



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA UOKIK W GDAŃSKU**

RGD.61-20/10/HK

Gdańsk, dnia 27 grudnia 2010r.

DECYZJA NR RGD.28/2010

- I.** Na podstawie art. 28 ust. 1 i 2, w związku z art. 24 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zmianami), stosownie do art. 33 ust. 6 ww. ustawy i oraz § 2 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 107, poz. 887),

działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,

PO UPRAWDOPODOBNIENIU, w toku postępowania wszczętego z urzędu, stosowania przez przedsiębiorcę NTGD Spółka z o.o. z siedzibą w Gdańsku praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów poprzez umieszczenie we wzorcu umownym pod nazwą „Regulamin Świadczenia Usług Telekomunikacyjnych przez NTGD Sp. z o.o.” zapisów o treści:

1.

- a) „5.4.1. Operator nie odpowiada za przerwy w świadczeniu Usług oraz straty spowodowane przez wadliwe funkcjonowanie systemu z przyczyn niezależnych od Operatora (awarie łączy zewnętrznych, działanie Sił Wyższych, etc.); [...]

5.4.5. Operator nie odpowiada za szkody i straty powstałe w wyniku przerw w świadczeniu Usług;

5.4.6. W zakresie świadczenia Usługi dostępowej do zasobów sieci Internet Operator nie odpowiada za:

5.4.6.1. straty wynikłe z nieotrzymania poczty elektronicznej;

5.4.6.2. straty wynikłe z przerwania połączenia; [...].”

- b) „11.2. Operator nie ponosi odpowiedzialności za jakiegokolwiek zakłócenia w świadczeniu Usług wynikające z działania Siły wyższej jak również wywołane innymi okolicznościami, za które Operator nie ponosi odpowiedzialności.”

2.

- a) „9.17. W przypadku opóźnień w dokonywaniu opłat przez Abonenta Operator ma prawo do naliczania kar [w] wysokości odsetek ustawowych oraz gdy zaistnieją stosowne sytuacje: jednorazowych opłat dodatkowych za wysłanie wezwania do zapłaty [...]. Wysokość powyższych opłat została ustalona w Cenniku.”,

- b) „10.2.3. Jeżeli 20 dnia miesiąca kalendarzowego Operator nie odnotuje faktu uregulowania należności od Abonenta, ma prawo do wysyłania drogą elektroniczną informacji o braku wpłaty i saldzie należności. Dodatkowo w formie pisemnej zostanie wysłane na adres korespondencyjny wezwanie do zapłaty. Kosztem wezwania zostanie obciążony Abonent przy następnym fakcie. Wysokość opłaty za wysłanie wezwania określa Cennik.”,

80-824 GDAŃSK, UL. PODWALE PRZEDMIEJSKIE 30

TEL./FAX (58) 346-29-32, 346-29-33, 301-51-75

E-MAIL: GDANSK@UOKIK.GOV.PL

3.

„11.9. Terminy określone w niniejszym paragrafie liczone są od momentu zgłoszenia Awarii przez Abonenta.”

a we wzorcu umownym pod nazwą „Cennik. Usługi świadczone przez NTGD Sp. z o.o.” zapisu o treści:

4.

„Opłata za wysłanie wezwania do zapłaty 5,00zł”,

które są tożsame z postanowieniami umownymi wpisanymi na podstawie art. 479⁴⁵ ustawy z dnia 17 listopada 1964r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 43, poz. 296 ze zmianami) do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone,

oraz

PO ZOBOWIĄZANIU SIĘ przez przedsiębiorcę NTGD Spółka z o.o. z siedzibą w Gdańsku do podjęcia działań zmierzających do zaniechania naruszenia zbiorowych interesów konsumentów poprzez:

- i) usunięcie (wykreślenie lub zdefiniowanie) z wzorców pod nazwą „Regulamin Świadczenia Usług Telekomunikacyjnych przez NTGD Sp. z o.o.” i „Cennik. Usługi świadczone przez NTGD Sp. z o.o.” postanowień kwestionowanych przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,
- ii) wprowadzenie do obrotu wzorców pod nazwą „Regulamin Świadczenia Usług Telekomunikacyjnych przez NTGD Sp. z o.o.” i „Cennik. Usługi świadczone przez NTGD Sp. z o.o.” niezawierających postanowień kwestionowanych przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w trybie wynikającym z przepisów ustawy z dnia 16 lipca 2004r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz. 1800 ze zmianami),

nakłada się na przedsiębiorcę obowiązek wykonania zobowiązań, o których mowa w punktach i) oraz ii) **W TERMINIE TRZECH MIESIĘCY OD DATY UPRAWOMOCNIENIA SIĘ DECYZJI.**

- II.** Na podstawie art. 28 ust. 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zmianami), stosownie do art. 33 ust. 6 ww. ustawy i § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. Nr 107, poz. 887),

działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,

nakłada się na przedsiębiorcę NTGD Spółka z o.o. z siedzibą w Gdańsku obowiązek przekazania informacji dotyczącej wykonania zobowiązania, o którym mowa w punkcie I sentencji decyzji, **W TERMINIE CZTERECH MIESIĘCY OD DATY UPRAWOMOCNIENIA SIĘ DECYZJI.**

UZASADNIENIE

W trakcie postępowania wyjaśniającego prowadzonego przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zwanego dalej Prezesem Urzędu lub organem antymonopolowym, pod sygnaturą akt RGD.405-29/10/HK, pozyskano m.in. stosowane w obrocie z konsumentami przez przedsiębiorcę NTGD Spółka z o.o. z siedzibą w Gdańsku, zwanego dalej NTGD Spółka z o.o., „Regulamin Świadczenia Usług Telekomunikacyjnych przez NTGD Sp. z o.o.”, zwany dalej „Regulaminem ...”, obowiązujący od dnia 1 lipca 2010r., oraz „Cennik. Usługi świadczone przez NTGD Sp. z o.o.”, zwany dalej „Cennikiem ...”, obowiązujący od dnia 1 lipca 2010r.

