



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
MAREK NIECHCIAŁ**

Poznań, dnia 16 października 2017 r.

RPZ- 610-4/17/PG

DECYZJA Nr RPZ 6/2017

Stosownie do art. 33 ust. 5 i 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j.: Dz. U. z 2017 r., poz. 229 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, wszczętego z urzędu wobec Carpe Diem Med spółce akcyjnej spółce komandytowej z siedzibą w Opalenicy,

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów;

- I. na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uznaje się za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, określoną w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, nieujawnianie przez Carpe Diem Med spółkę akcyjną spółkę komandytową z siedzibą w Opalenicy w kierowanych do konsumentów telefonicznych informacjach o prowadzeniu bezpłatnych domowych zabiegów rehabilitacyjnych ich handlowego celu, co stanowi nieuczciwą praktykę rynkową w rozumieniu art. 6 ust. 1 i ust. 3 pkt 2 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (t.j.: Dz. U. z 2016 r., poz. 3, ze zm.)

i nakazuje zaniechanie jej stosowania,

- II. na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uznaje się za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, określoną w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, sugerowanie przez Carpe Diem Med spółkę akcyjną spółkę komandytową z siedzibą w Opalenicy konsumentom podczas rozmów telefonicznych oraz wizyt domowych, że przedmiotem wizyt przedstawicieli Przedsiębiorcy w domach konsumentów jest możliwość skorzystania z bezpłatnych zabiegów rehabilitacyjnych, podczas gdy rzeczywistym ich celem jest zaprezentowanie oferty Przedsiębiorcy, co stanowi nieuczciwą praktykę rynkową w rozumieniu art. 5 ust. 1, ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 6 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (t.j.: Dz. U. z 2016 r., poz. 3, ze zm.)

i nakazuje zaniechanie jej stosowania,

- III. na podstawie art. 103 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, **nadaje się decyzji w zakresie pkt I i II sentencji decyzji rygor natychmiastowej wykonalności,**
- IV. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, **nakłada się na Carpe Diem Med spółkę akcyjną spółkę komandytową z siedzibą w Opalenicy:**
1. w związku z naruszeniem zakazu, o którym mowa w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ww. ustawy, w zakresie opisanym w pkt I sentencji niniejszej decyzji, **karę pieniężną w wysokości 13.982,00 zł (słownie: trzynaście tysięcy dziewięćset osiemdziesiąt dwa złote)** płatną do budżetu państwa,
 2. w związku z naruszeniem zakazu, o którym mowa w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ww. ustawy, w zakresie opisanym w pkt II sentencji niniejszej decyzji, **karę pieniężną w wysokości 13.982,00 zł (słownie: trzynaście tysięcy dziewięćset osiemdziesiąt dwa złote),** płatną do budżetu państwa,
- V. na podstawie art. 77 ust. 1 i art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 83 tej ustawy w zw. z art. 263 § 1 i 2 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j.: Dz.U. z 2016 r., poz. 23 ze zm.) postanawia się obciążyć **Carpe Diem Med spółkę akcyjną spółkę komandytową z siedzibą w Opalenicy** kosztami postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów w kwocie 35,40 zł (słownie: trzydzieści pięć złotych 40/100) oraz zobowiązać do ich zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Uzasadnienie

Na skutek zawiadomienia Miejskiego Rzecznika Konsumentów w Warszawie, postanowieniem z dnia 03 listopada 2016 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes Urzędu) wszczął z urzędu postępowanie wyjaśniające w celu wstępnego ustalenia, czy działania Carpe Diem Med S.A. z siedzibą w Opalenicy oraz Carpe Diem Med S.A. sp. k. z siedzibą w Opalenicy, polegające na sprzedaży towarów poza lokalem przedsiębiorstwa, mogą stanowić praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j.: Dz. U. z 2017 r., poz. 229 ze zm. - dalej: u.o.k.k.).

Analiza materiałów uzyskanych w toku postępowania dała podstawę do wszczęcia, postanowieniem z dnia 09 maja 2017 r., postępowania w sprawie stosowania przez Carpe Diem Med S.A. sp. k. z siedzibą w Opalenicy (dalej: Przedsiębiorca, Spółka) praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów określonych w:

1. art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegających na nieujawnianiu w kierowanych do konsumentów telefonicznych informacjach o prowadzeniu bezpłatnych domowych zabiegów rehabilitacyjnych ich handlowego celu, co mogło stanowić nieuczciwą praktykę rynkową w rozumieniu art. 6 ust. 1 i ust. 3 pkt

- 2 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (t.j.: Dz. U. z 2016 r., poz. 3, ze zm.),
2. art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegających na sugerowaniu konsumentom podczas rozmów telefonicznych oraz wizyt domowych, że przedmiotem wizyt przedstawicieli Przedsiębiorcy w domach konsumentów jest możliwość skorzystania z bezpłatnych zabiegów rehabilitacyjnych, podczas gdy rzeczywistym ich celem jest zaprezentowanie oferty Przedsiębiorcy, co mogło stanowić nieuczciwą praktykę rynkową w rozumieniu art. 5 ust. 1, ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 6 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (t.j.: Dz. U. z 2016 r., poz. 3, ze zm.).

Przedsiębiorca zawiadomiony pismem z dnia 09 maja 2017 r. wniósł pismem z dnia 25 maja 2017 r. o podjęcie rozmów w celu ugodowego zakończenia postępowania, w tym o wyznaczenie spotkania z przedstawicielami Spółki, w toku którego miały zostać ustalony sposób usunięcia skutków stwierdzonych naruszeń. W piśmie tym Przedsiębiorca podniósł, że podjął niezwłoczne działania w celu wyeliminowania wskazanych przez Prezesa Urzędu uchybień. Działania te miały obejmować zwrócenie uwagi pracownikom telemarketingu na konieczność powstrzymania się od praktyk opisanych w postanowieniu.

Wnioskowane przez Przedsiębiorcę spotkanie odbyło się 28 czerwca 2017 r. W jego toku przedstawiciele Spółki przedstawili rozważane przez nich formy zobowiązania, w tym kwestię rekompensaty publicznej w formie wpłaty na określony cel społeczny związany z ochroną konsumentów. Następnie, stanowisko Przedsiębiorcy zostało sprecyzowane w piśmie z dnia 11 lipca 2017 r., w którym zobowiązał się do podjęcia następujących działań:

- 1) zmiany dotychczasowego sposobu prowadzenia rozmów telefonicznych w ten sposób, że z ich przebiegu od samego początku rozmowy w sposób jasny i zrozumiały będzie wynikać handlowy cel kontaktu telefonicznego, w ciągu 14 dni licząc od daty uprawomocnienia się decyzji,
- 2) zmiany dotychczasowego sposobu prowadzenia rozmów telefonicznych w ten sposób, że z ich przebiegu będzie wynikać w sposób jasny i zrozumiały, że przedmiotem wizyt domowych przedstawicieli Spółki jest przede wszystkim zaprezentowanie oferty handlowej Spółki, w związku z czym możliwe będzie również skorzystanie z masażu za pomocą urządzeń znajdujących się w ofercie Spółki, w ciągu 14 dni licząc od daty uprawomocnienia się decyzji,
- 3) wdrożenia procedury stałego nadzoru kierowników telemarketingu nad prowadzonymi rozmowami, w postaci dołączenia się do losowych rozmów prowadzonych przez telemarketerów przez ich przełożonych (jedna osoba nadzorująca na 30 pracowników), co najmniej przez godzinę dziennie oraz sygnalizowania Zarządowi ewentualnych nieprawidłowości,
- 4) przeprowadzenia szkolenia wewnętrznego dla wszystkich telemarketerów, w toku którego omówione zostaną m.in. zagadnienia:
 - a. naruszenia zbiorowych interesów konsumentów,
 - b. zakazu wprowadzania konsumentów w błąd,
 - c. zakazu ukrywania handlowego celu kontaktu,
 - d. obowiązku udzielania pełnej, jasnej i zrozumiałej informacji,

w terminie 30 dni licząc od daty uprawomocnienia się decyzji,

- 5) przekazania wszystkim aktualnie zatrudnionym oraz nowozatrudnionym telemarketerom pisemnej informacji, za potwierdzeniem odbioru, z której wynikać będzie:
 - a. obowiązek jasnego i zrozumiałego informowania o handlowym celu kontaktu,
 - b. zakaz praktyk opisanych w postanowieniu z dnia 09 maja 2017 r.,
 - c. informacja o procedurze dodatkowej kontroli przełożonych, o której mowa powyżej,

w terminie 14 dni licząc od daty uprawomocnienia się decyzji,

- 6) umożliwienia przedstawicielom Prezesa Urzędu przekazania dowolnej liczby numerów telefonicznych, które zostaną anonimowo wprowadzone do systemu stosowanego przez Spółkę, co skutkować będzie możliwością wykonania połączenia na taki numer, w celu weryfikacji faktycznego zaprzestania zarzucanych praktyk, w ciągu 30 dni licząc od daty uprawomocnienia się decyzji,
- 7) poinformowania Prezesa Urzędu o treści informacji przekazanej telemarketerom oraz skryptu szkolenia wraz z listą obecności, w terminie 60 dni licząc od daty uprawomocnienia się decyzji,
- 8) usunięcia skutków naruszenia poprzez uiszczenie na wskazany przez Prezesa Urzędu cel społeczny kwoty 4.000 zł w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się decyzji,
- 9) publikacji decyzji Prezesa Urzędu na stronie internetowej Spółki w ciągu 7 dni od daty uprawomocnienia się decyzji utrzymywanie takiego komunikatu przez kolejne 30 dni.

