



Sygn. akt III SK 34/13

**WYROK  
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 4 marca 2014 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Halina Kiriło (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Zbigniew Korzeniowski

SSN Krzysztof Staryk

w sprawie z powództwa P. Spółki Akcyjnej w W.  
przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów  
o naruszenie zbiorowych interesów konsumentów i nałożenie kary pieniężnej,  
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń  
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 4 marca 2014 r.,  
skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego  
z dnia 5 lutego 2013 r.,

- 1. oddala skargę kasacyjną,**
- 2. zasądza od powoda P. S.A. w W. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 270 (dwieście siedemdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu kasacyjnym.**

**UZASADNIENIE**

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Prezes Urzędu) decyzją z 31 grudnia 2009 r. uznał, że P. Sp. z o.o. (powód) dopuściła się praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331, ze zm., dalej jako ustawa) polegającej na prowadzeniu kampanii reklamowej dotyczącej promocyjnych ofert usługi dostępu do internetu w telefonie komórkowym „Zawsze taniej z najbliższymi z internetem w telefonie” oraz „Telefoniczna okazja z internetem w telefonie”, zawierającej hasła „Najszybszy internet w komórce. Bez limitu. Za 5 zł”, podczas gdy w rzeczywistości limit w przedmiotowych ofertach występował i wносił 50 MB w cyklu rozliczeniowym, zaś abonament za usługę w wysokości 5 złotych miesięcznie obowiązywał jedynie w ciągu 3 pierwszych cykli rozliczeniowych. W ocenie Prezesa Urzędu, zachowanie to stanowiło nieuczciwą praktykę rynkową przez naruszenie art. 5 ust. 1, art. 5 ust. 2 pkt 1 oraz art. 5 ust. 3 pkt 2 i 5 w związku z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. nr 171, poz. 1206). Była to praktyka wprowadzająca w błąd przeciętnego konsumenta na etapie przedkontraktowym. Konsument na podstawie prowadzonej przez powoda kampanii reklamowej mógł przyjąć, że oferuje on możliwość korzystania z Internetu w komórce bez limitu za 5 złotych sugerując się brzmieniem hasła reklamowego „Najszybszy Internet w komórce. Bez limitu. Za 5 zł”. Za stwierdzone naruszenie Prezes Urzędu wymierzył powodowi na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy karę pieniężną w wysokości 8.729.993 zł.

Powód zaskarżył decyzję Prezesa Urzędu odwołaniem, które Sąd Okręgowy w W. wyrokiem z 25 kwietnia 2012 r., uwzględnił tylko częściowo.

Oddalając zarzut naruszenia art. 1 ust. 1 ustawy, Sąd pierwszej instancji wskazał, że w sprawach dotyczących naruszenia zbiorowych interesów konsumentów nadrzędnym celem jest ochrona konsumentów. Nie bada się interesu przedsiębiorcy stosującego praktykę. Interes przedsiębiorcy naruszającego te interesy ustępuje przed interesem szerszego kręgu uczestników rynku gospodarczego. Zaskarżona decyzja nie neguje prawa powoda do reklamowania swoich usług, ale wskazuje, że ma się to odbywać zgodnie z prawem a nie zgodnie z zasadami wypracowanymi przez konkurentów powoda.

Zdaniem Sądu Okręgowego, z porównania faktycznych warunków oferty powoda ze stosowanym hasłem reklamowym „Najszybszy internet w komórce. Bez limitu. Za 5 zł” wynika, że rozpowszechniana w reklamie informacja była nieprawdziwa, ponieważ limit przy transferze danych występował (50MB), a abonament w podanej w reklamie wysokości 5 zł obowiązywał tylko przez pierwsze 3 cykle rozliczeniowe. Przekaz reklamowy dostarczał informacji na temat cech produktu w sposób niepełny (co do braku limitu oraz co do ceny). W ten sposób stworzono fałszywe wyobrażenia prowadzące do podjęcia (lub możliwości podjęcia) przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął. Mylne wyobrażenie co do warunków usługi „blueconnect 50MB” na etapie przedkontraktowym mogło w konsekwencji prowadzić do upośledzenia wyboru rynkowego konsumenta, tym bardziej, że w okresie prowadzonej kampanii reklamowej przeciętny konsument nie miał wiedzy pozwalającej mu samodzielnie zweryfikować treść przekazu reklamowego, gdyż internet mobilny nie był wówczas powszechny.

Odnosząc się do modelu przeciętnego konsumenta w niniejszej sprawie, Sąd Okręgowy przyjął, że przy wprowadzeniu nowego produktu na rynek, innowacyjnego w swoim rozwiązaniu, nie można od dostatecznie dobrze poinformowanego, uważnego i ostrożnego konsumenta oczekiwać, aby wiedział, jakie jest średnie zużycie paczki danych, a tym samym - czy oferowany pakiet danych jest wystarczający w jednym cyklu rozliczeniowym. Za niewiarygodne uznano twierdzenia powoda, że reklama była kierowana do klienta młodego, ciekawego, zorientowanego w technologii. Adresatem reklamy był nieograniczony krąg konsumentów, którzy z ciekawości nową usługą dodatkową mogli podjąć decyzję dotyczącą zawarcia z powodem umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych. Na tej podstawie Sąd pierwszej instancji przyjął, że powód dopuścił się nieuczciwej praktyki rynkowej, polegającej na wprowadzeniu w błąd przez rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji, co z kolei stanowi praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Sąd Okręgowy w W. obniżył jednak wysokość nałożonej kary z kwoty 8.729.993 zł do kwoty 3.777.020,09 zł, kierując się zmianą wysokości przychodu

powoda za rok 2008 r., dokonaną korektą dokumenty CIT-8 za 2008 r. Przychód ten posłużył do dokonania przez Sąd pierwszej instancji obliczeń według metody i wskaźników zastosowanych przez Prezesa Urzędu w zaskarżonej decyzji. Sąd Okręgowy nie podzielił natomiast zarzutu powoda co do wymierzenia mu kary pieniężnej w wysokości rażąco przewyższającej kary pieniężne nakładane dotychczas przez Prezesa Urzędu na innych przedsiębiorców na tej samej podstawie prawnej oraz w podobnych okolicznościach faktycznych.

Powód zaskarżył wyrok Sądu Okręgowego apelacją.

