



PREZES
URZĘDU OCHRONY KONKURENCJI
I KONSUMENTÓW
DELEGATURA W BYDGOSZCZY

ul. Długa 47,85-034 Bydgoszcz
Tel. 52 345-56-44, Fax 52 345-56-17,
E-mail: bydgoszcz@uokik.gov.pl

Bydgoszcz, dnia 9 grudnia 2011 r.

Znak sprawy: RBG-61-13/11/JM

DECYZJA nr RBG- 24/2011

- I.** Na podstawie art. 27 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy – po przeprowadzeniu postępowania w sprawie stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, wszczętego z urzędu przeciwko **Krzysztofowi Żelskiemu**, prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą KALPIX w Ząbkach

– działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów –

uznaje się za praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów zachowania Krzysztofa Żelskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą KALPIX w Ząbkach polegające na:

1. wprowadzaniu konsumentów w błąd poprzez oferowanie konsumentom rzekomo darmowej usługi przy użyciu haseł: „Test ciężowy ONLINE – zrób teraz **ZA DARMO**” „WYPEŁNIJ TEST ZA DARMO!”, podczas gdy konsument musi ponieść koszty wysłania SMS-a (oprócz sieci Plus), co wiąże się automatycznie z zapisaniem go na serwis, z którego będzie otrzymywał codziennie płatne SMS-y (1,23 zł), a rezygnacja z tej usługi ponownie wiąże się z kosztem wysłania zwykłego SMS-a (oprócz sieci Plus), co stanowi nieuczciwą praktykę rynkową, o której mowa w art. 7 pkt 20 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 roku *o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym* (Dz. U. Nr 171, poz.1206) i tym samym naruszenie art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*;
2. zaniechaniu wprowadzającym konsumentów w błąd w ofercie testu ciężowego online polegającym na nieujawnieniu handlowego celu praktyki, tj. zatajenie, że wysłanie SMS-a skutkuje zamówieniem usługi CIAZA a otrzymanie każdego SMS-a kosztuje 1,23 zł z VAT, zaś rezygnacja z usługi wymaga wysłania przez konsumenta kolejnego SMS-a (koszt jak u operatora, oprócz sieci Plus), co mogło powodować podjęcie przez konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął, a co za tym idzie stanowi nieuczciwą praktykę rynkową, o której mowa w art. 6 ust.1 i ust.3 pkt 1 i 2 i ust.4 pkt 3 w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 roku *o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym* (Dz. U. Nr 171, poz.1206) i tym samym naruszenie art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*;

3. naruszeniu obowiązku informacyjnego na skutek:

- a. zaniechania wskazania na stronie internetowej <http://zrob-test.pl> i w regulaminie serwisu informacji o adresie zamieszkania przedsiębiorcy oraz numerze identyfikacji podatkowej przedsiębiorcy – wbrew dyspozycji art. 9 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 2 marca 2000r. *o ochronie niektórych praw konsumentów oraz odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny* (Dz. U. Nr 22, poz. 271, z późn. zm.) oraz art. 21 pkt. 2 i 3 ustawy z dnia 2 lipca 2004r. *o swobodzie działalności gospodarczej* (tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r., Nr 220, poz. 1447, z późn. zm.), co stanowi naruszenie art. 24 ust.1 i 2 pkt 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*;
- b. umieszczenia linku do regulaminu serwisu w sposób utrudniający konsumentowi jego odnalezienie na stronie, a w konsekwencji utrudniający zapoznanie się z tymże regulaminem przed rozwiązaniem testu (tj. na samym dole strony, małą, ledwo widoczną szarą czcionką na szarym tle) – co stanowi nieuczciwą praktykę rynkową zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 roku *o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym* (Dz. U. Nr 171, poz.1206) i tym samym naruszenie art. 24 ust. 1 i 2 pkt 2 i 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*

i stwierdza się zaniechanie stosowania praktyk, o których mowa w pkt. 1, 2 i 3 lit. b. z dniem 15 września 2011 r. oraz zaniechanie praktyki, o której mowa w pkt. 3 lit. a. z dniem 14 września 2011 r.

II. Na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy – po przeprowadzeniu postępowania w sprawie stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, wszczętego z urzędu przeciwko **Krzysztofowi Żelskiemu**, prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą KALPIX w Ząbkach

– działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów –

uznaje się za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów zachowanie Krzysztofa Żelskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą KALPIX w Ząbkach, polegające na **zaniechaniu wskazania na stronie internetowej <http://zrob-test.pl> i w regulaminie serwisu informacji o imieniu i nazwisku, organie, który zarejestrował działalność gospodarczą przedsiębiorcy i numerze, pod którym przedsiębiorca został zarejestrowany** - wbrew dyspozycji art. 9 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 2 marca 2000r. *o ochronie niektórych praw konsumentów oraz odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny* (Dz. U. Nr 22, poz. 271, z późn. zm.) oraz art. 21 pkt. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004r. *o swobodzie działalności gospodarczej* (tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r., Nr 220, poz. 1447, z późn. zm.), co stanowi naruszenie art. 24 ust.1 i 2 pkt 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* **i nakazuje się zaniechanie jej stosowania.**

III. 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 z późn. zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy w związku ze stwierdzeniem stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, określonych w pkt I i II niniejszej decyzji

– działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów –

nakłada się na Krzysztofa Żelskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą KALPIX w Ząbkach, kary pieniężne w wysokości:

1. **1146 zł (słownie: jeden tysiąc sto czterdzieści sześć złotych)** z tytułu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów **w zakresie opisanym w punktach I. 1 i I. 2 sentencji decyzji,**
2. **287 zł (słownie: dwieście osiemdziesiąt siedem złotych)** z tytułu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów **w zakresie opisanym w punkcie I.3 lit. a sentencji decyzji,**
3. **287 zł (słownie: dwieście osiemdziesiąt siedem złotych)** z tytułu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów **w zakresie opisanym w punkcie I.3 lit. b sentencji decyzji,**
4. **382 zł (słownie: trzysta osiemdziesiąt dwa złote)** z tytułu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów **w zakresie opisanym w punkcie II sentencji decyzji,**

płatne do budżetu państwa.

UZASADNIENIE

Dnia 28 lutego 2011 r. do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK lub organ ochrony konkurencji i konsumentów) wpłynęło zawiadomienie konsumenta, przekazane za pośrednictwem Miejskiego Rzecznika Konsumentów w Toruniu, dotyczące podejrzenia naruszenia zbiorowych interesów konsumentów przez prowadzącego stronę internetową <http://zrob-test.pl> poprzez błędne informowanie o cenie oferowanych usług. Do zawiadomienia – przesłanego drogą elektroniczną – załączono 4 kolorowe zrzuty ekranu obrazujące ww. stronę i jej podstrony, na których udostępniony był test ciążowy, reklamowany hasłami: „*Test ciążowy On-line za DARMO!*” i „*Test ciążowy ONLINE – zrób teraz ZA DARMO!*”.

W związku z powyższym Prezes UOKiK wszczął z urzędu postępowanie wyjaśniające, mające na celu wstępne ustalenie, czy prowadzący „*Test ciążowy On-line za DARMO!*” (dalej również: **test**, „**Test ciążowy**”) na stronie internetowej <http://zrob-test.pl> naruszył przepisy ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.; dalej również: **uokik**) uzasadniające wszczęcie postępowania w sprawie zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

W toku postępowania wyjaśniającego ustalono, iż abonentem wyżej wskazanej domeny jest Krzysztof Żelski, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą KALPIX w Ząbkach (dalej również: **przedsiębiorca lub Strona**). Prezes UOKiK zbadał ww. stronę internetową w celu weryfikacji zarzutów przedstawionych w zawiadomieniu. W wyniku kontroli, organ ochrony konkurencji i konsumentów potwierdził, że przedsiębiorca prowadzi serwis internetowy „*Ciąża i Dziecko – wszystko o twoim dziecku*”, w ramach którego dostępna jest m.in. zabawa „*Test ciążowy*”, która polega na odpowiedzi na 26 pytań i uzyskaniu rezultatu w postaci informacji, czy kobieta, której dotyczyły odpowiedzi, jest w ciąży. W czasie kontroli, na stronie głównej (przed rozpoczęciem testu), jak i na kolejnych podstronach serwisu (podczas rozwiązywania testu i po jego zakończeniu) widniały wyraźne, dobrze widoczne komunikaty w treści cytowanej w zawiadomieniu („*Test ciążowy On-line za DARMO!*” i „*Test ciążowy ONLINE – zrób teraz ZA DARMO!*”), jak również hasło „*Wypełnij test za darmo*” na przycisku rozpoczynającym test. W celu pobrania na komputer wyniku testu, użytkownik Internetu musiał wysłać SMS o treści „*START CIAZA*” pod numer 60128. Razem z tym komunikatem pojawiała się też m.in. informacja o treści: „*Koszt sms to 0,00 zł (Plus) lub jak za zwykłego sms (Orange, ERA, PLAY).*”, przy czym powyżej wciąż widniał bardziej widoczny, duży napis: „*Test ciążowy ONLINE – zrób teraz ZA DARMO!*”. W stopce strony (po przewinięciu strony do dołu), małą, szarą czcionką na szarym tle, zamieszczono informację o dodatkowej usłudze – płatnym serwisie porad SMS-owych dotyczących ciąży (CIAZA), który uruchamia się przy wysłaniu SMS-a w celu poznania wyniku testu. W tym samym miejscu znajdował się odnośnik do regulaminu, który to informował m.in. o odpłatnej usłudze CIAZA i sposobie rezygnacji z niej, jak również

o zasadach poznania wyników „Testu ciążowego”. Link do regulaminu serwisu, choć mało widoczny, przez cały czas był w stopce strony, natomiast informacja o usłudze CIAZA pojawiała się równocześnie z komunikatem o konieczności wysłania SMS-a pod numer 60128, z tym że – jak wskazano – u dołu strony.

W dalszym toku postępowania wyjaśniającego, przedsiębiorca – na wezwanie Prezesa UOKiK – wskazał sposób i koszt uzyskania przez konsumenta wyniku testu, potwierdzając tym samym, że konsument musi wysłać SMS o treści „START CIAZA” pod określony wyżej numer i uzyskany we wiadomości zwrotnej kod wpisać na stronie internetowej. Jeśli chodzi o koszt, to konsument zapłaci jak za zwykłą wiadomość (maks. 0,25 zł) za SMS, po którym otrzyma kod (oprócz sieci Plus – tam bezpłatnie). Wysłanie wiadomości w treści i pod numer określone wyżej powoduje automatycznie uruchomienie usługi Premium SMS MT o nazwie CIAZA, która polega na otrzymywaniu raz dziennie SMS-owej porady dotyczącej ciąży, przy czym koszt odebrania jednej wiadomości wynosi 1,23 zł. Wypisanie się z tego serwisu pociąga za sobą taki sam koszt, jak pierwsza z opisanych wiadomości (jak za zwykły SMS - poza siecią Plus, gdzie jest bezpłatna). Krzysztof Żelski zaznaczył, że jeśli chodzi o SMS-y wysyłane przez konsumenta pod numer 60128, to opłata za nie jest wnoszona wyłącznie na rzecz operatora GSM, a on sam nie ma na nią wpływu, ani nie czerpie z niej korzyści finansowych.

Prezes UOKiK uznał, że działalność prowadzona przez Krzysztofa Żelskiego przy użyciu strony internetowej <http://zrob-test.pl> może odbywać się z naruszeniem przepisów prawa, co uzasadnia wszczęcie postępowania w sprawie zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Mając na względzie ustalenia poczynione w postępowaniu wyjaśniającym, postanowieniem Nr RBG-138/2011 z dnia 22 sierpnia 2011 r., Prezes UOKiK wszczął z urzędu postępowanie w sprawie podejrzenia stosowania przez **Krzysztofa Żelskiego**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **KALPIX w Ząbkach**, praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, polegających na:

1. wprowadzaniu konsumentów w błąd poprzez oferowanie konsumentom rzekomo darmowej usługi przy użyciu haseł: „Test ciążowy ONLINE – zrób teraz **ZA DARMO**” „WYPEŁNIJ TEST ZA DARMO!”, podczas gdy konsument musi ponieść koszty wysłania SMS-a (oprócz sieci Plus), co wiąże się automatycznie z zapisaniem go na serwis, z którego będzie otrzymywał codziennie płatne SMS-y (1,23 zł), a rezygnacja z tej usługi ponownie wiąże się z kosztem wysłania zwykłego SMS-a (oprócz sieci Plus), co stanowi nieuczciwą praktykę rynkową, o której mowa w art. 7 pkt 20 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 roku *o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym* (Dz. U. Nr 171, poz.1206) i tym samym naruszenie art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*;
2. zaniechaniu wprowadzającym konsumentów w błąd w ofercie testu ciążowego online polegającym na nieujawnieniu handlowego celu praktyki, tj. zatajenie, że wysłanie SMS-a skutkuje zamówieniem usługi CIAZA a otrzymanie każdego SMS-a kosztuje 1,23 zł z VAT, zaś rezygnacja z usługi wymaga wysłania przez konsumenta kolejnego SMS-a (koszt jak u operatora, oprócz sieci Plus), co mogło powodować podjęcie przez konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął, a co za tym idzie stanowi nieuczciwą praktykę rynkową, o której mowa w art. 6 ust.1 i ust.3 pkt 1 i 2 i ust.4 pkt 3 w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 roku *o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym* (Dz. U. Nr 171, poz.1206) i tym samym naruszenie art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*;
3. naruszeniu obowiązku informacyjnego na skutek:
 - a. zaniechania wskazania na stronie internetowej: <http://zrob-test.pl> i w regulaminie serwisu informacji o imieniu i nazwisku (nazwie), adresie zamieszkania (siedzibie) przedsiębiorcy, organie, który zarejestrował działalność gospodarczą przedsiębiorcy i numerze, pod którym przedsiębiorca został zarejestrowany, a także numerze identyfikacji podatkowej przedsiębiorcy – wbrew dyspozycji art. 9 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 2 marca 2000r. *o ochronie niektórych praw konsumentów oraz odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny* (Dz. U. Nr

