



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA W KRAKOWIE**

RKR-61-13/10/BR/MS-

Kraków, dn. 29 grudnia 2010 r.

DECYZJA Nr RKR - 26/2010

Stosownie do art. 33 ust. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz.331 z późn. zm.) oraz § 2 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie określenia 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 przeprowadzeniu postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów przeciwko przedsiębiorcom Natanowi Zielińskiemu i Żanecie Zielińskiej wykonującym wspólnie działalność gospodarczą pod nazwą: Firma Handlowo Usługowa Zielińscy s.c. z siedzibą w Krzeszowicach:

I. na podstawie art. 27 ust. 1 i 2 w/w ustawy o ochronie (...) **uznaje się za praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów**, wskazane w art. 24 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 tej ustawy, działania przedsiębiorców Natana Zielińskiego i Żanety Zielińskiej wykonujących wspólnie działalność gospodarczą pod nazwą: Firma Handlowo Usługowa Zielińscy s.c. - polegające na naruszeniu obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji poprzez zamieszczenie na stronach internetowych:

- www.i-telewizja.pl; www.i-televvizja.pl: informacji: „*Telewizja przez Internet za darmo. Chcesz oglądać za darmo telewizję przez Internet? Nie kupuj plazmy:) Telewizja za darmo, bez abonamentu! Chcesz oglądać ponad 600 innych kanałów? - pobierz bezpłatny program!*”

- <http://espy.pl> informacji: „*Telewizja przez Internet za darmo. Nie wiesz jak oglądać telewizję przez Internet za darmo? To proste – pobierz z tej strony darmowy TV Player bez logowania i instalacji. Chcesz oglądać więcej kanałów? Pobierz bezpłatny program.*”

podczas gdy tylko 15 do 20 kanałów można było odbierać bezpłatnie, a za pozostałe, w zależności od formy płatności, należało zapłacić, bądź 0,61 zł brutto, w ramach promocji, w przypadku płatności kartą lub przelewem za pośrednictwem strony www.paypal.com, bądź 61,00 zł brutto za pośrednictwem dwóch sms-ów po 30,50 zł każdy, co stanowi naruszenie art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. nr 171, poz. 1206)

i stwierdza się zaniechanie ich stosowania z dniem 30 czerwca 2010r.

- II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 w/w ustawy o ochronie (...) nakłada się na Żanetę Zielińską karę pieniężną w wysokości 13.698 zł (słownie: trzynaście tysięcy sześćset dziewięćdziesiąt osiem złotych) płatną solidarnie z Natanem Zielińskim do budżetu Państwa.
- III. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 w/w ustawy o ochronie (...) nakłada się na Natana Zielińskiego karę pieniężną w 13.698 zł (słownie: trzynaście tysięcy sześćset dziewięćdziesiąt osiem złotych) płatną solidarnie z Żanetą Zielińską do budżetu Państwa.
- IV. Na podstawie art. 77 ust. 1 i art. 80 w/w ustawy o ochronie (...) oraz art. 263 § 1 i art. 264 § 1 k.p.a. w związku z art. 83 ustawy o ochronie(...) obciąża się solidarnie przedsiębiorców Żanetę Zielińską i Natana Zielińskiego kosztami opisanego na wstępie postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów oraz zobowiązuje się tych przedsiębiorców do zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kosztów postępowania w kwocie 79,00 zł (słownie: siedemdziesiąt dziewięć złotych) w terminie 14 dni od uprawomocnienia się decyzji.

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura Urzędu w Krakowie - zwany dalej „organem antymonopolowym” lub „Prezesem UOKiK” - przeprowadził postępowanie wyjaśniające (sygn. akt RKR-403-2/10/BR) mające na celu ustalenie zasad udostępniania konsumentom bezpłatnej usługi telewizji przez Internet na stronie www.i-telewizja.pl.

W związku z dokonanymi w toku postępowania wyjaśniającego ustaleniami i uzasadnionym podejrzeniem, że działania przedsiębiorców Natana Zielińskiego i Żanety Zielińskiej wykonujących wspólnie działalność gospodarczą pod nazwą: Firma Handlowo Usługowa Zielińscy s.c. z siedzibą w Krzeszowicach – zwanych dalej „FHU Zielińscy s.c.” mogą być niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa w zakresie wskazanym w sentencji tej decyzji, wszczęto w dniu 10.08.2010r. postanowieniem nr RKR-144/2010 (k.126-129) przedmiotowe postępowanie w sprawie stosowania przez Zielińskich praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

W jego toku w dniu 31.08.2010r. Żaneta Zielińska ustosunkowała się do postawionych zarzutów w zawiadomieniu o wszczęciu postępowania w sprawie stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów (k.141-145). Wskazała, iż FHU Zielińscy s.c. dzierżawiła numery SMS Premium od innego przedsiębiorcy pod firmą MNI Premium i pośredniczyła w płatnościach, nie była natomiast autorem, administratorem, ani właścicielem stron internetowych. Klienci, którzy chcieli sprzedawać swoje usługi musieli zarejestrować się na stronie www.pay-sms.pl oraz zaakceptować ogólne warunki współpracy. Wyjaśniła ponadto, że właścicielem i osobą sprzedającą kod dostępu między innymi na stronach www.i-telewizja.pl, www.i-televvizja.pl i www.espy.pl był Natan Zieliński, który w dniu 1.07.2010r. wystąpił ze spółki FHU Zielińscy s.c.

W toku postępowania organ antymonopolowy ustalił następujący stan faktyczny:

Przedsiębiorcy Natan Zieliński i Żaneta Zielińska wykonują działalność gospodarczą na podstawie wpisów do ewidencji działalności gospodarczej (k.150-151, k.175-175). Działali oni wspólnie pod nazwą: Firma Handlowo Usługowa Zielińscy s.c. z siedzibą w Krzeszowicach, na podstawie umowy spółki cywilnej zawartej w dniu 1.11.006r. Udział wspólników Natana Zielińskiego i Żanety Zielińskiej w zyskach FHU Zielińscy s.c. wynosił po 50% (k.149-151, k.154-160, k.167-176, k.186).

FHU Zielińscy s.c. stworzyła program partnerski „Telewizja przez Internet” (k.177-178, k.185, k.186). Spółka była pośrednikiem pomiędzy internautami zainteresowanymi dostępem do kanałów telewizyjnych – tj. konsumentami w rozumieniu przepisów k.c., a osobami je udostępniającymi - Partnerami.

Na potrzeby tej działalności Natan Zieliński – tj. wspólnik FHU Zielińscy s.c – nabył w dniu 18.12.2009r. domenę www.i-telewizja.pl, a w dniu 6.02.2010r. kolejną domenę www.i-televvizja.pl (k.42, k.185, k.186). Okoliczność ta została potwierdzona przez podmiot udostępniający domeny - NetArt S.A. S.K.A. z siedzibą w Krakowie, który oświadczył, że abonentem domen www.i-telewizja.pl i www.i-televvizja.pl jest Natan Zieliński zamieszkały w Rudawie (k.42).