Pismem z dnia 22 sierpnia 2017 r. Prezes Urzędu przesłał do Przedsiębiorcy szczegółowe uzasadnienie stawianych mu zarzutów.

W odpowiedzi, Spółka nie zgodziła się z planowanym rozstrzygnięciem. Podtrzymała wniosek o wydanie decyzji zobowiązującej. Wskazała, że niezależnie od decyzji Prezesa Urzędu dokonała wewnętrznej korekty swoich działań i z końcem lipca 2017 r. wprowadziła:

- 1) zmiany dotychczasowego sposobu prowadzenia rozmów telefonicznych w ten sposób, że z ich przebiegu od samego początku rozmowy w sposób jasny i zrozumiały wynika handlowy cel kontaktu telefonicznego,
- 2) zmianę dotychczasowego sposobu prowadzenia rozmów telefonicznych, w ten sposób, że z ich przebiegu wynika w sposób jasny i zrozumiały, że przedmiotem wizyt domowych przedstawicieli Spółki jest przede wszystkim zaprezentowanie oferty handlowej Spółki, w związku z czym możliwe będzie również skorzystanie z masażu za pomocą urządzeń znajdujących się w jej ofercie.

Spółka podniosła, że wdrożyła odpowiednie procedury nadzoru na działalnością telemarketingową oraz przekazała stosowne informacje pracownikom telemarketingu.

Spółka nie zgodziła się również z ustaleniami faktycznymi Prezesa Urzędu oraz postawionymi w ich wyniku zarzutami. Wskazała, że oba zarzuty dotyczą w praktyce tej samej aktywności, tj. uzyskiwania zgody konsumentów na przeprowadzenie pokazu domowego, którego celem było zarówno przeprowadzenie bezpłatnych zabiegów rehabilitacyjnych jak i przedstawienie oferty handlowej. Spółka podkreśliła przy tym, że w toku organizowanych pokazów rzeczywiście istniała możliwość skorzystania

z bezpłatnego masażu, a przedstawiciele handlowi byli przeszkoleni w zakresie odpowiedniego wykorzystania urządzenia. W przypadku istnienia wątpliwości w tym zakresie Spółka wniosła o zwrócenie się do konsumentów, których dane ujawnione zostały na przekazanych umowach sprzedaży z pytaniem, czy przedmiotem wizyty domowej przedstawiciela Spółki była możliwość bezpłatnego skorzystania z zabiegu wykonywanego oferowanym urządzeniem i czy z zabiegu takiego skorzystali, a następnie przeprowadzenie dowodu z otrzymanych oświadczeń.

Spółka zaznaczyła również, że żaden z konsumentów, u którego odbyła się wizyta domowa nie został wprowadzony w błąd co do jej przedmiotu i celu. Przedstawiciele Spółki informowali konsumentów przed przystąpieniem do pokazu, iż możliwe będzie nabycie towarów znajdujących się w ofercie Spółki, z których można skorzystać w trakcie pokazu. Powołując się na specyfikę pokazu domowego Spółka podniosła, że konsument zawsze mógł nie wpuścić przedstawiciela Spółki do domu lub przerwać pokaz w każdym momencie.

Prezes Urzędu ustalił, co następuje:

Carpe Diem Med S.A. sp. k. z siedzibą w Opalenicy (dalej: Spółka, Przedsiębiorca) prowadzi działalność gospodarczą na podstawie wpisu do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego o numerze 0000512038. Zgodnie z informacją odpowiadającą odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców, Spółka została zarejestrowana 02 czerwca 2014 r. (dowód: informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców - k. 9 i 779 akt adm.).

Głównym przedmiotem działalności Spółki jest sprzedaż detaliczna towarów prowadzona poza lokalem przedsiębiorstwa w ramach prezentacji zbiorowych lub indywidualnych (domowych) organizowanych na terenie całego kraju. W ofercie przedsiębiorcy znajdują się urządzenia AGD, naczynia, noże kuchenne, pościele wełniane, podkłady na materac oraz elektrostymulatory. Na prezentacjach indywidualnych Spółka oferuje Elektrostymulator Biotens, podkład na materac Med.Line, pościel wełnianą oraz poduszkę wełnianą. Oferowane towary Przedsiębiorca sprzedaje w zestawach, przy czym analiza umów zawartych przez Przedsiębiorcę z konsumentami w 2016 r. pozwoliła ustalić, że w toku prezentacji indywidualnych prowadzonych bezpośrednio w domach konsumentów standardowym przedmiotem oferty jest zestaw obejmujący elektrostymulator oraz podkład na materac (dowód: oświadczenia Przedsiębiorcy, k. 70-72 oraz 323-324 akt adm.; egzemplarze umów sprzedaży k. 126-253 oraz 420-613 akt adm.)

W 2015 r. Przedsiębiorca zawarł z konsumentami [usunięto] umów sprzedaży, natomiast w 2016 r. (do dnia 28 listopada 2016 r.) - [usunięto] umów. Jednocześnie, na podstawie nadesłanych egzemplarzy umów ustalono, że w całym 2016 r. w toku prezentacji domowych Przedsiębiorca zawarł z konsumentami łącznie [usunięto] umów sprzedaży (dowód: oświadczenie Przedsiębiorcy, k. 70-72 akt adm.; egzemplarze umów sprzedaży k. 126-253 oraz 420-613 akt adm.).

Z materiału zgromadzonego w toku postępowania wyjaśniającego wynika, że na organizowane pokazy Przedsiębiorca zaprasza konsumentów telefonicznie. Przedsiębiorca prowadzi telemarketing we własnym zakresie, korzysta przy tym z systemu call center dostarczanego przez spółkę [usunięto]. Ustalono jednocześnie, że spółka [usunięto] w ramach udostępnianych Przedsiębiorcy funkcjonalności systemu call center, przechowuje nagrania rozmów wykonanych przez telemarketerów Przedsiębiorcy (dowód: oświadczenia Przedsiębiorcy, k. 70-72 oraz 414 akt adm.; oświadczenie [usunięto], k. 619-620 akt adm.)

Na podstawie nagrań rozmów telemarketerów uzyskanych od spółki [usunięto] ustalono, że Przedsiębiorca proponując udział w domowych prezentacjach oferowanych przez siebie produktów, nie informuje o handlowym celu tych spotkań. Telemarketerzy informują konsumentów, że w ich miejscu zamieszkania istnieje możliwość skorzystania z bezpłatnych zabiegów rehabilitacyjnych. Sugerują, iż wykonywane są zabiegi „na kręgosłup, stawy, bóle reumatyczne” i tym podobne schorzenia. Zabiegi mają być wykonywane przez rehabilitanta, który „dojeżdża do pacjentów”. Zabiegi mają być organizowane w ramach kierowanej do osób starszych „promocji profilaktyki zdrowia” (w poszczególnych rozmowach zakres wiekowy osób mogących wziąć udział w zabiegach jest różnie określany, zazwyczaj jest to przedział pomiędzy 65 a 78/80 rokiem życia). Niekiedy telemarketerzy dodatkowo wskazują, że zabiegi są sponsorowane lub organizowane przy współpracy z sanatoriami (dowód: nagrania rozmów telemarketerów, k. 643 akt adm., w tym nagrania oznaczone jako: DST226240347OUT48616734261-20160607-102447-1465287887.24289638, DST226318840OUT48616734262-20160627-142625-1467030385.27382331, DST226388680OUT48616734262-20160711-105415-1468227255.29383869).

Z uzyskanych nagrań rozmów wynika, że telemarketerzy pytani przez konsumentów wprost zaprzeczają, aby w toku spotkania miała być prowadzona sprzedaż (dowód: nagrania rozmów telemarketerów, k. 643 akt adm., w tym nagranie oznaczone jako: DST228432526OUT48616734261-20160415-081449-1460700889.17106530).

Z treści nagrań wynika również, że konsumenci są przez Przedsiębiorcę informowani, że przed samymi zabiegami rehabilitant przeprowadzi wywiad medyczny. Niezależnie od tego telemarketerzy informują o przeciwwskazaniach w możliwości skorzystania z zabiegu (w tym: posiadanie rozrusznika serca, padaczkę, choroby nowotworowe). Konsumenci są również informowani o możliwości skorzystania z bezpłatnych konsultacji rehabilitanta oraz o możliwości umówienia się na dalsze wizyty. Telemarketerzy w czasie rozmów wskazują, że proponowany zabieg polega na masażu sprzętem rehabilitacyjnym i trwa około 30 minut (dowód: nagrania rozmów telemarketerów, k. 643 akt adm., w tym nagrania oznaczone jako: DST226315192OUT48616734261-20160510-082816-1462861696.20405300, DST226646132OUT48616734261-20160519-151424-1463663664.21943310).