Sąd Apelacyjny wyrokiem z 5 lutego 2013 r., zmienił w punkcie I wyrok Sądu Okręgowego w ten sposób, że dotychczasowe brzmienie oznaczył jako pkt Ia) oraz dodał punkt Ib) o następującej treści „zmienia zaskarżoną decyzję w pkt II w ten sposób, iż wskazany w nim okres publikacji decyzji na stronie internetowej przedsiębiorcy [www.era.pl](http://www.era.pl) zmienia z 6 miesięcy na 2 miesiące”. W pozostałym zakresie oddalił apelację powoda oraz zasądził na rzecz Prezesa Urzędu koszty postępowania apelacyjnego.

Sąd drugiej instancji podzielił stanowisko Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zgodnie z którym używane przez powoda w reklamie sformułowanie „bez limitu” odnosiło się do braku limitu transferu danych, sformułowanie „za 5 zł” sugerowało stałą opłatę abonamentową za cały okres obowiązywania umowy, a adresatem reklam nie były tylko osoby młode i zorientowane w technologii. Usługa powoda nie przełamywała barier dostępu do sieci Internet za pomocą telefonu komórkowego w dowolnym miejscu i czasie. Innowacja technologiczna w oferowanej usłudze polegała na zastosowaniu oprogramowania, które ułatwiało i przyspieszało korzystanie z Internetu za pomocą przeglądarki „opera mini”. Dzięki wdrożonej technologii powstała możliwość przeglądania każdej strony www, która była kompresowana do rozmiarów umożliwiających szybkie wyświetlenie na telefonie komórkowym o małym ekranie. Za mało logiczne i mało przekonujące Sąd Apelacyjny uznał zeznania świadków, jakoby hasło „bez limitu” odnosiło się do swobodnego korzystania z Internetu w komórce poza domem, bez barier. Ta nowa technologia zastosowana w reklamowej usłudze wyrażała się hasłem najszybszy Internet. Nie można zatem uznać hasła „bez limitu” za niosące przekaz o łamaniu barier w uzyskaniu dostępu do sieci.

Sąd Apelacyjny w dalszej kolejności przyjął, że reklamowana wysokość wynagrodzenia za świadczoną usługę dostępu do Internetu w komórce przez przeciętnego konsumenta nie mogła być odbierana inaczej, jak odnosząca się do całego okresu trwania umowy o świadczenie usługi dostępu do Internetu. Przeciętny konsument, będący osobą doinformowaną i rozważną, ma świadomość tego, że umowy o świadczenie usług telefonii mobilnej zawierane są na czas określony oraz że opłaty za tego rodzaju usługi są świadczeniami okresowymi. Odstępstwo od powszechnie przyjętej praktyki stałości opłaty za cały okres świadczenia usług ustalony w umowie, jako rozwiązanie nietypowe, należało wyraźnie zaznaczyć w przekazie reklamowym. Sąd Apelacyjny przyjął także, że odbiorcą reklamy są konsumenci reklamowanych usług, a nie wszystkie osoby, które mogłyby się z przedmiotową reklamą zetknąć w środkach masowego przekazu. Brak jednak podstaw do przyjęcia, że reklamowana przez powoda usługa blueconnect 50 MB pozostawała w kręgu zainteresowań głównie ludzi młodych, ciekawych, zorientowanych w technologii. Kwestia wieku nie była czynnikiem wyznaczającym zakres grupy docelowej.

Używane przez powoda hasło zawierało informacje nieprawdziwe w odniesieniu do tej cechy reklamowanej usługi, jaką był brak limitu transferu danych i cena tej usługi. Rzeczywiste warunki umowy były inne niż reklamowane: transfer był limitowany do 50MB w jednym okresie rozliczeniowym, zaś cena 5 zł obowiązywała tylko przez pierwsze 3 okresy rozliczeniowe. Te nieprawdziwe informacje czyniły reklamowaną usługę bardziej atrakcyjną, przez co mogły wzbudzić u przeciętnego konsumenta chęć nabycia oferowanego produktu, niezależnie od innego czynnika motywacyjnego, jakim było nowoczesne rozwiązanie technologiczne pozwalające na szybkie korzystanie z sieci internetowej. Przeciętny konsument mógł odczytać wynikający z reklamy przekaz w sposób prezentowany przez Prezesa Urzędu – za 5 zł miesięcznie można korzystać bez ograniczeń z Internetu przez komórkę. Reklamowe hasło z punktu widzenia zasad doświadczenia życiowego wprowadzało lub mogło wprowadzać konsumenta w błąd co do rzeczywistych warunków umowy dotyczących reklamowanej usługi, co mogło z kolei spowodować podjęcie przez niego decyzji, której inaczej by nie podjął. Powyższego nie zmienia, że kampania reklamowa

zawierała odesłanie do szczegółowych warunków promocji, z których konsument mógł się dowiedzieć o rzeczywistych warunkach świadczenia reklamowanej usługi. Bezprawne zachowanie powoda polegało na tym, że w sposób nieuczciwy, sprzeczny z dobrymi obyczajami, gdyż polegający na podawaniu nieprawdziwych istotnych informacji na temat produktu, wzbudzała zainteresowanie ofertą tak, że konsumenci mogli powziąć chęć skorzystania z niej.

Sąd Apelacyjny wskazał także, że powód nie ma racji usprawiedliwiającej swoje działanie specyfiką przekazu reklamowego, polegającą na uwypukleniu najkorzystniejszych aspektów oferty i posługiwania się skrótami myślowymi. Zakwestionowane hasła uwypuklały nieprawdziwe cechy produktu, niepogłębione ani niedoprecyzowane w warunkach oferty czy regulaminie świadczenia usług, tylko zmienione względem obietnic składanych w reklamie. Sąd Apelacyjny wskazał, że zamiast zakwestionowanego hasła, powód mógł użyć hasła w rodzaju „najszybszy internet. 50 MB za 5 zł m-cznie” bądź „Najszybszy internet. Duża paczka danych za 5 zł”.