22, poz. 271, z późn. zm.) oraz art. 21 ustawy z dnia 2 lipca 2004r. *o swobodzie działalności gospodarczej* (tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r., Nr 220, poz. 1447, z późn. zm.), co stanowi naruszenie art. 24 ust.1 i 2 pkt 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów;

- b. umieszczenia linku do regulaminu serwisu w sposób utrudniający konsumentowi jego odnalezienie na stronie, a w konsekwencji utrudniający zapoznanie się z tymże regulaminem przed rozwiązaniem testu (tj. na samym dole strony, małą, ledwo widoczną szarą czcionką na szarym tle) – co stanowi nieuczciwą praktykę rynkową zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 roku *o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym* (Dz. U. Nr 171, poz.1206) i tym samym naruszenie art. 24 ust. 1 i 2 pkt 2 i 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Jednocześnie, organ ochrony konkurencji i konsumentów zaliczył w poczet dowodów część informacji zebranych w postępowaniu wyjaśniającym (postanowienie z dnia 22 sierpnia 2011 r. Nr RBG-138/2011)

W toku niniejszego postępowania Prezes UOKiK wezwał skarżonego przedsiębiorcę do ustosunkowania się do przedstawionych zarzutów. W odpowiedzi z dnia 14 września 2011 r. (data wpływu: 16 września 2011 r.) Krzysztof Żelski, stwierdził, że wypełnienie „Testu ciężowego” i korzystanie z pozostałych – rozrywkowych i edukacyjnych - treści na stronie <http://zrob-test.pl/> jest darmowe, natomiast poznanie wyniku testu jest bezpłatne dla abonentów sieci komórkowej Plus. Użytkownik może skorzystać z darmowego sprawdzenia wyniku testu, jeżeli posiada kartę SIM w sieci Polkomtel S.A. (Plus). Dla abonentów pozostałych sieci (Orange, Play, Era) poznanie wyniku testu wiąże się z kosztem wysłania zwykłego SMS-a w cenie zgodnej z taryfą danego operatora. Skarżony przedsiębiorca wskazał, iż po wypełnieniu testu wyświetla się informacja w kolorze ciemnoczerwonym o tym, że „Koszt sms to 0,00 zł (Plus) lub jak za zwykłego sms (Orange, ERA, PLAY)”. Aby natomiast sprawdzić wynik testu, należy wpisać specjalny kod, który użytkownik otrzymuje na swój telefon po świadomej, według przedsiębiorcy, aktywacji usługi CIAZA. Krzysztof Żelski wyjaśnił, że pełne informacje na temat sposobu rezygnacji, kosztów oraz częstotliwości otrzymywania serwisu CIAZA wysyłane są do każdego użytkownika nieodpłatnie bezpośrednio przez operatora GSM niezwłocznie po aktywacji usługi, lecz przed jej dostarczeniem, co pozwala na zablokowanie usługi przed poniesieniem jakichkolwiek kosztów. Dodatkowo, Krzysztof Żelski wskazał, iż szczegółowe informacje dotyczące ewentualnych kosztów związanych z korzystaniem z usługi zostały opisane w ust. 6-7 regulaminu.

Jeśli chodzi o samą usługę CIAZA, przedsiębiorca wyjaśnił, że działa ona na zasadzie subskrypcji, w której zapisany użytkownik raz dziennie otrzymuje na telefon komórkowy SMS z poradą, której koszt odebrania wynosi 1,23 zł. Zdaniem skarżonego, usługa jest włączana i wyłączana przez użytkowników w sposób świadomy. Można dokonać aktywacji usługi, wysyłając ze swojego telefonu komendę START CIAZA pod numer 60128, natomiast od dnia 6 września 2011 r. serwis może być dodatkowo aktywowany poprzez wysłanie zamówienia ze strony internetowej, a następnie świadome zatwierdzenie aktywacji serwisu. Konsument po przystąpieniu do subskrypcji od razu – przed otrzymaniem pierwszej porady - otrzymuje na telefon komórkowy informację o tym, że otrzyma jeden SMS dziennie, o jego koszcie (1,23 zł) oraz o sposobie odstąpienia („(...) *wyslij SMS o treści STOP CIAZA na numer 60128*”). Informacje te zamieszczono również w regulaminie (ust.8).

Odnosnie zarzutów związanych z naruszeniem obowiązku informacyjnego (pkt. 3 niniejszej decyzji), Krzysztof Żelski wyjaśnił, że na stronie <http://zrob-test.pl/> udostępniony był adres mailowy do kontaktu w sprawie reklamacji, które przedsiębiorca rozpatruje w przeciągu 24 godzin. Oświadczył również, że pozostałe wymagane prawem informacje (wskazane w pkt. 3 lit. a. niniejszej decyzji) zostały uzupełnione.

Jednocześnie skarżony nie zgodził się z zarzutem umieszczenia odnośnika do regulaminu serwisu w sposób utrudniający konsumentowi odnalezienie go na stronie internetowej i zapoznanie się z nim przed wypełnieniem testu, tłumacząc, że odpowiedni link znajduje się w stopce strony głównej i każdej podstrony serwisu internetowego <http://zrob-test.pl/>. Zdaniem Krzysztofa Żelskiego, stopka odróżnia się kolorystyką od tła serwisu i jest widoczna, a wszelkie informacje tam zawarte są wyraźne

i czytelne, również ze względu na znacznie ciemniejszy kolor czcionki tekstu w porównaniu z tłem. Przedsiębiorca stwierdził również, że nie jest twórcą schematu graficznego i kolorystycznego strony (z ang. template), lecz dostosował wzorec zakupiony na stronie: <http://www.templatemonster.com/demo/26240.html>. Według skarżonego, kolorystyka i design strony są odgórnie narzucone poprzez dany schemat, który został tylko uzupełniony o treści dostępne na <http://zrob-test.pl/>.

Pismem z dnia 15 września 2011 r. (data wpływu: 16 września 2011 r.) Krzysztof Żelski wyjaśnił dodatkowo, że wprowadził wszelkie zmiany wymagane dla zaniechania naruszeń określonych w postanowieniu nr RBG – 138/2011, tj. usunął sformułowania sugerujące bezpłatność usługi CIAZA, uwidocznił informację szczegółową o koszcie usługi CIAZA i częstotliwości otrzymywania porad, wyeksponował dane kontaktowe do reklamacji i link do regulaminu oraz inne informacje zawarte w stopce, dodał link do regulaminu bezpośrednio przy miejscu publikacji informacji na temat subskrypcji porad w usłudze CIAZA. Przedsiębiorca oświadczył, że uchybienia bądź niedopatrzienia z jego strony nie były zamierzone a wynikały z przekonania, że serwis spełnia wszelkie wymagane standardy przy świadczeniu tego rodzaju usług.

Prezes UOKiK pismem z dnia 19 października 2011 r. wezwał Stronę do przedłożenia zeznania o wysokości osiągniętego w 2010 r. przychodu z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej oraz do wskazania daty, w której został uruchomiony „Test ciężowy ONLINE” na stronie internetowej <http://zrob-test.pl/>,

Krzysztof Żelski, w odpowiedzi na powyższe wezwanie, dnia 28 października 2011 r. (data wpływu: 2 listopada 2011 r.) przedłożył odpis „Zeznania o wysokości osiągniętego dochodu (poniesionej straty) w roku podatkowym 2010” (PIT-36L) oraz „Informację o wysokości dochodu (straty) z pozarolniczej działalności gospodarczej w roku podatkowym 2010” (PIT/B), a także podał datę uruchomienia usługi „Test ciężowy ONLINE” na prowadzonej stronie internetowej.

Prezes UOKiK zawiadomił Stronę o zakończeniu zbierania materiału dowodowego oraz o możliwości zapoznania się z aktami sprawy (pismo z dnia 16 listopada 2011r.). Z powyższego uprawnienia Strona nie skorzystała.

Prezes UOKiK ustalił następujący stan faktyczny:

Prezes UOKiK ustalił za pośrednictwem Naukowej i Akademickiej Sieci Komputerowej w Warszawie, iż abonentem nazwy domeny internetowej „zrob-test.pl” jest Krzysztof Żelski (dowód: k.18), który posiada status przedsiębiorcy, albowiem dnia 30 października 2006 r. został wpisany do ewidencji działalności gospodarczej prowadzonej przez Burmistrza Miasta Ząbki pod nazwą Żelski Krzysztof KALPIX w Ząbkach pod numerem 7836. Przedmiotem działalności wyżej wymienionego jest: działalność w zakresie oprogramowania (pozostała), przetwarzanie danych, działalność związana z bazami danych, działalność usługowa związana z przygotowaniem druku, reklama oraz artystyczna i literacka działalność twórcza, gdzie indziej niesklasyfikowana (dowód: k. 22, k.23).

Krzysztof Żelski, w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, od dnia **30 sierpnia 2010 r.** oferuje na stronie internetowej <http://zrob-test.pl/> usługi: „Test ciężowy ON LINE” oraz serwis Premium SMS MT o nazwie „CIAZA”. W pierwszym przypadku, użytkownik strony odpowiada na zestaw 26 pytań, a następnie – po wysłaniu SMS-a o treści „START CIAZA” pod numer 60128 – otrzymuje kod dostępu uprawniający go do poznania wyniku testu (tj. informacji, czy osoba, której dotyczyły odpowiedzi na pytania testu jest w ciąży). Koszt wiadomości wynosi tyle, co opłata za zwykły SMS według taryfy danego operatora GSM, za wyjątkiem sieci Plus, w której SMS taki jest darmowy (dowód: k.13, k. 15, k.17, k.21, k.24, k.29).

Nierozłącznie powiązaną z pierwszą jest druga z usług – CIAZA, która polega na subskrypcji serwisu SMS-owego. W ramach serwisu użytkownik telefonu komórkowego otrzymuje codziennie jeden SMS z poradą dotyczącą ciąży i macierzyństwa, za który płaci 1,23 zł. Przedsiębiorca zatem oferuje konsumentom usługę w oparciu o system Premium SMS MT, tzn. taki w którym za wiadomość płaci odbiorca (k.24, k.31).

W niniejszym postępowaniu zarzuty stawiane przedsiębiorcy wynikają nie tylko z niepodania użytkownikom strony internetowej określonych danych, ale w dużej mierze z nieodpowiedniego, wprowadzającego w błąd rozmieszczenia ważnych dla konsumenta informacji lub podania ich łącznie z informacjami nieprawdziwymi – często lepiej wyeksponowanymi i łatwiej dostrzegalnymi. Z tych względów istotny dla rozstrzygnięcia jest wygląd strony <http://zrob-test.pl/>.

Prezes UOKiK, dokonując kontroli przedmiotowej strony internetowej, stwierdził, że na stronie głównej widniała zachęta do skorzystania z testu w treści: „*Test ciężowy On-line za DARMO!*” napisana dużą, ciemną czcionką na jasnym tle, tuż nad opisem testu i przyciskiem przenoszącym do podstrony dotyczącej samego testu (dowód: k.10). Po wciśnięciu przycisku i przejściu do wspomnianej podstrony, zachęta brzmiała: „*Test ciężowy ONLINE – zrób teraz **ZA DARMO***” (pogrubione w oryginale). W celu rozpoczęcia testu, użytkownik musiał nacisnąć kolejny przycisk, opatrzony napisem: „*WYPEŁNIJ TEST ZA DARMO!*” (dowód: k.11). Podczas odpowiedzi na każde z 26 pytań, oraz po jego zakończeniu, na stronie widniał stały komunikat: „*Test ciężowy – zrób teraz **ZA DARMO***” (dowód: k.12, k.13). Po zakończeniu testu na stronie – poniżej hasła o bezpłatności usługi, wskazanego w zdaniu poprzednim – pojawiały się nowe informacje, m.in.: „*Aby pobrać wynik wyślij SMSa o treści START CIAZA na numer 60128*”, a poniżej: „*Koszt sms to 0,00 zł (Plus) lub jak za zwykłego sms (Orange, ERA, PLAY)*” (dowód: k.13).

Organ ochrony konkurencji i konsumentów ustalił również, iż informacja o usłudze CIAZA pojawiała się na stronie internetowej dopiero w momencie wypełnienia całego testu. W stopce strony, widocznej dopiero po przewinięciu strony do samego dołu, pojawiała się napisana drobną czcionką, zlewająca się z tłem informacja: „*Wysyłając sms zapisujesz się na serwis MT CIAZA 1 zł (1,22 zł z VAT)/odebrany sms. Otrzymujesz 1 sms dziennie z poradami dla ciężarnych.*” Należy przy tym zaznaczyć, że wskazany wyżej komunikat podawany był w określonym momencie (dopiero po wypełnieniu testu) w części strony niewidocznej na tzw. pierwszym ekranie i do tego „dopisany” do innego tekstu na stałe zamieszczonego w stopce, napisanego drobną, szarą czcionką (dowód: k. 12, k.13). Dla osoby skupionej przez cały czas wypełniania testu na górnej części strony, gdzie wyświetlane były wszystkie informacje dotyczące „Testu ciężowego”, komunikat o usłudze CIAZA był niewidoczny.

