



**PREZES  
URZĘDU OCHRONY  
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW  
CEZARY BANASIŃSKI**

DDK-61-47/03/04/ISz

Warszawa, dn. 18 sierpnia 2004 r.

**DECYZJA Nr 13/2004**

Na podstawie art. 23 c ust. 1 w związku z art. 23 a ust 1 i 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 2003 r. Nr 86, poz. 804, Dz.U. z 2003 r. Nr 60, poz. 535 i Nr 170, poz. 1652, Dz.U. z 2004 r. Nr 93, poz. 891 i Dz.U. Nr 96, poz. 959), zwanej dalej UoOKiK, po przeprowadzeniu z urzędu postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów,

**I. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zwany dalej Prezesem Urzędu, uznaje że**

praktyki stosowane przez Klub Wakacyjny Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Jagiellońska 15, zwanej dalej Stroną, polegające w szczególności na :

1. w przypadku umów zobowiązujących do zapewnienia pobytu w ośrodkach wakacyjnych tzw. Certyfikatów:
  - pobieraniu opłat za wydanie Certyfikatu – stanowiącego dowód wygranej oraz potwierdzenie umowy zobowiązującej do zapewnienia pobytu w ośrodkach wakacyjnych, bez możliwości zapoznania się z jego treścią,
  - pobieraniu opłat za wydanie Certyfikatu w przypadku odstąpienia konsumentów od umowy.
2. w przypadku umów typu time-share:
  - pobieraniu od konsumentów świadczeń określonych w umowie time-share przed upływem terminu do odstąpienia od umowy,
  - pobieraniu zbyt wygórowanej kary umownej w przypadku odstąpienia konsumentów od umowy,
3. prowadzeniu działań marketingowych polegających na:

- stosowaniu praktyk polegających na nakłanianiu konsumentów do nabycia usługi, w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami i naruszający obowiązek udzielania rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji,
- stosowaniu reklamy wprowadzającej w błąd i wpływającej na decyzję konsumenta o nabyciu usługi,
- przesyłaniu niezamówionej informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy za pomocą środków komunikacji elektronicznej.

**za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów**, o której mowa w art. 23a ust. 2 UoOKiK, polegającą na naruszeniu obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji, prowadzeniu reklamy wprowadzającej w błąd oraz stosowaniu czynów nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust.1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), zwanej dalej uznk, art. 16 ust. 1 pkt 2 uznk oraz art. 10 ust. 3 w zw. z art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. Nr 144, poz. 1204 i Dz.U. z 2004 r. Nr 96, poz. 959) i **nakazuje zaniechanie jej stosowania.**

**II. Prezes Urzędu na podstawie art. 23d UoOKiK uznaje, że praktyka stosowana przez Klub Wakacyjny Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Jagiellońskiej 15, w zakresie prowadzenia praktyki marketingowej polegającej na wysyłaniu na prywatne numery telefonów sms- a o treści: „Wygrałeś tygodniowy wypoczynek. Sprawdź gdzie. Zadzwoń nr telefonu (...) + odpowiedni kod (...)” nie wypełnia znamion czynu nieuczciwej konkurencji zdefiniowanego w art. 16 ust. 1 pkt 5 uznk w zakresie reklamy, która stanowi ingerencję w sferę prywatności konsumenta poprzez nadużywanie technicznych środków przekazu informacji i nie narusza zbiorowych interesów konsumentów.**

## UZASADNIENIE

Klub Wakacyjny Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Jagiellońska 15, prowadzi działalność polegającą na:

- I. oferowaniu klientom jednorazowych pobytów w ośrodkach wakacyjnych w postaci tzw. Certyfikatów oraz
- II. - zawieraniu umów sprzedaży time-share.

Prawo do korzystania przez nabywcę z budynku lub pomieszczenia mieszkalnego, w oznaczonym czasie w każdym roku za zapłatą przedsiębiorcy ryczałtowego wynagrodzenia, zwane dalej time-share, podlega reżimowi ustawy dnia 13 lipca 2000 r. o ochronie nabywców korzystania z budynku lub pomieszczenia mieszkalnego w oznaczonym czasie w każdym

roku oraz o zmianie ustaw Kodeks cywilny, Kodeks wykroczeń i ustawy o księgach wieczystych i hipotece (Dz.U. Nr 74, poz. 855 ze zm.), zwanej dalej ustawą o „time-share”.

I. Kontakty z klientami nawiązywane są przez pracowników Strony poprzez wysyłanie na prywatne numery telefonów komórkowych sms-y o treści: „*Wygrałeś tygodniowy wypoczynek. Sprawdź gdzie. Zadzwoń nr telefonu (...) + odpowiedni kod (...)*”. Według wyjaśnień Strony numer abonamentu pozyskiwany jest w sposób losowy – komputer wybiera sekwencję cyfr i wysyła wiadomość na numer, który okaże się numerem aktywnym.

Po wykonaniu telefonu pod wskazany numer okazuje się, że odbiorca informacji wygrał pobyt w jednym z luksusowych ośrodków w kraju lub zagranicą.

Następnie, Strona przesyła imienny Certyfikat, który stanowi dowód wygranej, pod warunkiem wniesienia odpowiedniej opłaty. W ofercie Strony znajdują się dwa certyfikaty: Certyfikat określany jako Świat o nazwie własnej Klub Wakacyjny Sp. z o.o. oraz Certyfikat określany jako Teneryfa o nazwie własnej Bel Air – LaPinta. Z treści Certyfikatów wynika, że dokumenty te stanowią potwierdzenie zawarcia „umowy zobowiązującej do zapewnienia pobytu w ośrodkach wakacyjnych”, która upoważnia do jednorazowego skorzystania z pobytu w wybranym przez siebie ośrodku w ciągu 3 lat od momentu jego wystawienia.

Umowny charakter stosunku potwierdzają postanowienia Certyfikatów: „*Umowa zobowiązująca do zapewnienia pobytu w ośrodkach wakacyjnych*”, pkt 1 *Przedmiot umowy*”, 2. *Warunki realizacji* (Certyfikat Bel Air – LaPinta), „*Prawa i obowiązki posiadacza Certyfikatu zapewniającego pobyt w ośrodkach wakacyjnych*”, „*Przyjęcie Certyfikatu oznacza zawarcie umowy na warunkach określonych jego treścią*” (Certyfikat Świat).

Opłata za wydanie Certyfikatu, która jest warunkiem jego otrzymania, uiszczana jest do rąk listonosza jednorazowo lub w postaci pierwszej raty z chwilą wydania przesyłki, bez uprzedniej możliwości zapoznania się przez odbiorcę z jego treścią. Podczas rozmowy z telemarketerem klient otrzymuje informację o kosztach realizacji świadczenia. Ze skarg konsumentów wynika, że wszystkie te informacje są przekazywane w sposób nierzetelny i niezrozumiały, co wywołuje u konsumentów przekonanie, iż mają do czynienia z faktyczną wygraną i są zwolnieni jakichkolwiek kosztów pobytu w ośrodkach wypoczynkowych.