Po wstępnym umówieniu spotkania, telemarketerzy dzwonią do konsumentów powtórnie, celem potwierdzenia terminu wizyty. W sytuacji, gdy spotkanie musi zostać przełożone z przyczyn leżących po stronie Przedsiębiorcy, telemarketerzy sugerują, że do wizyty rehabilitanta nie może dojść w terminie w związku z przedłużającymi się zabiegami u innych pacjentów będących w gorszej kondycji zdrowotnej, np. po udarze (dowód: nagrania rozmów telemarketerów, k. 643 akt adm., w tym nagrania oznaczone jako: DST226315192OUT48616734261-20160510-133158-1462879918.20533987, DST228643950OUT48616734262-20161201-082523-1480577123.16994825).

Ze zgromadzonego w toku postępowania wyjaśniającego materiału dowodowego wynika, że Przedsiębiorca wizytom domowym nadaje formę zabiegów rehabilitacyjnych. Przedstawiciele handlowi przedsiębiorcy podają się przy tym za rehabilitantów. W praktyce prowadzone zabiegi polegają na podłączeniu konsumentów do znajdującego się w ofercie Spółki elektrostymulatora. Osoby prowadzące „zabiegi” nie są rehabilitantami, tylko nieposiadającymi wykształcenia medycznego przedstawicielami handlowymi Przedsiębiorcy. Dla nadania autentyczności prowadzonej „rehabilitacji”, przedstawiciele handlowi spotykają się niekiedy z konsumentami cyklicznie (dowód: oświadczenia Przedsiębiorcy, k. 70-72; skargi konsumentów wraz z załącznikami, k. 647-755 akt adm.; nagrania rozmów telemarketerów, k. 643 akt adm., w tym nagranie oznaczone jako: DST227870038OUT48616734262-20160908-091336-1473318816.1520556).

W 2016 r. Spółka osiągnęła łączny przychód z prowadzonej działalności gospodarczej w kwocie [usunięto] (dowód: rachunki zysków i strat Spółki - k. 760,793-794 akt adm.).

Prezes Urzędu zważył, co następuje:

Stosownie do art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ochrona interesów przedsiębiorców i konsumentów podejmowana jest w ramach działań Prezesa Urzędu w interesie publicznym. Ingerencja Prezesa Urzędu ma na celu ochronę interesów zbiorowości, a nie wprost poszczególnych, indywidualnych uczestników rynku. Naruszenie interesu publicznego stanowi bezwzględny warunek uznania kompetencji Prezesa Urzędu do rozstrzygnięcia określonej sprawy. Interes publiczny zostaje naruszony wówczas, gdy działania przedsiębiorcy godzą w interesy ogólnospołeczne i dotyczą szerokiego kręgu uczestników rynku, zaburzając jego prawidłowe funkcjonowanie.

W ocenie Prezesa Urzędu, rozpatrywana sprawa ma charakter publicznoprawny. Wiąże się z ochroną interesu wszystkich konsumentów, którzy byli lub mogą stać się klientami Przedsiębiorcy, tj. wziąć udział w organizowanych przez Przedsiębiorcę pokazach i zawrzeć z Przedsiębiorcą umowę sprzedaży. Działania Przedsiębiorcy nie dotyczą więc interesów poszczególnych osób, których sprawy miałyby charakter jednostkowy, indywidualny i nie dający się porównać z innymi, ale szerszego kręgu konsumentów, kontrahentów Przedsiębiorcy, których sytuacja jest identyczna. Naruszenie interesu publicznoprawnego przejawia się tym samym w naruszeniu zbiorowego interesu konsumentów. W niniejszej sprawie istnieje więc możliwość poddania zachowania Przedsiębiorcy dalszej ocenie pod kątem stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Ocenę tę poprzedzić należy stwierdzeniem, że Spółka jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Jest bowiem spółką prawa handlowego wpisaną do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, prowadzącą we własnym imieniu działalność gospodarczą, polegającą na sprzedaży towarów. W konsekwencji powyższego, zachowania Przedsiębiorcy podlegają kontroli z punktu widzenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazane jest stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 2 ww. ustawy, przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami zachowanie przedsiębiorcy, w szczególności: naruszanie obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji (pkt 2), nieuczciwe praktyki rynkowe lub czyny nieuczciwej konkurencji (pkt 3), proponowanie konsumentom nabycia usług finansowych, które nie odpowiadają potrzebom tych konsumentów ustalonym z uwzględnieniem dostępnych przedsiębiorcy informacji w zakresie cech tych konsumentów lub proponowanie nabycia tych usług w sposób nieadekwatny do ich charakteru (pkt 4).

Dla stwierdzenia, iż zachowanie przedsiębiorcy spełnia przesłanki ww. praktyk niezbędne jest, aby zachowanie przedsiębiorcy było bezprawne i naruszało zbiorowy interes konsumentów.

Jako bezprawne należy kwalifikować zachowania sprzeczne z prawem, zasadami współżycia społecznego lub dobrymi obyczajami, bez względu na winę, a nawet świadomość sprawcy. Dla ustalenia bezprawności działania wystarczy, że określone zachowanie koliduje z przepisami prawa¹. Zbiorowe interesy konsumentów to prawa nieograniczonej liczby

¹ Por. Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pod red. Janusza Szwai, Wyd. CH Beck, Warszawa 2000 r., str. 117-118

konsumentów.

Spełnienie przesłanki bezprawności wykazane zostanie odrębnie dla każdej z przypisanych Przedsiębiorcy praktyk. Naruszenie zbiorowego interesu konsumentów omówione zostanie natomiast łącznie, z uwagi na zbliżony charakter i znaczenie tej przesłanki dla wszystkich praktyk objętych prowadzonym postępowaniem.

1. Naruszenie zbiorowego interesu konsumentów

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 kwietnia 2008 r. (sygn. akt III SK 27/07) wyjaśnił, że gramatyczna wykładnia pojęcia zbiorowy interes konsumentów prowadzi do wniosku, że chodzi o zachowanie przedsiębiorcy, które godzi w interesy grupy osób stanowiących określony zbiór. Rezultaty tej wykładni modyfikuje zastrzeżenie, że nie jest zbiorowym interesem konsumentów suma interesów indywidualnych. Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że przy konstruowaniu pojęcia „zbiorowy interes konsumentów” nie można opierać się tylko i wyłącznie na tym, czy oceniana praktyka skierowana jest do nieoznaczonego z góry kręgu podmiotów. Zdaniem Sądu, wystarczające powinno być ustalenie, że zachowanie przedsiębiorcy nie jest podejmowane w stosunku do zindywidualizowanych konsumentów, lecz względem członków danej grupy (określonego kręgu podmiotów), wyodrębnionych spośród ogółu konsumentów za pomocą wspólnego dla nich kryterium. Sąd Najwyższy uznał, że *praktyką naruszającą zbiorowe interesy konsumentów jest (...) takie zachowanie przedsiębiorcy, które podejmowane jest w warunkach wskazujących na powtarzalność zachowania w stosunku do indywidualnych konsumentów wchodzących w skład grupy, do której adresowane są zachowania przedsiębiorcy, w taki sposób, że potencjalnie ofiarą takiego zachowania może być każdy konsument będący klientem lub potencjalnym klientem przedsiębiorcy.*

Interes konsumentów należy rozumieć jako interes prawny (a nie faktyczny), a więc uznany przez ustawodawcę jako zasługujący na ochronę i zabezpieczenie. Pojęcie to obejmuje swym zakresem prawo konsumentów do uczestniczenia w przejrzystych i niezakłóconych przez przedsiębiorcę warunkach rynkowych, zapewniających konsumentom możliwość dokonywania transakcji przy całkowitym zrozumieniu, jaki jest ich rzeczywisty sens ekonomiczny i prawny na etapie przedkontraktowym i w czasie wykonywania umowy. Efektem naruszenia interesu prawnego może być naruszenie również stricte ekonomicznych interesów konsumentów (o wymiarze majątkowym). Godzenie w zbiorowe interesy konsumentów może polegać zarówno na ich naruszeniu, jak i na zagrożeniu ich naruszenia. Nie jest zatem konieczne ustalenie, że którykolwiek z konsumentów został rzeczywiście poszkodowany wskutek stosowanej przez przedsiębiorcę praktyki.

