



PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
MAŁGORZATA KRASNOŁĘBSKA-TOMKIEL

L.dz. DDK1-61-29/07/MR

Warszawa, dn. 6 sierpnia 2009 r.

DECYZJA Nr DDK 4/2009

I. Na podstawie art. 27 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu wszczętego z urzędu postępowania w sprawie podejrzenia stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, **Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznaje**, że działania spółki Zbyszko Company Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu, polegające na:

1) dopuszczeniu się godzącego w zbiorowe interesy konsumentów czynu nieuczciwej konkurencji, zdefiniowanego w art. 16 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), polegającego na zawarciu w materiałach reklamowych produktu Veroni Mineral Fit, sugestii, iż za wyjątkiem reklamowanego produktu, wszystkie inne aromatyzowane napoje bezalkoholowe, są szkodliwe dla zdrowia, ze względu na zawarte w nich konserwanty, co wprowadza konsumentów w błąd, co do szkodliwości stosowania dozwolonych substancji dodatkowych,

stanowią praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów **i stwierdza zaniechanie jej stosowania z dniem 30 września 2007 r.;**

2) dopuszczeniu się godzącego w zbiorowe interesy konsumentów czynu nieuczciwej konkurencji, zdefiniowanego w art. 16 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), polegającego na wywołaniu lęku wśród konsumentów, w związku z zawartą w materiałach reklamowych produktu Veroni Mineral Fit sugestią szkodliwości substancji konserwujących dodawanych do środków spożywczych,

stanowią praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów **i stwierdza zaniechanie jej stosowania z dniem 30 września 2007 r.**

II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **nakłada** na spółkę Zbyszko Company Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu **karę pieniężną w wysokości 240 856 PLN (słownie: dwieście czterdzieści tysięcy osiemset pięćdziesiąt sześć złotych)** płatną do budżetu państwa, z tytułu naruszenia zakazu, o jakim mowa w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, opisanym w pkt I niniejszej decyzji.

UZASADNIENIE

W dniu 18 września 2007 r. na podstawie art. 49 ust. 1 w związku z 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: uokik), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes Urzędu), działając z urzędu, wszczął wobec spółki Zbyszko Company Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu (dalej: Strona postępowania), postępowanie o stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 uokik, polegających na:

1. dopuszczeniu się godzącego w zbiorowe interesy konsumentów czynu nieuczciwej konkurencji, zdefiniowanego w art. 16 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm., dalej: uznk), polegającego na zawarciu w materiałach reklamowych produktu Veroni Mineral Fit (dalej zwanego również „Produktem”) sugestii, iż za wyjątkiem reklamowanego produktu, wszystkie inne aromatyzowane napoje bezalkoholowe, są szkodliwe dla zdrowia, ze względu na zawarte w nich konserwanty, co może wprowadzić konsumentów w błąd, co do szkodliwości stosowania dozwolonych substancji dodatkowych,
2. dopuszczeniu się godzącego w zbiorowe interesy konsumentów czynu nieuczciwej konkurencji, zdefiniowanego w art. 16 ust. 1 pkt 3 uznk, polegającego na wywołaniu lęku wśród konsumentów, w związku z zawartą w opisanych wyżej materiałach reklamowych sugestią szkodliwości substancji konserwujących dodawanych do środków spożywczych.

Postanowienie o wszczęciu postępowania z dnia 18 września 2007 r., wraz z zawiadomieniem, doręczono Stronie postępowania w dniu 25 września 2007 r.

Do Departamentu Polityki Konsumenckiej Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wpłynęły skargi Polskiej Federacji Producentów Żywności oraz Krajowej Izby Gospodarczej „Przemysł Rozlewniczy” na działania Strony postępowania związane z treścią i formą emitowanego spotu reklamowego służącego promocji produktu Veroni Mineral Fit. W treści reklamy zawarte były stwierdzenia „*większość z Państwa nie kupuje wód smakowych. Trudno się dziwić – benzoesan sodu, sorbinian potasu – to konserwanty. Jeszcze trochę a będziemy wszyscy świecić, o tak*” ... (obraz ciemnieje, a postać aktorki przybiera poświatę, po czym butelka z napojem zawierającym substancje konserwujące zostaje wymownym gestem odrzucona do pojemnika na śmieci). Skarżący podnieśli, że reklama Produktu może wprowadzić konsumentów w błąd co do szkodliwości środków spożywczych zawierających środki konserwujące. Tym samym, wykorzystując niedostateczną wiedzę konsumentów w tym zakresie może to skutkować wywołaniem lęku przed nabywaniem produktów zawierających substancje konserwujące i tym samym podważyć zaufanie konsumentów do obowiązujących w Polsce i na terenie innych Państw Członkowskich Unii Europejskiej przepisów oraz systemu kontroli żywności i dopuszczenia jej do spożycia.

Zdaniem Prezesa Urzędu reklama produktu Veroni Mineral Fit mogła wprowadzać konsumentów w błąd co do szkodliwości substancji konserwujących dodawanych do środków spożywczych. Po analizie treści spotu reklamowego stwierdzono również, że mógł on wywołać u konsumentów nieuzasadniony lęk w tym zakresie.

W dniu 18 września 2007 r. Prezes Urzędu zwrócił się do wymienionych poniżej instytucji o wyrażenie opinii w szczególności w kwestii, czy reklama telewizyjna produktu Veroni Mineral Fit może naruszać przepisy art. 16 ust. 1 pkt 2 i 3 uznk. Opinie w tym zakresie wyrazili:

- Główny Inspektor Inspekcji Handlowej, na podstawie art. 72 uokik, pismem z dnia 26 września 2007 r. (sygn.: BK-AŻ-070-8/07/JS),

- Główny Inspektor Jakości Handlowej Artykułów Rolno-Spożywczych, na podstawie art. 72 uokik, pismem z dnia 11 października 2007 r. (sygn.: GIS-BŻ/PR-022-322-3/AK/07),
- Instytut Żywności i Żywienia, na podstawie art. 59 ust. 1 uokik, pismem z dnia 16 października 2007 r. (sygn.: ZBŻŻ-1528/07),
- Główny Inspektor Sanitarny, na podstawie art. 72 uokik, pismem z dnia 18 października 2007 r. (sygn.: GI-GNL-071-67/07).

Strona postępowania kilkakrotnie przedstawiała swoje stanowisko w przedmiotowej sprawie – w pismach z dnia 8 października 2007 r., 8 listopada 2007 r., 26 listopada 2007 r. uznając przedstawione zarzuty za całkowicie nieuzasadnione.

W treści pisma z dnia 8 października 2007 r., odnosząc się do zarzutu wprowadzenia w błąd co do szkodliwości stosowania dozwolonych substancji dodatkowych, Strona postępowania stwierdziła, że jest on nieuzasadniony, gdyż:

- przekaz reklamowy zawiera jedynie zgodne z prawdą informacje dotyczące składu reklamowanego produktu, w tym w szczególności dotyczące jej naturalnego charakteru;

W opinii Strony postępowania ze spotu reklamowego produktu Veroni Mineral Fit wynika jedynie, że Produkt jest pierwszą tzw. „wodą smakową” nie zawierającą konserwantów (do pisma z dnia 8 października 2007 r. załączono: etykiety produktu Veroni Mineral Fit, w treści których podany jest skład Produktu, oraz dokumenty dotyczące specyfikacji produktów: aromat jabłkowy i brzoskwiński, dodawanych do Veroni Mineral Fit). Strona postępowania argumentowała, że żadna z przedstawionych w spotcie reklamowym informacji nie jest informacją nieprawdziwą czy wprowadzającą w błąd. Zdaniem Strony postępowania z przekazu wynika jedynie, że Strona postępowania przekazuje prawdziwe informacje o tym, że na rynku dostępne są tzw. „wody smakowe” zawierające konserwanty a napój bez konserwantów jest lepszy niż te, które je zawierają. Tę przewagę rynkową reklamowanego produktu ilustrować ma zdaniem Strony postępowania „emitująca światło postać”, która stanowi jasny dla przeciętnego konsumenta przekaz, że woda smakowa Veroni Mineral Fit jest zdrowsza i lepsza a także bardziej naturalna niż inne wody. Zdaniem Strony postępowania takie postępowanie uznać należy za prokonsumenckie, gdyż już z reklamy konsument może uzyskać informacje na temat składu reklamowanego produktu.

- stosowanie konserwantów w tzw. „wodach smakowych” nie jest uzasadnione technologicznie a cel ich stosowania może być osiągnięty w inny sposób, praktycznie możliwy z punktu widzenia technologicznego i ekonomicznego – czego dowodem jest zdaniem Strony postępowania fakt, że możliwe było wyprodukowanie Veroni Mineral Fit w technologii aseptycznej bez użycia substancji konserwujących. W związku z tym, w opinii Strony postępowania, producenci tzw. „wód smakowych”, które zawierają konserwanty działają niezgodnie z art. 9 pkt b ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz. U. Nr 171, poz. 1225 ze zm., dalej: ustawa o bezpieczeństwie żywności i żywienia);

- konserwanty są szkodliwe dla zdrowia.

Powołując się na treść art. 9 ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia oraz Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 23 kwietnia 2004 r. w sprawie dozwolonych substancji dodatkowych i substancji pomagających w przetwarzaniu (Dz. U. Nr 94, poz. 933 ze zm., dalej: Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 23 kwietnia 2004 r.) Strona postępowania stwierdziła, że używanie substancji dodatkowych jest dozwolone jedynie warunkowo i przy zachowaniu szczególnej ostrożności, wynikającej z konieczności zapewnienia konsumentom bezpieczeństwa żywienia i jedynie w sytuacji, w której nie jest możliwe osiągnięcie celu ich stosowania w inny sposób. Zdaniem Strony postępowania ustawodawca wskazał w ten sposób, że co do zasady używanie substancji dodatkowych, w tym w szczególności tych, które do użytku dozwolone są jedynie warunkowo, jest mniej

korzystne niż używanie produktów, które tych substancji nie zawierają. Dlatego zdaniem Strony postępowania wprowadzone zostały ograniczenia w stosowaniu konserwantów.

Niezależnie od wymagań ustawowych Strona postępowania wskazała, że wykorzystywanie w środkach spożywczych konserwantów nie jest dla zdrowia konsumentów neutralne.

W celu udowodnienia twierdzenia szkodliwości konserwantów Strona postępowania załączyła do pisma z dnia 8 października 2007 r. „Opinię w sprawie pochodnych kwasu sorbowego i benzooesowego w aromatyzowanych napojach bezalkoholowych” sporządzoną przez dr Zbigniewa Hałata – lekarza medycyny specjalisty epidemiologa, etykiety produktu Veroni Mineral Fit oraz wydruki ze stron internetowych:

- www.sweetmarket24.com,

gdzie zamieszczono informacje, zgodnie z którymi spożywanie w szczególności benzooesanu sodu może powodować zwiększenie nadaktywności ruchowej dzieci;

- www.trybuna.com.pl,

gdzie zamieszczono artykuł pod tytułem „Konserwanty przyczyną uczuleń. Uważaj co jesz”, w którym powołując się na wyniki badań przeprowadzonych przez dr Adriana Morrisa stwierdza się, że spożywanie substancji konserwujących, w szczególności benzooesanu sodu oraz siarczyny, może zwiększać ryzyko występowania reakcji alergicznych;

- <http://godtech.info>,

gdzie dostępny jest artykuł pod tytułem „Benzoosan sodu – Coca-Cola powoduje chorobę Parkinsona?”, w którym powołano się na wyniki badań przeprowadzonych przez Petera W. Pipera – autora badań nad substancją konserwującą benzoosan sodu. W powołanym artykule stwierdza się, że benzoosan sodu w połączeniu z witaminą C może przekształcić się w rakotwórczy benzen. Ponadto informuje się, że „Unia Europejska, motywowana badaniami przeprowadzonymi przez profesora Pipera właśnie wszczęła śledztwo w sprawie zagrożenia dla ludzkiego zdrowia. Przedstawiciele zespołu, który jest odpowiedzialny za owe śledztwo, będą teraz potrzebowali powtórnego oszacowania długoterminowych konsekwencji spożywania benzooesanu sodu, ponieważ wyniki badań przeprowadzonych przez Światową Organizację Zdrowia (World Health Organization) w roku 2000 najprawdopodobniej uległy przedawnieniu.”;

- www.federacja-konsumentow.org.pl, gdzie znajduje się stwierdzenie: „Benzoosan sodu – syntetycznie otrzymywany konserwant (...) Odradza się częste spożywanie. Uwaga alergicy.”. W odniesieniu do innego konserwantu wymienionego w treści przekazu reklamowego produktu Veroni Mineral Fit – sorbinianu potasu znajduje się informacja „Syntetycznie otrzymywany konserwant. (...) Uważany za nieszkodliwy.”.

Do pisma Strony postępowania z dnia 8 listopada 2007 r. załączono wydruk ze strony internetowej www.zdrowie.med.pl, gdzie dostępny jest artykuł pod tytułem „Alergizujące konserwanty”, w którym powołano się na wyniki badań przeprowadzonych przez dr Adriana Morrisa, zgodnie z którymi „chemiczne dodatki i konserwanty zawarte w żywności mogą być przyczyną różnych chorób alergicznych w tym: pokrzywki, obrzęku naczynioruchowego, zapalenia błony śluzowej nosa, astmy oraz niebezpiecznej dla życia człowieka reakcji anafilaktycznej. (...) Wprawdzie konserwanty są stosowane zgodnie z przewidzianymi prawem normami, to jednak spożywane regularnie kumulują się w organizmie i mogą stanowić zagrożenie dla zdrowia konsumentów.”. W tym samym artykule stwierdza się równocześnie, że „z powodu braku aktualnie dostępnych, odpowiednich testów diagnostycznych, nie wiemy, jaka jest częstość występowania reakcji alergicznych na benzoosan sodu i dwutlenek siarki, ale sugeruje się wartość w zakresie od 2 do 10 %.”.

Strona postępowania załączyła do pisma z dnia 8 października 2007 r. opinię sporządzoną przez dr Zbigniewa Hałata, w której stwierdzono w szczególności, że reakcje

niepożądane na benzoesany zawarte w pożywieniu manifestują się w postaci podobnych do alergii jednostek chorobowych:

- dychawica oskrzelowa (astma);
- pokrzywka i obrzęk naczynioruchowy;
- katar sienny;
- atopowe zapalenie skóry i wyprysk kontaktowy;
- zapalenie małych naczyń krwionośnych skóry;
- wstrząs anafilaktyczny.

Autor przedmiotowej opinii stwierdził również, że nadwrażliwość na benzoesany doprowadzi do wyzwalania objawów tych chorób zwłaszcza u osób obciążonych tzw. skazą atopową. W Polsce nasilenie atopii szacuje się na 22% populacji dorosłych i 16% populacji dziecięcej. Tym samym, jak stwierdził dr Hałat, benzoesany stosowane jako substancje dodatkowe do napojów należy uznać za poważne zagrożenie zdrowia publicznego.

W opinii znalazła się również informacja, że w dniu 10 lipca 2007 r. Parlament Europejski zaostrzył regulacje prawne dotyczące substancji dodatkowych do żywności, zwracając uwagę na fakt, że jeśli nawet jakaś substancja nie sprowadza na konsumenta żadnego zagrożenia zdrowia, to może negatywnie oddziaływać na środowisko i zdrowie publiczne w kolejnych stadiach, co należy uwzględnić przy podejmowaniu pozytywnej lub negatywnej decyzji o jej dopuszczeniu.

W treści przedmiotowej opinii znalazło się również odwołanie do wyników badań przeprowadzonych przez Uniwersytet w Southampton na zlecenie Agencji ds. Standardów Żywności w Wielkiej Brytanii, które dotyczyły pomiaru przeciętnego spożycia i zachowania po spożyciu przez dzieci w wieku od trzech do dziewięciu lat, pożywienia zawierającego w szczególności substancję konserwującą benzoesan sodu. Badania te ujawniły, że dzieci wykazywały nadmierną pobudliwość ruchową, trudności z koncentracją, napady złego zachowania i reakcje alergiczne.

Zgodnie z informacjami udzielonymi przez dr Hałata, w wyniku reakcji chemicznej z udziałem benzoesanu sodu oraz innych substancji dozwolonych do użycia w aromatyzowanych napojach bezalkoholowych, może dojść do powstania benzenu, który przez Międzynarodową Agencję Badań nad Rakiem (IARC) został zaliczony do kategorii czynników rakotwórczych dla człowieka.

Zarzut wywołania lęku wśród konsumentów Strona postępowania również uznała za nieuzasadniony.

Strona postępowania stwierdziła, że z uwagi na to, że reklama Veroni Mineral Fit nie zawiera informacji mogących wprowadzić konsumentów w błąd, nie można uznać, że poinformowanie konsumenta o zawartości dodatkowych substancji zawartych w tzw. „wodach smakowych” oferowanych przez innych producentów prowadzi do ich zastraszenia i wywołania w nich lęku przed spożywaniem takich produktów. W opinii Strony postępowania sytuacja ta jest analogiczna do reklamowania żywności ekologicznej. Zdaniem Strony postępowania za absurdalny można byłoby uznać zarzut w stosunku do producenta żywności ekologicznej, że w reklamie swoich produktów, poprzez podkreślenie, że zostały wytworzone bez nawozów sztucznych zastrasza konsumentów i budzi w nich lęk przed żywnością wytwarzaną przy użyciu nawozów sztucznych.

Strona postępowania wskazała również, że użyty w reklamie przekaz „świecenia” jest metaforą i przerysowaniem charakterystycznym dla przekazu reklamowego mającym na celu uwypuklenie zalet reklamowanego Produktu przede wszystkim poprzez pokazanie, że Veroni Mineral Fit jest bardziej naturalna niż inne napoje dostępne na rynku.

Strona postępowania stwierdziła jednocześnie, że reklama odwołująca się do uczuć klientów przez wywołanie lęku jest zabroniona, ale nie chodzi tu o każde wywołanie obaw odbiorców, a jedynie o te, które prowadzi do przekroczenia zwyczajowo przyjętych granic.

Powołując się na treść art. 16 ust. 2 uznk Strona postępowania stwierdziła, że biorąc pod uwagę wszystkie elementy reklamy, podanie zgodnej z prawdą informacji o składnikach tzw. „wód smakowych” nie może stanowić zarzutu wobec producenta Veroni Mineral Fit. Reklama powinna być bowiem oceniana w świetle obiektywnych kryteriów a ponadto poprzez odwołanie się do wzorca przeciętnego konsumenta. Niezbędne jest bowiem stwierdzenie, czy odznaczający się wrażliwością odbiorca będzie miał, na skutek wywołania lęku, ograniczoną możliwość powzięcia rozsądnej decyzji o nabyciu towaru. Poprzez to, że w reklamie dopuszcza się pewną dozę emfazy i przejawskrawienia, przeciętny odbiorca odnosi się do wypowiedzi reklamowej z dystansem a nie dosłownie. Strona postępowania przedstawiła definicję przeciętnego konsumenta, zgodnie z którą *„przeciętny konsument podlegający ochronie w Unii Europejskiej to konsument „stanowczy i krytyczny, oświecony, a nie niedbały i ciemny.”. Chodzi o konsumenta, który ma określone pozytywne cechy. Przede wszystkim dysponuje pewnym zasobem wiedzy o otaczającej go rzeczywistości i potrafi to wykorzystać w analizie przekazów reklamowych. Przeciętny konsument jest też w stanie prawidłowo zrozumieć kierowane do niego informacje. Wreszcie wykazuje odpowiedni stopień krytycyzmu wobec działań, których jest adresatem, rozumiejąc, że treść przekazu reklamowego nie zawsze jest zgodna z rzeczywistością”*. Wobec przyjęcia takiego modelu przeciętnego konsumenta, nie sposób uznać, zdaniem Strony postępowania, iż przeciętny konsument po obejrzeniu spotu reklamowego dozna nieuzasadnionego lęku, wywołanego nieuzasadnioną obawą o szkodliwość konserwantów. Zdaniem Strony postępowania *„nie sposób przyjąć, że przeciętny odbiorca reklamy przestraszy się, że po wypiciu innej wody zacznie „świecić””*.

W treści pisma z dnia 8 listopada 2007 r. Strona postępowania, w celu uzupełnienia wyjaśnień stwierdziła, że żaden fragment spotu reklamowego nie sugeruje konsumentom, że substancje konserwujące stosowane do żywności używane są niezgodnie z obowiązującym prawem, czy że nie mogą być one używane w obrocie. Strona postępowania stwierdziła jednocześnie, że w ocenianym spocie reklamowym wskazana została szkodliwość substancji konserwujących.

