędu nie wzbudza sama treść wskazówki objaśniającej a jedynie jej wielkość, znacznie mniejsza od wielkości czcionki z hasłami o darmowych SMS-ach (np. Reklama z Żubrem - hasło: 15 cm, wyjaśnienie: 1,75 cm – a więc czcionka aż **8,5-krotnie** mniejsza).**

Tak więc również na podstawie reklamy telewizyjnej i zewnętrznej, które zawierały wskazówkę, przeciętny konsument został wprowadzony w błąd co do okoliczności, że Spółka oferuje darmowe SMS-y na czas doładowania. Sposób prezentacji ww. komunikatu i wskazówki objaśniającej, którą należy uznać za nieczytelną, prowadziło do sytuacji w której konsument podejmował decyzję dotyczącą umowy (tj. zainteresowanie się ofertą P4 lub podjęcie działań zmierzających do zawarcia umowy) nie mając wiedzy o istotnym warunku przyznania darmowych SMS-ów, tj. rażąco krótszym czasie ich obowiązywania w stosunku do okresu ważności samej karty. Tym samym nie można się zgodzić z argumentacją Spółki w tym zakresie, że cyt.: „niemalże w każdej reklamie była zamieszczana informacja „*Sprawdź szczegóły na www.playmobile.pl*”, ponieważ – w spotach, w których ją zamieszczono - była ona nieczytelna.

Powyższe uwagi odnoszą się także do reklam prasowych, gdzie zastosowanie podobnych jak wyżej proporcji pomiędzy czcionką z hasłem o SMS-ach za darmo a czcionką wskazówki objaśniającej (od ok. **7 do 8,5-krotnie**) skutkują wprowadzeniem klienta w błąd. Przedmiotowe różnice pomiędzy wielkościami czcionek są jeszcze większe jeżeli chodzi o reklamy zewnętrzne tj. nawet **kilkunastokrotne**.

Z kolei w reklamach radiowych hasło „29 groszy po dowolnym doładowaniu, darmowe SMS-y” występuje bezpośrednio przed hasłem „a konto jest ważne przez rok”, co także sugeruje możliwość korzystania z SMS-ów przez okres ważności konta. (dowód: karta 134: zapis na nośniku CD)

Decyzję konsumenta dotyczącą umowy - zgodnie z jej definicją zawartą w art. 2 pkt 7 uopnpr - 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 uopnpr, 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. Podjęcie „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 Play Fresh „Darmowe SMS-y”. 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 – przedstawiało się następująco: P4 oferuje usługę „Play Fresk”, wraz z pakietem SMS-ów do wykorzystania w ramach doładowania. Błędne wyobrażenie konsumenta o zakresie oferty P4 (co do możliwości uzyskania pakietu darmowych SMS-ów) powodowało postawienie P4 w korzystniejszym świetle i wzmacniało atrakcyjność oferty, a przez to zainteresowanie potencjalnych klientów.

Potwierdzeniem wprowadzającego w błąd sposobu prezentacji komunikatu wskazującego na dostępność w ofercie P4 darmowych SMS-ów oraz wskazówki objaśniającej jest przede wszystkim treść (zawartość) poszczególnych reklam telewizyjnych, radiowych i zewnętrznych.

W reklamach telewizyjnych („Żubr”, „Borewicz”, „Bruce Lee”) wygłaszano wyrazisty komunikat „SMS-y za darmo do wszystkich sieci”. Filmy reklamowe były opatrzone wskazówką objaśniającą umieszczoną w poziomie w dolnej ich części. Wskazówka była trudna do odczytania z uwagi na jej długość (obejmowała 2 wersy), użycie bardzo małej czcionki do jej zaprezentowania, a także ze względu na relatywnie krótki czas ekspozycji (4-5 sekund). Jednocześnie, tylko możliwość zapoznania się przez konsumenta z całością przekazu (komunikat o SMS-ach + wskazówka objaśniająca), umożliwiałyby właściwy, odpowiadający rzeczywistym warunkom oferty Spółki, 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 wskazówka objaśniająca pozostawała w konsekwencji całkowicie nieczytelna..**

Wprowadzenie w błąd polegało w tym wypadku na takim sposobie emisji komunikatu o darmowych SMS-ach oraz prezentacji wskazówki objaśniającej, że dla przeciętnego konsumenta – na skutek nieczytelności wskazówki objaśniającej – istniała możliwość prawidłowego odbioru jedynie komunikatu o darmowych SMS-ach (zdanie znacznie krótsze a czas emisji dłuższy lub zbliżony do czasu emisji objaśnienia, tj. od 4 do 7 sekund). 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 dwa wersy. Przeciętny konsument mógł zatem pozostawać w błędnym przekonaniu co do rzeczywistych warunków reklamowanej oferty przedsiębiorcy.

