PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
MAŁGORZATA KRASNODĘBSKA-TOMKIEL

DDK-61-33/08/MSk

wersja jawna nie zawierająca tajemnicy przedsiębiorstwa Żabka Polska S.A.

Warszawa, dn. lipca 2009 r.

DECYZJA DDK NR 3/2009

I. Na podstawie art. 27 ust. 1 i 2 w związku z art. 24 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.), po przeprowadzeniu z urzędu postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, **Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznaje za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów**, **działanie Żabka Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu**, polegające na:

użyciu w kampanii reklamowej sformułowania następującej treści: „Informujemy, że decyzją zarządu spółki ŻABKA POLSKA S.A. 15 września 2008 r. ZAMYKAMY ŻABKI",

co stanowi nieuczciwą praktykę rynkową w rozumieniu art. 7 pkt 15 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz. 1206 z późn. zm.)

i stwierdza zaniechanie jej stosowania z dniem 15 września 2008 r.

II. Na podstawie art. 26 ust. 2 w związku z art. 27 ust. 4 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.), po przeprowadzeniu z urzędu postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, **Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nakazuje Żabka Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu publikację niniejszej decyzji** w całości na koszt **Żabka Polska Spółka Akcyjna** na stronie internetowej przedsiębiorcy w ciągu 30 (trzydziestu) dni od daty uprawomocnienia się przedmiotowej decyzji, w ten sposób, że odnośnik do treści decyzji powinien zostać umieszczony na stronie głównej www.zabkapolska.pl oraz utrzymywanie jej na przedmiotowej stronie internetowej przez okres 6 (sześciu) miesięcy od daty opublikowania na stronie internetowej, a ponadto **jednokrotną publikację sentencji decyzji na koszt Żabka Polska Spółka Akcyjna** na jednej z pięciu pierwszych stron dziennika o zasięgu ogólnopolskim w ciągu 30 (trzydziestu) dni od daty uprawomocnienia się przedmiotowej decyzji.

III. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.), **Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nakłada na Żabka Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu, karę pieniężną w wysokości 1 553 317,81 zł. (słownie: jeden milion pięćset pięćdziesiąt trzy tysiące trzysta siedemnaście złotych 81/100 groszy),** płatną do budżetu państwa, z tytułu naruszenia zakazu, o jakim mowa w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, w zakresie określonym w punkcie I sentencji decyzji.

UZASADNIENIE

W dniu 6 października 2008 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zwany dalej „Prezesem Urzędu", działając na podstawie art. 48 ust. 1 i 2 pkt 2 i 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.), zwanej dalej „uokik", wszczął postępowanie wyjaśniające (sygn. akt DDK-405-37/08/MSk) w sprawie wstępnego ustalenia, czy w związku z używaniem w kampanii reklamowej następującego sformułowania: „Informujemy, że decyzją zarządu spółki ŻABKA POLSKA S.A. 15 września 2008 r. ZAMYKAMY ŻABKI", Żabka Polska S.A., zwana dalej „Spółką", dopuściła się naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 uokik, zgodnie z którym przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działania przedsiębiorcy, w szczególności nieuczciwe praktyki rynkowe lub czyny nieuczciwej konkurencji, co uzasadniałoby wszczęcie postępowania w sprawie zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów oraz czy Spółka dopuściła się naruszenia chronionych prawem interesów konsumentów, co uzasadniałoby podjęcie działań określonych w odrębnych przepisach.

W toku postępowania wyjaśniającego Prezes Urzędu ustalił, iż w okresie od 4 września do 31 października 2008 r. Spółka przeprowadziła kampanię reklamową o zasięgu ogólnopolskim, która mogła wprowadzić w błąd przeciętnego konsumenta. Prezes Urzędu wskazał, iż działania Spółki polegające na użyciu w przedmiotowej kampanii sformułowania o treści: „Informujemy, że decyzją zarządu spółki ŻABKA POLSKA S.A. 15 września 2008 r. ZAMYKAMY ŻABKI", mogły naruszać art. 7 pkt 15 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz. 1206 z późn. zm.), zwanej dalej „u.p.n.p.r.", poprzez stosowanie wprowadzającej w błąd praktyki rynkowej polegającej na twierdzeniu, że przedsiębiorca wkrótce zakończy działalność, jeżeli jest to niezgodne z prawdą.

W toku postępowania wyjaśniającego w piśmie z dnia 16 października 2008 r. Spółka przedstawiła swoje stanowisko w sprawie oraz przekazała informacje i materiały reklamowo-promocyjne, ogłoszenia prasowe, reklamę telewizyjną oraz inne materiały wykorzystywane podczas przedmiotowej kampanii reklamowej wraz ze wskazaniem okresu oraz miejsca ich prezentacji, a także aktualny odpis z Krajowego Rejestru Sądowego.

Spółka w przedmiotowym piśmie wyjaśniła, iż sformułowanie o treści: „Informujemy, że decyzją zarządu spółki ŻABKA POLSKA S.A. 15 września 2008 r. ZAMYKAMY

ŻABKI" stosowane było w materiałach reklamowych wykorzystanych w I etapie kampanii reklamowej, prowadzonej w okresie od 4- 14 września 2008 r., w telewizji, w prasie oraz sieci sklepów. Odnosząc się do argumentów podniesionych przez Prezesa Urzędu Spółka wskazała, iż przedmiotowe hasło miało na celu wzbudzić zainteresowanie konsumentów i zachęcić ich do odwiedzania sklepów sieci Żabka. Spółka oświadczyła ponadto, iż przed rozpoczęciem kampanii reklamowej przeanalizowała przedmiotowe sformułowanie i stwierdziła, iż przeciętny konsument powinien się zorientować, iż Spółka nie zamierza zamykać żadnego sklepu, tylko organizuje kampanię reklamowo- promocyjną. Dodatkowo Spółka wyjaśniła, iż konsumenci, którzy nie zrozumieli komunikatu, mogli uzyskać dodatkowe informacje od sprzedawców bądź dzwoniąc na infolinię 801 70 24 00. Spółka wskazała, iż we wszystkich materiałach promocyjnych wykorzystanych w I etapie kampanii reklamowej zamieszczone było odesłanie o treści: *„Szczegółowe informacje: infolinia 801 70 24 00 (koszt połączenia jak za jeden impuls według taryfy operatora)"*. Spółka podniosła, iż użycie w przekazie reklamowym przedmiotowego sformułowania nie wprowadzało w błąd przeciętnego konsumenta. Zdaniem Spółki, z treści komunikatu reklamowego wynikało, iż zostaną zamknięte „żabki", a nie sklepy sieci Żabka Polska S.A. Spółka dodatkowo podniosła, iż nawet zapowiedź zamknięcia sklepu nie może prowadzić do zniekształcenia zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta, ponieważ konsument nadal będzie dokonywał zakupów, ale w innym sklepie. Spółka podsumowując swoje wyjaśnienia, stwierdziła, iż dołożyła należytej staranności, aby konsumenci otrzymali pełną i wyczerpującą informację o przebiegu kampanii reklamowo- promocyjnej, a zatem w opinii Spółki brak podstaw do uznania, by przedmiotowa kampania wprowadzała w błąd przeciętnego konsumenta.

Prezes Urzędu korzystając z uprawnień przewidzianych w art. 20a ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz. U. Nr 253, poz. 2531 z późn. zm.) wystąpił do Telewizji Polskiej S.A. oraz Polskiego Radia S.A. o przekazanie zapisu reklamy, w której pojawiło się sformułowanie o treści: „Informujemy, że decyzją zarządu spółki ŻABKA POLSKA S.A. 15 września 2008 r. ZAMYKAMY ŻABKI". Telewizja Polska S.A. oraz Polskie Radio S.A. nie przekazały zapisów reklam, o które wnioskował Prezes Urzędu. Z uwagi na fakt, iż kwestionowane sformułowanie nie było emitowane w radiu w I etapie kampanii, Polskie Radio S.A. przekazało zapis reklamy, która emitowana była w Programie Pierwszym Polskiego Radia, w II etapie kampanii reklamowej prowadzonej pod hasłem: „Otwórz Żabkę".

Po dokonaniu analizy otrzymanych od Spółki informacji i materiałów wykorzystywanych w kampanii reklamowej, Prezes Urzędu w dniu 5 grudnia 2008 r. wszczął na podstawie art. 49 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 1 uokik **postępowanie w sprawie stosowania przez Spółkę praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów** polegającej na używaniu w kampanii reklamowej sformułowania o treści: „Informujemy, że decyzją zarządu spółki ŻABKA POLSKA S.A. 15 września 2008 r. ZAMYKAMY ŻABKI", co może stanowić nieuczciwą praktykę rynkową w rozumieniu art. 7 pkt 15 u.p.n.p.r. i jako naruszenie zbiorowych interesów konsumentów, może stanowić praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 uokik.

Postanowieniem z dnia 5 grudnia 2008 r. o wszczęciu postępowania w sprawie stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, Prezes Urzędu do akt postępowania włączył dokumentację zgromadzoną w toku postępowania wyjaśniającego.