Analiza ww. dokumentów wskazuje, iż niektóre z zapisów w nich zawartych mogą być tożsame z postanowieniami wpisanymi do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone, o którym mowa w art. 479⁴⁵ ustawy z dnia 17 listopada 1964r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 43, poz. 296, ze zmianami), co uzasadnia podejrzenie stosowania przez przedsiębiorcę NTGD Spółka z o.o. praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów zakazanych z mocy art. 24 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zmianami), zwanej dalej ustawą o ochronie [...].

Mając na uwadze powyższe Prezes Urzędu wszczął z urzędu, postanowieniem nr 225 z dnia 2 listopada 2010r., postępowanie w sprawie podejrzenia stosowania przez skarżonego przedsiębiorcę praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, zdefiniowanej w art. 24 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie [...], polegającej na umieszczeniu w „Regulaminie ...” zapisów o treści:

1.

- a) „5.4.1. Operator nie odpowiada za przerwy w świadczeniu Usług oraz straty spowodowane przez wadliwe funkcjonowanie systemu z przyczyn niezależnych od Operatora (awarie łączy zewnętrznych, działanie Sił Wyższych, etc.); [...]

5.4.5. Operator nie odpowiada za szkody i straty powstałe w wyniku przerw w świadczeniu Usług;

5.4.6. W zakresie świadczenia Usługi dostępowej do zasobów sieci Internet Operator nie odpowiada za:

5.4.6.1. straty wynikłe z nieotrzymania poczty elektronicznej;

5.4.6.2. straty wynikłe z przerwania połączenia; [...].”

- b) „11.2. Operator nie ponosi odpowiedzialności za jakiegokolwiek zakłócenia w świadczeniu Usług wynikające z działania Siły wyższej jak również wywołane innymi okolicznościami, za które Operator nie ponosi odpowiedzialności.”

2.

- a) „9.17. W przypadku opóźnień w dokonywaniu opłat przez Abonenta Operator ma prawo do naliczania kar [w] wysokości odsetek ustawowych oraz gdy zaistnieją stosowne sytuacje: jednorazowych opłat dodatkowych za wysłanie wezwania do zapłaty [...]. Wysokość powyższych opłat została ustalona w Cenniku.”,

- b) „10.2.3. Jeżeli 20 dnia miesiąca kalendarzowego Operator nie odnotuje faktu uregulowania należności od Abonenta, ma prawo do wysyłania drogą elektroniczną informacji o braku wpłaty i saldzie należności. Dodatkowo w formie pisemnej zostanie wysłane na adres korespondencyjny wezwanie do zapłaty. Kosztem wezwania zostanie obciążony Abonent przy następczej fakturze. Wysokość opłaty za wysłanie wezwania określa Cennik.”,

3.

„11.9. Terminy określone w niniejszym paragrafie liczone są od momentu zgłoszenia Awarii przez Abonenta.”

a w dokumencie pod nazwą „Cennik ...” zapisu o treści:

4.

„Opłata za wysłanie wezwania do zapłaty 5,00zł”,

które mogą być uznane za tożsame z tymi, które zostały wpisane do rejestru postanowień wzorców umownych uznanych za niedozwolone, o których mówi art. 479⁴⁵ Kodeksu postępowania cywilnego.

NTGD Spółka z o.o., ustosunkowując się do zawiadomienia o wszczęciu postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, podniosła, przy piśmie z dnia 10 listopada 2010r., iż:

- „Regulamin ...” i „Cennik ...”, wprowadzone do obrotu z dniem 1 lipca 2010r. i obowiązujące w dacie udzielenia odpowiedzi, zostały przez nią sporządzone „z dołożeniem należytej staranności oraz w odniesieniu do uregulowań firm telekomunikacyjnych z dużym doświadczeniem na polskim rynku”,
- „wobec faktu wskazania [...] w ww. dokumentach zapisów tożsamych z postanowieniami wpisanymi do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone” przedsiębiorca zadeklarował „chęć zmiany zarówno treści Regulaminu [...], jak i Cennika [...]”, zmiany te miałyby polegać na „wykreśleniu lub przedefiniowaniu spornych zapisów”.

