



Sygn. akt III SK 45/10

**WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 21 kwietnia 2011 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Andrzej Wróbel (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Zbigniew Hajn

SSN Halina Kiryło

w sprawie z powództwa Polkomtel Spółki Akcyjnej z siedzibą w W.
przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
o naruszenie zbiorowych interesów konsumentów ,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 21 kwietnia 2011 r.,
skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego
z dnia 25 marca 2010 r.,

**uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi
Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania oraz orzeczenia o
kosztach postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Prezes Urzędu)
decyzją z dnia 5 września 2008 r. nr [...] uznał za praktykę naruszającą zbiorowe

interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, ze zm., dalej jako ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów) działanie Polkomtel S.A. w W. (powód) polegające na prezentowaniu w ramach kampanii reklamowej dotyczącej promocji „iPlus dla Ciebie z komputerem” przekazu reklamowego wskazującego na możliwość zakupu laptopa z modemem iPlus za 1 zł, podczas gdy cena komputera wynosiła więcej niż 1 zł i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 11 czerwca 2007 r. Jednocześnie wspomnianą decyzją Prezes Urzędu nakazał powodowi jej publikację na stronie internetowej i w dzienniku o zasięgu ogólnopolskim, a także nałożył na powoda karę pieniężną w wysokości 848.981,47 zł.

Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrokiem z dnia 8 czerwca 2009 r., oddalił odwołanie powoda. Rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego opierało się na następujących ustaleniach i ich ocenie prawnej. Powód prowadził akcję reklamową od dnia 7 maja 2007 r. Na pismo Prezesa Urzędu zgłaszające zastrzeżenia do treści reklam, powód odpowiedział trzykrotnie argumentując, iż reklama nie wprowadza konsumentów w błąd. Zaprzestał jednak z dniem 31 maja 2007 r. emisji reklamy telewizyjnej, a bezpośrednio po otrzymaniu pisma Prezesa Urzędu wstrzymał reklamę dźwiękową w centrach handlowych. Zakwestionowana przez Prezesa Urzędu reklama telewizyjna oraz ulotka reklamowa zachęcała do nabycia wysokiej klasy laptopa w zestawie z modemem iPlus za złotówkę. Natomiast w rzeczywistości za złotówkę konsument mógł nabyć jedynie modem iPlus, pod warunkiem zakupu laptopa po cenie rynkowej w ofercie ratalnej. Odnosząc się do podnoszonego przez powoda twierdzenia, iż sporna reklama skierowana jest do osób korzystających z mobilnego dostępu do internetu, a zatem charakteryzujących się wyższą niż przeciętna znajomością rynku usług telekomunikacyjnych, Sąd Okręgowy dokonał oceny pojęcia przeciętnego polskiego konsumenta. W tym zakresie Sąd Okręgowy podzielił wnioski, jakie Prezes Urzędu wyciągnął z przeprowadzonego w toku postępowania badania opinii publicznej, którego wyniki wskazywały, że znaczna liczba konsumentów błędnie rozumiała reklamę, bądź zupełnie jej nie rozumiała. W ocenie Sądu Okręgowego pogląd powoda w zakresie dotyczących cech charakterystycznych modelowego przeciętnego odbiorcy, do którego kierowana była stosowana przez niego reklama

jest błędny, gdyż reklama powoda prezentowana była w środkach masowego przekazu (telewizja, centra handlowe), co oznacza, że skierowana była do jak największej liczby osób. Ponadto, sposób rozpowszechniania reklamy wskazuje, że adresowana jest ona do wszystkich potencjalnych konsumentów usług telekomunikacyjnych i dotyczy usług, z których mogą korzystać konsumenci, a nie tylko przedsiębiorcy. Akcentowanie w treści reklamy specjalnego charakteru oferty, stosowanie efektów graficznych (cena 1 zł umieszczana jest na ekranie komputera, a nie na modemie) skutkowało wykreowaniem przekazu, który zdaniem Sądu Okręgowego mylnie odbierany był przez konsumenta w ten sposób, że za cenę 1 zł może nabyć wysokiej klasy laptop oraz modem. Według Sądu Okręgowego, na taką ocenę badanego przekazu reklamowego nie wpływa fakt, że w punkcie sprzedaży konsument mógł uzyskać precyzyjną informację, co rzeczywiście może kupić za 1 zł, ani też możliwość wykładni językowej przekazu reklamowego po dłuższym zastanowieniu się, gdyż obowiązek rzetelnej i niewprowadzającej w błąd informacji dotyczy nie chwili zawierania, czy wykonywania umowy, lecz etapu nakłaniania konsumentów do zainteresowania się ofertą przedsiębiorcy. Uznając, iż poziom przeciętnego polskiego konsumenta jest niższy niż konsumenta europejskiego Sąd Okręgowy przyjął, iż reklama będąca przedmiotem sporu w sprawie niniejszej godziła w prawo konsumentów do rzetelnej i prawdziwej informacji. Była zatem czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 47, poz. 211 ze zm., dalej jako uznk). Oceniając wysokość kary pieniężnej wymierzonej przez Prezesa Urzędu, Sąd Okręgowy wziął pod rozwagę, iż stanowi ona 0,01% przychodu osiągniętego przez powoda w 2007 r. oraz 0,1% kary maksymalnej, nie może zatem być uznana za zbyt dolegliwą i wygórowaną. Sąd Okręgowy uznał także za zasadne nałożenie na powoda w zaskarżonej decyzji obowiązków dodatkowych, zmierzających do usunięcia skutków naruszenia zbiorowych interesów konsumentów. Z kolei odnosząc się do zgłoszonych przez powoda wniosków dowodowych Sąd Okręgowy uznał je za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Powód zaskarżył powyższy wyrok apelacją w całości, zarzucając naruszenie 1) konstytucyjnych zasad postępowania w sprawach