Po dokładnym zapoznaniu się z warunkami realizacji świadczenia (postanowienia Certyfikatu, ankiety zgłoszeniowej, kwestionariusza rezerwacyjnego), okazuje się, że wiadomość przekazywana za pośrednictwem sms-ów, stanowi jedynie formę promocji usług oferowanych przez Stronę. W praktyce proponowane wyjazdy łączą się także z innymi kosztami, np. m.in. koszty marketingowe, koszty serwisowo- rezerwacyjne, których wysokość zależy do miejsca położenia ośrodka wypoczynkowego (dzienna opłata serwisowo-turystyczna w wysokości 16 € od osoby, tygodniowa opłata serwisowo-turystyczna w wysokości 310 USD od osoby, jednorazowa opłata w wysokości 12 € od osoby ), opłaty klimatyczne, koszty serwisowo-rezerwacyjne.

Według informacji zawartych np. w Certyfikacie „Świat”, klient ma prawo do odstąpienia od umowy w ciągu 10 dni od momentu jej zawarcia. W takiej sytuacji konsument jest zobowiązany do pokrycia zryczałtowanych kosztów zawarcia umowy w wysokości 250 zł. Jak wynika np. z punktu trzeciego Płatności- koszty marketingowe wydania Certyfikatu (zawarcia umowy) stanowią równowartość 1/3 opłaty rezerwacyjnej.

W sytuacji, w której do zawiązania stosunku obligacyjnego dochodzi bez równoczesnej obecności obu stron przy pomocy środków porozumiewania się na odległość (w przedmiotowej sprawie- jest to w przypadku pierwszego kontaktu- telefon, a następnie - droga pocztowa), mamy do czynienia z zawarciem umowy na odległość w rozumieniu art. 6 ust. 1 w zw. z art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz odpowiedzialności wyrządzonej przez produkt niebezpieczny (Dz.U. Nr 22, poz. 271 ze zm.), zwanej dalej UoONPK. Niemniej jednak, informacje przekazywane przez konsumentów

wskazują, że wyegzekwowanie roszczeń z tytułu odstąpienia od umowy jest bardzo utrudnione. Według wyjaśnień Strony, „*Certyfikat nie jest umową a jedynie produktem marketingowym, który ma na celu promocję i zapoznanie się z ofertą time-share*”. W konsekwencji, zdaniem Strony, w takim wypadku nie mają zastosowania ochronne przepisy prawa konsumenckiego, w szczególności uprawnienia przysługujące konsumentom na podstawie UoONPK, w zakresie w jakim dotyczą umów zawieranych na odległość. Według odpowiedzi udzielanych konsumentom „*zawierane przez przedsiębiorcę umowy o udostępnienie apartamentu wakacyjnego nie są umowami o świadczenie usług turystycznych, w związku z tym, zgodnie ze sztywną literą prawa, Klient przyjmując certyfikat, nie zawarł umowy konsumenckiej, a zatem nie posiada uprawnień określonych treścią przepisów ustawy z dnia 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów (...)*” (pismo z dnia 02.07.2003 r. skierowane w odpowiedzi do Powiatowego Rzecznika Konsumentów w Piotrkowie Trybunalskim), ponadto, „*umowa nie stanowi umowy zawartej na odległość, ponieważ przy zawieraniu umów nie występuje element sprzedaży za pośrednictwem przedstawicieli handlowych odwiedzających klientów w ich miejscu zamieszkania lub pracy. W tej części w dystrybucji produktów marketingowych- Certyfikatów korzystamy z instytucji publicznej jaką jest Poczta Polska, co nie jest objęte katalogiem środków technicznych określonych w art. 6 ust 1 ustawy*” (pismo z dnia 03.11.2003 r. skierowane w odpowiedzi do Miejskiego Rzecznika Konsumentów w Warszawie oraz pismo z dnia 14.01.2004 r. skierowane w odpowiedzi do Pana Piotra Wierzchowskiego). „*Praktyka zaś polegająca na możliwości odstąpienia przez konsumentów od umowy w 10-dniowym terminie, wynika z ogólnie przyjętej przez przedsiębiorcę praktyki sprzedaży i szanowania obowiązujących w obrocie gospodarczym obyczajów.*”

II. Strona zawiera również umowy typu time-share. Sprzedaż prawa do czasowego korzystania z nieruchomości prowadzona jest przez pracowników Strony na spotkaniach jej w siedzibie. Z nadesłanych skarg wynika, że potencjalni klienci są sugestywnie i intensywnie przekonywani do natychmiastowego zawierania umów. Opisywane są im atrakcyjne warunki i rzekomo atrakcyjna, promocyjna cena. Prezentacja oferty bywa również łączona z losowaniem „specjalnej nagrody” (Certyfikaty uprawniające do jednorazowego pobytu w ośrodkach wakacyjnych, sprzęt RTV, rowery). Zaproszenie na organizowane spotkanie potencjalni uczestnicy otrzymują drogą telefoniczną za pośrednictwem pracowników Strony. Z informacji przekazywanych przez konsumentów w nadsyłanych skargach wynika, że najczęściej wylosowaną nagrodę stanowi Certyfikat.

Według informacji przekazywanych przez konsumentów w toku postępowania, praktyki marketingowe prowadzone przez Stronę w zakresie wypełniania obowiązku informacyjnego są nieuczciwe. Konsumenty wskazują na: brak rzetelnej informacji na temat warunków zawieranej umowy oraz rodzaju i jakości usługi: zawieranie umów w późnych godzinach nocnych, ogólny chaos, głośna muzyka, nakłanianie do natychmiastowego zawarcia umowy, przedstawianie oferty jako wyjątkowej okazji i promocji ważnej wyłącznie danego dnia czy wieczora zawarcia umowy, wręczanie egzemplarzy umowy i prospektów na krótko przed zakończeniem spotkania lub kilka dni po jej podpisaniu, jak również pobieranie zbyt wygórowanego odstępnego tytułem pokrycia kosztów zawarcia umowy, w sytuacji kiedy konsumenci odstępowali od umowy.