W niniejszej sprawie skutkami działań Przedsiębiorcy dotknięty mógł zostać nieoznaczony z góry krąg konsumentów - wszyscy konsumenci w wieku od 65 do 80 roku życia, do których kieruje zaproszenia na pokazy indywidualne oferowanych przez siebie produktów oraz którym następnie oferuje ich zakup. Wskazać należy, że praktyki stosowane przez Przedsiębiorcę są w szczególności kierowane do osób starszych, cechujący się różnego rodzaju dolegliwościami zdrowotnymi. Stosowane przez Przedsiębiorcę praktyki nie dotyczą jednak zindywidualizowanego kręgu osób. Potencjalnie na prezentację mogła zostać zaproszona każda osoba w wieku od 65 do 80 lat. Nie mamy tutaj również do czynienia z sytuacją, w której Przedsiębiorca występuje ze swoją ofertą do poszczególnych, zindywidualizowanych konsumentów z osobna. W konsekwencji uznać należy, iż w niniejszym przypadku, to potencjalnie nieoznaczona z góry grupa konsumentów może skorzystać z oferty Przedsiębiorcy i wziąć udział w organizowanym przez niego spotkaniu.

Zaznaczyć należy, że zarzucone Przedsiębiorcy praktyki wprowadzające w błąd, naruszają bezpośrednio prawo konsumentów do uczestniczenia w przejrzystych i niezakłóconych warunkach rynkowych. Stosowane przez Przedsiębiorcę praktyki ograniczają bowiem konsumentom możliwość dokonania transakcji przy całkowitym zrozumieniu, jaki jest jej rzeczywisty sens ekonomiczny i prawny.

Nie ma zatem wątpliwości, że działania Przedsiębiorcy naruszają zbiorowe interesy konsumentów.

2. Bezprawność

Artykuł 24 u.o.k.k. nie ma samodzielnego znaczenia prawnego, ale powinien być interpretowany oraz stosowany w określonym kontekście normatywnym. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 13 lipca 2006 r. sygn. akt III SZP 3/2006 wskazał, że za praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 u.o.k.k. *można uznać zachowania naruszające przepisy innych ustaw, które nakładają na przedsiębiorcę określone obowiązki względem konsumenta (...). Zachowania takie stanowią bowiem jednocześnie zachowania bezprawne i skutkują zniesieniem, ograniczeniem lub zniekształceniem praw konsumentów, wpływając tym samym na chronioną przez przepis obowiązującego prawa sferę ich interesów.*

Bezprawność tradycyjnie ujmowana jest jako sprzeczność z obowiązującym porządkiem prawnym. Jest kategorią obiektywną. Rozważenia przy ocenie bezprawności wymaga kwestia, czy zachowanie przedsiębiorcy było zgodne, czy też niezgodne z obowiązującymi zasadami porządku prawnego. Źródłem tych zasad są normy prawa powszechnie obowiązującego, a także nakazy i zakazy wynikające z zasad współżycia społecznego i dobrych obyczajów (wyrok Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów - dalej: SOKiK - z dnia 13 listopada 2007 r., sygn. XVII AmA 45/07). O bezprawności działania decyduje w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego *całokształt okoliczności konkretnego stanu faktycznego* (wyrok SN z dnia 8 maja 2002 r., sygn. I PKN 267/2001).

2.1. Niedozwolone praktyki rynkowe

Obie zarzucone Przedsiębiorcy praktyki stanowią nieuczciwe praktyki rynkowe. Zgodnie z art. 3 u.p.n.p.r., stosowanie nieuczciwych praktyk rynkowych jest zakazane. Definicję praktyki rynkowej zawiera art. 2 pkt 4 przedmiotowej ustawy wskazując, iż za taką uznaje się działanie lub zaniechanie przedsiębiorcy, sposób postępowania, oświadczenie lub informację handlową, w szczególności reklamę i marketing, bezpośrednio związane z promocją lub nabyciem produktu przez konsumenta.

Pojęcie produktu wskazane w wyżej przywołanym artykule ma znaczenie szerokie i obejmuje również pojęcie usługi. W zakresie pojęcia praktyki rynkowej mieści się zatem każdy czyn przedsiębiorcy (działanie jak i zaniechanie), oraz każda forma działania przedsiębiorcy (sposób postępowania, oświadczenie lub komunikat handlowy, w tym reklama i marketing). Istotnym jest, iż wskazane formy mogą być kwalifikowane jako praktyki rynkowe, wtedy tylko, gdy są bezpośrednio związane z promocją lub nabyciem produktu przez konsumenta, tj. gdy mogą oddziaływać na decyzje ekonomiczne konsumentów.

Odnosząc powyższe do okoliczności niniejszej sprawy, wskazać należy, że zakwestionowane niniejszą decyzją praktyki wprowadzające konsumentów w błąd są związane bezpośrednio z promocją i dystrybucją oferowanych konsumentom produktów znajdujących się w ofercie Przedsiębiorcy.

Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym dokonuje podziału nieuczciwych praktyk rynkowych na te stypizowane w ustawie, niepodlegające ocenie w świetle przesłanek określonych w art. 4 ust. 1 u.p.n.p.r. oraz te w ustawie nie wskazane, zakazane po spełnieniu przesłanek określonych w art. 4 ust. 1 tej ustawy.

Zgodnie z art. 4 ust. 1 u.p.n.p.r., 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. W myśl art. 4 ust. 2 u.p.n.p.r., za nieuczciwą praktykę rynkową uznaje się w szczególności praktykę rynkową wprowadzającą w błąd oraz agresywną praktykę rynkową, a także stosowanie sprzecznego z prawem kodeksu praktyk. Co istotne, zgodnie z art. 4 ust. 2 zd. 2 u.p.n.p.r., wymienione w tym przepisie praktyki nie podlegają ocenie w świetle przesłanek określonych w art. 4 ust. 1. ustawy.

Praktyki wprowadzające w błąd mogą polegać zarówno na działaniu (art. 5 u.p.n.p.r.) jak i zaniechaniu (art. 6 u.p.n.p.r.). Zaznaczyć należy, że dokonanie oceny, czy dana praktyka ma charakter działania bądź zaniechania wprowadzającego w błąd, wymaga odniesienia do adresata, którym jest przeciętny konsument. Jednocześnie ustawa definiując pojęcie przeciętnego konsumenta nakazuje przez nie rozumieć konsumenta, który jest dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny, przy czym oceny powyższych cech dokonuje się z uwzględnieniem czynników społecznych, kulturowych, językowych i przynależności danego konsumenta do szczególnej grupy konsumentów, przez którą rozumie się dającą się jednoznacznie zidentyfikować grupę konsumentów, szczególnie podatną na oddziaływanie praktyki rynkowej lub na produkt, którego praktyka rynkowa dotyczy, ze względu na szczególne cechy, takie jak wiek, niepełnosprawność fizyczna lub umysłowa.

Należy jednocześnie podkreślić, że wskazanie na takie cechy jak dostateczne poinformowanie, uwaga i ostrożność określa pewien zespół cech mentalnych konsumenta (jego przeciętność) znajdujących wyraz w tym, że z jednej strony możemy wymagać od niego pewnego stopnia wiedzy i orientacji w rzeczywistości, a z drugiej - nie możemy uznać, że jego wiedza jest kompletna i profesjonalna i że konsument nie ma prawa pewnych rzeczy nie wiedzieć. Przeciętny konsument nie posiada bowiem wiedzy specjalistycznej w danej dziedzinie. Rozumie kierowane do niego informacje i potrafi je wykorzystać do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej produktu. Nie jest naiwny, ale nie potrafi też ocenić sytuacji tak jak profesjonalista.

Odnosząc powyższe do okoliczności niniejszej sprawy, wskazać należy, że z okoliczności sprawy wynika, że Przedsiębiorca kieruje zakwestionowane niniejszą decyzją praktyki do osób w wieku powyżej 65 roku życia, a więc głównie do osób starszych. Zwrócić jednocześnie należy uwagę, że przyjęta przez Przedsiębiorcę formuła organizowanych spotkań indywidualnych oraz charakter oferowanego asortymentu, każe twierdzić, że stosowane praktyki są skierowane przede wszystkim do osób z różnego rodzaju dolegliwościami zdrowotnymi.

Wobec powyższego za przeciętnego konsumenta na gruncie niniejszej sprawy uznano osoby starsze w wieku od 65 do 80 roku życia, cechujące się różnego rodzaju dolegliwościami zdrowotnymi.

Mając na względzie wyżej poczynione ustalenia, postawiono Przedsiębiorcy zarzuty stosowania dwóch nieuczciwych praktyk rynkowych, a mianowicie:

- zaniechania, polegającego na nieujawnianiu w kierowanych do konsumentów

telefonicznych informacjach o prowadzeniu bezpłatnych domowych zabiegów rehabilitacyjnych ich handlowego celu,

- działania polegające na sugerowaniu konsumentom podczas rozmów telefonicznych oraz wizyt domowych, że przedmiotem wizyt przedstawicieli Przedsiębiorcy w domach konsumentów jest możliwość skorzystania z bezpłatnych zabiegów rehabilitacyjnych, podczas gdy rzeczywistym ich celem jest zaprezentowanie oferty Przedsiębiorcy.