Strona postępowania, biorąc pod uwagę brzmienie art. 9 pkt b ustawy o bezpieczeństwie żywności stwierdziła, że producenci wykorzystujący konserwanty do produkcji tzw. „wód smakowych” działają niezgodnie z prawem. W opinii Strony postępowania, w takim przypadku uznać należy, że środki spożywcze zawierające takie substancje uznane są z mocy prawa za „środki spożywcze niebezpieczne” (tj. za środki szkodliwe dla zdrowia) w rozumieniu art. 14 Rozporządzenia (WE) nr 178/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 28 stycznia 2002 r. ustanawiającego ogólne zasady i wymagania prawa żywnościowego, powołującego Europejski Urząd ds. Bezpieczeństwa Żywności oraz ustanawiającego procedury w zakresie bezpieczeństwa żywności (Dz.U.UE.L.02.31.1).

Strona postępowania podkreśliła również, że informowania o szkodliwości konserwantów nie można jej zdaniem uznać za wprowadzające w błąd czy też wywołujące lęk u konsumenta jedynie z tego powodu, że substancje te są dopuszczone do stosowania. Pojęcia „dopuszczenia do stosowania” i „szkodliwości” są zakresowo odmienne i w opinii Strony postępowania nie można uznać ich za równoznaczne. Strona postępowania powołała się w tym miejscu na przykład reklamy antynikotynowej gumy do żucia, której hasłem reklamowym byłoby: „papierosy są szkodliwe – żuj gumę do żucia i rzuć palenie”. W opinii Strony postępowania taka reklama musiałaby zostać uznana za wprowadzającą konsumentów w błąd czy też wywołującą lęk tylko dlatego, że papierosy stanowią produkt dopuszczony do obrotu. Tymczasem szkodliwość papierosów jest ewidentna a z taką sytuacją zdaniem Strony postępowania mamy do czynienia w przypadku konserwantów.

Do przedmiotowego pisma z dnia 8 listopada 2007 r. Strona postępowania załączyła również wydruk ze strony internetowej www.zdrowie.med.pl, na której zamieszczony został artykuł pt. „Alergizujące konserwanty”.

Powoływanym powyżej pismem z dnia 8 listopada 2007 r. Strona postępowania jednocześnie wniosła o:

1. przeprowadzenie rozprawy na podstawie art. 60 ust. 1 uokik,
2. przeprowadzenie dowodu w postaci przesłuchania w charakterze świadków:

a) Zbigniewa Hałata, autora opinii załączonej do pisma Strony postępowania z dnia 8 października 2007 r. na okoliczność szkodliwości konserwantów,

b) Petera W. Pipera, profesora Biologii Molekularnej oraz Biotechnologii na Uniwersytecie Sheffield, autora badań nad benzoesanem sodu, których wyniki przedstawiono w artykule załączonym do pisma Strony postępowania z dnia 8 października 2007 r., na okoliczność potwierdzenia twierdzeń zawartych w tym artykule,

c) dr Adriana Morrisa, autora badań, których wyniki przedstawiono w artykule załączonym do pisma Strony postępowania z dnia 8 października 2007 r. oraz w artykule pt. „*Alergizujące konserwanty*”, załączonego do pisma Strony postępowania z dnia 8 listopada 2007 r., na okoliczność potwierdzenia twierdzeń zawartych w tym artykule;

3. przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny bezpieczeństwa żywności i żywienia na okoliczność szkodliwości konserwantów.

Postanowieniem z dnia 7 grudnia 2007 r. Prezes Urzędu odmówił uwzględnienia wyżej wymienionych wniosków dowodowych.

Zgodnie z przepisami uokik, Strona postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów może powoływać się na dowód ze świadków. Stosownie do art. 52 ust. 1 uokik, strona powołująca się na dowód ze świadków jest obowiązana dokładnie wskazać fakty, które mają być potwierdzone zeznaniami poszczególnych świadków, oraz podać dane umożliwiające prawidłowe wezwanie świadka. Zgodnie z art. 84 uokik, w kwestiach dopuszczalności dowodu z przesłuchania świadków w postępowaniach toczących się przed Prezesem Urzędu, nieuregulowanych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, stosuje się odpowiednio art. 227-315 ustawy – Kodeks postępowania cywilnego.

Zgodnie z art. 227 ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie. Jednocześnie, jak wynika z ustalonego orzecznictwa Sądu Najwyższego, przeprowadzane dowody muszą odnosić się do faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, a nie wszelkich podnoszonych przez stronę okoliczności (postanowienie SN z dnia 28 listopada 2001 r., sygn. akt SN IV CKN 506/00). Nie jest sprzeczne z art. 227 k.p.c. nieprzeprowadzenie dowodu z uwagi na powołanie go dla udowodnienia okoliczności niemających istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia (por.: postanowienia SN z dnia 23 stycznia 2001 r., sygn. akt SN IV CKN 970/00 oraz z dnia 11 maja 2005 r., sygn. akt SN III CK 548/04).

Prezes Urzędu uznał, że przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków nie doprowadziłoby do wyjaśnienia sprawy z uwagi na różnice pomiędzy przedmiotem niniejszego postępowania oraz okolicznościami, na które powołano się wnioskując o ich przesłuchanie. Podkreślił jednocześnie, że przedmiotem niniejszego postępowania nie jest udowodnienie szkodliwości stosowania konserwantów jako takich lecz, czy ich stosowanie zgodnie z obowiązującymi regulacjami prawnymi nie stwarza zagrożenia dla zdrowia konsumentów. Tym samym twierdzenie odmienne naruszać będzie dyspozycję art. 16 ust. 1 pkt 2 i 3 uznk, a tym samym stanowić będzie przypadek praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów.

Rozpatrując wniosek dowodowy Strony postępowania Prezes Urzędu wziął również pod uwagę, że w związku z tym, że w aktach sprawy znalazły się już dokumenty sporządzone przez osoby, których wniosek dowodowy dotyczył (opinia Z. Hałata, artykuły zawierające wyniki badań P. Pipera oraz A. Morrisa), Prezesowi Urzędu znane były poglądy prezentowane w przedmiotowej kwestii przez te osoby. W związku z powyższym Prezes

Urzędu za bezcelowe uznał dodatkowo powołanie świadków na okoliczności, które zostały przez Stronę postępowania już podniesione i nie wymagały dalszego dowodzenia w niniejszym postępowaniu. Z uwagi na powyższe okoliczności, Prezes Urzędu uznał za oczywiście nieprzydatne przeprowadzenie kolejnych dowodów, mających na celu jedynie potwierdzenie informacji już przekazywanych Prezesowi Urzędu.

W odniesieniu do wniosku dowodowego Strony postępowania w zakresie dowodu z opinii biegłego z dziedziny bezpieczeństwa żywności i żywienia na okoliczność szkodliwości konserwantów Prezes Urzędu odmówił uznania wniosku dowodowego Strony postępowania, gdyż uznał jego przeprowadzenia za bezcelowe.

Zgodnie z treścią art. 54 ust. 1 uokik w sprawach wymagających wiadomości specjalnych Prezes Urzędu, po wysłuchaniu wniosków stron co do liczby biegłych i wyboru, może wezwać jednego lub kilku biegłych w celu zasięgnięcia opinii.

Na podstawie art. 59 ust. 1 uokik Prezes Urzędu może zwrócić się o wydanie opinii do jednostki naukowej w rozumieniu przepisów o zasadach finansowania nauki. W toku niniejszego postępowania, na wniosek Prezesa Urzędu, wyczerpujące opinie co do szkodliwości substancji konserwujących dodawanych do żywności oraz co do możliwości naruszenia przez Stronę postępowania art. 16 ust. 1 pkt. 2 i 3 uznk, wyraziły następujące instytucje:

- Instytut Żywności i Żywienia na podstawie art. 59 ust. 1 uokik (pismo z dnia 16 października 2007 r.),
- Główny Inspektor Inspekcji Handlowej na podstawie art. 72 uokik (pismo z dnia 26 września 2007 r.),
- Główny Inspektor Sanitarny na podstawie art. 72 uokik (pismo z dnia 11 października 2007 r.), oraz
- Główny Inspektor Jakości Handlowej Artykułów Rolno-Spożywczych na podstawie art. 72 uokik (pismo z dnia 18 października 2007 r.).

Z uwagi na fakt, że w chwili złożenia przez Stronę postępowania wniosku dowodowego w aktach sprawy znajdowały się już opinie wyrażone przez ww. instytucje oraz z uwagi na fakt, że nie są one rozbieżne, mając na uwadze treść art. 229 ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, Prezes Urzędu za bezcelowy uznał fakt powołania biegłego z dziedziny bezpieczeństwa żywności i żywienia.

W odniesieniu do wniosku dowodowego w przedmiocie przeprowadzenia rozprawy Prezes Urzędu postanowił odmówić uwzględnienia wniosku dowodowego z uwagi na brak podstaw do przeprowadzenia rozprawy.

Możliwość przeprowadzenia rozprawy dopuszcza art. 60 ust. 1 uokik. Zgodnie z treścią art. 60 ust. 3 uokik Prezes Urzędu może wezwać na rozprawę i przesłuchać strony, świadków oraz zasięgnąć opinii biegłych. W związku z faktem, że Prezes Urzędu nie przychylił się do wniosku Strony postępowania co do przeprowadzenia dowodu z przesłuchania świadków: Z. Hałata, P. Peipera oraz A. Morrisa oraz za niecelowe uznał w niniejszej sprawie powołanie biegłego, Prezes Urzędu uznał, że brak było podstaw do przeprowadzenia rozprawy.

Wraz z pismem z dnia 26 listopada 2007 r. Strona postępowania doręczyła wszystkie materiały reklamowe emitowane i publikowane w celu promocji produktu Veroni Mineral Fit na płycie CD (wizualizacje plakatów oraz 3 wersje reklamy telewizyjnej). W odpowiedzi na pytanie postawione przez Prezesa Urzędu (czy reakcje niepożądane na benzoesany zawarte w pożywieniu mogą wystąpić w związku ze spożywaniem tych substancji dodatkowych w ilościach dopuszczonych zgodnie z przepisami, czy też ich pojawienie związane jest wyłącznie z przedawkowaniem ww. konserwantów?), doręczona została również opinia uzupełniająca dr Zbigniewa Hałata, w której stwierdzono w szczególności, że wymienione w

opinii doręczonej wraz z pismem z dnia 8 października 2007 r., reakcje niepożądane mogą wystąpić wraz ze spożywaniem dopuszczalnej ustawowo dawki benzoesu sodu.

W treści powołanego pisma z dnia 26 listopada 2007 r. Strona postępowania złożyła również wyjaśnienia co do twierdzenia, zawartego w swoim piśmie z dnia 8 października 2007 r. – „w dniu 10 lipca 2007 r. Parlament Europejski zaostrzył regulacje prawne dotyczące substancji dodatkowych do żywności”. Strona postępowania poinformowała, że European Food Safety Authority podjął akcję ponownego oszacowania ryzyka stosowania dodatków do żywności, która skutkować może wycofaniem ich użycia na terytorium Unii Europejskiej. Strona postępowania poinformowała Prezesa Urzędu, że w dniu 10 lipca 2007 r. Parlament Europejski przyjął cztery rezolucje legislacyjne w sprawie rozporządzeń dotyczących dodatków do żywności. „Nowe rozporządzenia mają stanowić istotne uproszczenie środowiska regulacyjnego i zmienić wymogi związane ze stosowaniem tych substancji zgodnie z najnowszą wiedzą naukową. Pierwsze z rozporządzeń ma ustanawiać ogólne ramy prawne dla jednolitej w całej Unii Europejskiej procedury udzielenia zezwoleń na stosowanie dodatków, enzymów i substancji smakowych. Pozostałe trzy rozporządzenia mają regulować szczegółowo kwestie związane z dopuszczeniem na rynek każdej z trzech wymienionych kategorii substancji. Wykaz zatwierdzonych substancji będzie prowadziła Komisja Europejska po uzyskaniu oceny ryzyka dokonanej przez Europejską Agencję Bezpieczeństwa Żywności.” Strona postępowania przedstawiła również poprawki zgłoszone przez europosłów z Komisji Ochrony Środowiska Naturalnego, Zdrowia Publicznego i Bezpieczeństwa Żywności. Strona postępowania poinformowała ponadto, że „ma zostać przeprowadzony proces autoryzacji substancji dodatkowych dodawanych do żywności. W praktyce będzie on polegał na poddaniu stopniowej ocenie już znajdujących się na rynku substancji dodawanych do żywności, która ma się rozpocząć rok po wejściu w życie rozporządzenia. Po zakończeniu procedury, wszystkie substancje, które nie uzyskają autoryzacji będą musiały być wycofane z rynku.”

Do pisma z dnia 26 listopada 2007 r. Strona postępowania załączyła również (w formie pliku Excel za płycie CD) wyniki badań ankietowych przeprowadzonych przez instytut badawczy TGI, z którego wynikało, że w 2006 roku większość – 69,17 % respondentów kupujących wody mineralne nie kupuje tzw. „wód smakowych”. Strona postępowania przedstawiła również wyniki badań ankietowych przeprowadzonych na grupie 600 osób przez Agencję Reklamową GTO Sp. z o.o. w Poznaniu, zajmującej się przygotowaniem reklamy produktu Veroni Mineral Fit.¹

Wyniki przeprowadzonej ankiety są następujące: 1). Czy pije Pani/Pan wody smakowe? Tak – 409, Nie – 191; 2). Dlaczego nie? Piję napoje gazowane – 10, Nie lubię – 29, Piję wodę – 21, Piję soki – 9, Mają konserwanty, są sztuczne – 105, Nie wiem – 10, Inne – 7; 3). Z czym kojarzy się Pani/Panu benzoesu sodu? Konserwant – 62, Chemia/sztuczny – 55, Nie wiem – 36, Inne – 21, Szkodliwy – 16; 4). Z czym kojarzy się Pani/Panu sorbinian potasu? Konserwant – 54, Chemia/sztuczny – 44, Nie wiem – 64, Inne – 11, Szkodliwy – 17, 5). Czy Pani/Pana zdaniem konserwanty stosowane w żywności są szkodliwe? Tak – 172, Nie – 19; Uzasadnienie: Powodują choroby – 42, Szkodliwy dla zdrowia/organizmu – 47, Są sztuczne/sama chemia – 41, Zabijają – 5, Będziemy po nich świecić – 12, Nie wiem – 20, Inne – 24; 6) Czy gdyby na rynku istniała tzw. „woda smakowa” bez konserwantów, z naturalnych składników czy kupowałaby ją Pani/Pan? Tak – 157, Nie – 34.

Strona postępowania poinformowała również, że przed emisją reklamy znane jej były wyniki badań przeprowadzonych na świecie już od lat 90 tych XX wieku, które sukcesywnie

¹ Wraz z pismem z dnia 16 czerwca 2008 r. Strona postępowania doręczyła umowę zawartą pomiędzy Stroną postępowania a spółką GTO Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, której przedmiotem było wykonanie usługi polegającej na zrealizowaniu badania zmierzającego do poznania opinii konsumentów na temat reklamy telewizyjnej Veroni Mineral Fit oraz ocena wpływu tej reklamy na wybrane opinie konsumentów.

potwierdzają szkodliwość konserwantów – publikacje wyników badań przeprowadzonych przez dr Adama Morrisa, dr Zbigniewa Hałata, a także informacje o działaniach w zakresie badań nad szkodliwością konserwantów podejmowanych przez organizacje takie jak amerykańska Food and Drug Administration, brytyjska Food Standards Agency, niemiecka Germany's Federal Institute for Risk Assessment oraz koreańska Food and Drug Administration.

Pismem z dnia 13 grudnia 2007 r. Strona postępowania ponownie złożyła wniosek o przeprowadzenie dowodów wymienionych w piśmie pełnomocnika Strony postępowania z dnia 8 listopada 2007 r. Wobec nie powołania nowych okoliczności Prezes Urzędu postanowieniem z dnia 20 lutego 2008 r.² ponownie uznał przeprowadzenie przedmiotowych dowodów za bezcelowe i odmówił uwzględnienia wniosków dowodowych złożonych pismem Strony postępowania z dnia 13 grudnia 2007 r. w wymienionym powyżej zakresie.

Pismem z dnia 13 grudnia 2007 r. Strona postępowania wniosła również o przeprowadzenie dowodu z dokumentu w postaci wyników badania odbiorców reklamy telewizyjnej Veroni Mineral Fit przeprowadzonego w listopadzie 2007 r. przez Spółkę Mediacom Warszawa Sp. z o.o. w Warszawie załączając jednocześnie do przedmiotowego pisma ich wyniki. Badanie zostało przeprowadzone metodą CATI (Computer Assisted Telephone Interviewing) na grupie 600 osób wybranych losowo. Próba uwzględniała osoby w wieku od 15 lat i więcej i odzwierciedlała strukturę populacji Polski ze względu na płeć, wiek oraz była dostosowana do przekroju geograficznego Polski.

Wyniki przedmiotowej ankiety przedstawiają się następująco:

1. Przeczytam teraz Państwu nazwy różnych wód smakowych. Proszę wskazać, która z nich jest według Pana/Pani najzdrowsza.

- Żywiec Zdrój Smakołyk – 38%
- Veroni Mineral Fit – 21 %
- Nałęczowianka ze Smakiem – 20 %
- inne/nie wiem, nie mam zdania – 21 %.

2. Czy reklama Veroni Mineral Fit z Anną Przybylską zniechęciła Pana/Panią do kupowania i picia innych wód smakowych?":

- tak, zniechęciła – przestałem kupować inne wody smakowe – 4 %
- tak, zniechęciła – przestałem w ogóle kupować jakiegokolwiek wody smakowe – 1%
- nie zniechęciła – nadal kupuję takie same wody smakowe 63 %
- nigdy nie kupowałem i nadal nie kupuję wód smakowych 33 %.

3. „Czy ta reklama wywołała u Pana/Pani lęk przed spożywaniem wód zawierających konserwanty takich jak np. Żywiec Zdrój – Smakołyk albo Nałęczowianka ze Smakiem?”

- tak – 17 %
- nie 78%
- nie wiem, nie mam zdania – 5%.

4. „W tej reklamie pada stwierdzenie ‘Jeszcze trochę a będziemy wszyscy świecić’. Co Pana/Pani zdaniem oznacza to stwierdzenie?

- w dzisiejszych czasach ludzie spożywają dużo niezdrowego jedzenia – 67%
- woda Veroni Mineral Fit jest zdrowsza niż inne wody smakowe (o smaku owocowym) – 28%
- wody smakowe/wody o smaku owocowym są szkodliwe dla ludzi – 20%

² Postanowieniem z dnia 18 maja 2009 r. Prezes Urzędu postanowił o sprostowaniu z urzędu oczywistej omyłki zawartej w postanowieniu Prezesa Urzędu w przedmiocie odmowy uwzględnienia wniosków dowodowych złożonych pismem Strony postępowania z dnia 13 grudnia 2007 r. poprzez zastąpienie daty wydania postanowienia „20 lutego 2007 r.” datą „20 lutego 2008 r.”. Strona postępowania została pouczona o prawie do wniesienia zażalenia w przedmiocie sprostowania oczywistej omyłki. Strona postępowania nie skorzystała jednak z tego uprawnienia.

- wody smakowe/wody o smaku owocowym zawierają składniki radioaktywne – 16%
- to zdanie w ogóle nie dotyczy jedzenia/produktów spożywczych – 14%

5. Czy według Pana/Pani różne produkty spożywcze zawierające konserwanty takie jak benzoosan sodu (E-211) albo sorbinian potasu (E-202) są szkodliwe dla zdrowia człowieka?

- tak – 78%
- nie – 12%
- nie wiem, nie mam zdania – 10%.

6. Czy Pana/Pani zdaniem producenci powinni informować w reklamach, które produkty zawierają konserwanty, a które ich nie zawierają?

- tak – 96%
- nie – 3%
- nie wiem, nie mam zdania – 1%.