W toku postępowania w sprawie stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów w piśmie z dnia 18 grudnia 2008 r. Spółka przedstawiła dalsze wyjaśnienia a także przekazała informacje oraz materiały promocyjne, ogłoszenia prasowe, reklamy telewizyjne, reklamę radiową oraz inne materiały wykorzystane podczas II etapu kampanii reklamowej, wraz ze wskazaniem okresu oraz miejsca ich prezentacji. Spółka podtrzymała swoje stanowisko w sprawie wyrażone w piśmie z dnia 16 października 2008 r. utrzymując, iż działania Spółki, polegające na użyciu w kampanii reklamowej sformułowania: „Informujemy, że decyzją zarządu spółki ŻABKA POLSKA S.A. 15 września 2008 r. ZAMYKAMY ŻABKI", nie mogą stanowić nieuczciwej praktyki rynkowej wprowadzającej w błąd przeciętnego konsumenta.

W piśmie z dnia 15 stycznia 2009 r. Spółka wniosła o zastosowanie wobec niej art. 28 ust. 1 uokik. W niniejszym piśmie Spółka zadeklarowała podjęcie działań zmierzających do zapobieżenia naruszeniom zbiorowych interesów konsumentów poprzez dwukrotną publikację, w gazecie o zasięgu ogólnopolskim, oświadczenia następującej treści: „*W związku z decyzją Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia…Żabka Polska S.A. oświadcza, iż hasło reklamowe użyte w kampanii z okazji dziesięciolecia działalności Żabka Polska S.A. w brzmieniu: Informujemy, że decyzją zarządu spółki Żabka Polska S.A. 15 września 2008 r. ZAMYKAMY ŻABKI, mogło wprowadzać konsumentów w błąd, pomimo wprowadzonych przez Żabka Polska S.A. środków, które miały takiemu błędnemu zrozumieniu kampanii reklamowej przeciwdziałać. W związku z powyższym Żabka Polska S.A. wyraża ubolewanie i przeprasza osoby, które poczuły się wprowadzone w błąd powyższym hasłem reklamowym".* Ponadto Spółka zobowiązała się nie stosować w kampaniach reklamowych sformułowań mogących wprowadzać w błąd. Zdaniem Prezesa Urzędu w niniejszym przypadku nie zostały spełnione przesłanki konieczne do wydania decyzji zobowiązującej w rozumieniu art. 28 ust. 1 uokik. Należy podkreślić, iż wydanie decyzji zobowiązującej jest możliwe w sytuacji gdy naruszeniom zbiorowych interesów konsumentów da się zapobiec. Nie jest zatem możliwe wydanie przedmiotowej decyzji gdy działania przedsiębiorcy naruszające zbiorowe interesy konsumentów miały charakter jednorazowy i nie są obecnie kontynuowane, a wywołane nim skutki, w postaci wprowadzenia w błąd konsumentów, są nieodwracalne. Zdaniem Prezesa Urzędu z taką sytuacją mamy, do czynienia w przypadku działań Spółki, kwestionowanych w niniejszym postępowaniu. Nie istnieje bowiem możliwość zapobiegnięcia przeprowadzeniu kampanii reklamowej, która została zakończona.

Pismem z dnia 16 lutego 2009 r. Prezes Urzędu wezwał Spółkę do przekazania sprawozdania o przychodach, kosztach i wyniku finansowym oraz nakładach na środki trwałe za okres od początku roku do końca czwartego kwartału 2008 r.

Pismem z dnia 4 marca 2009 r. Spółka przekazała wstępne sprawozdanie finansowe za 2008 rok i jednocześnie poinformowała Prezesa Urzędu, iż dane zawarte w niniejszym sprawozdaniu finansowym stanowią tajemnicę Spółki. Z uwagi na fakt, iż pismo Spółki nie stanowiło wniosku o ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego, o którym mowa w art. 69 uokik, Prezes Urzędu pismem z dnia 23 marca 2009 r. pouczył Spółkę, iż wniosek

powinien zawierać dokładne wskazanie zakresu ograniczenia prawa wglądu do materiału dowodowego z powołaniem strony dokumentu lub jego poszczególne punkty, a także wskazanie podmiotów, wobec których to ograniczenie ma być skuteczne. W odpowiedzi na pismo Prezesa Urzędu Spółka pismem z dnia 3 kwietnia 2009 r. złożyła wniosek o ograniczenie wobec wszystkich podmiotów prawa wglądu do materiału przekazanego przez Spółkę.

Postanowieniem z dnia 23 kwietnia 2009 r. Prezes Urzędu ograniczył osobom trzecim prawo wglądu do materiału dowodowego załączonego do akt postępowania w zakresie objętym wnioskiem Spółki z dnia 4 marca 2009 r.

Zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 10 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.) Spółka została poinformowana pismem Prezesa Urzędu z dnia 18 maja 2009 r. o możliwości wglądu do zebranego w toku postępowania materiału dowodowego oraz o możliwości wypowiedzenia się przed wydaniem decyzji co do zebranych dowodów.

W dniu 27 maja 2009 r. z aktami sprawy zapoznał się radca prawny Pan Marek Szczepański – pełnomocnik Żabka Polska S.A. (pełnomocnictwo w aktach sprawy).

Prezes Urzędu ustalił, co następuje.

Żabka Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu jest przedsiębiorcą zarejestrowanym w Sądzie Rejonowym Poznań- Nowe Miasto I Wilda w Poznaniu, VIII Wydział Gospodarczy pod nr KRS 0000284671 i prowadzi działalność gospodarczą m. in. w zakresie sprzedaży hurtowej produktów spożywczych oraz prasy.

Prezes Urzędu ustalił, iż kampania reklamowa prowadzona była w dwóch etapach.

W pierwszym etapie kampania reklamowa (prowadzona pod hasłem: „Zamykamy Żabki”) prowadzona była w następujący sposób:

TELEWIZJA

Reklama telewizyjna 10 sekund
Data emisji: od 4 do 14 września 2008 r.
Programy TV: TVP 1, TVP 2, TVN, Polsat, Polsat 2, TVP Regionalna, TVN 7, TVN 24, TV 4, Ale Kino, Canal + Sport, Hallmark, Kino Polska, Kuchnia TV, Movies 24, Planete, Puls, Superstacja oaz Tele 5.

Opis: Na żółtym tle pojawia się komunikat następującej treści: „Informujemy, że decyzją zarządu spółki ŻABKA POLSKA S.A. 15 września 2008 r. ZAMYKAMY ŻABKI”. Na samym dole komunikatu znalazła się natomiast, przedstawiona drobną czcionką, informacja: „Szczegółowe informacje: infolinia 801 70 24 00 (koszt połączenia jak za jeden impuls według taryfy operatora)”.

PRASA

Reklama prasowa

Data publikacji: od 4 do 14 września 2008 r.
Dzienniki o zasięgu ogólnokrajowym: Gazeta Wyborcza, Rzeczpospolita oraz Fakt.

Opis: w przekazie reklamowym pojawił się na żółtym tle komunikat następującej treści: „Informujemy, że decyzją zarządu spółki ŻABKA POLSKA S.A. 15 września 2008 r. ZAMYKAMY ŻABKI". Na samym dole komunikatu znalazła się natomiast, przedstawiona drobną czcionką, informacja: „Szczegółowe informacje: infolinia 801 70 24 00 (koszt połączenia jak za jeden impuls według taryfy operatora").

WITRYNY SKLEPÓW SIECI ŻABKA POLSKA S.A.

Plakat

Data ekspozycji: od 4 do 14 września 2008 r.

Opis plakatu: Na żółtym tle komunikat następującej treści: „Informujemy, że decyzją zarządu spółki ŻABKA POLSKA S.A. 15 września 2008 r. ZAMYKAMY ŻABKI". Na samym dole komunikatu znalazła się natomiast, przedstawiona drobną czcionką, informacja: „Szczegółowe informacje: infolinia 801 70 24 00 (koszt połączenia jak za jeden impuls według taryfy operatora").

W drugim etapie kampania reklamowa (prowadzona pod hasłem: „Otwórz Żabkę") prowadzona była w następujący sposób:

TELEWIZJA

1. Reklama telewizyjna 15 sekund

Data emisji: od 15 września do 31 października 2008 r.
Programy TV: TVP1, TVP2, TVN, Polsat, Polsat2, TVP Info, TVN7, TV4, TVN24, Ale Kino, Canal+Sport, Hallmark, Kino Polska, Kuchnia TV, Movies24, Planete, Plus, Superstacja, Tele5, Domo, TVS.

Opis: Na żółtym tle pojawia się komunikat następującej treści: „Informujemy ZAMKNĘLIŚMY ŻABKI Z KASĄ. Z OKAZJI 10. URODZIN ZAMKNĘLIŚMY ŻABKI Z KASĄ! 1 000 000 zł. w puli nagród! Otwórz Żabkę!". Następnie pojawia się informacja o wysokości nagrody oraz komunikat o treści: „Na szczęście jest Żabka".

2. Reklama telewizyjna 30 sekund
Data emisji: od 15 września do 31 października 2008 r.
Programy TV: TVP1, TVP2, TVN, Polsat, Polsat2, TVP Info, TVN7, TV4, TVN24, Ale Kino, Canal+Sport, Hallmark, Kino Polska, Kuchnia TV, Movies24, Planete, Plus, Superstacja, Tele5, Domo, TVS.