Stanowisko NTGD Spółka z o.o. przedłożone przy piśmie z dnia 10 listopada 2010r. zostało następnie powtórzone przy piśmie z dnia 26 listopada 2010r. („Ponownie deklarujemy chęć zmiany

zarówno treści Regulaminu [...], jak i Cennika [...] celem wyeliminowania wszelkich zapisów mogących wzbudzić jakąkolwiek wątpliwość prawną." oraz z dnia 29 listopada 2010r. („[...] informujemy, że NTGD Sp. z o.o. przystępuje do prac polegających na wprowadzeniu zmian w dokumentach stosowanych przez firmę [...] w postaci „Regulamin [...]” i „Cennik [...]”, mających na celu wykreślenie lub przededefiniowanie zapisów wskazanych jako tożsame z postanowieniami wpisanymi do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone. Zmienione wzorce dokumentów zostaną [...] przekazane w okresie jednego miesiąca, a następnie przekazane do publicznej wiadomości i wprowadzone jako obowiązujące dla abonentów zgodnie z ustawowymi terminami.”.

PREZES URZĘDU USTALIŁ NASTĘPUJĄCY STAN FAKTYCZNY.

W toku prowadzonego postępowania Prezes Urzędu ustalił, iż przedsiębiorca NTGD Spółka z o.o. z siedzibą w Gdańsku świadczy, na podstawie wpisów do Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem 0000329528 oraz rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych pod numerem 8407, usługi w zakresie m.in.: telekomunikacji przewodowej, telekomunikacji bezprzewodowej, telekomunikacji satelitarnej oraz usługi związane z oprogramowaniem i portalami internetowymi.

NTGD Spółka z o.o., stosownie do treści wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, wykonuje przedmiotową działalność na obszarze gminy Gdańsk Miasto (powiat Gdańsk, województwo pomorskie) i gminy Pruszcz Gdański (powiat gdański, województwo pomorskie).

W ramach działalności, o której mowa wyżej, przedsiębiorca zawiera z konsumentami „Umowy abonenckie o świadczenie usług telekomunikacyjnych”, zwane dalej „Umowami ...”, odwołujące się do „Regulaminu ...” i „Cennika ...”, stanowiących integralną część każdej z tych „Umów ...”, mających charakter wzorców umownych w rozumieniu art. 384 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964r. Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zmianami).

W powołanych „Regulaminie ...” i „Cenniku...” zapisano m.in. postanowienia wymienione w punkcie I decyzji.

Z kolei, w rejestrze postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone zostały umieszczone m.in. następujące zapisy:

- pod numerem 639: „Usługodawca nie ponosi żadnej odpowiedzialności za szkody i straty Abonentów wynikłe na skutek przzerwania połączenia, braku połączenia, nieotrzymania poczty elektronicznej, braku dostępu do Internetu.”,
- pod numerem 797: „Operator nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usług wynikłe z faktu niewłaściwego funkcjonowania sieci telekomunikacyjnych innych operatorów telekomunikacyjnych.”,
- pod numerem 819: „Operator nie ponosi odpowiedzialności za jakiegokolwiek szkody poniesione przez Abonenta w wyniku utraty danych lub opóźnienia w otrzymaniu lub przesłaniu transmisji, nieprawidłową lub powolną transmisją, opóźnieniami lub przzerwaniem świadczenia Usług, a w szczególności na skutek takich czynności jak (...)”,
- pod numerem 1029: „Operator nie ponosi odpowiedzialności za wszelkie szkody poniesione przez Użytkownika w czasie trwania umowy, powstałe z przyczyn od Operatora niezależnych (ze szczególnym uwzględnieniem przerw w dostępie do sieci Internet.)”,
- pod numerem 1163: „Usługodawca nie ponosi odpowiedzialności za jakiegokolwiek zakłócenia działalności sieci, wynikające z działania siły wyższej, lub pracy nadajników w pobliżu sieci Usługodawcy oraz awarie łącz Innych Operatorów.”,
- pod numerem 1167: „W przypadku (...) zwłoki w uiszczeniu opłaty abonamentowej Usługodawca może: (...) obciążyć Abonenta kosztami upomnień.”,
- pod numerem 1169: „Za moment, od którego liczona jest przerwa w braku sygnału przyjmuje się datę pisemnego zgłoszenia.”,
- pod numerem 1337: „Operator nie ponosi odpowiedzialności za szkody i awarie powstałe w wyniku zdarzeń losowych (...) pozostających poza wpływem i kontrolą Operatora (np. wyładowania atmosferyczne, awarie urządzeń nadawczych nadawców itp.”,

- pod numerem 1339: „Operator nie ponosi odpowiedzialności za szkody powstałe wyniku nieprawidłowego użytkownika kont, niedotrzymania warunków niniejszego regulaminu przez Abonenta, działania siły wyższej, działanie czynników i (osób trzecich) (np. awaria łączy TP S.A., wandalizm).”,
- pod numerem 1739: „Operator ma prawo naliczać opłaty związane z powiadamianiem Abonenta o istniejących zaległościach w opłatach, ustawowych odsetek karnych, oraz kosztów za ponowne przyłączenie.”,
- pod numerem 1767: „Tele 2 uprawniona będzie do (...) obciążania Klienta kosztami wzywania go do zapłaty (w wysokości określonej w cenniku). Klient zobowiązany będzie do pokrycia kosztów takiej procedury (w wysokości określonej w cenniku). Wniesienie reklamacji nie wstrzymuje obowiązku zapłaty reklamowanej należności.”,
- pod numerem 1768: „Koszty wzywania do zapłaty w przypadku opóźnienia w zapłacie należności (par. 4 ust. 6 Regulaminu) wynoszą 10 zł (kwota nie podlega VAT). Koszty procedury windykacyjnej wynoszą 15% kwoty netto windykowanej należności (kwota nie podlega VAT).”,
- pod numerem 1955: „W przypadku opóźnienia w zapłacie należności, TELE2 uprawniona będzie do (...) obciążenia Klienta kosztami wzywania go do zapłaty (w wysokości określonej w cenniku).”,
- pod numerem 1956: „W przypadku opóźnienia w zapłacie należności, TELE2 uprawniona będzie do (...) obciążenia Klienta kosztami wzywania go do zapłaty oraz postępowania windykacyjnego (w wysokości określonej w cenniku).”,
- pod numerem 2030: „Organizator nie ponosi odpowiedzialności za działania lub zaniechania osób trzecich mające lub mogące mieć wpływ na wykonanie warunków oferty, nadto nie ponosi odpowiedzialności za skutki wynikające z działania siły wyższej awarii telekomunikacyjnych, energetycznych lub innych zdarzeń pozostających poza kontrolą Organizatora.”.