Na stronach internetowych www.i-telewizja.pl; www.i-televvizja.pl; <http://espy.pl> zamieszczona została informacja o bezpłatnej telewizji internetowej pozwalającej na oglądanie za darmo ponad 600 kanałów (k.2-11, k.17-26; k.31-34), których autorem była FHU Zielińscy s.c. Na analizowanych stronach internetowych były umieszczone następujące informacje reklamowe:

- www.i-telewizja.pl; www.i-televvizja.pl o treści: *„Telewizja przez Internet za darmo. Chcesz oglądać za darmo telewizję przez Internet? Nie kupuj plazmy:) Telewizja za darmo, bez abonamentu! Chcesz oglądać ponad 600 innych kanałów? - pobierz bezpłatny program!”*
- <http://espy.pl> o treści: *„Telewizja przez Internet za darmo. Nie wiesz jak oglądać telewizję przez Internet za darmo? To proste – pobierz z tej strony darmowy TV Player bez logowania i instalacji. Chcesz oglądać więcej kanałów? Pobierz bezpłatny program.”*

Na stronach tych znajdowały się linki do bezpłatnego oprogramowania partnerów lub innych programów. Umieszczona była na nich informacja o treści: *„Chcesz oglądać więcej kanale...w pobierz bezpłatny program”* przycisk pobierz. Na stronach znajdowały się ponadto informacje o treści:

- *Nie musisz podłączyć anteny do komputera*
- *Nie musisz też kupować drogiej karty telewizyjnej*
- *Wystarczy pobrać program do odbioru Telewizji przez Internet*
- *Jednorazowo pobrany program, działa cały czas bez żadnych limitów czasowych*
- *Program umożliwia odbiór kanałów telewizyjnych i radiowych za pomocą Internetu*
- *Nie ma żadnego abonamentu, gdyż program wykorzystuje strumienie udostępnione w Internecie bezpłatnie przez poszczególnych nadawców”*
- *Nie pobierasz 302 kanałów? Nowa aktualizacja jest już dostępna!*

W tej ostatniej informacji zmianie ulegała ilość dostępnych kanałów. Organ antymonopolowy ustalił, że za pośrednictwem w/w stron można było faktycznie obejrzeć za darmo jedynie 15 do 20 przykładowych kanałów. Chcąc jednakże uaktywnić pozostałe kanały należało kliknąć w „pobierz bezpłatny program”. Wówczas ukazywała się kolejna strona, a na niej informacja „aktualizuj”. Przechodząc przez kolejne etapy logowania poczynając od stron www.i-telewizja.pl; www.i-televvizja.pl, naciskając przycisk pobierz przechodziło się na stronę na <http://espy.pl> gdzie znajdowała się informacja o treści:

*„Symboliczna opłata za aktualizację przeznaczona jest na utrzymanie serwerów oraz kawę dla informatyków:) 50 groszy (0.61 zł z VAT) dokonując płatności kartą kredytową lub przelewem (i tu znaczek karty kredytowej VISA). Aktualizację z Polski możesz również nabyć wysyłając dwa smsy. Wpisz kod otrzymany w SMS: Pobieram plik
Pobierana aktualizacja nie ma żadnych limitów czasowych! Oglądasz wszystko tak długo jak chcesz :)
Aby pobrać aktualizację z Polski wyślij SMS o treści: WDP.TELEWIZJA pod numer 92552”*

W momencie otwarcia tej strony nie była widoczna żadna inna informacja i strona sprawiała wrażenie, że otworzyła się cała. Dopiero korzystając z suwaka zamieszczonego z prawej strony ekranu, schodząc znacznie poniżej widoku obrazu na ekranie (około 5 cm) można było przeczytać informację o treści:

„Cena netto smsa 25 zł/30,50 z VAT. Aby otrzymać kod dostępu do pliku należy wysłać 2 smsy. Całkowita cena 50 zł netto/61 zł z VAT. Uwaga: obydwa smsy należy wysłać z tego samego numeru telefonu. Dokonując płatności smsem, kod dostępu otrzymasz automatycznie po kilku sekundach. Płacąc kartą korzystasz z promocji obniżonej opłaty za program, która wynosi 0,50 zł netto/061 zł z VAT. W płatnościach kartą kredytową na podany adres e-mail zostanie przesłany plik w chwili potwierdzenia i zaksięgowania transakcji – około 2 dni roboczych. Reklamacje kierować na adres : sms92552@onet.pl 2010 © wszelkie prawa zastrzeżone.”

Klikając w obraz karty VISA wchodziło się na stronę www.paypal.com. Kilkanaście prób płatności dokonanych w ramach postępowania wyjaśniającego zakończyło się ukazaniem informacji o treści:

„odbiorca nie może w tej chwili odebrać pieniędzy”(k.2-11, k.17-26; k.31-34) .

Na stronie dotyczącej płatności brak jest jakichkolwiek informacji na temat procedury płatności kartą lub przelewem. Jak ustalił organ antymonopolowy konsument, który chciał dokonać płatność kartą lub przelewem musiał najpierw założyć swoje konto na pay-pal, a następnie mógł dopiero dokonać przelewu. Właścicielem konta, na które miały być dokonywane wpłaty za pośrednictwem pay-pal jest Natan Zieliński. Z przedłożonego przez FHU Zielińscy s.c. wydruku wpłat za pośrednictwem paypal z okresu 14-15.07.2010r. wynika, że w tym okresie analizowane strony już nie działały, bo jak wskazali przedsiębiorcy w czerwcu 2010r. na stronach www.i-telewizja.pl; www.i-televvizja.pl pojawiła się informacja o treści :

„strona chwilowo niedostępna. Trwają prace konserwacyjne na serwerze” . (k.100-103).

Inną możliwością uaktywnienie pozostałych kanałów było wysłanie płatnego sms-a pod numer 92552 konsument otrzymywał sms-a zwrotnego o treści:

„pamiętaj, że dopiero drugi sms uprawnia do aktywacji kodu i pobrania plików. Dziękujemy za skorzystanie z naszych usług , wydałeś 30,50 zł brutto. MNI Premium.pl”.

Podstawą do świadczenia powyższej usługi była „Umowa współpracy” zawarta w dniu 31.01.2010r. pomiędzy FHU Zielińscy a MNI Premium S.A. z siedzibą w Warszawie, której przedmiotem było świadczenie usług audiotekstowych, tj. obsługę sms-ów Premium (k.76-90). Usługi świadczone za pośrednictwem przedmiotowych stron FHU Zielińscy s.c. nie były usługami bezpłatnymi, ponieważ serwis SMS wykonywany z wykorzystaniem numeru Premium SMC 92552 był przeznaczony do sprzedaży kodów dostępu do usług dostępu do telewizji internetowej świadczonych przez FHU Zielińscy s.c. MNI Premium S.A. udostępniała Spółce numer serwisów, która miała obowiązek zamieścić na stronach internetowy komunikat (informacje) o treści

„wyślij SMS o treści Na numer....(netto: zł/SMS, brutto.....zł/SMS z VAT”

W umowie ustalona została wysokość wynagrodzenia dla Partnera – tj. w rozważanym stanie faktycznych FHU Zielińscy s.c. - i zasady jego wypłaty. Wynagrodzenie było płatne w terminie 14 dni od dnia otrzymania przez MNI wypłaty przychodu z serwisów Spółki i wystawionej przez nią faktury. Płatności na rzecz FHU Zielińscy s.c. dokonywane były przelewem na jej rachunek. Wynagrodzenie FHU Zielińscy s.c. za korzystanie z sms Premium wynosiło 3,50 zł netto albo 4,10 zł netto, natomiast cena sms-a Premium dla konsumenta wynosiła 25 zł netto. Umowa zawierała także w załączniku nr oświadczenie o treści: *„partner (w tym przypadku FHU Zielińscy s.c. – przp własny UOKIK) gwarantuje, iż nie narusza przepisów prawa, ani praw osób trzecich.*

Regulamin usługi kody dostępu do strony www, których organizatorem był MNI Premium S.A., a których użytkownikiem była FHU Zielińscy s.c. zawierał ponadto zapisy o treści:

- *„Zabrania się korzystania z serwisów w sposób naruszający prawo, ogólnie przyjęte normy moralne, w sposób godzący w dobre obyczaje, obraźliwy, czy naruszający czyjąś godność pkt 3”* oraz
- *„Użytkownik gwarantuje, że treści w ramach serwisu nie będą naruszały przepisów prawa polskiego, nie będą godziły w dobre obyczaje (pkt 4)”.*

Powyższa usługa audiotekstowa była świadczona przez MNI Premium S.A. na rzecz FHU Zielińskich s.c. do dnia 31.05.2010r., a łączna opłata jaką musiał uiścić konsument za uzyskanie dostępu do większej liczby kanałów telewizyjnych za pośrednictwem sms-ów Premium wynosiła 61 zł brutto. Dopiero dokonanie płatności za pośrednictwem SMS lub karta płatniczą umożliwiło pobranie programu do odbioru kanałów telewizyjne i w konsekwencji korzystanie z nich (oglądanie) w ilości większej niż 15-20. Przedmiotowe strony zapewniały możliwość oglądania około 1000 kanałów telewizyjnych komercyjnych i prywatnych nadawanych przez internautów (różna ilość w różnym czasie oferowania usługi od 340 do około 1000).