Prezes UOKiK zbadał również regulamin świadczenia usług drogą elektroniczną (regulamin, regulamin serwisu) zamieszczony na stronie <http://zrob-test.pl/> i jego dostępność dla użytkownika serwisu. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż link (odnośnik) zamieszczony był w stopce strony pod nazwą „*Regulamin serwisu*”. Napis ten był mało widoczny na szarym tle pola stopki, a ponadto niewidoczny na pierwszym ekranie (tzn. widoczny dopiero po przewinięciu strony), na którym znajdowały się wszystkie informacje dotyczące testu i sam test oraz pole właściwe do wpisania kodu. Link do regulaminu znajdował się zatem w oddaleniu od treści dotyczących usługi (dowód: k.12, k. 34).

Ponadto, w żadnym momencie uczestnik „Testu ciężowego” nie był wzywany do akceptacji regulaminu, tj. mógł skorzystać z usługi (odpowiedzieć na wszystkie pytania testu, wysłać SMS, odebrać SMS zwrotny z kodem i wpisać go w odpowiednie pole w celu otrzymania wyniku) bez konieczności zapoznania się, ani też zatwierdzenia regulaminu. (dowód: k.10-13).

Odnosnie samej treści regulaminu, stwierdzono brak informacji o imieniu i nazwisku przedsiębiorcy, adresie zamieszkania oraz o organie, który zarejestrował działalność gospodarczą przedsiębiorcy i numerze, pod którym przedsiębiorca został zarejestrowany, a także numerze identyfikacji podatkowej przedsiębiorcy (dowód: k.24, k.25).

Organ ochrony konkurencji i konsumentów ustalił, że przedsiębiorca – po wezwaniu go do ustosunkowania się do zarzutów przedstawionych w postanowieniu Nr RBG-138/2011 – dokonał zmian w prowadzonej stronie internetowej. Usunięte zostały, cytowane wyżej, określenia i hasła zapewniające o bezpłatności usług. W regulaminie wprowadzono zapis o treści: „*Właścicielem serwisu jest KALPIX, z siedzibą w Ząbkach, 05-091, ul. Orzeszkowej 9, NIP: 1251149970.*” Odnośnik do regulaminu umieszczony w stopce został pogrubiony i zapisany większą czcionką, dodano też odnośnik w bezpośredniej bliskości informacji o teście (dowód: k.36-38, k.40-41)

Powyższe zmiany zostały oznajmione Prezesowi UOKiK w pismach Krzysztofa Żelskiego z 14 i 15 września 2011 r. W pierwszym z nich poinformowano o uzupełnieniu danych przedsiębiorcy,

a zatem datę 14 września 2011 r. przyjmuje się za datę zaprzestania stosowania praktyki polegającej na zaniechaniu wskazania na stronie internetowej i w regulaminie serwisu informacji o adresie zamieszkania przedsiębiorcy i numerze identyfikacji podatkowej. Jest to jednak tylko częściowe wypełnienie obowiązku informacyjnego, gdyż wciąż nie podano poprawnej informacji o imieniu i nazwisku przedsiębiorcy, ani o organie, który zarejestrował działalność gospodarczą i numerze, pod którym został zarejestrowany. Drugie z pism wskazuje natomiast na zamieszczenie w głównej części podstrony, wyświetlającej się po wypełnieniu testu, bardziej szczegółowych informacji o koszcie wysłania SMS-a przez konsumenta chcącego poznać wynik „Testu ciążowego” oraz o koszcie i częstotliwości otrzymywania porad w ramach usługi CIAZA. W tym samym miejscu zamieszczono dodatkowy odnośnik do regulaminu serwisu. Pismo informuje również o usunięciu sformułowań sugerujących bezpłatność usług. Datę 15 września 2011 r. przyjęto za dzień zaniechania stosowania praktyk wskazanych w pkt. 1 i 2 oraz 3 lit. b. sentencji niniejszej decyzji.

Na potwierdzenie zaniechania zarzucanych praktyk przedsiębiorca zawarł w piśmie grafikę przedstawiającą obecny wygląd odpowiedniego fragmentu strony internetowej. Dokonanie zmian zostało potwierdzone przez Prezesa UOKiK podczas przeglądu strony po otrzymaniu ww. pism.

Nadto Prezes UOKiK ustalił, iż w roku 2010 Krzysztof Żelski jako przedsiębiorca osiągnął przychód w wysokości 212 295,28 zł (dowód: k.49-50).

Mając na uwadze zebrany materiał dowodowy, Prezes UOKiK zważył, co następuje:

Interes publiczny

Przepis art. 1 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* ogranicza zastosowanie jej przepisów wyłącznie do podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Warunkiem koniecznym do uruchomienia instrumentów określonych w tej ustawie jest zatem zaistnienie takiego stanu faktycznego, w którym działania przedsiębiorców naruszają jej przepisy i jednocześnie stanowią zagrożenie dla interesu publicznego, bądź też naruszają ten interes.

Niniejsze postępowanie dotyczy stosowania przez Krzysztofa Żelskiego nieuczciwych praktyk rynkowych wprowadzających konsumentów w błąd oraz naruszania przez przedsiębiorcę obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji. Praktyki te dotyczyły wszystkich użytkowników Internetu, którzy skorzystali lub mogli skorzystać z oferty skarżonego przedsiębiorcy, o której mowa w niniejszej decyzji. Oznacza to *de facto*, że przedmiotowe praktyki dotyczyły nieokreślonego z góry kręgu adresatów, a zatem naruszały zbiorowy interes konsumentów. Uznać wobec tego należy, iż niniejsze postępowanie prowadzone było w interesie publicznym.

Ad I. i Ad. II

Przesłanki stwierdzenia praktyki z art. 24 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Punktem wyjścia do rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie jest ustalenie, czy działania Krzysztofa Żelskiego noszą znamiona praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów.

Przepis art. 24 ust. 1 uokik stanowi, iż zakazane jest stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Natomiast art. 24 ust.2 pkt 2 i 3 uokik określa, iż przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działanie przedsiębiorcy, w szczególności: naruszanie obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji oraz nieuczciwe praktyki rynkowe. Oceny, czy w danym przypadku mamy do czynienia z praktyką określoną w wyżej przywołanych przepisach, możemy dokonać na podstawie ustalenia łącznego spełnienia trzech przesłanek, którymi są:

- **działania przedsiębiorcy,**
- **bezprawność tych działań,**
- **naruszenie zbiorowego interesu konsumentów.**

Działania przedsiębiorcy

Zgodnie z przepisem art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ilekroć w ustawie tej jest mowa o przedsiębiorcy, pojmuje się przez to w pierwszej kolejności przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jednolity: Dz.U. z 2010 r., Nr 220, poz. 1447, z późn. zm.). Przepis art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej definiuje działalność gospodarczą jako zarobkową działalność wytwórczą, handlową, budowlaną, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodową wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły. Przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 ust. 1 tej ustawy jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną - wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą.

Mając powyższe na uwadze, uznać należy, iż Krzysztof Żelski, jako osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą (działalność usługowa prowadzona we własnym imieniu, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły o charakterze zarobkowym) jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Tym samym jego działania mogą podlegać ocenie w aspekcie naruszenia zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Przesłanka bezprawności

Pojęcie bezprawności nie jest pojęciem prawnie zdefiniowanym. Należy zatem przyjąć, zgodnie z jego literalnym brzmieniem, że „działanie bezprawne” to **zachowanie sprzeczne z nakazem lub zakazem** zawartym w ustawie, rozporządzeniu wydanym na podstawie i dla wykonania ustawy, umową międzynarodową mającą bezpośrednie zastosowanie w stosunkach wewnętrznych oraz z zasadami współżycia społecznego. **Bezprawność jest czynnikiem o charakterze obiektywnym, tj. niezależnym od wystąpienia szkody, czy też zamiaru po stronie przedsiębiorcy** dopuszczającego się działań bezprawnych. Bezprawność jest taką cechą działania, która polega na jego sprzeczności z normami prawa lub zasadami współżycia społecznego, bez względu na winę, a nawet świadomość sprawcy. Dla ustalenia bezprawności działania wystarczy, że określone zachowanie koliduje z przepisami prawa¹.

Praktyka naruszająca zbiorowe interesy konsumentów może przybierać różne formy. Mianowicie, przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działanie przedsiębiorcy, w szczególności naruszanie obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji (art. 24 ust. 2 pkt 2 uokik) oraz nieuczciwe praktyki rynkowe (art. 24 ust. 2 pkt 3 *in inicio* uokik). Zachowanie takie godzi zatem w prawo konsumenta do informacji, które stanowi *podstawę umożliwiającą konsumentowi właściwą ocenę przez niego sytuacji, a także jest warunkiem swobodnego podjęcia decyzji*.²

Podstawowym instrumentem służącym realizacji tego zadania jest zapewnienie konsumentom odpowiedniego poziomu wiedzy poprzez nałożenie na przedsiębiorców szeregu obowiązków informacyjnych, które mają swoje źródło w art. 76 *Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*. Stanowisko to potwierdził Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 21 kwietnia 2004 r. (sygn. akt: K 33/03) wskazując, iż to władze publiczne chronią konsumentów przed działaniami zagrażającymi ich zdrowiu, prywatności i bezpieczeństwu oraz przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi. Z przepisu tego wynika także uprawnienie władz publicznych do ingerencji w stosunki cywilnoprawne i w prawo własności (por. wyrok TK z 10 października 2000 r., sygn.: P 8/99). W gospodarce rynkowej *konsument ma prawo do kompletnej i jednoznacznej informacji w sprawach mających istotne znaczenie dla zabezpieczenia jego interesu prawnego w warunkach globalizacji (masowości) obrotu prawnego i wielości ofert na rynku, które nie zawsze posługują się prawdziwymi i pełnymi informacjami, a niekiedy wprowadzają w błąd lub w sposób ukryty godzą w indywidualny i zbiorowy interes konsumentów* (vide: wyrok Sądu Najwyższego z 20 czerwca 2006r., sygn. akt: III SK 7/2006). Podobne stanowisko zajął również Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11 lipca 2002r. stwierdzając,

¹ Por. J.Szwaja (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 117-118.

² Por. Decyzja Prezesa UOKiK nr RLU-9/2008.

że zasób zrozumiałej, jasnej i dostępnej informacji dla konsumenta spełnia niezbędne wymagania warunkujące możliwość dokonywania przez niego niezakłóconego i racjonalnego wyboru (sygn. akt: I CKN 1319/00).

Ad. pkt. I. 1.

Polski ustawodawca dokonał implementacji do prawa krajowego "czarnej listy praktyk" handlowych zawartych w załączniku I Dyrektywy 2005/29/WE³. Nieuczciwymi praktykami rynkowymi w każdych okolicznościach są praktyki rynkowe wprowadzające w błąd wymienione w art. 7 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (dalej: **upnpr**). Wskazana lista nieuczciwych zachowań wprowadzających konsumentów w błąd stanowi zamknięty zbiór praktyk kwalifikowanych jako nieuczciwe w każdych okolicznościach, a ich stosowanie jest zakazane *ex lege*.⁴ W przypadku stosowania przez przedsiębiorcę jednej z praktyk z określonej w art. 7 upnpr „czarnej listy” nie jest konieczne wykazywanie jej nieuczciwości na podstawie art. 4 ust. 1 upnpr. W efekcie więc, od strony dowodowej, wystarczy wykazać zaistnienie praktyki o cechach określonych w ustawie.⁵

Zgodnie z art. 7 pkt. 20 upnpr nieuczciwą praktyką rynkową w każdych okolicznościach jest praktyka rynkowa wprowadzająca w błąd polegająca na prezentowaniu produktu jako „gratis”, „darmowy”, „bezpłatny” lub w podobny sposób, jeżeli konsument musi uiścić jakąkolwiek należność, z wyjątkiem bezpośrednich kosztów związanych z odpowiedzią na praktykę rynkową, odbiorem lub dostarczeniem. Przez praktyki rynkowe rozumie się natomiast działanie lub zaniechanie przedsiębiorcy, sposób postępowania, oświadczenie lub informację handlową, w szczególności reklamę i marketing, bezpośrednio związane z promocją lub nabyciem produktu przez konsumenta (art. 2 pkt 4 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym).

Ustawodawca w sposób bezwzględny przesądził, że przy stosowaniu praktyki marketingowej polegającej na prezentowaniu produktu jako "gratis" (darmowy, nieodpłatny) przedsiębiorca nie może wiązać otrzymania przez konsumenta takiego produktu z jakimkolwiek świadczeniem z jego strony. Wyjątkami objęto wyłącznie koszty, które są związane z odpowiedzią na praktykę (na przykład wysłanie przez konsumenta listu, w którym zamawia określone gratisowe produkty), odbiorem lub dostarczeniem produktu (na przykład koszty związane z dojazdem). Zatem opisywanie przez przedsiębiorcę produktu jako "bezpłatny", "darmowy", "gratis", jeżeli konsument musi uiścić jakąkolwiek należność należy uznać za nieuczciwą praktykę rynkową wprowadzającą w błąd.⁶ Cytowany przepis zakazuje zatem praktyk oszukańczych, w których zapewniana korzyść nie istnieje w ogóle lub nie przybiera zapewnianych rozmiarów, ponieważ konsument, aby otrzymać tzw. darmowy produkt, musi uiścić „jakąkolwiek należność”.⁷

W niniejszej sprawie, Krzysztof Żelski – jak wskazano wyżej – posługiwał się hasłami: „Test ciężowy On-line za DARMO!”, „Test ciężowy ONLINE – zrób teraz **ZA DARMO**”, „WYPEŁNIJ TEST ZA DARMO!”. Informacje te wskazywały wprost użytkownikom strony na bezpłatność oferowanej usługi. Przedsiębiorca zawarł ogólną informację o koszcie zapoznania się z wynikiem testu na podstronie, która pojawiała się po zakończeniu testu, w treści: „Koszt sms to 0,00 zł (Plus) lub jak za zwykłego sms (Orange, ERA, PLAY)”, jak również w regulaminie serwisu. Jednakże, wobec całokształtu okoliczności, a zwłaszcza sposobu rozmieszczenia informacji na stronie i wyeksponowania zapewnień o bezpłatności usług, nie można uznać, że towarzyszący im – tylko w pewnym momencie – komunikat o konieczności poniesienia kosztu wysłania SMS-a niweluje skutki wprowadzenia w błąd. Tym bardziej nie można tego stwierdzić odnośnie regulaminu, który był mało dostępny, o czym w dalszej części uzasadnienia (ad. pkt. I. 3. lit. b). Należy w szczególności wskazać, że na ok. 30 stron, przez które przechodzi kolejno konsument rozwiązujący test, gdzie zamieszczono sformułowania wskazujące na bezpłatność usługi „Test ciężowy”, przypada tylko jedna (nie licząc regulaminu), na której pojawia się informacja o jakimkolwiek koszcie. Odnośnie tej

³ Dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. (Dyrektywa o nieuczciwych praktykach rynkowych) - Dz.Urz. UE L 149 z 11.06.2005, str. 22.