W dniu 19.01.2004 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na podstawie art. 44 ust. 1 w zw. z art. 23a ust. 2 UoOKiK, wszczął postępowanie w sprawie stosowania przez Klub Wakacyjny Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Jagiellońska 15,

praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 23a UoOKiK, polegających na:

1. naruszeniu obowiązku udzielenia konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji
2. stosowaniu reklamy wprowadzającej w błąd oraz
3. czynów noszących znamiona czynów nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk, w zakresie:
  - czynu nieuczciwej konkurencji zdefiniowanego w art. 3 ust. 1 uznk, polegającego na działaniu sprzecznym z prawem - w zakresie naruszenia art. 11 ust. 1 oraz art. 7 ust. 2 UoONPK, lub dobrymi obyczajami, które zagraża lub narusza interesy konsumentów,
  - czynu nieuczciwej konkurencji zdefiniowanego w art. 16 ust. 1 pkt 2 uznk, w zakresie reklamy wprowadzającej klienta w błąd i mogącej przez to wpłynąć na jego decyzję co do nabycia towaru lub usługi,
  - czynu nieuczciwej konkurencji zdefiniowanego art. 16 ust. 1 pkt 5 uznk w zakresie reklamy, która stanowi ingerencję w sferę prywatności konsumenta poprzez nadużywanie technicznych środków przekazu informacji oraz
  - czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 10 ust. 3 w zw. z art. 10 ust. 1 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, polegającego na przesyłaniu niezamówionej informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy za pomocą środków komunikacji elektronicznej.

Podstawę wszczęcia postępowania stanowiły ustalenia dokonane w wyniku przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego (sygn. DDK1-61-47/03/ISz), w szczególności kontroli przeprowadzonej przez Wojewódzki Inspektorat Inspekcji Handlowej w Warszawie w siedzibie przedsiębiorcy Klub Wakacyjny Sp. z o.o. (sygn. BK/ANU-076-28/03) oraz napływające do UOKiK i Rzeczników Konsumentów skargi konsumenckie.

Postanowienie o wszczęciu postępowania, wraz z zawiadomieniem, doręczono Stronie dnia 12.02.2003 r.

Pismem z dnia 19.02.2004 r. Strona, jak to określiła „pobieranie” ustosunkowała się do podniesionych zarzutów, podkreślając „wybiórczość i nierzetelność” w ustaleniu przez Prezesa Urzędu stanu faktycznego oraz prawnego. Kolejne pisma w sprawie z dnia 26.02.2004 r. oraz 16.04.2004 r. dotyczyły zarzutów dotyczących uchybień formalnych w prowadzonym przez Prezesa Urzędu postępowaniu. Stosownych wyjaśnień Prezes Urzędu udzielił pismami z dnia 29.03.2004 r. i 26.04.2004 r.

Na podstawie informacji otrzymywanych w toku postępowania, Prezes Urzędu postanowił o rozszerzeniu zakresu postępowania prowadzonego wobec Strony, w zakresie praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, polegającej na:

- pobieraniu od konsumentów świadczeń określonych w umowie time-share przed upływem terminu do odstąpienia od umowy, co może naruszać przepis art. 8 ust. 1 ustawy o „time-share”, zgodnie z którym *przed upływem terminu do odstąpienia od umowy przedsiębiorca nie może przyjmować od nabywcy żadnych świadczeń określonych w umowie.*

Postanowienie o zmianie postanowienia z dnia 19.01.2004 r. doręczono Stronie wraz z zawiadomieniem dnia 06.05.2004 r.

Zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 10 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz.U. z 2000 Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.), strona przed wydaniem decyzji miała możliwość wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań.

### **W trakcie postępowania Prezes Urzędu ustalił i zważył, co następuje:**

Ustalenia dokonane w toku postępowania dowodowego, w tym analiza skarg konsumenckich wykazały, konsumenci najczęściej spotykali się z następującymi problemami związanymi z działaniami Strony:

- a) w przypadku działań promocyjnych prowadzonych przez Stronę za pośrednictwem sms, polegających na przyznaniu nagrody w postaci Certyfikatu- potwierdzającego prawo do korzystania z apartamentu wakacyjnego:
  - nierzetelność informacji przekazywanych przez pracowników Strony na temat wygranej „nagrody” i warunków skorzystania z niej oraz wprowadzanie w błąd, co do rzeczywistej jakości, formy i rodzaju usługi,
  - brak możliwości zapoznania się z postanowieniami Certyfikatu i treścią pozostałych załączonych do niego dokumentów przed uiszczeniem odpowiedniej opłaty,
  - pobieranie opłat za odstąpienie od umowy Certyfikatu,a ponadto,
- b) w przypadku umów time-share zawieranych na specjalnie organizowanych prezentacjach:
  - prowadzenie sprzecznych z dobrymi obyczajami działań marketingowych zmierzających do zawarcia umowy time-share: (zawieranie umów w późnych godzinach nocnych, ogólny chaos, głośna muzyka, nakłanianie do natychmiastowego zawarcia umowy, przedstawianie oferty jako wyjątkowej okazji i promocji ważnej wyłącznie danego dnia czy wieczora zawarcia umowy),
  - brak rzetelnej informacji na temat warunków zawieranej umowy oraz rodzaju i jakości usługi,
  - wręczanie egzemplarzy umowy i prospektów na krótko przed zakończeniem spotkania lub kilka dni po jej podpisaniu,
  - pobieranie nazbyt wygórowanej kary umownej w przypadku odstąpienia konsumentów od umowy time-share.

**I.** Artykuł 23a ust. 2 UoOKiK za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów uznaje w szczególności naruszanie obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji, nieuczciwą lub wprowadzającą w błąd reklamę i inne czyny nieuczciwej konkurencji.

## 1. Naruszenie zbiorowych interesów konsumentów poprzez naruszenie obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji

Jednym z zasadniczych uprawnień przysługujących konsumentom z mocy obowiązujących regulacji ustawowych, jest obowiązek udzielania prawdziwej, rzetelnej i pełnej informacji.

Szczególnie rozbudowane obowiązki informacyjne ustawodawca przewiduje w tych stosunkach zobowiązaniowych, gdzie natura stosunku zobowiązaniowego jest szczególnie skomplikowana i tym samym wiąże się z istnieniem potencjalnych zagrożeń dla „przeciętnego” konsumenta. Tak jest w przypadku umów typu time-share. Zobowiązania informacyjne, które przewiduje ustawa o „time-share”, są tutaj niezwykle ważne, gdyż problemy, które się rodzą na tle omawianych usług wynikają przede wszystkim z niewiedzy konsumentów, co do istoty oferowanych produktów.

Pierwszym etapem, kiedy przedsiębiorca jest zobowiązany przedstawić konsumentowi dokładne informacje na temat oferowanych usług jest etap złożenia oferty w postaci prospektu. Można stwierdzić, że prospekt taki ma fundamentalne znaczenie dla konsumenta, zarówno z prawnego, jak i socjologicznego punktu widzenia. Obok swojej funkcji informacyjnej, spełnia on też funkcję umowną, a to z uwagi na fakt, że ze względu na rodzaj informacji w nim zawartych, stanowi on integralną część umowy (*vide*: art. 4 ust. 3 cyt. ustawy).