W dniu 1.06.2010r. nastąpiło przeniesienie praw i obowiązków wynikających z umowy zawartej przez FHU Zielińscy s.c. na Natana Zielińskiego działającego pod firmą PRONATAN (k.165-166). W Spółce nastąpiły także zmiany personalne, albowiem w dniu 30.06.2010r. do Spółki przystąpił Ruben Zieliński, a dzień później, tj. 1.07.2010r. ze spółki wystąpił Natan Zieliński.

Działania Spółki spowodowały, że część konsumentów poczuła się oszukana sposobem świadczenia usług, czego dowodem są wpisy na forum internetowym na stronie: <http://oszukani92500.blog.onet.pl/>.

Przychód Żanety Zielińskiej z wykonywanej przez nią działalności gospodarczej w ramach FHU Zielińscy s.c. uzyskany w 2009r. wynosił – zgodnie z „Informacją o wysokości dochodu (straty) z pozarolniczej działalności gospodarczej w roku podatkowym 2009 – PIT/B” stanowiąca załącznik do PIT-36L – 2.075.412 zł. Natomiast przychód Natana Zielińskiego z wykonywanej przez niego działalności gospodarczej w ramach FHU Zielińscy s.c. uzyskany w 2009r. wynosił – zgodnie z „Informacją o wysokości dochodu (straty) z pozarolniczej działalności gospodarczej w roku podatkowym 2009 – PIT/B” stanowiąca załącznik do PIT-36L – 2.075.412 zł.

Mając powyższe ustalenia na uwadze organ antymonopolowy zważył, co następuje:

Treść art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie (...) ogranicza zastosowanie jej przepisów wyłącznie do ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów, podejmowanej w interesie publicznym. Oznacza to, że warunkiem koniecznym do uruchomienia procedur i zastosowania instrumentów określonych w tej ustawie jest zaistnienie takiego stanu faktycznego, w którym działania przedsiębiorców - naruszając jej przepisy – stanowią potencjalne zagrożenie interesu publicznego nie zaś interesu jednostki lub grupy. Takie stanowisko konsekwentnie prezentuje Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów – dalej zwany „SOKIK”, który w wyroku z dnia 27.06.2001r. (sygn. akt XVII Ama 92/00) stwierdził, że *„interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien on być ustalony i konkretyzowany co do swych wymagań. Organ administracji – Prezes Urzędu winien być w toku postępowania i przy wydawaniu decyzji rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z jego zadań w strukturze administracji publicznej – art. 7 k.p.a. Publiczny znaczy dotyczący ogółu, dotyczący ogółu a nie jednostki, czy też określonej grupy. A zatem podstawą do zastosowania przez Prezesa Urzędu przepisów ustawy antymonopolowej winno być uprzednie stwierdzenie, że został naruszony interes publicznoprawny, a nie interes prawny jednostki czy też grupy”*. Należy dodać także, iż Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 26.02.2004r. (sygn. akt III SK 2/04) stwierdził, że naruszenie indywidualnego interesu (w powołanym wyroku – konsumenta), nie wyklucza dopuszczalności równoczesnego uznania, że dochodzi do naruszenia publicznego zbiorowego interesu. Uwzględniając charakter praktyk opisanych w niniejszej decyzji należy stwierdzić, że w rozważanej sprawie w/w przesłanka sformułowana w art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów została spełniona. Rozpatrywana sprawa ma charakter publiczno – prawny, albowiem wiąże się z ochroną interesu nieograniczonego kręgu adresatów, w tym przypadku internautów, którzy byli lub są klientami FHU Zielińscy s.c., jak i potencjalnie mogą podjąć decyzję o skorzystaniu z usług dostępu do telewizji internetowej świadczonych przez Spółkę, którym - na gruncie art. 4 ust. 12 ustawy o ochronie (...) w związku z art. 22¹

k.c. - przysługuje status konsumenta, tj. osoby fizycznej dokonującej czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą i zawodową.

Także status Żanety Zielińskiej i Natana Zielińskiego jako przedsiębiorców jest okolicznością bezsporną. Wykonują oni działalność gospodarczą na podstawie oddzielnych wpisów do ewidencji działalności gospodarczej jako wspólnicy spółki cywilnej, co oznacza, że są oni przedsiębiorcami w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie (...) w związku z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2007r., Nr 155, poz. 1905 z późn. zm.).

Interes publicznoprawny przejawia się także w postaci zbiorowego interesu konsumentów, co oznacza, iż naruszenie zbiorowego interesu konsumentów jest jednocześnie naruszeniem interesu publicznoprawnego. Zatem uzasadnione było w niniejszej sprawie podjęcie przez organ antymonopolowy działań przewidzianych w w/w ustawie o ochronie (...). W tym stanie rzeczy przyjąć należy, iż do oceny stanu faktycznego niniejszej sprawy zastosowanie mają przepisy w/w ustawy, a dotyczące jej postępowanie prowadzone było w interesie publicznym.

Stosownie do treści art. 24 ust. 1 ustawy o ochronie (...) – „przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działanie przedsiębiorcy”. Aby możliwe było zatem stwierdzenie stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, niezbędne jest łączne spełnienie dwóch przesłanek:

1. działania przedsiębiorcy winny mieć bezprawny charakter, tzn. być sprzeczne z prawem, tj. przepisami obowiązujących aktów prawnych a także sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i dobrymi obyczajami, a jednocześnie
2. działania te muszą naruszać zbiorowe interesy konsumentów.

Odnosząc się do pierwszej z przesłanek art. 24 ust. 1 ustawy o ochronie (...), tj. bezprawności działań przedsiębiorcy, stwierdzić należy, iż bezprawność rozumie się jako sprzeczność zachowania danego podmiotu z przepisami prawa oraz zasadami współżycia społecznego i dobrymi obyczajami. Chodzi tu mianowicie o sprzeczność z szeroko rozumianym porządkiem prawnym, jako całością. Jako „bezprawne” należy kwalifikować zachowania sprzeczne z nakazem zawartym w ustawie, rozporządzeniu wydanym na podstawie i dla wykonania ustawy, umową międzynarodową mającą bezpośrednie zastosowanie w stosunkach wewnętrznych. Sprzeczne z prawem są czyny: zabronione i zagrożone sankcją karną, czyny zabronione pod sankcjami dyscyplinarnymi, czyny zakazane przepisami administracyjnymi lub przepisami prawa gospodarczego publicznego, czyny zabronione przepisami o charakterze cywilnym, sprzeczne z nakazami zawartymi w prawie cywilnym lub prawie administracyjnym. *„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 przeto bezprawności działania wystarczy ustalenie, że określone zachowanie koliduje z przepisami prawa.”* (vide: „Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz”, pod redakcją J. Szwajki, Wydawnictwo CH BECK, 2000, s.117 – 118). Bezprawność jest czynnikiem o charakterze obiektywnym, tzn. niezależnym od wystąpienia szkody, czy zaistnienia zamiaru po stronie podmiotu dopuszczającego się działań bezprawnych. Dla stwierdzenia, że dane działania są naruszającą zakaz z art. 24 w/w ustawy o ochronie (...) wystarczające jest wykazanie, że potencjalnie

istniało zagrożenie naruszenia interesów konsumentów wskutek określonych zachowań danego przedsiębiorcy, a nie jest natomiast konieczne wystąpienie negatywnego skutku w postaci rzeczywistego naruszenia tych interesów. Analizując powyższą przesłankę należy mieć na uwadze, iż zarzut bezprawnego działania przedsiębiorcy w przedmiotowej sprawie dotyczy zarówno:

- 1) naruszania obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji tj. naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy o ochronie (...) oraz
- 2) stosowania nieuczciwych praktyk rynkowych- tj. naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 tej ustawy.