W dniu 17 grudnia 2007 r. Prezes Urzędu, zgodnie z dyspozycją art. 73 § 1 ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego, umożliwił Stronie postępowania przeglądanie akt sprawy oraz, zgodnie z wnioskiem Strony postępowania z dnia 17 grudnia 2007 r., Prezes Urzędu wydał pełnomocnikowi Strony postępowania kserokopie następujących dokumentów:

- opinia Głównego Inspektora Jakości Handlowej Artykułów Rolno – Spożywczych z dnia 18 października 2007 r.,
- opinia Instytutu Żywności i Żywienia z dnia 16 października 2007 r.,
- opinia Głównego Inspektora Sanitarnego z dnia 11 października 2007 r.,
- opinia Głównego Inspektora Inspekcji Handlowej z dnia 26 września 2007 r. (protokół z dnia 17 grudnia 2007 r. podpisany przez pełnomocnika Strony postępowania)

Pismami z dnia 2 czerwca 2008 r., na podstawie art. 72 uokik Prezes Urzędu zwrócił się do: Głównego Inspektoratu Jakości Handlowej Artykułów Rolno – Spożywczych, Głównego Inspektoratu Inspekcji Handlowej, Głównego Inspektoratu Sanitarnego, oraz na podstawie art. 59 ust. 1 uokik do Instytutu Żywności i Żywienia – z prośbą o wyrażenie opinii w szczególności w przedmiocie prawdziwości twierdzenia Strony postępowania, wyrażonego w piśmie z dnia 8 października 2007 r. o treści: „*Ustawodawca wyraźnie wskazał, że co do zasady używanie substancji dodatkowych, w tym w szczególności tych, które do użytku dozwolone są jedynie warunkowo, jest mniej korzystne niż używanie produktów, które tych substancji nie zawierają – z tej bowiem przyczyny wprowadzone zostały ograniczenia w ich stosowaniu.*”

Producenci wykorzystujący do produkcji wód smakowych konserwanty nie spełniają warunku określonego przez ustawodawcę w art. 9 lit. b ustawy o bezpieczeństwie żywności. Stosowanie konserwantów w tych wodach nie jest uzasadnione technologicznie, a cel ich stosowania może być osiągnięty w inny sposób, możliwy z punktu widzenia technologicznego i ekonomicznego. Technologię taką – tzw. technologię aseptyczną - stosuje właśnie producent wód smakowych Veroni Mineral Fit oraz Źródła Tymbark, potwierdzając, iż jest to możliwe z punktu widzenia zarówno technologii, jak i ekonomii producenta. (...) Co więcej, takie używanie konserwantów jest na podstawie dostępnej obecnie wiedzy i technologii niezgodne z prawem – producenci nie spełniają bowiem wskazanego powyżej warunku uzasadnienia technologicznego, który umożliwiałby im stosowanie konserwantów.”

Prezes Urzędu uzyskał opinie wyżej wymienionych instytucji:

- Głównego Inspektora Jakości Handlowej Artykułów Rolno-Spożywczych – pismo z dnia 11 czerwca 2008 r. (sygn.: GI-GNK.nb-410-2/08),
- Głównego Inspektora Sanitarnego – pismo z dnia 3 lipca 2008 r. (sygn.: GIS-BŻ-022-322-5/AK/AMk/07/08),
- Instytutu Żywności i Żywienia – pismo z dnia 18 lipca 2008 r. (sygn.: D-769/24/08),

- Głównego Inspektoratu Inspekcji Handlowej – pismo z dnia 24 września 2008 r. (BK/AŻ-42-22/08).

Pismem z dnia 16 czerwca 2008 r. Strona postępowania na żądanie Prezesa Urzędu poinformowała o fakcie zaniechania emisji spotu reklamowego produktu Veroni Mineral Fit, którego dotyczy niniejsze postępowanie oraz poinformowała o okresach emisji przedmiotowego spotu reklamowego.

Wraz z pismem z dnia 17 września 2008 r. Strona postępowania doręczyła na żądanie Prezesa Urzędu zeznanie o wysokości dochodu (straty) osiągniętego w roku podatkowym 2007, o którym mowa w art. 27 ust. 1 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (tekst jedn. Dz. U. z 2000 r., Nr 54, poz. 654 ze zm.).

Postanowieniem z dnia 30 września 2008 r. Prezes Urzędu, działając na podstawie art. 123 ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego w związku z art. 83 uokik, postanowił o zaliczeniu w poczet dowodów w niniejszym postępowaniu dokument stanowiący Uchwałę Związku Stowarzyszenia Rada Reklamy Nr ZO 22/07 z dnia 2 sierpnia 2007 r. Zespołu Orzekającego w sprawie sygn. akt K/61/07. Przedmiotowa uchwała wydana została po rozpatrzeniu skargi, złożonej przez Polskie Stowarzyszenie Wytwórców Produktów Markowych ProMarka z siedzibą w Warszawie przeciwko Zbyszko Company Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu dotyczącej ocenianej przez Prezesa Urzędu reklamy telewizyjnej produktu Veroni Mineral Fit.

Zespół Orzekający uznał że przedmiotowa reklama narusza art. 10 ust. 1 lit. a) oraz art. 11 ust. 1 Kodeksu Etyki Reklamy, a także art. 16 ust. 2 uznk. Zespół Orzekający uznał, że powstałe na podstawie reklamy wyobrażenia nie są zgodne ze stanem rzeczywistym. Adresaci reklamy mogą odnieść wrażenie, że przekaz reklamowy sugeruje, iż picie wód smakowych zawierających konserwanty jest szkodliwe. Jest to wprowadzenie konsumentów w błąd, z uwagi na to, że zgodnie z obowiązującymi przepisami dotyczącymi bezpieczeństwa żywności i żywienia, substancje dodatkowe mogą być stosowane do żywności, jeżeli przy dozwolonym poziomie, nie stanowią zagrożenia dla zdrowia lub życia człowieka. W związku z powyższym Zespół Orzekający uznał, że w reklamie produktu Veroni Mineral Fit, w najbliższym możliwym terminie, powinny zostać wprowadzone przez Stronę postępowania zmiany w taki sposób, żeby usunąć naruszenie norm Kodeksu Etyki Reklamy, poprzez usunięcie fragmentu reklamy informującego o szkodliwości spożywania produktów zawierających konserwanty oraz ilustrującego tę informację postacią, która po spożyciu tego typu produktów emituje światło.

Na żądanie Prezesa Urzędu wraz z pismem z dnia 31 marca 2009 r. Strona postępowania doręczyła: bilans na dzień 31 grudnia 2008 r., Rachunek zysków i strat (wariant kalkulacyjny) na dzień 31 grudnia 2008 r. oraz Rachunek zysków i strat na dzień 31 grudnia 2008 r. Na żądanie Prezesa Urzędu, wraz z pismem z dnia 1 czerwca 2009 r, Strona postępowania doręczyła również zeznanie o wysokości dochodu (straty) osiągniętego w roku podatkowym 2008, o którym mowa w art. 27 ust. 1 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (tekst jedn. Dz. U. z 2000 r., Nr 54, poz. 654 ze zm.).

Pismem z dnia 15 czerwca 2009 r. zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 10 § 1 kpa Prezes Urzędu poinformował Stronę postępowania o możliwości wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań przed wydaniem decyzji.

W dniu 19 czerwca 2009 r. Strona postępowania zapoznała się z aktami niniejszego postępowania (protokół z dnia 19 czerwca 2009 r. podpisany przez pełnomocnika Strony postępowania) W dniu 19 czerwca 2009 r. na wniosek Strony postępowania wydane jej zostały kserokopie następujących dokumentów:

- pismo Polskiej Federacji Producentów Żywności z dnia 30 maja 2007 r.,
- pismo Krajowej Izby Gospodarczej „Przemysł Rozlewniczy” z dnia 27 czerwca 2007 r.,

- pismo Polskiej Federacji Producentów Żywności z dnia 10 sierpnia 2007 r.,
- pismo Polskiego Stowarzyszenia Wytwórców Produktów Markowych proMARKA z dnia 13 sierpnia 2007 r.,
- pismo Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kierowane do Instytutu Żywności i Żywienia z dnia 18 września 2007 r.,
- pismo Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kierowane do Głównego Inspektora Jakości Handlowej Artykułów Rolno-Spożywczych z dnia 2 czerwca 2008 r.,
- pismo Głównego Inspektora Jakości Handlowej Artykułów Rolno-Spożywczych z dnia 11 czerwca 2008 r.,
- pismo Głównego Inspektora Sanitarnego z dnia 3 lipca 2008 r.,
- pismo Instytutu Żywności i Żywienia z dnia 18 lipca 2008 r.,
- pismo Głównego Inspektoratu Inspekcji Handlowej z dnia 24 września 2008 r.,
- Uchwała Związku Stowarzyszeń Rada Reklamy Nr ZO 22/07 z dnia 2 sierpnia 2007 r. Zespołu Orzekającego w sprawie sygn. akt: K/61/07 (protokół z dnia 19 czerwca 2009 r. podpisany przez pełnomocnika Strony postępowania).

Pismem z dnia 26 czerwca 2009 r. Strona postępowania skorzystała z możliwości wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań przed wydaniem decyzji. Strona postępowania w całości podtrzymała swoje dotychczasowe stanowisko w sprawie.

W odniesieniu do zarzutu dopuszczenia się godzącego w zbiorowe interesy konsumentów czynu nieuczciwej konkurencji, zdefiniowanego w art. 16 ust. 1 pkt 2 Strona postępowania stwierdziła co następuje.

Strona postępowania podtrzymała swoje stanowisko w odniesieniu do tego, że inni producenci stosujący konserwanty w produkcji tzw. wód smakowych nie spełniają kryterium określonego w art. 9 lit. b ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia. Strona postępowania stwierdziła również, że postępowanie przeprowadzone przez Prezesa Urzędu nie dostarczyło wyników, które mogłyby zakwestionować powyższą tezę. Nie można zdaniem Strony postępowania uznać, że sprzeciwia się jej stanowisko Instytutu Żywności i Żywienia wyrażone w piśmie z dnia 18 lipca 2008 r. oraz stanowisko Głównego Inspektora Sanitarnego wyrażone w piśmie z dnia 3 lipca 2008 r. Zdaniem Strony postępowania stanowiska te poza prostym omówieniem obowiązującej regulacji nie zawierają bowiem:

1. jakichkolwiek informacji o rzeczywistym wpływie substancji dodatkowych (nawet w prawnie dopuszczalnych ilościach) za zdrowie z powołaniem się na weryfikowalne i obiektywne wyniki własnych lub cudzych badań naukowych;

2. odpowiedzi na kluczowe pytanie, czy wobec powszechności dostępności taniej technologii aseptycznej, stosowanie substancji dodatkowych jest w ogóle jeszcze możliwe w ramach produkcji tzw. wód smakowych.

Ponadto, Strona postępowania powołując się na dowody zgłoszone w trakcie niniejszego postępowania podkreśliła szkodliwość konserwantów. Stwierdziła również, że dowody w postaci opinii Głównego Inspektora Inspekcji Handlowej z dnia 26 września 2007 r., Głównego Inspektora Sanitarnego z dnia 11 października 2007 r., Instytutu Żywności i Żywienia z dnia 16 października 2007 r., Głównego Inspektora Jakości Handlowej Artykułów Rolno-Spożywczych z dnia 18 października 2007 r. nie odnosiły się do przedmiotu niniejszego postępowania. Opiniujący poruszyli problem szkodliwości konserwantów oraz dopuszczalności ich stosowania opierając się wyłącznie na treści Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 23 kwietnia 2004 r., nie odnosząc się do przepisów ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia (w tym nie uwzględniając warunków określonych w art. 9 tej ustawy). Strona postępowania zarzuciła również, że analiza wyrażona w powołanych powyżej opiniach była powierzchowna, normatywna i nie wiązała się z przeprowadzeniem badań i ustaleń faktycznych. W opinii Strony postępowania nie podjęto

więc nawet próby szerszego uwzględnienia problemu związanego z meritum sprawy, czyli dopuszczeniem przez producenta Veroni Mineral Fit czynu nieuczciwej konkurencji godzącego w zbiorowe interesy konsumentów. W związku z tym w opinii Strony postępowania całkowicie niezrozumiałym jest dwukrotne odmówienie uwzględnienia wniosków dowodowych zgłaszanych przez nią na okoliczność poparcia jej twierdzeń o szkodliwym działaniu konserwantów stosowanych m. in. w tzw. wodach smakowych.

Strona postępowania powołując się ponadto na model przeciętnego konsumenta (którego rozumienie przez Stronę postępowania nie odbiega od przedstawionego we wcześniejszych pismach) stwierdziła dodatkowo, że przeciętny Polak z łatwością może odczytać w reklamie produktu Veroni Mineral Fit wywołujące kontrowersje stwierdzenia jako dopuszczalną przesadę reklamową.

Strona postępowania stwierdziła również, że w ramach przeprowadzonego przez Prezesa Urzędu postępowania nie poczyniono żadnych ustaleń, co do tego, czy analizowana reklama mogła mieć wpływ na decyzję co do nabycia towaru w postaci konkurencyjnych napojów zawierających substancje dodatkowe. Strona postępowania podniosła, że oceniana reklama nie mogła mieć nawet potencjalnego wpływu na rezygnację przez konsumentów z zakupu innych, konserwowanych napojów. Przeciętny konsument posiada bowiem wiedzę na temat szkodliwości tych produktów, ale mimo to dokonuje ich zakupu podejmując swoją decyzję w oparciu o inne czynniki, takie jak: znana marka, smak, opakowanie lub cena.

Strona postępowania wniosła również o zwrócenie się przez Prezesa Urzędu do instytucji prowadzącej regularne badania sprzedaży napojów w różnych kategoriach celem zasięgnięcia informacji o wynikach sprzedaży napojów zawierających konserwanty w sezonie letnim przypadającym przed emisją reklamy produktu Veroni Mineral Fit, w sezonie letnim pokrywającym się z tą emisją oraz w kolejnym sezonie letnim, po emisji tej reklamy.

Strona postępowania stwierdziła również, że w zarzut wprowadzenia w błąd przez reklamę produktu Veroni Mineral Fit uznać należy za błędny konstrukcyjnie. Reklama ta nie zawierała bowiem sugestii, że „wszystkie inne napoje bezalkoholowe są szkodliwe dla zdrowia”. W opinii Strony postępowania prawidłowa analiza tej reklamy naprowadza na wniosek, że sugeruje on jedynie, że napoje bez konserwantów są zdrowsze od tych, które takie substancje dodatkowe zawierają.

W odniesieniu do zarzutu dopuszczenia się godzącego w zbiorowe interesy konsumentów czynu nieuczciwej konkurencji, zdefiniowanego w art. 16 ust. 1 pkt 3 Strona postępowania przedstawiła następujące stanowisko.

Strona postępowania zaprzeczyła zarzutowi stosowania reklamy odwołującej się do uczuć klientów poprzez wywołanie lęku oraz powołała się na przedstawiane w toku postępowania wywody potwierdzające jej twierdzenia w tym zakresie. Strona postępowania podkreśliła, że oceniana reklama informuje jedynie, że na rynku dostępna jest tzw. woda smakowa nie zawierająca konserwantów, co jest nieocenioną zaletą promowanego produktu.

W treści pisma z dnia 26 czerwca 2009 r. Strona postępowania stwierdziła, że reklamy takich marek jak „Winiary”, „Fortuna” czy „Lukas Bank” wykorzystują te same metody świadomego kształtowania zachowań społecznych. Zastosowane w spotach reklamowych zabiegi marketingowe uznać należy za tożsame pod względem socjotechnicznym z zastosowanym w spocie reklamowym Veroni Mineral Fit stwierdzeniem: większość z Państwa nie kupuje wód smakowych, trudno się dziwić. Benzoesan sodu, sorbinian potasu to konserwanty. Zabiegi te (czytelne nie tylko dla średnio uświadomionego konsumenta) nie wywołują lęku i pozostają legalne. Powstaje zatem zasadnicze pytanie, dlaczego dokładnie taka sama praktyka stosowana w odniesieniu do konserwantów ma stanowić czyn nieuczciwej konkurencji?

Powołując taką argumentację Strona postępowania wniosła o włączenie w poczet dowodów w niniejszym postępowaniu materiału porównawczego na płycie CD z

przykładowymi spotami reklamowymi: marki Winiary „Zupy jak u mamy”, marki Fortuna „Na 100 % sok bez dosypywania cukru”, lokaty oszczędnościowej Lukas Bank „Tak powinno być w każdym banku”, oraz marki Naturals „Przyjemność naturalnego smaku”.

Postanowieniem z dnia 23 lipca 2009 r. Prezes Urzędu odmówił uwzględnienia wniosków dowodowych złożonych pismem z dnia 26 czerwca 2009 r. w postaci:

- A. zwrócenia się przez Prezesa Urzędu do instytucji prowadzącej regularne badania sprzedaży napojów w różnych kategoriach celem zasięgnięcia informacji o wynikach sprzedaży napojów zawierających konserwanty w sezonie letnim przypadającym przed emisją reklamy napoju Veroni Mineral Fit, w sezonie letnim pokrywającym się z tą emisją oraz w kolejnym sezonie letnim, po emisji tej reklamy – na okoliczność ustalenia, czy oceniana podczas niniejszego postępowania reklama produktu Veroni Mineral Fit mogła mieć wpływ na decyzję konsumenta co do nabycia towaru;
- B. włączenia w poczet dowodów materiału porównawczego z przykładowymi spotami reklamowymi: marki Winiary „Zupy jak u mamy”, marki Fortuna „Na 100 % sok bez dosypywania cukru”, lokaty oszczędnościowej Lukas Bank „Tak powinno być w każdym banku”, oraz marki Naturals „Przyjemność naturalnego smaku” na płycie CD – na okoliczność wskazania, że w reklamach tych wykorzystywane są te same metody świadomego kształtowania zachowań społecznych, co ma w opinii Strony postępowania znaczenie zarówno w odniesieniu do zarzutu wywoływania lęku przez reklamę produktu pod marką Veroni Mineral Fit jak i również w odniesieniu do zarzutu wprowadzania w błąd.

Zgodnie z art. 84 uokik, w sprawach dotyczących dowodów w postępowaniu przed Prezesem Urzędu w zakresie nieuregulowanym w uokik stosuje się odpowiednio art. 227-315 ustawy – Kodeks postępowania cywilnego.

Zgodnie z art. 227 ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie. Jednocześnie, jak wynika z ustalonego orzecznictwa Sądu Najwyższego, przeprowadzane dowody muszą odnosić się do faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, a nie wszelkich podnoszonych przez stronę okoliczności (postanowienie SN z dnia 28 listopada 2001 r., sygn. akt SN IV CKN 506/00). Nie jest sprzeczne z art. 227 k.p.c. nieprzeprowadzenie dowodu z uwagi na powołanie go dla udowodnienia okoliczności niemających istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia (por.: postanowienia SN z dnia 23 stycznia 2001 r., sygn. akt SN IV CKN 970/00 oraz z dnia 11 maja 2005 r., sygn. akt SN III CK 548/04).

Po dokonaniu oceny wniosków dowodowych złożonych przez Stronę postępowania pismem z dnia 26 czerwca 2009 r. Prezes Urzędu uznał, że przedmiotem tych dowodów nie są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie. Powodem takiego rozstrzygnięcia Prezesa Urzędu były następujące powody.

Ad. A

W treści pisma z dnia 26 czerwca 2009 r. Strona postępowania stwierdziła, że w ramach przeprowadzonego przez Prezesa Urzędu postępowania nie poczyniono żadnych ustaleń co do tego, czy oceniana reklama produktu Veroni Mineral Fit „*mogła mieć jakikolwiek wpływ na decyzję co do nabycia towaru w postaci konkurencyjnych napojów zawierających substancje dodatkowe.*”. Z tego powodu Strona postępowania wniosła o zwrócenie się przez Prezesa Urzędu do instytucji prowadzącej regularne badania sprzedaży napojów w różnych kategoriach celem zasięgnięcia informacji o wynikach sprzedaży napojów zawierających konserwanty w sezonie letnim przypadającym przed emisją reklamy napoju Veroni Mineral Fit, w sezonie letnim pokrywającym się z tą emisją oraz w kolejnym sezonie letnim, po emisji reklamy.