Zgodnie z dyspozycją art. 2 ustawy o „time-share”, przedsiębiorca jest zobowiązany doręczyć osobie zainteresowanej zawarciem umowy pisemny prospekt, który powinien być sporządzony, zgodnie z wolą osoby zainteresowanej, w języku urzędowym państwa, w którym osoba ta ma miejsce zamieszkania lub, którego jest obywatelem. Prospekt powinien być dostarczony konsumentowi w stadium przed zawarciem umowy. Sankcją za uchybienie temu obowiązkowi jest prawo konsumenta do odstąpienia od umowy, co przewiduje art. 6 ust. 3 cyt. ustawy, zgodnie z którym *jeżeli prospekt nie został nabywcy doręczony przed doręczeniem mu dokumentu umowy (...), nabywca ma prawo odstąpienia od umowy, o którym mowa w ust. 1, w terminie trzech miesięcy od doręczenia dokumentu umowy.*

Dowody zebrane w wyniku przeprowadzonego postępowania, w szczególności skargi konsumentki, wskazują, iż **działania Strony naruszają przewidziany prawem obowiązek informacyjny wobec konsumenta.** Z ustaleń Prezesa UOKiK wynika, że **prospekt wręczany jest konsumentom już po zawarciu umowy, bez możliwości wcześniejszego zapoznania się z jego treścią.**

Ustawodawca skoncentrował uwagę na zagrożeniach płynących z zaniechania rzetelnych praktyk informacyjnych, w kontekście uczciwej i niezafałszowanej konkurencji. Mając na względzie interes „świadomego” konsumenta ustawodawca zakwalifikował określone działania przedsiębiorców jako bezprawne, kwalifikując m.in. naruszenie obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji jako praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, z art. 23a ust. 2 UoOKiK.

W związku z powyższym, w ocenie Prezesa Urzędu **działania Strony polegające na wręczaniu konsumentom prospektu już po zawarciu umowy, naruszają obowiązek przedsiębiorcy wynikający z art. 2 ust. 1 ustawy o „time-share”, zgodnie z którym przedsiębiorca jest obowiązany doręczyć osobie zainteresowanej zawarciem umowy, pisemny prospekt w zw. z art. 6 ust. 3 i jako takie są bezprawne.** Równocześnie wskazane działania, jako naruszające interesy konsumentów stanowią o cechach praktyki, o której mowa w

**art. 23a ust. 2 UoOKiK, polegającej na naruszeniu obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji.**

## **2. Naruszenie zbiorowych interesów konsumentów poprzez stosowanie reklamy wprowadzającej w błąd.**

Szczególną wagę w zakresie ochrony interesów konsumentów przywiązuje ustawodawca do fazy przedkontraktowej stosunku, kiedy agresywne działania marketingowe i reklamowe podejmowane przez przedsiębiorców mogą wpłynąć na decyzje konsumentów, co do nabycia towarów lub usług. W tym stadium może bowiem dojść do naruszenia interesów konsumentów, ponieważ informacja o produkcie może okazać się niepełna i nieprawdziwa, a zachwalanie nieuzasadnione i wręcz oszukańcze.

Wyrazem tej idei jest zakwalifikowanie stosowania reklamy wprowadzającej w błąd jako praktyki zagrażającej i naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, o której mowa art. 23a ust. 2 UoOKiK, polegającej na prowadzeniu nieuczciwej i wprowadzającej w błąd reklamy. Jednocześnie działania tego rodzaju stanowią o przesłankach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 16 ust. 1 pkt 2 uznk, w zakresie prowadzenia reklamy wprowadzającej klienta w błąd i mogącej przez to wpłynąć na jego decyzję, co do nabycia towaru lub usługi.

**1.** W ocenie Prezesa Urzędu, działania Strony związane z akcją promocyjną, polegająca na rzekomym wygraniu Certyfikatów upoważniających do jednorazowych pobytów wakacyjnych, stanowią praktykę o której mowa powyżej. Strona oferuje swoje usługi, wysyłając na prywatne numery telefonów komórkowych sms-y o treści: „*Wygrałeś tygodniowy wypoczynek. Sprawdź gdzie. Zadzwoń nr telefonu (...) + odpowiedni kod (...)*”.

Analiza nadesłanej dokumentacji wskazuje, że praktyka marketingowa, którą posługuje się Strona, skutecznie wprowadza konsumentów w błąd, iż rzeczywiście mają do czynienia z wygraną i są zwolnieni od kosztów pobytu w ośrodkach wakacyjnych.

W rzeczywistości okazuje się, że wiadomość przekazywana za pośrednictwem sms-ów, stanowi jedynie formę promocji Strony. W praktyce, proponowane wyjazdy łączą się z przeróżnymi kosztami, o których informuje się konsumenta w sposób niezrozumiały i niejednoznaczny (o czym świadczy załączony do dokumentacji model rozmowy przeprowadzanej przez telemarketera oraz przedstawione skargi konsumentów). Materiały reklamowe oraz sposób prezentacji oferty Strony, są sformułowane zarazem sugestywnie i niejasno, co wywołuje u konsumenta przeświadczenie o istnieniu faktów, które w rzeczywistości nie mają miejsca lub różnią się w sensie jakości oraz składników usług. Praktyka taka, poprzez wielokrotnie - pomijanie w reklamie informacji o istotnym znaczeniu dla adresata, pozostaje w związku przyczynowym z dokonywanymi przez konsumentów wyborami.

Działający pod wpływem emocji wywołanych ekspozycją pożądaną przez Stronę treści oraz za pomocą odpowiedniej ekwilibrystyki słownej (np. *Wygrałeś, (...) Sprawdź gdzie, itp.*) konsumenci, podejmowali decyzje, których nie powzięliby w innych okolicznościach. Należy przy tym podkreślić, iż kryterium ocennym wprowadzenia w błąd, jest wyobrażenie adresatów reklamy, a nie opinie reklamujących czy agencji reklamowych. Potwierdza powyższe materiał dowodowy zgromadzony w toku postępowania. Konsumenci - czuli się oszukani przez Stronę, wskazywali na brak przedstawienia rzetelnej informacji na temat wszystkich kosztów umowy (np. kosztów marketingowych, opłat serwisowo – turystycznych, kosztów odstąpienia od umowy i jak ), wprowadzanie w błąd, co do miejsc realizacji świadczenia, pomijanie niektórych informacji, (np. brak gwarancji rezerwacji miejsc w



ośrodkach wypoczynkowych w sezonie letnim w miesiącach czerwcu, lipcu i sierpniu, możliwość zmiany miejsca pobytu na dowolnie wybrany przez organizatora, mimo że wcześniej zostali zapewnieni, że „zarówno termin wyjazdu, jak i miejsce są zupełnie dowolne”). O wszystkich tych warunkach, dla potencjalnych klientów bardzo istotnych, konsumenci dowiadawali się dopiero po otrzymaniu Certyfikatu, czego warunkiem było *de facto* uiszczenie odpowiedniej kwoty za jego wydanie (np. 599 zł, 799 zł, 999 zł lub stosowne do przedstawionych kwot - raty).