⁴ M. Sieradzka, *Komentarz do ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym*, Oficyna 2008, Lex Online.

⁵ A. Michalak, *Przeciwdziałanie nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*, Warszawa 2008, str. 97.

⁶ M. Sieradzka, *Komentarz... op.cit.*

⁷ R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*, s. 415;

ostatniej, podkreślenia wymaga fakt, że, po pierwsze, jest ona niepełna – przedsiębiorca nie podaje wprost ceny w sposób określony w art. 3 ust. 1 pkt.1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. z 2001 r. Nr 97, poz. 1050 ze zm.), po drugie zaś, w ogóle nie odnosi się do kosztów związanych z usługą CIAZA, która włącza się automatycznie. Komunikat o kosztach jest natomiast podany – jak wskazywano powyżej – łącznie z hasłem o bezpłatności zabawy, przy czym to drugie jest bardziej wyeksponowane (pogrubiona, duża czcionka).

Usługa CIAZA włączana jest jednocześnie z wysłaniem przez konsumenta SMS-a w oczekiwaniu na kod do wyniku „Testu ciążowego”. Konsument chce poznać rezultat zabawy, nie spodziewając się, że przy okazji „darmowej” usługi, zostaje włączony dodatkowy płatny serwis. Dowiaduje się o tym już po uruchomieniu subskrypcji typu Premium SMS MT, tj. wiadomości wysyłanych masowo w określonej częstotliwości na koszt odbiorcy.

Generalnie konsumenta chroni możliwość negatywnej odpowiedzi na propozycje przedsiębiorcy, przy czym **zaniechanie konsumentki nie jest równoznaczne ze zgodą na przyjęcie oferty**.⁸ W omawianej sytuacji, jeśli **konsument** nie chce otrzymywać płatnych SMS-ów związanych z ciążą, musi wyłączyć usługę, wysyłając SMS o treści STOP CIAZA, za którego ponosi opłatę, a **w przypadku zaniechania będzie obciążany codziennie opłatą 1,23 zł** za odebranie SMS-a. Gdyby przedsiębiorca chciał postąpić zgodnie z dobrymi obyczajami, powinien był podać rzetelnie i w sposób jednoznaczny całkowitą cenę wraz z wszelkimi innymi opłatami związanymi z usługą, na które złożyłyby się: cena wysłania SMS-a z zapytaniem o kod do wyniku testu (aktywacja serwisu CIAZA), cena każdego odebranego SMS-a z poradą, cena wysłania SMS-a dezaktywującego serwis CIAZA. Przepis art. 7 pkt. 20 upnpr zmierza zatem do tego, aby oferowany konsumentowi darmowy produkt lub gratis był rzeczywiście darmowy i nie wiązał się z żadnymi innymi usługami, które konsument będzie musiał wyłączać, ani kosztami, które będzie musiał ponosić. Posługiwanie się hasłami w rodzaju „Wypełnij test za darmo” sugeruje konsumentowi, że usługa jest bezpłatna - nie ma on obowiązku domyślać się, iż poznanie wyniku testu nie będzie jednak darmowe. Skoro zatem przedsiębiorca posługuje się takimi hasłami, to na nim spoczywa odpowiedzialność zapewnienia konsumentowi rzeczywiście darmowego produktu. Nie ma przy tym znaczenia, że z regulaminu lub z mało widocznej i niepełnej informacji, będzie wynikało, iż usługa jest płatna lub powiązana z inną, za którą będzie trzeba płacić – nie zmienia to faktu wprowadzenia konsumenta w błąd poprzez stałe wyświetlanie haseł z użyciem wyrażenia „za darmo”.

Rozważenia wymaga również, czy do niniejszego przypadku stosuje się wyłączenie zawarte w art. 7 pkt 20 *in fine* powoływanej ustawy, które wskazuje, iż przepis ten nie ma zastosowania do *bezpośrednich kosztów związanych z odpowiedzią na praktykę rynkową, odbiorem lub dostarczeniem produktu*. Ustawodawca nie definiuje pojęcia *bezpośredniego kosztu*, jednak doktryna wskazuje, że może on być związany np. wysłaniem przez konsumenta listu, w którym zamawia określone gratisowe produkty lub też z dojazdem do siedziby sprzedawcy.⁹ W dookreśleniu pojęcia przydać się może sformułowanie użyte przez ustawodawcę wspólnotowego w Załączniku I powołanej wyżej Dyrektywy 2005/29/WE, gdzie w miejsce określenia *bezpośredni koszt* użyto wyrażenia *nieunikniony koszt*.¹⁰ Zgodnie z zasadą prowsłnotowej interpretacji prawa krajowego, wywiedzioną z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, należy tak interpretować prawo polskie, aby urzeczywistnić sens przepisu wspólnotowego, będącego jego pierwowzorem. Takim pierwowzorem dla „czarnej listy praktyk” zawartej w art. 7 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym jest katalog określony w Załączniku I Dyrektywy 2005/29/WE, w którym pojawia się sformułowanie *nieunikniony koszt*. Należy zatem przyjąć, iż art. 7 pkt. 20 ww. ustawy będzie miał zastosowanie, jeżeli konsument musi uiścić jakąkolwiek należność, **z wyjątkiem kosztów, których nie da się uniknąć w związku z odpowiedzią na praktykę, odbiór lub dostarczenie produktu**.

⁸ Ibidem;

⁹ M. Sieradzka, *Komentarz...* op.cit.

¹⁰ Załącznik I do Dyrektywy 2005/29/WE, pkt 20: Opisywanie produktu jako "gratis", "darmowy", "bezpłatny" lub w podobny sposób, jeżeli konsument musi uiścić jakąkolwiek inną należność niż **nieunikniony koszt** związany z odpowiedzią na praktykę handlową, odbiorem lub dostarczeniem produktu.

Stosując powyższe rozumowanie do zaistniałej sytuacji faktycznej, Prezes UOKiK uznał, że pobranie opłaty za SMS wysłany przez konsumenta w celu poznania wyniku „Testu ciężowego” nie był *nieuniknionym kosztem*. W przypadku wysłania listu z zamówieniem produktu, bądź też konieczności dojazdu w celu odbioru darmowego towaru lub usługi, konsument musi liczyć się z poniesieniem kosztów, gdyż w praktyce nie da się ich uniknąć, a wynikają one często z indywidualnej sytuacji klienta (np. miejsce zamieszkania odległe od siedziby przedsiębiorcy, brak możliwości złożenia zamówienia osobiście). W niniejszym przypadku za bezpośredni, nieunikniony koszt związany z odpowiedzią na praktykę handlową można uznać opłatę za połączenie z siecią Internet, które jest niezbędne dla skorzystania z usług świadczonych na stronie <http://zrob-test.pl/>. Natomiast, jeśli chodzi o dostarczenie wyniku testu, to mogłoby się ono dokonać – za darmo - poprzez jego wyświetlenie na ekranie komputera. Dodatkowo, należy wskazać, że opłaty za wysłanie krótkich wiadomości tekstowych są bardzo zróżnicowane, a nierzadko przesłanie SMS-a faktycznie jest bezpłatne. Świadczy o tym najlepiej fakt, iż Krzysztof Żelski potrafił w krótkim czasie – po wezwaniu Prezesa UOKiK z dnia 22 sierpnia 2011 r. – zmienić zasady funkcjonowania usługi „Test ciężowy” tak, że aktywacja serwisu CIAZA nic nie kosztuje we wszystkich sieciach oprócz PLAY (dowód: k.36-37). Niezależnie jednak od rozważań dotyczących samego kosztu wysłania dwóch SMS-ów (aktywacja i dezaktywacja serwisu CIAZA), pamiętać trzeba, że o ile konsument nie wyraził w odpowiednim czasie sprzeciwu wobec automatycznego włączenia usługi CIAZA, to obciążony był także opłatą za każdą przychodząca do niego SMS-ową poradę. Konkludując, należy stwierdzić, że ani opłaty za samo wysłanie SMS-ów, ani tym bardziej koszty poniesione w związku z korzystaniem z serwisu CIAZA, **nie stanowią bezpośrednich (nieuniknionych) kosztów powstałych w związku z odpowiedzią na praktykę, odbiór lub dostarczenie produktu.**

Organ ochrony konkurencji i konsumentów uznał, że Krzysztof Żelski stosował praktykę rynkową określoną w art. 7 pkt. 20 upnpr. Przedstawione zachowania rynkowe i odczucia internauty (przekonanie o bezpłatności usługi, podjęcie decyzji o wysłaniu SMS-a i in.) będą charakterystyczne dla przeciętnego konsumenta, którym w przypadku niniejszej praktyki będzie użytkownik Internetu, korzystający ze strony <http://zrob-test.pl/> rzeczywiście w celu przeprowadzenia testu ciężowego albo dla zabawy (patrz: szczegółowy test przeciętnego konsumenta w uzasadnieniu ad. pkt. I. 2. poniżej). Zdaniem Prezesa UOKiK, prezentowanie przez Krzysztofa Żelskiego usługi „Test ciężowy ONLINE” jako darmowej w opisany wyżej sposób mogło wprowadzić tak zdefiniowanego przeciętnego konsumenta w błąd. Jednoznaczny komunikat o bezpłatności usługi podany przez przedsiębiorcę zawsze zmniejsza czujność usługobiorcy, który z łatwością decyduje się na skorzystanie z niej. Przeciwny efekt odnosi podana rzetelnie informacja o kosztach, która sprawia, że konsument podejmuje decyzję dotyczącą umowy rozważnie, bardziej skrupulatnie zapoznając się z jej warunkami.

Stosowanie nieuczciwych praktyk rynkowych jest z mocy prawa zakazane (art. 3 upnpr), a naruszenie tego zakazu skutkuje bezprawnością zachowania przedsiębiorcy. Prezes UOKiK stwierdził zatem, iż powyższe zachowanie przedsiębiorcy spełniło przesłankę bezprawności.

Ad. pkt. I. 2.

Druga z kwestionowanych przez Prezesa UOKiK praktyk łączy w sobie dwie stypizowane w ustawie *o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym* formy zaniechania wprowadzającego w błąd (art. 6 ust. 3 upnpr). Krzysztof Żelski dopuścił się zaniechania polegającego na **nieujawnieniu konsumentom handlowego celu swojej praktyki** (działań związanych z oferowaniem „Testu ciężowego”) poprzez **zatajenie, że wysłanie SMS-a** w celu uzyskania wyniku „Testu ciężowego” - reklamowanego jako darmowy - **skutkuje zamówieniem usługi CIAZA**, w ramach której otrzymanie każdego SMS-a kosztuje 1,23 zł, zaś rezygnacja z usługi wymaga wysłania przez konsumenta kolejnego SMS-a i poniesienia jego kosztów, zgodnie z cennikiem operatora GSM.

W celu stwierdzenia ewentualnej bezprawności wskazanego zachowania, Prezes UOKiK zbadał ją pod względem zgodności z przepisami ustawy *o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym*. Jak wskazano powyżej, zgodnie z art. 3 upnpr, stosowanie nieuczciwych praktyk rynkowych jest zakazane, a zatem zachowanie przedsiębiorcy zakwalifikowane jako tego typu praktyka jest bezprawne.

Praktyka rynkowa, zgodnie z art. 4 ust.1 upnpr, stosowana przez przedsiębiorców wobec konsumentów **jest nieuczciwa, jeżeli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu.** Ustalenie zatem nieuczciwości praktyki rynkowej stosowanej przez przedsiębiorcę odbywa się przez dokonanie jej oceny pod kątem sprzeczności z dobrymi obyczajami oraz istotnego zniekształcenia zachowania gospodarczego konsumentów.¹¹ Definiując pojęcie dobrego obyczaju należy posłużyć się orzeczeniem Sądu Okręgowego w Warszawie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 23 lutego 2006r., który stwierdził, iż *istotą pojęcia dobrego obyczaju jest szeroko pojęty szacunek dla drugiego człowieka. W stosunkach z konsumentami powinien on wyrażać się właściwym informowaniem o przysługujących uprawnieniach, niewykorzystywaniu uprzywilejowanej pozycji profesjonalisty i rzetelnym traktowaniu partnerów umów* (sygn. akt: XVII Ama 118/04). Precyzując zaś istotność zniekształcenia lub możliwości zniekształcenia przez praktykę rynkową zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta należy wskazać, iż jest to zdolność do wpływania na zachowanie rynkowe konsumenta.¹² Zgodnie z przepisem art. 4 ust. 2 wyżej przywołanej ustawy **za nieuczciwą praktykę rynkową uznaje się m.in. praktykę rynkową wprowadzającą w błąd**, przy czym może ona przybrać postać czynną (działanie, art. 5 ww. ustawy) lub bierną (zaniechanie, art. 6 ww. ustawy).