Prezes Urzędu nie podzielił twierdzeń Strony postępowania. Przepis art. 16 ust. 1 pkt 2 uznk nie wskazuje konkretnego sposobu ustalenia, czy określona wypowiedź reklamowa wprowadza w błąd. W świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wprowadzający w błąd charakter reklamy co do istotnych (doniosłych) właściwości towaru lub usługi można ustalić przez odwołanie się do sposobu jej postrzegania przez przeciętnego konsumenta (metoda normatywna) lub przez dowód z badania opinii publicznej (metoda empiryczna). We wniosku o wydanie orzeczenia wstępnego Najwyższy Sąd Administracyjny RFN zwrócił się do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z zapytaniem, czy przepisy wspólnotowe o reklamie wprowadzającej w błąd wymagają ustalenia rzeczywistych oczekiwań konsumenta, czy też należy stosować zobiektywizowany i abstrakcyjny wzór konsumenta. Trybunał stwierdził, że w celu ustalenia, czy reklama wprowadza w błąd, sąd krajowy musi rozważyć domniemane oczekiwania przeciętnego konsumenta, jeżeli natomiast ustalenie wprowadzenia w błąd w taki sposób następcza znacznych trudności, sąd krajowy może przeprowadzić badania opinii publicznej lub dowód z opinii biegłego³.

Stopniowy rozwój orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości doprowadził do utrwalenia modelu konsumenta jako konsumenta rozważnego, przeciętnie oświeconego, mającego prawo do rzetelnej informacji niewprowadzającej w błąd, zawierającej wszelkie niezbędne dane wynikające z funkcji i przeznaczenia 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. Tak ustalony w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości model przeciętnego konsumenta, został przytoczony w akcie normatywnym – w punkcie 18 preambuły 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 zmieniającej dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.U.UE.L.05.149.22, dalej: Dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych). Zgodnie z punktem 18 preambuły Dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych stwierdza się, że „... od czasu wejścia w życie dyrektywy 84/450/EWG Trybunał Sprawiedliwości przy orzekaniu w sprawach dotyczących reklamy uznał za konieczne badanie jej wpływu na hipotetycznego typowego konsumenta. Zgodnie z zasadą proporcjonalności oraz w celu umożliwienia skutecznego stosowania środków ochrony zawartych w niniejszej dyrektywie, za punkt odniesienia uznaje ona przeciętnego konsumenta, który jest dostatecznie dobrze poinformowany oraz dostatecznie uważny i ostrożny, z uwzględnieniem czynników społecznych i kulturowych i językowych, zgodnie z wykładnią Trybunału Sprawiedliwości. (...) Test przeciętnego konsumenta nie jest przy tym testem statystycznym. W celu ustalenia typowej reakcji przeciętnego konsumenta w danym przypadku krajowe sądy i organy administracyjne będą musiały polegać na własnej umiejętności oceny, z uwzględnieniem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości.”

Aby ustalić model przeciętnego konsumenta na potrzeby niniejszego postępowania zasadnym wydaje się odwołanie się do tak przedstawionego modelu przeciętnego konsumenta w sensie normatywnym. Zauważyć bowiem należy, że pomimo tego, że w czasie emisji ocenianej reklamy przepisy implementujące Dyrektywę o nieuczciwych praktykach

³ R. Skubisz [w:] *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*. Komentarz, pod red. J. Szwaji, Warszawa 2006, s. 697 i nast.

handlowych nie weszły jeszcze w życie⁴, to model przeciętnego konsumenta powołany w tej Dyrektywie jest związłym odzwierciedleniem tendencji w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w tym zakresie.

Odnosząc się do twierdzeń Strony postępowania zważyć dodatkowo należy, że zgodnie z treścią art. 16 ust. 1 pkt 2 uznk, czyn nieuczciwej konkurencji stanowi reklama, która wprowadza klienta w błąd i może przez to wpłynąć na jego decyzję co do nabycia towaru lub usługi. W oparciu o literalną wykładnię tego przepisu reklama mogąca być uznana za wprowadzającą w błąd nie musi ostatecznie doprowadzić do zawarcia przez konsumenta umowy. *„Aby dany przekaz reklamowy przez swoją wprowadzającą w błąd treść mógł podlegać negatywnej ocenie z punktu widzenia art. 16 ust. 2 pkt 2 ustawy musi posiadać zdolność kierowania wyborem dokonywanym przez klienta (...). Nie jest przy tym konieczne rzeczywiste nabycie towaru lub usługi, omawiany przepis zakazuje bowiem prowadzenia reklamy wprowadzającej w błąd w przypadku kiedy może ona wpłynąć na decyzje klienta. Dokonując stosownych ocen, organ orzekający nie ma więc obowiązku ustalania faktycznych skutków rynkowych tej reklamy.”*⁵

Biorąc pod uwagę powyższe uznać należy, że zgodnie z brzmieniem art. 16 ust. 1 pkt 2 i 3 uznk nie jest konieczne przeprowadzanie badań ankietowych i statystycznych w celu ustalenia jaki wpływ wywarła oceniana reklama produktu Veroni Mineral Fit na decyzje konsumentów dotyczące nabycia towaru.

Mając na względzie powyższe, Prezes Urzędu stwierdził, że przeprowadzenie przedmiotowych badań lub zwrócenie się do podmiotu, który przeprowadza takie badania regularnie o udostępnienie badań już wykonanych jest niecelowe i nie prowadzi do udowodnienia faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Z tego powodu wniosek dowodowy opisany w punkcie A sentencji postanowienia Prezesa Urzędu z dnia 23 lipca 2009 r. nie zasługuje na uwzględnienie.

Ad B

W treści pisma z dnia 26 czerwca 2009 r. Strona postępowania stwierdziła, że *„reklamy takich marek jak „Winiary”, „Fortuna” czy „Lukas Bank” (...) wykorzystują te same metody świadomego kształtowania zachowań społecznych (...). Zastosowane w spotach reklamowych zabiegi marketingowe uznać należy za tożsame pod względem socjotechnicznym z zastosowanym w spocie reklamowym Veroni Mineral Fit stwierdzeniem: większość z Państwa nie kupuje wód smakowych, trudno się dziwić. Benzoesan sodu, sorbinian potasu to konserwanty. Zabiegi te (czytelne nie tylko dla średnio uświadomionego konsumenta) nie wywołują lęku i pozostają legalne. (...) Powstaje zatem zasadnicze pytanie, dlaczego dokładnie taka sama praktyka stosowana w odniesieniu do konserwantów ma stanowić czyn nieuczciwej konkurencji?”*

Powołując taką argumentację Strona postępowania wniosła o włączenie w poczet dowodów w niniejszym postępowaniu materiału porównawczego na płycie CD z przykładowymi spotami reklamowymi: marki Winiary „Zupy jak u mamy”, marki Fortuna „Na 100 % sok bez dosypywania cukru”, lokaty oszczędnościowej Lukas Bank „Tak powinno być w każdym banku”, oraz marki Naturals „Przyjemność naturalnego smaku”.

⁴ ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz. 1206) weszła w życie w dniu 21 grudnia 2007 r.

⁵ E. Nowińska, M. du Vall, Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Warszawa 2001, s. 158

Prezes Urzędu uznał jednak, że wniosek dowodowy Strony postępowania nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na to, że jego przeprowadzenie nie ma dla sprawy istotnego znaczenia.

W toku niniejszego postępowania Prezes Urzędu dokonuje oceny, czy konkretna reklama produktu Veroni Mineral Fit emitowana w ogólnopolskich stacjach telewizyjnych w okresie od 14 maja 2007 r. do 30 września 2007 r. stanowi praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 uokik. Prezes Urzędu podkreślił, że niniejsze postępowanie nie dotyczy oceny innych praktyk rynkowych oraz nie prowadzi do oceny reklamy produktu Veroni Mineral Fit na tle innych praktyk. Niniejsze postępowanie dotyczy bowiem wyłącznie oceny samej reklamy produktu Veroni Mineral Fit.

W związku z powyższym Prezes Urzędu uznał przeprowadzenie dowodu opisanego w punkcie B sentencji postanowienia Prezesa Urzędu z dnia 23 lipca 2009 r. za bezcelowe oraz postanowił o nieuwzględnieniu przedmiotowego wniosku dowodowego.

Strona postępowania otrzymała przedmiotowe postanowienie Prezesa Urzędu z dnia 23 lipca 2009 r. w dniu 28 lipca 2009 r.

W trakcie postępowania Prezes Urzędu ustalił, co następuje:

Strona postępowania prowadzi działalność gospodarczą polegającą między innymi na produkcji wód mineralnych i napojów bezalkoholowych oraz sprzedaży napojów bezalkoholowych na podstawie wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego – Rejestru Przedsiębiorców pod numerem KRS 0000175394.

W ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej Strona postępowania prowadzi sprzedaż produktu o nazwie Veroni Mineral Fit.

I. Ustalenia co do treści i okresów emitowania reklamy telewizyjnej

W okresie wiosenno-letnim 2007 r. Strona postępowania prowadziła kampanię promocyjną produktu Veroni Mineral Fit. Przedmiotowa kampania promocyjna opierała się na emisji spotów reklamowych oraz plakatów reklamowych. Emisja spotu telewizyjnego miała miejsce w następujących okresach:

a) wersja piętnastosekundowa w okresach od dnia 28 maja 2007 r. do 16 czerwca 2007 r. oraz od dnia 1 sierpnia 2007 r. do dnia 23 września 2007 r.;

b) wersja trzydziestosekundowa w okresach od dnia 14 maja 2007 r. do dnia 30 września 2007 r. (zgodnie z informacjami przekazanymi przez Stronę postępowania w piśmie z dnia 16 czerwca 2008 r.).

Przewodnim hasłem akcji marketingowej było stwierdzenie: „*Veroni Mineral Fit – pierwsza woda z sokiem i bez konserwantów*” pojawiające się zarówno w treści reklamy telewizyjnej, jak i na plakatach.

Opis wersji trzydziestosekundowej reklamy telewizyjnej:

Całość reklamy podzielona jest wyraźnie na czas poświęcony wskazaniu składu innych niż reklamowany aromatyzowanych napojów bezalkoholowych oraz na część poświęconą wskazaniu właściwości produktu Veroni Mineral Fit.

Aktorka trzymająca w ręku butelkę z innym niż reklamowany aromatyzowanym napojem bezalkoholowym (nazywanym w reklamie tzw. „wodą smakową”) stwierdza: „*większość z Państwa nie kupuje wód smakowych, trudno się dziwić.*” Zwracając wzrok ku etykietce trzymanego w ręku aromatyzowanego napoju bezalkoholowego aktorka czyta: „*Benzoesan Sodiu, sorbinian potasu – to konserwanty.*” Zwracając się w stronę widza dodaje: „*Jeszcze trochę a będziemy wszyscy świecić, o tak...*” w tym miejscu ekran ciemnieje a postać aktorki spowija świetlna łuna. Butelka z aromatyzowanym napojem bezalkoholowym zawierającym konserwanty zostaje wymownym gestem odrzucona do kosza na śmieci. Podkreśleniu słów i gestów aktorki służy krótkie zatrzymanie obrazu oraz efekt dźwiękowy.

Po odrzuceniu butelki z aromatyzowanym napojem bezalkoholowym zawierającym konserwanty do kosza na śmieci następuje część reklamy poświęcona opisowi właściwości produktu Veroni Mineral Fit. Pojawia się łagodny podkład muzyczny, który ma wprowadzić odbiorcę w nastrój zrelaksowania i podkreślić naturalny skład Veroni Mineral Fit.

Aktorka zwracając się w stronę widza informuje: „*A wystarczy: wycisnąć sok z jabłek, z cytryny i dolać wody.*” W tym miejscu pojawiają się soczyste jabłka oraz cytryna, której sok wyciskany jest do naczynia szklanego. Aktorka trzymając w ręku butelkę Veroni Mineral Fit zwraca się do odbiorcy: „*Ale nie musisz tego robić, bo już jest.*” Następuje prezentacja produktu. „*Veroni Mineral Fit. Pierwsza woda z sokiem i bez konserwantów.*”

Opis wersji piętnastosekundowej reklamy telewizyjnej:

W wersji piętnastosekundowej spotu telewizyjnego pojawia się stwierdzenie: „*większość z Państwa nie kupuje wód smakowych. Trudno się dziwić – pełno w nich konserwantów.*” Butelka z innym niż reklamowany aromatyzowanym napojem bezalkoholowym zostaje odrzucona do kosza na śmieci.

II. Ustalenia w zakresie składu chemicznego produktu Veroni Mineral Fit

Na podstawie analizy etykiety produktu Veroni Mineral Fit Prezes Urzędu ustalił, że zamieszczony na niej skład produktu nie wskazuje na obecność substancji konserwujących i wskazuje jednocześnie na fakt, że Veroni Mineral Fit produkowany jest w technologii aseptycznej.

Zgodnie z oświadczeniem Strony postępowania w składzie produktu Veroni Mineral Fit znajdują się składniki aromatyczne identyczne z naturalnymi, stanowiące jedyny składnik tego produktu uzyskiwany chemicznie (pismo pełnomocnika Strony postępowania z dnia 8 października 2007 r. wraz z załączonymi do tego pisma dokumentami – Specyfikacja produktu – aromat jabłkowy i aromat brzoskwinowy).

III. Ustalenia stanu prawnego w zakresie możliwości stosowania substancji konserwujących w produkcji artykułów spożywczych

Użycie środków konserwujących do produkcji artykułów spożywczych jest dozwolone na podstawie przepisów ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia. Ustawa ta jest aktem prawnym dokonującym transpozycji dyrektywy Rady nr 89/107/EWG z dnia 21 grudnia 1988 r. w sprawie zbliżenia ustawodawstw Państw Członkowskich dotyczących dodatków do środków spożywczych dopuszczonych do użycia w środkach spożywczych przeznaczonych do spożycia przez ludzi (Dz. U. UE. L. 89. 40.27 ze zm.) oraz dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady nr 95/2/WE z dnia 20 lutego 1995 r. w sprawie dodatków do żywności innych niż barwniki i substancje słodzące (Dz. U. UE. L 95.61.1 ze zm.).

Zgodnie z treścią art. 9 ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia substancje konserwujące mogą być stosowane w żywności, jeżeli:

- a) przy dozwolonym poziomie, nie stanowią zagrożenia dla zdrowia lub życia człowieka;
- b) ich stosowanie jest uzasadnione technologicznie, a cel ich stosowania nie może być osiągnięty w inny sposób, praktycznie możliwy z punktu widzenia technologicznego i ekonomicznego;
- c) ich użycie nie wprowadza konsumentów w błąd.

Ad art. 9 lit a) ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia

Szczegółowe warunki stosowania substancji konserwujących do żywności zawarte zostały w przepisach rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 18 września 2008 r. w sprawie dozwolonych substancji dodatkowych (Dz. U. Nr 177, poz. 1094), zwanego dalej:

„Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 18 września 2008 r.”⁶. Ze względu na skład i właściwości, Produkt należy zakwalifikować do kategorii aromatyzowanych napojów bezalkoholowych. Do tej kategorii produktów, zgodnie z przepisami Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 18 września 2008 r., dopuszczona została możliwość dodania substancji konserwujących o nazwie benzoesan sodu lub sorbinian potasu.

Zgodnie z § 26 pkt 1 Rozporządzenia ministra Zdrowia z dnia 18 września 2008 r. dozwolonymi substancjami dodatkowymi innymi niż substancje słodzące i barwniki są substancje konserwujące (konserwanty), których funkcją technologiczną jest przedłużenie trwałości środków spożywczych poprzez zabezpieczenie ich przed rozkładem spowodowanym przez drobnoustroje. Zgodnie z treścią § 30 Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 18 września 2008 r. substancje konserwujące pod nazwą sorbiniany, benzoesany i para-hydroksybenzoesany warunkowo dozwolone do stosowania w żywności określa tabela 3 załącznika nr 4 do przedmiotowego Rozporządzenia. Ze wskazanej tabeli wynika, że dozwolone do stosowania w żywności są w szczególności: sorbinian potasu (pozycja nr 1) oraz benzoesan sodu (pozycja nr 2). Natomiast środki spożywcze, do których mogą być stosowane sorbiniany, benzoesany i para-hydroksybenzoesany zostały określone w tabeli 4 załącznika nr 4 do Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 18 września 2008 r. W pozycji 2 wskazanej tabeli znajdują się aromatyzowane napoje bezalkoholowe (z wyłączeniem napojów z udziałem mleka), do których dopuszczalną dawką do stosowania benzoesanów (w tym benzoesanu sodu) wynosi 150 mg/l, sorbinianów (w tym sorbinianu potasu) wynosi 300 mg/l oraz łączne stosowanie sorbinianów i benzoesanów – 250 mg/l.

Z powołanych przepisów Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 18 września 2008 r. wynika jednoznacznie, że dozwolonymi do stosowania produkcji aromatyzowanych napojów bezalkoholowych (które w ocenianej reklamie nazywane były „wodami smakowymi”) są konserwanty pod nazwą benzoesan sodu i sorbinian potasu. Z wykładni systemowej przepisów Rozporządzenia ministra Zdrowia z dnia 18 września 2008 r. wynika, że warunkowość stosowania tych substancji konserwujących w produkcji żywności przejawia się w ograniczonej dawce możliwej do zastosowania (określonej w tabeli nr 4 załącznika nr 4 do przedmiotowego Rozporządzenia).

W trakcie prowadzenia niniejszego postępowania Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 18 września 2008 r. zastąpiło rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 23 kwietnia 2004 r., którego wydanie było wykonaniem upoważnienia wynikającego z art. 9 ust. 4 pkt 1 ustawy z dnia 11 maja 2001 o warunkach zdrowotnych żywności i żywienia (Dz. U. Nr 63, poz. 634 ze zm.). Przepisy Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 23 kwietnia 2004 r. dozwalały na stosowanie substancji konserwujących, w tym warunkowo dozwalały na stosowanie konserwantów pod nazwą benzoesan sodu i sorbinian potasu do produkcji aromatyzowanych napojów bezalkoholowych w dawkach: benzoesany – 150 mg/l; sorbiniany 300 mg/l oraz sorbiniany i benzoesany stosowane łącznie – 250 mg/l (Załącznik nr 2 §27 tabela nr 8 i 9).

Ad art. 9 lit. b) ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia

Strona postępowania, dokonując wykładni przepisu art. 9 pkt b) ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia stwierdziła, że stosowanie substancji konserwujących w żywności jest dozwolone jedynie warunkowo. Stwierdziła również, że używanie substancji dodatkowych jest dozwolone jedynie przy zachowaniu szczególnej ostrożności, wynikającej z konieczności zapewnienia konsumentom bezpieczeństwa żywienia i jedynie w sytuacji, w której nie jest możliwe osiągnięcie celu ich stosowania w inny sposób. W opinii Strony postępowania

⁶ powołane Rozporządzenie weszło w życie w dniu 17 października 2008 r. i zastąpiło rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 23 kwietnia 2004 r. w sprawie dozwolonych substancji dodatkowych i substancji pomagających w przetwarzaniu (Dz. U. Nr 94, poz. 933 ze zm.).

producenci wykorzystujący konserwanty do produkcji tzw. „wód smakowych” nie spełniają warunku określonego w art. 9 pkt b) ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia. Stosowanie konserwantów nie jest bowiem, zdaniem Strony postępowania uzasadnione technologicznie a cel ich stosowania można osiągnąć w inny sposób, możliwy z punktu widzenia technologicznego i ekonomicznego. Technologię taką – tzw. technologię aseptyczną – stosuje Strona postępowania przy produkcji napoju Veroni Mineral Fit. Zdaniem Strony postępowania fakty te potwierdzają, że niedodawanie do żywności konserwantów jest możliwe z punktu widzenia technologicznego i ekonomicznego. Strona postępowania, biorąc powyższe pod uwagę stwierdziła, że używanie konserwantów w środkach spożywczych jest na podstawie dostępnej obecnie wiedzy i technologii niezgodne z prawem – producenci nie spełniają bowiem warunku uzasadnienia technologicznego, który umożliwiłby im stosowanie konserwantów (pismo Strony postępowania z dnia 8 października 2007 r.).

W celu weryfikacji powyższych twierdzeń Strony postępowania Prezes Urzędu uzyskał opinie następujących organów i instytucji: Instytutu żywności i Żywienia (pismo z dnia 18 lipca 2008 r.) oraz Głównego Inspektora Sanitarnego (pismo z dnia 3 lipca 2008 r.). Na podstawie tych opinii Prezes Urzędu ustalił następujący stan faktyczny.