Reasumując powyższe rozważania, w ocenie Prezesa Urzędu, sposób prezentacji wskazówki objaśniającej, na który w szczególności składały się: wielkość czcionki, długość wskazówki oraz sposób jej prezentacji w układzie wertykalnym w zestawieniu z horyzontalnym układem ww. komunikatu, powodowały, że przeciętny konsument nie mógł zapoznać się z jej treścią a tym samym mógł pozostawać w błędnym przekonaniu co do rzeczywistych warunków reklamowanej oferty przedsiębiorcy.

Ponadto reklamy – materiały BTL (wzory karta 41 i następne: banery, naklejki, plakaty zawieszki na drzwi) zawierały bardzo dobrze wyeksponowane hasła „Rok ważności

konta”, „Do wszystkich sieci 1 ROK na 1 doładowaniu” przy jednoczesnym braku objaśnienia lub praktycznie niewidocznym odesłaniu na stronę internetową (np. wzór karta 67), również należy uznać za wprowadzające w błąd, co do zakresu otrzymanych – w ramach produktu Play Fresh – darmowych SMS-ów. Tak więc również w reklamie zewnętrznej typu BTL, komunikaty o darmowych SMS-ach i **rocznej** ważności konta były bardzo dobrze widoczne w przeciwieństwie do znacznie mniejszej i trudnej do zauważenia lub odczytania wskazówki objaśniającej. Z kolei – jak już wspomniano – na niektórych materiałach - w ogóle nie umieszczono wskazówki objaśniającej, ograniczając się tylko do prezentacji komunikatu o SMS-ach i rocznym terminie ważności konta: *darmowe SMS-y do wszystkich sieci* (od 16 marca 2009 r. do końca maja 2009 r.) oraz *darmowe SMS-y po każdym doładowaniu* lub *SMS-y za darmo do wszystkich sieci po każdym doładowaniu* (od początku czerwca 2009 r.).

Jeśli chodzi o kampanię prowadzoną w radiu występowała jedynie na końcu emisji reklam informacja o odesłaniu po szczegóły oferty do strony internetowej lub salonu Spółki, co z kolei nie jest wystarczającą informacją, bo kwestia znacznie krótszego terminu ważności „darmowych” SMS-ów w stosunku do terminu ważności konta nie jest uszczegółowieniem informacji podanej w spocie, ale istotnym warunkiem umowy.

Podsumowując, należy wskazać, iż poszczególne elementy kampanii stanowiły spójną całość – świadczą o tym podobne elementy graficzne, 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 darmowych SMS-ów przez okres doładowania oraz nieczytelnej wskazówki objaśniającej (lub jej braku), mógł otrzymywać fałszywe (zwodnicze) wyobrażenie na temat oferty P4.

Należy w tym miejscu zaznaczyć, iż Prezes Urzędu nie kwestionuje specyfiki kampanii reklamowych i stosowanych rozmaitych technik agitacyjnych, które mogą niekiedy powodować, iż przekazy reklamowe są przejawskrawione w treści, nadmiernie eksponują przewodnie hasła kampanii reklamowych w przeciwieństwie do wskazówek objaśniających. Oczywiście jest, iż reklama z zasady 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 nieczytelną wskazówkę, która realnie rzecz biorąc nie jest dostrzegalna dla przeciętnego konsumenta. Przedmiotowe wyjaśnienie powinno być: po pierwsze zawsze zamieszczane, a po drugie - widoczne. Prezes Urzędu zważył natomiast (co wykazano powyżej), iż sposób prezentacji wskazówki objaśniającej uniemożliwiał konsumentowi możliwość zapoznać się z istotnym warunkiem reklamowanej oferty. Sposób prezentacji ww. komunikatów reklamowych wskazuje zatem na wprowadzające w błąd działanie Spółki a fakt, iż zamieszczanie w reklamach szczegółowych informacji znacznie mniejszym, praktycznie niewidocznym i nieczytelnym drukiem jest niestety dość 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.

Podsumowując, powyższe reklamy nie zapewniły konsumentom wystarczającej informacji, że okres możliwości korzystania z darmowych SMS-ów w ramach konta „Play Fresh” **jest rażąco ograniczony** w stosunku do okresu możliwości korzystania z aktywowanego (doładowanego) konta. Oczywiście jest, iż okres **5, 10, 30 i 50 dni na które przyznano darmowe SMS-y, jest „rażąco krótszy”** (pkt I sentencji decyzji) od 365 dni

(okres aktywności usługi jest odpowiednio 73-krotnie, 36-krotnie, 12-krotnie, 7-krotnie krótszy od okresu ważności konta). Tak więc owe „przyznanie darmowych SMS-ów” ma w istocie charakter warunkowy, co nie jest oczywiste z punktu widzenia przeciętnego konsumenta, ponieważ co do istoty podarunek/upominek/prezent, zgodnie ze słownikiem języka polskiego oznacza „dostać/dać coś za darmo, bez wynagrodzenia, **na własność**”, a więc nie ma mowy o jakichś dodatkowych warunkach¹.