Opis: W przekazie reklamowym pojawiają się słowa lektora: „Informujemy, że decyzją zarządu spółki ŻABKA POLSKA S.A. 15.09.2008 ZAMKNĘLIŚMY ŻABKI Z KASĄ! 1 mln złotych w urodzinowej loterii; otwórz żabkę i wygraj codziennie 10 tys. zł.; nagroda główna 0,5 mln zł. Na szczęście jest Żabka; 1 mln zł w puli. Kumasz?".

RADIO

Reklama radiowa 20 sekund
Data emisji: od 15 do 26 września 2008 r.
Programy: m .in. Program Pierwszy Polskiego Radia, Radio Zet, RMF FM.

Treść reklamy: „Informujemy, że decyzją zarządu Spółki Żabka Polska S.A. 15.09.2008 r. ZAMKNĘLISMY ŻABKI Z KASĄ! 1 mln złotych w urodzinowej loterii; otwórz żabkę i wygraj codziennie 10 tys. zł.; nagroda główna 0,5 mln zł. Na szczęście jest Żabka".

PRASA

Data publikacji: od 15 września do 31 października 2008 r.
Dzienniki o zasięgu ogólnopolskim: Gazeta Wyborcza, Rzeczpospolita, Fakt oraz tygodnik Tele Tydzień.

Opis: Na żółtym tle zamieszczony komunikat następującej treści: „Z OKAZJI 10. URODZIN ZAMKNĘLIŚMY ŻABKI Z KASĄ! 1 000 000 zł. w puli nagród! Otwórz Żabkę!". Poniżej zawarta jest krótka informacja na temat zasad promocji. W prawej dolnej części umieszczono dwie czerwone ramki. W pierwszej znalazła się informacja: „CODZIENNIE DO ZDOBYCIA: 5 x 2000 złotych; nagrody losowane codziennie spośród wszystkich zgłoszeń danego dnia". W drugiej zaś: „NAGRODA GŁÓWNA: 500 000 złotych; losowana spośród wszystkich zgłoszeń nadesłanych w czasie trwania promocji". Na samym dole komunikatu drobną czcionką napisana jest informacja: „Promocja trwa od 15.09. do 31.10.2008 r. Regulamin promocji dostępny na stronie www.zabka.pl. Infolinia 801 70 24 00 (koszt połączenia jak za jeden impuls według taryfy operatora)". W prawym dolnym rogu zamieszczona treść: „Na szczęście jest Żabka." oraz logo Żabka Polska S.A.

PUNKTY SPRZEDAŻY

1. Witryny sklepów
Plakat
Data prezentacji: od 15 września do 31 października 2008 r.

Opis plakatu: zakres przedstawionych w niniejszej reklamie treści jest analogiczny do reklamy przedstawionej powyżej (reklama zamieszczona w Gazecie Wyborczej).

2. Sala sprzedaży
Data prezentacji: od 15 września do 31 października 2008 r.

a) gazetka promocyjna

Opis: zakres przedstawionych w niniejszej reklamie treści jest analogiczny do reklamy przedstawionej powyżej (reklama zamieszczona w Gazecie Wyborczej)

b) stand promocyjny

Opis: Czerwono- żółty stand, na jednej stronie zamieszczony komunikat następującej treści: „Z OKAZJI 10. URODZIN 1 000 000 zł. w puli nagród!". Na drugiej stronie standu, w górnej części zamieszczona informacja następującej treści: „Na szczęście jest Żabka". W prawej górnej części znajduje się logo Żabka Polska S.A. Poniżej zamieszczona informacja następującej treści: „1. ZRÓB ZAKUPY; 2. ODBIERZ W KASIE KOD PROMOCYJNY; 3.

WYŚLIJ SMS; 4. WYGRAJ CODZIENNIE DO ZDOBYCIA: 5 x 2000 złotych; nagrody losowane codziennie spośród wszystkich zgłoszeń danego dnia; NAGRODA GŁÓWNA: 500 000 złotych; losowana spośród wszystkich zgłoszeń nadesłanych w czasie trwania promocji".

c) „koszulka_urodziny"- element stroju Kasjera

Opis: Na żółtym tle informacja następującej treści: „1 000 000 zł. w puli nagród! Zapytaj mnie jak wygrać."

c) „naklejka_mucha_urodziny" przyklejona na zewnętrzny kaseton z logotypem.

d) „informator_urodziny_Ajent";

e) „ministand_urodziny" umieszczony na boksie kasowym, nad wyświetlaczem kasy fiskalnej.

Opis: Zamieszczona informacja następującej treści: „Każdy zakup za minimum 10 zł to szansa na Nagrodę główną 500 000 zł losowaną spośród wszystkich zgłoszeń nadesłanych w czasie trwania promocji".

f) karty- identyfikatory dla Kasjerów;

g) smycz do identyfikatora- zawieszka do identyfikatora dla Kasjerów;

h) rolki kasowe z nadrukiem (wizualizacja nadruku).

Prezes Urzędu zważył, co następuje.

I. Ocena działań Żabka Polska S.A. w aspekcie zarzutu stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów

Artykuł 24 ust. 2 uokik stanowi, iż *przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działanie przedsiębiorcy*, przy czym zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 uokik *przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się w szczególności nieuczciwe praktyki rynkowe lub czyny nieuczciwej konkurencji.*

Konsumentem w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest *osoba fizyczna dokonująca czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową* (art. 22^1 k.c. w zw. z art. 4 pkt 12 uokik).

Zbiorowe interesy konsumentów podlegają ochronie przed działaniami przedsiębiorców, które są sprzeczne z prawem, tj. przepisami określonych aktów prawnych oraz zasadami współżycia społecznego i dobrymi obyczajami. W związku z powyższym, dla uznania działania przedsiębiorcy za niezgodne z zawartym w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów zakazem stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów należy wykazać, iż spełnione zostały kumulatywnie trzy następujące przesłanki:

A) kwestionowane działanie jest działaniem przedsiębiorcy;
B) działanie to stanowi nieuczciwą praktykę rynkową, zatem jest bezprawne,
C) działanie to godzi w zbiorowy interes konsumentów.

Ad A)

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów zawiera legalną definicję przedsiębiorcy. Zgodnie z jej art. 4 pkt 1 uokik, pod pojęciem tym należy rozumieć m.in. przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 155, poz. 1095 z późn. zm.) oraz a) osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, b) osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu, c) osobę fizyczną, która posiada kontrolę, w rozumieniu pkt 4, nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, jeżeli podejmuje dalsze działania podlegające kontroli koncentracji, o której mowa w art. 13, d) związek przedsiębiorców w rozumieniu pkt 2- na potrzeby przepisów dotyczących (…) praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej definiuje działalność gospodarczą jako zarobkową działalność wytwórczą, handlową, budowlaną, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i eksploatacje zasobów naturalnych, a także działalność zawodową wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły. Przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 ust. 1 tej ustawy jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą.

Żabka Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu jest spółką prawa handlowego wpisaną do Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem 0000284671, prowadzącą we własnym imieniu działalność gospodarczą. Nie ulega zatem wątpliwości, iż posiada status przedsiębiorcy w rozumieniu powoływanego powyżej art. 4 pkt 1 uokik. Tym samym Spółka przy wykonywaniu działalności gospodarczej podlega rygorom określonym w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów i jej działania mogą podlegać ocenie w aspekcie naruszenia zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Ad B)

Bezprawność tradycyjnie ujmowana jest jako sprzeczność z obowiązującym porządkiem prawnym. Jest kategorią obiektywną. Rozważenia przy ocenie bezprawności wymaga kwestia, czy zachowanie przedsiębiorcy było zgodne, czy też niezgodne z obowiązującymi zasadami porządku prawnego. Źródłem tych zasad są normy prawa powszechnie obowiązującego, a także nakazy i zakazy wynikające z zasad współżycia społecznego i dobrych obyczajów (wyrok SOKiK z dnia 13 listopada 2007 r., sygn. XVII AmA 45/07). O bezprawności działania decyduje w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego

całokształt okoliczności konkretnego stanu faktycznego (wyrok SN z dnia 8 maja 2002 r., sygn. I PKN 267/2001). 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 (art. 24 ust. 2 pkt 3 uokik). Oznacza to, że jeśli mamy do czynienia z nieuczciwą praktyką rynkową w rozumieniu ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, która jednocześnie narusza zbiorowe interesy konsumentów, takie działanie w świetle prawa może zostać uznane się za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów.

W związku z powyższym, przedmiotem rozstrzygnięcia Prezesa Urzędu będzie wykazanie, że w omawianym stanie faktycznym przedsiębiorca stosował nieuczciwą praktykę rynkową w rozumieniu ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, a następnie czy przedmiotowa praktyka mogła naruszać zbiorowe interesy konsumentów.