W toku postępowania Spółka podniosła, że oba postawione zarzuty dotyczą tej samej aktywności, tj. uzyskiwania zgody konsumentów na przeprowadzenie pokazu domowego i w konsekwencji niezasadne jest stawianie Spółce dwóch odrębnych zarzutów w tym przedmiocie. Choć obie praktyki są ze sobą niewątpliwie bezpośrednio związane, to w ocenie Prezesa Urzędu nie sposób traktować ich jako jednej. Wskazać należy, że pierwszy ze stawianych przedsiębiorcy zarzutów dotyczy zaniechania, natomiast drugi działania Przedsiębiorcy. Podkreślenia przy tym wymaga, że obie zarzucone praktyki winny być rozpatrywane odrębnie. Zwrócić należy bowiem uwagę, że w praktyce możliwa byłaby sytuacja, kiedy wykwalifikowani rehabilitanci prowadziliby prezentacje domowe urządzeń medycznych, a jedynym zarzutem jaki mógłby być im wówczas postawiony, wiązałby się z faktem nieujawniania handlowego celu wizyt. W niniejszym przypadku mamy jednak do czynienia z sytuacją odmienną, w której telemarketerzy Spółki dzwoniąc do konsumentów nie tylko nie informują rozmówców o handlowym celu organizowanych spotkań (w tym o handlowym celu samej rozmowy), ale nadto informują ich, że przedmiotem spotkań są bezpłatne zabiegi rehabilitacyjne prowadzone przez rehabilitantów. Co znamienne, spotkania te prowadzone są przez przedstawicieli handlowych, których głównym celem jest zaprezentowanie oferty Spółki. Nadto, wbrew sugestiom Przedsiębiorcy, drugi z postawionych zarzutów nie dotyczy jedynie kwestii uzyskania zgody na przeprowadzenie pokazu, ale również okoliczności towarzyszących samym pokazom domowym, w toku których przedstawiciele handlowi spółki podając się za rehabilitantów, pod pozorem zabiegów rehabilitacyjnych, dokonują prezentacji oferty handlowej Spółki.

2.1.1. Praktyka opisana w pkt I sentencji postanowienia

Przepis art. 6 ust. 1 u.p.n.p.r. stanowi, że praktykę rynkową uznaje się za zaniechanie wprowadzające w błąd, jeżeli pomija istotne informacje potrzebne przeciętnemu konsumentowi do podjęcia decyzji dotyczącej umowy i tym samym powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął. Wprowadzającym w błąd zaniechaniem może być w szczególności nieujawnienie handlowego celu praktyki, jeżeli nie wynika on jednoznacznie z okoliczności i jeżeli powoduje to lub może spowodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął (art. 6 ust. 3 pkt. 2 u.p.n.p.r.).

Ustawa jednocześnie przewiduje definicję legalną pojęcia „decyzji dotyczącej umowy”, przez co należy rozumieć podejmowaną przez konsumenta decyzję, co do tego, czy, w jaki sposób i na jakich warunkach dokona zakupu, zapłaci za produkt w całości lub w części, zatrzyma produkt, rozporządzi nim lub wykona uprawnienie umowne związane z produktem, bez względu na to, czy konsument postanowi dokonać określonej czynności, czy też powstrzymać się od jej dokonania (art. 2 pkt 7 u.p.n.p.r.).

Zarzucona Przedsiębiorcy praktyka polega na nieujawnianiu w kierowanych do konsumentów telefonicznych informacjach o prowadzeniu bezpłatnych domowych zabiegów rehabilitacyjnych ich handlowego celu. Z treści nagrań rozmów wynika natomiast,

że telemarketerzy Spółki proponując udział w domowych prezentacjach oferowanych przez siebie produktów, informują konsumentów, że w ich miejscu zamieszkania istnieje możliwość skorzystania z bezpłatnych zabiegów rehabilitacyjnych. Sugerują, iż wykonywane są zabiegi „na kręgosłup, stawy, bóle reumatyczne” i tym podobne schorzenia. Zabiegi mają być wykonywane przez rehabilitanta, który „dojeżdża do pacjentów”. Zabiegi mają być organizowane w ramach kierowanej do osób starszych „promocji profilaktyki zdrowia” (w poszczególnych rozmowach zakres wiekowy osób mogących wziąć udział w zabiegach jest różnie określany, zazwyczaj jest to przedział pomiędzy 65 a 78/80 rokiem życia). Niekiedy telemarketerzy dodatkowo wskazują, że zabiegi są sponsorowane lub organizowane przy współpracy z sanatoriami.

Zwrócić należy uwagę, że z uzyskanych w toku postępowania nagrań w sposób jednoznaczny wynika, że telemarketerzy nie informują zapraszanych konsumentów o rzeczywistym, handlowym charakterze organizowanych przez Przedsiębiorcę spotkań (telemarketerzy pytani przez konsumentów wprost zaprzeczają, aby w toku spotkania miała być prowadzona sprzedaż). Skupiają się na niekomercyjnych walorach wydarzenia wskazując, że stanowią one darmowe zabiegi rehabilitacyjne prowadzone przez profesjonalistę. Telemarketerzy nie informują, jaki jest faktyczny przedmiot organizowanych przez Spółkę „zabiegów”. Wskazują równocześnie, że „zabiegi” są organizowane w ramach „promocji profilaktyki zdrowia”.

Mając na względzie zgromadzony w toku sprawy materiał dowodowy nie może ulegać wątpliwości, że Przedsiębiorca organizuje spotkania w zamiarze przedstawienia swojej oferty handlowej. Zdaniem Prezesa Urzędu, przekazywana konsumentom informacja o organizowaniu domowych zabiegów rehabilitacyjnych, ma na celu zachęcić konsumentów do przyjęcia przedstawiciela handlowego Spółki w domu potencjalnego klienta i tym samym ma umożliwić przedstawienie oferty Spółki.

Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na stanowisko literatury, zgodnie z którym, na etapie przedkontraktowym profesjonalista ma obowiązek dostarczenia konsumentowi jasnej informacji, która zapewni mu podjęcie świadomej decyzji dotyczącej umowy. Wyłącznie bowiem posiadanie przez konsumenta czytelnej informacji pozwala mu na dokonanie świadomego wyboru, który jest daleki od zniekształceń. Jednocześnie podkreśla się, że w każdym wypadku, gdy intencją profesjonalisty jest komercyjny cel praktyki rynkowej, ma on obowiązek poinformowania o tym konsumenta już w momencie pierwszego kontaktu. Brak informacji w tym przedmiocie prowadzi bowiem do tego, że konsument dokonuje oceny praktyki rynkowej w całkowitym oderwaniu od jej komercyjnego charakteru. Nie jest on świadomy charakteru stosowanej przez przedsiębiorcę praktyki. Następuje w związku z tym pozbawienie konsumenta prawa do dokonania właściwego wyboru rynkowego, który powinien nastąpić w warunkach pełnej świadomości rodzaju kierowanego do niego przekazu².

Z okoliczności niniejszej sprawy wynika, że pierwszy kontakt konsumentów z Przedsiębiorcą następuje w chwili skierowania do nich telefonicznej informacji o prowadzeniu bezpłatnych domowych zabiegów rehabilitacyjnych. Co istotne, Przedsiębiorca kierując do konsumentów taką propozycję, nie informuje ich w sposób jasny i rzetelny, że organizowane przez niego spotkania mają charakter komercyjny. Przedstawiciele Spółki w rozmowach telefonicznych wprost temu zaprzeczają. Jednocześnie zapraszając na pokaz telemarketerzy podkreślają niekomercyjne walory związane

² Por. M. Sieradzka, *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*, Warszawa 2008, s.150-152.

z przybyciem na organizowane przez Przedsiębiorcę wydarzenie, tj. możliwość skorzystania z bezpłatnych zabiegów rehabilitanta.

Konsumenci korzystający z propozycji Przedsiębiorcy, co do zasady nie mogą zdawać sobie sprawy, że w rzeczywistości godzą się na przeprowadzenie pokazu handlowego w ich domach. Poznanie rzeczywistego celu informacji o możliwości skorzystania z zabiegów rehabilitacyjnych uniemożliwia im zarówno forma, jak i treść kierowanych do nich informacji. Konsumentom przedstawia się bowiem *de facto* propozycję udziału w niekomercyjnym wydarzeniu, które ma stanowić bezpłatny domowy zabieg rehabilitacyjny.

Z uwagi na powyższe należy stwierdzić, że okoliczności, jakie towarzyszyły przekazaniu konsumentom zaproszeń na organizowane przez Przedsiębiorcę pokazy, wprowadzają konsumentów w błąd i nie pozwalają przeciętnemu konsumentowi na zorientowanie się w rzeczywistym ich celu. Powyższe niewątpliwie ma wpływ na zniekształcenie przedkontraktowego zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta. Opisane zaniechanie, bezsprzecznie może wpływać na podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej ewentualnego przyjęcia w domu przedstawiciela Spółki oraz dokonania zakupu w trakcie jego wizyty. W okolicznościach niniejszej sprawy, w ocenie Prezesa Urzędu, tylko podanie przez Przedsiębiorcę rzetelnej i pełnej informacji o handlowym celu zaproszeń, pozwoliłoby przeciętnemu konsumentowi na podjęcie obiektywnej decyzji dotyczącej ewentualnego udziału w indywidualnej prezentacji oferty Spółki. Właściwe wydaje się bowiem twierdzenie, że konsument rzetelnie poinformowany o rzeczywistym celu organizowanego przez Przedsiębiorcę „zabiegów”, mógłby zrezygnować z nich i to właśnie z uwagi na jego komercyjny charakter.