W tym miejscu należy podkreślić, iż sam fakt ograniczenia w czasie tej usługi nie jest kwestionowany przez Prezesa Urzędu, ale zastrzeżenia budzi w szczególności fakt, że obok haseł „**SMS-y za darmo do wszystkich sieci po każdym doładowaniu**”, czy „**darmowe SMS-y**” wystąpiły bardzo wyraźne i czytelne komunikaty „**rok ważności konta**”, czy „**do wszystkich sieci na 1 rok na jednym doładowaniu**” co wprowadzało u konsumentów przeświadczenie o nabyciu możliwości wysyłki określonej ilości SMS-ów przynajmniej w okresie doładowania.

Odnosząc się do rozważań Spółki na temat pojęcia przeciętnego konsumenta wskazać należy, iż uopnpr posługuje się pojęciem przeciętnego konsumenta, w odniesieniu do którego powinna być dokonywana ocena każdej praktyki rynkowej, w tym praktyki polegającej na działaniu wprowadzającym w błąd. Będące przedmiotem niniejszej sprawy zachowanie Spółki powinno być zatem oceniane z perspektywy przeciętnego konsumenta. Dla udzielenia odpowiedzi na powyżej postawione pytanie niezbędne staje się przeanalizowanie definicji przeciętnego konsumenta w oparciu o przepisy uopnpr z uwzględnieniem orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości oraz polskich sądów i jego skonkretyzowanie w okolicznościach niniejszej sprawy.

Zgodnie z treścią art. 2 pkt 8 uopnpr za przeciętnego konsumenta uważa się konsumenta, który jest dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny; oceny dokonuje się z uwzględnieniem czynników społecznych, kulturowych, językowych i przynależności danego konsumenta do szczególnej grupy konsumentów. Przyjęty w ustawie model przeciętnego konsumenta w pełni odzwierciedla stanowisko przyjęte w orzeczeniach Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, zgodnie z którym jest to osoba dostatecznie dobrze poinformowana, uważna i ostrożna. Taki konsument posiada określony zasób informacji o otaczającej go rzeczywistości i potrafi go wykorzystać dokonując analizy przekazów rynkowych. Jest to konsument sceptyczny wobec kierowanych do niego praktyk rynkowych, który umiejętnie korzysta ze stworzonych możliwości wyboru. Wskazać jednocześnie należy, iż orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wskazuje na konieczność odniesienia powyższych cech przeciętnego konsumenta do produktu, do którego odnosi się dana praktyka rynkowa (wyrok ETS z dnia 22 czerwca 1999r., C-342/97, wyrok ETS w sprawie Gurt Springenheide i Tusky C-210/96). Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał m.in., iż charakter odróżniający znak towarowy należy oceniać w odniesieniu do przypuszczalnego sposobu postrzegania go przez właściwie poinformowanego oraz dostatecznie uważnego i rozsądnego przeciętnego konsumenta danej kategorii towarów i usług (wyrok ETS z dnia 7 lipca 2005 r., C-353/03). Taki pogląd znalazł również uznanie w orzecznictwie polskich sądów. Tak np. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 grudnia 2003 roku wskazał, iż sama wysokość ceny nabywanego samochodu wyklucza potraktowanie nabywcy jako nieostrożnego konsumenta bezkrytycznie odnoszącego się do haseł reklamowych i nie posiadającego podstawowych informacji, gdyż polski odbiorca reklamy w tym segmencie rynku samochodowego posiadał już umiejętność odczytywania informacji reklamowych (wyrok z dnia 3 grudnia 2003 r. sygn. akt I CK 358/02). Podobnie, w wyroku z dnia 6 grudnia 2007 roku Sąd Apelacyjny w Warszawie stwierdził, iż do kręgu adresatów reklamy „tanich linii” lotniczych należy zaliczyć osoby wykształcone, posiadające zasób wiedzy i doświadczenia życiowego w zakresie funkcjonowania takiego rodzaju przedsiębiorców w tym

¹ E.Sobol (red.): Mały słownik języka polskiego, Wraszwa 1994, s.642.

zakupu biletów online, co odróżnia ich od osób należących do kręgu przeciętnych konsumentów (sygn. akt VI ACa 842/07).