MAJĄC NA UWADZE ZEBRANY MATERIAŁ DOWODOWY, PREZES URZĘDU ZWAŻYŁ, CO NASTĘPUJE.

Możliwość rozstrzygnięcia sprawy w oparciu o przepisy ustawy o ochronie [...] uzależniona jest od uprzedniego stwierdzenia, czy zagrożony został w niej interes publicznoprawny, bowiem, jeśli przesłanka ta nie występuje, Prezes Urzędu nie jest upoważniony do realizacji zasadniczego celu powołanej ustawy, którym, zgodnie z zapisem jej art. 1 ust. 1, jest określanie warunków rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasad podejmowanej w interesie publicznoprawnym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów.

W ocenie organu antymonopolowego rozpatrywana sprawa ma charakter publicznoprawny, albowiem dotyczy ochrony interesu szerszej grupy konsumentów, którzy są lub mogą być klientami skarżonego przedsiębiorcy. Tymczasem, zbiorowe interesy konsumentów podlegają ochronie przed działaniami przedsiębiorców, które są sprzeczne z prawem, zasadami współżycia społecznego i dobrymi obyczajami.

NTGD Spółka z o.o. jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie [...], odpowiednio do którego pod pojęciem tym rozumie się m.in. przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jednolity: Dz.U. z 2007r. Nr 155, poz. 1095 ze zmianami), w której, stosownie do art. 4, przyjęto, iż:

1) przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą,

2) za przedsiębiorców uznaje się także wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej.

NTGD Spółka z o.o. postawiono zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie [...].

I tak, stosownie do art. 24 ust. 1 „Zakazane jest stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.”, a odpowiednio do ust. 2 tego artykułu „Przez praktykę naruszającą zbiorowe

interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działanie przedsiębiorcy, w szczególności: 1) stosowanie postanowień wzorców umów, które zostały wpisane do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone, o którym mowa w art. 479⁴⁵ ustawy z dnia 17 listopada 1964r. – Kodeks postępowania cywilnego [...].”

Aby działania przedsiębiorcy mogły zostać uznane za sprzeczne z powołanym wyżej przepisem art. 24 ustawy o ochronie [...], należy wykazać, że spełniają one łącznie następujące przesłanki:

- ujawniają się w obrocie konsumenckim, a więc dotyczą relacji przedsiębiorca-konsument,
- stanowią działanie bezprawne,
- naruszają zbiorowe interesy konsumentów.

Zgodnie z art. 4 pkt 12 ustawy o ochronie [...] i art. 22¹ Kodeksu cywilnego za konsumenta uważa się osobę fizyczną dokonującą czynności prawnej nie związanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową.

W przedmiotowej sprawie fakt zawierania przez NTGD Spółka z o.o. z konsumentami „Umów ...” odwołujących się do „Regulaminu ...” i „Cennika ...”, mających charakter wzorców umownych, nie budzi wątpliwości, co przesądza o tym, iż pierwszą z przesłanek Prezes Urzędu uznaje za spełnioną.

Co do drugiej przesłanki, tj. bezprawności, rozumianej jako działanie sprzeczne z przepisami prawa, podnieść należy, iż przedsiębiorcy postawiony został zarzut naruszenia art. 24 ust 1 i art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie [...], polegający na stosowaniu w umowach zawieranych z konsumentami postanowień wzorca umowy, które zostały wpisane do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone, o którym mowa w art. 479⁴⁵ Kodeksu postępowania cywilnego.

Zakaz stosowania postanowień wpisanych do rejestru dotyczy nie tylko tego przedsiębiorcy, przeciwko któremu zapadł wyrok w sprawie o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone, lecz również innych przedsiębiorców. Art. 479⁴³ Kodeksu postępowania cywilnego prawomocność wyroku wydanego w sprawie o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone na osoby trzecie, tj. innych przedsiębiorców. Skutek tzw. prawomocności rozszerzonej następuje od chwili wpisania wzorca umowy do ww. rejestru, prowadzonego przez Prezesa Urzędu. Konsekwencją umieszczenia postanowienia umownego w rejestrze jest zatem to, że posłużenie się nim będzie miało skutek podobny do wprowadzenia do umowy elementu bezwzględnie przez prawo zakazanego.