Stosowanie nieuczciwej praktyki rynkowej

Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym dokonuje podziału nieuczciwych praktyk rynkowych na nieuczciwe praktyki rynkowe zakazane w każdych okolicznościach oraz praktyki rynkowe zakazane po spełnieniu przesłanek wskazanych w art. 4 ust. 1 u.p.n.p.r., tj. klauzuli generalnej. Przepis art. 4 ust. 1 u.p.n.p.r. stanowi, iż „*praktyka rynkowa stosowana przez przedsiębiorców wobec konsumentów 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 jej zawarciu”*. Wśród praktyk rynkowych, które można uznać za nieuczciwe po spełnieniu przesłanek z art. 4 u.p.n.p.r. wyróżniamy praktyki wprowadzające w błąd, agresywne praktyki oraz praktykę rynkową, o której mowa w art. 11 u.p.n.p.r.. Praktyki rynkowe wprowadzające w błąd mogą przybrać postać czynną i bierną, tj. polegać na działaniu (art. 5 u.p.n.p.r.) lub zaniechaniu (art. 6 u.p.n.p.r.) wprowadzającym w błąd. Katalog ww. praktyk jest otwarty, co oznacza, iż działanie przedsiębiorcy- nienazwane i nie wymienione wprost w ustawie może zostać uznane za nieuczciwą praktykę rynkową po spełnieniu przesłanek z art. 5 ust. 1, art. 6 ust. 1 lub art. 8 ust. 1 u.p.n.p.r. przy jednoczesnej realizacji przesłanek ogólnej definicji nieuczciwej praktyki rynkowej wskazanych w art. 4 ust. 1 u.p.n.p.r.

Nieuczciwymi praktykami rynkowymi w każdych okolicznościach są zaś praktyki rynkowe wprowadzające w błąd wymienione w art. 7 u.p.n.p.r., agresywne praktyki rynkowe wskazane w art. 9 u.p.n.p.r. oraz praktyka rynkowa o której mowa w art. 10 u.p.n.p.r. Praktyki te nie podlegają ocenie i wykładni pod kątem realizacji przesłanek z art. 4 ust. 1 u.p.n.p.r., czyli klauzuli generalnej. Oznacza to, iż takie praktyki zawsze będą sprzeczne z dobrymi obyczajami i będą w istotny sposób zniekształcać lub będą mogły zniekształcać zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta. Zatem działanie przedsiębiorcy spełniające przesłanki praktyki wskazanej w art. 7, 9 lub 10 u.p.n.p.r. zawsze będzie skutkować uznaniem go za nieuczciwą praktykę rynkową. Powyższa interpretacja jest zgodna z ustawodawstwem

wspólnotowym w tym zakresie. Należy zwrócić uwagę, iż treść art. 7 i 9 u.p.n.p.r. stanowi realizację dyspozycji zawartych w przepisach Dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE, i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady („Dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych") (Dz. Urz. UE L 149 z 11.06.2005, str. 22). Pkt 17 preambuły stanowi, iż „*W celu zapewnienia większej pewności prawnej wskazane jest zidentyfikowanie tych praktyk handlowych, które są nieuczciwe w każdych okolicznościach.(...) Są to jedyne praktyki handlowe, które można uznać za niedozwolone bez konieczności oceny konkretnego przypadku w świetle przepisów art. 5-9"* (w przepisach art. 5-9 dyrektywy wskazane są ogólne przesłanki nieuczciwości, które muszą zaistnieć aby działanie przedsiębiorcy można było uznać za nieuczciwą praktykę rynkową). Z treści przepisów dyrektywy i implementującej ją ustawy wynika zatem, iż działanie przedsiębiorcy spełniające przesłanki konkretnej praktyki z listy praktyk zakazanych każdych okolicznościach zawsze będzie skutkować uznaniem go za nieuczciwą praktykę rynkową, bez konieczności wykazania ogólnych przesłanek nieuczciwości- zawartych w art. 4 ust. 1 u.p.n.p.r.

Zgodnie z art. 3 u.p.n.p.r. zakazane jest stosowanie nieuczciwych praktyk rynkowych. Przez praktykę rynkową rozumie się zgodnie z art. 2 pkt 4 u.p.n.p.r. działanie lub zaniechanie przedsiębiorcy, sposób postępowania- w szczególności reklamę i marketing, bezpośrednio lub pośrednio związane z promocją lub nabyciem produktu przez konsumenta. Stosownie do art. 2 pkt 3 u.p.n.p.r. przez produkt rozumie się każdy towar lub usługę, w tym nieruchomości, prawa i obowiązki wynikające ze stosunków cywilnoprawnych. Zatem użycie w kampanii reklamowej sformułowania o treści: „Informujemy, że decyzją zarządu spółki ŻABKA POLSKA S.A. 15 września 2008 r. ZAMYKAMY ŻABKI"- które poprzedzało przeprowadzenie loterii promocyjnej, spełnia powyższe kryteria i może zostać uznane za praktykę rynkową w rozumieniu niniejszej ustawy.

Zgodnie z art. 7 pkt 15 u.p.n.p.r. *nieuczciwymi praktykami rynkowymi w każdych okolicznościach są praktyki rynkowe wprowadzające w błąd* polegające na *twierdzeniu, że przedsiębiorca wkrótce zakończy działalność lub zmieni miejsce jej wykonywania, jeżeli jest to niezgodne z prawdą.*

W związku z tym, iż Spółce został postawiony zarzut stosowania nieuczciwej praktyki rynkowej stanowiącej praktykę zakazaną w każdych okolicznościach, w celu wykazania, iż Spółka stosowała przedmiotową praktykę należy odnieść się do przesłanek art. 7 pkt 15 u.p.n.p.r. bez konieczności dokonywania oceny i wykładni tej praktyki pod kątem realizacji przesłanek z art. 4 ust. 1 u.p.n.p.r., tj. klauzuli generalnej.

Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym posługuje się pojęciem przeciętnego konsumenta. To w odniesieniu do przeciętnego konsumenta powinna być dokonywana ocena każdej praktyki rynkowej, w tym praktyki polegającej na działaniu wprowadzającym w błąd. Zatem przedmiotem rozstrzygnięcia Prezesa Urzędu jest wskazanie, czy przedmiotowe działanie Spółki mogło wprowadzić w błąd przeciętnego konsumenta, tzn. czy konsument zainteresowany przekazem reklamowym i pozostający wskutek jego treści w błędzie, co do jego rzeczywistego charakteru, był skłonny udać się placówki sieci lub w inny sposób uzyskać szczegółowe informacje na temat przyczyn zamknięcia sklepów. W tym celu niezbędne staje się przeanalizowanie definicji przeciętnego konsumenta w oparciu o

przepisy ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym z uwzględnieniem orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS), orzecznictwa polskich sądów oraz poglądów doktryny.

Definicja przeciętnego konsumenta zamieszczona w u.p.n.p.r. jest wynikiem dorobku orzeczniczego ETS. Stopniowy rozwój orzecznictwa ETS doprowadził do utrwalenia modelu konsumenta jako konsumenta rozważnego, przeciętnie zorientowanego, mającego prawo do rzetelnej informacji niewprowadzającej w błąd, zawierającej wszelkie niezbędne dane wynikające z funkcji i przeznaczenia danego towaru. To czego można oczekiwać od rozsądnego konsumenta wynika przede wszystkim z tego, jak daleko sięga obowiązek informacji handlowej, jej dostępności, jasności, niedwuznaczności, pełności i odpowiedniości. Orzecznictwo sądów polskich nie wypracowało natomiast do tej pory ujednoliconej wykładni, która pozwoliłaby na utrwalenie modelu przeciętnego konsumenta. Z jednej strony sądy traktowały konsumenta jako osobę nieuważną i nieświadomą, próbując w ten sposób wyrównać jego szanse w relacji z przedsiębiorcą. Wynikało to ze specyfiki uwarunkowań społeczno-gospodarczych (przemiana z gospodarki uspołecznionej w wolnorynkową) i braku wiedzy konsumenta na temat mechanizmów wolnorynkowych, zwłaszcza co do pozyskiwania klienteli za pomocą reklamy. Z drugiej zaś strony wskazywano także na model konsumenta mocno wyedukowanego łącząc *wysoki standard powinności konsumenta z samym faktem uczestnictwa na coraz bardziej nieprzejrzystym rynku („skoro kupuje, powinien wiedzieć", „gdyby przeczytał, byłby wiedział"), przy jednoczesnym braku odniesienia tej powinności nie tylko do istniejącej i realizowanej polityki informacyjno-edukacyjnej wobec konsumenta, ale także oceny konkretnych obowiązków w tym zakresie jego kontrahenta (E. Łętowska, Europejskie prawo umów konsumenckich, Warszawa 2004, s. 66-67).*