Sąd Apelacyjny uznał, że Sąd pierwszej instancji trafnie scharakteryzował model przeciętnego konsumenta zainteresowanego reklamowaną przez powoda usługą dostępu do internetu w telefonie komórkowym jako osobę bardziej niż przeciętnie zorientowaną w nowych technologiach związanych z telekomunikacją. Od konsumenta takiego nie sposób jednak wymagać wiedzy na poziomie profesjonalnym, a w szczególności skutków zastosowania nowej technologii w kontekście możliwości transferu danych mogących przekładać się na niską cenę usługi. Niewątpliwie przeciętny konsument miał świadomość tego, że przekaz reklamowy zawierający odwołanie do warunków szczegółowych promocji może zawierać tylko część informacji dotyczących takiej promocji oraz, że dla oglądu sytuacji, niezbędne jest zapoznanie się z tymi warunkami. Specyfika reklamy nie uzasadnia zakładania przez ostrożnego konsumenta, że podawane mu w przekazaniu reklamowym informacje na temat cech istotnych reklamowanego produktu są nieprawdziwe. Te nieprawdziwe informacje mogły skutkować podjęciem przez konsumenta decyzji dotyczącej umowy, udania się do punktu sprzedaży, zapoznania się ze szczegółowymi warunkami na stronie internetowej operatora, których to czynności konsument by nie podjął, gdyby nie przyciągające

go nieprawdziwe hasła reklamowe. Przeciętny konsument znający na ogólnym poziomie zasady działania rynku telekomunikacyjnego oraz standardowe warunki ofert promocyjnych, powinien spodziewać się, że przekaz reklamowy nie zawiera wyczerpującej informacji, jednak nie ma podstaw zakładać, iż informacje zawarte w takim przekazie są nieprawdziwe, tj., że nie uzyska usługi internetu mobilnego bez limitu za 5 zł miesięcznie.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących kary pieniężnej, Sąd Apelacyjny w pierwszej kolejności wskazał na fakultatywny charakter kary z art. 106 ust. 1 ustawy. Sąd Okręgowy nie ustosunkował się w uzasadnieniu wyroku do kwestii samej słuszności wymierzania powodowi kary, nie mniej przywołana w zaskarżonej decyzji argumentacja Prezesa Urzędu zasługiwała na uwzględnienie. Za wymierzeniem kary pieniężnej przemawiał charakter dokonanego naruszenia, rodzaj naruszonego dobra (podstawowe prawo konsumenta do rzetelnej, pełnej, prawdziwej informacji). W ocenie Sądu drugiej instancji, praktyki wprowadzające w błąd są szczególnie nieuczciwe, jako oddziałujące na sferę decyzyjną konsumenta i zniekształcające jego decyzje rynkowe. Sąd Apelacyjny nie uwzględnił okoliczności powołanych przez powoda, w tym: 1) możliwości rezygnacji przez konsumenta z reklamowanej usługi bez jakichkolwiek dodatkowych kosztów (jako okoliczności irrelevantnej z punktu widzenia nieuczciwej praktyki rynkowej); 2) braku przypadków przekroczenia poziomu przesyłu danych na poziomie 50 MB; 3) braku reklamacji lub skarg (nie oznaczała to, że nie było rozczarowanych hasłami reklamowymi klientów, zaś dla przyjęcia nieuczciwej praktyki wprowadzającej w błąd wystarczająca jest sama możliwość wywołania u konsumentów mylnego wyobrażenia na temat cech reklamowanego produktu), 4) jedynie pośredniego naruszenia interesu ekonomicznego konsumentów.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących wysokości kary pieniężnej, Sąd Apelacyjny wskazał, że nominalnie kara ta jest wysoka, niemniej na tle osiągniętego w 2008 r. przychodu, który stanowi punkt odniesienia do jej obliczenia, kara ta jest niewielka, gdyż wynosi 0,045%. Mając na względzie funkcję represyjną (dolegliwość finansowa) i prewencyjną (zapobieganie naruszeniom) Sąd Apelacyjny uznał, że do osiągnięcia swojego celu kara musi przedstawiać pewną ekonomicznie odczuwalną dla ukaranego wartość, a nie wyrażać się w kwocie symbolicznej w

stosunku do zakresu i rentowności prowadzonej przez przedsiębiorcę działalności gospodarczej. Dlatego nominalna wartość kary pieniężnej eksponowana przez powoda nie miała znaczenia dla oceny prawidłowości ustalenia wysokości wymierzonej kary.

Odnosząc się do poszczególnych szczegółowych zarzutów w tym zakresie, Sąd Apelacyjny uznał za nielogiczne wywody powoda dotyczące nieproporcjonalności wymierzonej kary pieniężnej w stosunku do liczby konsumentów, którzy skorzystali z oferty objętej kwestionowaną reklamą, a tym samym korzyści, jakie powód z nich uzyskał. Nieuczciwy, wprowadzający w błąd przekaz reklamowy przyciągnął lub mógł przyciągnąć uwagę konsumentów odnośnie oferowanego przez powoda produktu i nawet jeżeli część tych konsumentów zrezygnowała z zawarcia umowy po zapoznaniu się z rzeczywistymi warunkami umowy, to niewątpliwie istniała także i taka grupa konsumentów, którzy z tej usługi korzystali lub mogli skorzystać. Przy ustalaniu wymiaru kary nie należy kierować się korzyściami, jakie odniósł przedsiębiorca dzięki praktyce, ale korzyściami, jakie mógł odnieść. Korzyści jakie mógłby odnieść powód w wyniku zastosowania praktyki, polegały na zwróceniu uwagi konsumentów na swoją ofertę, zaś w dalszej kolejności - na pozyskaniu części z nich jako kontrahentów umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, a nie tylko usługi dodatkowej „blueconnect 50 MB”. Usługa mobilnego Internetu nie miała samoistnego charakteru, korzystanie z niej wiązało się z koniecznością skorzystania z usługi telefonii mobilnej powoda. Ewentualnych korzyści, jakie powód mógłby odnieść stosując praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, nie można sprowadzać tylko do przychodu uzyskanego od osób, które skorzystały jedynie z reklamowanej usługi dodatkowej, tym bardziej że powód zaprzestał stosowania praktyki w związku ze wszczęciem przez Prezesa Urzędu postępowania wyjaśniającego.

Okoliczność braku dotychczasowego naruszenia przez powoda przepisów ustawy nie mogła zostać potraktowana jako okoliczność łagodząca wymiar kary, gdyż art. 111 ustawy wymienia uprzednie naruszenie przepisów ustawy jako czynnik obciążający. Katalog przesłanek z art. 111 ustawy nie jest zamknięty, nie mniej obowiązek przestrzegania prawa ciąży na każdym podmiocie, zatem z faktu dotychczasowego przestrzegania tego obowiązku nie sposób wyprowadzić dla



powoda pozytywnych dla niego skutków w postaci zmniejszenia wysokości kary pieniężnej, w szczególności zaś takiej, która w ocenie Sądu została ustalona na niewysokim poziomie, biorąc pod uwagę jej górny pułap wynoszący 10% przychodu.