Do stwierdzenia praktyki o której mowa w art. 24 ust. 2 w/w ustawy o ochronie (...) konieczne jest wykazanie, iż działania Spółki są sprzeczne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa lub dobrymi obyczajami. Obowiązek udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji, określony w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy o ochronie (...), jest jednym z instrumentów zapewnienia konsumentom odpowiedniego poziomu wiedzy, polegających na spełnieniu szeregu obowiązków informacyjnych, które mają swoje źródło w art. 76 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Stanowisko to potwierdził Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 21.04.2004r. (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 (vide: wyrok TK z 10.10.2000r., sygn. akt: P 8/99). Dlatego 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 20.06.2006r., sygn. akt: III SK 7/2006). Podobne stanowisko zajął również Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11.07.2002r. stwierdzając, że *„zasób zrozumiałej, jasnej i dostępnej informacji dla konsumenta spełnia niezbędne wymagania warunkujące możliwość dokonywania przez niego zakłóconego i racjonalnego wyboru”* (sygn. akt: I CKN 1319/00).

Powyższy obowiązek udzielenia konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji wynika również z powszechnie akceptowanych i przyjętych w obrocie handlowych dobrych obyczajów. Pojęcie to jest wprowadzone do systemu prawnego w postaci klauzuli generalnej, odsyłającej do systemu ocen i norm pozaprawnych – dobrych obyczajów i słusznym interesów konsumentów. Jak wskazuje doktryna i orzecznictwo, klauzule generalne to przepisy prawne, *„w których nie są dokładnie sprecyzowane wszystkie elementy składające się na hipotezę czy dyspozycję normy prawnej, a ocena konkretnego stanu faktycznego zostaje przerzucona na organ stosujący prawo”* (vide: A. Wolter *„Prawo cywilne. Zarys części ogólnej”* Warszawa 1986, str. 83) oraz, że *„istotą i funkcją klauzul generalnych w prawie cywilnym jest możliwość uwzględnienia w ocenie różnego rodzaju okoliczności faktycznych, które nie mogą – w oderwaniu od konkretnego stanu faktycznego – być według jakiegoś schematu mającego walor bezwzględny oceniane raz na zawsze i w sposób jednakowy”* (vide: wyrok SN z dnia 29.03.1979 r., III CRN 59/79). Pojęcie dobrych obyczajów nie jest w prawie zdefiniowane, ale podobnie jak zasady współżycia społecznego, jest przedmiotem wielu orzeczeń sądowych oraz opracowań doktryny. Wskazuje się w nich, że dobre obyczaje to uczciwe zasady postępowania i ustalone zwyczaje w ujęciu etyczno-moralnym, a na ich treść składają się elementy etyczne i socjologiczne kształtowane przez oceny moralne i społeczne

stanowiące uzupełnienie porządku prawnego (vide: m.in. R. Stefanicki „*Dobre obyczaje w prawie polskim*” PPH 2002/5, M. Knypl, K. Trzeciński „*Znaczenie zwyczajów i dobrych obyczajów w prawie cywilnym i handlowym*” PPH 1997/8). W sposób jednoznaczny problem ten zdefiniował M. Allerhand (vide: „*Kodeks handlowy, Komentarz*” Bielsko-Biała 1998, s. 356), stwierdzając, że „*naruszenie zasad dobrych obyczajów oznacza zatem podejmowanie takich działań przez przedsiębiorcę, które w obrocie handlowym uznawane są za nieetyczne*”. Reasumując, sprzeczne z dobrymi obyczajami są m.in. działania wykorzystujące niewiedzę, brak doświadczenia konsumenta, naruszenie równorzędności stron umowy, działania zmierzające do dezinformacji i wywołania błędnego przekonania konsumenta lub nie zapewniające rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji. Chodzi więc o działania potocznie określane jako nieuczciwe, nierzetelne, odbiegające in minus od przyjętych w obrocie gospodarczym standardów postępowania.

W przedmiotowej sprawie koniecznym stało się rozważenie przez Prezesa UOKIK, czy informowanie przez FHU Zielińscy s.c. konsumentów na wymienionych stronach internetowych o możliwości darmowego pobrania programu do oglądania telewizji przez Internet, podczas gdy pobranie takiego programu kosztuje w zależności od formy płatności 0,61 zł albo 61,00 zł brutto, mogło naruszać dobre obyczaje i słusne interesy konsumentów. Przestrzeganie dobrych obyczajów w stosunkach z konsumentami jest szczególnie widoczne w prawie zobowiązaniowym, gdzie powinno ono wyrażać się „*we właściwym informowaniu o wynikających z umowy uprawnieniach, niewykorzystywaniu uprzywilejowanej pozycji profesjonalisty przy zawieraniu umowy i jej realizacji, rzetelnym traktowaniu równorzędnego partnera umowy. Za sprzeczne z dobrymi obyczajami należy uznać te działania przedsiębiorcy, które zmierzają do niedoinformowania, dezorientacji, wywołania błędnego przekonania u konsumenta, a także wykorzystania jego niewiedzy lub naiwności.*” (vide: K. Kohutek, M. Sieradzka „*Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz.*”, Wolters Kluwer 2008, s. 588).

Z takim działaniem, naruszającym zarówno dobre obyczaje, słusne interesy konsumentów, jak i zasady współżycia społecznego, mamy do czynienia w niniejszej sprawie, w której konsument otrzymywał FHU Zielińscy s.c. informacje wprowadzające go błąd, w świetle których przedsiębiorcy oferowali mu na swoich stronach internetowych: www.i-telewizja.pl, www.i-televvizja.pl oraz <http://espy.pl> możliwość pobrania darmowego programu umożliwiającego oglądanie nieodpłatnie 600 kanałów telewizyjnych w Internecie. W rzeczywistości tylko 15 do 20 kanałów można było odbierać bezpłatnie, a za dostęp do pozostałych - w zależności od formy płatności - należało zapłacić, bądź 0,61 zł brutto, w ramach promocji, w przypadku płatności kartą albo przelewem za pośrednictwem strony www.paypal.com, albo 61,00 zł brutto za pośrednictwem dwóch sms-ów po 30,50 zł każdy. Z ustaleń dokonanych przez Prezesa UOKIK wynika, że wobec trudności z dokonaniem zapłaty kartą lub przelewem kwoty 0,61 zł, jedyną formą płatności była zapłata za pomocą sms-ów Premium po 30,50 zł każdy, których wysłanie umożliwiało aktywację kodu i pobranie programu do oglądania kanałów telewizyjnych. Oznacza to, że informacje zamieszczone na przedmiotowych stronach internetowych nie tylko nie informowały o faktycznych kosztach zakupu usługi, ale wręcz przeciwnie wprowadzały, a przynajmniej mogły wprowadzać, konsumentów w błąd poprzez zapisy sugerujące darmowy dostęp do kanałów telewizyjnych. Podkreślić należy, że informacja o płatnym charakterze usługi pojawiała się dopiero po otwarciu kolejnych okien i linków, czego dowodem jest treść sms-a zwrotnego: „*pamiętaj, że dopiero drugi sms uprawnia do aktywacji kodu i pobrania plików. Dziękujemy za skorzystanie z naszych usług , wydałeś 30,50 zł brutto. MNI Premium.pl*”.