Przepis art. 6 ust. 1 upnpr stanowi, że praktykę rynkową uznaje się za **zaniechanie wprowadzające w błąd**, jeżeli **pomija istotne informacje** potrzebne przeciętnemu konsumentowi do podjęcia decyzji dotyczącej umowy i tym samym **powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął.** Wprowadzającym w błąd zaniechaniem może być w szczególności **zatajenie lub nieprzekazanie w sposób jasny, jednoznaczny lub we właściwym czasie istotnych informacji** dotyczących produktu lub też **nieujawnienie handlowego celu praktyki**, jeżeli nie wynika on jednoznacznie z okoliczności i jeżeli powoduje to lub może spowodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął (art. 6 ust. 3 pkt. 1 i 2 ww. ustawy). Do praktyk rynkowych zalicza się m.in. propozycję nabycia produktu, która określa – w sposób właściwy dla użytego środka komunikowania się z konsumentami – cechy produktu oraz jego cenę. **Cenę**, co do zasady uwzględniającą podatki i wszelkie dodatkowe opłaty, **ustawodawca uznał za istotną informację** (art. 6 ust. 4 pkt. 3 ww. ustawy), której pominięcie może stanowić zaniechanie wprowadzające konsumenta w błąd.

Przedmiotowe zachowanie Krzysztofa Żelskiego polega na zaniechaniu, a jednocześnie nie znajduje się na tzw. „czarnej liście praktyk”, tj. praktyk wprowadzających w błąd, zakazanych w każdych okolicznościach, o których mowa w art. 7 ww. ustawy. Oznacza to, iż by wykazać, że przedsiębiorca stosuje nieuczciwą praktykę rynkową **należy odnieść się zarówno do definicji praktyki wprowadzającej w błąd poprzez zaniechanie** (art. 6 ust.1 ww. ustawy), **jak i do ogólnej definicji nieuczciwej praktyki rynkowej** z art. 4 ust.1 ww. ustawy.

W niniejszej sprawie koniecznym jest rozważenie przez Prezesa UOKiK, **czy zachowanie przedsiębiorcy**, polegające na zatajeniu, że z usługą „Test ciężowy”, przedstawianą jako bezpłatna, wiąże się nierozłącznie płatna usługa CIAZA, **mogło wprowadzać przeciętnego konsumenta w błąd**, tj. mogło **powodować podjęcie przez niego decyzji o poznaniu wyniku „Testu ciężowego”, której inaczej by nie podjął.** Jednocześnie, istotnym dla rozstrzygnięcia wskazanej kwestii jest fakt, iż to samo zachowanie wypełnia również znamiona innej formy zaniechania wprowadzającego w błąd, a mianowicie nieujawnienia handlowego celu praktyki. Wynika to z okoliczności, iż konsument odbierał przekaz o bezpłatnej zabawie, któremu nie towarzyszyło żadne zastrzeżenie, że poznanie jej rezultatu wiąże się z automatycznym zamówieniem płatnej usługi. Konsument nie wiedział zatem o handlowym celu praktyk przedsiębiorcy, których był podmiotem. W konsekwencji, zbadania wymaga, czy konsument sugerując się informacjami zawartymi na stronie („Test ciężowy On-line za DARMO!”, „Test ciężowy ONLINE – zrób teraz **ZA DARMO**”, „WYPEŁNIJ

¹¹ R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*, s. 415;

¹² Ibidem.

TEST ZA DARMO!“), mógł zdecydować się na poznanie wyniku testu, czego nie uczyniłby, gdyby wiedział, że będzie musiał ponieść jakikolwiek koszt.

W tym miejscu należy wskazać, że ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym posługuje się pojęciem **przeciętnego konsumenta**. Dla udzielenia odpowiedzi na powyższe pytania niezbędnym jest przeanalizowanie definicji przeciętnego konsumenta w oparciu o przepisy ww. ustawy. Zgodnie z art. 2 pkt 8 upnr przez przeciętnego konsumenta rozumie się konsumenta, który jest dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny. Oceny tej powinno się jednak dokonać z uwzględnieniem czynników społecznych, kulturowych, językowych i przynależności danego konsumenta do szczególnej grupy konsumentów, przez którą rozumie się dającą się jednoznacznie zidentyfikować grupę konsumentów, szczególnie podatną na oddziaływanie praktyki rynkowej lub na produkt, którego praktyka rynkowa dotyczy, ze względu na szczególne cechy, takie jak m. in. wiek, wykształcenie, sprawność fizyczna czy umysłowa. Wzorzec przeciętnego konsumenta nie jest stały, zmienia się bowiem w zależności od okoliczności konkretnego przypadku. W niniejszej sprawie konstrukcję modelu przeciętnego konsumenta należy zatem stworzyć w oparciu o odwoływanie się do przynależności do szczególnej grupy konsumentów, jaką stanowią użytkownicy Internetu, którzy byliby zainteresowani wzięciem udziału w teście, którego wynik wskazuje (na zasadzie prawdopodobieństwa), czy zostało poczęte dziecko. Test jest *de facto* formą quizu, zabawy i człowiek rozsądnie oceniający rzeczywistość nie może spodziewać się wiarygodnego wyniku, czego zresztą prowadzący stronę internetową <http://zrob-test.pl/> nie obiecuje. Adresatami usługi, jak i wszelkich komunikatów zawartych na stronie, są zatem, w pierwszej kolejności, młode osoby (w przybliżeniu w tzw. wieku rozrodczym¹³, a jednocześnie korzystające z Internetu), które faktycznie chcą dowiedzieć się w ten prosty sposób, czy poczęły dziecko – pozostając w naiwnym przekonaniu (również ze względu na brak wykształcenia), że oferowany test przyniesie taką odpowiedź. Jako drugą grupę można wyróżnić szerokie grono internautów, w tym nastolatków, którzy rozwiązanie tego typu testu traktują jako rozrywkę i zabawę, natomiast są sceptyczni wobec możliwości uzyskania zgodnego z prawdą wyniku. Niezależnie jednak od przynależności do jednej z tych grup, większość użytkowników strony <http://zrob-test.pl/>, mimo znajomości przynajmniej podstaw obsługi przeglądarki internetowej, prawdopodobnie nie wykaże odpowiedniej czujności i docieklivosti, aby upewnić się, czy test faktycznie jest darmowy. Przyczyną wydaje się być znacznie mniejsza roztępa i ostrożność przy korzystaniu z usług przedstawianych jako bezpłatne, do tego niewiązanych się pozornie z dodatkowymi zobowiązaniami (np. podawanie danych adresowych). Przeciętny konsument będzie zatem w niniejszej sprawie zaliczał się do jednej z wyżej opisanych grup, przy czym **jego krytycyzm wobec praktyk przedsiębiorcy będzie ograniczony ze względu na formę zabawy (quizu), jaką przyjmuje „Test ciąży” i przede wszystkim – przekonanie o bezpłatności testu.**

W niniejszej sprawie, ewentualne zniekształcenie zachowania rynkowego użytkownika strony WWW mogło nastąpić w momencie zakończenia testu i decydowania o wysłaniu SMS-a. Zniekształcenie – potencjalne lub realne – było efektem wprowadzania konsumenta w błąd co do kosztów quizu i jego handlowego celu w trakcie zawierania umowy. Prezes UOKiK stwierdził, że w chwili przystąpienia do korzystania z usługi „Test ciąży”, konsument nie był w żaden sposób informowany o dodatkowej, płatnej usłudze CIAZA.

W kluczowym momencie natomiast, tj. po zakończeniu quizu, kiedy pojawiał się komunikat o konieczności wysłania SMS-a i zdawkowa, cytowana już wcześniej, informacja o koszcie wysłania SMS-a, w dolnej części strony wyświetlała się, z kolei trudna do zauważenia, informacja o aktywacji usługi CIAZA, jej zasadach i kosztach. Była to jednak informacja trudno dostępna i w zasadzie niewidoczna dla konsumenta, która nie mogła zmienić przeświadczenia o bezpłatności usługi, które zostało w nim wywołane. To na tym etapie objawiały się skutki wprowadzenia w błąd – konsument podejmował decyzję o poznaniu wyniku testu (wysłanie SMS), której nie podjąłby, gdyby wiedział o handlowym celu praktyki.

W orzecznictwie i doktrynie wielokrotnie podkreśla się, iż na profesjonalście ciąży **szczególny obowiązek w zakresie uwidaczniania informacji o cenie towarów lub usług** (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, sygn. akt: XVII Ama 11/2004). Wskazanemu obowiązkowi przedsiębiorcy w zakresie podawania informacji dotyczących

¹³ Dla kobiet w Polsce jest to wiek 15-49 lat (źródło: strona internetowa GUS - http://www.stat.gov.pl/gus/definicje_PLK_HTML.htm?id=POJ-1729.htm (stan na dzień: 27.10.2011 r.).

ceny towaru zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa odpowiada **prawo konsumentów do poznania ceny**.¹⁴

W rozważanym przypadku Prezes UOKiK dostrzegł praktykę rynkową przedsiębiorcy, na którą składa się kilka, wzmacniających się wzajemnie, elementów: **naruszenie zasady transparentności oferty, pominięcie w komunikacji handlowej istotnych dla konsumenta informacji i nieujawnienie tym samym komercyjnego celu praktyki na etapie zawierania kontraktu z konsumentem**.

W doktrynie wskazuje się, iż zasada transparentności dotyczy nie tylko posługiwania się przez przedsiębiorcę zrozumiałym językiem, ale także aspektów technicznych takich jak **forma graficzna, rozplanowanie przestrzenne tekstu, wielkość czcionki**.¹⁵ W praktyce z reguły naruszenie transparentności nie następuje dlatego, że przedsiębiorca wybrał sobie taką lub inną czcionkę dla przekazania komunikatu, ale dlatego, że **nieuczciwie dobiera wielkość liter i ich pogrubienie zależnie od tego, co powinno konsumentów przyciągnąć, a co być niedostrzeżone**¹⁶ (tu: wyłuszczenie hasła „ZA DARMO!”, ukrycie na dole strony linku do regulaminu i informacji o dodatkowych kosztach, zapisanych w szarych barwach na szarym tle). Jest to pogląd korespondujący z przepisem **art. 6 ust. 5 upnpr**, zgodnie z którym przy ocenie, czy praktyka wprowadza błąd przez zaniechanie, należy uwzględnić wszystkie jej elementy oraz okoliczności wprowadzenia produktu na rynek, w tym **sposób jego prezentacji**.

Oferta skarżonego przedsiębiorcy zawiera **nierzetelne informacje handlowe**, gdyż wskazuje się w niej na korzyści z przystąpienia do konkretnej umowy – rozwiązania darmowego testu ciężowego, w sposób, który nie znajduje pokrycia w rzeczywistych warunkach rynkowych. Test okazuje się być powiązany z usługą otrzymywania płatnych SMS-ów, w ramach której to konsument musi podjąć kolejne działania, aby usługę wyłączyć. Konsument zostaje wprowadzony w błąd wskutek zaniechania przez przedsiębiorcę podania celu stosowanej praktyki.¹⁷ Brak tej informacji prowadzi do tego, że **konsument dokonuje oceny praktyki rynkowej w całkowitym oderwaniu od jej komercyjnego charakteru**. Nie jest bowiem świadomy charakteru stosowanej przez przedsiębiorcę praktyki. Dochodzi w związku z tym do pozbawienia konsumenta prawa do dokonania właściwego wyboru rynkowego, który powinien nastąpić w warunkach pełnej świadomości rodzaju kierowanego do konsumenta przekazu. **W każdym bowiem wypadku, gdy intencją profesjonalisty jest komercyjny cel praktyki rynkowej, ma on obowiązek poinformowania o tym konsumenta już w momencie pierwszego kontaktu**.¹⁸ Konsekwentnie należy stwierdzić, że wskazana praktyka wywiera szczególnie niekorzystne oddziaływanie na ekonomiczny interes konsumenta.

Mając powyższe na uwadze, uznać należy, iż opisane **działanie skarżonego przedsiębiorcy mogło wprowadzić konsumenta w błąd i tym samym wpłynąć na podjęcie przez konsumenta decyzji o poznaniu wyniku „Testu ciężowego”**, w jego przekonaniu darmowego, której to decyzji nie podjąłby, gdyby znał rzeczywisty, handlowy cel praktyki, który został zatajony przez przedsiębiorcę, m.in. wskutek braku transparentności oferty (nieprawdziwe lub sprzeczne informacje, graficzne uwypuklenie komunikatów fałszywych, a ukrycie istotnych informacji).

Wprowadzenie przeciętnego konsumenta w błąd, a przez to wpłynięcie na jego decyzję (przynajmniej potencjalne), stanowi wypełnienie przesłanki **zniekształcenia zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta**, o której mowa w art. 4 ust. 1 upnpr. Klauzula generalna nieuczciwej praktyki rynkowej wymaga także uznania, iż dana praktyka narusza **dobrze obyczaje**. Dobrze obyczaje same w sobie stanowią klauzulę generalną, która podlega konkretyzacji na okoliczność danego stanu faktycznego. Zgodnie z poglądem doktryny, *sprzeczne z dobrymi obyczajami są działania, które zmierzają do niedoinformowania, dezorientacji, wywołania błędnego przekonania u klienta, wykorzystania jego niewiedzy lub naiwności (...), czyli takie działanie, które potocznie*

¹⁴ M. Sieradzka, *Komentarz...* op.cit.

¹⁵ R. Stefanicki, *Ustawa o (...)*, op.cit., s.290.

¹⁶ Ibidem, s.291.

¹⁷ M. Sieradzka, *Komentarz...* op.cit.