Stosowanie tzw. technologii aseptycznej do produkcji żywności przez niektórych przedsiębiorców, nie wyklucza stosowania substancji konserwujących w produkcji żywności przez innych przedsiębiorców. Przy produkcji środków spożywczych bierze się pod uwagę bezpieczeństwo żywności, tj. ogół warunków, które muszą być spełnione, dotyczących w szczególności: stosowanych substancji dodatkowych, aromatów, poziomów substancji zanieczyszczających, pozostałości pestycydów, cech organoleptycznych oraz działań, które muszą być podejmowane na wszystkich etapach produkcji lub obrotu żywnością, w celu zapewnienia zdrowia i życia człowieka. W świetle rozporządzenia (WE) nr 178/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 28 stycznia 2002 r. ustanawiającego ogólne zasady wymagania prawa żywnościowego, powołującego Europejski Urząd ds. Bezpieczeństwa Żywności oraz ustanawiającego procedury w zakresie bezpieczeństwa żywności (Dz.U.UE.L.02.31.1) w pierwszym rzędzie producent ponosi odpowiedzialność wobec prawa za zapewnienie bezpieczeństwa żywności. Od producenta zależy decyzja jaką metodę utrwalania żywności zastosuje, biorąc pod uwagę wiele czynników, w tym m.in. skład recepturowy produktu oraz jego okres przydatności do spożycia (pismo Instytutu Żywności i Żywienia z dnia 18 lipca 2008 r.⁷).

Substancje konserwujące mogą być dodawane na zasadzie dobrowolności, w dawkach i na warunkach oraz do określonych rodzajów żywności, zgodnie z przepisami Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 23 kwietnia 2004 r.⁸ W przypadku substancji, dla których nie ustalono dopuszczalnych dawek, stosuje się je w dawce najniższej, niezbędnej do osiągnięcia zamierzonego efektu technologicznego, zgodnie z dobrą praktyką produkcyjną (pismo Głównego Inspektora Sanitarnego z dnia 3 lipca 2008 r.).

Biorąc pod uwagę fakt, że stosowanie substancji konserwujących w napojach bezalkoholowych jest uzasadnione jedynie w przypadku napojów zawierających sok

⁷ tak również Główny Inspektor Sanitarny w piśmie z dnia 3 lipca 2008 r

⁸ powołanie się na przepisy Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 23 kwietnia 2004 r. wynika z tego, że opinia Głównego Inspektora Sanitarnego z dnia 3 lipca 2008 r. oraz Instytutu Żywności i Żywienia z dnia 18 lipca 2008 r. zostały sporządzone przed wejściem w życie Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 18 września 2008 r. Opinie powyższe zachowują jednak aktualność po wejściu w życie Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 18 września 2008 r.

owocowy lub cukier, w przypadku których istnieje możliwość fermentacji produktu i rozlewanych w warunkach niezapewniających aseptyczności⁹, stwierdzić należy, że to, czy dodawanie substancji konserwujących do żywności jest uzasadnione technologicznie zgodnie z art. 9 lit. b) ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia, zależy w głównej mierze od składu recepturowego produktu a nie od tego, czy znane są inne sposoby utrwalania żywności.

Przy zachowaniu powyższych warunków użycie substancji konserwujących w produkcji aromatyzowanych napojów bezalkoholowych ma uzasadnienie technologiczne, co oznacza, że jest zgodne z obowiązującym prawem i nie zachodzi tu sytuacja wprowadzania konsumentów w błąd (pismo Głównego Inspektora Sanitarnego z dnia 3 lipca 2008 r.).

Ad art. 9 lit c) ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia

W przypadku użycia w produkcji żywności dozwolonych substancji dodatkowych obowiązkiem przedsiębiorcy jest poinformowanie konsumenta o składzie danego produktu, poprzez informację na opakowaniu. Dlatego też zgodnie z przepisami rozporządzenia Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 10 lipca 2007 r. w sprawie znakowania środków spożywczych (Dz. U. Nr 139, poz. 966 ze zm., dalej: Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi w sprawie znakowania środków spożywczych) w oznakowaniu środka spożywczego oprócz jego nazwy należy podać m. in. informacje dotyczące składników w nim występujących. Zamieszczając w wykazie składników dozwolone substancje dodatkowe podaje się ich nazwę lub numer oraz zasadniczą funkcję technologiczną, którą substancje te pełnią w środku spożywczym (pismo Głównego Inspektora Sanitarnego z dnia 3 lipca 2008 r.).

Przepisy określające wymagania w zakresie oznakowania dozwolonych substancji dodatkowych zostały również określone w przepisach Rozdziału 6 Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 18 września 2008 r. Na podstawie powołanych przepisów dozwolone substancje dodatkowe muszą zawierać w szczególności widoczne, czytelne i nieusuwalne, informacje na temat nazwy oraz numeru danej substancji dodatkowej określone w tabeli 2 załącznika nr 1 do przedmiotowego rozporządzenia, albo, jeśli nie zostały one określone, szczegółowy opis substancji pozwalający na odróżnienie jej od substancji, z którymi mogłaby być ona pomyłona.

IV. Ustalenia w zakresie szkodliwości substancji konserwujących stosowanych do produkcji artykułów spożywczych

Na prośbę Prezesa Urzędu opinie w szczególności w sprawie wpływu na organizm człowieka substancji konserwujących stosowanych w dawkach i na warunkach określonych przepisami prawa polskiego wyraził Główny Inspektor Sanitarny oraz Instytut Żywności i Żywienia. Obydwie instytucje stwierdziły zgodnie, że substancje konserwujące stosowane zgodnie z przepisami prawa polskiego nie powinny być szkodliwe dla zdrowia człowieka.

Z ustaleń Prezesa Urzędu wynika, że substancja dodatkowa, zanim zostanie dopuszczona do stosowania do żywności podlega ocenie Komitetu Ekspertów FAO/WHO ds. Dodatków do Żywności (JECFA), pod kątem bezpieczeństwa dla zdrowia człowieka. W swojej ocenie Komitet bierze pod uwagę wyniki najnowszych badań toksykologicznych, chemicznych i biologicznych. Akceptację uzyskują jedynie substancje, których wyniki badań nie budzą żadnych wątpliwości czy zastrzeżeń (pismo Instytutu Żywności i Żywienia z dnia

⁹ tak Główny Inspektor Sanitarny w piśmie z dnia 3 lipca 2008 r.

16 października 2007 r., informacje te potwierdził również Główny Inspektor Sanitarny w piśmie z dnia 11 października 2007 r.).

Substancje konserwujące wymienione w reklamie produktu Veroni Mineral Fit (benzoesan sodu, sorbinian potasu) również posiadają ocenę Komitetu Ekspertów FAO/WHO ds. Substancji Dodatkowych do Żywności (JECFA) oraz Naukowego Komitetu ds. Żywności Unii Europejskiej. Na podstawie tej oceny dokonano ustalenia najwyższego dopuszczalnego dziennego spożycia tych substancji (ADI – Acceptable Daily Intake), które wynosi dla kwasu benzoowego i jego soli: 0-5 mg/kg masy ciała/dzień oraz dla kwasu sorbowego i jego soli: 0-25 mg/kg masy ciała/dzień.

Spożywanie substancji dodatkowych w ilościach nie przekraczających dopuszczalnego dziennego spożycia (ADI) nie stanowi zagrożenia dla zdrowia konsumentów, nawet jeżeli są spożywane codziennie przez okres całego życia (pismo Instytutu Żywności i Żywienia z dnia 16 października 2007 r. oraz pismo Głównego Inspektora Sanitarnego z dnia 11 października 2007 r.).

Przy określeniu spożycia substancji dodatkowych należy brać pod uwagę fakt, że mogą być one spożywane z różnymi produktami, w których obecność tych substancji jest dozwolona zgodnie z obowiązującymi przepisami. W 2001 roku Komisja Europejska opracowała raport dotyczący spożycia substancji dodatkowych w 11 krajach Unii Europejskiej oraz Norwegii. Z przedmiotowego raportu wynika, że spożycie (ze wszystkich źródeł) kwasu sorbowego i kwasu benzoowego oraz ich soli nie przekracza dopuszczalnego dziennego spożycia (ADI) wyznaczonego dla tych substancji. Są to dane w odniesieniu do całej populacji (pismo Głównego Inspektora Sanitarnego z dnia 11 października 2007 r.).

Jednocześnie Instytut Żywności i Żywienia podkreślił fakt, że substancje dodatkowe dodawane do żywności zgodnie z przepisami prawa nie powinny stanowić zagrożenia dla zdrowia człowieka. Przestrzeganie zasad prawidłowego żywienia, tj. stosowanie m.in. urozmaiconej zróżnicowanej diety nie powinno prowadzić do wysokiego spożycia substancji dodatkowych z żywnością. Dodał również, że niektóre substancje dodatkowe stosowane w przemyśle spożywczym, np. siarczyny czy kwas benzoowy mogą zwiększać ryzyko alergii u części osób predysponowanych do tego typu zaburzeń stanu zdrowia. W związku z tym, osoby z podwyższonym ryzykiem powstawania tego rodzaju reakcji powinny szczególnie uważnie czytać informacje podawane na etykietach środków spożywczych, w szczególności dotyczące składu produktów (pismo Instytutu Żywności i Żywienia z dnia 16 października 2007 r.).

Główny Inspektor Sanitarny również podkreślił, że „*stosowanie substancji dodatkowych, w tym substancji konserwujących w dawkach określonych w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 23 kwietnia 2004 r. w sprawie dozwolonych substancji dodatkowych i substancji pomagających w przetwarzaniu (Dz. U. Nr 94, poz. 933 ze zm.) nie stanowi zagrożenia dla zdrowia konsumenta.*”¹⁰ Główny Inspektor Sanitarny uściślił jednocześnie, że „*dozwolone substancje dodatkowe, w tym substancje konserwujące – benzoesan sodu i sorbinian potasu, stosowane w dawkach i na warunkach oraz do określonych rodzajów żywności, nie stanowią zagrożenia dla zdrowia konsumenta.*” (pismo Głównego Inspektora Sanitarnego z dnia 3 lipca 2008 r.).

V. Ustalenia w zakresie zmiany przepisów prawa wspólnotowego w zakresie dozwolenia stosowania substancji konserwujących w żywności

W trakcie niniejszego postępowania Strona postępowania poinformowała, że European Food Safety Authority podjął akcję ponownego oszacowania ryzyka stosowania dodatków do

¹⁰ opinia wyrażona w okresie obowiązywania Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 23 kwietnia 2004 r. pozostaje aktualna po wejściu w życie Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 18 września 2008 r.

żywności, która może skutkować wycofaniem ich z użycia na terytorium Unii Europejskiej. Strona postępowania zwróciła uwagę na fakt, że jest to dowód na to, że konserwanty stosowane do produkcji żywności nie są dla zdrowia konsumentów neutralne. Strona postępowania poinformowała jednocześnie, że 10 lipca 2007 r. Parlament Europejski zastrzył regulacje prawne dotyczące substancji dodatkowych do żywności poprzez podjęcie czterech rezolucji (pismo Strony postępowania z dnia 8 października 2007 r. oraz z dnia 26 listopada 2007 r.).

Niezależnie od prawdziwości i trafności uwag Strony postępowania, Prezes Urzędu ustalił, że w trakcie niniejszego postępowania weszły w życie akty prawne uwzględniające opinie wyrażone przez Parlament Europejski w dniu 10 lipca 2007 r. – w szczególności: Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 1331/2008 z dnia 16 grudnia 2008 r. ustanawiające jednolitą procedurę wydawania zezwoleń na stosowanie dodatków do żywności, enzymów spożywczych i środków aromatyzujących (Dz.U.U.E.L.08.354.1), zwanego dalej: „Rozporządzenie WE ustanawiające jednolitą procedurę”, Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 1333/2008 z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie dodatków do żywności (Dz.U.U.E.L.08.354.16), zwanego dalej: „Rozporządzenie WE w sprawie dodatków do żywności”. Zgodnie z przepisami Rozporządzenia WE w sprawie dodatków do żywności Komisja Europejska dokona uaktualnienia wspólnotowego wykazu dodatków do żywności dopuszczonych do stosowania w żywności oraz warunki ich stosowania w oparciu o jednolitą procedurę oceny i wydawania zezwoleń zgodną z przepisami Rozporządzenia WE ustanawiającego jednolitą procedurę.

Prezes Urzędu ustalił, że wejście w życie ww. Rozporządzeń WE nie doprowadziło do wycofania z rynku dodatków do żywności, w tym substancji konserwujących. Z przepisów ww. Rozporządzeń WE wynika, że mają zostać ponownie przeprowadzone badania, na podstawie których dojdzie do uaktualnienia wykazu dodatków do żywności. Na tym etapie badań trudno jednak ocenić jakie skutki przyniosą wspomniane badania i czy doprowadzą do wycofania z obrotu w szczególności konserwantów pod nazwą benzoesan sodu lub sorbinian potasu.

Oceniając przedstawiony stan faktyczny Prezes Urzędu zważył, co następuje:

I. Rozstrzygnięcie w pkt I sentencji decyzji.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 uokik, do uznania, iż doszło do stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów konieczne jest spełnienie następujących przesłanek:

- 1) kwestionowane działanie jest działaniem przedsiębiorcy,
- 2) bezprawność działania przedsiębiorcy,
- 3) godzenie w zbiorowy interes konsumentów.

Ad 1) działanie Strony postępowania jako działania przedsiębiorcy.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów zawiera legalną definicję przedsiębiorcy. Zgodnie z jej art. 4 pkt 1 uokik, pod pojęciem tym należy rozumieć 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. 1905 ze zm., dalej: ustawa o swobodzie działalności gospodarczej) 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 o działalności gospodarczej, b) osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu, (...), d) związek przedsiębiorców w rozumieniu pkt 2 – na potrzeby przepisów dotyczących (...) praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów (trzeci człon definicji przedsiębiorcy zawartej w art. 4 pkt 1 uokik [lit. c) znajduje zastosowanie wyłącznie w postępowaniach w sprawach koncentracji). Natomiast w myśl art. 4 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, przedsiębiorcą w jej rozumieniu jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Właściwą dla przedsiębiorcy działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły (art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej).

Zbyszko Company Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu jest spółką prawa handlowego wpisaną do Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000175394, prowadzącą we własnym imieniu działalność gospodarczą polegającą m.in. na działalności wydawniczej w pełnym zakresie oraz działalności agencji-reklamowej. Nie ulega zatem wątpliwości, iż Strona postępowania posiada status przedsiębiorcy w rozumieniu powoływanego powyżej art. 4 pkt 1 uokik. Tym samym przy wykonywaniu działalności gospodarczej podlega ona rygorom określonym w uokik i jej działania mogą podlegać ocenie w aspekcie naruszenia zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Ad 2) – bezprawność działania Strony postępowania.

Bezprawność to sprzeczność zachowania z przepisami prawa, zasadami współżycia społecznego oraz dobrymi obyczajami. Bezprawność jest czynnikiem o charakterze obiektywnym, niezależnym od wystąpienia szkody czy od zamiaru podmiotu dopuszczającego się działań bezprawnych. Przepis art. 24 ust. 2 uokik zawiera otwarty katalog działań stanowiących praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów. Wśród praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów ustawodawca wymienił w szczególności dopuszczenie się czynu nieuczciwej konkurencji.

Działanie Strony postępowania jest bezprawne, bowiem jest sprzeczne z:

- A. art. 24 ust. 2 pkt 3 uokik poprzez naruszenie art. 16 ust. 1 pkt 2 uznk,
- B. art. 24 ust. 2 pkt 3 uokik poprzez naruszenie art. 16 ust. 1 pkt 3 uznk.

Ad A. naruszenie art. 16 ust. 1 pkt 2 uznk

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

W niniejszej sprawie konieczne stało się przeanalizowanie przez Prezesa Urzędu, czy treści zawarte w przekazie reklamowym produktu Veroni Mineral Fit emitowanego w okresie wiosenno-letnim 2007 r. pod hasłem: „*Veroni Mineral Fit – Pierwsza woda z sokiem i bez konserwantów*” mogły wprowadzić konsumentów w błąd oraz mogły spowodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął. Ocena przekazu reklamowego przez Prezesa Urzędu była uzasadniona w szczególności z uwagi na padające w jego treści stwierdzenia dotyczące szkodliwości substancji konserwujących, których stosowanie jest dozwolone w produkcji żywności na podstawie przepisów prawa obowiązującego nie tylko na terenie Polski, ale również na terenie Unii Europejskiej.

W tym miejscu Prezes Urzędu pragnie podkreślić, że przedmiotem niniejszego postępowania było wykazanie, czy reklama produktu Veroni Mineral Fit mogła wprowadzić konsumentów w błąd poprzez zawarcie w treści materiałów reklamowych sugestii, że za wyjątkiem reklamowanego produktu wszystkie inne aromatyzowane napoje bezalkoholowe, są szkodliwe dla zdrowia, ze względu na zawarte w nich konserwanty, co mogło wprowadzić konsumentów w błąd co do szkodliwości stosowania dozwolonych substancji dodatkowych. W trakcie niniejszego postępowania Prezes Urzędu nie dokonywał oceny szkodliwości substancji konserwujących jako takich oraz nie prowadził polemiki z argumentami naukowymi w zakresie szkodliwości konserwantów. Przy ocenie zaistniałego stanu faktycznego Prezes Urzędu wziął pod uwagę fakt, czy stosowanie substancji konserwujących zgodnie z obowiązującymi regulacjami prawnymi stwarza zagrożenie dla zdrowia konsumentów, a tym samym, czy twierdzenie zawarte w treści materiałów reklamowych może wprowadzić konsumentów w błąd. Zgodnie bowiem z treścią art. 16 ust. 2 uznk, przy ocenie reklamy wprowadzającej w błąd należy uwzględnić wszystkie jej elementy, zwłaszcza dotyczące ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy lub konserwacji reklamowanych produktów lub usług, a także zachowania się klienta. Elementem szczególnie istotnym przy niniejszym rozstrzygnięciu są padające w treści reklamy stwierdzenia na temat szkodliwości produktów zawierających substancje konserwujące podkreślone dodatkowo elementami silnie przerysowanej metafory (tzw. „świecenie”).

W polskim porządku prawnym pojęcie reklamy nie zostało zdefiniowane ustawowo. W judykaturze przyjmuje się definicję reklamy wykorzystywaną w szczególności w postępowaniach z zakresu czynów nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którą reklama to *rozpowszechnianie wiadomości o usługach i towarach w celu wpływania na kształtowanie się popytu*. Istotnym elementem reklamy jest zamiar wywołania określonej reakcji jej adresatów, a zasadniczym kryterium, czy w konkretnym wypadku istniał taki zamiar, jest opinia przeciętnego odbiorcy, czy odebrał on dany przekaz jako zachętę do nabycia towaru lub usługi. Reklama z istoty rzeczy ma charakter subiektywny i polega na zachęcaniu, agitacji (wyrok SN z 14 stycznia 1997 r., I CKN 52/96, OSNC 1997, nr 6-7, poz. 78, wyrok S.A. w Warszawie z 22 maja 2003 r., I ACa 1893/01, OSP 2004, nr 10, poz. 36). W świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego *reklamą jest każda wypowiedź skierowana do potencjalnych konsumentów odnosząca się do towarów, usług, a także przedsiębiorcy oferującego towary lub usługę, mająca na celu zachęcenie i skłonienie adresatów do nabywania towarów lub korzystania z usług. Zachęta może być wyrażona bezpośrednio, np. przez użycie określeń odpowiadających konkretnym czynnościom, w wyniku których nastąpi zbyt towarów lub usług albo pośrednio – przez stworzenie sugestywnego obrazu towarów i usług, a także samego przedsiębiorcy, w stopniu nasuwającym adresatom nieodpartą chęć nabycia towarów i usług* (wyrok SN z dnia 26 stycznia 2006 r., V CSK 83/05, Lex nr 191239).

W polskim porządku prawnym brak jest definicji reklamy wprowadzającej w błąd. Przy definicji reklamy wprowadzającej w błąd odwołać się można do treści art. 2 lit b Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotyczącej reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej (Dz.Urz.UE.L.06.376.21). Zgodnie z treścią powołanego przepisu reklamą wprowadzającą w błąd jest każda reklama, która w jakikolwiek sposób, w tym przez swoją formę, wprowadza lub może wprowadzić w błąd osoby, do których jest skierowana lub dociera, i która, z powodu swojej zwodniczej natury, może

wpłynąć na ich postępowanie gospodarcze lub która, z tych powodów, szkodzi lub może szkodzić konkurentowi.