Wpis określonego postanowienia do rejestru niedozwolonych postanowień umownych oznacza, że od tego momentu stosowanie takiej klauzuli jest zakazane we wszystkich wzorcach umownych. Powyższe stanowisko Prezesa Urzędu zgodne jest z orzecznictwem Sądu Najwyższego, który w uchwale z dnia 13 lipca 2006r., sygnatura akt III SZP 3/06, stwierdził, iż „*stosowanie postanowień wzorców umów o treści tożsamej z treścią postanowień uznanych za niedozwolone prawomocnym wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów i wpisanych do rejestru, o którym mowa w art. 479⁴⁵ § 2 k.p.c., może być uznane w stosunku do innego przedsiębiorcy za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów [...]*”, a w jej uzasadnieniu wskazał m.in., iż „*[...] praktyka naruszająca zbiorowe interesy konsumentów art. 23a u.o.k.ik. obejmuje również przypadki wprowadzania jedynie zmian kosmetycznych polegających na przestawieniu wyrazów lub zastąpieniu jednych wyrazów innymi, jeżeli tylko wykładnia postanowienia pozwoli stwierdzić, że jego treść mieści się w hipotezie zakazanej klauzuli. Stosowanie klauzuli o zbliżonej treści do klauzuli wpisanej do rejestru godzi przecież tak samo w interesy konsumentów, jak stosowanie klauzuli identycznej, co wpisana do rejestru [...]. Przyjęta powyżej rozszerzająca wykładnia art. 23a u.o.k.ik. znajduje również uzasadnienie w dyrektywach 93/13 oraz 98/27 a także orzecznictwie ETS dotyczącym zasady efektywności [...]*”.

Wobec tego, że z powołanego wyroku Sądu Najwyższego wynika wprost, iż nie jest konieczna dokładna, literalna identyczność klauzuli wpisanej do rejestru i klauzuli z nią porównywanej, za niedozwolone mogą zostać uznane również postanowienia wzorców umów mieszczące się w hipotezie postanowienia wpisane do rejestru, którego treść będzie ustalona w oparciu o dokonaną jego wykładnię, bowiem stosowanie postanowienia o treści zbliżonej tak samo godzi w interesy konsumentów, jak stosowanie postanowienia identycznego z tym, które zostało wpisane do rejestru.

W ocenie Prezesa Urzędu kwestionowane zapisy wzorców umownych pn. „Regulamin ...” i „Cennik...” stosowane przez NTGD Spółka z o.o. w obrocie konsumenckim mogą zostać uznane za tożsame z postanowieniami wpisanymi do rejestru na podstawie prawomocnych wyroków Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zwanego dalej SOKiK, a zatem mogą naruszać art. 24 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt

1 ustawy o ochronie [...].

I tak, wprowadzone do „Regulaminu ...” postanowienia o treści: „5.4.1. Operator nie odpowiada za przerwy w świadczeniu Usług oraz straty spowodowane przez wadliwe funkcjonowanie systemu z przyczyn niezależnych od Operatora (awarie łączny zewnętrznych, działania Sił Wyższych, etc.); [...], 5.4.5. Operator nie odpowiada za szkody i straty powstałe w wyniku przerw w świadczeniu Usług; 5.4.6. W zakresie świadczenia Usługi dostępowej do zasobów sieci Internet Operator nie odpowiada za: 5.4.6.1. straty wynikłe z nieotrzymania poczty elektronicznej; 5.4.6.2. straty wynikłe z przerywania połączenia; [...].” oraz o treści: „11.2. Operator nie ponosi odpowiedzialności za jakiegokolwiek zakłócenia w świadczeniu Usług wynikające z działania Siły wyższej jak również wywołane innymi okolicznościami, za które Operator nie ponosi odpowiedzialności.” wywołują, w przekonaniu Prezesa Urzędu, pomimo oczywistych różnic w sformułowaniach, skutki zbliżone m.in. do klauzul o treści:

- „Usługodawca nie ponosi żadnej odpowiedzialności za szkody i straty Abonentów wynikłe na skutek przerywania połączenia, braku połączenia, nieotrzymania poczty elektronicznej, braku dostępu do Internetu.”, wpisanej do rejestru na mocy wyroku SOKiK z dnia 19 kwietnia 2005r., sygnatura akt XVII AmC 23/05, pod numerem 639,
- „Operator nie ponosi odpowiedzialności za jakiegokolwiek szkody poniesione przez Abonenta w wyniku utraty danych lub opóźnienia w otrzymaniu lub przesłaniu transmisji, nieprawidłową lub powolną transmisją, opóźnieniami lub przerywaniami świadczenia Usług, a w szczególności na skutek takich czynności jak (...).”, wpisanej do rejestru na mocy wyroku SOKiK z dnia 8 czerwca 2006r., sygnatura akt XVII AmC 125/05, pod numerem 819,
- „Usługodawca nie ponosi odpowiedzialności za jakiegokolwiek zakłócenia działalności sieci, wynikające z działania siły wyższej, lub pracy nadajników w pobliżu sieci Usługodawcy oraz awarie łącz Innych Operatorów.”, wpisanej do rejestru na mocy wyroku SOKiK z dnia 12 marca 2007r., sygnatura akt AmC 1/07, pod numerem 1163,
- „Operator nie ponosi odpowiedzialności za szkody i awarie powstałe w wyniku zdarzeń losowych (...) pozostających poza wpływem i kontrolą Operatora (np. wyładowania atmosferyczne, awarie urządzeń nadawczych nadawców itp.)”, wpisanej do rejestru na mocy wyroku SOKiK z dnia 24 listopada 2006r., sygnatura akt AmC 163/05, pod numerem 1337,

a także klauzul o numerach 797, 1029, 1339 i 2030.