Sąd Apelacyjny wskazał także, że przy ustalaniu wysokości kary uwzględniono nieumyślność działania powoda oraz niezwłoczne zaniechanie stosowania niedozwolonej praktyki.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących zastosowania Wyjaśnień w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, Sąd Apelacyjny stwierdził, że Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów rozstrzygając o prawidłowości wymierzonej powodowi kary pieniężnej nie ograniczył się do sprawdzenia, czy kara była zgodna z tymi Wyjaśnieniami. Oceniając wymiar kary pieniężnej nałożonej na powoda, zbadał przesłanki rzutujące na jej wysokość z art. 111 ustawy. Z kolei kontrola zgodności wymierzonej kary z Wyjaśnieniami wynikała z konieczności ustosunkowania się do zarzutu podniesionego w odwołaniu.

Sąd Apelacyjny nie podzielił stanowiska powoda w przedmiocie naruszenia zasady równości wobec prawa na skutek nieuwzględnienia przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej okoliczności, że w bardzo podobnych stanach faktycznych kary pieniężne nakładano w wielokrotnie niższej wysokości. Wnioski takie powód wysnuł z dwóch decyzji administracyjnych, co nie może stanowić właściwego wykładnika dla określenia dotychczasowego dorobku orzeczniczego Prezesa Urzędu. Decyzje te wydano ponadto przed opracowaniem Wyjaśnień.

Nie doszło także do naruszenia zasady proporcjonalności. Twierdzenie, że kara powinna pozostawać w związku tylko z działalnością powoda prowadzoną w tym segmencie rynku, w którym dopuścił się on praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, a zatem stanowić procent przychodu osiągniętego jedynie z tego rodzaju działalności, jest błędne. Głównym przedmiotem prowadzonej przez powoda działalności gospodarczej jest sprzedaż produktów oraz świadczenie usług telekomunikacyjnych. W tym zakresie mieści się także świadczenie usługi dostępu do mobilnego Internetu, traktowanej jako usługa dodatkowa, a nie samodzielna, ponieważ Internet mobilny nie może funkcjonować bez telefonii mobilnej.

Odnosząc się do nałożonego na powoda obowiązku publikacji decyzji w prasie i na stronie internetowej powoda, Sąd Apelacyjny wskazał, że w postępowaniu przed organem regulacyjnym oraz Sądem pierwszej instancji nie ustalono istnienia skutków, usunięciu których miał służyć obowiązek opublikowania decyzji. Celem obowiązku publikacyjnego, obok funkcji represyjnej, jest również funkcja edukacyjna oraz prewencyjna wobec innych uczestników rynku, który to cel wyjaśniono w zaskarżonej decyzji oraz wyroku Sądu pierwszej instancji.

Sąd Apelacyjny nie podzielił argumentacji powoda, że skoro inkryminowana kampania reklamowa nie była prowadzona na łamach prasy codziennej, to niezasadne jest obciążenie go obowiązkiem publikacji sentencji decyzji Prezesa Urzędu w poczytnym dzienniku ogólnopolskim. Upublicznienie decyzji w prasie o zasięgu ogólnopolskim wynika przede wszystkim z faktu, że prowadzona przez niego kampania reklamowa miała ogólnopolski zasięg, przybrała postać reklamy telewizyjnej, internetowej, zewnętrznej i ulotkowej. Krąg osób, do których mogło dotrzeć wprowadzające w błąd hasło, był zatem szeroki.

Sąd drugiej instancji podzielił natomiast zarzut apelacyjny dotyczący obowiązku publikacji całej decyzji Prezesa Urzędu na stronie internetowej powoda i utrzymania decyzji na tej stronie przez okres 6 miesięcy. Nie uzasadniono, dlaczego taki okres jest adekwatny do dokonanego przez powoda naruszenia. Skoro praktyka trwała nie dłużej niż 2 miesiące, to niezrozumiałe jest, dlaczego decyzja miałaby być utrzymywana na stronie przez okres 6 miesięcy, zaś w związku z publikacją sentencji decyzji w dzienniku o zasięgu ogólnopolskim osiągnięto cel represyjny, edukacyjny i prewencyjny publikacji. Stopień dolegliwości nałożonej sankcji nie powinien być większy, niż jest to niezbędne dla osiągnięcia zamierzonego celu.

Powód zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego skargą kasacyjną w części odnośnie punktu I (w zakresie w jakim utrzymano w mocy punkt I wyroku Sądu Okręgowego w W. w odniesieniu do nałożenia kary pieniężnej oraz w zakresie, w jakim utrzymano w mocy nakazanie publikacji decyzji Prezesa Urzędu przez umieszczenie odnośnika do decyzji na stronie głównej [www.era.pl](http://www.era.pl) oraz utrzymywanie tej decyzji na stronie internetowej powoda przez okres 2 miesięcy), a w całości co do punktu II (którym oddalono apelację powoda w pozostałej części)

oraz punktu III (którym rozstrzygnięto o kosztach postępowania). Powód wniósł o uchylenie wyroków Sądów obu instancji i orzeczenie co do istoty sprawy przez uchylenie zaskarżonej decyzji oraz zasądzenie kosztów postępowania; ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania temu sądowi.

Zaskarżonemu wyrokowi powód zarzucił naruszenie: 1) art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 111 ustawy i art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, przez wymierzenie kary pieniężnej obliczonej na podstawie całego przychodu osiągniętego przez powoda w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, podczas gdy winna być ona obliczona od przychodu osiągniętego w związku z prowadzoną obrocie konsumenckim działalnością, w tym segmencie, w którym dopuszczono się stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów; 2) art. 5 ust. 2 pkt 1 w związku z art. 5 ust. 1 w związku z art. 4 ust. 1 i 2 w związku z art. 2 pkt 8 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, przez przyjęcie, że przeciętnym konsumentem w rozumieniu tej ustawy jest każdy konsument mogący potencjalnie zapoznać się z przekazem reklamowym, a nie wyłącznie konsument, do którego przekaz reklamowy jest kierowany.