Każda wypowiedź reklamowa składa się z dwóch elementów: warstwy informacyjnej oraz warstwy zawierającej element perswazji mającej skłonić konsumenta do nabycia towaru lub usługi. Za reklamę wprowadzającą w błąd w rozumieniu art. 16 ust. 1 pkt 2 uznk może być uznana reklama, która zniekształca u odbiorcy wrażenie dotyczące towaru lub usługi zarówno w warstwie informacyjnej jak i warstwie zawierającej element perswazji, lub choćby w jednej z warstw: informacyjnej albo zachęcającej. Za element informacyjny emitowanego spotu reklamowego uznać należy w szczególności stwierdzenie: „*Veroni Mineral Fit – pierwsza woda z sokiem i bez konserwantów.*” W części mającej nakłonić konsumenta do zakupu produktu Veroni Mineral Fit znalazły się natomiast w szczególności następujące stwierdzenia: „*większość z Państwa nie kupuje wód smakowych, trudno się dziwić. Benzoesan sodu, sorbinian potasu – to konserwanty. Jeszcze trochę a będziemy wszyscy świecić, o tak...*” Elementem perswazyjnym jest również bez wątpienia gest aktorki wyrzucający do pojemnika na śmieci butelkę obrazującą napój zawierający substancje konserwujące nazywany w reklamie „wodą smakową.” Za perswazyjne uznać należy również elementy obrazu mające na celu podkreślenie znaczenia słów wypowiedzianych przez aktorkę. Po wypowiedzeniu stwierdzenia: „*...jeszcze trochę a będziemy wszyscy świecić, o tak...*” obraz ciemnieje a postać aktorki spowija świetlna luna.

W opinii Prezesa Urzędu ocenianą reklamę produktu Veroni Mineral Fit uznać należy za reklamę wprowadzającą w błąd w rozumieniu art. 16 ust. 1 pkt 2 uznk, bowiem wykorzystane w treści omawianej reklamy elementy perswazyjne mające skłonić konsumentów do nabycia produktu służyły, w opinii Prezesa Urzędu, nie tylko do wykazania pozytywnych cech reklamowanego produktu, ale do zwrócenia szczególnej uwagi konsumentów na fakt, że produkty zawierające substancje konserwujące są szkodliwe dla zdrowia człowieka. Sugestia co do szkodliwości konserwantów dotyczyła natomiast substancji dozwolonych do stosowania w produkcji aromatyzowanych napojów bezalkoholowych nazywanych w reklamie „wodami smakowymi”.

W trakcie niniejszego postępowania Prezes Urzędu ponad wszelką wątpliwość ustalił, że stosowanie substancji konserwujących w produkcji żywności jest dozwolone a przedsiębiorcy stosujący konserwanty w produkcji żywności działają zgodnie z prawem. Dozwolenie takie wynika z przepisów ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia. Podkreślenia wymaga fakt, że powołana ustawa jest aktem dokonującym transpozycji przepisów dyrektywy Rady nr 89/107/EWG z dnia 21 grudnia 1988 r. w sprawie zbliżenia ustawodawstw Państw Członkowskich dotyczących dodatków do środków spożywczych dopuszczonych do użycia w środkach spożywczych przeznaczonych do spożycia przez ludzi (Dz.U.U.E.L.89.40.27 ze zm.) oraz dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady nr 95/2/WE z dnia 20 lutego 1995 r. w sprawie dodatków do żywności innych niż barwniki i substancje słodzące (Dz.U.U.E.L.95.65.1 ze zm.). Szczegółowe warunki stosowania substancji konserwujących do żywności zawarte zostały w przepisach rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 18 września 2008 r., zgodnie z którym dozwolone jest stosowanie substancji pod nazwą benzoesan sodu i sorbinian potasu do produkcji aromatyzowanych napojów bezalkoholowych nazywanych w treści ocenianej reklamy tzw. „wodami smakowymi”.

W trakcie niniejszego postępowania Strona postępowania twierdziła, że substancje konserwujące dozwolone są do stosowania jedynie warunkowo. Prezes Urzędu podzielił stanowisko Strony postępowania w tym zakresie, gdyż wskazuje na to wykładnia językowa przepisów Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 18 września 2008 r. Dla właściwej oceny

prawnej przedmiotowego zagadnienia konieczne jest również dokonanie wykładni systemowej. Wykładnia systemowa przepisów Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 18 września 2008 r. wskazuje na to, że warunkowość stosowania wymienionych w ocenianej reklamie substancji konserwujących polega na stosowaniu substancji konserwujących zgodnie z przepisami Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 18 września 2008 r., w których określono maksymalne dawki konserwantów możliwych do zastosowania w konkretnych grupach produktów żywnościowych. Z materiału dowodowego zgromadzonego w trakcie niniejszego postępowania wynika, że spożywanie substancji konserwujących na warunkach i w dawkach określonych obowiązującymi przepisami prawa nie powinno powodować negatywnych skutków dla zdrowia konsumentów.

W tym miejscu Prezes Urzędu pragnie zauważyć, że pomimo wejścia w życie Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 18 września 2008 r., w trakcie niniejszego postępowania, w opinii Prezesa Urzędu aktualność zachowują wszelkie ustalenia poczynione w okresie obowiązywania Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 23 kwietnia 2004 r. Wskazać należy, że Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 18 września 2008 r. zastąpiło Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 23 kwietnia 2004 r., które wykonywało upoważnienie wynikające z przepisów ustawy z dnia 11 maja 2001 r. o warunkach zdrowotnych żywności i żywienia (Dz. U. Nr 63, poz. 634 ze zm). Analiza zarówno zakresu delegacji ustawowej, o której mowa w art. 10 pkt 1-4 ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia oraz delegacji ustawowej zawartej w art. 9 ust 4 pkt 1 wskazanej ustawy o warunkach zdrowotnych żywności i żywienia prowadzi do wniosku, że cel i zakres obydwu delegacji ustawowych wskazuje na brak sprzeczności obydwu rozporządzeń wykonawczych. W związku z tym, stwierdzić należy, że nie doszło do zmiany normy prawnej w zakresie pozwalającym na stosowanie substancji konserwujących do produkcji aromatyzowanych napojów bezalkoholowych. Wskazać należy, że nie uległy również zmianie wysokości dawek możliwych do zastosowania w produkcji aromatyzowanych napojów bezalkoholowych.

Prezes Urzędu nie podzielił również twierdzeń Strony postępowania, zgodnie z którymi producenci aromatyzowanych napojów bezalkoholowych zawierających substancje konserwujące postępują niezgodnie z dyspozycją art. 9 lit. b) ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia. Strona postępowania wskazała, że poprzez fakt zastosowania technologii aseptycznej w produkcji Veroni Mineral Fit, dodawanie substancji konserwujących do aromatyzowanych napojów bezalkoholowych nie jest już uzasadnione technologicznie a cel stosowania konserwantów może być osiągnięty w inny sposób, praktycznie możliwy z punktu widzenia technologicznego i ekonomicznego. W związku z tym, w opinii Strony postępowania, producenci tzw. „wód smakowych” działają niezgodnie z dyspozycją art. 9 lit. b) ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia.

Jak ustalono w toku niniejszego postępowania, stosowanie tzw. technologii aseptycznej do produkcji żywności przez niektórych przedsiębiorców, nie wyklucza stosowania substancji konserwujących w produkcji żywności przez innych przedsiębiorców. Możliwość dodawania substancji konserwujących zależy bowiem w głównej mierze od składu recepturowego produktu. W napojach zawierających sok owocowy lub cukier istnieje możliwość fermentacji produktu, jeżeli nie jest on rozlewany w warunkach zapewniających aseptyczności. Od producenta zależy więc decyzja jaką metodę utrwalania żywności zastosuje, biorąc pod uwagę wiele czynników, w tym m.in. skład recepturowy produktu oraz jego okres przydatności do spożycia. Substancje konserwujące mogą być dodawane na zasadzie dobrowolności, w dawkach i na warunkach oraz do określonych rodzajów żywności, zgodnie

z przepisami szczegółowo określającymi warunki i maksymalne dawki substancji konserwujących możliwych do dodania do konkretny grup produktów żywnościowych. W przypadku substancji, dla których nie ustalono dopuszczalnych dawek, stosuje się je w dawce najniższej, niezbędnej do osiągnięcia zamierzonego efektu technologicznego, zgodnie z dobrą praktyką produkcyjną. Przy zachowaniu powyższych warunków użycie substancji konserwujących w produkcji aromatyzowanego napoju bezalkoholowego ma uzasadnienie technologiczne, co oznacza, że jest zgodne z obowiązującym prawem i nie zachodzi tu sytuacja wprowadzenia konsumenta w błąd. Z tego powodu twierdzenie Strony postępowania, że działania przedsiębiorców stosujących substancje konserwujące do produkcji żywności działają niezgodnie dyspozycją art. 9 lit. b) ustawy o żywności i żywienia uznać należy za chybione.

Strona postępowania w piśmie z dnia 26 czerwca 2009 r. stwierdziła, że postępowanie przeprowadzone przez Prezesa Urzędu nie dostarczyło wyników, które mogłyby zakwestionować tezę, zgodnie z którą producenci wykorzystujący substancje konserwujące do produkcji tzw. wód smakowych działają niezgodnie z dyspozycją art. 9 lit. b) ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia. Strona postępowania negatywnie odniosła się również do zgromadzonego w toku niniejszego postępowania materiału dowodowego na okoliczność weryfikacji szkodliwości substancji konserwujących. Strona postępowania stwierdziła, że dowody znajdujące się w aktach sprawy nie wskazują informacji o rzeczywistym wpływie substancji dodatkowych na zdrowie z powołaniem się na weryfikowalne i obiektywne wyniki własnych lub cudzych badań naukowych oraz nie wskazują odpowiedzi na pytanie, czy stosowanie substancji dodatkowych jest w ogóle jeszcze możliwe w ramach produkcji tzw. wód smakowych. Prezes Urzędu nie może zgodzić się z takim stwierdzeniem. Należy bowiem ponownie podkreślić, że przedmiotem postępowania przed Prezesem Urzędu nie było ustalenie w zakresie szkodliwości substancji konserwujących jako takich, ale ocena, czy reklama produktu Veroni Mineral Fit stanowi praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów. W opinii Prezesa Urzędu należycie udowodniono fakt dozwolenia stosowania substancji konserwujących przy produkcji tzw. wód smakowych. Dowody zgromadzone przez Prezesa Urzędu w toku niniejszego postępowania wystarczą do tego, aby stwierdzić, że producenci wykorzystujący substancje konserwujące w produkcji tzw. wód smakowych postępują zgodnie z prawem biorąc pod uwagę również dyspozycję art. 9 lit. b) ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia.

Odwołując się do twierdzenia Strony postępowania, zgodnie z którym European Food Safety Authority podjął akcję ponownego oszacowania ryzyka stosowania dodatków do żywności, która może skutkować wycofaniem ich użycia na terytorium Unii Europejskiej stwierdzić należy, że są to jedynie postulaty de lege ferenda. Tylko z ostrożności procesowej Prezes Urzędu zwraca uwagę, że zgodnie z treścią art. 35 Rozporządzenia WE w sprawie dodatków do żywności, przedmiotowe Rozporządzenie WE weszło w życie dwudziestego dnia po jego opublikowaniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, jednak ma być ono stosowane od 20 stycznia 2010 r. Zgodnie z przepisami Rozporządzenia WE w sprawie dodatków do żywności Komisja Europejska dokona uaktualnienia wspólnotowego wykazu dodatków do żywności dopuszczonych do stosowania w żywności oraz warunki ich stosowania w oparciu o jednolitą procedurę oceny i wydawania zezwoleń zgodną z przepisami Rozporządzenia WE ustanawiającego jednolitą procedurę.

Prezes Urzędu zwraca uwagę, że wejście w życie ww. Rozporządzeń WE nie doprowadziło do wycofania z rynku dodatków do żywności, w tym substancji konserwujących. Z przepisów ww. Rozporządzeń WE wynika jedynie, że mają zostać ponownie przeprowadzone badania, na podstawie których dojdzie do uaktualnienia wykazu dodatków do żywności. Na tym etapie badań trudno jednak ocenić jakie skutki przyniosą wspomniane badania i czy doprowadzą do wycofania z obrotu w szczególności konserwantów pod nazwą benzoesan sodu lub sorbinian potasu.

Prezes Urzędu podkreśla, że w jego ocenie przyjęcie ww. Rozporządzeń WE nie stanowi potwierdzenia twierdzeń Strony postępowania w zakresie szkodliwości konserwantów. Na tym etapie bowiem trudno stwierdzić w jaki sposób zmieniony zostanie Wspólnotowy wykaz dodatków do żywności dopuszczonych do stosowania w żywności oraz warunki ich stosowania (Załącznik nr 2 do Rozporządzenia WE w sprawie dodatków do żywności – do tej pory nieuzupełniony). Tym samym trudno jednoznacznie stwierdzić, czy doprowadzi on do usunięcia z obrotu lub zmniejszenia możliwości stosowania w obrocie substancji konserwujących.

W związku z powyższym argument Strony postępowania w zakresie powołania się na rezolucję Parlamentu Europejskiego, co jej zdaniem miało stanowić potwierdzenie na okoliczność szkodliwości substancji konserwujących dla zdrowia konsumentów, uznać należy za bezprzedmiotowy.

Prezes Urzędu zwraca jednocześnie uwagę, że zgodnie z treścią art. 33 Rozporządzenia WE w sprawie dodatków do żywności uchylona zostaje w szczególności dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 95/2/WE z dnia 20 lutego 1995 r. w sprawie dodatków do żywności innych niż barwniki i substancje słodzące (Dz.U.UE.L 95.65.1 ze zm.). Biorąc jednak pod uwagę fakt, że Rozporządzenie WE w sprawie dodatków do żywności stosuje się od dnia 20 stycznia 2010 r., aktualne pozostają ustalenia Prezesa Urzędu w odniesieniu do stanu prawnego, na podstawie którego Prezes Urzędu opiera rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie.

W związku z powyższym, jak zostało ustalone w toku niniejszego postępowania, substancje konserwujące pod nazwą benzoesan sodu oraz sorbinian potasu są dozwolone do stosowania w produkcji aromatyzowanych napojów bezalkoholowych na podstawie przepisów ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia oraz przepisów Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 18 września 2008 r. W trakcie niniejszego postępowania Strona postępowania, dowodząc szkodliwości konserwantów zwróciła uwagę, że sformułowanie „dopuszczony do stosowania” oraz „szkodliwy” są zakresowo odmienne. Odnosząc się w tym miejscu do tego argumentu Strony postępowania Prezes Urzędu zwraca uwagę, że jak wynika z materiału dowodowego zgromadzonego w trakcie niniejszego postępowania, substancje konserwujące stosowane zgodnie z zasadami określonymi przepisami powołanych aktów prawnych, nie powinny wywoływać negatywnych skutków dla zdrowia konsumentów. Przestrzeganie zasad prawidłowego żywienia, tj. stosowanie m.in. urozmaiconej zróżnicowanej diety nie powinno prowadzić do wysokiego spożycia substancji dodatkowych z żywnością.

Za chybiony uznać należy również argument Strony postępowania w zakresie uznania substancji konserwujących za „środki spożywcze niebezpieczne” w rozumieniu art. 14 Rozporządzenia (WE) nr 178/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 28 stycznia 2002 r. ustanawiającego ogólne zasady i wymagania prawa żywnościowego, powołującego Europejski Urząd ds. Bezpieczeństwa Żywności oraz ustanawiającego procedury w zakresie bezpieczeństwa żywności (Dz.U.UE.L.02.31.1). Wartym podkreślenia jest fakt, że normy

Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 18 września 2008 r. w zakresie dozwolenia stosowania konserwantów pod nazwą benzoesan sodu i sorbinian potasu są zgodne z przepisami dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 95/2/WE dnia 20 lutego 1995 r. w sprawie dodatków do żywności innych niż barwniki i substancje słodzące (Dz.U.U.E.L.95.61.1 ze zm.). Za nieuzasadnione zatem należy uznać twierdzenie, że substancje dodatkowe dozwolone zgodnie z przepisami jednego aktu prawnego są uznane za substancję niebezpieczną dla zdrowia na podstawie innego aktu prawnego. Wskazać należy, że art. 14 Rozporządzenia (WE) nr 178/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 28 stycznia 2002 r. ustanawiającego ogólne zasady i wymagania prawa żywnościowego, powołującego Europejski Urząd ds. Bezpieczeństwa Żywności oraz ustanawiającego procedury w zakresie bezpieczeństwa żywności (Dz.U.U.E.L.02.31.1) nie deroguje przepisów wskazanej powyżej dyrektywy.

Przepis art. 16 ust. 1 pkt 2 uznk nie wskazuje konkretnego sposobu ustalenia, czy określona wypowiedź reklamowa wprowadza w błąd. W świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wprowadzający w błąd charakter reklamy co do istotnych (doniosłych) właściwości towaru lub usługi można ustalić przez odwołanie się do sposobu jej postrzegania przez przeciętnego konsumenta (metoda normatywna) lub przez dowód z badania opinii publicznej (metoda empiryczna). We wniosku o wydanie orzeczenia wstępnego Najwyższy Sąd Administracyjny RFN zwrócił się do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z zapytaniem, czy przepisy wspólnotowe o reklamie wprowadzającej w błąd wymagają ustalenia rzeczywistych oczekiwań konsumenta, czy też należy stosować zobiektywizowany i abstrakcyjny wzór konsumenta. Trybunał stwierdził, że w celu ustalenia, czy reklama wprowadza w błąd, sąd krajowy musi rozważyć domniemane oczekiwania przeciętnego konsumenta, jeżeli natomiast ustalenie wprowadzenia w błąd w taki sposób nastęrcza znacznych trudności, sąd krajowy może przeprowadzić badania opinii publicznej lub dowód z opinii biegłego¹¹.

Stopniowy rozwój orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości doprowadził do utrwalenia modelu konsumenta jako konsumenta rozważnego, przeciętnie oświeconego, mającego prawo do rzetelnej informacji niewprowadzającej w błąd, zawierającej wszelkie niezbędne dane wynikające z funkcji i przeznaczenia 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. Tak ustalony w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości model przeciętnego konsumenta, został przytoczony w akcie normatywnym – w punkcie 18 preambuły 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 zmieniającej dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.U.U.E.L.05.149.22, dalej: Dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych). Zgodnie z punktem 18 preambuły Dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych stwierdza się, że „... od czasu wejścia w życie dyrektywy 84/450/EWG Trybunał Sprawiedliwości przy orzekaniu w sprawach dotyczących reklamy uznał za konieczne badanie jej wpływu na hipotetycznego typowego konsumenta.”

¹¹ R. Skubisz [w:] *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*. Komentarz, pod red. J. Szewczy, Warszawa 2006, s. 697 i nast.

Zgodnie z zasadą proporcjonalności oraz w celu umożliwienia skutecznego stosowania środków ochrony zawartych w niniejszej dyrektywie, za punkt odniesienia uznaje ona przeciętnego konsumenta, który jest dostatecznie dobrze poinformowany oraz dostatecznie uważny i ostrożny, z uwzględnieniem czynników społecznych i kulturowych i językowych, zgodnie z wykładnią Trybunału Sprawiedliwości. (...) Test przeciętnego konsumenta nie jest przy tym testem statystycznym. W celu ustalenia typowej reakcji przeciętnego konsumenta w danym przypadku krajowe sądy i organy administracyjne będą musiały polegać na własnej umiejętności oceny, z uwzględnieniem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości.”

Aby ustalić model przeciętnego konsumenta na potrzeby niniejszej decyzji zasadnym wydaje się odwołać się do tak przedstawionego modelu przeciętnego konsumenta w sensie normatywnym. Zauważyć bowiem należy, że pomimo tego, że w czasie emisji ocenianej reklamy przepisy implementujące Dyrektywę o nieuczciwych praktykach handlowych nie weszły jeszcze w życie¹², to model przeciętnego konsumenta powołany w tej Dyrektywie jest związanym odzwierciedleniem tendencji w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w tym zakresie.