Zgodnie z art. 2 pkt 8 u.p.n.p.r. przez przeciętnego konsumenta rozumie się konsumenta, który jest dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny. Oceny tej powinno dokonać się z uwzględnieniem czynników społecznych, kulturowych, językowych i przynależności danego konsumenta do szczególnej grupy konsumentów, przez którą rozumie się dającą się jednoznacznie zidentyfikować grupę konsumentów, szczególnie podatną na oddziaływanie praktyki rynkowej lub na produkt, którego praktyka rynkowa dotyczy, ze względu na szczególne cechy, takie jak m. in. wiek, wykształcenie, sprawność fizyczna czy umysłowa. Treść materiałów reklamowych adresowana była do nieograniczonego kręgu odbiorców. Treść kampanii nie wskazywała bowiem, by Spółka chciała dotrzeć do szczególnej grupy konsumentów, którą można by wyodrębnić na podstawie szczególnej, wspólnej im cechy. Zatem przyjmując model przeciętnego konsumenta na potrzeby niniejszego rozstrzygnięcia zasadnym jest nieuwzględnianie ostatniej przesłanki wskazanej w powołanej definicji. Konstrukcję modelu przeciętnego konsumenta należy zatem stworzyć bez odwoływania się do przynależności do szczególnej grupy konsumentów. Przeciętnego konsumenta należy rozumieć jako dostatecznie dobrze poinformowanego, uważnego i ostrożnego przy uwzględnieniu czynników społecznych, kulturowych i językowych - charakterystycznych dla polskiego konsumenta. Wskazanie na cechy takie jak dostateczne poinformowanie, uwaga oraz ostrożność określa pewien zespół cech mentalnych konsumenta (jego „przeciętność"), polegającą na tym, że z jednej strony możemy wymagać od niego pewnego stopnia wiedzy i orientacji w rzeczywistości, lecz z drugiej strony nie możemy uznać, że jego wiedza jest kompletna i profesjonalna oraz że konsument nie ma prawa pewnych rzeczy nie wiedzieć. Przeciętny konsument nie posiada wiedzy specjalistycznej w danej dziedzinie, ale przede wszystkim rozumie kierowane do

niego informacje i potrafi je wykorzystać do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej produktu. Nie jest naiwny, ale z drugiej strony nie potrafi ocenić sytuacji tak jak profesjonalista.

Przy analizie reklamy należy wziąć pod uwagę wszystkie czynniki, które mogą kształtować jej odbiór przez przeciętnego konsumenta, a więc przede wszystkim komunikat, który autor (tu Spółka) chce przekazać konsumentom. W treści reklamy emitowanej w I etapie kampanii pojawiał się czytelny komunikat, z którego wynikało, iż zamknięcie sklepów sieci Żabka nastąpi 15 września 2008 r. Przeciętny konsument ma świadomość specyfiki języka reklam, zdaje sobie sprawę z tego, że często używana jest w nich metafora, przesada czy pewna umowność, do której należy odnosić się z racjonalnym dystansem. Jednak tenże konsument miał prawo odebrać kierowany do niego przekaz reklamowy w sposób dosłowny, przy założeniu, że Spółka jako profesjonalista jest podmiotem wiarygodnym, prowadzącym swoją działalność w sposób nie budzący wątpliwości, nie wprowadzający konsumentów w błąd. Należy podkreślić, iż nawet ostrożny, uważny konsument ma prawo do rzetelnej i jednoznacznej informacji, która przy założeniu dokonania z jego strony aktów staranności celem zrozumienia istoty oferty przedsiębiorcy, nie będzie wprowadzać w błąd.

W toku niniejszego postępowania Spółka przyznała, iż kwestionowane hasło miało wzbudzić zainteresowanie konsumentów. Z materiałów przekazanych przez Spółkę wynika ponadto, iż Spółka spodziewała się, iż konsumenci *„będą chcieli potwierdzić informacje znajdujące się na plakatach w trakcie dokonywania zakupów”*. Potwierdza to wypowiedź rzecznika prasowego Spółki- *„Chcieliśmy przekonać się czy konsumentom będzie brakować naszych sklepów”*. Należy zatem przyjąć, iż Spółka miała świadomość tego, iż przedmiotowe hasło mogło wprowadzać konsumentów w błąd.

Prezes Urzędu nie podzielił stanowiska Spółki, w którym podniosła ona, iż konsumenci, którzy nie zrozumieli przedmiotowego komunikatu mogli uzyskać dodatkowe informacje bezpośrednio od sprzedawców, bądź dzwoniąc na infolinię. W toku niniejszego postępowania Prezes Urzędu ustalił bowiem, iż sprzedawcy zostali zobowiązani do nieudzielania konsumentom, którzy chcieli uzyskać dodatkowe informacje o przyczynach zamknięcia sklepów, szczegółowych informacji. Przykładowa odpowiedź sprzedawcy miała brzmieć: *„To jest nowa akcja promocyjna Żabki i nie będziemy zamykać sklepów. Więcej informacji już 15 września.*

Zamieszczanie w reklamach tzw. „gwiazdek” tzn. krótkich komunikatów uzupełniających treści zawarte w reklamie, jest powszechną praktyką stosowaną przez przedsiębiorców. Użycie w materiałach reklamowych gwiazdki wskazuje na to, że podane w reklamie informacje nie są kompletne i dalszych istotnych danych należy poszukiwać w innych źródłach. Treść zastrzeżenia zamieszczonego w materiałach reklamowych- „Szczegółowe informacje: infolinia 801 70 24 00 (koszt połączenia jak za jeden impuls według taryfy operatora).”, jest bardzo ogólna i w żaden sposób nie mogła sugerować przeciętnemu konsumentowi, iż podana w przekazie reklamowym informacja nie jest prawdziwa. Przeciętny konsument- odbiorca prezentowanych przez Spółkę materiałów reklamowych- czytając przedmiotowy komunikat mógł zatem błędnie przyjąć, iż z dniem 15 września 2008 r. Spółka zakończy działalność.

Z oczywistych względów przekaz reklamowy nie może zawierać wszystkich cech oferowanej usługi- w niniejszym przypadku loterii promocyjnej. Niemniej jednak reklama jako przekaz kierowany do konsumenta- słabszego uczestnika rynku- powinna być jasna i jednoznaczna. Od reklamującego wymaga się prawdziwości wypowiedzi reklamowej. Reklamujący pomija niekiedy świadomie lub nieświadomie informacje dotyczące usługi. Niezupełność zaś treści reklamy może czasami osiągać rozmiar, który wprowadza w błąd. Z

taką sytuacją mamy do czynienia w tym przypadku. Spółka dopiero w dniu rozpoczęcia II etapu kampanii reklamowej, tj. 15 września 2009 r. wyjaśniła, iż organizuje loterię promocyjną i że zamknięte zostały „żabki z kasą", tj. sejfy z kształcie żabki, w którym znajduje określona suma pieniędzy przeznaczona na nagrody dla konsumentów, którzy wezmą udział w loterii. W reklamach emitowanych w II etapie pojawiała informacja, iż aby „otworzyć żabkę" tj. wygrać nagrodę konsument musiał dokonać zakupów za minimum 10 zł i po otrzymaniu od sprzedawcy kodu promocyjnego wysłać wiadomość w formie sms pod wskazany numer telefonu wpisując w treści kod promocyjny. Brak w reklamie dodatkowej informacji wskazującej, iż będą zamykane „żabki z kasą" a nie sklepy sieci Żabka, wprowadzał w błąd przeciętnego konsumenta. Nie sposób zatem zgodzić się ze stanowiskiem Spółki, iż zawarte w przekazie reklamowym odesłanie do numeru infolinii wyklucza możliwość postawienia temu przekazowi zarzutu niepełności. W ocenie Prezesa Urzędu zamieszczenie przez Spółkę w materiałach reklamowych odesłania mogło co najwyżej sugerować przeciętnemu konsumentowi, iż dzwoniąc pod wskazany numer uzyska dodatkowe informacje dotyczące motywów decyzji zarządu Spółki o zamknięciu sklepów lub procedury likwidacji sklepów, a nie o rozpoczynającej się kampanii reklamowej. Potwierdza to zapis rozmów (przekazanych przez Spółkę) przeprowadzonych przez pracowników infolinii. Wynika z nich, iż konsumenci dzwoniąc na infolinię chcieli uzyskać dodatkowe informacje dotyczące przyczyn zamknięcia sklepów. Konsultanci infolinii wyjaśniali jedynie, iż przedmiotowy komunikat stanowi część kampanii reklamowej i Spółka nie zamierza zamykać sklepów. Okoliczność, iż konsument uzyska szczegółowe informacje od sprzedawcy bądź dzwoniąc na infolinię, nie ma wpływu na sam fakt wprowadzenia w błąd. Przeciętny konsument, odbiorca prezentowanej reklamy, mógł się spodziewać, iż Spółka zakończy działalność we wskazanym terminie. Spółka nie zamieściła przy treści komunikatu żadnego zastrzeżenia, które mogłoby sugerować przeciętnemu konsumentowi jego rzeczywisty charakter, który w praktyce był inny od literalnego. Należy ponadto zauważyć, iż kwestionowane hasło prezentowane było m.in. w reklamie telewizyjnej, która z racji swej specyfiki stanowi bardzo krótki przekaz, w niniejszym przypadku ograniczony do 10 sekund. Zarówno w przypadku reklamy telewizyjnej jak i reklam zamieszczonych w gazetach, odesłanie do numeru infolinii zamieszczone było na samym dole komunikatu i napisane małą czcionką. W związku z tym przeciętny konsument mógł nie zwrócić uwagi na zamieszczone w przekazie reklamowym odesłane do numeru infolinii. Należy zwrócić uwagę, iż wyeksponowanie w przekazie reklamowym pewnych informacji i ukrycie innych powoduje, iż konsument oglądając reklamę koncentruje się tylko na tych najważniejszych informacjach, które zostały w odpowiedni sposób uwypuklone. W niniejszym przypadku była to informacja o zamykaniu sklepów sieci Żabka. Ponownie należy stwierdzić, iż umieszczenie w reklamie odesłania do infolinii nie może przesądzać o wyłączeniu możliwości uznania reklamy za wprowadzającą w błąd gdyż kontakt z infolinią nie ma na celu dokonywania korekty wynikających z przekazu reklamowego mylnych informacji. Infolinia powinna służyć uzyskaniu dodatkowych uzupełniających informacji w związku z informacjami uzyskanymi uprzednio w przekazu reklamowego, nie jest natomiast przeznaczona do prostowania nieprawdziwych informacji. W tym kierunku podąża również najnowsze orzecznictwo Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: *„konsument, do którego reklama jest kierowana ma prawo do rzetelnej informacji już w chwili zapoznania się z reklamą bez konieczności zasięgania 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 z dnia 19 grudnia 2007 r., sygn. XVII Ama 64/07).