Prezes Urzędu w odpowiedzi na skargę kasacyjną wniósł o jej oddalenie i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna powoda nie ma uzasadnionych podstaw.

W pierwszej kolejności należy rozpoznać drugi zarzut skargi kasacyjnej, w którym powód zarzuca Sądowi Apelacyjnemu niewłaściwe zastosowanie art. 5 ust. 2 pkt 1 w związku z art. 5 ust. 1 w związku z art. 4 ust. 1 i 2 w związku z art. 2 pkt 8 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przez przyjęcie, iż przeciętnym konsumentem, wobec którego może być stosowana nieuczciwa praktyka rynkowa, będąca działaniem wprowadzającym w błąd polegającym na rozpowszechnianiu nieprawdziwych informacji, jest każdy konsument mogący

potencjalnie zapoznać się z przekazem reklamowym, a nie wyłącznie konsument, do którego przekaz reklamy jest kierowany.

Naruszenia powołanych powyżej przepisów powód upatruje w przyjęciu przez Sąd Apelacyjny niewłaściwego wzorca dla rekonstrukcji na użytek rozstrzygnięcia niniejszej sprawy cech, jakimi powinien charakteryzować się właściwy dla oceny zachowania powoda model przeciętnego konsumenta.

Ustosunkowując się do powyższego zarzutu należy w pierwszej kolejności stwierdzić, że zgodnie z wykładnią dokonaną przez TSUE w wyroku z 19 września 2013 r. w sprawie C-435/11 *CHS Tour Services GmbH* (pkt 45), dla kwalifikacji praktyki handlowej jako wprowadzającej w błąd nie ma potrzeby odwoływania się do kryterium staranności zawodowej z art. 5 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2005/29 (dobrych obyczajów z art. 4 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym). Do kwalifikacji zachowania przedsiębiorcy jako praktyki rynkowej wprowadzającej w błąd wystarczające jest stwierdzenie, że spełnione są przesłanki określone w art. 6 ust. 1 dyrektywy 2005/29 (art. 5 ust. 1 ustawy). Bezprzedmiotowe jest w konsekwencji przywołanie w treści zarzutu skargi art. 4 ust. 1 i 2 ustawy, statuującego ogólną definicję nieuczciwej praktyki rynkowej. Ponadto, jak wynika z wyroku TSUE z 19 grudnia 2013 r. w sprawie C-281/12 *Trento Sviluppo srl* (pkt 36), istotne dla praktyk rynkowych wprowadzających w błąd pojęcie „decyzji dotyczącej transakcji” zostało zdefiniowane w sposób ogólny. Decyzją taką jest „każda podejmowana przez konsumenta decyzja co do tego, czy, jak i na jakich warunkach dokona zakupu”, a zatem nie tylko decyzja o dokonaniu bądź niedokonaniu zakupu produktu (zawarcie umowy o świadczenie reklamowanych dodatkowych usług telekomunikacyjnych), lecz również decyzja, która ma z nią bezpośredni związek, w szczególności zaś decyzja „o wejściu do sklepu” (punktu, w którym powyższe umowy są zawierane). Pozwala to uznać reklamę usługi za nieuczciwą praktykę rynkową, nawet gdy w punkcie sprzedaży konsument otrzyma wyjaśnienie co do faktycznej treści przekazu reklamowego.

Zgodnie z art. 2 pkt 8 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, pod pojęciem przeciętnego konsumenta rozumie się „konsumenta, który jest dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny”. Oceny zakresu informacji oraz poziomu uwagi i ostrożności „dokonuje się z uwzględnieniem

czynników społecznych, kulturowych, językowych i przynależności danego konsumenta do szczególnej grupy konsumentów, przez którą rozumie się dającą się jednoznacznie zidentyfikować grupę konsumentów, szczególnie podatną na oddziaływanie praktyki rynkowej lub na produkt, którego praktyka rynkowa dotyczy, ze względu na szczególne cechy, takie jak wiek, niepełnosprawność fizyczna lub umysłowa”. Z uzasadnienia projektu ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym wynika, że definicja legalna przeciętnego konsumenta z art. 2 pkt 8 ustawy opiera się na modelu przeciętnego konsumenta wypracowanego w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Orzecznictwo to wykształciło się w sprawach z zakresu swobody przepływu towarów, prawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz prawa znaków towarowych. Za podstawowe orzeczenie w tej kwestii w piśmiennictwie uznawany jest wyrok TSUE z 16 lipca 1998 r. w sprawie C-210/96 *Gut Springenheide GmbH* (pkt 31), zgodnie z którym występująca w różnych gałęziach prawa przesłanka niebezpieczeństwa wprowadzenia w błąd powinna być oceniana z uwzględnieniem domniemanych, zakładanych oczekiwań przeciętnego konsumenta (odbiorcy), który jest „rozsądnie”, „dosyć”, „w miarę” dobrze poinformowany oraz „rozsądnie”, „dosyć”, „w miarę” spostrzegawczy i ostrożny. Z tego samego wyroku wynika także, że przy ocenie przesłanki niebezpieczeństwa wprowadzenia w błąd w przypadku przekazu reklamowego, wzorzec przeciętnego konsumenta powinien zostać zrekonstruowany z uwzględnieniem tego kręgu konsumentów, do których adresowana jest dana reklama (pkt 34). Zgodnie z tym tokiem rozumowania w wyroku z 6 lipca 1995 r. w sprawie *Mars* (Rec. 1995, I-1923) TSUE uznał, że przeciętny konsument wie o tym, że nie zawsze zachodzi związek między wielkością napisu na opakowaniu, promującego zwiększoną masę/objętość/ilość towaru a rzeczywistą wielkość „dodatкового przysporzenia”. Z orzecznictwa TSUE wynika także, że rodzaj towarów (usług) może być wyznacznikiem poziomu uwagi, jakiego należy oczekiwać od modelowego przeciętnego konsumenta (wyroki z 9 sierpnia 1994 r. w sprawie C-51/93 *Meyhui*, Rec. 1994, I-3879; z 2 lutego 1994 r. w sprawie C-315/92 *Clinique*, Rec. 1994, I-317).