W związku z tak przyjętym przez Prezesa Urzędu modelem przeciętnego konsumenta wskazać należy, że definicja przeciętnego konsumenta, na którą powołała się Strona postępowania tylko częściowo odpowiada modelowi przeciętnego konsumenta wykształconego przez orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Strona postępowania przedstawiła definicję przeciętnego konsumenta, zgodnie z którą „*przeciętny konsument podlegający ochronie w Unii Europejskiej to konsument „stanowczy i krytyczny, oświecony, a nie niedbały i ciemny.”. Chodzi o konsumenta, który ma określone pozytywne cechy. Przede wszystkim dysponuje pewnym zasobem wiedzy o otaczającej go rzeczywistości i potrafi to wykorzystać w analizie przekazów reklamowych. Posiada umiejętność odczytywania informacji reklamowych, nie poddaje się łatwo reklamie i zawartym w niej sugestiom, przejawia pewien stopień krytycyzmu wobec reklamy. Przeciętny konsument jest też w stanie prawidłowo zrozumieć kierowane do niego informacje. Wreszcie wykazuje odpowiedni stopień krytycyzmu wobec działań, których jest adresatem, rozumiejąc, że treść przekazu reklamowego nie zawsze jest zgodna z rzeczywistością”*. Prezes Urzędu zwraca uwagę, że Strona postępowania za przeciętnego konsumenta uznała konsumenta oświeconego i wyedukowanego, który sam dysponuje na tyle dużym zasobem wiedzy, aby samodzielnie przeanalizować kierowane do niego w materiałach reklamowych informacje.

Z przyjętym przez Stronę postępowania modelem przeciętnego konsumenta nie można się zgodzić. Wprawdzie Prezes Urzędu uwzględniając powołany dorobek orzecznicy i legislacyjny dotyczący modelu przeciętnego konsumenta uwzględnia również przesłanki dotyczące poinformowania, uwagi i ostrożności. Należy jednak wyraźnie podkreślić, że z tego założenia nie wynika, że konsumenci powinni samodzielnie dążyć do uzyskania wiedzy niezbędnej do zawarcia umowy – informacji dotyczących przedsiębiorcy lub cech produktu. Ciężar przekazania informacji o produkcie spoczywa na przedsiębiorcy, który występując na rynku w roli profesjonalisty powinien zadbać o to, żeby jego kontrahent uzyskał na tyle pełną i jasną informację, która pozwoli konsumentowi podjąć świadomy wybór oparty na wiedzy. Dlatego właśnie prawo do informacji uznawane jest za fundament ochrony konsumenta w Unii Europejskiej. „*Podkreślić należy, że chodzi o informacje kierowane do konsumenta. Tu*

¹² ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz. 1206) weszła w życie w dniu 21 grudnia 2007 r.

*bowiem leży różnica między ujęciem europejskim a nierzadko spotykanym w Polsce podejściem akceptującym powinność orientacji konsumenta w sytuacji rynkowej (wysoki standard samoświadomości konsumenta: „skoro chce być na rynku, musi się podporządkować panującym na nim zasadom. Jeżeli są one twarde – tym gorzej dla konsumenta”)*¹³.

Oczywiście konsument sam może również dążyć do uzyskania wiedzy na temat danego produktu, mamy wtedy do czynienia z tzw. samoświadomością czy samokształceniem. Nie jest to jednak wymóg, którego niespełnienie pozbawia automatycznie prymatu „przeciętności” w rozumieniu ustawy, co oznacza zerwanie z pokutującym jeszcze podejściem dotyczącym „wysokiego standardu 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.”¹⁴.

Kolejnym krokiem do ustalenia modelu przeciętnego konsumenta jest ustalenie, czy jest on uważny i ostrożny. Nie oznacza to, że konsument posiada wiedzę specjalistyczną do wyboru odpowiedniego produktu, ale to, że 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. Będąc jednocześnie świadomy realiów społeczno-gospodarczych wykorzystuje swoją wiedzę ogólną dążąc do zdobycia dodatkowych informacji o produkcie. Rozumie on, że jego ochrona jest wypracowana także jego własnym wysiłkiem edukacyjnym.

Wskazać jednak należy, że przeciętny konsument nie może prawidłowo ocenić kierowanych do niego informacji, jeżeli sposób ich przekazania może wprowadzić konsumenta w błąd.

Strona postępowania doręczyła w trakcie niniejszego postępowania wyniki badań ankietowych przeprowadzonych na jej zlecenie po zakończeniu emisji ocenianej reklamy, które miały obrazować jaki wpływ wywołała na konsumentów oceniania reklama. Dodatkowo Strona postępowania stwierdziła, że w ramach przeprowadzonego postępowania nie poczyniono żadnych ustaleń, co do tego, czy analizowana reklama mogła mieć jakikolwiek wpływ na decyzję konsumenta co do nabycia towaru w postaci konkurencyjnych napojów zawierających substancje dodatkowe. Dokonując oceny stanu faktycznego Prezes Urzędu wziął pod uwagę powołany przez Stronę postępowania środek dowodowy, jednak nie potraktował tego argumentu jako przeważający. Zważyć bowiem należy, że do oceny stanu faktycznego w niniejszym postępowaniu Prezes Urzędu przyjął model przeciętnego konsumenta nie w znaczeniu statystycznym, ale w znaczeniu normatywnym. W związku z powyższym zważyć należy, że środek dowodowy powołany przez Stronę postępowania może mieć jedynie charakter pomocniczy w rozstrzygnięciu na temat wpływu ocenianej reklamy na decyzje rynkowe konsumentów.

Prezes Urzędu zwraca jednocześnie uwagę, że zgodnie z treścią art. 233 ustawy – Kodeks postępowania cywilnego w związku z art. 84 uokik, Prezes Urzędu ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Na tej podstawie Prezes Urzędu nie dał wiary powołanemu przez Stronę

¹³ E. Łętowska, Europejskie prawo umów konsumenckich, Warszawa 2004, s.66

¹⁴ Ibidem, s. 66

postępowania środkowi dowodowemu w postaci przedmiotowych badań ankietowych. Zważyć bowiem należy, że badania te zostały wykonane na zlecenie Strony postępowania i nie muszą odzwierciedlać rzeczywistych wyników wpływu reklamy na konsumentów. Jednocześnie Prezes Urzędu nie zlecił przeprowadzenia podobnych badań z uwagi na fakt przyjęcia na potrzeby niniejszej decyzji modelu przeciętnego konsumenta w znaczeniu normatywnym.

Pomimo jednak takiej oceny przedmiotowego środka dowodowego, Prezes Urzędu pragnie zwrócić uwagę na kilka jego elementów. W szczególności na pytanie: „W tej reklamie pada stwierdzenie „Jeszcze trochę a będziemy wszyscy świecić”. Co Pana/Pani zdaniem oznacza to stwierdzenie?

- w dzisiejszych czasach ludzie spożywają dużo niezdrowego jedzenia – 67%
- woda Veroni Mineral Fit jest zdrowsza niż inne wody smakowe (o smaku owocowym) – 28%
- wody smakowe/wody o smaku owocowym są szkodliwe dla ludzi – 20%
- wody smakowe/wody o smaku owocowym zawierają składniki radioaktywne – 16%
- to zdanie w ogóle nie dotyczy jedzenia/produktów spożywczych – 14%”.

Prezes Urzędu zwraca uwagę, że konsumenci uczestniczący w przedmiotowym badaniu wskazali w 36 % (suma odpowiedzi w 3 i 4 tiret powyżej), że oceniana reklama, a w szczególności element świecenia pojawiający się w jej treści, wskazuje na szkodliwość substancji konserwujących stosowanych w żywności. W opinii Prezesa Urzędu mogłoby to stanowić potwierdzenie na to, że konsumenci jednoznacznie odebrali zabiegi socjotechniczne zawarte w przekazie reklamowym. W opinii Prezesa Urzędu celem Strony postępowania przy emisji ocenianej reklamy było nie tyle ukazanie zalet produktu Veroni Mineral Fit, ale wskazanie na szkodliwość aromatyzowanych napojów bezalkoholowych zawierających substancje konserwujące dozwolone do stosowania w żywności.

Jak wskazano powyżej, elementem szczególnie istotnym przy ocenie stanu faktycznego były nie tylko padające w treści reklamy stwierdzenia na temat szkodliwości produktów zawierających substancje konserwujące, ale również inne elementy perswazyjne służące podkreśleniu słów aktorki (tzw. „świecenie”). W trakcie niniejszego postępowania Strona postępowania stwierdziła, że pojawiające się w treści spotu reklamowego „świecenie” jest metaforą, przerysowaniem charakterystycznym dla przekazu reklamowego. Zdaniem Strony postępowania przeciętny konsument, odnoszący się do wypowiedzi reklamowej z dystansem, nie traktuje jej dosłownie.

W tym miejscu Prezes Urzędu pragnie zauważyć, że argument Strony postępowania co do tego, że oceniana reklama zawiera jedynie zgodną z prawdą informację, że woda Veroni Mineral Fit jest pierwszą wodą smakową, która nie zawiera konserwantów ocenić należy negatywnie. Prezes Urzędu zwraca bowiem uwagę, że przekaz reklamowy oceniany jako całość zawierał bardzo silnie oddziałujące na konsumenta elementy perswazyjne, które w opinii Prezesa Urzędu miały przekonać konsumenta, że tzw. „wody smakowe” zawierające konserwanty są szkodliwe dla zdrowia konsumentów.

Prezes Urzędu zgadza się z twierdzeniem Strony postępowania, że „świecenie” jest wyrazem możliwej do zastosowania w przekazie reklamowym metafory. W opinii Prezesa Urzędu niekwestionowanym faktem jest jednak to, że metafora zmierzała do wywołania błędnego wyobrażenia odbiorcy co do negatywnych właściwości produktów zawierających dozwolone zgodnie z prawem substancje konserwujące. Szczególną uwagę zwrócić należy jednak na sugestywność zastosowanego w przekazie reklamowym efektu „świecenia”. W opinii Prezesa Urzędu zastosowany zabieg marketingowy mógł zostać uznany przez

przeciętnego konsumenta nie jako metaforę tego, że spożywanie dozwolonych substancji nie jest dla zdrowia człowieka neutralne, ale że negatywne skutki spożywania takich substancji można porównać ze szkodliwym wpływem substancji radioaktywnych. W związku z tym, że substancje konserwujące wymienione w reklamie (benzoesan sodu i sorbinian potasu) są dozwolone do stosowania w produkcji żywności, taki zabieg marketingowy uznać należy za niedopuszczalny z uwagi na to, że wprowadza konsumentów w błąd co do właściwości produktów zawierających takie substancje. Podkreślenia wymaga, że nie sposób zgodzić się ze Stroną postępowania co do tego, że reklama zmierzała do uwypuklenia zalet reklamowanego produktu. W opinii Prezesa Urzędu reklama zmierzała do tego, aby zwrócić uwagę konsumentów na szkodliwość konserwantów występujących w składzie innych aromatyzowanych napojów bezalkoholowych a przez to, na zasadzie kontrastu, przekazać konsumentom informację co do tego, że Veroni Mineral Fit nie zawiera konserwantów. Element ten był szczególnie istotny z uwagi na fakt, że to na nim oparty był główny motyw spotu reklamowego. Przedmiotowy mechanizm reklamowy wydaje się możliwy do zastosowania w praktykach rynkowych. Niedopuszczalne jest jednak, aby treści zawarte w reklamie mogły wprowadzać konsumentów w błąd.

W tym miejscu warto również przytoczyć przykład powołany przez Stronę postępowania w trakcie niniejszego postępowania, w którym porównała ona produkty bez konserwantów do żywności ekologicznej (warzywa i owoce uprawiane bez użycia nawozów sztucznych). Strona postępowania wskazała, że gdyby przyjąć argumentację Prezesa Urzędu co do tego, że oceniana reklama stanowi czyn nieuczciwej konkurencji zdefiniowany w art. 16 ust. 1 pkt 2 i 3 uznk, prowadziłyby do wniosku, że nie można reklamować środków spożywczych uzyskanych bez stosowania substancji chemicznych (zarówno produkty bez konserwantów, jak i żywność ekologiczna), jako wyróżniającej wśród innych produktów zawierających takie substancje. Argument taki uznać należy za chybiony. Podkreślenia wymaga bowiem, że reklamowanie (oznakowanie) produktów produkowanych bez użycia sztucznych składników (zarówno konserwantów, jak i nawozów sztucznych) jest dozwolone, pod warunkiem, że reklama taka nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, w szczególności nie wprowadza konsumentów w błąd. Prezes Urzędu zwraca bowiem ponownie uwagę na fakt, że nie kwestionuje w szczególności hasła przewodniego kampanii reklamowej: „*Veroni Mineral Fit – Pierwsza woda z sokiem i bez konserwantów*”. Prezes Urzędu kwestionuje jednak sposób reklamowania Produktu, gdyż w jego opinii może wprowadzać konsumentów w błąd co do sugerowanych w treści tej reklamy właściwości dozwolonych substancji konserwujących.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu fakt, że za przeciętnego konsumenta uważa się konsumenta, który obok cech przeciętnej uważności i ostrożności jest przede wszystkim dostatecznie dobrze poinformowany przez przedsiębiorcę. Element właściwego poinformowania konsumenta na temat cech reklamowanego produktu uznać należy za najistotniejszy, gdyż to na podstawie informacji posiadanych od przedsiębiorcy następuje podjęcie przez konsumenta decyzji dotyczącej umowy.

Warto wskazać, że oddziaływanie na zdrowie jest, obok smaku i ceny, jednym z najistotniejszych czynników, jakimi kieruje się racjonalny konsument przy podejmowaniu decyzji o zakupie żywności. W związku z powyższym umieszczenie w treści reklamy odwołania do szkodliwości produktów innych niż reklamowany uznać należy za istotny czynnik, który mógł posłużyć konsumentowi przy podejmowaniu decyzji o zakupie produktu. Prezes Urzędu zwraca jednocześnie uwagę, że twierdzenie co do szkodliwości konserwantów w żywności zostało w treści reklamy podkreślone elementami graficznymi, w taki sposób,

aby dodatkowo uwypuklić negatywne zdaniem Strony postępowania cechy produktów innych niż reklamowany.

Z powoływanych powyżej wyników badań ankietowych przeprowadzonych w trakcie niniejszego postępowania na zlecenie Strony postępowania po zakończeniu emisji ocenianej reklamy wynika, że przedmiotowa reklama zniechęciła jedynie 5 % konsumentów do nabywania tzw. „wód smakowych” (pytanie 2 tiret 1 i 2). Prezes Urzędu zwraca jednak uwagę, że zgodnie z treścią art. 16 ust. 1 pkt 2 uznk, czyn nieuczciwej konkurencji stanowi reklama, która wprowadza klienta w błąd i może przez to wpłynąć na jego decyzję co do nabycia towaru lub usługi. W oparciu o literalną wykładnię tego przepisu reklama mogąca być uznana za wprowadzającą w błąd nie musi ostatecznie doprowadzić do zawarcia przez konsumenta umowy. *„Aby dany przekaz reklamowy przez swoją wprowadzającą w błąd treść mógł podlegać negatywnej ocenie z punktu widzenia art. 16 ust. 2 pkt 2 ustawy musi posiadać zdolność kierowania wyborem dokonywanym przez klienta (...). Nie jest przy tym konieczne rzeczywiste nabycie towaru lub usługi, omawiany przepis zakazuje bowiem prowadzenia reklamy wprowadzającej w błąd w przypadku kiedy może ona wpłynąć na decyzje klienta. Dokonując stosownych ocen, organ orzekający nie ma więc obowiązku ustalania faktycznych skutków rynkowych tej reklamy.”*¹⁵

W opinii Prezesa Urzędu nie można zgodzić się ze Stroną postępowania, która twierdziła, że oceniana reklama produktu Veroni Mineral Fit nie mogła mieć nawet potencjalnego wpływu na decyzję konsumenta dotyczącą zakupu. Nie ulega wątpliwości, że oceniana reklama mogła wpłynąć na decyzję konsumenta co do zakupu produktu poprzez wywołanie negatywnego wrażenia co do szkodliwości innych aromatyzowanych napojów bezalkoholowych ze względu na to, że zawierają substancje konserwujące dozwolone przepisami prawa. Reklama skonstruowana była w taki sposób, aby uwypuklić domniemane negatywne skutki używania konserwantów w żywności. W opinii Prezesa Urzędu takie wprowadzające w błąd działanie Strony postępowania może w konsekwencji odnosić wpływ nie tylko na zachowania rynkowe konsumentów w stosunku do innych producentów aromatyzowanych napojów bezalkoholowych, ale w stosunku do wszystkich producentów stosujących substancje konserwujące. W opinii Prezesa Urzędu zabiegi socjotechniczne zastosowane przez Stronę postępowania w ocenianej reklamie nie tylko mogły wpłynąć na decyzję dotyczącą zakupu reklamowanego produktu, ale również na to, że konsumenci nie podjęli pozytywnej decyzji na temat zakupu produktów zawierających konserwanty. Z treści reklamy wynika bowiem jednoznaczna sugestia co do tego, że spożywanie takich produktów będzie miało negatywny wpływ na ich zdrowie. Działanie to, poprzez dyskredytację innych produktów dostępnych na rynku, ograniczało świadomy wybór konsumenta.

Ponadto, w opinii Prezesa Urzędu, takie działanie Strony postępowania mogło nie tylko wpłynąć na decyzję konsumenta co do zakupu produktu, ale również godzić w interes publiczny. W trakcie niniejszego postępowania Strona postępowania stwierdziła, że żaden fragment spotu reklamowego nie sugeruje nawet, jakoby substancje te stosowane były przez producentów napojów niezgodnie z obowiązującym prawem. W opinii Prezesa Urzędu odbiór reklamy jako całości (wszystkie jej elementy łącznie) a przez to sposób przedstawienia przez Stronę postępowania substancji konserwujących dozwolonych przepisami prawa, może spowodować, że konsument utraci zaufanie do organów państwowych pozwalających na powszechne stosowanie substancji konserwujących w żywności.

W związku z powyższym uznać należy, że oceniana reklama produktu Veroni Mineral Fit była reklamą wprowadzającą w błąd co do szkodliwości substancji konserwujących zawartych w innych aromatyzowanych napojach bezalkoholowych.

¹⁵ E. Nowińska, M. du Vall, Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Warszawa 2001, s. 158

Ad B. naruszenie art. 16 ust. 1 pkt 3 uznk

Zgodnie z treścią art. 16 ust. 1 pkt 3 uznk czynem nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy jest w szczególności reklama odwołująca się do uczuć klientów poprzez wywołanie lęku, wykorzystywanie przesądów lub łatwowierności dzieci.

Wskazany przepis „*nie ustanawia generalnego zakazu odwoływania się w reklamie do uczuć konsumenta, ponieważ byłoby to w praktyce niewykonalne, ale do ich przesadnego wykorzystywania, do nadużywania stanów emocjonalnych konsumenta w rywalizacji na rynku i zakłócaniu harmonii tej rywalizacji wyznaczonej zobiektywizowanymi kryteriami uczciwości przedsiębiorców.*”¹⁶.

W toku niniejszego postępowania Strona postępowania stwierdziła, że oceniana reklama nie odwołuje się do uczuć klientów a zawiera jedynie zgodne z prawdą informacje dotyczące reklamowanego produktu. Powołując się na treść art. 16 ust. 2 uznk Strona postępowania stwierdziła, że podanie konsumentom zgodnej z prawdą informacji o składnikach tzw. „wód smakowych” nie może stanowić zarzutu wobec producenta Veroni Mineral Fit.

Prezes Urzędu nie uznał argumentacji Strony postępowania za trafną. Przede wszystkim nie sposób zgodzić się z przytoczonym powyżej twierdzeniem, że oceniana reklama miała na celu jedynie poinformowanie konsumentów o składzie reklamowanego produktu. Prezes Urzędu podkreśla, że w jego opinii oceniana reklama opierała się na wskazaniu negatywnych, zdaniem strony postępowania, cech produktów zawierających substancje konserwujące produkowanych przez konkurencyjnych przedsiębiorców. Przeświadczenie co do tego, że Veroni Mineral Fit jest lepsza niż inne dostępne na rynku tzw. „wody smakowe” zostało osiągnięte poprzez uwypuklenie domniemanych negatywnych skutków spożywania produktów zawierających konserwanty.