Odnosząc się do zarzutu będącego przedmiotem niniejszego postępowania Spółka podnosiła także, iż informacja zawarta w przekazie reklamowym nie wskazuje jednoznacznie na zakończenie działalności ale *„na niesprecyzowaną okoliczność zamykania nieokreślonych żabek, co jest pojęciem wieloznacznym i może oznaczać zarówno zamykanie prawdziwych płazów, wyrobów czekoladowych w kształcie żab (...) lub zmianę logo sklepów"*. Powołując się na poglądy doktryny w zakresie wprowadzenia w błąd należy wskazać, iż *wprowadzać w błąd może wypowiedź reklamowa, która może być rozumiana w różny sposób przez odbiorców (...) każdy przedsiębiorca ma pełną swobodę ukształtowania swojej treści wypowiedzi reklamowej. Z tego też powodu ponosi ryzyko skutków niebezpieczeństwa konfuzji spowodowanej reklamą swoich usług.*(tak: R. Skubisz (w:) Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, pod red. J. Szwaji, Warszawa 2006, s. 694). Jak już zostało wskazane w niniejszej decyzji w odbiorze przeciętnego konsumenta podana w przekazie reklamowym informacja o zamknięciu „żabek" nie mogła zostać inaczej zinterpretowana aniżeli jako zapowiedź zamknięcia sklepów tej sieci. Wskazać należy, iż w treści reklamy użyto sformułowania, iż decyzję o zamknięciu „żabek" podjął zarząd Spółki Żabka Polska S.A., czyli organ który podejmuje decyzje dotyczące działalności Spółki. W ocenie Prezesa Urzędu również sposób przedstawienia tej informacji- plansza z napisem, mógł wywołać u przeciętnego konsumenta wrażenie, iż ma do czynienia z neutralną informacją, a nie z informacją o rozpoczynającej się kampanii reklamowej. Nie sposób zatem zgodzić się z argumentacją Spółki, jakoby przeciętny konsument mógł odnieść decyzję zarządu Spółki do bliżej nieokreślonego zamknięcia np. żabek-płazów.

Dodatkowo na potwierdzenie swojego stanowiska w zakresie interpretacji kwestionowanego komunikatu, Spółka przedstawiła 2 opinie-Pana S. Klepackiego, dyrektora Agencji Reklamowej Radia Merkury oraz językoznawcy Pana J. Kubel. Z obydwu opinii wynika, iż przeciętny konsument powinien się zorientować, iż podana w reklamie informacja nie jest prawdziwa, a cała wypowiedź ma charakter humorystyczny. Powyższe stanowisko Spółki nie zasługuje na uwzględnienie. Powołując się na poglądy doktryny należy wskazać bowiem, iż *z wprowadzeniem w błąd przez reklamę mamy do czynienia wówczas, gdy powstałe na podstawie reklamie wyobrażenia nie są zgodne ze stanem rzeczywistym. Decydujące znaczenie mają przy tym wyobrażenia adresatów reklamy, a nie opinie reklamujących, czy agencji reklamowych* (tak: P. Białecki, H. Tuchołka „Nieuczciwa lub zakazana reklama", Warszawa 2002 str. 40).Wobec tego przedstawione w toku postępowania przez Spółkę opinie potwierdzające stanowisko Spółki nie są przekonywujące w opinii Prezesa Urzędu.

Na marginesie należy również wskazać, iż w toku niniejszego postępowania Spółka podnosiła, iż nawet zapowiedź zamknięcia sklepów, nie może prowadzić do zniekształcenia zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta, ponieważ konsument nadal będzie dokonywał zakupów, ale w innym sklepie. Prezes Urzędu nie zgadza się ze stanowiskiem Spółki. W ocenie Prezesa Urzędu przeciętny konsument widząc przedmiotowy komunikat mógł się spodziewać, iż w związku z zakończeniem działalności Spółka zorganizuje wyprzedaż towarów. W omawianym stanie faktycznym należy przyjąć, iż zdolność oddziaływania przekazu reklamowego na decyzje gospodarcze konsumentów sprowadzała się do sytuacji, w której konsumenci zainteresowani przyczyną zamykania sklepów sieci, mogli się udać do placówki handlowej w celu uzyskania szczegółowych informacji na ten temat i

przy okazji dokonać zakupów, których by nie dokonali w innych okolicznościach. Zgodnie z art. 2 pkt 7 u.p.n.p.r. przez decyzję dotyczącą umowy rozumie się *podejmowaną przez konsumenta decyzję, co do tego, czy, w jaki sposób i na jakich warunkach dokona zakupu, zapłaci za produkt w całości lub w części, zatrzyma produkt, rozporządzi nim lub wykonana uprawnienie umowne związane z produktem, bez względu na to, czy konsument postanowi dokonać określonej czynności, czy też powstrzymać się od jej dokonania.*

Zdaniem Prezesa Urzędu Spółka pominęła w treści reklamy istotne informacje, co uniemożliwiło przeciętnemu konsumentowi zrozumienie rzeczywistego charakteru kampanii reklamowej.

Wobec powyższego, w ocenie Prezesa Urzędu, działania Spółki należy uznać za działanie bezprawne, tj. za nieuczciwą praktykę rynkową, wprowadzającą w błąd, o której mowa w art. 7 pkt 15 u.p.n.p.r.

Ad C)

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie definiuje pojęcia *„zbiorowych interesów konsumentów”*. W art. 24 ust. 3 uokik stanowi jednak, iż *„nie jest zbiorowym interesem konsumentów 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 wyroków 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. Jak podnosi się w doktrynie, w pojęciu praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów mieści się także działanie przedsiębiorcy skierowane wprawdzie do oznaczonych (zindywidualizowanych), ale za to dostatecznie licznych konsumentów, o ile przy tym konsumentów tych łączy jakaś wspólna cecha rodzajowa. Wówczas bowiem poszkodowana zostaje pewna grupa konsumentów, nie będąca jedynie – z punktu widzenia przedsiębiorcy stosującego daną praktykę – zbiorowością przypadkowych jednostek, lecz stanowiącą określoną i odrębną kategorię konsumentów, reprezentującą w znacznym stopniu wspólne interesy (M. Szydło, Publicznoprawna ochrona zbiorowych interesów konsumentów, Monitor Prawniczy 2004/17/791). Należy zatem przyjąć, że zbiorowy interes konsumentów nie musi odnosić się do nieograniczonej liczby konsumentów, których nie da się zindywidualizować, gdyż brak indywidualizacji nie sprzeciwia się możliwości wyodrębnienia kategorii bądź zbioru konsumentów o pewnych cechach. Oznacza to, że nie ilość faktycznych, potwierdzonych naruszeń, ale przede

wszystkim ich charakter, a w związku z tym możliwość (chociażby 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 na indywidualnych przypadkach przedstawianych przez konsumentów, a wziął pod uwagę działania Spółki odnoszące się do naruszenia zbiorowych interesów konsumentów, a więc pewnej, potencjalnie nieograniczonej liczby konsumentów. W omawianym przypadku naruszenie przejawia się w prezentowaniu reklam, których treść wprowadza konsumentów w błąd, co zostało uznane za działanie bezprawne. Zbiorowy interes realizuje się natomiast poprzez fakt, iż potencjalnie wszyscy odbiorcy tych reklam (nieograniczona grupa konsumentów) zostali dotknięci naruszeniem. Reklamy oraz materiały promocyjne były prezentowane w licznych mediach oraz dostępne w punktach sprzedaży Spółki. Wprowadzające w błąd działanie odnosiło się zatem do zbiorowości tych konsumentów, dla których skutek w ww. postaci był wspólny.