W polskim piśmiennictwie z zakresu nieuczciwej konkurencji wskazuje się, że w przypadku reklamy wprowadzającej w błąd wspomniany wzorzec ustala się w

oparciu o uwzględniane łącznie dwa kryteria: rodzaj reklamowanego towaru lub usługi (wyznaczający adresata reklamy) oraz sposób rozpowszechniania reklamy (wyznaczający rzeczywistego odbiorcę reklamy). Pierwsze kryterium ma podstawowe znaczenie z punktu widzenia rekonstrukcji zasobu „domniemanych” informacji, jakie powinien posiadać przeciętny konsument. Natomiast drugie kryterium służy ewentualnemu dookreśleniu tego zasobu w zależności od środka reklamy, gdyż może prowadzić do zawężenia kręgu osób tworzących podstawę dla rekonstrukcji wzorca przeciętnego odbiorcy. W piśmiennictwie wskazuje się ponadto, że przy ustalaniu wzorca przeciętnego konsumenta na użytek konkretnego postępowania konieczne jest respektowanie kolejności powyższych kryteriów, co oznacza, że w pierwszej kolejności ustala się, do kogo reklama jest kierowana biorąc pod uwagę rodzaj towaru (usługi), a dopiero w dalszej kolejności uwzględnia się sposób rozpowszechniania reklamy. Jak wynika to z badań z zakresu psychologii oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i Sądu Najwyższego, poziom uwagi i ostrożności przeciętnego konsumenta na użytek oceny przesłanki wprowadzenia w błąd różni się w szczególności w zależności od natury reklamowanego produktu, częstotliwości jego zakupu oraz ceny.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego można mówić już o ugruntowanej linii orzeczniczej uwzględniającej przedstawione powyżej założenia. W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że utrwalił się już pogląd, zgodnie z którym model przeciętnego konsumenta - odbiorcy reklamy - rekonstruuje się w oparciu o cechy, jakie należy przypisać konsumentowi reklamowanych artykułów lub usług (wyroki Sądu Najwyższego z 11 lipca 2002 r., I CKN 1319/00, OSNC 2003 nr 5, poz. 73; z 3 grudnia 2003 r., I CK 358/02, z 2 października 2007 r., II CSK 289/07, z 23 kwietnia 2008 r., III CSK 377/07). Uwzględnia się także krąg odbiorców reklamy – konsumentów, do których dociera oceniany przekaz (wyrok Sądu Najwyższego z 23 kwietnia 2008 r., III CSK 377/07). Z kolei w odniesieniu do cech przeciętnego konsumenta (odbiorcy reklamy), począwszy od wyroku z 3 grudnia 2003 r., I CK 358/02, w orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się, że przeciętny konsument na rynku polskim w zakresie praktyk rynkowych dotyczących reklamy, może charakteryzować się cechami, które ustawodawca wprowadził wprost do art. 2 pkt 8

ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. W orzeczeniu tym przyjęto, że polski odbiorca reklamy w mającym znaczenie dla sprawy segmencie rynku samochodowego posiadał umiejętność odczytywania informacji reklamowych i nie można potraktować go jako mało uważnego i łatwo poddającego się sugestii płynącej z otrzymanego przekazu o wielości podmiotów dbających o jego samochód. W ocenie Sądu Najwyższego, jest to konsument rozsądnie krytyczny, będący osobą dojrzałą, należycie poinformowaną, przezorną i ostrożną. W wyroku Sądu Najwyższego z 23 kwietnia 2008 r., III CSK 377/07, wskazano, że w krajowym orzecznictwie i piśmiennictwie odchodzi się od modelu przeciętnego konsumenta jako osoby niezbyt uważnej, o niedoskonałej pamięci, na rzecz modelu konsumenta uważnego, ostrożnego i dostatecznie poinformowanego. Z kolei w wyroku Sądu Najwyższego z 29 listopada 2013 r., I CSK 87/13, zwrócono uwagę, że przeciętny konsument jest nie tylko osobą dobrze poinformowaną i uważną, ale także osobą działającą racjonalnie. Jak natomiast wynika z wyroku Sądu Najwyższego z 14 października 2009 r., V CSK 102/09, ustalenie wzorca przeciętnego konsumenta obejmuje nie tylko rodzaj towarów (usług), ale także warunki rynkowe wprowadzania tych towarów do obrotu. W przypadku praktyk dotyczących reklamy oznacza to zasady działalności reklamowej na danym rynku (niezależnie od ich ostatecznej zgodności z prawem).

Powyższego nie zmieniają poglądy wyrażone w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 2 października 2007 r., II CSK 289/07, gdyż orzeczenie to stanowi przykład dostosowania cech przeciętnego konsumenta do okoliczności faktycznych konkretnej sprawy, z racji szczególnych cech charakteryzujących docelową grupą konsumentów (odbiorców reklamy) reklamowanego towaru - przeciętnego konsumenta leków, do którego kierowane były gazetki reklamowe pozwanej spółki. Jak wskazano w uzasadnieniu tego wyroku, konsumentami leków są osoby chore, często o zmniejszonej z tego powodu zdolności postrzegania, jak i rozsądnej oraz krytycznej oceny, podobnie jak osoby starsze, stanowiące znaczną grupę konsumentów leków. Są to z reguły osoby bardziej podatne na sugestię i mniej krytyczne. Do nich kierowana jest reklama leków i przy ocenie możliwości wprowadzenia w błąd, cechy właśnie w taki sposób zrekonstruowanej grupy

odbiorców należy wziąć pod uwagę przed formułowaniu modelu przeciętnego odbiorcy.

Przedstawiona powyżej linia orzecznicza znajduje zastosowanie także w sprawach z zakresu nieuczciwych praktyk rynkowych, a przez to także praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, tym bardziej, że w piśmiennictwie wskazuje się, iż model przeciętnego konsumenta stosuje się w zasadzie tak samo w sprawach dotyczących reklamy, toczących się na podstawie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Dopuszcza się nawet analogiczne stosowania orzecznictwa wypracowanego przy ocenie niebezpieczeństwa wprowadzenia w błąd co do pochodzenia towarów w zakresie prawa znaków towarowych, co znalazło już odzwierciedlenie w wyroku Sadu Najwyższego z 21 kwietnia 2011 r., III SK 45/10.