odpowiedzialności o charakterze represyjnym, tj. art. 42 Konstytucji RP w zw. z art. 217 § 2 k.p.c. i art. 224 § 1 k.p.c. poprzez zaniechanie ustaleń w przedmiocie winy powoda i oparcie wyroku na jej domniemaniu oraz zaniechanie ustaleń w przedmiocie innych ustaleń wpływających na wymiar kary oraz zamknięcie rozprawy i wydanie wyroku bez zapoznania się ze stanowiskiem powoda; 2) art. 217 § 2 k.p.c. i art. 224 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. przez pominięcie dowodów zgłoszonych przez powoda na okoliczność profilu przeciętnego konsumenta i ryzyka wprowadzenia go w błąd i w ten sposób uniemożliwienie powodowi obrony przed zarzutem naruszenia zbiorowych interesów konsumentów; 3) art. 328 § 2 k.p.c. poprzez sporządzenie wadliwego uzasadnienia wyroku nie zawierającego odniesienia się do merytorycznych zarzutów podniesionych w obronie powoda, w szczególności niezawierającego ustaleń faktycznych, ani oceny dowodów dotyczących modelu przeciętnego konsumenta, ryzyka konfuzji związanego z kampanią reklamową; art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów i przyjęcie, iż wyniki badania opinii publicznej świadczą o niskim poziomie wyrobienia przeciętnego polskiego konsumenta, a na rynku polskim brak dojrzałych konsumentów; 4) art. 16 ust. 1 pkt 2 uznk i art. 24 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez wadliwe przyjęcie, iż okoliczności stanu faktycznego podlegają ocenie na podstawie tych norm prawnych, a w konsekwencji błędne uznanie, iż zobowiązania i sankcje nałożone na powoda (obowiązek publikacji decyzji i zapłaty kary pieniężnej) są zasadne; 5) art. 27 ust. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 26 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez jego niewłaściwe zastosowanie (błąd w subsumcji) i bezpodstawne uznanie za słuszne nałożenie na powoda obowiązku publikacji decyzji po upływie 15 miesięcy od zakończenia kwestionowanej kampanii reklamowej; 6) art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez bezzasadne uznanie, że nałożona kara pieniężna jest karą odpowiadającą zarzucanemu czynowi i wymierzona zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 25 marca 2009 r., oddalił apelację powoda. Sąd Apelacyjny uznał, że przy wielości podnoszonych zarzutów

decydującą dla rozstrzygnięcia sprawy kwestią jest ustalenie modelu przeciętnego konsumenta. W tym zakresie Sąd Apelacyjny zwrócił uwagę, że reklama powoda, jako ogólnie dostępna, skierowana była do wszystkich odbiorców. Dotyczy to zarówno tych korzystających z bezprzewodowego dostępu do internetu, jak i tych, którzy nie wiedzą co to jest laptop i modem i czy cena 1 zł jest wygórowana, czy okazjnie niska. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, Sąd Okręgowy przekonywująco określił model przeciętnego konsumenta.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 42 Konstytucji RP, Sąd Apelacyjny uznał ten zarzut za niezasadny stwierdzając, że zarówno charakter winy (wina nieumyślna), jak i jej stopień, były przedmiotem ustalenia i oceny Prezesa Urzędu, a następnie Sądu Okręgowego, który rozważając zasadność wysokości wymierzonej kary wyjaśnił, iż na jej wysokość ma wpływ to, że powód jest jednym z liderów na rynku operatorów telekomunikacyjnych, a zatem ma możliwość prawidłowego określenia ryzyka prawnego przy podejmowaniu decyzji dotyczących strategii reklamowej tym bardziej, że jego działania wpływają na zachowanie innych uczestników rynku.