Niezależnie od faktu naruszenia przez FHU Zielińscy s.c. powołanego wyżej obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji, zamieszczenie stronach internetowych: www.i-telewizja.pl, www.i-televvizja.pl oraz <http://espy.pl> informacji opisanych w sentencji decyzji może wprowadzać konsumentów błąd co do formy prawnej prowadzonego przedsiębiorstwa oraz co do istotnych cech świadczenia oferowanego przez FHU Zielińscy s.c. Takie działanie przedsiębiorców wobec konsumentów narusza również art. 24 ust. 2 pkt 3 w/w ustawy o ochronie (...), albowiem stanowi nieuczciwą praktykę rynkową w rozumieniu art. 4 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz. 1206) – zwanej dalej „ustawą o przeciwdziałaniu (...)”. Zgodnie z tymi przepisami praktyka rynkowa stosowana przez przedsiębiorców wobec konsumentów jest nieuczciwa, jeżeli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu. Za nieuczciwą praktykę rynkową uznaje się w szczególności praktykę rynkową wprowadzającą w błąd. Wprowadzenie błąd może nastąpić zarówno poprzez działanie (art. 5 ustawy), jeżeli działanie to w jakikolwiek sposób powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął, jak i zaniechanie (art. 6 ustawy), 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. Stosownie do art. 5 ust 2 i 3 ustawy o przeciwdziałaniu wprowadzającym w błąd działaniem może być m.in. rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji, rozpowszechnianie prawdziwych informacji w sposób mogący wprowadzać w błąd, które mogą dotyczyć cech produktu, przez który należy rozumieć każdy towar lub usługę.

Przechodząc do oceny, czy działanie zachowanie FHU Zielińscy s.c. – polegające na wprowadzeniu konsumentów w błąd co do ceny świadczonej usługi – stanowiło nieuczciwą praktykę rynkową, należy rozważyć pojęcie „przeciętnego konsumenta” w odniesieniu do którego powinna być dokonana ocena zachowania tych przedsiębiorców. Będąc przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia zachowanie przedsiębiorców powinno być zatem oceniane z perspektywy przeciętnego konsumenta. Dla udzielenia odpowiedzi na powyższe postawione pytanie konieczna jest analiza definicji przeciętnego konsumenta zawarta art. 2 pkt 8 ustawy o przeciwdziałaniu (...), zgodnie z którą za przeciętnego konsumenta uważa się konsumenta, który jest dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny; oceny dokonuje się z uwzględnieniem czynników społecznych, kulturowych, językowych i przynależności danego konsumenta do szczególnej grupy konsumentów. Przyjęty w ustawie model przeciętnego konsumenta w pełni odzwierciedla stanowisko przyjęte w orzeczeniach ETS, zgodnie z którym jest to osoba dostatecznie dobrze poinformowana, uważna i ostrożna. Taki konsument posiada określony zasób informacji o otaczającej rzeczywistości i potrafi go wykorzystać dokonując analizy przekazów rynkowych. Jest to konsument sceptyczny wobec kierowanych do niego praktyk rynkowych, który umiejętnie korzysta ze stworzonych możliwości wyboru. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3.12.2003r. (sygn. akt: I CK 358/02) wskazał, iż sama wysokość ceny nabywanego samochodu wyklucza potraktowanie nabywcy jako nieostrożnego konsumenta bezkrytycznie odnoszącego się do haseł reklamowych i nie posiadającego podstawowych informacji, gdyż polski odbiorca reklamy w tym segmencie rynku samochodowego posiadał już umiejętność odczytywania informacji reklamowych. Analogicznie Sąd Apelacyjny w Warszawie stwierdził, iż do kręgu adresatów reklamy „tanich linii” lotniczych należy zaliczyć osoby wykształcone, posiadające zasób wiedzy i doświadczenia życiowego w zakresie funkcjonowania takiego rodzaju przedsiębiorców,

w tym zakupu biletów on-line, co odróżnia ich od osób należących do kręgu przeciętnych konsumentów (vide: wyrok z dnia 6.12.2007r., sygn. akt VI ACa 842/07). Odnosząc powyższe rozważania do sytuacji zaistniałej w niniejszej sprawie podnieść należy, iż rodzaj i przeznaczenie usługi oferowanej przez FHU Zielińscy s.c. wskazuje, że nie jest ona kierowana do jakiejś określonej, dającej się wyodrębnić grupy konsumentów - potencjalnie każdy człowiek ma potrzebę lub ochotę niezależnie od wieku, wiedzy, stylu życia oraz statusu majątkowego itp. pozyskać program umożliwiający oglądanie telewizji w Internecie. Konstrukcję modelu przeciętnego konsumenta należy zatem stworzyć bez odwoływania się do przynależności do szczególnej grupy konsumentów. Będzie to zatem konsument dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny przy uwzględnieniu czynników społecznych, kulturowych i językowych – charakterystycznych dla polskiego konsumenta.

W przedmiotowej sprawie FHU Zielińscy s.c. podjęli działania, które mogły wprowadzać konsumentów w błąd co do ceny świadczonej przez siebie usługi. Zgodnie z treścią art. 5 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu (...) praktykę rynkową uznaje się za działanie wprowadzające w błąd, jeżeli działanie to w jakikolwiek sposób powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął. Działanie wprowadzające w błąd – w świetle art. 5 ust. 2 pkt 2 tej ustawy - może polegać m.in. na rozpowszechnianiu prawdziwych informacji w sposób mogący wprowadzać w błąd.

Stosowanie nieuczciwej praktyki rynkowej wprowadzającej w błąd przez działanie musi w konsekwencji doprowadzić do podjęcia przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy. Osiągnięcie takiego skutku, tj. podjęcia przez konsumenta decyzji dotyczącej zawarcia umowy jest związane z posiadaniem przez tę praktykę istotnej siły, mogącej wywołać ten skutek. Prawne znaczenie z punktu widzenia kwalifikacji praktyki rynkowej jako nieuczciwej ma zatem spowodowanie lub sama tylko potencjalna możliwość podjęcia decyzji gospodarczej, której inaczej konsument by nie podjął. Praktyką wprowadzającą w błąd jest zatem każda praktyka, która w jakikolwiek sposób, w tym również przez swoją formę, wywołuje skutek w postaci co najmniej możliwości wprowadzenia w błąd przeciętnego konsumenta, do którego jest skierowana lub dociera, i która ze względu na swoją zwodniczą naturę może zniekształcić jego zachowanie rynkowe.