Z kolei w niniejszej sprawie podnieść należy, iż charakter produktu oferowanego przez Spółkę, jak i treść prowadzonej kampanii reklamowej wskazuje na fakt, że produkt ten nie był kierowany do jakiejś określonej, dającej się wyodrębnić grupy konsumentów. Konstrukcję modelu przeciętnego konsumenta należy zatem stworzyć bez odwoływania się do przynależności do szczególnej grupy konsumentów. Będzie to zatem konsument dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny przy uwzględnieniu czynników społecznych, kulturowych i językowych – charakterystycznych dla polskiego konsumenta. W opinii Prezesa Urzędu, taki konsument, z kierowanego do niego przekazu reklamowego może przewidywać, iż szczegółowe informacje dotyczące warunków, na jakich zostanie zawarta umowa w oparciu o ofertę „Fresh Play” zawarte będą w stosowanym przez Spółkę wzorcu umowy, ewentualnie, iż o takich warunkach dowie się z bezpośredniej rozmowy z pracownikiem P4 Sp. z o.o.. Może on jednak również oczekiwać, że jasno podane warunki umowy, najbardziej istotne z punktu widzenia dokonania wyboru zakupu danego produktu od konkretnego przedsiębiorcy, gdyż wpływające na wartość możliwych do osiągnięcia korzyści (możliwość korzystania z dość znacznej ilości darmowych SMS-ów), będą rzetelne prawdziwe i niezmiennie i nie różniące się od tego, co jest w głównym przekazie komunikacji marketingowej.

Niemniej jednak, przyjmując nawet punkt widzenia Spółki, że „przeciętny konsument posiada ogólną wiedzę o specyfice usług telekomunikacyjnych typu *pre-paid*, która polega na czasowych i ilościowych ograniczeniach odnoszących się do tzw. bonusów po doładowaniu”, należy zwrócić uwagę, że usługa „Fresh Play” reklamowana w sposób sugerujący ważność „darowanych” SMS-ów w okresie rocznej ważności konta, mogła być odebrana przez takiego konsumenta jako oferta „rewolucyjna” w tym zakresie. Tak więc okoliczność, czy konsument miał jakąkolwiek wiedzę o specyfice usługi typu *pre-paid*, czy też nie – nie ma w ocenianym stanie faktycznym większego znaczenia. Podobnie należy odnieść się do wskazania przez Spółkę, że inni operatorzy stosują podobne rozwiązania w zakresie tego typu usługi (przykłady reklam usług Tak Tak, Simplus, Heyah), co ma przekładać się na większą wiedzę przeciętnego konsumenta na temat zasad obowiązujących przy tego rodzaju ofertach. Po pierwsze – w niniejszym postępowaniu ocenie nie poddano samych zasad korzystania z przedmiotowej usługi ale rzetelność jej przedstawienia w kampanii reklamowej. Po drugie – przedstawione materiały reklamowe firm konkurencyjnych nie są tożsame w zakresie formy oraz przekazywanych treści dotyczących oferowanych usług typu *pre-paid* i mogą być oceniane pod kątem zgodności z prawem tylko w drodze odrębnych rozstrzygnięć przed właściwymi organami administracyjnymi lub sądowymi. Bez tego nie jest możliwe przesądzenie o ich zgodności lub nie z obowiązującym prawem.

Przy analizie reklamy należy wziąć pod uwagę wszystkie czynniki, które mogą kształtować jej odbiór przez przeciętnego konsumenta, a więc przede wszystkim komunikat, który ich autor/zleceniodawca chce przekazać konsumentom. W każdej z form omawianej kampanii reklamowej pojawiało się jasne i wyraźne wskazanie, iż Spółka oferuje produkt złożony, składający się z pakietu przysługującego w ramach doładowania a ponadto dodatkowe SMS-y, bez konieczności ponoszenia opłat aż do ich wykorzystania.

W tym miejscu wskazać należy, że Prezes Urzędu nie podziela stanowiska Spółki, zgodnie z którym, opisany sposób prowadzenia kampanii nie może wprowadzić w błąd przeciętnego konsumenta w rozumieniu przytoczonego art.2 pkt 8 uopnpr a jedynie ewentualnie nieostrożnego i odnoszącego się bezkrytycznie do haseł reklamowych i nie posiadającego podstawowych informacji.