Odnosząc się do wysokości nałożonej kary pieniężnej Sąd Apelacyjny przyjął, że sama kara wymierzona została na najniższym poziomie, jako równowartość 0,01% przychodu osiągniętego przez powoda w 2007 r., nie ma zatem podstaw, aby uznać ją za rażąco wysoką. Miarkowanie wysokości nałożonej kary, przy uwzględnieniu skutków praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów może mieć wpływ na wysokość kary, ale tylko jako okoliczność obciążająca, zgłoszone zaś przez powoda wnioski dowodowe, których Sąd Okręgowy nie uwzględnił, dotyczyły zaś ustalenia skutków praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, jak brak skarg konsumenckich, bądź istnienia indywidualnych przypadków wprowadzenia konsumentów w błąd.

Sąd Apelacyjny nie uwzględnił zarzutów naruszenia prawa procesowego. Przyjął, że ustalając model przeciętnego konsumenta Sąd Okręgowy oparł się na metodzie normatywnej uznając badania opinii publicznej przeprowadzone przez Prezesa Urzędu za dowód pomocniczy. Zdaniem Sądu Apelacyjnego Sąd Okręgowy zasadnie przyjął, że błędne jest stanowisko powoda, jakoby przeciętnym konsumentem był przeciętny użytkownik bezprzewodowego dostępu

do internetu. Uzasadnione jest przyjęcie modelu konsumenta, jako osoby mniej zorientowanej fachowo, bardziej podatnej na wprowadzającą w błąd reklamę niż konsument zachodnioeuropejski, który od dłuższego czasu miał styczność z reklamami. Model takiego konsumenta wymaga wprowadzić od niego rozsądku i rozwagi, ale daje mu też prawo oczekiwania, iż zawarta w reklamie informacja jest rzetelna, zawierająca wszystkie niezbędne dane i niewprowadzająca w błąd, chociażby poprzez szermowanie ofertą niezwyklej okazji za niespotykane okazyjną cenę. W tej sytuacji literalne brzmienie reklamy „kup laptopa z modemem iPlus za złotówkę”, nie zaś „kup laptopa, a także modem za 1 zł” wprowadza w błąd. Poza sporem jest bowiem, że w rzeczywistości cena 1 zł odnosi się do samego modemu, podczas gdy użycie sformułowania „laptop z modemem za 1zł” skazuje, że modem jest sprzedawany w pakiecie z laptopem, a cena odnosi się do obu razem. Tak tę reklamę zrozumiało 35% respondentów. Zdaniem Sądu Apelacyjnego nie jest obowiązkiem sądu orzekającego przeprowadzenie wszystkich dowodów zgłoszonych przez strony, ani ustosunkowanie się do wszystkich podnoszonych w toku procesu twierdzeń, a jedynie tych, które mają wpływ na rozstrzygnięcie sprawy.

Powód zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego w całości skargą kasacyjną i wniósł o jego uchylenie w całości oraz przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie: 1) konstytucyjnych zasad postępowania w sprawach odpowiedzialności o charakterze represyjnym, tj. art. 42 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej w związku z art. 217 § 2 i 227 k.p.c. oraz 391 § 1 k.p.c. poprzez zaniechanie ustaleń w przedmiocie winy powoda i oparcie wyroku na jej domniemaniu oraz zaniechanie ustaleń w przedmiocie innych okoliczności wpływających na wymiar kary; 2) art. 217 § 2 i art. 227 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. poprzez pominięcie dowodów zgłoszonych przez powoda na okoliczności istotne w sprawie, w szczególności dotyczące profilu przeciętnego konsumenta i ryzyka wprowadzenia konsumenta w błąd; 3) zasady bezpośredniości w postępowaniu apelacyjnym, tj. art. 382 k.p.c. poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania dowodowego zgodnie z ponowionymi w apelacji wnioskami powoda; 4) art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. poprzez sporządzenie wadliwego uzasadnienia wyroku, które nie