Analiza treści i skutków postanowień kwestionowanych przez organ antymonopolowy oraz przywołanych postanowień wpisanych do rejestru prowadzi do stwierdzenia, iż wszystkie one są/były niezgodne zarówno z art. 385¹ § 1 Kodeksu cywilnego, stosownie do którego postanowienia umowy zawieranej z konsumentem nie uzgodnione indywidualnie nie wiążą go, jeżeli kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy (niedozwolone postanowienia umowne), jak i z art. 385³ pkt 2 Kodeksu cywilnego, odpowiednio do którego za niedozwolone uznaje się postanowienia wyłączające lub istotnie ograniczające odpowiedzialność względem konsumenta za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania.

Ponadto, jak podniósł SOKiK w wyroku z dnia 14 marca 2005r., sygnatura akt XVII AmC 21/04, na mocy którego wpisano do rejestru klauzulę o numerze 797, uchylanie się przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego od odpowiedzialności, nawet wtedy, gdy są po temu powody („niewłaściwe funkcjonowanie sieci telekomunikacyjnych innych operatorów lub dostawców”), nie może skutkować tym, że konsument zostanie pozbawiony wiedzy o podmiocie, na którym ta odpowiedzialność ciąży, i który, wskutek tego, może powziąć przekonanie, iż w ogóle nie posiada uprawnień do dochodzenia odpowiednich roszczeń.

Zważywszy na podniesione okoliczności Prezes Urzędu stwierdza, iż istnieją przesłanki pozwalające uznać tożsamość postanowień przez niego kwestionowanych, jak i tych, które, odnosząc się do tego samego zakresu przedmiotowego, zostały wpisane do rejestru.

Następnie, pomimo różnic w zakresie użytych wyrazów i sformułowań, postanowienia o brzmieniu: „9.17. W przypadku opóźnień w dokonywaniu opłat przez Abonenta Operator ma prawo do naliczania kar [w] wysokości odsetek ustawowych oraz gdy zaistnieją stosowne sytuacje: jednorazowych opłat dodatkowych za wysłanie wezwania do zapłaty [...]. Wysokość powyższych opłat została ustalona w Cenniku.” i „10.2.3. Jeżeli 20 dnia miesiąca kalendarzowego Operator nie odnotuje faktu uregulowania należności od Abonenta, ma prawo do wysyłania drogą elektroniczną informacji o braku wpłaty i saldzie należności. Dodatkowo w formie pisemnej zostanie wysłane na adres korespondencyjny

wezwanie do zapłaty. Kosztem wezwania zostanie obciążony Abonent przy następnej fakturze.", włączone do „Regulaminu ...”, oraz postanowienie o brzmieniu: „*Opłata za wysłanie wezwania do zapłaty 5,00 zł*”, włączone do „Cennika ...”, mogą być uznane, zdaniem Prezesa Urzędu, za tożsame nie tylko z postanowieniami o treści: „*Tele2 uprawniona będzie do (...) obciążania Klienta kosztami wzywania go do zapłaty (w wysokości określonej w cenniku). Klient zobowiązany będzie do pokrycia kosztów takiej procedury (w wysokości określonej w cenniku). Wniesienie reklamacji nie wstrzymuje obowiązku zapłaty reklamowanej należności.*” i „*Koszty wzywania do zapłaty w przypadku opóźnienia w zapłacie należności (par. 4 ust. 6 Regulaminu) wynoszą 10 zł (kwota nie podlega VAT). Koszty procedury windykacyjnej wynoszą 15% kwoty netto windykowanej należności (kwota nie podlega VAT).*”, wpisanymi do rejestru na podstawie wyroku SOKiK z dnia 16 września 2008r., sygnatura akt XVII AmC 13/08, pod numerami, odpowiednio, 1767 i 1768, ale także z podobnymi postanowieniami wpisanymi m.in. pod numerami 1167, 1739, 1955 i 1956.

Sąd Apelacyjny, dzieląc w wyroku z dnia 4 czerwca 2009r., sygnatura akt VI ACA 1665/08, stanowisko SOKiK co do faktycznej abuzywności klauzul o numerach 1767 i 1768, wyrażone w wyroku z dnia 16 września 2008r., podniósł jednak, iż nie może się ostać przedłożone przez SOKiK uzasadnienie tego stanowiska, bowiem odwołuje się ono, błędnie, do ich niezgodności z przepisami art. 361, art. 471 i art. 481 § 3 Kodeksu cywilnego, podczas gdy, stosownie do treści art. 385¹ § 1 Kodeksu cywilnego, należało zbadać, czy przedmiotowe klauzule kształtują prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając w ten sposób jego interes.

W kontekście powyższego Sąd Apelacyjny zważył m.in., co następuje.