Jak zostało ustalone w toku niniejszego postępowania, stosowanie substancji konserwujących do produkcji żywności, w szczególności aromatyzowanych napojów bezalkoholowych jest dozwolone przepisami ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia oraz przepisami Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 18 września 2008 r. Dodatkowo, zgodnie z opiniami wyrażonymi w szczególności przez Głównego Inspektora Sanitarnego oraz Instytut Żywności i Żywienia, stosowanie konserwantów do produkcji żywności, nie powinno wywoływać negatywnych skutków dla zdrowia konsumenta. W związku z powyższym, twierdzenie na temat szkodliwości substancji konserwujących w reklamie produktu Veroni Mineral Fit ocenić należy jako wprowadzające w błąd.

Strona postępowania w toku niniejszego postępowania stwierdziła, że w ocenianej reklamie produktu Veroni Mineral Fit wykorzystane zostały jedynie dozwolone w reklamie elementy perswazyjne a celem wykorzystania tych elementów perswazyjnych było nakłonienie odbiorcy do nabycia reklamowanego produktu – tzw. wody smakowej bez konserwantów, która jest znacznie zdrowsza.

Prezes Urzędu zwraca jednak uwagę na sposób przedstawienia domniemanych negatywnych skutków spożywania substancji konserwujących, których metaforą jest pojawiające się w treści reklamy „świecenie” po spożyciu substancji konserwujących. W opinii Prezesa Urzędu wykorzystana przez Stronę postępowania metafora stanowiła silną sugestię co do szkodliwości konserwantów, „świecenie” może bowiem kojarzyć się w szczególności z substancjami radioaktywnymi. W trakcie niniejszego postępowania Strona

¹⁶ R. Skubisz, w: Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, pod red. J. Szwai, Warszawa 2006, s. 730.

postępowania stwierdziła, że nie sposób przyjąć, że przeciętny odbiorca reklamy przestraszy się, że po wypiciu innej wody zacznie „świecić”. Prezes Urzędu zwraca uwagę, że lęk przeciętnego konsumenta po obejrzeniu reklamy Veroni Mineral Fit nie musi być związany z dosłownym odczytaniem zastosowanej metafory. W opinii Prezesa Urzędu konstrukcja przekazu reklamowego jako całości oraz zastosowane w niej środki socjotechniczne mogły spowodować u przeciętnego konsumenta lęk, że substancje konserwujące powszechnie dodawane do żywności stanowią ogromne zagrożenie dla jego zdrowia i życia (szkodliwość konserwantów może być porównywana ze szkodliwością substancji radioaktywnych).

Prezes Urzędu zwraca ponownie uwagę na fakt, że nie ocenia negatywnie samego faktu wykorzystania w reklamie metafory. W opinii Prezesa Urzędu „przerysowanie” wykorzystane przez Stronę postępowania jest jednak niedopuszczalne z uwagi na wykorzystanie wprowadzającej w błąd sugestii co do szkodliwości konserwantów, które zostały dopuszczone do obrotu i są powszechnie wykorzystywane w produkcji żywności. Takie działanie może wywołać u konsumentów lęk w związku ze spożywaniem produktów zawierających substancje konserwujące. W doktrynie podkreśla się, że niedozwolone odwołanie się do uczuć klienta nie polega na każdym wywołaniu lęku, ale na doprowadzeniu do zakłócenia równowagi psychicznej adresatów reklamy poprzez przekroczenie zwyczajowo przyjętych standardów.¹⁷ Sugestia, że produkty zawierające dozwolone substancje konserwujące są na tyle niekorzystne, że ich szkodliwość może zostać porównana z działaniem substancji radioaktywnych, w opinii Prezesa Urzędu może wywołać nie tylko nieuzasadnione obawy, ale może być przejawem przekroczenia zwyczajowo przyjętych reguł przerysowania, tzn. metafory dozwolonej do zastosowania w przekazie reklamowym.

Podkreślić należy, że *„odwoływanie się do uczuć klienta stanowi w gruncie rzeczy presję psychiczną wywieraną przy podejmowaniu decyzji o zakupie towaru lub usługi. Skutkiem tej presji jest ograniczenie swobody podejmowania decyzji, co godzi w interesy odbiorców reklamy oraz innych przedsiębiorców i dlatego stanowi czyn nieuczciwej reklamy.”*¹⁸

W opinii Prezesa Urzędu wykorzystane w ocenianej reklamie mechanizmy mogły doprowadzić do zmniejszenia zaufania do spożywania żywności zawierającej konserwanty i skutkować zwiększeniem sprzedaży produktu Veroni Mineral Fit.

W toku niniejszego postępowania Strona postępowania stwierdziła, że oceniana reklama produktu Veroni Mineral Fit stanowi powszechną praktykę rynkową. Zdaniem Strony postępowania *„reklamy takich marek jak „Winiary”, „Fortuna” czy „Lukas Bank” (...) wykorzystują te same metody świadomego kształtowania zachowań społecznych (...). Zastosowane w spotach reklamowych zabiegi marketingowe uznać należy za tożsame pod względem socjotechnicznym z zastosowanym w spocie reklamowym Veroni Mineral Fit stwierdzeniem: „większość z Państwa nie kupuje wód smakowych, trudno się dziwić. Benzoesan sodu, sorbinian potasu to konserwanty”. Zabiegi te (czytelne nie tylko dla średnio uświadomionego konsumenta) nie wywołują lęku i pozostają legalne. (...) Powstaje zatem zasadnicze pytanie, dlaczego dokładnie taka sama praktyka stosowana w odniesieniu do konserwantów ma stanowić czyn nieuczciwej konkurencji?”*

Prezes Urzędu jedynie z ostrożności odnosi się do tak przedstawionego twierdzenia Strony postępowania oraz wskazuje, że niniejsze rozstrzygnięcie nie służy ocenie innych praktyk rynkowych oraz nie prowadzi do oceny reklamy produktu Veroni Mineral Fit na tle innych praktyk rynkowych. Niniejsze rozstrzygnięcie dotyczy bowiem wyłącznie oceny samej reklamy produktu Veroni Mineral Fit.

¹⁷ jw., s. 732.

¹⁸ jw., s. 731.

Biorąc pod uwagę przedstawioną argumentację stwierdzić należy, że przesłanka bezprawności w zakresie stosowania czynu nieuczciwej konkurencji zdefiniowanego w art. 16 ust. 1 pkt 3 została spełniona.

Ad. 3) godzenie w zbiorowe interesy konsumentów

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie podaje definicji „zbiorowego interesu konsumentów”, przepis art. 24 ust. 3 wskazuje jednak, że nie jest nim suma indywidualnych interesów konsumentów. Naruszenie zbiorowego interesu konsumentów oznacza zatem narażenie na uszczerbek interesów znacznej grupy lub wszystkich konsumentów, poprzez stosowaną przez przedsiębiorcę praktykę, obejmującą tak działania, jak i zaniechania. Ponadto, godzenie w zbiorowe interesy konsumentów może polegać zarówno na ich naruszeniu, jak i na zagrożeniu ich naruszenia. O tym, czy naruszony został interes zbiorowy, nie zawsze przesądza kryterium ilościowe. Niekiedy jeden ujawniony przypadek naruszenia prawa konsumenta może być przejawem stosowanej praktyki naruszającej interes zbiorowy. W jednym z orzeczeń Sąd Najwyższy stwierdził, iż *nie jest zasadne uznawanie, że postępowanie z tytułu naruszenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów można wszcząć tylko wtedy, gdy zagrożone są interesy wielu odbiorców, a nie jest to możliwe w sytuacji, gdy pokrzywdzonym jest tylko jeden konsument. Wydawane orzeczenie ma bowiem wymiar znacznie szerszy, pełni także funkcję prewencyjną, służy bowiem ochronie także nieograniczonej liczbie potencjalnych konsumentów* (wyrok SN z dnia 12 września 2003 r., I CKN 504/01).

Dla stwierdzenia naruszenia zbiorowych interesów konsumentów istotne jest ustalenie, że konkretne działanie przedsiębiorcy nie ma ściśle określonego adresata, lecz jest kierowane do nieoznaczonego z góry kręgu podmiotów. Ponadto, 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 konsumentów.

W niniejszej sprawie bez wątpienia mamy do czynienia z naruszeniem lub zagrożeniem naruszenia praw znacznej, potencjalnie nieograniczonej liczby konsumentów. Prezes Urzędu podejmując rozstrzygnięcie zawarte w niniejszej decyzji nie opierał się zatem na indywidualnych przypadkach przedstawianych przez konsumentów, a wziął pod uwagę działania Strony postępowania odnoszące się do zbiorowych interesów konsumentów. W omawianym przypadku naruszenie lub zagrożenie naruszenia praw znacznej, potencjalnie nieograniczonej grupy konsumentów przejawia się w prezentowaniu reklamy, której treść wprowadza konsumentów w błąd oraz może wywołać lęk, co zostało uznane za działanie bezprawne. Zbiorowy interes realizuje się natomiast poprzez fakt, iż potencjalnie wszyscy odbiorcy tej reklamy zostali dotknięci przedmiotowym działaniem. Reklama produktu Veroni Mineral Fit była bowiem emitowana w telewizji o zasięgu ogólnopolskim. Wprowadzające w błąd działanie odnosiło się zatem do zbiorowości tych konsumentów, dla których skutek w ww. postaci był wspólny.

Z przedstawionych powyżej rozważań znajdujących potwierdzenie zarówno w orzecznictwie, jak i literaturze przedmiotu wynika, że okoliczność faktycznego naruszenia dokonana w indywidualnych przypadkach nie ma czynnika decydującego dla oceny, czy dane działanie godzi w zbiorowy interes konsumentów. Działanie podejmowane w ramach niniejszego postępowania w ramach realizacji interesu publicznego nie dotyczy sytuacji

pojedynczych konsumentów, lecz zaburzeń na rynku, w rozumieniu negatywnych zjawisk charakteryzujących jego funkcjonowanie (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie, sygn. VI ACa 196/06). Podejmowane przez Prezesa Urzędu działania mają przeciwdziałać tak rozumianym dysfunkcjom rynkowym także poprzez kształtowanie właściwych postaw rynkowych, wyznaczając wymagane i oczekiwane standardy zachowań uczestników rynku. Bezprawna praktyka, której dopuściła się Strona postępowania godzi w interesy konsumentów pojmowane w sposób abstrakcyjny.

Interes konsumentów należy rozumieć jako interes prawny a nie faktyczny, zatem 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.¹⁹ Naruszenie zbiorowego interesu konsumentów powiązane jest z naruszaniem interesów gospodarczych konsumentów. Pod tym pojęciem należy rozumieć zarówno naruszenie interesów *stricto* ekonomicznych (o wymiarze majątkowym), jak również prawo konsumentów do uczestniczenia w przejrzystych i niezakłóconych przez przedsiębiorcę warunkach rynkowych, zapewniających konsumentom dokonywanie transakcji handlowych z przedsiębiorcami przy całkowitym zrozumieniu rzeczywistego sensu ekonomicznego i prawnego warunków dokonywanych czynności na etapie przedkontraktowym oraz w czasie wykonywania umowy, czego urzeczywistnieniem jest m.in. abstrakcyjnie pojmowane prawo do rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji w komunikacji pomiędzy przedsiębiorcą a konsumentem. W tym też aspekcie w niniejszej sprawie nastąpiło naruszenie interesu gospodarczego konsumentów poprzez skierowanie do konsumentów wprowadzającego w błąd przekazu reklamowego, który z uwagi na swoją konstrukcję (uwypuklenie domniemyanych negatywnych skutków spożywania substancji konserwujących) mógł wywołać wśród konsumentów lęk przed spożyciem produktów zawierających konserwanty. Wskazując na interes, w jaki godziło bezprawne działanie Strony postępowania, zdaniem Prezesa Urzędu, oprócz interesu ekonomicznego zasadnym jest w niniejszej sprawie uwzględnienie interesu pozaekonomicznego rozumianego jako nierzetelność traktowania lub wprowadzenie w błąd.²⁰ Wobec tego zasadnym jest uznanie, że działanie Strony postępowania narusza tak rozumiane zbiorowe interesy konsumentów poprzez zawarcie w przekazie reklamowym wprowadzającej w błąd sugestii co do szkodliwości substancji konserwujących dozwolonych do stosowania w produkcji żywności, co może w efekcie wywołać wśród konsumentów lęk przed spożyciem produktów zawierających konserwanty. Godzi to w podstawowe prawo konsumentów, jakim jest rzetelna i prawdziwa informacja, której konsument ma prawo oczekiwać także od przekazu reklamowego.

Powyższe fakty decydują o tym, iż trzecia przesłanka do uznania działania Strony postępowania jako praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów została spełniona.

Wobec łącznego spełnienia wszystkich przesłanek koniecznych do stwierdzenia praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów określonej w art. 24 uokik, Prezes Urzędu orzekł jak w pkt I sentencji.

Stwierdzenie zaniechania stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów

¹⁹ M. Szydło, *Publicznoprawna ochrona zbiorowych interesów konsumentów*, Monitor Prawniczy 2004/17/791

²⁰ E. Łętowska, *Prawo Umów Konsumenckich*, wyd. 2, Warszawa 2002 r., str. 341

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 zaniechania jej stosowania.

Strona postępowania zaniechała stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów. Ten fakt, potwierdzony w materiale dowodowym, związany był z zakończeniem emisji ocenianej reklamy. Zgodnie z oświadczeniem złożonym przez pełnomocnika Strony postępowania, emisja ocenianej reklamy produktu Veroni Mineral Fit odbywała się w następujących terminach:

- wersja piętnastosekundowa – w terminie od dnia 28 maja 2007 r. do 16 czerwca 2007 r. oraz w terminie od dnia 1 sierpnia 2007 r. do dnia 23 września 2007 r.

- wersja trzydziestosekundowa – w terminie od dnia 14 maja 2007 r. do dnia 17 czerwca 2007 r. oraz w terminie od dnia 1 sierpnia 2007 r. do dnia 30 września 2007 r.

W związku z tym, Prezes Urzędu za uzasadnione uznał przyjęcie daty zaprzestania emisji ocenianej reklamy jako datę zaniechania stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów. W związku z powyższym uznać należy, że Strona postępowania zaniechała stosowania praktyk naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, o których mowa w pkt I niniejszej decyzji w dniu 30 września 2007 r.

W związku z wykazaniem wszystkich przesłanek niezbędnych do uznania działania Strony postępowania za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, orzeka się jak w pkt I sentencji niniejszej decyzji.

Rozstrzygnięcie w pkt II niniejszej decyzji

Zgodnie z treścią 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 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 między 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 uokik, 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, że 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 funkcję 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 uokik, ustala się funkcję prewencyjną lub represyjną za wiodącą.

Prezes Urzędu nie ma wątpliwości, że w niniejszej sprawie zaistniały przesłanki do nałożenia na Stronę postępowania kary pieniężnej przewidzianej w art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Strona postępowania dopuściła się stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów w jednym z obszarów prawnych zasługujących na szczególną ochronę. Podkreślić bowiem należy, że brak właściwego informowania konsumentów co do właściwości reklamowanego produktu (w tym przypadku bardziej w zakresie prawidłowego przedstawienia właściwości produktów oferowanych przez konkurentów) może doprowadzić do wypaczenia poglądów konsumentów. W niniejszej sprawie działania Strony postępowania mogły doprowadzić do nieuzasadnionego lęku przed spożywaniem produktów zawierających substancje konserwujące.

Warto wskazać, że w opinii Prezesa Urzędu działanie Strony postępowania było zamierzone. Kampania reklamowa produktu Veroni Mineral Fit przebiegająca pod hasłem: „*Veroni Mineral Fit – Pierwsza woda z sokiem i bez konserwantów*” opierała się na wskazaniu konsumentom nie tyle zalet reklamowanego produktu, ale na zwróceniu uwagi na domniemaną szkodliwość produktów oferowanych przez konkurentów. Celem Strony postępowania było więc podwyższenie sprzedaży produktu kosztem wprowadzenia wśród konsumentów dezorientacji co do właściwości substancji konserwujących. Celowe zastosowanie takich metod marketingowych i socjotechnicznych zasługuje na negatywną ocenę ze strony Prezesa Urzędu. W opinii Prezesa Urzędu kara pieniężna nałożona na Stronę postępowania spełni zarówno funkcję prewencyjną (w stosunku do podobnych przypadków możliwych do popełnienia zarówno przez Stronę postępowania jak i przez innych przedsiębiorców w przyszłości), jak również represyjną w stosunku do Strony postępowania.

W kwestii wysokości kary pieniężnej Prezes Urzędu zważył co następuje.

W punkcie I.1. i I.2. sentencji niniejszej decyzji Prezes Urzędu stwierdził stosowanie przez Stronę postępowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, o jakich mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 uokik, co daje podstawy do nałożenia na nią kary pieniężnej określonej w art. 106 ust. 1 pkt 4 uokik. Ponieważ w 2008 roku Strona postępowania uzyskała przychód w wysokości 178 412 174,67 PLN maksymalna kara pieniężna, jaka może zostać nałożona na przedsiębiorcę w oparciu o ww. przepis wynosi 17 841 217,46 PLN.

Ustalając wymiar kary pieniężnej Prezes Urzędu w pierwszej kolejności dokonał oceny wagi stwierdzonych naruszeń. W powyższym kontekście wzięto pod uwagę, iż stosowane przez Stronę postępowania naruszenia zbiorowych interesów konsumentów miały miejsce na etapie przedkontraktowym i polegały na stosowaniu czynów nieuczciwej konkurencji zdefiniowanych w art. 16 ust. 1 pkt 2 i 3 uznk poprzez zastosowanie metod socjotechnicznych, które w efekcie mogły spowodować wywołanie wśród konsumentów lęku przed spożywaniem produktów zawierających dozwolone substancje konserwujące. W ocenie wagi naruszenia Prezes Urzędu, obok zastosowanych przez Stronę postępowania instrumentów, wziął pod uwagę długotrwałość stosowania praktyki oraz jej intensywność (reklama emitowana była w ogólnopolskich stacjach telewizyjnych łącznie przez: 91 dni – reklama 30” oraz 72 dni – reklama 15”).

Biorąc pod uwagę powyższe Prezes Urzędu ocenił, że wskazane powyżej elementy uzasadniają ustalenie wyjściowego poziomu kary pieniężnej na poziomie 0,15 % przychodu uzyskanego przez Stronę postępowania w 2008 r.

Określając wysokość kary pieniężnej Prezes Urzędu zmuszony był wziąć pod uwagę następujące okoliczności łagodzące i obciążające Stronę postępowania:

- zaniechanie przez Stronę postępowania stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów niezwłocznie po wszczęciu niniejszego postępowania – zmniejszenie o 30 %

- zasięg ogólnopolski praktyki (reklama emitowana była w ogólnopolskich stacjach telewizyjnych) – zwiększenie o 20 %.

Biorąc pod uwagę łącznie wskazane okoliczności łagodzące i obciążające Prezes Urzędu zdecydował o obniżeniu wyjściowego poziomu kary pieniężnej o 10 %, tj. do poziomu 0,135 % przychodu uzyskanego przez Stronę postępowania w 2008 r.

Biorąc pod uwagę powyższe Prezes Urzędu ustalił wysokość kary pieniężnej na kwotę 240 856 PLN (słownie: dwieście czterdzieści tysięcy osiemset pięćdziesiąt sześć złotych). W ocenie Prezesa Urzędu wymierzona kara w wysokości około 0,135 % przychodu uzyskanego przez Stronę postępowania w 2008 r. i około 1,349 % maksymalnego wymiaru kary przewidzianego w art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest adekwatna do stopnia naruszenia przepisów ww. ustawy i współmierna do możliwości finansowych Strony postępowania. Prezes Urzędu uznał, że orzeczona kara powinna pełnić funkcję dyscyplinującą i prewencyjną tak, aby zapobiec w przyszłości stosowaniu podobnych naruszeń. Niniejsza kara powinna pełnić również funkcję edukacyjną i wychowawczą, a także podkreślać naganność zakwestionowanych w niniejszym postępowaniu zachowań przedsiębiorcy.

Wobec powyższego orzeczono, jak w pkt II sentencji niniejszej decyzji.

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

Wobec powyższego orzeka się jak w sentencji.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2007 r., Nr 50, poz. 331 ze zm) w związku z art. 479²⁸ § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.), od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwóch tygodni od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Otrzymuje:

Pan Marcin Wojcieszak
Kancelaria Adwokacka
dr. Marcin Wojcieszak i Wsp. Sp. K.
ul. Żydowska 27/7
61-761 Poznań
pełnomocnik
Zbyszko Company Sp. z o.o.
z siedzibą w Radomiu