zawiera odniesienia do zarzutów i wniosków podniesionych w apelacji powoda, lecz mechanicznie powtarza stanowisko organu administracyjnego; 5) art. 479(30) k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. oraz art. 380 k.p.c. poprzez uchylenie się od rozpoznania wniosku powoda o wstrzymanie wykonania zaskarżonej decyzji; 6) art. 380 k.p.c. poprzez uchylenie się od rozpoznania postanowień sądu pierwszej instancji, które nie podlegały zaskarżeniu w drodze zażalenia; 7) art. 16 ust. 1 pkt 2 uznk oraz art. 24 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez wadliwe przyjęcie, że okoliczności stanu faktycznego w niniejszej sprawie podlegają ocenie na podstawie tych norm prawnych, czyli jako czyn nieuczciwej konkurencji w postaci reklamy wprowadzającej w błąd i praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, a w konsekwencji błędne uznanie, że zobowiązania i sankcje nałożone na powoda przez Prezesa Urzędu są zasadne; 8) art. 27 ust. 4 ustawy w związku z art. 26 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez bezpodstawne przyjęcie, że nałożenie na powoda obowiązku publikacji decyzji po upływie 15 miesięcy od zakończenia kwestionowanej kampanii reklamowej, czyli w sytuacji gdy albo nigdy nie wystąpiły, albo dawno już ustąpiły jakiegokolwiek skutki naruszenia ustawy; 9) art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez uznanie, że nieuwzględniająca wymienionych w tym przepisie przesłanek kara pieniężna jest karą odpowiadającą zarzucanemu czynowi.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną powoda Prezes Urzędu wniósł o jej oddalenie. Odnosząc się do pierwszego z podniesionych zarzutów, Prezes Urzędu podniósł, że art. 106 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przyznaje mu możliwość nakładania kar na przedsiębiorców nawet w przypadku nieumyślnego naruszenia przepisów ustawy. Oznacza, to, że aczkolwiek przesłanką nałożenia kary pieniężnej jest subiektywny element zawinienia sprawcy, nie jest konieczne stwierdzenie winy nieumyślnej, zaś Prezes Urzędu wskazał na „co najmniej nieumyślny” charakter winy powoda. Prezes Urzędu nie podzielił również zarzutu dotyczącego nieuwzględnienie okoliczności wpływających na wymiar kary, ponieważ przesłanki wymienione a art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zostały w sposób wyczerpujący opisane w zaskarżonej decyzji. Ponadto Sąd Apelacyjny poczynił stosowne ustalenia,

ponieważ poparł stanowisko Sądu Okręgowego. Wnioski dowodowe zostały oddalone zasadnie, ponieważ dotyczyły ustalenia skutków praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, a nie okoliczności relewantnych dla samego stwierdzenia naruszenia art. 24 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Sąd Apelacyjny zasadnie zatem uznał, że przeprowadzenie dowodu na takie okoliczności było niezasadne. Odnosząc się do pozostałych zarzutów naruszenia przepisów prawa procesowego, Prezes Urzędu wyjaśnił, że dotyczą one zasad ustalenia modelu przeciętnego konsumenta. Składane zaś przez powoda wnioski dowodowe nie zmierzały do ustalenia wzorca przeciętnego konsumenta w niniejszej sprawie. Prezes Urzędu nie podzielił również zarzutu naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. stwierdzając, że Sąd Apelacyjny nie oparł swojego orzeczenia na ustaleniach organu administracji.

Sąd Najwyższy zważył co następuje:

1. Skarga kasacyjna powoda jest zasadna.
2. Powód zarzuca naruszenie art. 42 Konstytucji RP, w zw. z art. 217 § 2 i art. 227 k.p.c. oraz 391 § 1 k.p.c. Naruszenia tych przepisów powód upatruje w zaniechaniu ustaleń w przedmiocie winy i oparciu wyroku na jej domniemaniu oraz zaniechaniu ustaleń w przedmiocie innych okoliczności wpływających na wymiar kary. Jednocześnie zarzut ten uzasadnia pominięciem przez Sąd Apelacyjny wniosków dowodowych ponowionych przez powoda w postępowaniu apelacyjnym z tym skutkiem, że w toku postępowania nie ustalono stopnia jego winy, a jedynie bezpodstawnie przyjęto, że musiał działać „co najmniej nieumyślnie”. Zdaniem powoda rozpoznanie przedmiotowych wniosków było konieczne, ponieważ w toku postępowania Prezes Urzędu zmieniał swoje stanowisko w kwestii winy powoda. Najpierw wywiódł winę powoda z faktu bycia profesjonalistą (przedsiębiorcą), a następnie przypisał powodowi winę umyślną w oparciu o nowe dowody pozyskane w innym postępowaniu administracyjnym. W dalszej kolejności powód argumentuje, że w apelacji kwestionowała wadliwość wymiaru kary, ponieważ sąd pierwszej instancji pominął całkowicie stanowisko powoda, przyznając rację Prezesowi Urzędu bez