Zgodnie z art. 5 ust. 4 przedmiotowej ustawy przy ocenie, czy praktyka rynkowa wprowadza w błąd przez działanie, należy uwzględnić wszystkie jej elementy oraz okoliczności wprowadzenia produktu na rynek. W kampanii produktu Play Fresh Spółka wykorzystywała różne formy prezentacji: reklamę internetową w formie banera, ulotki informacyjne, ogłoszenia prasowe, plakaty reklamowe oraz spot radiowy i telewizyjny. W poszczególnych formach przekazu, pomimo konsekwentnego prezentowania tożsamyh w treści haseł, ilość przekazywanych informacji nie była jednakowa: w niektórych nie stosowano objaśnień, a w niektórych dodawano hasła o ważności doładowania na 1 rok. Takie skonstruowanie reklamy, zdaniem Prezesa Urzędu, przesądza o tym, że przeciętny konsument odbierający w tym samym czasie główny komunikat (który w zamyśle Spółki miał przyciągnąć jego uwagę i zachęcić do skorzystania z promowanej oferty), skoncentruje właśnie na nim swą uwagę, pomijając jednocześnie informację o dodatkowych warunkach promocji. Zmieniennym jest także, iż nawet dla bardzo uważnego i ostrożnego konsumenta prawidłowe odczytanie przedmiotowej informacji jest nadmiernie utrudnione. Czas emisji jest tak krótki, że nawet przy skoncentrowaniu uwagi tylko i wyłącznie na niej, jej odczytanie i zrozumienie jest bardzo utrudnione. Komunikat ten „gubi się” w całości przekazu kierowanego do konsumenta i jest nieczytelny. Zdaniem Prezesa Urzędu, nie czyni ponadto zadość należytemu poinformowaniu konsumentów o rzeczywistych warunkach, na jakich można skorzystać z prezentowanego produktu, komunikat w trakcie spotu reklamowego słów:” *Sprawdź szczegóły na www.playmobile.pl*” lub „*w punktach sprzedaży Play*”.

Prezes Urzędu nie kwestionuje przy tym stanowiska Spółki, że treść komunikatu jednoznacznie informuje o występowaniu dodatkowych warunków promocji, jednakże nie można zgodzić się z twierdzeniem, iż użycie w komunikacie wyrazu „dodatkowe” może oznaczać, że eksponowane jako prezent „darmowe SMS-y” przy „koncie ważnym 1 rok” są jednak poważnie ograniczone w zakresie możliwości korzystania w bardzo znacznie krótszym okresie **czasu**, tj. od 5 do 50 dni. Jest to istotna modyfikacja oferty a nie „informacja uzupełniająca”, którą można uzyskać na stronie internetowej, albo bezpośrednio w placówkach sieci „Play”. Bez wątplenia przeciętny konsument 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 do przyjęcia jest więc stanowisko Spółki, że „prawnie relewantne jest jedynie ryzyko powzięcia przez przeciętnego konsumenta stanowczego, błędnego wyobrażenia o reklamowanym produkcie i nie można utożsamiać wprowadzenia w błąd z domysłami, które na podstawie przekazu reklamowego może wysnuć konsument”. **Nawet ostrożny 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. Odnosząc powyższe do treści stosowanej przez P4 Sp. z o.o. reklamy telewizyjnej, przeciętny konsument znający na pewnym (nawet dobrym) poziomie zasady działania rynku telefonii komórkowej oraz standardowe warunki ofert promocyjnych powinien i spodziewa się, że przekaz reklamowy nie zawiera wyczerpującej informacji na temat proponowanych produktów. Jednakże ten sam przeciętny konsument, nie może spodziewać się, że uzyskanie przez niego promocyjnych darmowych SMS-ów ma charakter dość iluzoryczny, bo muszą one być wykorzystane – po rygorze utraty - w stosunkowo krótkim czasie a przecież są czymś darowanym „za darmo”, gratisem. Nie można zatem zgodzić się ze stanowiskiem Spółki, że „przedmiotem ewentualnych zastrzeżeń Prezesa UOKiK mogą być wyłącznie materiały reklamowe, które zawierały hasło „Smsy za darmo” bez jakiegokolwiek wskazówki objaśniającej” i „tylko takie materiały reklamowe można rozważać pod kątem ewentualnego wprowadzenia konsumenta w błąd co do oferty P4”.