¹⁸ Ibidem;.

określone jest jako nieuczciwe, nierzetelne, odbiegające in minus od przyjętych standardów postępowania.¹⁹ W ocenie organu ochrony konkurencji i konsumentów, Krzysztof Żelski nie dopełnił obowiązku – wynikającego wszakże nie tylko z dobrych obyczajów – podania jednoznacznej i rzetelnej informacji o oferowanej usłudze, a zwłaszcza o jej cenie, a co się z tym wiąże o handlowym celu praktyk z nią związanych (zamieszczenia testu na stronie internetowej, zachęty do skorzystania z niego, wysłania SMS-a itp.)

Wobec powyższego, zdaniem Prezesa UOKiK, **zachodzą przesłanki uzasadniające uznanie opisanego powyżej zaniechania Krzysztofa Żelskiego, związanego z usługami oferowanymi na stronie WWW <http://zrob-test.pl/>, za nieuczciwą praktykę rynkową wprowadzającą w błąd.** Zaniechanie to, polegające na zatajeniu kosztów usługi „Test ciężowy” wynikających z jej powiązania z serwisem SMS-owym CIAZA, a tym samym nieujawnieniu handlowego celu praktyk, wprowadzało konsumentów w błąd co do rzeczywistych warunków skorzystania z quizu, a mianowicie co do jej odpłatności. Mogło to powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy (poznanie wyniku testu), której inaczej by nie podjął, a zatem prowadzić mogło do zniekształcenia zachowania przeciętnego konsumenta w trakcie zawierania umowy.

Tym samym działania Strony należy uznać za nieuczciwą praktykę rynkową w rozumieniu art. 6 ust. 1 i ust. 3 pkt. 1 i 2 oraz ust. 4 pkt.3 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym w zw. z art. 4 ust. 1 tej ustawy. Jednocześnie oznacza to spełnienie przesłanki bezprawności niniejszego zachowania, co warunkuje możliwość stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorcę praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów.

Ad. pkt. I. 3. i pkt. II

Przepis art. 24 ust.1 uokik stanowi, iż *zakazane jest stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.* Natomiast **art. 24 ust.2 pkt 2 uokik** określa, iż *przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działanie przedsiębiorcy, w szczególności naruszanie obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji.* **Prawo do rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji** jest jednym z fundamentalnych praw każdego konsumenta. Brak informacji uniemożliwia bowiem konsumentowi dokonywanie swobodnej oceny towaru czy usługi, a w konsekwencji dokonanie przez niego racjonalnego, najlepszego dla niego wyboru.

Ad. pkt. I. 3. lit. a. i pkt. II

W toku postępowania wyjaśniającego Prezes Urzędu stwierdził na stronie internetowej <http://zrob-test.pl/>, jak i w regulaminie tego serwisu, brak informacji dotyczących imienia i nazwiska przedsiębiorcy, jego adresu zamieszkania, organu, który zarejestrował działalność gospodarczą i numeru, pod którym przedsiębiorca został zarejestrowany, a także numeru identyfikacji podatkowej przedsiębiorcy. Obowiązek zamieszczenia takich informacji wynika wprost z art. 9 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 2 marca 2000r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny (dalej: **uonpk**) i z art. 21 usdg. Przepisy te stanowią, iż *konsument powinien być poinformowany, przy użyciu środka porozumiewania się na odległość, najpóźniej w chwili złożenia mu propozycji zawarcia umowy o imieniu i nazwisku (nazwie), adresie zamieszkania (siedziby) przedsiębiorcy oraz organie, który zarejestrował działalność gospodarczą przedsiębiorcy, a także numerze, pod którym przedsiębiorca został zarejestrowany (art.9 ust.1 pkt 1 uonpk) oraz jeżeli przedsiębiorca oferuje towary lub usługi w sprzedaży bezpośredniej lub sprzedaży na odległość za pośrednictwem środków masowego przekazu, sieci teleinformatycznych lub druków bezadresowych, jest on obowiązany do podania w ofercie co najmniej następujących danych: 1) firmy przedsiębiorcy; 2) numeru identyfikacji podatkowej (NIP), o ile taki posiada; 3) siedziby i adresu przedsiębiorcy (art.21 usdg).*

¹⁹ K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2002 r., s. 804.

Szeroko ujęty obowiązek informacyjny jest jednym z filarów ochronnego reżimu umowy zawieranej na odległość.²⁰ Katalog obowiązków informacyjnych leżących po stronie przedsiębiorcy jest zatem bardzo rozbudowany na etapie przed zawarciem umowy z konsumentem.

Usługodawca ma **obowiązek poinformować** usługobiorcę, czyli konsumenta przede wszystkim **o swoim imieniu i nazwisku (nazwie) oraz o swoim miejscu zamieszkania lub siedzibie**. Są to **tzw. informacje podstawowe**, które mają na celu umożliwienie prawidłowej identyfikacji usługodawcy.²¹ Nabiera to istotnego znaczenia w warunkach zawierania umów bez jednoczesnej obecności obu stron, w szczególności z wykorzystaniem sieci Internet, gdyż brak bezpośredniego kontaktu stron przyszłej umowy prowadzi do ich anonimowości i **może skutkować utrudnieniem lub uniemożliwieniem dochodzenia ewentualnych roszczeń przez konsumenta**. Po drugie, brak kontaktu konsumenta z przedmiotem umowy i konieczność podejmowania przez niego decyzji wyłącznie na podstawie udzielanych przez przedsiębiorcę informacji prowadzić może do podejmowania przez konsumenta niekorzystnych dla niego decyzji powodowanych manipulacjami lub niedokładnymi informacjami pochodzącymi od przedsiębiorcy.²²

W celu uniknięcia anonimowości, a jednocześnie zapewnienia ochrony konsumentowi, usługodawca jest **obowiązany do podania wymaganych informacji w sposób wyraźny, jednoznaczny i bezpośrednio dostępny przez system informatyczny dla konsumenta**.²³ Sformułowanie *bezpośrednio dostępny* wyraźnie wskazuje, iż usługodawca ma obowiązek podania informacji podstawowych w sposób niewymagający od użytkownika żadnego działania, co w przedmiotowej sprawie oznacza możliwość zapoznania się przez konsumenta z tymi informacjami jeszcze przed zawarciem umowy. Jednocześnie informacje te powinny być stale dostępne.

Wskazać zatem należy, iż **w żadnym miejscu na stronie, ani w regulaminie skarżony przedsiębiorca nie zamieścił informacji, będących przedmiotem niniejszych rozważań**, co pozostaje bezsporne (k. 32). Przedsiębiorca nie zamieszczając wymaganych przepisami prawa danych, pozostaje anonimowy i tym samym znacznie utrudnia użytkownikom dochodzenie jakichkolwiek roszczeń, mogących wynikać z tytułu korzystania z prowadzonego przez niego serwisu „Test ciężowy ONLINE”.

Wobec powyższego nie budzi wątpliwości bezprawność działania przedsiębiorcy, który na ww. stronie nie uczynił zadość ustawowym wymaganiom i nie umieścił stosownych informacji. Zachowania opisane powyżej zostały rozdzielone na dwa osobne punkty sentencji (pkt. I. 3 lit. a oraz pkt. II) ze względów proceduralnych, co jest zmianą względem struktury postanowienia Nr RBG-138/2011. Zmiana wynika wyłącznie z faktu, że przedsiębiorca wprowadził na stronie internetowej jedynie część wymaganych prawem, i określonych w zarzutach, danych. Prezes UOKiK, wobec powyższego, zastosował dwie różne podstawy prawne wydania decyzji (art. 26 i art. 27 uokik), o czym poniżej, w części uzasadnienia dotyczącej zaniechania naruszeń.

Ad. 3. lit. b.

Poza powyższym, Prezes Urzędu stwierdził, iż **sposób umieszczenia linku do regulaminu świadczenia usług drogą elektroniczną - na samym dole strony, małą, ledwo widoczną czcionką (w kolorze szarym, zlewającą się z szarym tłem) - może utrudniać konsumentom odnalezienie tego linku, a w konsekwencji utrudniać, czy też uniemożliwiać zapoznanie się z regulaminem**. W doktrynie wyrażany jest pogląd, iż przedstawienie informacji **zbyt małą czcionką przy użyciu nieczytelnego dla usługobiorcy układu informacji** należy uznać za niespełniające ustawowych wymagań wyraźnej formy przekazu.²⁴ Dodatkowo **informacje powinny być łatwe do odczytania**, co oznacza, że przekaz powinien być dla konsumenta czytelny, a **wszelkie ryzyko zniekształcenia przekazu z przyczyn technicznych ciąży na przedsiębiorcy**.²⁵

²⁰ E. Łętowska, *Ochrona niektórych praw konsumentów. Komentarz*. Warszawa 2001, s.57.

²¹ Ł. Wroński, *Ochrona praw konsumentów w handlu elektronicznym*, Warszawa 2005, s.11 i 17.

²² Ibidem, s.17.

²³ A. Majchrowska, *Komentarz do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną*, Oficyna 2009.

²⁴ Ł. Wroński, *Ochrona praw (...)*, op.cit., s.12;

²⁵ E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002, s. 287.

Ponadto, zgodnie art. 8 ust. 1 pkt 2 usdg, usługodawca powinien **nieodpłatnie udostępnić usługobiorcy regulamin przed zawarciem umowy** o świadczenie usług. Postanowienia regulaminu stanowią bowiem integralną część umowy o świadczenie usług drogą elektroniczną pod warunkiem, że zostaną prawidłowo inkorporowane do treści umowy, a więc prawidłowo udostępnione konsumentowi. Wprawdzie skarżony przedsiębiorca zamieścił link do regulaminu świadczenia usług drogą elektroniczną na stronie internetowej <http://zrob-test.pl>, jednak sposób, w jaki to zrobił (mało widoczny napis na dole strony), ujawnia jego zamiar, polegający na utrudnieniu konsumentowi skorzystania z tego regulaminu. **Dobrym zwyczajem jest** w istocie praktyka przeciwna – **takie prezentowanie odnośnika do regulaminu, aby przeciętny konsument mógł z łatwością się z nim zapoznać** (np. obowiązek akceptacji regulaminu przed zawarciem umowy, wyeksponowany odnośnik do regulaminu w momencie podejmowania decyzji dot. umowy). Wykonanie obowiązku informacyjnego wymaga bowiem nie tylko udostępnienia przez przedsiębiorcę obowiązkowych informacji (w większości zawartych w regulaminie), ale również przekazania informacji w prawidłowy sposób, umożliwiający konsumentowi rzeczywiste zapoznanie się z informacją. Informacje powinny być łatwe do odczytania (zapisane odpowiedniej wielkości czcionką), jednoznaczne i zrozumiałe dla konsumenta.

W tym miejscu przypomnieć należy, iż ustawa o swobodzie działalności gospodarczej kreuje po stronie przedsiębiorcy obowiązek wykonywania działalności gospodarczej z poszanowaniem dobrych obyczajów oraz słuszych interesów konsumentów. Z dobrymi obyczajami kłóci się takie postępowanie, którego celem jest zdezorientowanie konsumenta, wykorzystanie jego niewiedzy, czyli takie postępowanie, które uznawane jest jako nieuczciwe, nierzetelne, sprzeczne z ogólnie przyjętymi standardami działania.²⁶ Nie ulega zatem wątpliwości, że **skarżony przedsiębiorca swym zachowaniem narusza dobre obyczaje**. Jednocześnie praktyka ta z dużym prawdopodobieństwem **prowadzi do zniekształcenia zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta**, który podejmuje decyzję o skorzystaniu z usługi, której inaczej – tj. gdyby był świadomy m.in. jej odpłatności i powiązania z inną płatną usługą – by nie podjął. Relatywnie czytelnie przedstawione informacje dot. przedmiotu i kosztu usług konsument może znaleźć jedynie w regulaminie, który przedsiębiorca stara się – mimo pozorów udostępnienia – ukryć przed użytkownikiem strony.

Mając na uwadze powyższe, Prezes UOKiK uznał, iż **opisane zachowanie przedsiębiorcy stanowi nieuczciwą praktykę rynkową**, o której mowa w art. 4 ust. 1 upnpr, gdyż jest sprzeczne z dobrymi obyczajami, a jednocześnie w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta (zdefiniowanego w części uzasadnienia odnoszącej się do bezprawności naruszenia z pkt. I. 2. sentencji decyzji) w związku z zawarciem umowy. Oznacza to, że zachowanie to jest bezprawne, a zatem może być, w przypadku zaistnienia wszystkich pozostałych przesłanek, uznane za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów.

Przesłanka naruszenia zbiorowych interesów konsumentów

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów sformułowała definicję negatywną pojęcia zbiorowego interesu konsumentów, stwierdzając w art. 24 ust. 3, że nie jest nim suma indywidualnych interesów konsumentów. W świetle art. 1 ust. 1 wyżej wymienionej ustawy należy przyjąć, że **ze zbiorowymi interesami konsumentów mamy do czynienia wówczas, gdy działania przedsiębiorcy są powszechne i mogą dotknąć każdego potencjalnego konsumenta będącego kontrahentem przedsiębiorcy**. Przedmiotem ochrony nie są zatem interesy indywidualnego konsumenta lub grupy indywidualnych konsumentów, ale wszystkich – aktualnych lub potencjalnych klientów – traktowanych jako grupa uczestników rynku zasługująca na szczególną ochronę (por. wyrok SA w Warszawie z dnia 10 lipca 2008r., sygn. VI ACa 306/08)²⁷.

Stanowisko to potwierdzone zostało również w orzecznictwie Sądu Najwyższego, który w uzasadnieniu wyroku z dnia 12 września 2003 r. (sygn. akt: I CKN 504/01) stwierdził, iż: „*nie jest zasadne uznawanie, że postępowanie z tytułu naruszenia ustawy antymonopolowej można wszczynać*

²⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dn. 8 października 2008 r. (sygn. Akt VI ACa 772/08).

²⁷ D. Miąsik, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 962.