- *„Oceniając [...] postanowienia regulaminu i cennika podstawowego stosowanego przez spółkę Tele2 Polska dotyczące obciążenia konsumenta kosztami wezwania do zapłaty oraz kosztami procedury windykacyjnej świadczonej na rzecz pozwanej przez podmioty trzecie [...], stwierdzić należy, że naruszają one dobre obyczaje poprzez naruszenie równorzędności stron umowy na skutek nałożenia na konsumenta obowiązków nie znajdujących odzwierciedlenia w obowiązkach przedsiębiorcy oraz poprzez obciążenie tymi kosztami konsumenta w każdym przypadku, niezależnie od zasadności wystosowanego do niego wezwania do zapłaty, jak i zasadności skierowania sprawy na drogę postępowania windykacyjnego.”*
- *„[...] redakcja postanowień umownych zawartych w § 4 pkt 6 i 7 regulaminu [...] stwarza niczym nie uzasadnione podstawy do obciążenia konsumenta kosztami wezwań do zapłaty, jak i kosztami czynności windykacyjnych w sytuacji, gdy kwestie związane z dochodzeniem roszczeń wobec konsumenta nie znajdują uzasadnienia faktycznego (np. w sytuacji uwzględnienia reklamacji) czy też prawnego (wobec np. przedawnienia roszczenia). Zakwestionowane postanowienia wzorca umowy nie mówią o zasadnym wezwaniu do zapłaty ani zasadnym rozpoczęciu procedury windykacyjnej, nie mówią o zwłocie w zapłacie należności tylko o opóźnieniu, a tym samym, jak już zostało powiedziane, w każdym przypadku obciążają konsumenta wymienionymi w nich kosztami, niezależnie od tego, czy koszty te zostały w istocie wywołane nienależyтым wykonaniem umowy przez konsumenta, czy też nie”*
- *Aczkolwiek „rację przyznać należy pozwanej, że koszty wezwań konsumenta do spełnienia świadczenia, jak i koszty pozostałych działań zmierzających do wyegzekwowania długu stanowią dodatkową szkodę po jej stronie”, to przecież „nie w każdym przypadku spowodowaną niezgodnym z umową zachowaniem się konsumenta”, a „sama pozwana nie może przy tym decydować, kiedy taki przypadek zachodzi, a kiedy nie, innymi słowy nie może w oparciu o zakwestionowane postanowienia regulaminu domagać się naprawienia szkody, nie wykazując konsumentowi jej zasadności ani wysokości, nie dając mu w ogóle możliwości do jej zakwestionowania i obciążając go w każdym przypadku obowiązkiem pokrycia tych kosztów.”*
- *„To samo dotyczy postanowień Cennika Podstawowego [...] ustanawiających wysokość opłaty za wezwanie do zapłaty na poziomie 10 zł i wysokość kosztów procedury windykacyjnej 15% windykowanej należności, a więc w całkowitym oderwaniu od rzeczywistej wysokości szkody, której poziom powinny określać okoliczności każdego przypadku.”*

Wobec tego, iż argumentacja Sądu Apelacyjnego odnosząca się do przesłanek uzasadniających wpisanie do rejestru klauzul o numerach 1767 i 1768 mogłaby mieć zastosowanie, *per analogiam*, również do postanowień kwestionowanych przez Prezesa Urzędu (w zakresie „jednorazowych opłat dodatkowych za wysłanie wezwania do zapłaty” w wysokości określonej w „Cenniku ...”), uznaje się za dowiedzioną ich zbieżność z ww. klauzulami uznanymi za niedozwolone.

W końcu, treść zamieszczonego w „Regulaminie ...” postanowienia „11.9. Terminy określone w niniejszym paragrafie liczone są od momentu zgłoszenia Awarii przez Abonenta.” wykazuje, w ocenie Prezesa Urzędu, podobieństwo – co do istoty i skutków – z treścią postanowienia „Za moment, od którego liczona jest przerwa w braku sygnału przyjmuje się datę pisemnego zgłoszenia.” zamieszczonego w rejestrze pod numerem 1169.

Porównanie postanowienia kwestionowanego przez organ antymonopolowy z postanowieniem niedozwolonym wskazuje, iż treść pierwszego z nich kształtuje w sposób tożsamy z treścią drugiego prawa i obowiązki konsumenta: oba uzależniają możliwość uzyskania przez niego należnego mu odszkodowania i zwrotu części opłaty abonamentowej z tytułu przerwy w świadczeniu usługi („Awarii” lub „przerwy w braku sygnału”) nie tylko od zgłoszenia tego faktu przedsiębiorcy usługę świadczącemu, ale także określają arbitralnie, w sposób analogiczny, moment, od którego przedsiębiorca ten ponosi odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi telekomunikacyjnej („Terminy [...] liczone są od momentu zgłoszenia Awarii przez Abonenta” lub „Za moment, od którego liczona jest przerwa [...] przyjmuje się datę [...] zgłoszenia”).

Wobec tego, iż każde z ww. postanowień ustanawia odpowiedzialność operatora względem abonenta dopiero od momentu zgłoszenia awarii (a nie od momentu jej zaistnienia), wobec tego, iż w jednym i drugim wypadku abonent nie ma możliwości uzyskania jakiegokolwiek rekompensaty z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania usługi za czas od momentu wystąpienia przerwy do momentu powiadomienia o tym fakcie operatora, co więcej – pomimo tego, iż świadczenie wzajemne nie było przez dostawcę usługi świadczone należycie – jest zobowiązany do uiszczenia opłaty abonamentowej obejmującej także okres pomiędzy wystąpieniem awarii a jej zgłoszeniem, Prezes Urzędu uznaje, iż postanowienie umieszczone w „Regulaminie ...” i to, które wpisano do rejestru pod numerem 1169, wywołują podobne skutki, a to upoważnia go do stwierdzenia bezprawności działania NTGD Spółka z o.o. w tym zakresie.