W przedmiotowej sprawie, analizowana praktyka mogła przyczynić się do wywołania mylnego wyobrażenia po stronie przeciętnego konsumenta. FHU Zielińscy s.c. umieścili bowiem na stronach internetowych: www.i-telewizja.pl, www.i-televvizja.pl oraz <http://espy.pl> następujące informacje:

- „*Telewizja przez Internet za darmo. Chcesz oglądać za darmo telewizję przez Internet? Nie kupuj plazmy:) Telewizja za darmo, bez abonamentu! Chcesz oglądać ponad 600 innych kanałów? - pobierz bezpłatny program!*” oraz
- „*Telewizja przez Internet za darmo. Nie wiesz jak oglądać telewizję przez Internet za darmo? To proste – pobierz z tej strony darmowy TV Player bez logowania i instalacji. Chcesz oglądać więcej kanałów? Pobierz bezpłatny program.*”

Sugerowały one możliwość pobrania darmowego programu umożliwiającego oglądania nieodpłatnie 600 kanałów telewizyjnych w Internecie. W rzeczywistości tylko 15 do 20 kanałów można było odbierać bezpłatnie, a dostęp do pozostałych programów był możliwy po pobraniu darmowego programu. Aktywując opcję „pobierz bezpłatny program” otrzymywał informacja o treści: „*Symboliczna opłata za aktualizację przeznaczona jest na utrzymanie serwerów oraz kawę dla informatyków:) 50 groszy (0.61 zł z VAT) dokonując płatności kartą kredytową lub przelewem. Aktualizację z Polski możesz również nabyć*

wysyłając dwa smsy. Aby pobrać aktualizację z Polski wyślij SMS o treści: WDP.TELEWIZJA pod numer 92552”. Dopiero na samym dole, najmniejszą czcionką na tejże stronie wskazał, iż cena promocyjna dotyczy tylko płatności kartą. Opisana zatem cena sugerowało konsumentom taką cenę za wysłanie smsa. Wnioski takie są tym bardziej uprawnione, gdyż poszczególne komunikaty na stronie są rozmieszczone w takich sekwencjach i przy zastosowaniu znacznych odstępów, co może powodować, że konsument, czytając pierwszy akapit, nawet nie podejrzewał, że wysłanie sms-a może być droższe i że cena promocyjna dotyczy jedynie płatności kartami kredytowymi. Sposób eksponowania informacji oraz ich wyróżnienie typograficzne mogło sugerować konsumentom, iż cena 50 groszy (0.61 zł z VAT) dotyczy właśnie wysłania sms-a pod wyeksponowany numer, podczas gdy faktycznie cena za wysłanie sms-a wynosiła 25 zł netto (30,50 zł brutto), a do otrzymania kodu dostępu niezbędne było wysłanie dwóch sms-ów. Okolicznością wskazującym na stosowanie przez FHU Zielińscy s.c. praktyki wprowadzającej konsumentów w błąd jest sposób wyświetlenia informacji na stronie tak, że w pierwszej części wyświetla się jedynie informacja o możliwości pobrania darmowego programu do odbioru kanałów telewizyjnych za 50 groszy (0.61 zł z VAT) oraz wskazane zostały sposoby płatności, w tym przez wysłanie sms-a, a dalej dane potrzebne do jego wysłania. Na tak dostępnym widoku ekranu brak było innych informacji. Dopiero po znacznym odstepie i przesunięciu strony w dół ukazywały się dalsze informacje: o rzeczywistych kosztach wysyłki sms-a, o tym, że do otrzymania kodu niezbędne jest wysłanie dwóch sms-ów oraz o tym, że wskazana u góry strony cena jest ceną promocyjną i dotyczy tylko płatności kartą kredytową.

Powyższy sposób przedstawiania informacji na stronach mógł wpływać na podjęcie przez konsumenta decyzji o pobraniu darmowego programu do odbioru kanałów telewizyjnych poprzez wysłanie dwóch sms-ów - w jego przekonaniu za łącznie 1,22 zł brutto - której to decyzji nie podjąłby, gdyby znał rzeczywisty całkowity koszt pobrania tego programu wynoszący 61 zł brutto. Taki sposób przedstawiania informacji o możliwości odbioru 600 kanałów telewizyjnych oraz możliwości i cenie pobrania programu do ich odbioru mogło się przyczynić - w ocenie Prezesa UOKiK- do mylnego przekonania konsumentów o takim właśnie koszcie wysyłki sms-ów. Rozmieszczenie informacji na stronie przesądza o braku transparentności oferty FHU Zielińscy s.c. Stanowisko to potwierdza także uzasadnienie wyroku SOKiK z dnia 19.05.2005r. (sygn. akt: XVII Ama 11/2004)., w którym Sąd uznał, że „na profesjonalście ciąży szczególny obowiązek w zakresie uwidaczniania informacji o cenie towarów” (sygn. akt: XVII Ama 11/2004). Obowiązki przedsiębiorcy w zakresie podawania informacji dotyczących ceny towaru zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa odpowiada bowiem prawo konsumentów do poznania ceny.

Skutkiem wprowadzenia w błąd mogło być w przedmiotowej sprawie podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął. Jeżeli bowiem praktyka rynkowa wywołała lub mogła wywołać u przeciętnego konsumenta mylne, czyli niezgodne z rzeczywistością wyobrażenie o produkcie, które spowodowało (lub tylko mogło spowodować) skutek w postaci podjęcia decyzji o zawarciu umowy i wysłaniu sms-ów, to mamy do czynienia z praktyką rynkową wprowadzającą w błąd. Stosownie do treści art. 5 ust.4 ustawy o przeciwdziałaniu (...) przy ocenie, czy praktyka rynkowa wprowadziła w błąd przez działanie, należy uwzględnić wszystkie jej elementy oraz okoliczności wprowadzenia produktu na rynek, w tym sposób jego prezentacji. Opisany szczegółowo powyżej sposób przedstawiania przez FHU Zielińscy s.c. informacji o możliwości korzystania z oferowanej usługi w sposób jednoznaczny wskazuje na jego mylący konsumentów charakter, wprowadzający ich w błąd co do ceny oferowanej usługi. Przyjąć zatem należy,

iż wyżej opisane działania spowodowały, iż przeciętny konsument, na ich skutek podjął (lub mógł podjąć) decyzję dotyczącą umowy, której inaczej by nie podjął. Nie budzi bowiem wątpliwości, iż sposób przekazywania informacji o cenie usługi przyczyniło się do wywołania mylnego wyobrażenia po stronie przeciętnego konsumenta, które nie było zgodne ze stanem rzeczywistym, co potencjalnie lub realnie mogło wpłynąć na podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której by nie podjął, jeśli nie doszłoby do wprowadzenia w błąd. Mając powyższe na uwadze w ocenie Prezesa UOKiK informacja dotycząca opłat została przekazana w sposób nierzetelny niejasny i niejednoznaczny, co stanowi naruszenie art. 5 ust. 1 powołanej ustawy o przeciwdziałaniu (...).

Zgodnie z przepisem art. 13 ustawy o przeciwdziałaniu (...), ciężar dowodu, że dana praktyka rynkowa nie stanowi nieuczciwej praktyki wprowadzającej w błąd spoczywa na przedsiębiorcy, któremu zarzuca się stosowanie nieuczciwej praktyki rynkowej. Oznacza to, iż to na przedsiębiorcy spoczywa ciężar dowodu, że zarzucana mu praktyka nie wprowadza w błąd. Zarówno Żaneta Zielińska, jak i Natan Zieliński, w odpowiedzi na przedstawione im zarzuty nie udowodnili ani nawet nie wykazali, iż podejmowane przez nich działania nie stanowią nieuczciwej praktyki wprowadzającej w błąd.

Dla oceny przedmiotowej sprawy nie ma znaczenia, podniesiona przez przedsiębiorców okoliczność, że abonentem domen, autorem tekstów na stronach, właścicielem konta paypal był Natan Zieliński. Działanie – będące przedmiotem zarzucanej praktyki - miało miejsce w okresie kiedy przedsiębiorca Natan Zieliński był współnikiem FHU Zielińscy s.c. Stroną umowy zawartej z MNI Premium S.A., której przedmiotem było korzystanie z usługi SMS Premium była FHU Zielińscy s.c. i na jej rachunek bankowy (konto) wpływały należności z tego tytułu, z których następnie Spółka rozliczała się z MNI Premium S.A. Podkreślenia wymaga, że zysk z tytułu SMS Premium obaj przedsiębiorcy, tj. Żaneta Zielińska i Natan Zieliński dzielili między siebie w proporcji po 50%. Nadto należy zwrócić uwagę na regulację kodeksu cywilnego - mającą charakter iuris cogentis, tj. nie podlegającą zmianie w drodze umowy stron - dotyczącą solidarnej odpowiedzialności współników (art. 864 k.c.), niepodzielności majątku wspólnego w czasie trwania spółki (art. 863 k.c.). Nie ma zatem znaczenia w analizowanej sprawie okoliczność, który ze współników dokonuje czynności prawnej, albowiem każdy z nich jest uprawniony do prowadzenia spraw spółki i każdy odpowiada solidarnie za zobowiązania spółki.