Przepis art. 2 pkt 8 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, wzorem dyrektywy 2005/29, opiera się na normatywnym modelu przeciętnego konsumenta, który polega na ustaleniu przez sąd pewnego hipotetycznego wzorca, sposobu postrzegania reklamy przez konsumenta będącego adresatem reklamy konkretnych towarów lub usług. Z uwagi na wybór modelu normatywnego przeciętnego konsumenta, nie przeprowadza się badań demoskopowych, lecz dokonuje rekonstrukcji przeciętnego konsumenta w oparciu o zespół cech zdefiniowanych przez prawodawcę. Bada się, jakie normatywnie uzasadnione oczekiwania ma ostrożny konsument, który zetknie się z określonym przekazem reklamowym.

Przeciętny konsument w rozumieniu art. 2 pkt 8 jest „dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny”. Posiada zatem pewien zasób wiedzy o rzeczywistości gospodarczej, w jakiej styka się z przekazem reklamowym. Jako uważny i ostrożny konsument, potrafi wiadomości te wykorzystywać do analizy przekazu reklamowego, wobec którego musi zachowywać pewien stopień racjonalnego krytycyzmu (niewielkiej podejrzliwości). Jak się wskazuje w piśmiennictwie, uwaga i ostrożność konsumenta zakładają, że ma on świadomość, iż nie zawsze przekaz reklamowy będzie całkowicie zgodny z rzeczywistością, co pozwala na posługiwanie się w reklamie przesadą, ale w żaden sposób nie uzasadnia posługiwania się informacjami nieprawdziwymi.



W piśmiennictwie z zakresu nieuczciwych praktyk rynkowych przyjmuje się, że ocena wprowadzenia w błąd dokonywana jest z punktu widzenia przeciętnego adresata reklamy, którego cechy ustala się na podstawie identyfikacji grupy docelowej przekazu. Dlatego stwierdzenie nieuczciwości praktyk rynkowych wymaga ustalenia adresata tych praktyk. Wzorzec konsumenta nie może być definiowany na użytek konkretnej sprawy w oderwaniu od realiów związanych z odbiorcą określonych produktów, do którego kierowana jest reklama. Konieczne jest uwzględnienie rodzaju reklamowanych usług, sposobu reklamy, warunków rynkowych, gdyż niebezpieczeństwo wprowadzenia przez przekaz reklamowy w błąd przedstawia się różnie w zależności od produktu, który jest reklamowany. Stąd też reklama narciarska nie jest skierowana do wszystkich konsumentów, czy też wszystkich konsumentów uprawiających sport, ale do konsumentów uprawiających narciarstwo lub zainteresowanych rozpoczęciem jego uprawiania. W przypadku zaś użycia specyficznego środka przekazu marketingowego krąg odbiorców reklamy, na podstawie którego rekonstruowany będzie wzorzec przeciętnego konsumenta jest jeszcze węższy.

Skarżący zasadnie argumentuje, że właściwym wzorcem dla rekonstrukcji modelu przeciętnego konsumenta na użytek oceny, czy reklama zakwestionowana przez Prezesa Urzędu mogła wprowadzać takiego konsumenta w błąd, jest przeciętny konsument usług telekomunikacyjnych reklamowanych przez powoda. Nie prowadzi to jednak żadną miarą do stwierdzenia naruszenia przez Sąd Apelacyjny w niniejszej sprawie powołanych w podstawie skargi przepisów ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, w szczególności zaś art. 2 pkt 8. Sąd drugiej instancji zrekonstruował bowiem wzorzec przeciętnego konsumenta w niniejszej sprawie kierując się kryteriami zbieżnymi z przyjmowanymi w piśmiennictwie oraz orzecznictwie Sądu Najwyższego w sprawach dotyczących niebezpieczeństwa wprowadzenia konsumenta w błąd. Jak wynika to z uzasadnienia zaskarżonego wyroku, Sąd Apelacyjny wyraźnie przyjął, że odbiorcą reklamy jest konsument reklamowanych usług, a nie wszystkie osoby, które mogły się z przedmiotową reklamą zetknąć w środkach masowego przekazu. Okoliczności faktyczne sprawy, którymi Sąd Najwyższy jest związany, nie dały Sądowi Apelacyjnemu podstaw dla uwzględnienia argumentacji, że reklamowana

usługa adresowana była głównie do „ludzi młodych, ciekawych, zorientowanych w technologii”. W dalszej kolejności Sąd Apelacyjny wskazał, że „przeciętny adresat reklamy mógł [...] jak najbardziej odczytać wynikający z niej przekaz w sposób prezentowany przez Prezesa UOKiK, że za 5 zł miesięcznie można korzystać bez ograniczeń z internetu bez komórkę”. Następnie Sąd Apelacyjny zwrócił uwagę, że model przeciętnego odbiorcy rekonstruowany jest przez sędziego „in abstracto na podstawie doświadczenia życiowego” z uwzględnieniem cech normatywnych wymienionych w art. 2 pkt 8 ustawy. Wreszcie, Sąd drugiej instancji stwierdził, że model przeciętnego konsumenta zainteresowanego reklamowaną przez powoda usługą dostępu do internetu w telefonie komórkowym został przez Prezesa Urzędu i Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów określony z uwzględnieniem, iż jest to osoba bardziej niż przeciętnie zorientowana w nowych technologiach związanych z telekomunikacją. Jednocześnie Sąd Apelacyjny uznał, że od konsumenta takiego nie sposób wymagać wiedzy na poziomie profesjonalnym w zakresie skutków zastosowanej przez powoda technologii kompresji danych dla możliwości ich transferu przy korzystaniu z reklamowanej usługi internetu mobilnego w telefonie komórkowym (uzasadnienie, s. 27-28). W dalszej kolejności Sąd Apelacyjny stwierdził, że przeciętny konsument niewątpliwie miał świadomość, że przekaz reklamowy może zawierać tylko część informacji dotyczących promocji. Jak jednak trafnie przyjął Sąd drugiej instancji, specyfika języka reklamy, a w szczególności konieczność zachowania zwięzłości przekazu, nie uzasadnia zakładania przez ostrożnego konsumenta, że podawane mu w przekazie reklamowym informacje na temat istotnych cech reklamowanego produktu są nieprawdziwe.

Sąd Najwyższy podziela powyższy pogląd. Przeciętny konsument usług telekomunikacyjnych reklamowanych przez powoda, posiadający zasób wiedzy o usługach tego rodzaju oraz specyfice działalności rynku telekomunikacyjnego, niewątpliwie mógł odczytywać przekaz reklamowy o treści „najszybszy internet w komórce. Bez limitu. Za 5 zł miesięcznie” w sposób opisany w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. W świetle powyższego, zarzut naruszenia art. 5 ust. 2 pkt 1 w związku z art. 5 ust. 1 w związku z art. 4 ust. 1 i 2 w związku z art. 2 pkt 8 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów okazał się bezpodstawny.