W opinii Prezesa Urzędu, opisane działania Strony- zarówno w zakresie promocji za pomocą sms-ów, jak też poprzez treści przekazywane za pośrednictwem telemarketerów, posiadają cechy wprowadzające w błąd. Należy bowiem przy tym podkreślić, iż reklamujący się przekracza granice wyznaczone dla uczciwej konkurencji, jeżeli określona forma reklamy ma potencjalną zdolność do ograniczenia, a nawet wyłączenia swobody w zakresie podejmowania decyzji rynkowych. Chodzi więc o już o samo zagrożenie pozycji potencjalnego klienta. Nie jest wymagane zatem dla stosowania tego przepisu, aby pod wpływem nieuczciwych metod nacisku, podjął on decyzję zgodną z oczekiwaniami reklamodawcy.

Dlatego też w ocenie Prezesa Urzędu **opisane praktyki, stanowią o przesłankach czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 16 ust. 1 pkt 2 uznk**, zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest *reklama wprowadzająca klienta w błąd i mogąca przez to wpłynąć na jego decyzję co do nabycia towaru lub usługi, przez co naruszają również interesy konsumentów*.

2. W przedmiotowej sprawie, ze względu na szczególny charakter stosunku obligacyjnego jakim jest umowa time-share, działania zmierzające do zawarcia umowy, powinny odznaczać się uczciwością i starannością, odpowiedniej dla profesjonalisty. Zasada ta nabiera szczególnej wagi w kontekście działalności reklamowej w relacji z odbiorcą reklamy – potencjalnym nabywcą usługi time-share, który na podstawie przedstawionych mu treści, podejmuje decyzję o nabyciu określonego dobra.

W tym świetle, w ocenie Prezesa Urzędu, praktyki marketingowe zmierzające do zawarcia umowy time – share prowadzone przez Stronę na tzw. prezentacjach, polegające na:

- zawieraniu umów bez wyjaśnienia wszystkich istotnych postanowień warunków i istoty umów,
- krótkich odstępach czasu pomiędzy telefonem a prezentacją,
- przedstawianiu oferty przy głośnych dźwiękach muzyki,
- chaosu informacyjny (kierowanie rozmowy na inne, czasem osobiste tematy, rozmowa przerywana przez wchodzące do pokoju osoby),
- wręczaniu egzemplarzy umowy na krótko przed końcem spotkania, nakłanianie do ich natychmiastowego podpisania,
- zawieraniu umów w późnych godzinach nocnych,
- przedstawianie oferty jako wyjątkowej okazji, ważnej tylko w danej chwili

należy uznać za nieetyczne oraz naruszające zasady uczciwości kupieckiej w zakresie poszanowania interesów słabszej strony umowy – konsumentów. Takie działania uniemożliwiają, a przynajmniej znacznie utrudniają potencjalnym klientom podejmowanie przemyślanych decyzji, których skutkiem jest angażowanie bardzo poważnych kwot w niepewną i nie sprecyzowaną bliżej inwestycję.

Wymienione wyżej praktyki stosowane przez przedsiębiorcę zagrażają i naruszają interes klienta, mogą bowiem wpływać na jego decyzję, co do związania się umową oraz zmierzają do ograniczenia prawa konsumenta do wyboru i nabyciu usługi stosownie do indywidualnych preferencji. Jednocześnie poddani tego rodzaju praktykom marketingowym konsumenci, **pozbawieni zostają możliwości właściwej oceny sytuacji, co powoduje podejmowanie przez nich nieprzemysłanych, nieracjonalnych decyzji o skorzystaniu z przedstawionej oferty.**

Opisane praktyki nabierają w tym znaczeniu **cechy wprowadzających w błąd**, a biorąc pod uwagę powyższe, **działania te mają charakter bezprawny i stanowią o znamionach czynu nieuczciwej konkurencji określonego art. 16 ust. 1 pkt 2 uznk i jako takie zagrażają interesom konsumentów.**

Nieuczciwą reklamą, a tym samym reklamą sprzeczną z dobrymi obyczajami oraz wprowadzającą klienta w błąd przez co mogącą wpłynąć na jego decyzję w przedmiocie nabycia towaru lub usługi – jest reklama, która wykorzystując usprawiedliwioną okolicznościami łatwowierność odbiorcy oraz przeciętną nieumiejętność skomplikowanego kojarzenia i wnioskowania na podstawie tekstu eksponującego treści pożądaną przez reklamującego, wywołuje u przeciętnego odbiorcy przeświadczenie o istnieniu faktów, które w rzeczywistości nie mają miejsca i przez co wywołuje odczucie zawodu, zlekceważenia czy wręcz oszukania.<sup>1</sup>

Przy ocenie reklamy wprowadzającej w błąd należy uwzględnić wszystkie jej elementy, w szczególności zachowanie się klienta. **Dlatego też, biorąc pod uwagę przedstawioną powyżej bezprawność praktyki oraz wobec ustaleń dokonanych w wyniku analizy skarg konsumenckich, należy uznać działania Strony za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 23a ust. 2 UoOKiK, w zakresie prowadzenia reklamy wprowadzającej w błąd.**

### **3. Naruszenie zbiorowych interesów konsumentów polegające na stosowaniu innych czynów nieuczciwej konkurencji**

#### **A. Naruszenie zbiorowych interesów konsumentów polegające na prowadzeniu działań spełniających przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 uznk.**

Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zawiera stypizowany katalog czynów nieuczciwej konkurencji art. 5-17d. Katalog ów ma jednak charakter otwarty. Uzupełniany jest poprzez art. 3 uznk, który ma charakter klauzuli generalnej.

Zgodnie z dyspozycją art. 3 ust.1 uznk, *czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.*

Przyjęty model pozwala domniemywać, o przesłankach czynu nieuczciwej konkurencji, jeżeli określone działanie przedsiębiorcy jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i przez to narusza uprawnienia konsumentów, wynikające z przyznanej im ustawowo ochrony.

<sup>1</sup> por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 06.11.1996 r. (sygn. akt IACr 839/96- OSA 1997/10/576)

1. W przedmiotowej sprawie **działania sprzeczne z prawem polegają na naruszeniu praw konsumentów wynikających z art. 11 ust. 1 oraz art. 7 ust. 2 UoONPK**. Powszechnie stosowaną przez Stronę praktyką jest doręczanie Certyfikatu, drogą pocztową. W sytuacji, w której do zawarcia stosunku obligacyjnego dochodzi bez równoczesnej obecności obu stron przy pomocy środków porozumiewania się na odległość (w przedmiotowej sprawie- jest to w przypadku pierwszego kontaktu- telefon, a następnie - droga pocztowa), mamy do czynienia z zawarciem umowy na odległość, w rozumieniu art. 6 ust. 1 w zw. z art. 6 ust. 2 UoONPK.