przeprowadzania jakiegokolwiek postępowania dowodowego. Sąd Apelacyjny postąpił tak samo, lakonicznie stwierdzając, iż „zarówno charakter winy (wina nieumyślna), jak i jej stopień, były przedmiotem ustalenia i oceny Prezesa UOKiK, a następnie Sądu Okręgowego, który rozważając zasadność wysokości wymierzonej kary wskazał, iż na jej wysokość ma wpływ to, że powód jest jednym z liderów na rynku operatorów telekomunikacyjnych, a zatem ma możliwość prawidłowego określenia ryzyka prawnego przy podejmowaniu decyzji dotyczących strategii reklamowej, tym bardziej, że jego działania wpływają na zachowanie innych uczestników rynku”. Powód zarzuca również, że Sąd Okręgowy pominął wszystkie twierdzenia i dowody odnoszące się do wymiaru kary zgodnie z art. 111 o ochronie konkurencji i konsumentów, zaś Sąd Apelacyjny rozpoznając podniesione w apelacji zarzuty ograniczył się do stwierdzenia, zgodnie z którym Sąd Okręgowy należycie zbadał i ocenił charakter winy powoda.

3. Ustosunkowując się do powyższego zarzutu w pierwszej kolejności należy wyjaśnić, że jak stwierdzono w uzasadnieniu wyroków Sądu Najwyższego z 14 kwietnia 2010 r., sygn. akt III SK 1/2010, niepublikowane oraz z 1 czerwca 2010 r., sygn. akt III SK 5/2010, niepublikowane, w sprawach z odwołania od decyzji nakładającej karę pieniężną na przedsiębiorcę obowiązuje wyższy standard ochrony praw przedsiębiorcy ze względu na konieczność zapewnienia skuteczności w polskim porządku prawnym przepisom Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, w zakresie w jakim Europejski Trybunał Praw Człowieka przyjmuje, że gdy dochodzi do wymierzenia przedsiębiorcy kary pieniężnej, zasady sądowej weryfikacji prawidłowości orzeczenia organu regulacji w tym zakresie, powinny odpowiadać wymogom analogicznym do tych, jakie obowiązują sąd orzekający w sprawie karnej. Standard taki obowiązuje tym bardziej w sprawach, w których stosuje się przepisy prawa krajowego wdrażające przepisy prawa Unii Europejskiej.
4. W dalszej kolejności należy pokreślić, że zgodnie z utrwalonymi zapatrywaniami Sądu Najwyższego, odpowiedzialność z tytułu naruszenia

obowiązków wynikających z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ma charakter odpowiedzialności obiektywnej w tym sensie, że stwierdzenie zawinonego charakteru przedmiotowego naruszenia nie jest konieczną przesłanką stwierdzenia naruszenia jej przepisów (wyrokach SN z 25 kwietnia 2007 r., sygn. akt III SK 1/07, niepublikowane oraz 4 listopada 2010 r., sygn. akt III SK 21/10, niepublikowane). Rozważania w przedmiocie winy przedsiębiorcy są zatem zbędne z punktu widzenia możliwości zastosowania przepisów prawa materialnego, takich jak zakaz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Element subiektywny w postaci umyślności lub nieumyślności naruszenia przepisów ustawy, określany w doktrynie i orzecznictwie, a także w skardze kasacyjnej powoda mianem „winy” jest okolicznością braną pod uwagę przy ustalaniu wysokości kary. Sąd Najwyższy odnotowuje także zauważalną w orzecznictwie tendencję do nawiązywania do „winy” jako przesłanki branej pod uwagę nie tylko na etapie podejmowania decyzji o wysokości kary pieniężnej, ale także podejmowania samej decyzji o nałożeniu kary.

5. Z powyższego wynika, że Sąd rozpoznający sprawę z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu nakładającej karę pieniężną winien rozstrzygnąć, w oparciu o ustalone w sprawie okoliczności faktyczne, czy naruszenie przepisów ustawy było „zawinione”, to jest czy przedsiębiorca miał świadomość, że swoim zachowaniem narusza zakaz praktyk ograniczających konkurencję, lub czy jako profesjonalny uczestnik obrotu mógł (powinien był) taką świadomość mieć. Za niewystarczające z konstytucyjnego i konwencyjnego punktu widzenia należy uznać lakoniczne odwołanie się w tym zakresie do argumentacji przedstawionej w decyzji Prezesa Urzędu, gdyż to do Sądu orzekającego w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu należy rozstrzygnięcia, czy w ustalonych w sprawie okolicznościach faktycznych taka kwalifikacja zachowania przedsiębiorcy nie tylko miała oparcia w przepisów prawa, ale i była zasadna. Nie dowodzi w żaden sposób winy przedsiębiorcy okoliczność, że jest jednym z liderów rynku, aczkolwiek Sąd Najwyższy w pełni podziela stanowisko Sądu Apelacyjnego, że powód miał, jako profesjonalny uczestnik obrotu

możliwość prawidłowego określenia ryzyka prawnego przy podejmowania decyzji dotyczących strategii reklamowej.