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 liczby potencjalnych konsumentów”.

W ocenie Prezesa UOKiK, zakwestionowane w przedmiotowej decyzji zachowanie Krzysztofa Żelskiego, polegające na, po pierwsze, stosowaniu nieuczciwych praktyk rynkowych, po drugie, na naruszaniu obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji, godzą w zbiorowe interesy konsumentów. Stroną umowy zawieranej przez skarżonego przedsiębiorcę mogli być potencjalnie wszyscy użytkownicy sieci Internet zamierzający skorzystać z „Testu ciężowego” zamieszczonego na stronie <http://zrob-test.pl>. Zatem krąg adresatów praktyki nie był z góry określony.

Na poparcie powyższego należy przytoczyć pogląd, jaki zaprezentował Sąd Okręgowy w Warszawie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z 13 stycznia 2009r., zgodnie z którym **jeżeli potencjalną daną praktyką przedsiębiorcy może być dotknięty każdy konsument w analogicznych okolicznościach, to ma miejsce naruszenie zbiorowych interesów (sygn. akt: XVII Ama 26/08)**. W świetle powyższego, należy stwierdzić, iż w rozpatrywanym stanie faktycznym, zachowanie Krzysztofa Żelskiego nie dotyczyło interesów poszczególnych osób, których sprawy mają charakter jednostkowy, indywidualny i nie dający się porównać z innymi, lecz wpływało niekorzystnie na interesy potencjalnie nieokreślonego kręgu konsumentów, których sytuacja jest identyczna i wspólna dla całej, licznej grupy ewentualnych kontrahentów przedsiębiorcy.

Jak wyżej wykazano, Prezes UOKiK, mający na celu ochronę zbiorowego interesu konsumentów, jest zobligowany do podjęcia stosownych działań w przypadku choćby potencjalnego zagrożenia interesu nieograniczonego kręgu osób, który ma miejsce w niniejszej sprawie.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że wszystkie przesłanki z art. 24 ust 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zostały spełnione, co oznacza, iż Krzysztof Żelski dopuścił się stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Zaniechanie stosowania praktyki

Zgodnie z dyspozycją art. 27 ust.1 uokik nie wydaje się decyzji o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i nakazującej zaniechanie jej stosowania, jeżeli przedsiębiorca zaprzestał zabronionych działań, o których mowa w art. 24 uokik. W takim przypadku **Prezes UOKiK wydaje decyzję o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i stwierdzającą zaniechanie jej stosowania**, jednakże ciężar udowodnienia tej okoliczności spoczywa na przedsiębiorcy (art. 27 ust. 2 i 3 uokik).

W niniejszej sprawie, przedsiębiorca pismami z 14 i 15 września 2011 r., stanowiącymi ustosunkowanie się do postanowienia o wszczęciu niniejszego postępowania (RBG-138/2011), oświadczył, iż zaniechał stosowania zarzucanych mu praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Jak wskazywano już wcześniej, Prezes UOKiK dokonał sprawdzenia tych twierdzeń, poprzez kontrolę strony internetowej <http://zrob-test.pl> i co do zasady potwierdził ich prawdziwość.

Krzysztof Żelski nie wykazał jednak w żaden sposób, że zamieścił na ww. stronie informacje o imieniu i nazwisku (jest tylko tzw. określenie dobrowolnie obrane - KALPIX), ani też o organie, który przedsiębiorcę zarejestrował i pod jakim numerem. W tym zakresie, nie można uznać, iż doszło do zaniechania naruszeń, gdyż faktycznie jeszcze trwają. Informacja o imieniu i nazwisku przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną jest o tyle istotna, że pozwala konsumentowi poprawnie adresować swoje roszczenia, a w razie potrzeby – określić pozwanego w postępowaniu sądowym. Natomiast dane rejestrowe pozwalają upewnić się, że dana osoba jest przedsiębiorcą, a zatem, że spełniła określone formalności i widnieje w publicznych rejestrach, co ją uwiarygodnia, ale także, że stosuje się do niej reżim prawny odpowiedni dla przedsiębiorców. To ostatnie oznacza zwłaszcza wymagany od przedsiębiorcy podwyższony poziom należytej staranności, jak również – z drugiej strony – szczególnie uprawnienia kontrahenta przedsiębiorcy, który jest konsumentem. Prezes UOKiK

w opisanym zakresie wydał, na podstawie art. 26 ust. 1 uokik, decyzję o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i nakazującą zaniechanie jej stosowania.

Odnośnie pozostałych naruszeń, zawartych w punkcie I sentencji zostały one zaniechane, a za datę zaprzestania tych antykonsumenckich praktyk uznano, 14 września (dane przedsiębiorcy – pkt. I. 3. lit. a) i 15 września (pozostałe w pkt. I) 2011 r.

Wobec powyższego orzeczono jak w punktach I i II sentencji decyzji.

Ad III.

Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* Prezes UOKiK ma kompetencje do ukarania przedsiębiorcy poprzez nałożenie na niego kary pieniężnej w wysokości do 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeśli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów.

Nakładanie kar pieniężnych w świetle wyżej przywołanego przepisu odbywa się co prawda na zasadzie fakultatywności, niemniej jednak – jak określa się w doktrynie – stosowanie kar pieniężnych powinno mieć miejsce w przypadkach dostatecznie wykształconych w praktyce reguł stosowania przepisów dotyczących naruszenia zbiorowych interesów konsumentów.²⁸

Wskazane powyżej akty prawne dotyczące nieuczciwych praktyk rynkowych oraz regulujące obrót konsumencki realizowany bez jednoczesnej obecności obu stron przy użyciu środków porozumiewania się na odległość obowiązują już kilka lat. Prowadzenie zatem działalności gospodarczej w takiej formie nie może odbywać się z pominięciem tych przepisów, zwłaszcza, że konsekwencje ich naruszenia są znane dzięki orzecznictwu Prezesa UOKiK dostępnemu na stronie internetowej http://uokik.gov.pl/decyzje_prezesa_uokik3.php i upowszechnianemu przez środki masowego przekazu.²⁹ Jeżeli zatem przedsiębiorca nie realizuje obowiązków wynikających z przywołanych w sentencji decyzji aktów prawnych, jego działanie uznać należy za zawinione. Nienależyte wykonanie obowiązków informacyjnych, z którą to okolicznością mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie, uzasadnia zatem uczynienie kontrahentowi konsumenta zarzutu niezachowania należytej staranności.

Na decyzję Prezesa o nałożeniu kary na przedsiębiorcę wpływ miał nadto przedmiot działalności Strony, a mianowicie oferowanie usług (subskrypcji) typu Premium SMS MT, czyli płatnych przez odbiorcę. Jak wskazują wspólne ustalenia Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (UKE) i Prezesa UOKiK, w tego typu działalności dochodzi ze strony przedsiębiorców do licznych nadużyć na niekorzyść konsumentów, zwłaszcza związanych z niedostatkami informacji o usłudze, w tym o jej zasadach i kosztach. W obliczu coraz większej powszechności usług Premium SMS, a co za tym idzie większej skali naruszeń, opracowane zostały standardy oferowania wspomnianych usług, w postaci Certyfikatu Prezesa UKE, które przedsiębiorca może przyjąć do stosowania jako kodeks dobrych praktyk w powyższym zakresie.³⁰ Waga problemu, na którą wskazuje duże zainteresowanie organu regulacyjnego na rynku telekomunikacyjnym, skłoniła Prezesa UOKiK do nałożenia kary pieniężnej na Krzysztofa Żelskiego. Ponadto orzecznictwo sądowe wskazuje, że w przypadku kar przesłankami,

²⁸ M. Król - Bogomilska [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ...* op. cit., str. 1614.

²⁹ Patrz m.in. decyzje Prezesa UOKiK: Nr RBG-11/2010 z 19.07.2010 r. (Małgorzata Czwiertnia KOYTO.PL), Nr RBG-20/2010 z 20.12.2010 r. (PRONATAN Natan Zieliński), Nr RPZ-30/2010 z 21.12.2010 r. (Internetq Poland sp. z o.o.), Nr RWR-6/2010 z 31.03.2010 r. (Eller Service s.c. – pobieraczek.pl). Patrz również informacje w mediach, m.in.: <http://www.tvn24.pl/1,1688305,druk.html> (stan na dzień 18.11.2011 r.), <http://www.komputerswiat.pl/newsy/internet/2011/01/puste-sms-y-za-gruba-kase-ukarane.aspx> (stan na dzień 18.11.2011 r.), <http://finanse.wp.pl/kat.1342,title.UOKiK-bezcenne-SMSy.wid.13002927.wiadomosc.html?tid=1d676> (stan na dzień: 18.11.2011 r.).

³⁰ Por. Nowy Certyfikat Prezesa UKE Premium Rate Fair Play – komunikat UKE dostępny na stronie: http://www.uke.gov.pl/uke/index.jsp?news_cat_id=351&news_id=6947&layout=3&page=text&place=Lead01 oraz inne komunikaty na stronie internetowej UKE www.uke.gov.pl dotyczące usług SMS Premium Rate.

które należy brać pod uwagę, są m.in.: potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów ustawy oraz cele, jakie kara ma osiągnąć (por.: wyrok Sądu Najwyższego z 27.06.2000 r., sygn. akt I CKN 793/98).

Mając na względzie powyższe oraz wagę dokonanych przez Krzysztofa Żelskiego naruszeń, Prezes UOKiK postanowił skorzystać z uprawnienia do nałożenia kary pieniężnej z tytułu naruszenia zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie zawiera zamkniętego katalogu przesłanek, od których uzależniona jest wysokość kar nakładanych na przedsiębiorców. W art. 111 uokik wskazano jedynie przykładowo, iż organ ochrony konkurencji i konsumentów winien wziąć pod uwagę okres, stopień i okoliczności naruszenia przepisów ustawy oraz uprzednie naruszenia przepisów ustawy.

Odnośnie okresu naruszenia, Prezes UOKiK ustalił, iż wyniósł on ponad 1 rok, tzn. praktyki trwały od 30 sierpnia 2010 r. do dnia 15 września 2011 r., co uznaje się za naruszenie długotrwałe. Krzysztof Żelski nie naruszył natomiast dotychczas przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Jeśli chodzi o stopień i okoliczności naruszenia ustawy to zostały one wzięte pod uwagę przy ocenie każdego naruszenia z osobna.

Podkreślić nadto należy, iż nakładana przez Prezesa UOKiK kara finansowa pełni trojaką funkcję: represyjną, prewencyjną i edukacyjną. Ustalając wymiar kary należy wziąć przede wszystkim pod uwagę funkcję prewencyjną kar, w tym prewencję ogólną. Kara bowiem winna być ustalona tak, aby powstrzymać przedsiębiorcę stosującego praktykę oraz innych przedsiębiorców przed stosowaniem w przyszłości tego typu praktyk w obrocie z konsumentami. Zważyć także należy na dużą skalę naruszeń zbiorowych interesów konsumentów przez przedsiębiorców prowadzących działalność za pomocą sieci Internet, a także wykorzystujących w swojej działalności usługę SMS Premium MT, tj. SMS-y płatne przez odbiorcę. Zachodzi zatem konieczność wymierzenia kary o takiej wysokości, która zniechęci przedsiębiorców do stosowania wyżej opisanych praktyk, czy to w postaci zaniechania obowiązków informacyjnych, czy też zachowań wprowadzających konsumentów w błąd.

W niniejszym postępowaniu ustalono, iż naruszenia, o których mowa w sentencji decyzji, trwały ok. 1 roku. W ocenie Prezesa UOKiK, każda z praktyk miała charakter naruszenia na etapie zawierania kontraktu, przy czym naruszenia opisane w pkt I.3. lit a i lit. b oraz pkt. II. sentencji niniejszej decyzji mają również wpływ na jego wykonywanie (naruszenie obowiązków informacyjnych).

Krzysztof Żelski w roku poprzedzającym wydanie niniejszej decyzji, tj. 2010, osiągnął **przychód w wysokości 212 295, 28 zł**, co oznacza, że **maksymalna kara za każdą z praktyk wynosi 21 230 zł**, co stanowi 10% przychodu.

Ad. III. 1. Kara za naruszenia opisane w pkt. I. 1. i pkt. I. 2. (stosowanie nieuczciwych praktyk rynkowych)

Pierwsza z kar określona w sentencji niniejszej decyzji **wymierzona została łącznie** za wprowadzanie konsumentów w błąd odnośnie ceny usługi, a mianowicie za niezgodne z prawdą prezentowanie jej jako darmowej, a także za nieujawnienie handlowego celu praktyki i zatajeniu powiązania nieodpłatnej usługi z odpłatną, tj. za naruszenia powstałe na etapie zawierania kontraktu. Istotą naruszeń na etapie zawierania kontraktu w omawianej sytuacji jest zachowanie przedsiębiorcy wobec konsumenta wyrażającego zamiar zawarcia kontraktu, polegające na naruszeniu przepisów prawa lub dobrych obyczajów, wpływającym na treść kontraktu.

Przy ustalaniu niniejszej kary należy rozważyć wagę naruszenia, która powinna być ustalana przez pryzmat jego szkodliwości. Praktyka, o której mowa jest szczególnie naganna, jako że przedsiębiorca ma na celu dezinformację konsumenta odnośnie ceny, która stanowi *essentialia negotii* umowy. Szkodliwość jest tym większa, że prowadzący stronę internetową nie wskazuje w miejsce prawdziwej ceny na inną, lecz wielokrotnie informuje o całkowitej bezpłatności produktu. Adresatami tych komunikatów są użytkownicy Internetu przyzwyczajeni do korzystania z darmowych, ogólnodostępnych zasobów sieci światowej, którzy nie mają możliwości zweryfikowania

przedstawianych im przez przedsiębiorcę informacji o usłudze. Przedsiębiorca, jako zobowiązany do szczególnej staranności i poszanowania praw konsumentów, powinien był spodziewać się, że fałszywe oznaczenie usługi jako darmowej będzie stanowiło naruszenie prawa.