Certyfikat, którym posługuje się Strona stanowi dowód wygranej, której warunkiem realizacji jest wniesienie odpowiedniej opłaty. Opłata za wydanie Certyfikatu uiszczana jest do rąk listonosza jednorazowo lub w postaci pierwszej raty z chwilą wydania przesyłki, bez możliwości zapoznania się przez odbiorcę z jego treścią. Działanie sprzeczne z prawem polega w tym przypadku na naruszeniu art. 11 ust. 1 UoONPK, zgodnie z którym *umowa nie może nakładać na konsumenta obowiązku zapłaty ceny lub wynagrodzenia przed otrzymaniem świadczenia*.

Wśród postanowień Certyfikatu znajduje się postanowienie wg. którego „koszt zawarcia umowy i odstąpienia od tejsze wynosi 250 zł”. Wynikająca z cytowanego postanowienia praktyka przedsiębiorcy narusza dyspozycję art. 7 ust. 2 UoONPK, zgodnie z którym nie jest dopuszczalne zastrzeżenie, że konsumentowi wolno odstąpić od umowy za zapłatą oznaczonej sumy (odstępne).

Według wyjaśnień przedstawionych przez Stronę w piśmie z dnia 19.02.2004 r. *„Spółka nie pobiera odstępnego, a koszty zawarcia umowy, których pobieranie dopuszczają przepisy prawa”*. Zdaniem Prezesa Urzędu, wyjaśnienia te nie znajdują potwierdzenia w obowiązujących przepisach prawnych. Zwrot kosztów zawarcia umowy gwarantuje wprawdzie przedsiębiorcy ustawa o time-share (art. 7 ust. 2), jednakże Strona przyznaje, że Certyfikat nie jest umową, o której mowa we wskazanej ustawie.

W związku z powyższym, w ocenie Prezesa Urzędu, koszty zawarcia umowy pobierane przez Stronę, są nieuzasadnione. Jak zostało bowiem wykazane, w przedmiotowym wypadku, mamy do czynienia z umową zawartą na odległość, do której stosuje się przepisy UoONPK. Ustawa ta zaś nie przewiduje możliwości zwrotu przedsiębiorcy kosztów zawarcia umowy. Koszty te w przypadku umów zawieranych na odległość są zwykle skalkulowane w cenie usługi, co *de facto* związane jest ściśle określonym obowiązkiem informacyjnym wobec konsumenta, określonym w art. 9 ust. 1 UoOKiK, zgodnie z którym, *konsument powinien być poinformowany, przy użyciu środka porozumiewania się na odległość, najpóźniej w chwili złożenia mu propozycji zawarcia umowy, o następujących kosztach: zasadach zapłaty ceny lub wynagrodzenia (pkt 4), cenie lub wynagrodzeniu obejmujących wszystkie ich składniki, a w szczególności cła i podatki (pkt 3), kosztach oraz terminie i sposobie dostawy (pkt 5), kosztach wynikających z korzystania ze środków porozumiewania się na odległość, jeżeli są one skalkulowane inaczej niż wedle normalnej taryfy (pkt 7)*. Informacje te powinny być sformułowane jednoznacznie i w sposób łatwy do odczytania, a następnie, najpóźniej w momencie rozpoczęcia spełnienia świadczenia – potwierdzone konsumentowi na piśmie (art. 9 ust. 2 w zw. z ust. 3 UoONPK).

Jak wynika ze zgromadzonego materiału dowodowego, potwierdzonego skargami konsumentów, obowiązek ten nie jest wypełniany rzetelnie, co tym bardziej pozwala uznać opisaną praktykę Strony za bezprawną.

Niezależnie od powyższego, trudno również zgodzić się z faktem, iż Strona ponosi koszty w wysokości 250 zł, bo tyle wynosi koszt odstąpienia od umowy, skoro jej usługa w tym wypadku polega na sporządzeniu oraz wysłaniu drogą pocztową Certyfikatu uprawniającego do skorzystania z rzekomej wygranej.

Według oświadczenia przedstawiciela Strony, na koszty marketingowe i koszty zawarcia certyfikatu składają się w ujęciu rodzajowym: koszt utrzymania biur i pozostałe koszty biurowe, koszty utrzymania działu telemarketingu w zakresie obsługi klientów certyfikatów, koszty ogólne związane z obsługą certyfikatów, funkcjonowania i utrzymania biura obsługi klienta, koszty ogólne spółki np.(księgowość, zarząd), koszty rezerwacji miejsc w ośrodkach. Wyjaśnienia powyższe wskazują, że Strona utożsamia koszty prowadzenia przedsiębiorstwa, które związane są z normalnym ryzykiem gospodarczym z kosztami zawarcia umowy, co jest niezgodne z dobrymi obyczajami i godzi w zasadę ekwiwalentności świadczeń oraz narusza przepisy UoONPK, w zakresie umów zawieranych na odległość.

Informacje umieszczone na certyfikacie wskazują, że koszty wydania certyfikatu wynoszą 1/3 opłaty rezerwacyjnej. Można domniemywać, iż taka opłata nie znajduje potwierdzenia w kosztach rzeczywiście poniesionych przez Stronę, chociażby z uwagi na fakt iż na tym etapie, działania związane z rezerwacją ośrodka wakacyjnego nie są jeszcze przez Stronę podejmowane. Jak wynika bowiem z wyjaśnień Strony dopiero po przesłaniu ankiety zgłoszeniowej wraz z kwestionariuszem rezerwacyjnym, pracownik biura obsługi klienta kontaktuje się z klientem i potwierdza jeden z wybranych przez klienta terminów. A zatem należy domniemywać, iż opłata taka pobierana jest również w wypadku odstąpienia konsumenta od umowy bez wcześniejszego wypełnienia kwestionariusza rezerwacyjnego, co jest przecież warunkiem podjęcia działań związanych z wykonaniem umowy- tu rezerwacji miejsc w ośrodkach.

W tym przypadku **bezprawność działania Strony przejawia się poprzez działania sprzeczne z prawem**, polegające na naruszeniu:

- **art. 11ust. 1 UoONPK w zakresie pobierania opłat przed otrzymaniem świadczenia oraz**

- **art. 7 ust. 2 UoONPK poprzez naruszenie zakazu pobierania odstępnego.**

Wskazane wyżej działania **spełniają przesłanki czynu określonego w art. 3 ust. 1 uznk a równocześnie zagrażają i naruszają interesy konsumentów, co stanowi o cechach praktyki, o której mowa w art. 23a ust. 2 UoOKiK.**

2. W toku postępowania, Prezes Urzędu otrzymał informację, z której wynikało, iż Strona zawierając z konsumentami umowy typu time-share, stosuje praktykę polegającą na pobieraniu od konsumentów określonych kwot pieniężnych tytułem, jak to określa „zadatku”, „zaliczki” lub „pierwszej wpłaty” na poczet kosztów zawarcia umowy, przed upływem terminu do odstąpienia od umowy. Działanie takie narusza dyspozycję art. 8 ust. 1 ustawy o „time-share”, zgodnie, z którym *przed upływem terminu do odstąpienia od umowy przedsiębiorca nie może przyjmować od nabywcy żadnych świadczeń określonych w umowie* oraz ograniczać prawa konsumentów w zakresie przysługującego im prawa do namysłu. W tym też zakresie należy je uznać za bezprawne i tym samym - naruszające interesy konsumentów.