6. Analogiczne do wskazanych powyżej wywody Sąd orzekający powinien przeprowadzić w odniesieniu do przesłanek wysokości kary pieniężnej, o których mowa w art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów lub decyzji Prezesa Urzędu (z uwagi na ich otwarty katalog w tym przepisie). Nie może przy tym poprzestać na procentowej ocenie relacji między wymierzoną karą a przychodami przedsiębiorcy, gdyż o represyjności nakładanej kary nie decyduje tylko jej procentowy stosunek do przychodów przedsiębiorcy. Obok kryteriów wymienionych w art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów należy również kierować się korzyściami, jakie dzięki zakwestionowanej praktyce mógł odnieść przedsiębiorca oraz precedensowy charakter podejmowanego rozstrzygnięcia (zgodnie z regułą, że tam gdzie prawne granice zachowań przedsiębiorców na rynku zostały już wyznaczone w orzecznictwie sądowym dopuszczalne jest orzekanie kar pieniężnych lub nakładanie wyższych kar pieniężnych, niż w przypadku praktyk, które cechuje swoista „nowość”). Ustalenia te, wbrew zapatrywaniom Sądu Apelacyjnego wyrażonym na stronach 6-7 uzasadnienia, są istotne z punktu widzenia zapewnienia realizacji obowiązującego w tym zakresie standardu konstytucyjnego i konwencyjnego. Natomiast Sąd Najwyższy w pełni podziela stanowisko Sądu Apelacyjnego, zgodnie z którym dowody na okoliczność braku skarg konsumenckich lub nieistnienia indywidualnych sytuacji wprowadzenia konsumentów w błąd nie mają znaczenie z punktu widzenia oceny zasadności i prawidłowości zastosowania art. 24 ustawy.
7. Zasadny jest zarzut naruszenia art. 217 § 2 k.p.c i art. 227 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., poprzez pominięcie dowodów zgłoszonych przez powoda na okoliczności dotyczące profilu przeciętnego konsumenta. Jak wywodzi powód Sąd Okręgowy przyjął, że przeciętny konsument jest „niedojrzały”, „o niskim poziomie wyrobienia” i „niskiej świadomości”. Sąd Apelacyjny uznał zaś, że przyjęty przez Sąd Okręgowy model przeciętnego polskiego konsumenta jest prawidłowy. Zdaniem powoda tak

zrekonstruowany model przeciętnego odbiorcy odbiega nie tylko od cech, które powinien posiadać on według utrwalonego w tym zakresie orzecznictwa zarówno Sądu Najwyższego, jak i Sądu Apelacyjnego. Ponadto, z punktu widzenia praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów polegających na wprowadzeniu w błąd, modelowy przeciętny konsument powinien zostać zidentyfikowany ze względu na towar, który jest przedmiotem reklamy. W tych okolicznościach oddalenie wszystkich wniosków dowodowych powoda na okoliczność cech przeciętnego odbiorcy należy uznać za chybione. Powód podniósł również, że w uzasadnieniu wyroku nie przedstawiono motywów, dla których wnioskowane przez powoda dowody na okoliczność rekonstrukcji modelu przeciętnego odbiorcy zostały uznane za nieprzydatne dla oceny zachowania powoda.

8. W świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego w postępowaniu cywilnym w związku z obowiązującym apelacyjnym systemem zaskarżania merytorycznych orzeczeń sądów pierwszej instancji wadliwe jest uzasadnienie wydanego przez sąd drugiej instancji orzeczenia, w którym nie ustalono stanu faktycznego istotnego dla rozstrzygnięcia sprawy, lecz jedynie streszczono uzasadnienie rozstrzygnięcia sądu pierwszej instancji. Celem środka odwoławczego w postaci apelacji jest ponowne rozpoznanie sprawy – a więc nie tylko apelacji – w tych samych granicach, w jakich rozstrzygał sąd pierwszej instancji, nieraz ewentualnie korygowanych albo określanych na nowo przez wnoszącego apelację. W konsekwencji sąd apelacyjny przejmuje materiał procesowy zebrany przez sąd pierwszej instancji i po jego rekonstrukcji oraz ewentualnym uzupełnieniu orzeka *in iure et in facto*, a zatem co do istoty sprawy (uchwała SN z 23 marca 1999 r., sygn. akt III CZP 58/98, OSNC 1999, nr 7-8, poz. 124, uchwała SN z 21 kwietnia 2004 r., sygn. akt III CZP 11/04, OSNC 2004, nr 12, poz. 206). Jeżeli zatem postępowanie apelacyjne jest merytorycznym sądzeniem sprawy, to orzeczenie sądu musi się opierać na jego własnych ustaleniach faktycznych i prawnych, z tym że rozwiązanie tej ostatniej kwestii może także polegać na stwierdzeniu, jednakże wyraźnym, iż sąd odwoławczy przyjmuje ustalenia faktyczne sądu pierwszej instancji jako własne (uchwała