Interes konsumentów należy rozumieć jako interes prawny (a nie faktyczny), a więc uznany przez ustawodawcę na zasługujący na ochronę i zabezpieczenie. W literaturze przedmiotu zwraca się uwagę, iż określenie stałego czy zamkniętego katalogu interesów konsumentów nie jest możliwe, ani też zasadne[1]. Naruszenie zbiorowego interesu konsumentów powiązane jest z naruszeniem interesów gospodarczych konsumentów. Pod tym pojęciem należy rozumieć zarówno naruszenie interesów stricte ekonomicznych (o wymiarze majątkowym), jak również prawo konsumentów do uczestniczenia w przejrzystych i niezakłóconych przez przedsiębiorcę warunkach rynkowych, zapewniających konsumentom dokonywanie transakcji handlowych z przedsiębiorcami przy całkowitym zrozumieniu rzeczywistego sensu ekonomicznego i prawnego warunków dokonywanych czynności na etapie przedkontraktowy oraz w czasie wykonywania umowy, czego urzeczywistnieniem jest m.in. abstrakcyjnie pojmowane prawo do rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji w komunikacji pomiędzy przedsiębiorcą a konsumentem. W tym też aspekcie w niniejszej sprawie nastąpiło naruszenie interesu gospodarczego konsumentów poprzez skierowanie do konsumentów wprowadzającego w błąd, co do jego istoty treści przekazu reklamowego. Wskazując na interes konsumentów, jaki został naruszony poprzez bezprawne działania Spółki, zdaniem Prezesa Urzędu zasadnym jest uwzględnienie naruszenia interesu pozaekonomicznego rozumianego jako nierzetelność i wprowadzenie w błąd. Wobec powyższego, praktyka Spółki godziła w podstawowe prawo konsumentów, jakim jest prawo do rzetelnej i prawdziwej informacji, której konsument może oczekiwać od przekazu reklamowego.

Należy zwrócić uwagę, iż kwestionowana reklama emitowana była m.in. w ogólnopolskich stacjach telewizyjnych i Internecie oraz adresowana do wszystkich potencjalnych konsumentów. Zatem działania Spółki mogły naruszać zbiorowe interesy konsumentów, rozumiane jako interes publiczny.

[1] Patrz: M. Szydło, *„Publicznoprawna ochrona zbiorowych interesów konsumentów”*, Monitor Prawniczy 2004/17/791.

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

Na podstawie art. 27 ust. 1 i 2 uokik w przypadku zaprzestania stosowania przez przedsiębiorcę praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, o której mowa w art. 24 uokik, Prezes Urzędu wydaje decyzję o uznaniu przedmiotowej praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, jednocześnie stwierdzając zaniechanie jej stosowania.

W omawianym postępowaniu Spółka zaniechała stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Ten fakt, potwierdzony w materiale dowodowym, związany był z zakończeniem I etapu kampanii reklamowej, w której użyto sformułowania o treści: „Informujemy, że decyzją zarządu spółki ŻABKA POLSKA S.A. 15 września 2008 r. ZAMYKAMY ŻABKI". Prezes Urzędu za zasadne uznał przyjęcie za termin zaprzestania stosowania omawianej praktyki przedstawioną przez Spółkę datę zakończenia przedmiotowej akcji marketingowej, tj. dzień 14 września 2008 r.

III. Rozstrzygnięcie w pkt II sentencji decyzji. Nakazanie publikacji decyzji.

Prezes Urzędu nałożył na Spółkę, na podstawie art. 27 ust. 4 w związku z art. 27 ust. 2 w związku z art. 26 ust. 2 uokik obowiązek publikacji decyzji w całości na koszt Żabka Polska S.A. na stronie internetowej przedsiębiorcy www.zabkapolska.pl w ciągu 30 dni od daty uprawomocnienia się przedmiotowej decyzji Spółce oraz utrzymywania jej na przedmiotowej stronie internetowej przez okres 6 miesięcy, a ponadto jednokrotną publikację sentencji decyzji na koszt Spółki na jednej z pięciu pierwszych stron dziennika o zasięgu ogólnopolskim w ciągu 30 dni od daty uprawomocnienia się przedmiotowej decyzji Spółce, z tym, że okres między przedmiotowymi publikacjami powinien wynosić co najmniej 7 dni.

W stosunku do decyzji wydawanych na podstawie art. 27 ust. 2 uokik odpowiednie zastosowanie znajduje przepis art. 26 ust. 2 uokik. Decyzja o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów oraz stwierdzająca zaniechanie jej stosowania może zatem w związku z powyższym odesłaniem zawierać elementy dodatkowe w szczególności w postaci zobowiązania przedsiębiorcy do złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia o określonej treści lub formie oraz zobowiązania do publikacji decyzji w całości lub w części na koszt przedsiębiorcy. W niniejszej sprawie Prezes Urzędu zdecydował o zastosowaniu drugiego z ww. dodatkowych środków.

„Należy wskazać, że zamieszczenie w decyzji o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i stwierdzającej zaniechanie jej stosowania postanowień dodatkowych z uwagi na jej charakter ma zmierzać do osiągnięcia innych celów niż te, które są stawiane odpowiednim postanowieniom zawartym w decyzji wydanej na podstawie art. 26 ust. 1 uokik. Decyzja wydana na podstawie art. 27 ust. 1 uokik jest bowiem wydawana w sytuacji, gdy przedsiębiorca nie stosuje już praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów. Zatem celem umieszczenia w niej postanowień dodatkowych nie jest dążenie do wyeliminowania jej skutków (tak jak w decyzji wydanej na podstawie art. 26 ust. 1 uokik), bowiem bezprawna praktyka została już zaniechana (co ustalono w toku niniejszego postępowania). (...) Należy w związku z tym przyjąć, iż celem przyjętego rozwiązania jest realizacja funkcji represyjnej." (K. Kohutek, M. Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, LEX, 2008). W opinii Prezesa Urzędu omawiana instytucja

oprócz funkcji represyjnej w stosunku do Strony postępowania (przedsiębiorca na forum publicznym „przyznaje się” do stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów) – pełni również funkcję edukacyjną oraz prewencyjną wobec innych uczestników rynku - zarówno przedsiębiorców, jak i konsumentów.

W niniejszej sprawie doszło do naruszenia fundamentalnego prawa konsumenta do uczestnictwa w grze rynkowej na równych warunkach. Czynnikiem kompensującym konsumentowi jego słabszą pozycję rynkową jest prawo do bycia dobrze poinformowanym. Informacja stanowi bowiem główny czynnik determinujący podjęcie przez konsumenta decyzji dotyczącej zawarcia umowy. Mając na uwadze przedmiotowe dobro podlegające ochronie prawnej, Prezes Urzędu uznał za zasadne nakazanie podania do wiadomości szerokiego kręgu odbiorców informacji o praktyce Spółki, która została uznana za bezprawną. Spełni to niewątpliwe funkcję wychowawczą wobec konsumentów, stanowiąc kolejny element edukacji konsumenckiej zmierzającej do kształtowania modelu polskiego konsumenta na wzór europejski, przyjęty już w u.p.n.p.r. – tj. konsumenta uważnego, ostrożnego i dobrze poinformowanego, zwracając im uwagę na język reklam, który może błędnie (pobieżnie) opisywać istotę oferowanego produktu. Tym samym także w odniesieniu do konsumentów zrealizowana zostanie funkcja prewencyjna, gdyż informując o bezprawnych praktykach oraz przestrzegając przed nimi, należy zakładać, że świadomość konsumencka wzrośnie i konsumenci uważniej będą analizować przekaz reklamowy w przyszłości. Funkcja edukacyjna i prewencyjna poprzez omawiany nakaz publikacji będzie realizować się także w odniesieniu do innych profesjonalnych uczestników rynku. Publikacja ma stanowić czytelną informację dla przedsiębiorców, jakie wymogi powinien spełniać rzetelny i niewprowadzający w błąd przekaz reklamowy, a jednocześnie ostrzegać, iż w przypadku braku dochowania wymaganych standardów i zastosowania podobnej praktyki muszą liczyć się z określonymi sankcjami.

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

IV. Rozstrzygnięcie w pkt III sentencji decyzji. Nałożenie kary pieniężnej.

Stosownie do art. 106 ust. 1 pkt 4 uokik, Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dopuścił się stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 uokik. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów wprowadziła zatem zasadę fakultatywności kar nakładanych przez Prezesa Urzędu na przedsiębiorców, którzy dopuścili się stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów. Przedmiotowa ustawa nie przesądza bezwzględnie wysokości kary nakładanej przez Prezesa Urzędu, który decydując o tym w każdym konkretnym przypadku, kieruje się założeniem, że sankcja musi spełniać zarówno funkcję represyjną, jak i prewencyjną (dyscyplinującą).

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie zawiera zamkniętego katalogu przesłanek, od których uzależniana jest wysokość nakładanych na przedsiębiorców kar. Norma prawna wynikająca z art. 111 uokik stanowi jedynie, iż przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa miedzy innymi w art. 106 należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy przy czym – stosownie do art. 130 uokik – przy ustalaniu wysokości kary

pieniężnej, o którym mowa w art. 111 tej ustawy, uwzględnia się również okoliczność naruszenia przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 z późn. zm.).

Wskazać również należy, iż kara pieniężna może być nałożona na przedsiębiorcę niezależnie od tego, czy dopuścił się naruszenia przepisów ustawy umyślnie, czy też nieumyślnie. Nałożona przez organ antymonopolowy kara powinna ponadto pełnić funkcje represyjną (tj. stanowić dolegliwość za naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów), a także prewencyjną, dyscyplinującą (tj. zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości). W zależności od stopnia naruszenia przepisów ustawy, ustala się funkcje prewencyjną lub represyjną za wiodącą.