W związku z powyższym, praktykę Przedsiębiorcy opisaną w pkt I sentencji postanowienia należy uznać za nieuczciwą praktykę rynkową w rozumieniu art. 6 ust. 1 i 3 pkt 2 u.p.n.p.r., a jej stosowanie w obrocie konsumenckim za bezprawne.

W toku postępowania Przedsiębiorca wskazał, że zaniechał zarzuconej mu w pkt I sentencji decyzji praktyki z końcem lipca 2017 r. Zgodnie z oświadczeniem z dnia 07 września 2017 r., Przedsiębiorca miał wówczas wprowadzić zmiany dotychczasowego sposobu prowadzenia rozmów telefonicznych w ten sposób, że z ich przebiegu od samego początku rozmowy w sposób jasny i zrozumiały wynika handlowy cel kontaktu telefonicznego oraz zmianę dotychczasowego sposobu prowadzenia rozmów telefonicznych, w ten sposób, że z ich przebiegu wynika w sposób jasny i zrozumiały, że przedmiotem wizyt domowych przedstawicieli Spółki jest przede wszystkim zaprezentowanie oferty handlowej Spółki, w związku z czym możliwe będzie również skorzystanie z masażu za pomocą urządzeń znajdujących się w jej ofercie. Na wyżej wskazane okoliczności Przedsiębiorca nie przedłożył żadnych dowodów. Uznać zatem należy jego twierdzenia w tym zakresie za gołosłowne.

Uwzględniając wskazane okoliczności, na podstawie art. 26 ust. 1 u.o.k.k. orzeczono jak w pkt I sentencji.

2.1.2. Praktyka opisana w pkt II sentencji postanowienia

Zgodnie z art. 5 ust. 1 u.p.n.p.r., 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. Wprowadzającym w błąd działaniem może być w szczególności

rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji (art. 5 ust. 2 pkt 1 u.p.n.p.r.) i może dotyczyć rodzaju sprzedaży, powodów stosowania przez przedsiębiorcę praktyki rynkowej, oświadczeń i symboli dotyczących bezpośredniego lub pośredniego sponsorowania, informacji dotyczących sytuacji gospodarczej lub prawnej przedsiębiorcy lub jego przedstawiciela, w tym jego imienia i nazwiska (nazwy) i majątku, kwalifikacji, statusu, posiadanych zezwoleń, członkostwa lub powiązań oraz praw własności przemysłowej i intelektualnej lub nagród i wyróżnień (art. 5 ust. 3 pkt 6 u.p.n.p.r.).

Ustawa jednocześnie przewiduje definicję legalną pojęcia „decyzji dotyczącej umowy”, przez co należy rozumieć podejmowaną przez konsumenta decyzję, co do tego, czy, w jaki sposób i na jakich warunkach dokona zakupu, zapłaci za produkt w całości lub w części, zatrzyma produkt, rozporządzi nim lub wykona uprawnienie umowne związane z produktem, bez względu na to, czy konsument postanowi dokonać określonej czynności, czy też powstrzymać się od jej dokonania (art. 2 pkt 7 u.p.n.p.r.).

Zarzucona Przedsiębiorcy praktyka polega sugerowaniu konsumentom podczas rozmów telefonicznych oraz wizyt domowych, że przedmiotem wizyt przedstawicieli Przedsiębiorcy w domach konsumentów jest możliwość skorzystania z bezpłatnych zabiegów rehabilitacyjnych, podczas gdy rzeczywistym ich celem jest zaprezentowanie oferty Przedsiębiorcy.

Jak zostało wyżej wskazane, w toku rozmów telefonicznych zatrudnieni przez Przedsiębiorcę telemarketerzy sugerują konsumentom, że w ramach akcji promocyjnej mogą skorzystać z bezpłatnych zabiegów wykonywanych przez rehabilitanta. Z treści nagrań wynika, że konsumenci są przez Przedsiębiorcę informowani, że przed samymi zabiegami rehabilitant przeprowadzi wywiad medyczny. Niezależnie od tego telemarketerzy informują o przeciwwskazaniach w możliwości skorzystania z zabiegu (w tym: posiadanie rozrusznika serca, padaczkę, choroby nowotworowe). Konsumenci są przy tym informowani o możliwości skorzystania z bezpłatnych konsultacji rehabilitanta oraz o możliwości umówienia się na dalsze wizyty.

Telemarketerzy w czasie rozmów wskazują, że proponowany zabieg polega na masażu sprzętem rehabilitacyjnym i trwa około 30 minut.

Po wstępnym umówieniu spotkania, telemarketerzy dzwonią do konsumentów powtórnie, celem potwierdzenia terminu wizyty. W sytuacji, gdy spotkanie musi zostać przełożone z przyczyn leżących po stronie Przedsiębiorcy, telemarketerzy sugerują, że do wizyty rehabilitanta nie może dojść w terminie w związku z przedłużającymi się zabiegami u innych pacjentów będących w gorszej kondycji zdrowotnej, np. po udarze.

Przedsiębiorca samym wizytom domowym nadaje formę zabiegów rehabilitacyjnych. Przedstawiciele handlowi Spółki podają się za rehabilitantów, którzy pod pozorem zabiegów rehabilitacyjnych przedstawiają ofertę handlową Spółki. Podkreślić w tym miejscu należy, że Prezes Urzędu, wbrew sugestiom podnoszonym w toku postępowania przez Przedsiębiorcę, nie kwestionuje okoliczności, że konsumenci w toku wizyt są podłączani do oferowanego elektrostymulatora. Wątpliwości Prezesa Urzędu wzbudza natomiast nadanie pokazom formy zabiegów rehabilitacyjnych, w sytuacji gdy ze zgromadzonego w toku postępowania wyjaśniającego materiału dowodowego wynika jednoznacznie, że głównym powodem organizowania „zabiegów” jest zaprezentowanie oferty Spółki. Ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika bowiem bezsprzecznie, że organizowane przez Przedsiębiorcę „zabiegi” są w praktyce pokazami handlowymi, w toku których konsumenci mają możliwość skorzystania z elektrostymulatora znajdującego się w ofercie Spółki. Natomiast, osoby prowadzące „zabiegi” osoby nie są rehabilitantami,

tylko nieposiadającymi wykształcenia medycznego przedstawicielami handlowymi Przedsiębiorcy.

Co istotne, ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika również, że w praktyce głównym przedmiotem prowadzonej przez Przedsiębiorcę działalności jest sprzedaż prowadzona poza lokalem przedsiębiorstwa. Z oświadczeń Przedsiębiorcy złożonych w toku postępowania wprost wynika, że nie organizuje on prezentacji prowadzonych przez osoby o wykształceniu medycznym, a prowadzone są one przez przedstawicieli handlowych Przedsiębiorcy. Uznać można zatem, że rzeczywistym powodem organizowania spotkań z konsumentami jest zaprezentowanie oferty handlowej Spółki. Z pewnością natomiast można stwierdzić, że przyczyną wizyt domowych nie jest sugerowana przez Przedsiębiorcę „promocja profilaktyki zdrowia”.

Z punktu widzenia niniejszej sprawy kluczowym jest to, że na podstawie treści skierowanej do konsumenta propozycji skorzystania z bezpłatnych zabiegów rehabilitacyjnych, nie jest on w stanie zorientować się, że główną i w zasadzie jedyną przyczyną organizowania przez Przedsiębiorcę „promocji profilaktyki zdrowia” jest chęć zaprezentowania aktualnej oferty handlowej, a rzekoma akcja profilaktyczna ma jedynie na celu umożliwienie przedstawicielowi handlowemu Spółki przeprowadzenie indywidualnej prezentacji oferowanego przez Spółkę produktu. Podkreślić przy tym należy, że rzeczywisty cel spotkania jest przez Przedsiębiorcę utajany również podczas samych wizyt, w toku których przedstawiciele handlowi Spółki podają się za rehabilitantów. Sugerują przy tym konsumentom, że świadczą bezpłatne zabiegi rehabilitacyjne, podłączając konsumentów do oferowanego elektrostymulatora. Kierowane do konsumentów informacje oraz sposób prowadzenia prezentacji uniemożliwia zatem w praktyce przeciętnemu konsumentowi zorientowanie się jaki jest rzeczywisty powód organizowania przez Przedsiębiorcę spotkań.