Zgodnie z przepisami cyt. ustawy, w sytuacji odstąpienia od umowy umowa uważana jest za niezawartą, a nabywca nie ponosi odpowiedzialności wobec przedsiębiorcy.

Przedstawiony zakaz obejmuje zarówno całość świadczenia jak i jego część. Odnosi się **zarówno do zaliczek jak też i należności ubocznych, jeżeli zostały określone już w chwili zawierania umowy time-share** lub tuż po jej dojściu do skutku.

Zgodnie z art. 7 ust. 2 ustawy o time-share, *umowa może jednak zobowiązywać nabywcę do zwrotu przedsiębiorcy kosztów niezbędnych do zawarcia umowy, w razie skorzystania z prawa odstąpienia* w przewidzianym terminie, 10-dniowym.

Ustawa stanowi jednak o kosztach niezbędnych do zawarcia umowy, dlatego też w tym kontekście należy uznać za nazbyt wygórowane koszty w wysokości 1000 zł, które zmuszony jest ponieść konsument w sytuacji, kiedy postanawia skorzystać z przyznanego mu uprawnienia w postaci odstąpienia od umowy.

Według oświadczenia przedstawiciela Strony, na zryczałtowany koszt zawarcia umowy time-share, składają się w ujęciu rodzajowym: koszt utrzymania biur i pozostałe koszty biurowe, koszty utrzymania działu telemarketingu w zakresie obsługi klientów time-share, funkcjonowanie pionu sprzedaży, koszty ogólne związane z obsługą umów time-share, funkcjonowania i utrzymania biura obsługi klienta, koszty ogólne spółki np.(księgowość, zarząd). Wyjaśnienia powyższe wskazują, iż również w tym przypadku, Strona utożsamia koszty prowadzenia przedsiębiorstwa, które związane są z normalnym ryzykiem gospodarczym prowadzenia przedsiębiorstwa z kosztami zawarcia umowy, co jest niezgodne z dobrymi obyczajami i godzi w zasadę ekwiwalentności świadczeń.

Należy zauważyć, iż w przypadku odstąpienia konsumenta od umowy przedsiębiorca niewątpliwie jest uprawniony do żądania zwrotu kosztów poniesionych przez niego z związku z wydatkami dokonanyymi w celu realizacji umowy, jednakże wysokość tej kwoty nie może abstrahować od kosztów rzeczywiście poniesionych. Koszty te mogą być różnej wysokości w zależności od tego, w którym momencie konsument decyduje się na odstąpienie od umowy. Jednakże to przedsiębiorca, zgodnie z art. 6 KC jest każdorazowo obciążony ciężarem dowodu wykazania rzeczywiście poniesionych wydatków. Niedozwolone jest natomiast stosowanie postanowień, które przewidują obowiązek zapłaty przez konsumenta omawianych kosztów w sztywno określonej wysokości oderwanej od rzeczywistej wysokości wydatków poniesionych przez przedsiębiorcę – co podkreśla orzecznictwo Sądu Okręgowego w Warszawie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (wyrok z dn. 14.01.2004 r Sygn. Akt XVII Amc 4/03).

Dobre obyczaje, nie będąc normami prawnymi, są niewątpliwie normami postępowania, podobnie jak zasady współżycia społecznego, które nabierają szczególnego znaczenia i wagi w obrocie konsumenckim, gdzie mamy do czynienia z brakiem równowagi pomiędzy stronami stosunku obligacyjnego.

Wobec powyższego w ocenie Prezesa Urzędu, w tym przypadku **bezprawność działania Strony** przejawia się poprzez:

- **działania sprzeczne z prawem, polegające na naruszeniu art. 8 ust. 1 ustawy o time-share, poprzez pobieranie opłat przed terminem odstąpienia od umowy**

- **które równocześnie naruszają dobre obyczaje - w zakresie pobierania zbyt wygórowanego odstępnego, co godzi w zasadę zaufania stron umowy i uczciwości kupieckiej, a tym samym wypełniają przesłanki czynu określonego w art. 3 ust. 1 uznk.**

**Działania tego rodzaju pozbawiają konsumentów przyznanej im ustawowo ochrony, przez co naruszają zbiorowe interesy konsumentów i stanowią o cechach praktyki, o której mowa w art. 23a ust. 2 UoOKiK.**

**B. Naruszenie zbiorowych interesów konsumentów poprzez prowadzenie działań spełniających przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji z art. 10 ust. 3 w zw. z art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. Nr 144, poz. 1204), polegającego na przesyłaniu niezamówionej informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy za pomocą środków komunikacji elektronicznej.**

Strona prowadzi działania marketingowe, polegające na wysyłaniu na numery telefonów komórkowych sms-ów, które (jak wynika z wyjaśnień Strony) stanowią formę promocji oferowanych przez nią usług. SMS (ang. short message service) jest to środek komunikacji elektronicznej, a w związku z tym w przedmiotowej sprawie znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. Nr 144, poz. 1204).

Informacja wysyłana za pośrednictwem sms-ów, z którą mamy do czynienia w opisanym działaniu, promuje oferowane przez Stronę usługi, a zatem jest informacją handlową w rozumieniu art. 2 pkt 2 ww. ustawy, zgodnie z którym *informację handlową stanowi każda informacja przeznaczona bezpośrednio bądź pośrednio do promowania towarów, usług lub wizerunku przedsiębiorcy.*

Nawiązanie przez przedsiębiorcę tego rodzaju kontaktu, wymaga uprzedniego uzyskania zgody od odbiorcy informacji. Obowiązek ten przewiduje przepis art. 10 ust. 2 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, zgodnie z którym *informację handlową uważa się za zamówioną, jeżeli odbiorca wyraził zgodę na otrzymywanie takiej informacji, w szczególności udostępnił w tym celu identyfikujący go adres elektroniczny.*

Wymóg ten przewidują również przepisy UoONPK – art. 6 ust. 3, i jest on podyktowany chęcią szczególnej ochrony prywatności usługobiorców.

Zgoda musi być wyrażona na dokonanie konkretnej czynności przez usługodawcę (np. użycie konkretnego adresu elektronicznego- tu numeru telefonu, w celu przesłania reklam czy innego rodzaju informacji). Przepis art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, stanowi że *jeżeli ustawa wymaga uzyskania zgody usługobiorcy, to zgoda ta nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści.* Oznacza to, iż wyrażenie zgody musi nastąpić w sposób jasny i wyraźny.