Odnosząc się do drugiej przesłanki, tj. naruszenia zbiorowych interesów konsumentów, stwierdzić należy, iż ustawa o ochronie (...) nie definiuje pojęcia zbiorowego interesu konsumentów, stwierdzając jedynie w treści art. 24 ust. 3, że nie jest nim suma indywidualnych interesów konsumentów. W świetle - powołanego na początku uzasadnienia prawnego niniejszej decyzji - art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie (...) należy przyjąć, że ze zbiorowymi interesami konsumentów mamy do czynienia wówczas, gdy działania przedsiębiorcy są powszechne i mogą dotknąć każdego potencjalnego klienta przedsiębiorcy – czyli konsumenta. Stanowisko to potwierdzone zostało również w orzecznictwie Sądu Najwyższego, który w uzasadnieniu wyroku z dnia 12.09.2003r. (sygn.: I CKN 504/01) stwierdził, iż nie jest zasadne uznawanie, że postępowanie z tytułu naruszenia ustawy antymonopolowej można wszczynać 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. Oceniane w niniejszej decyzji działania Spółki odnoszą się do wszystkich jego

aktualnych i przyszłych (potencjalnych) klientów, a zatem dotyczą zbiorowych interesów konsumentów.

Uwzględniając powyższy wywód, organ antymonopolowy uznał, że zostały spełnione wszystkie przesłanki konieczne do zakwalifikowania działań FHU Zielińscy s.c. jako praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, określonej w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 2 i 3 ustawy o ochronie (...). Stosownie do treści przepisu art. 27 ust. 1 i 2 tej ustawy w przypadku gdy przedsiębiorca zaprzestał stosowania praktyki, o której mowa w art. 24, Prezes UOKIK wydaje decyzję o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i stwierdzającą zaniechanie jej stosowania. Mając na uwadze dokonane ustalenia, zgodnie z którymi FHU Zielińscy s.c. naruszyła zbiorowe interesy konsumentów oraz okoliczność, iż: w dniu 30.06.2010r. Natan Zieliński wystąpił z FHU Zielińscy s.c. przenosząc na siebie jako przedsiębiorcę działającego pod firmą Pronatan z siedzibą w Krakowie prawa i obowiązki wynikające z umowy z MNI Premium S.A., strony internetowe: www.i-telewizja.pl i www.i-televvizja.pl są aktualnie administrowane przez Pronatan, a w czerwcu 2010r. na tych stronach internetowych nie były już rozpowszechniane kwestionowane treści, orzeczono jak w pkt I sentencji.

Za datę zaniechania zarzucanych praktyk przyjęto 30 czerwca 2010r., tj. datę wystąpienia Natana Zielińskiego ze FHU Zielińscy s.c.

Zgodnie z art.106 ust.1 pkt.4 ustawy o ochronie (...), organ antymonopolowy może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24. Z treści powyższego przepisu wynika, iż w/w kara ma charakter fakultatywny, a zatem do Prezesa UOKIK należy - w ramach uznania administracyjnego - decyzja w sprawie zasadności nałożenia kary pieniężnej w danej sprawie. Wprawdzie ustawa o ochronie (...) nie zawiera katalogu przesłanek, od których uzależniona jest decyzja o nałożeniu kary, jednakże w jej art. 111 zostało wskazane, że ustalając wysokość kary Prezes UOKIK winien wziąć pod uwagę w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy. Ustalając wysokość kary pieniężnej w decyzjach stwierdzających naruszenie zakazów określonych w ustawie o ochronie (...), należy zatem uwzględnić wagę tego naruszenia, rozmiar skutków stosowanej praktyki ograniczającej konkurencję, bądź praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, jak również zaistniałe okoliczności obciążające i łagodzące.

W niniejszej sprawie zastało udowodnione, że Żaneta Zielińska i Natan Zieliński działając pod firmą FHU Zielińscy s.c. dopuścili się naruszenia określonego w art. 24 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy o ochronie (...) zakazu stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, w sposób określony w pkt I sentencji decyzji. Przy czym charakter i uciążliwość tego naruszenia uzasadniają nałożenie na Żanetę Zielińską i Natana Zielińskiego kary pieniężnej. Podkreślenia wymaga, że naruszenia przez przedsiębiorców przepisów ustawy może nastąpić zarówno umyślnie (tj., gdy przedsiębiorca miał taki zamiar), jak też i nieumyślnie (tj., gdy przedsiębiorca nie miał na celu podejmowania działań sprzecznych z przepisami tej ustawy). Natomiast kara pieniężna - zgodnie z cytowanym wyżej przepisem art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy o ochronie (...) - może zostać nałożona także w

przypadku, gdy przedsiębiorca „choćby nieumyślnie” dopuścił się określonego jej przepisami zakazanego działania. Oznacza to, że kara pieniężna może być nałożona także w przypadku, gdy po stronie przedsiębiorcy nie będzie występował element winy, rozumiany jako świadomość bezprawności jego zachowania. Nakładając karę pieniężną, Prezes UOKIK wziął pod uwagę konieczność ustalenia, czy określone w tym przepisie naruszenie dokonane było co najmniej nieumyślnie. Z tego względu, organ antymonopolowy wziął pod uwagę całokształt okoliczności sprawy, które wskazywać mogą na nieumyślny charakter naruszenia przez przedsiębiorców zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Opisane w niniejszej decyzji działania - podejmowane przez Żanetę Zielińską i Natana Zielińskiego w zakresie prowadzonej przez nich działalności gospodarczej - powinny być im się kojarzyć z nieuchronnością naruszenia zbiorowego interesu konsumentów. Należy jednak przyznać, że w zgromadzonym materiale dowodowym nie ma jednoznacznych dowodów wyraźnej intencji przedsiębiorców naruszenia tych interesów. Zebrane w trakcie niniejszego postępowania informacje mogą zatem wskazywać na wspomniane wyżej nieumyślne działanie. Pomimo tego – jak już wcześniej sygnalizowano - samo stwierdzenie nieumyślności zakwestionowanej praktyki daje podstawę do nałożenia na Żanetę Zielińską i Natana Zielińskiego kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy o ochronie (...).

Kara nakładana przez Prezesa UOKIK na przedsiębiorcę, który dopuścił się stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów służy podkreśleniu naganności ocenianego zachowania. Przedsiębiorca, jako profesjonalista powinna wiedzieć, że zamieszczając informacje na ogólnie dostępnych stronach internetowych nie może godzić w interesy konsumentów. W analizowanym przypadku – w ocenie Prezesa UOKIK - informacje odnośnie bezpłatnej usługi dostępu do powyżej 20 kanałów telewizyjnych, w przypadku kiedy usługa ta była płatne w zależności od formy zapłaty 0,61 zł albo 61 zł godziły w interes ekonomiczny konsumentów, którzy byli obciążani w opisanych wyżej przypadkach kosztami usługi. Orzeczona kara powinna stanowić dolegliwość dla uczestników niniejszego postępowania, tak aby jej nałożenie skutkowało w przyszłości zapobieżeniem zaistnienia podobnych sytuacji. W opinii Prezesa UOKIK należy podkreślić aspekt edukacyjny i wychowawczy zastosowanego środka oraz wyrazić nadzieję, że odniesie on spodziewany skutek na przyszłość. Poza wymiarem indywidualnym kary należy zwrócić uwagę na jej wymiar ogólny, funkcję odstrasżającą i wychowawczą w stosunku do innych uczestników rynku.