SN z 23 marca 1999 r., sygn. akt III CZP 58/98). Nie jest jednak możliwe poprzestanie na ustaleniach Sądu Okręgowego, gdy są one niepełne, tym bardziej gdy strona skarżąca zarzuca w apelacji skutecznie niewyjaśnienie istotnych okoliczności lub prawidłowość dokonanej oceny dowodów. Jeżeli zaś Sąd drugiej instancji nie podziela zarzutów strony skarżącej odnośnie przedmiotowych ustaleń, powinien wyjaśnić swoje stanowisko nawiązując do przesłanek przepisów prawa materialnego, do zastosowania których stosowne ustalenia są konieczne. O prawidłowym zastosowaniu prawa materialnego można mówić dopiero wtedy, gdy ustalenia stanowiące podstawę wydania zaskarżonego wyroku pozwalają na ocenę takiego zastosowania. Tym samym brak stosownych ustaleń uzasadnia zarzut kasacji naruszenia prawa materialnego przez niewłaściwe jego zastosowanie (wyrok SN z 26 marca 1997 r., sygn. akt II CKN 60/97, OSNC 1997, nr 9, poz. 128; wyrok SN z 20 kwietnia 2004 r., sygn. akt V CK 92/04, niepubl.).

9. Uzasadniony jest również zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. Uzasadnienie w części zawierające wyjaśnienie motywów zaskarżonego wyroku jest niezwykle lakoniczne i składa się z 3 stron. Jednakże zarzut lakoniczności uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia sam przez się nie jest równoznaczny z naruszeniem przepisu art. 328 § 2 k.p.c., bowiem o jego naruszeniu świadczyłoby dopiero wykazanie, że uzasadnienie zaskarżonego orzeczenia pozbawione jest konkretnych elementów, o których mowa w tym przepisie. Lakoniczne, a więc w pewnym sensie zwięzłe, uzasadnienie może zawierać wszystkie elementy wymagane przez art. 328 § 2 k.p.c. (wyrok SN z 17 lipca 1997 r. sygn. akt III CKN 147/97, OSP 2000, nr 4 poz. 63). Jednakże uzasadnienie niniejszego wyroku Sądu drugiej instancji nie wskazuje podstawy faktycznej rozstrzygnięcia i nie wyjaśnia podstawy prawnej rozstrzygnięcia z przytoczeniem przepisów prawa, a zatem nie zawiera elementów wymaganych przez powyższy przepis. Sąd Apelacyjny dokonał selektywnej analizy zarzutów apelacji. Przykładowo w uzasadnieniu pomięto zarzut naruszenia art. 27 ust. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów; do zarzutu naruszenia art.

16 ust. 1 pkt 1 uznk w związku z art. 24 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów odniesiono się w jednym zdaniu.

10. Zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 16 ust. 1 pkt 2 uznk ze względu na wadliwie ukształtowany model przeciętnego konsumenta. Model ten zakłada, że jest to osoba należycie poinformowana, uważna, ostrożna i rozsądnie krytyczna (wyrok SN z 2 października 2007 r., sygn. akt II CSK 289/07, OSNC 2008, nr 12, poz. 140; wyrok SN z 3 grudnia 2003 r., sygn. akt I CK 358/02, niepublikowany). Taki konsument posiada umiejętność odczytywania informacji reklamowych, nie poddaje się łatwo reklamie i zawartym w niej sugestiom, przejawia pewien stopień krytycyzmu wobec reklamy (wyrok SN z 3 grudnia 2003 r., sygn. akt I CK 358/02; wyrok TS w sprawie C-210/96 *Gut Springenheide*, Zb. Orz. 1998, I-4657; wyrok TS w sprawie C-470/93 *Mars*, Zb. Orz. 1995, I-1923). Dysponuje określonym zasobem informacji o otaczającej go rzeczywistości i potrafi to wykorzystać, dokonując analizy przekazów rynkowych (wyrok TS w sprawie C-465/98 *Darbo*, Zb. Orz. 2000, s. I-2297; wyrok SN z 3 grudnia 2003 r., sygn. akt I CK 358/02). Modelowy konsument zawsze będzie charakteryzował się wymienionymi powyżej cechami, które będą występowały z różnym natężeniem. Natomiast poziom uwagi konsumenta może być niższy, w zależności od tego, jakich towarów dotyczy przedmiotowa reklama oraz w jakich okolicznościach są one nabywane (wyrok SN z 9 stycznia 2008 r., sygn. akt II CSK 363/07, niepublikowany).
11. Wzorzec przeciętnego konsumenta należycie poinformowanego, uważnego i rozsądnego nie może być definiowany w oderwaniu od ustalonych – odrębnie dla każdej sprawy – warunków obrotu i realiów życia gospodarczego (wyrok SN z 11 lipca 2002 r., sygn. akt I CKN 1319/00, OSNC 2003, nr 5, poz. 73; wyrok SN z 2 października 2007 r., sygn. akt II CSK 289/07; wyrok TS w sprawie C-342/97 *Lloyd Schuhfabrik Meyer*, Rec. 1999, s. I-3819, pkt 26; wyrok TS w sprawie C-299/99 *Philips*, Rec. 2002, s. I-5475, pkt 63). Wynika z tego, że wzorcem uwzględnianym przy ocenie wprowadzającego w błąd charakteru reklamy jest model przeciętnego