W przedmiotowej sprawie nie można mówić o „zgodzie odbiorcy” w rozumieniu wskazanych wyżej przepisów. Odbiorca nie udostępnia świadomie identyfikującego go numeru telefonu (wielokrotnie kontakt następuje również z numerem zastrzeżonym), a wiadomość, którą otrzymuje, wykorzystując element zaskoczenia stanowi ingerencję w sferę jego prywatności, w tym wypadku bowiem odbiorca nie ma możliwości przzerwiania informacji.<sup>2</sup>

Nie można zgodzić się z wyjaśnieniami Strony, według których opisanej praktyki nie można uznać za niezamówioną informację handlową z uwagi na jej jednorazowy charakter. Wbrew obiegowym opiniom – zakaz o którym mowa powyżej dotyczy nie tylko przysyłania wielu niezamówionych informacji (ang. spamming), ale również pojedynczych wiadomości (ang. unsolicited communications).<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Szwejca J. Komentarz do Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Warszawa 2000,

<sup>3</sup> Iszkowski W., Konarski K., Elektroniczne usługi, Rzeczpospolita 2003/3/4

Powyższe, przesądza o uznaniu techniki promocyjnej, którą posługuje się Strona za niezamówioną informację handlową, naruszającą art. 10 ust. 1 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, zgodnie z którym *zakazane jest przysyłanie niezamówionej informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Praktyka o opisanych powyżej cechach stanowi, zgodnie z art. 10 ust. 3 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, czyn nieuczciwej konkurencji.*

Odnosząc się do opisanej praktyki Strony należy wskazać na jej szkodliwość w aspekcie naruszenia interesów potencjalnych odbiorców. Celem wysyłanej do nieokreślonej liczby, jednakże oznaczonych konsumentów, (na co wskazuje określony numer telefonu komórkowego, natomiast drugorzędne znaczenie ma w tym wypadku sposób jego uzyskania np. wylosowanie) informacji, jest niewątpliwie nawiązanie stosunków handlowych w postaci zawarcia umowy upoważniającej do skorzystania z apartamentu wakacyjnego oraz ewentualnie w dalszej perspektywie zawarcia umowy – time-share. Wiadomość o treści: *„Wygrałeś tygodniowy wypoczynek. Sprawdź gdzie. Zadzwoń nr telefonu (...) + odpowiedni kod (...)”* stanowi nie tylko niezamówioną informację handlową, ale ponadto wprowadza w błąd, każdego potencjalnego odbiorcę, co do faktycznych intencji nadawcy oraz ryzyka, które wiąże się z ewentualnym skorzystaniem z promocji (co zostało wykazane powyżej).

**W związku powyższym, zdaniem Prezesa Urzędu, opisana praktyka Strony jako równocześnie zagrażająca interesom konsumentów, nosi znamiona praktyki, o której mowa w art. 23a ust. 2 UoOKiK.**

Konsekwencją nie realizowania określonych wyżej wymogów prawnych, jakim odpowiadać powinny wszelkie działania przedsiębiorcy w zakresie wykonywania powinności zobowiązaniowych- szczególnie w obrocie konsumenckim, jest zakwalifikowanie określonego działania jako bezprawnego.

Bezprawność postępowania Strony, która w przedmiotowym przypadku przekłada się na praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, wiąże się z naruszeniem istoty obowiązków wynikających zarówno z treści zobowiązania, z celu społeczno-gospodarczego, zasad współżycia społecznego, jak też ustalonych zwyczajów. Powyższe znajduje odzwierciedlenie w zakresie przedstawionych niniejszą decyzją zarzutów.

Konkludując, należy podkreślić, iż zgromadzone w ramach postępowania skargi konsumenckie odzwierciedlają skalę i powtarzalność problemów, poświadczających bezprawność praktyk prowadzonych przez Stronę postępowania. Znaczenie zasadnicze dla uzasadnienia *ratio legis* ochrony „zbiorowych interesów konsumentów” ma natomiast przełożenie poszczególnych kwestii będących przedmiotem postępowania na zagadnienie autonomiczności interesów określonych grup konsumentów, m.in. w tym kontekście podejmowanych przez Prezesa Urzędu działań prewencyjnych.

W świetle powyższego, należy stwierdzić, że w niniejszej sprawie praktyki strony naruszają zbiorowy interes konsumentów i tym samym zasadne było podjęcie działań przewidzianych w ustawie dla zapewnienia ochrony konsumentów.

**II. Analiza materiałów zgromadzonych w toku postępowania nie wykazała, iż, praktyka Strony polegająca na wysyłaniu na prywatne numery telefonów sms- a o treści: „Wygrałeś tygodniowy wypoczynek. Sprawdź gdzie. Zadzwoń nr telefonu (...) + odpowiedni kod (...)” nosi znamiona bezprawności w zakresie popełnienia czynu**

**nieuczciwej konkurencji określonego w art. 16 ust. 1 pkt 5 uznk, w zakresie reklamy, która stanowi ingerencję w sferę prywatności konsumenta poprzez nadużywanie technicznych środków przekazu informacji.**

Nieodłączną cechą czynu opisanego w art. 16 ust. 1 pkt 5 uznk jest ingerencja w sferę prywatności odbiorcy przekazu reklamowego. Ingerencja ta musi być jednakże istotna. Kryterium oceny istotności ingerencji w sferę prywatności konsumenta, jest jej uciążliwość.

W przedmiotowej sprawie, można mówić o spełnieniu przesłanki swoistej ingerencji w prywatność konsumenta z powodu braku możliwości przerwania przekazu reklamowego i wyrażania zgody odbiorcy na jego otrzymanie (co zostało wykazane w pkt. 3B). Niemniej jednak przeprowadzone postępowanie w sprawie nie wykazało jej uciążliwości (wiadomość tekstowa o określonej treści wysyłana jest na konkretny numer tylko jednokrotnie).

Dlatego też, opisane działania nie noszą znamion czynu nieuczciwej konkurencji i nie wskazują na bezprawność działań strony, a tym nie stanowią o przesłankach praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów z art. 23a ust. 2 UoOKiK.

**Wobec powyższego orzeka się jak w sentencji.**

Stosownie do treści art. 78 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 2003 r. Nr 86, poz. 804, z 2003 r. Nr 60, poz. 535 i Nr 170, poz. 1652) w związku z art. 479<sup>28</sup> § 1 pkt 1 i art. 479<sup>28</sup> § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.), od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwóch tygodni od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Z up. Prezesa Urzędu  
Ochrony Konkurencji i  
Konsumentów  
p.o. Dyrektora Departamentu  
Joanna Wrona

Otrzymuje:  
Klub Wakacyjny Sp. z o.o.  
ul. Jagiellońska 15  
03-719 Warszawa