Mając na uwadze, że obaj przedsiębiorcy, tj. Żaneta Zielińska i Natan Zieliński uzyskali identyczny przychódów za rok 2009 w związku z prowadzeniem działalności pod firmą FHU Zielińscy s.c., a jak wyżej wskazano zgodnie z obowiązującymi przepisami odpowiedzialność wspólników spółki cywilnej jest solidarna obliczając karę dla obu przedsiębiorców przyjęto identyczne czynniki dla ustalenia jej wysokości. Podstawą obliczenia wysokości niniejszej kary był przychód osiągnięty przez każdego z przedsiębiorców w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, tj. w 2009r. Przychód osiągnięty przez każdego z przedsiębiorców w roku 2009 wyniósł 2.075.411 zł, w związku z czym maksymalna kara, jaka mogłaby w niniejszym przypadku zostać wymierzona na każdego z przedsiębiorców to 207.541 zł.

Ustalenie wysokości kary w analizowanej sprawie ma charakter wieloetapowy, co spowodowane jest zaistnieniem licznych okoliczności mających wpływ na tę wysokość. Przy ustaleniu niniejszej kary należy rozważyć wagę omawianego naruszenia, która winna być ustalana przez pryzmat jego szkodliwości. Nie budzi wątpliwości, iż praktyki rynkowe

wprowadzające w błąd uznać należy za szczególnie nieuczciwe, a co za tym idzie szkodliwe. Uważa się bowiem, że to właśnie one najczęściej oddziałują na sferę decyzyjną konsumenta, prowadząc do zniekształcenia jego decyzji rynkowych. Wykluczają tym samym możliwość podjęcia świadomej decyzji rynkowej przez konsumenta. Wprowadzenie w błąd konsumentów co do ceny usługi miało zatem szczególną moc sterowania wyborem konsumenta. Zważyć przy tym należy, iż cena stanowi *essentialia negotii* umowy o usługę opisaną w niniejszej decyzji. W przedmiotowej sprawie stosowanie praktyki nastąpiło na etapie zawierania kontraktu, albowiem inkryminowane zachowanie przedsiębiorcy miało wpływ na zawarcie przez konsumenta umowy oraz jej treść. Praktyka była stosowana w okresie od grudnia 2009. do 30 czerwca 2010r. Mając powyższe na uwadze, w oparciu o wartość przychodu przypadającą na każdego przedsiębiorcę, ustalono kwotę bazową dla powyższego naruszenia w wysokości 0,6%, co stanowi kwotę kary w wysokości 12.452 zł. Po ustaleniu kwoty bazowej przystąpiono do analizy, czy w niniejszej sprawie zasły okoliczności łagodzące i obciążające, które mogłyby mieć wpływ na wymiar kary. Do okoliczności łagodzących, które wystąpiły w niniejszej sprawie zaliczono: fakt zaniechania przez przedsiębiorców stosowania rozważanych praktyk bezpośrednio po wszczęciu postępowania wyjaśniającego. W związku z powyższym z tytułu występowania okoliczności łagodzących kara została obniżona o 30%. Jednakże w niniejszej sprawie wystąpiły również okoliczności obciążające w postaci: ogólnokrajowego zasięgu działania praktyki oraz uzyskania przez przedsiębiorców znacznych korzyści w związku ze stosowaniem stwierdzonej praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów. Mając na uwadze powyższe okoliczności obciążające kara została podwyższona o 40%. Całokształt tych okoliczności łagodzących i obciążających skutkuje łącznym podwyższeniem kwoty bazowej o 10%. Obliczona w ten sposób kara pieniężna z tytułu naruszenia art. 24 ust. 1 i 2 pkt. 2 i 3 ustawy o ochronie (...) w zakresie opisanym w pkt. I sentencji decyzji została określona w wysokości 13.698 zł (słownie: trzynaście tysięcy sześćset dziewięćdziesiąt osiem) dla każdego z przedsiębiorców, co stanowi 0,66% ich przychodu oraz 6,6% maksymalnego wymiaru kary.

Nakładając niniejszą decyzją kary pieniężne za naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów organ antymonopolowy wziął pod uwagę, że mają one charakter prewencyjny (mają zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości i zniechęcać do naruszania prawa) oraz represyjny (nakładane są za naruszenie ustawowych zakazów), zaś zagrożenie nimi, czyli potencjalna możliwość nałożenia kary przez Prezesa UOKiK, nadaje im charakter dyscyplinujący (vide: wyrok SN z dnia 7.04.2004r., sygn. akt: III SK 31/04). Biorąc od uwagę powyższe łączna kara pieniężna nałożona na przedsiębiorców jest adekwatna do okresu, stopnia oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Decydując o nałożeniu kary pieniężnej i jej wysokości wzięto pod uwagę wszystkie wyżej opisane okoliczności. Orzeczonej karze powinna również stanowić dolegliwość dla uczestnika niniejszego postępowania, tak, aby jej nałożenie skutkowało w przyszłości zapobieżeniem zaistnienia podobnych sytuacji. Z drugiej strony należy też podkreślić wymiar edukacyjny i wychowawczy zastosowanej sankcji oraz wyrazić nadzieję, że odniesie ona spodziewany skutek na przyszłość. Poza wymiarem indywidualnym kary, należy zwrócić uwagę na jej wymiar ogólny, funkcję odstraszającą i wychowawczą w stosunku do innych uczestników rynku. Z tych też względów orzeczono jak w pkt II i III sentencji decyzji.

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy o ochronie (...) kary pieniężne należy uiścić solidarnie w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji na konto Urzędu

Ochrony Konkurencji i Konsumentów Warszawie: **NBP O/O Warszawa 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000.**

Zgodnie z art. 80 ustawy o ochronie (...), Prezes UOKIK rozstrzyga o kosztach w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie, natomiast w myśl art. 77 tej ustawy, jeżeli w wyniku postępowania Prezes UOKIK stwierdził naruszenie przepisów ustawy, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia jest zobowiązany ponieść koszty postępowania. Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte z urzędu, a w jego wyniku organ antymonopolowy w pkt I sentencji decyzji stwierdził naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Kosztami postępowania są wydatki związane z korespondencją prowadzoną przez Prezesa UOKIK ze stroną i w związku z tym postanowiono obciążyć Przedsiębiorcę kosztami postępowania w wysokości 79,00 zł (słownie: siedemdziesiąt dziewięć złotych). Koszty niniejszego postępowania przedsiębiorca obowiązany jest wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie: **NBP O/O Warszawa 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000.**

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie (...) w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c. – od niniejszej decyzji przysługuje 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 Delegatura w Krakowie (31-011 Kraków, Pl. Szczepański 5).

W przypadku jednak kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach zawartego w punkcie V niniejszej decyzji, stosownie do art. 81 ust. 5 ustawy o ochronie (...) oraz art. 479³² § 1 i 2 k.p.c. oraz art. 264 § 2 k.p.a. w związku z art. 83 ustawy o ochronie (...), przysługuje zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie tygodniowym od dnia doręczenia niniejszej decyzji, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura w Krakowie (31-011 Kraków, Pl. Szczepański 5).

z upoważnienia Prezesa
Urzędu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów
Dyrektor Delegatury
Leszek Piekarz

Otrzymują:

1 x Żaneta Zielińska, ul. Wyki 10B, 32-065 Krzeszowice
1 x Natan Zieliński, ul. Dunajewskiego 72/7, 32-064 Rudawa
1 x RKR a/a