Z uwagi na powyższe należy stwierdzić, że okoliczności, jakie towarzyszą przekazywaniu konsumentom informacji o prowadzeniu przez Spółkę bezpłatnych domowych zabiegów rehabilitacyjnych oraz przebieg wizyt domowych przedstawicieli Spółki wprowadzają konsumentów w błąd i utrudniają przeciętnemu konsumentowi na zorientowanie się czemu w rzeczywistości owe wizyty domowe przedstawicieli Przedsiębiorcy służą. Opisane działania bezsprzecznie mogą wpływać na podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej wyrażenia zgody na wizytę domową przedstawiciela handlowego Przedsiębiorcy i przeprowadzenie przez niego indywidualnej prezentacji. W okolicznościach niniejszej sprawy, w ocenie Prezesa Urzędu, tylko podanie przez telemarketerów rzetelnej i pełnej informacji o rzeczywistych powodach organizowania „zabiegów” oraz prowadzenie spotkań z wyłączeniem sugerowania konsumentom, że stanowią one zabiegi rehabilitacyjne, pozwoliłoby przeciętnemu konsumentowi na podjęcie obiektywnej decyzji dotyczącej wyrażenia zgody na tego typu indywidualną prezentację. Właściwe wydaje się bowiem twierdzenie, że konsument będąc jednoznacznie poinformowany, że spotkania nie są przez Przedsiębiorcę organizowane w związku ze świadczeniem bezpłatnych zabiegów rehabilitacyjnych w ramach „promocji profilaktyki zdrowia” i mają w rzeczywistości na celu zaprezentowanie oferty Spółki, mógłby zrezygnować z udziału w nich.

Wobec powyższego, w ocenie Prezesa Urzędu Przedsiębiorca dopuszcza się nieuczciwej praktyki rynkowej wprowadzającej konsumentów w błąd z art. 5 ust. 3 pkt 6 w zw. z art. 5 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 u.p.n.p.r. - wprowadza konsumentów w błąd poprzez rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji dotyczących powodów organizowania wizyt domowych przedstawicieli handlowych Spółki.

W toku postępowania Przedsiębiorca wskazał, że zaniechał zarzuconej mu w pkt I sentencji decyzji praktyki z końcem lipca 2017 r. Zgodnie z oświadczeniem z dnia 07 września 2017 r., Przedsiębiorca miał wówczas wprowadzić zmiany dotychczasowego sposobu prowadzenia rozmów telefonicznych w ten sposób, że z ich przebiegu od samego początku rozmowy w sposób jasny i zrozumiały wynika handlowy cel kontaktu telefonicznego oraz zmianę dotychczasowego sposobu prowadzenia rozmów telefonicznych, w ten sposób, że z ich przebiegu wynika w sposób jasny i zrozumiały, że przedmiotem wizyt domowych przedstawicieli Spółki jest przede wszystkim zaprezentowanie oferty handlowej Spółki, w związku z czym możliwe będzie również skorzystanie z masażu za pomocą urządzeń znajdujących się w jej ofercie. Na wyżej wskazane okoliczności Przedsiębiorca nie przedłożył żadnych dowodów. Uznać zatem należy jego twierdzenia w tym zakresie za gołosłowne. Niezależnie od tego, wskazać należy, że rzekome działania naprawcze obejmować miały jedynie telemarketing. Przedsiębiorca nie sugerował nawet wprowadzenia jakichkolwiek zmian w zakresie sposobu prowadzenia samych pokazów domowych. Uznać zatem należy, że kwestionowane przez Prezesa Urzędu działania Przedsiębiorcy są w tym zakresie kontynuowane w niezmienionej formie.

Uwzględniając wskazane okoliczności, na podstawie art. 26 ust. 1 u.o.k.k. orzeczono jak w pkt II sentencji.

3. Wniosek o wydanie decyzji w trybie art. 28 u.o.k.k.

W toku postępowania Przedsiębiorca wniósł o wydanie decyzji na podstawie art. 28 u.o.k.k. Jednocześnie Przedsiębiorca zobowiązał się do podjęcia następujących działań:

- 1) zmiany dotychczasowego sposobu prowadzenia rozmów telefonicznych w ten sposób, że z ich przebiegu od samego początku rozmowy w sposób jasny i zrozumiały będzie wynikać handlowy cel kontaktu telefonicznego, w ciągu 14 dni licząc od daty uprawomocnienia się decyzji,
- 2) zmiany dotychczasowego sposobu prowadzenia rozmów telefonicznych w ten sposób, że z ich przebiegu będzie wynikać w sposób jasny i zrozumiały, że przedmiotem wizyt domowych przedstawicieli Spółki jest przede wszystkim zaprezentowanie oferty handlowej Spółki, w związku z czym możliwe będzie również skorzystanie z masażu za pomocą urządzeń znajdujących się w ofercie Spółki, w ciągu 14 dni licząc od daty uprawomocnienia się decyzji,
- 3) wdrożenia procedury stałego nadzoru kierowników telemarketingu nad prowadzonymi rozmowami, w postaci dołączenia się do losowych rozmów prowadzonych przez telemarketerów przez ich przełożonych (jedna osoba nadzorująca na 30 pracowników), co najmniej przez godzinę dziennie oraz sygnalizowania Zarządowi ewentualnych nieprawidłowości,
- 4) przeprowadzenia szkolenia wewnętrznego dla wszystkich telemarketerów, w toku którego omówione zostaną m.in. zagadnienia:
 - a. naruszenia zbiorowych interesów konsumentów,
 - b. zakazu wprowadzania konsumentów w błąd,
 - c. zakazu ukrywania handlowego celu kontaktu,
 - d. obowiązku udzielania pełnej, jasnej i zrozumiałej informacji,

w terminie 30 dni licząc od daty uprawomocnienia się decyzji,

- 5) przekazania wszystkim aktualnie zatrudnionym oraz nowozatrudnionym telemarketerom pisemnej informacji, za potwierdzeniem odbioru, z której wynikać będzie:
 - a. obowiązek jasnego i zrozumiałego informowania o handlowym celu kontaktu,
 - b. zakaz praktyk opisanych w postanowieniu z dnia 09 maja 2017 r.,
 - c. informacja o procedurze dodatkowej kontroli przełożonych, o której mowa powyżej,

w terminie 14 dni licząc od daty uprawomocnienia się decyzji,

- 6) umożliwienia przedstawicielom Prezesa Urzędu przekazania dowolnej liczby numerów telefonicznych, które zostaną anonimowo wprowadzone do systemu stosowanego przez Spółkę, co skutkować będzie możliwością wykonania połączenia na taki numer, w celu weryfikacji faktycznego zaprzestania zarzucanych praktyk, w ciągu 30 dni licząc od daty uprawomocnienia się decyzji,
- 7) poinformowania Prezesa Urzędu o treści informacji przekazanej telemarketerom oraz skryptu szkolenia wraz z listą obecności, w terminie 60 dni licząc od daty uprawomocnienia się decyzji,
- 8) usunięcia skutków naruszenia poprzez uiszczenie na wskazany przez Prezesa Urzędu cel społeczny kwoty 4.000 zł w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się decyzji,
- 9) publikacji decyzji Prezesa Urzędu na stronie internetowej Spółki w ciągu 7 dni od daty uprawomocnienia się decyzji utrzymywanie takiego komunikatu przez kolejne 30 dni.

Zgodnie z art. 28 ust. 1 powołanej ustawy, jeżeli w toku postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów zostanie uprawdopodobnione - na podstawie okoliczności sprawy, informacji zawartych w zawiadomieniu, o którym mowa w art. 100 ust. 1, 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 zakazu, zobowiąże się do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zakończenia naruszenia lub usunięcia jego skutków, Prezes Urzędu może, w drodze decyzji, zobowiązać przedsiębiorcę do wykonania tych zobowiązań. Natomiast, w przypadku gdy przedsiębiorca zaprzestał naruszania zakazu, o którym mowa w art. 24 ustawy, i zobowiąże się do usunięcia skutków tego naruszenia, zdanie pierwsze stosuje się odpowiednio. Wykładnia ww. przepisu prowadzi do wniosku, że realizacja złożonego przez przedsiębiorcę zobowiązania powinna prowadzić do wyeliminowania zarzuconej mu praktyki względnie - w przypadku zaniechania praktyki - jej trwających skutków.

Prezes Urzędu uznał, że w niniejszej sprawie wydanie decyzji na podstawie ww. przepisu nie jest uzasadnione.

W ocenie Prezesa Urzędu, zgromadzony materiał dowodowy w sposób jednoznaczny potwierdza stosowanie przez Przedsiębiorcę niedozwolonych praktyk. W tym kontekście zwrócić należy uwagę, że zarzucone Przedsiębiorcy praktyki cechuje wysoka szkodliwość. Konsumenti wprowadzeni przez Przedsiębiorcę w błąd nie są w stanie zorientować się, jaki jest rzeczywisty cel wizyty przedstawicieli Spółki w ich domach. Nie zdają sobie sprawy, że biorą udział w pokazach handlowych, niemających nic wspólnego z rehabilitacją. Zwrócić przy tym należy uwagę, że Przedsiębiorca swe praktyki kieruje do osób starszych, często

schorowanych, które w sposób mniej krytyczny podchodzą do tego typu propozycji skorzystania z bezpłatnych zabiegów rehabilitacyjnych, licząc na możliwość poprawy ich stale pogarszającego się stanu zdrowia. Za odmową przyjęcia zobowiązania w niniejszej sprawie przemawia również okoliczność, że Przedsiębiorca stosował zakwestionowane praktyki umyślnie, licząc na przedstawienie swej oferty jak najszerszemu kręgowi potencjalnych klientów. Jednocześnie praktyki te mają charakter długotrwały, a w praktyce Przedsiębiorca podporządkował im prowadzoną przez siebie działalność (zdecydowana większość umów jest przez Przedsiębiorcę zawierana właśnie w toku pokazów, którym nadano formę bezpłatnych zabiegów rehabilitacyjnych).