Decyzja konsumenta w zakresie zawarcia umowy w omawianym stanie faktycznym będzie sprowadzać się do sytuacji, w której konsument pod wpływem reklamy radiowej,

telewizyjnej, parsowej lub plakatu reklamowego zainteresuje się ofertą promocyjną „Play Fresh” i np. uda się do placówki P4 Sp. z o.o. celem zawarcia stosownej umowy. Wśród elementów konstrukcyjnych decyzji dotyczącej umowy wskazanych w art. 2 pkt 7 uopnpr wskazuje się podejmowaną przez konsumenta decyzję, co do tego, czy i na jakich warunkach dokona on zakupu – bez względu na to, czy konsument postanowi dokonać określonej czynności, czy też powstrzyma się z jej dokonaniem. Zainteresowanie się ofertą, sam fakt udania się do punktu sprzedaży, zapoznania się z jej zasadami na stronie internetowej lub bezpośrednio w placówce Spółki, pod wpływem błędnego przekazu reklamowego, wystarcza zatem do stwierdzenia stosowania nieuczciwej praktyki rynkowej. Tym samym przeciętny konsument, do którego kierowana była reklama telewizyjna stosowana przez Spółkę, mógł podjąć decyzję na podstawie tylko przez nią ukształtowanego wyobrażenia o treści oferty dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął, tj. np. udałby się do placówki Spółki. Bez znaczenia jest zatem okoliczność, że konsument mógł zweryfikować przekaz płynący z emitowanej reklamy bezpośrednio w placówce sieci „Play”, czy też z lektury ulotek informacyjnych. „Tak bowiem, konsument, do którego reklama jest kierowana ma prawo do rzetelnej informacji już w chwili zapoznania się z reklamą bez konieczności zasięgnięcia jej dopiero w miejscu sprzedaży u powoda; przedsiębiorca ma obowiązek poinformowania w sposób rzetelny i prawdziwy o cechach oferowanego towaru już w reklamie, a klient zwabiony jego ofertą nie ma obowiązku jej weryfikacji w miejscu sprzedaży (wyrok SOKiK z dnia 19.12.2007r., XVII Ama 64/07).

Wobec powyższego, w ocenie Prezesa Urzędu, zachodzą przesłanki uzasadniające uznanie opisanego powyżej zachowania Spółki za nieuczciwą praktykę rynkową wprowadzającą w błąd. Działanie to, przybierające postać prowadzenia kampanii reklamowej produktu „Play Fresh” w formie plakatu reklamowego i spotu telewizyjnego oraz radiowego, a wprowadzające konsumentów w błąd co do rzeczywistych warunków, na jakich możliwe jest skorzystanie z oferowanego produktu pakietowego, powodowało podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął, a zatem prowadziło do zniekształcenia zachowania przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy. Klauzula generalna nieuczciwej praktyki rynkowej wymaga także uznania, iż dana praktyka rynkowa narusza dobre obyczaje. 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. Pietrzykowskie, red., *Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2002r., s. 804*). 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 przekazanie błędnego komunikatu.

Mając powyższe na względzie, w ocenie Prezesa Urzędu, działania Spółki należy uznać za nieuczciwą praktykę rynkową w rozumieniu art. 4 ust. 1 i 2 uopnpr a sprecyzowaną w art. 5 ust. 1 uopnpr. Tym samym spełniona została druga z przesłanek warunkujących możliwość stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorcę praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, przesłanka bezprawności działań.

Ad. c)

Zbiorowy interes konsumentów

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).

Dla stwierdzenia naruszenia zbiorowych interesów konsumentów istotne jest ustalenie, że konkretne działanie przedsiębiorcy nie ma ściśle określonego adresata, lecz jest kierowane do nieoznaczonego z góry kręgu podmiotów. Oznacza to, że nie ilość faktycznych, potwierdzonych naruszeń, ale przede wszystkim ich charakter, a w związku z tym możliwość (choćby tylko potencjalna) wywołania negatywnych skutków wobec określonej zbiorowości przesądza o naruszeniu zbiorowego interesu. W niniejszej sprawie bez wątpienia mamy do czynienia z naruszeniem praw potencjalnie nieograniczonej liczby konsumentów. Prezes Urzędu podejmując rozstrzygnięcie zawarte w niniejszej decyzji nie opierał się zatem wyłącznie 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 kierowaniu do konsumentów wprowadzającego w błąd przekazu reklamowego, co zostało uznane za działanie bezprawne i nie chodzi tutaj tylko o znaczny krąg klientów (łącznie w okresie 2009/2010 prawie 43 miliony doładowań), którzy skorzystali z oferty „Play Fresh”. Zbiorowy interes realizuje się natomiast poprzez fakt, iż potencjalnie wszyscy odbiorcy prezentowanych reklam (nieograniczona grupa konsumentów), zostali dotknięci przedmiotowym naruszeniem.

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 (patrz: M. 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 *stricto* 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 ekonomicznego nieokreślonej liczby konsumentów poprzez skierowanie do nich błędnego, co do istoty przekazu reklamowego. Okoliczność możliwości uzyskania prezentu w postaci „darmowych SMS-ów” ma istotne znaczenie dla konsumentów z punktu widzenia ekonomicznego.