Przechodząc do oceny pierwszego zarzutu skargi kasacyjnej, na który składają się powołane łącznie przepisy art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 111 ustawy i art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, Sąd Najwyższy stwierdza, że zmierza on do podważenia zaskarżonego wyroku ze względu na nałożenie na powoda kary pieniężnej w nieproporcjonalnej wysokości, przy czym zarzutu naruszenia zasady proporcjonalności powód upatruje w obliczeniu kary na podstawie całego przychodu osiągniętego przez powoda w 2008 r. W tym zakresie powód powołuje się na zapatrywania wyrażone w uzasadnieniach wyroków Sądu Najwyższego z 19 sierpnia 2009 r., III SK 5/09 oraz z 21 kwietnia 2011 r., III SK 45/10.

W sprawie III SK 5/09 Sąd Najwyższy wskazał, że można jedynie rozważyć, czy wysokość kary grzywny spełniała wymogi wynikające z zasady proporcjonalności, gdy podstawę wymiaru kary stanowił przychód przedsiębiorcy uzyskiwany ze sprzedaży różnych tytułów. Było to zgodne z art. 102 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r., który stanowił ogólnie o przychodzie przedsiębiorcy (a nie o przychodzie z rynku pozycji dominującej, rynku praktyki, itp.), ale zasada proporcjonalności sugerowała, w ocenie Sądu Najwyższego, zrelatywizowanie wymierzonej kary pieniężnej do wysokości przychodów uzyskiwanych ze sprzedaży dziennika, którego sprzedaż była źródłem pozycji dominującej w tej sprawie. Z kolei w sprawie III SK 45/10 Sąd Najwyższy wskazał, że sądy orzekające w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu nakładającej karę pieniężną nie mogą 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. Jednakże wzgląd na zasadę proporcjonalności kary pieniężnej z art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy nie może sprowadzać się jedynie do uwzględnienia jednego kryterium, jakim jest wielkość przychodu z działalności prowadzonej w segmencie rynkowym, na którym dopuszczono się stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, bądź do korzyści odniesionych przez przedsiębiorcę rzeczywiście lub potencjalnie ze stosowania takiej praktyki.

Sąd Najwyższy zauważa, że w przeciwieństwie do spraw III SK 5/09 oraz III SK 45/10, w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku przedstawiona została

rozbudowana, wszechstronna i wyczerpująca argumentacja Sądu drugiej instancji zawierająca ocenę i uzasadnienie czynników, jakie zostały wzięte pod uwagę przy dokonywaniu analizy adekwatności wymierzonej kary. Sąd Apelacyjny uwzględnił charakter naruszenia, rodzaj naruszonego dobra (uznanego słusznie za podstawowe prawo konsumenta do informacji), znaczenie dla funkcjonowania mechanizmu rynkowego, funkcję represyjną i prewencyjną kary pieniężnej, niesamodzielny charakter reklamowanej usługi (internet mobilny w telefonie komórkowym) względem usługi podstawowej (telefonia komórkowa), a w szczególności konieczność ekonomicznej odczuwalności kary w stosunku do zakresu (skali) działalności przedsiębiorcy i rentowności tej działalności.

Uwzględnienie skali działalności powoda, dla której miarodajną wielkością jest uzyskiwany przychód i poziom rentowności, w połączeniu z koniecznością realizacji funkcji kar pieniężnych, powoduje przesunięcie w górę progu kary pieniężnej, w przypadku którego naruszenie zasady proporcjonalności byłoby na tyle widoczne, że zasadne byłoby uchylene wyroku Sądu drugiej instancji wyłącznie ze względu na utrzymanie kary pieniężnej w nieproporcjonalnej wysokości.

Uwzględnienie pierwszego zarzutu skargi kasacyjnej powoda byłoby możliwe w przypadku zakwalifikowania naruszenia jako odnoszącego się do mniej istotnych wartości objętych ochroną przez zakaz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Tymczasem przypisana w niniejszej sprawie powodowi praktyka polegała na wprowadzeniu przeciętnego konsumenta w błąd przez podanie w hasłach reklamowych nieprawdziwych informacji. Zachowanie to zostało uznane za nieuczciwą praktykę rynkową w rozumieniu ustawy wdrażającej dyrektywę 2005/29. Dyrektywa stanowi część prawa konsumenckiego. Europejskie prawo konsumenckie dąży do zapewnienia konsumentowi faktycznie wolnego i swobodnego podejmowania decyzji rynkowych. Decyzje mogą być podejmowane w taki sposób, gdy konsument będzie miał możliwość świadomego uczestnictwa w grze rynkowej. Jest to możliwe w szczególności wówczas, gdy przekaz kierowany przez przedsiębiorcę do konsumenta nie będzie zafałszowany. Mając na względzie, że praktyka naruszająca zbiorowe interesy konsumentów zarzucana powodowi w niniejszej sprawie godziła w prawo konsumenta tak kluczowe dla prawidłowego

funkcjonowania gospodarki rynkowej z racji nieprawdziwych informacji zawartych w przekazie reklamowym co do istotnych cech usługi, Sąd Najwyższy nie znajduje podstaw do podważenia oceny dokonanej w niniejszej sprawie przez Sąd Apelacyjny co do proporcjonalności wymierzonej przez Prezesa Urzędu kary pieniężnej.

Sąd Najwyższy zauważa również, że w przypadku gdy okaże się, iż na danym rynku, mimo przeprowadzenia postępowań zakończonych stwierdzeniem naruszenia zakazu z art. 24 ustawy, w dalszym ciągu rozpowszechnione są praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów, skorzystanie przez Prezesa Urzędu w kolejnych postępowaniach z uprawnienia do nakładania kar pieniężnych w ten sposób, że kary te będą wyższe w porównaniu do kar nakładanych wcześniej za rodzajowo podobne naruszenia, będzie uzasadnione potrzebami interesu publicznego oraz nie będzie sprzeczne z zasadą równego traktowania przedsiębiorców i nie będzie stanowił przekroczenia marginesu swobody organu ochrony konsumentów przy stosowaniu art. 106 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 111 ustawy.

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