Za udowodnione należy uznać, iż doszło do naruszenia przez Spółkę określonego w art. 24 uokik zakazu w sposób określony w sentencji niniejszej decyzji (por. punkt I sentencji Decyzji). W niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał za zasadne skorzystanie z przysługującego mu na mocy przepisów uokik uprawnienia do nałożenia kary pieniężnej w sytuacji stosowania przez przedsiębiorcę praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, przede wszystkim mając na uwadze charakter stosowanej przez Spółkę praktyki przejawiający się we wprowadzaniu konsumentów w błąd, a zatem godzący w jedno z podstawowych praw konsumentów – prawo do rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji.

Prezes Urzędu mając na uwadze interes publiczny uznał więc, iż samo stwierdzenie stosowania przez przedsiębiorcę praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów będzie niewystarczającym działaniem ze strony organu administracji. W związku z powyższym, rodzaj naruszonego dobra (prawo do informacji) oraz okoliczności naruszenia przesądzają, zdaniem Prezesa Urzędu, o słuszności zastosowanego środka w postaci kary pieniężnej.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów odnosi wysokość kary pieniężnej do procentowej wielkości przychodu przedsiębiorcy, przy czym pod pojęciem przychodu należy rozumieć przychód uzyskany przez przedsiębiorcę w roku podatkowym poprzedzającym dzień wszczęcia postępowania na podstawie ustawy, w rozumieniu obowiązujących przedsiębiorcę przepisów o podatku dochodowym (art. 4 pkt 15 uokik).

Ponieważ w 2008 r. Spółka uzyskała przychód w wysokości (…), maksymalna kara pieniężna, jaka może zostać nałożona na przedsiębiorcę w oparciu o ww. przepis wynosi (…).

Ustalając wymiar kary pieniężnej Prezes Urzędu w pierwszej kolejności **dokonał oceny wagi stwierdzonej praktyki**. W powyższym kontekście wzięto pod uwagę, iż stosowane przez Spółkę naruszenia zbiorowych interesów konsumentów miały miejsce na etapie przedkontraktowym i polegało na stosowaniu w kampanii reklamowej sformułowania o treści: „Informujemy, że decyzją zarządu spółki ŻABKA POLSKA S.A. 15 września 2008 r. ZAMYKAMY ŻABKI”, które wprowadzało w błąd przeciętnego konsumenta.

Prezes Urzędu, dokonując oceny wagi stwierdzonych praktyk, wziął pod uwagę szereg zaistniałych okoliczności, które miały wpływ na stwierdzenie w konkretnym przypadku stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów.

Prezes Urzędu miał na względzie, iż kwestionowana reklama była kierowana do konsumentów w stosunkowo krótkim okresie czasu (tj. od 4- 14 września 2008 r.), przy czym przekaz reklamowy trafiał do nieograniczonej grupy konsumentów. Wskazać należy, iż kampania reklamowa prowadzona była telewizji oraz prasie o zasięgu ogólnopolskim, a więc zakwestionowana praktyka miała charakter powszechny.

Nie bez znaczenia jest fakt, iż Spółka, w toku prowadzonego postępowania negowała, że kwestionowany przedmiotową decyzją przekaz reklamowy mógł stwarzać zagrożenia dla konsumentów polegające na wprowadzeniu w błąd. W tym miejscu należy podkreślić, iż stosowane przez Spółkę formy prezentacji - reklama telewizyjna, prasowa, plakaty z racji swej istoty posiadają ograniczenia, co do pojemności informacji. Nie może to jednak stanowić usprawiedliwienia, ani przyzwolenia na działanie niezgodne z prawem z uwagi na ograniczenia używanej formy. Każdy z wymienionych rodzajów prezentacji treści reklamowych koncentruje się na ogólnych informacjach na temat oferowanego produktu. Dlatego też tak istotna jest treść reklamy, która nie przedstawiając - z powodu oczywistych ograniczeń pełnej treści oferty, nie powinna jednak wprowadzać w błąd, tj. wywoływać u konsumenta mylnego wyobrażenia, co do jej istoty.

Oceniając wagę naruszenia Prezes Urzędu miał na względzie, iż zaniechanie stosowania praktyki nie było wynikiem działań samokontrolnych mających na celu eliminację własnych, niewłaściwych zachowań, które wprowadzały w błąd ich odbiorców. Zakończenie przez Spółkę prowadzenia kampanii reklamowej z użyciem kwestionowanego sformułowania nie miało bezpośredniego związku z postępowaniem podjętym przez Prezesa Urzędu- zostało ono bowiem wszczęte po zakończeniu I etapu kampanii reklamowej, w której użyto kwestionowanego sformułowania. Spółka nie zaniechała zatem praktyki pod wpływem interwencji Prezesa Urzędu, lecz na skutek zaplanowanego uprzednio zakończenia działań promocyjnych.

W związku z powyższym Prezes Urzędu uznał, iż natura naruszenia uzasadnia ustalenie wyjściowego poziomu kary pieniężnej na poziomie (…) przychodu uzyskanego przez Spółkę w 2008 r.

Na wymiar kary pieniężnej nałożonej na Spółkę miały wpływ określone okoliczności obciążające.

Nakładając karę pieniężną określoną w art. 106 ust. 1 pkt 4 uokik, Prezes Urzędu bierze pod uwagę konieczność spełnienia przesłanek podmiotowych, tj. stwierdzenia, iż określone w ww. przepisie naruszenie dokonane było co najmniej nieumyślnie. Konieczność wzięcia pod uwagę przesłanki winy w przypadku stosowania kar pieniężnych określonych w art. 106 ust. 1 pkt 4uokik wynika bezpośrednio nie tylko z treści tego przepisu, ale również ma umocowanie w ustawie zasadniczej. Zgodnie bowiem z art. 83 Konstytucji RP, każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej. Obowiązek znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży zatem na profesjonalnych uczestnikach obrotu rynkowego. Podmioty profesjonalnie działające na rynku powinny posiadać umiejętność przewidzenia, iż podejmowane przez nie działania mogą być uznane przez Prezesa Urzędu za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i nie mogą skutecznie dowodzić braku świadomości naruszenia zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Zdaniem Prezesa Urzędu, można przyjąć, iż działania Spółki miały charakter umyślny. W toku niniejszego postępowania Spółka bowiem przyznała, iż przedmiotowe hasło miało wzbudzić zainteresowanie konsumentów. Na powyższe jednoznacznie wskazują także wypowiedzi rzecznika prasowego Spółki, z których wynika, iż Spółka miała świadomość, iż konsumenci zrozumieją przedmiotowe hasło jako zapowiedź zamknięcia sklepów sieci Żabka i będą chcieli potwierdzić prawdziwość tej informacji podczas dokonywania zakupów. Zatem należy przyjąć, iż Spółka miała świadomość, iż niniejsze hasło mogło wprowadzać w błąd przeciętnego konsumenta.

Ponadto, Prezes Urzędu wymierzając karę wziął pod uwagę, iż Spółka posiada sklepy na terenie całej Polski, a więc jej działalność ma charakter ogólnopolski.

Prezes Urzędu uznał, iż zaistniałe w niniejszej sprawie okoliczności obciążające uzasadniają zwiększenie wyjściowego poziomu kary o (…).

W świetle powyższych okoliczności wysokość kary ustalono na poziomie 1 553 317,81 zł (słownie: jeden milion pięćset pięćdziesiąt trzy tysiące trzysta siedemnaście złotych 81/100 groszy). Oznacza to, iż nałożona na Spółkę kara pieniężna mieści się w granicach wyznaczonych przez art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy i jednocześnie stanowi (…) przychodu osiągniętego przez nią w 2008 r.

Decydując o nałożeniu kary i jej wysokości wzięto pod uwagę wszystkie ww. okoliczności, jak i możliwości finansowe przedsiębiorcy. Orzeczona kara powinna stanowić dolegliwość dla uczestnika niniejszego postępowania, tak aby jej nałożenie skutkowało w przyszłości zapobieżeniem zaistnienia podobnych sytuacji. Z drugiej strony należy też podkreślić wymiar edukacyjny i wychowawczy zastosowanego środka oraz wyrazić nadzieję, że odniesie on spodziewany skutek na przyszłość. Poza wymiarem indywidualnym kary, należy zwrócić uwagę na jej wymiar ogólny, funkcję odstraszającą i wychowawczą w stosunku do innych uczestników rynku.

W ocenie Prezesa Urzędu kara wymierzona w tej wysokości jest adekwatna do stopnia naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Prezes Urzędu, kierując się potrzebą zdecydowanego przeciwdziałania stosowaniu praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów uznał, że orzeczona kara powinna stanowić dolegliwość dla strony niniejszego postępowania. W tym przypadku kara powinna spełnić jednak przede wszystkim funkcję prewencyjną i wychowawczą, tak aby zapobiec w przyszłości naruszeniom przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przyczyniając się do zapewnienia trwałego zaniechania naruszania przez Spółkę w przyszłości reguł odnoszących się do ochrony praw konsumentów.

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

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

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy, karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: NBP o/o Warszawa Nr 51101010100078782231000000.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy w związku z art. 479 (28) § 2 k.p.c. – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od daty jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Otrzymuje:

1. Żabka Polska S.A.
   ul. Ogrodowa 12
   61- 821 Poznań
2. a/a