Wskazując na interes konsumentów jaki został naruszony poprzez bezprawne działanie Spółki, zdaniem Prezesa UOKiK, oprócz interesu stricte ekonomicznego zasadnym jest w niniejszej sprawie uwzględnienie naruszenia interesu pozaekonomicznego rozumianego jako nierzetelność i wprowadzenie w błąd (tak; E.Łętowska, Prawo Umów Konsumentckich, Wydanie 2, Warszawa 2002, s. 341). Działania Spółki mogły prowadzić do dezorganizacji życia konsumentów, doznania przez nich zawodu i tzw. mitręgi czasu.

Tym samym spełniona została trzecia z przesłanek warunkujących stwierdzenie stosowania przez przedsiębiorcę praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, tj. przesłanka godzenia powyżej opisanymi działaniami w zbiorowe interesy konsumentów.

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, iż Spółka stosowała praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, o której mowa w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy o ochronie (...), a powyżej opisane zachowanie stanowi niedozwoloną praktykę rynkową, o której stanowi art. 4 ust. 1 i 2 w zw. z art. 5 ust. 1 uopnpr.

Zgodnie z treścią art. 27 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie wydaje się decyzji o uznaniu praktyki za naruszającej zbiorowe interesy konsumentów i nakazującej zaniechanie jej stosowania, jeżeli przedsiębiorca zaniechał stosowania praktyki. W takim wypadku Prezes Urzędu wydaje decyzję o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i stwierdzającą zaniechanie jej stosowania. Z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Powyżej opisana nieuczciwa praktyka Spółki, związana z prowadzeniem kampanii reklamowej w formie spotów telewizyjnych, radiowych, prasowych, plakatu reklamowego trwała do dnia 31 sierpnia 2009 r., to jest ostatniego dnia wykorzystywania przez przedsiębiorcę ww. środków reklamy. W związku z tym, że od dnia **1 września 2009 r.** Spółka zaprzestała posługiwania się przedmiotowymi środkami przekazu uznać należy, iż z datą tą, zaniechała ona stosowania praktyki opisanej w punkcie I sentencji decyzji.

Mając powyższe na względzie, należało orzec jak w punkcie I sentencji niniejszej decyzji.

3. Kara pieniężna

Zgodnie z art.106 ust.1 pkt.4 ustawy o ochronie (...), 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.

Z treści przepisu wynika, iż ww. kara ma charakter fakultatywny. W związku z tym Prezes Urzędu w ramach uznania administracyjnego decyduje czy zasadne jest w danej sprawie nałożenie kary. Ustawa nie zawiera katalogu przesłanek, od których uzależniona jest decyzja o nałożeniu kary. W art. 111 ustawy o ochronie (...) jedynie wskazano, iż ustalając wysokość kary Prezes Urzędu winien wziąć pod uwagę okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy. W

rozpatrywanej sprawie, w punkcie I sentencji decyzji stwierdzono, że P4 Sp. z o.o. naruszyła zakaz, o którym mowa w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy o ochronie (...). Zakaz ten ma charakter bezwzględny, zatem nie istnieją przesłanki natury prawnej, które umożliwiały zalegalizowanie tych praktyk. Spełniona jest zatem podstawowa przesłanka warunkująca nałożenie kary pieniężnej. Prezes Urzędu uznał więc za uzasadnione w niniejszej sprawie, wobec uznania, iż Spółka stosowała praktyki opisane w punkcie I sentencji decyzji nałożenie kary pieniężnej za zarzucone jej praktyki.

Wskazać należy, iż fakt nałożenia kary podkreślać ma naganność zachowania podmiotu, który dopuścił się stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, a tym samym naruszył ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów. Kara pieniężna nakładana przez Prezesa Urzędu pełni funkcję represyjną, prewencyjną oraz edukacyjną. Funkcja represyjna ma stanowić dolegliwość dla przedsiębiorcy łamiącego prawo oraz ma na celu przymuszenie go do powstrzymania się od podobnych działań. Funkcja prewencyjna oraz edukacyjna mają na celu powstrzymanie przedsiębiorcy stosującego praktykę oraz innych przedsiębiorców przed stosowaniem w przyszłości tego typu praktyk w obrocie z konsumentami.

Ustalenie kary w przedmiotowej sprawie miało charakter wieloetapowy, co spowodowane było zaistnieniem w postępowaniu licznych okoliczności mających wpływ na jej wysokość. Ustalając wymiar kary pieniężnej Prezes Urzędu w pierwszej kolejności dokonał oceny wagi stwierdzonej praktyki 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.

Podstawą obliczenia wysokości kary jest przychód przedsiębiorcy wynikający z dokumentu CIT-8 za okres 01.01.2010 r – 31.12.2010 r. wynoszący
(...) [tajemnica przedsiębiorstwa](...)