Również wagę drugiego naruszenia (pkt. I. 2 sentencji – nieujawnienie handlowego celu praktyki i zatajenie powiązania dwóch usług - bezpłatnej z płatną) uznano za znaczną, gdyż nastąpiło na etapie zawierania umowy i polegało na dezinformacji odnośnie ceny i wszelkich innych kosztów, jak również samego zamiaru prowadzącego stronę internetową wobec jej użytkownika. Ten ostatni miał przekonanie, że korzysta z treści bezpłatnych, natomiast przedsiębiorca, stwarzając pozory bezpłatnego quizu, w rzeczywistości chciał konsumenta „złapać w pułapkę”, tj. skłonić do wysłania SMS-a uruchamiającego automatycznie płatną usługę CIAZA. Dopiero usługa CIAZA przynosiła Krzysztofowi Żelskiemu korzyści – udział w opłatach za przychodzące do konsumentów SMS-y. Jest to praktyka szkodliwa dla interesów ekonomicznych konsumenta, na co wskazywano już wcześniej w uzasadnieniu. Przedsiębiorca korzysta bowiem z systemu Premium SMS MT, w którym do użytkownika telefonu komórkowego automatycznie wysyłane są SMS-y określonej treści, za które płaci odbiorca. Wyłączenie usługi wymaga natomiast inicjatywy abonenta, co oznacza, że w przypadku niepodjęcia żadnego działania, jest on narażony na kolejne koszty z tytułu otrzymywanych wiadomości tekstowych, co jest oczywiście korzystne dla przedsiębiorcy. Problemem w niniejszej sprawie nie jest samo zastosowanie wysyłki typu Premium SMS MT, które może być bardzo przydatne w prowadzeniu działalności gospodarczej i nie jest zabronione, lecz postawa przedsiębiorcy, który dąży do dezinformacji konsumenta. Takie zachowania są negatywnie oceniane nie tylko przez Prezesa UOKiK, ale również Prezesa UKE, który w obliczu rosnącej skali nieuczciwych działań w powyższym zakresie, doprowadził do przygotowania kodeksu dobrych praktyk dla przedsiębiorców korzystających z systemów obsługi SMS-ów o podwyższonej płatności (Premium SMS). Opisane zachowania Krzysztofa Żelskiego, polegające na zaniechaniu podania istotnych informacji, zdecydowanie nie odpowiadają ustalonym standardom.

Dodatkowo, zdaniem Prezesa UOKiK, wskazane naruszenia można uznać za długotrwałe, gdyż trwały ponad rok.

Mając na uwadze powyższe, w oparciu o wartość przychodu skarżonego przedsiębiorcy, ustalono kwotę bazową kary dla powyższych naruszeń w wysokości 1273,77 zł, co stanowi **0,6 % przychodu**.

Po ustaleniu kwoty bazowej należy rozważyć wystąpienie okoliczności łagodzących i obciążających, które mają wpływ na wysokość kary. Prezes UOKiK stwierdził zaniechanie omawianych naruszeń poprzez wprowadzenie odpowiednich zmian na stronie internetowej, co stanowi okoliczność łagodzącą i obniża wymiar kary o 30% kwoty bazowej. Jednocześnie ustalono również okoliczność obciążającą, jaką jest ogólnopolski zasięg oddziaływania kwestionowanej praktyki, co powoduje podwyższenie kary o 20% kwoty bazowej. Ostatecznie zatem, po uwzględnieniu wyżej wymienionych okoliczności - łagodzącej i obciążającej – kwotę bazową kary obniżono o 10%.

W związku z powyższym, organ ochrony konkurencji i konsumentów postanowił nałożyć na Krzysztofa Żelskiego karę w wysokości **1146 zł**, co odpowiada **0,54% przychodu** przedsiębiorcy osiągniętego w 2010 r. i równocześnie stanowi 5,4% kary maksymalnej. Kara w takim wymiarze jest adekwatna do stopnia naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i adekwatna do możliwości finansowych przedsiębiorcy.

Ad. III. 2 – 4. Kara za naruszenia obowiązków informacyjnych

Druga z kar określonych w niniejszej decyzji wymierzona została w związku z naruszeniem obowiązku informacyjnego, które objawiło się poprzez zaniechanie podania konsumentom, w związku ze świadczonymi usługami, informacji o adresie zamieszkania przedsiębiorcy oraz jego numerze identyfikacji podatkowej (**pkt. I. 3. lit. a. sentencji**). Naruszenie to mogło zniekształcać zachowania rynkowe konsumentów na etapie zawierania umowy i mieć wpływ na jej wykonywanie, a zatem oddziaływać na kontrahenta przedsiębiorcy na dwóch etapach kontraktowania.

Oceniając wagę i szkodliwość naruszenia, Prezes uznał, że pominięcie powyższych informacji może utrudnić kontakt konsumenta z przedsiębiorcą, zwłaszcza w przypadku wystąpienia jakichkolwiek roszczeń związanych z wykonywaniem umowy. Można domniemywać, że przedsiębiorca stosujący nieuczciwe praktyki rynkowe celowo nie podaje ważnych informacji o sobie, aby uniemożliwić taki kontakt. Tak jak w poprzednich przypadkach, Prezes UOKiK wziął pod uwagę również długotrwałość naruszenia (ponad rok).

Mając powyższe na względzie, kwotę bazową kary ustalono na poziomie **0,15% przychodu przedsiębiorcy**, tj. w wysokości 318,44 zł. Po uwzględnieniu przesłanki łagodzącej (zaniechanie poprzez umieszczenie odpowiednich informacji na stronie) obniżono wskazaną kwotę o 30%, a następnie podwyższono o 20% kwoty bazowej wskutek stwierdzenia przesłanki obciążającej (ogólnopolski zasięg naruszenia). W efekcie, kwotę bazową obniżono o 10%.

Prezes UOKiK postanowił wymierzyć karę w wysokości **287 zł**, co stanowi **0,135% przychodu przedsiębiorcy** za rok 2010 r. i 1,35% kary maksymalnej, uznając ją za adekwatną do stopnia naruszenia przepisów i możliwości finansowych skarżonego.

Trzecia z kar została wymierzona w związku z naruszeniem przez Krzysztofa Żelskiego obowiązku informacyjnego poprzez umieszczenie odnośnika (linku) do regulaminu serwisu w sposób utrudniający konsumentowi odnalezienie go na stronie internetowej, a w konsekwencji zapoznanie się z tymże regulaminem przed rozwiązaniem testu (**pkt. I. 3. lit. b. sentencji**). Naruszenie dotyczy etapu zawierania kontraktu z przedsiębiorcą i oddziałuje na wykonywanie umowy.

Przepisy prawa nie wskazują wprost, w jaki sposób prowadzący stronę internetową powinien udostępnić wzorzec umowy (regulamin) konsumentowi, jednakże kwestią dobrego obyczaju jest takie zamieszczenie odnośnika do niego, aby użytkownik strony, albo z łatwością go odnalazł (w bezpośredniej bliskości komunikatów dotyczących oferowanej usługi lub treści z nią związanych) albo wręcz nie mógł zawrzeć umowy bez oświadczenia o akceptacji postanowień regulaminu. Przede wszystkim konsument, najpóźniej w chwili złożenia mu propozycji zawarcia umowy bez jednoczesnej obecności stron, powinien być poinformowany o szeregu danych, w tym o cenie czy istotnych właściwościach świadczenia. Te informacje znajdują się tylko w regulaminie.

Skoro, jak wskazywano, strona WWW zdaje się oferować bezpłatne usługi, korzystający z niej nie szuka regulaminu, gdyż nie spodziewa się żadnych, zwłaszcza finansowych, konsekwencji niezapoznania się z nim. W ocenie Prezesa UOKiK, sposób, w jaki udostępniono regulamin serwisu jest szkodliwy – zwłaszcza w powiązaniu z pozostałymi naruszeniami. Omawiana praktyka wzmacnia pozostałe, gdyż przedsiębiorca, zasadniczo spełniając wymóg umieszczenia na stronie regulaminu, *de facto* ukrywa go przed konsumentem.

Tak jak w pozostałych przypadkach, również w niniejszym organ ochrony konkurencji i konsumentów przy ocenie wagi naruszenia wziął pod uwagę ponadroczny okres jego trwania.

Mając na względzie powyższe, kwotę bazową ustalono na poziomie **0,15% przychodu przedsiębiorcy**, tj. w wysokości 318,44 zł. Uwzględniono przesłankę łagodzącą (zaniechanie poprzez wyeksponowanie odnośników do regulaminu), co obniżyło karę o 30% i przesłankę obciążającą (ogólnopolski zasięg naruszenia), co podwyższyło ją o 20% kwoty bazowej. Ostatecznie, w wyniku powyższych obliczeń, obniżono kwotę bazową kary o 10% i wymierzono karę w wysokości **287 zł**, co stanowi **0,135% przychodu przedsiębiorcy** za rok 2010 r. i 1,35% kary maksymalnej. Prezes UOKiK uznał tak ustaloną karę za adekwatną do stopnia naruszenia i współmierną do możliwości finansowych przedsiębiorcy.

Czwartą karę wymierzono za naruszenie obowiązku informacyjnego, którego dopuścił się przedsiębiorca poprzez zaniechanie podania konsumentom, w związku ze świadczonymi usługami, informacji o swoim imieniu i nazwisku oraz organie, który zarejestrował działalność gospodarczą przedsiębiorcy i numerze, pod którym przedsiębiorca został (**pkt. II sentencji**). Naruszenie to mogło zniekształcać zachowania rynkowe konsumentów na etapie zawierania umowy i mieć wpływ na jej wykonywanie, a zatem oddziaływać na kontrahenta przedsiębiorcy na dwóch etapach kontraktowania.

Zdaniem Prezesa UOKiK, przedsiębiorca, który nie podaje swojego imienia i nazwiska oraz danych rejestrowych pozostaje anonimowy i może uchylić się od ewentualnej odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, co oznacza, iż konsument pozbawiony jest ochrony prawnej. W tym wypadku, kontrahent przedsiębiorcy, nie tylko nie wie, pod jaki adres kierować ewentualne roszczenia, ale nie ma żadnej wiedzy na temat tożsamości drugiej strony umowy.

Omawiane naruszenie zostało wyodrębnione (**pkt. II sentencji**) w celu wymierzenia osobnej kary, gdyż – mimo wezwania Prezesa UOKiK – Krzysztof Żelski nie podał na stronie internetowej swojego imienia i nazwiska, ani też wspomnianych danych rejestrowych. Długotrwałość naruszenia oznacza w tym przypadku, że naruszenie trwa od 30 sierpnia 2010 r. aż dotychczas.

Uwzględniając powyższe okoliczności, kwotę bazową kary ustalono na poziomie **0,15 % przychodu przedsiębiorcy** za rok 2010 r., tj. w wysokości 318,44 zł. Prezes UOKiK podwyższył tak obliczoną karę o 20% ze względu na ogólnopolski zasięg naruszenia, w rezultacie czego wymierzono karę w ostatecznej wysokości **382 zł**, co stanowi **0,18 % przychodu przedsiębiorcy** i 3,6% kary maksymalnej. Kara w takim wymiarze jest adekwatna do stopnia naruszenia i współmierna do możliwości finansowych przedsiębiorcy.

Prezes UOKiK uznał za zasadne dokonanie osobnych kalkulacji kar w odniesieniu do trzech naruszeń obowiązków informacyjnych określonych powyżej (pkt. I. 3 lit. a i lit. b. oraz pkt. II sentencji) ze względu na różne rodzaje bezprawnych zachowań (czynne i bierne), jak również na fakt zaniechania naruszeń w dwóch przypadkach i niezaniechanie w pozostałym (pkt. II sentencji). Jednakże w rzeczywistości wszystkie trzy praktyki, należące do jednej kategorii (naruszeń obowiązków informacyjnych) – choć mogły wystąpić niezależnie od siebie – wzmacniały razem antykonsumencki charakter działań przedsiębiorcy. Podsumowując zatem, trzy kary wymierzone w związku z nierzetelnym informowaniem konsumentów osiągnęły łącznie wysokość **956 zł**, co stanowi **0,45% przychodu przedsiębiorcy za rok 2010** i 4,5% kary maksymalnej.

Prezes UOKiK uznał, że orzeczone kary prawidłowo spełnią zarówno funkcję represyjną, jak i swoje zadania w zakresie prewencji generalnej i indywidualnej, zapobiegając stosowaniu podobnych naruszeń w przyszłości, zarówno przez Krzysztofa Żelskiego, jak i przez innych przedsiębiorców świadczących usługi drogą elektroniczną. Jeśli chodzi o prewencję ogólną i cel wychowawczy decyzji, to zdaniem Prezesa UOKiK, orzeczone kary, będą odstraszać przedsiębiorców przed oferowaniem konsumentom usług typu Premium SMS w sposób nierzetelny lub nieuczciwy.

Wobec powyższego orzeczono jak w punkcie III sentencji decyzji.

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów karę pieniężną należy uiścić w terminie **14 dni** od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji na rachunek bankowy Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w **NBP o/o Warszawa** na nr **51 1010 1010 0078 7822 3100 0000**.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* w związku z art. 479²⁸ §2 *Kodeksu postępowania cywilnego* od niniejszej decyzji przysługuje stronie odwołanie, które wnosi się za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Bydgoszczy do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia.

*Z up. Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Dyrektor Delegatury w Bydgoszczy
Dorota Karczewska*

Otrzymują:

- 1. Krzysztof Żelski KALPIX
ul. Orzeszkowej 9
05-091 Ząbki**
2. a/a.