odbiorcy reklamy, a zatem konsumenta reklamowanych artykułów lub usług. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości wyjaśniono, że przy ocenie wprowadzenia w błąd przez reklamę należy uwzględnić krąg odbiorców, do których adresowana jest reklama (zob. np. wyrok TS z 18 listopada 2010 r. w sprawie C-159/09 *Lidl SNC*, pkt 50 – „reklama może być [...] uznana [...] za wprowadzającą w błąd, jeśli sąd krajowy stwierdzi przy uwzględnieniu wszystkich istotnych okoliczności danej sprawy, a w szczególności faktu zamieszczenia pewnych informacji lub ich pominięcia w tej reklamie, iż znaczna część konsumentów, do których reklama jest skierowana”). Nie chodzi przy tym o krąg wszystkich odbiorców reklamy, a więc osób, które mogły się z przedmiotową reklamą zapoznać w środkach masowego przekazu lub – jak w niniejszej sprawie – podczas zakupów w centrum handlowym. Z orzecznictwa TS wynika bowiem, że „sąd krajowy musi przede wszystkim wziąć pod uwagę sposób postrzegania tej reklamy przez przeciętnego, właściwie poinformowanego, dostatecznie uważnego i rozsądnego konsumenta towarów lub usług będących przedmiotem danej reklamy” (wyrok TS z 18 listopada 2010 r. w sprawie C-159/09 *Lidl SNC*, pkt 47; podobnie zob. wyrok TS z 25 stycznia 2005 r. w sprawie C-48/05 *OPEL*, Zb. Orz. 2007, I-1017, pkt 23 – „sąd odsyłający wyjaśnił, że przeciętny konsument towarów wytwarzanych przez przemysł zabawkarski w Niemczech, właściwie poinformowany, dostatecznie uważny i rozsądny jest przyzwyczajony do tego, że modele redukcyjne opierają się na realnie istniejących przykładach a nawet przywiązuje znaczną wagę do zachowania całkowitej wierności oryginałowi, z takim skutkiem, iż tenże konsument będzie postrzegał figurujące na towarach Autec logo Opla jako wskazówkę, że chodzi tu o odtworzenie w pomniejszonej skali pojazdu marki Opel”; wyrok TS z 19 września 2006 r. w sprawie C-356/04 *Lidl Belgium GmbH & Co KG*, Zb. Orz. 2006, I-8501, pkt 78 – „sądy te powinny [...] wziąć pod uwagę sposób postrzegania tej reklamy przez przeciętnego, właściwie poinformowanego, dostatecznie uważnego i rozsądnego konsumenta towarów lub usług będących przedmiotem danej reklamy [...]"). Konieczna jest więc rekonstrukcja nie „ogólnego modelu przeciętnego

konsumenta”, lecz „modelu przeciętnego konsumenta reklamowanych towarów” (przeciętnego konsumenta leków, do którego kierowane były gazetki reklamowe – wyrok SN z 2 października 2007 r., sygn. akt II CSK 289/07; wyrok SN z 3 grudnia 2003 r., sygnakt I CK 358/02). Powyższe nie przesądza, czy zachowanie powoda stanowiło reklamę wprowadzająca w błąd, lecz jedynie ukierunkowuje ocenę przedmiotowej reklamy. Powinna zostać ona dokonana z perspektywy zasobu informacji oraz krytycyzmu, jakim powinien się cechować „przeciętny” konsument zidentyfikowany zgodnie z przedstawionymi powyżej założeniami.

12. Mając powyższe na względzie Sąd Najwyższy orzekł, jak w sentencji wyroku.