Przede wszystkim wzięto pod uwagę fakt, iż naruszenie przez Spółkę zbiorowych interesów konsumentów polegało na stosowaniu nieuczciwej praktyki rynkowej wprowadzającej konsumentów w błąd, co do rzeczywistych warunków promocji oferowanej usługi telekomunikacyjnej. Praktyka stosowana przez Spółkę narusza przede wszystkim podstawowe prawo konsumentów, to jest prawo do rzetelnej i prawdziwej informacji, której konsument może oczekiwać od kierowanego do niego przekazu reklamowego. Naruszenie to zachodzi na etapie przedkontraktowym, ponieważ zachowanie przedsiębiorcy ukierunkowane jest na pozyskanie klientów i skłonienie ich do zawarcia kontraktu. W niniejszej sprawie konsumenci, pod wpływem wskazanego działania przedsiębiorcy, mogli podejmować decyzje dotyczące skorzystania z oferty Spółki, w wyniku czego zagrożone zostały także ich istotne interesy ekonomiczne.

(...) [tajemnica przedsiębiorstwa](...)

Dokonując ustalenia ostatecznego wymiaru kary pieniężnej nałożonej na przedsiębiorcę rozważono również zastosowanie zaistniałych w postępowaniu okoliczności łagodzących jak i zaostrzających wymiar kary. Prezes Urzędu uwzględniając poszczególne ww. okoliczności miał na uwadze całokształt zebranego w postępowaniu materiału dowodowego.

Jako okoliczność obciążającą Prezes Urzędu przyjął ogólnopolski zasięg stwierdzonych naruszeń

(...) [tajemnica przedsiębiorstwa](...)

Nieuczciwa praktyka rynkowa przypisana Spółce przejawiała się bowiem m.in. w środkach przekazu mający taki charakter. Jednocześnie, jako okoliczność łagodzącą wymiar kary, Prezes Urzędu miał na uwadze fakt, iż Spółka aktywnie współdziałała z Prezesem Urzędu w toku postępowania.

(...) [tajemnica przedsiębiorstwa](...)

Podnoszone przez Spółkę okoliczności dotyczące nieumyślności naruszenia ustawy oraz faktu, iż miało ono miejsce po raz pierwszy (wydana w międzyczasie decyzja Prezesa Urzędu DDK 21/2010 w sprawie Spółki dotyczyła działań mających miejsce po zaistnieniu praktyki będącej przedmiotem w niniejszym postępowaniu), są jedynie przesłankami o charakterze negatywnym, a więc **tylko ewentualny ich brak** stanowi okoliczność obciążającą dla przedsiębiorcy i w konsekwencji wpływa na podwyższenie kwoty bazowej, będącej podstawą ustalenia wymiaru kary pieniężnej.

Reasumując, uwzględnienie wskazanych powyżej okoliczności zaostrzających jak i łagodzących wymiar kary pieniężnej nie spowodowało jej zmiany wobec wzajemnego zniesienia się kwot wynikających z obniżenia i podwyższenia kary, stąd pozostała ona na wskazanym wyżej poziomie, tj. **495 655 zł** (słownie: czterysta dziewięćdziesiąt pięć tysięcy sześćset pięćdziesiąt pięć 0/100 zł).

(...) [tajemnica przedsiębiorstwa](...)

Stosunkowo niski wymiar kary jest przede wszystkim wyrazem nadania jej roli prewencyjnej za naruszenie przepisów ustawy *o ochronie (...)*, mającej zapobiec ponownemu ich naruszeniu. Nie bez znaczenia jest też jej walor edukacyjny, w tym wymiar ogólny, odstrasżający dla innych przedsiębiorców działających w branży przed podobnym naruszeniem słuszych interesów konsumentów.

Przyjmując wspomniane ww. wcześniej okoliczności naruszenia przepisów ustawy o ochronie (...), jak również fakt, iż kara winna być orzekana na poziomie wystarczającym do osiągnięcia zamierzonego celu i odczuwalna dla przedsiębiorcy, Prezes Urzędu postanowił nałożyć karę w wysokości określonej jak w punkcie II sentencji decyzji.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy *o ochronie (...)* karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie:

NBP O/O Warszawa 51101010100078782231000000.

Stosownie do treści art. 81 ust 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c., od niniejszej decyzji przysługuje stronie odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów we Wrocławiu.

*Z up. Prezesa UOKiK
Dyrektor Del. we Wrocławiu
Zbigniew Jurczyk*

otrzymuje:

P4 Sp. z o.o.
ul. Taśmowa 7
02-677 Warszawa