Mając na względzie powyższe, za uprawdopodobnione Prezes Urzędu uznaje, iż kwestionowane postanowienia zawarte w „Regulaminie ...” i „Cenniku ...” mieszczą się w hipotezach odpowiednich klauzul wpisanych do rejestru postanowień umowy uznanych za niedozwolone, odpowiednio:

- treść postanowień 1 a) i b), o których mowa w punkcie I sentencji decyzji, mieści się m.in. w hipotezach postanowień wpisanych do rejestru pod numerami: 639, 797, 819, 1029, 1163, 1337, 1339 i 2030,
- treść postanowień 2 a) i b) oraz 4, o których mowa w punkcie I sentencji decyzji, mieści się m.in. w hipotezach postanowień wpisanych do rejestru pod numerami: 1767, 1768 i 1167, 1739, 1955, 1956,
- treść postanowienia 3, o którym mowa w punkcie I sentencji decyzji, mieści się w hipotezie postanowienia wpisanego do rejestru pod numerem 1169,

przez co wypełniona zostaje druga z przesłanek niezbędnych do stwierdzenia naruszenia przez skarżonego przedsiębiorcę zakazu, o którym mowa w art. 24 ustawy o ochronie [...].

Zdaniem organu antymonopolowego, za spełnioną należy uznać także i trzecią przesłankę, bowiem naruszenie zbiorowych interesów konsumentów ma miejsce wtedy, gdy działanie przedsiębiorcy godzi w interesy konsumentów jako zbiorowości, to jest sytuacji, gdy skierowane jest nie tylko do wyodrębnionej indywidualnie grupy konsumentów, lecz szerszego nieograniczonego liczbowo kręgu osób, do których dotarła i dotrzeć może oferta przedsiębiorcy, a w rozpatrywanej sprawie wymieniony warunek jest spełniony – oferta usług telekomunikacyjnych przedstawiona przez NTGD Spółka z o.o., zawierająca niedozwolone klauzule, adresowana jest nie do ściśle określonego, konkretnego konsumenta, lecz do z góry nieokreślonej, niemożliwej do zidentyfikowania liczby konsumentów, których sytuacja jest identyczna i wspólna.

W tym stanie rzeczy stwierdza się, iż wszystkie, wskazane wcześniej, przesłanki wynikające z art. 24 ustawy o ochronie [...] zostały uprawdopodobnione.

Stosownie do art. 28 ust. 1 ww. ustawy, jeżeli w toku postępowania w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów zostanie uprawdopodobnione – na podstawie okoliczności sprawy, informacji zawartych w zawiadomieniu, o którym mowa w art. 100 ust. 1 tejże ustawy, lub innych informacji będących podstawą wszczęcia postępowania – że przedsiębiorca stosuje praktykę, o której mowa w art. 24 ustawy, a przedsiębiorca, któremu jest zarzucane naruszenie tego przepisu, zobowiąże się do podjęcia lub zaniechania zmierzających do zapobieżenia tym naruszeniom, Prezes

Urzędu może, w drodze decyzji, nałożyć obowiązek wykonania tych zobowiązań, a stosownie do art. 28 ust. 2 – może również określić termin ich wykonania.

Z kolei, odpowiednio do art. 28 ust. 3 ustawy, w decyzji, o której mowa w ust. 1 tego artykułu, Prezes Urzędu nakłada na przedsiębiorcę obowiązek składania w wyznaczonym terminie informacji o stopniu realizacji zobowiązań.

Wobec tego, że naruszenie przez NTGD Spółka z o.o. zakazu wynikającego z art. 24 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie [...] zostało w postępowaniu uprawdopodobnione, wobec tego, że skarżony przedsiębiorca zobowiązał się do usunięcia (wykreślenia lub przededefiniowania) z wzorców pod nazwą „Regulamin ...” i „Cennik ...” postanowień kwestionowanych przez Prezesa Urzędu i wprowadzenia do obrotu ww. wzorców niezawierających postanowień kwestionowanych, w trybie wynikającym z przepisów ustawy z dnia 16 lipca 2004r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz. 1800 ze zmianami), stwierdza się, iż zaistniały niezbędne przesłanki do wydania decyzji na podstawie art. 28 ust. 1 i 2 ustawy i **ORZEKA, JAK W PUNKCIE I SENTENCJI DECYZJI.**

Równocześnie, biorąc pod uwagę powyższą konstatację organ antymonopolowy nakłada na NTGD Spółka z o.o., działając w oparciu o art. 28 ust. 3 ustawy, obowiązek przekazania informacji dotyczącej wykonania podjętych zobowiązań w terminie czterech miesięcy od daty uprawomocnienia się decyzji, **I ORZEKA, JAK W PUNKCIE II SENTENCJI DECYZJI.**

Stosownie do treści art. 81 ust 1 ustawy o ochronie [...], w związku z art. 479²⁸ § 2 Kodeksu postępowania cywilnego, od niniejszej decyzji przysługuje stronie odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **W TERMINIE DWUTYGODNIOWYM** od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Gdańsku.

OTRZYMUJE:

NTGD Spółka z o.o.
ul. Grunwaldzka 345
80-309 Gdańsk