W związku z brakiem wystarczającego uzasadnienia do zastosowania art. 28 u.o.k.k., Prezes Urzędu orzekł jak w pkt I i II sentencji.

4. Rygor natychmiastowej wykonalności

Zgodnie z art. 103 u.o.k.k., Prezes Urzędu może nadać decyzji w części lub w całości rygor natychmiastowej wykonalności. Okolicznością warunkującą zastosowanie rygoru natychmiastowej wykonalności jest wystąpienie ważnego interesu konsumentów. Oznacza to, że nie w każdej sprawie, w której naruszony został interes konsumentów, zasadnym jest zastosowanie omawianej instytucji. Należy ją uwzględnić tylko wtedy, gdy mamy do czynienia z ważnym interesem konsumentów, a więc istotnym i doniosłym. Nadanie decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności musi zatem poprzedzać dokonanie ustalenia, jaki interes konsumentów doznał w danym przypadku naruszenia oraz czy jest on na tyle ważny, by wydanej decyzji nadać rygor natychmiastowej wykonalności.

W przypadku zakwestionowanych niniejszą decyzją praktyk naruszany jest interes konsumentów polegający na prawie konsumentów do uczestniczenia w przejrzystych i niezakłóconych warunkach rynkowych. Stosowane przez Przedsiębiorcę praktyki ograniczają bowiem konsumentom możliwość dokonania transakcji przy całkowitym zrozumieniu, jaki jest jej rzeczywisty sens ekonomiczny i prawny.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na pogląd Trybunału Konstytucyjnego, który w wyroku z dnia 21 kwietnia 2004 r. (sygn. akt: K 33/03) podkreślił, że *ochrona konsumenta nie jest działaniem o charakterze protekcyjnistyczno-paternalistycznym, lecz zmierza do zabezpieczenia interesów słabszego uczestnika rynku, którego wiedza i orientacja są - w porównaniu do profesjonalnego partnera (sprzedawcy, usługodawcy) - ograniczone. Konsument ma słabszą pozycję przetargową, a jego swoiste upośledzenie wynika z przyczyn systemowych, determinowanych pozycją rynkową. Z tej też przyczyny działania na rzecz ochrony konsumenta, które mają umocnić jego pozycję wobec profesjonalnego partnera służą wyrównaniu ich szans i zapewnieniu - także na rynku detalicznym, swobody dokonania wyboru i podjęcia nieskrępowanej decyzji. Istotą ochrony konsumenta nie jest więc nadawanie mu dodatkowych nadzwyczajnych przywilejów, lecz poddanie całości obrotu praktykom „rynkowo-kompensatoryjnym”, które mają przywrócić utraconą zdolność decydowania o konsumpcji. [...] Udział konsumenta w procesach rynkowych powinien być kształtowany w taki sposób, aby mógł on swobodnie i w zgodzie z własnym interesem zaspakajać - poprzez konkretne transakcje - swe uświadomione potrzeby, na podstawie dostarczonej wiedzy i informacji. Z tego powodu strategicznym założeniem nowoczesnej ochrony konsumenta jest zasada przejrzystości, jawności, rzeczywistej dostępności jasnej, pełnej i zrozumiałej informacji handlowej.*

Podkreślić w tym miejscu należy, że zakwestionowane niniejszą decyzją praktyki stanowią nieuczciwe praktyki rynkowe, których stosowanie wobec konsumentów w myśl art. 3 u.p.n.p.r. jest bezwzględnie zakazane. Uregulowanie wskazanego zakazu wiązało się z koniecznością zapewnienia właściwego funkcjonowania rynku gospodarczego i uzyskania odpowiedniego poziomu ochrony konsumentów. Osiągnięcie takiego rezultatu, w ocenie Prezesa Urzędu, jest możliwe wyłącznie w przypadku skutecznego i niezwłocznego eliminowania tego typu praktyk z obrotu.

Za rażąco niemoralne w ocenie Prezesa Urzędu należy traktować postępowanie zmierzające do wywołania u konsumentów przekonania, że organizowane przez Przedsiębiorcę domowe prezentacje oferowanych przez niego towarów stanowią bezpłatne zabiegi rehabilitacyjne.

Za nałożeniem rygoru natychmiastowej wykonalności w niniejszej sprawie przemawia również szczególna szkodliwość omawianej praktyki. Jak już zostało wyżej wskazane, konsumenci wprowadzeni przez Przedsiębiorcę w błąd nie są w stanie zorientować się, jaki jest rzeczywisty cel wizyty przedstawicieli Spółki w ich domach. Nie zdają sobie sprawy, że biorą udział w pokazach handlowych, niemających nic wspólnego z rehabilitacją. Co istotne z punktu widzenia decyzji o nałożeniu na decyzję rygoru natychmiastowej wykonalności, Przedsiębiorca swe praktyki kieruje do osób starszych, często schorowanych, które w sposób mniej krytyczny podchodzą do tego typu propozycji skorzystania z bezpłatnych zabiegów rehabilitacyjnych, licząc na możliwość poprawy ich stale pogarszającego się stanu zdrowia.

Ze względu na rażące naruszanie przez Przedsiębiorcę opisanego wyżej interesu konsumentów, Prezes Urzędu zdecydował się nadać obowiązkowi zaniechania zakwestionowanych niniejszą decyzją praktyk rygor natychmiastowej wykonalności. W ocenie Prezesa Urzędu, tylko bowiem w ten sposób zostanie w pełni zrealizowana funkcja prewencyjna wydanej decyzji. Podnieść jednocześnie należy, iż brak nałożenia rygoru może oznaczać skuteczną, z punktu widzenia Przedsiębiorcy, kontynuację ich stosowania. Wobec powyższego, natychmiastowe zaprzestanie opisanych praktyk ma decydujące znaczenie dla zapobieżenia dalszym naruszeniom interesów konsumentów.

W okolicznościach niniejszej sprawy, za nadaniem rygoru natychmiastowej wykonalności nakazowi zaniechania stosowania zakwestionowanych praktyk przemawia również to, że sprzedaż poza lokalem przedsiębiorstwa stanowi główny przedmiot działalności Przedsiębiorcy, co sprawia, że stosowane przez niego nieuczciwa praktyka dotyczy szerokiego kręgu konsumentów.

Z uwagi na powyższe oraz na konieczność szybkiego reagowania na określone w pkt I i II sentencji naruszenie, Prezes Urzędu orzekł jak w pkt III sentencji niniejszej decyzji.

5. Kara

Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 24 ustawy. Art. 106 ust. 3 ww. ustawy, wskazujący sposób obliczania

obrotu, przewiduje m.in. w pkt 3, że obrót oblicza się jako sumę przychodów wykazanych w rachunku zysków i strat - w przypadku przedsiębiorcy sporządzającego taki rachunek na podstawie przepisów o rachunkowości. Art. 106 ust. 5 ustawy stanowi przy tym, że w przypadku gdy przedsiębiorca w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary nie osiągnął obrotu lub osiągnął obrót w wysokości nieprzekraczającej równowartości 100.000 euro, Prezes Urzędu nakładając karę pieniężną na podstawie ust. 1 uwzględnia średni obrót osiągnięty przez przedsiębiorcę w trzech kolejnych latach obrotowych poprzedzających rok nałożenia kary. Z kolei art. 106 ust. 6 ustawy przewiduje, że w przypadku, gdy przedsiębiorca nie osiągnął obrotu w okresie trzyletnim, o którym mowa w ust. 5, lub gdy obrót przedsiębiorcy obliczony na podstawie tego przepisu nie przekracza równowartości 100.000 euro, Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nieprzekraczającej równowartości 10.000 euro.

[usunięto]

Kara pieniężna za naruszenie zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, o którym mowa w art. 24 ustawy, ma charakter fakultatywny. O tym, czy w konkretnej sprawie w odniesieniu do wskazanego przedsiębiorcy zasadne jest nałożenie kary pieniężnej decyduje, w ramach uznania administracyjnego, Prezes Urzędu. Należy zwrócić uwagę, że przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie określają jakichkolwiek przesłanek, od których uzależnione byłoby podjęcie decyzji o nałożeniu kary. Ustawodawca wskazał jedynie w art. 111 ustawy te okoliczności, które Prezes Urzędu ma obowiązek uwzględnić decydując o wymiarze kary pieniężnej. Są to w szczególności okoliczności naruszenia przepisów ustawy oraz uprzednie naruszenie przepisów ustawy, a także: okres, stopień oraz skutki rynkowe naruszenia przepisów ustawy, przy czym stopień naruszenia Prezes Urzędu ocenia biorąc pod uwagę okoliczności dotyczące natury naruszenia i działalności przedsiębiorcy, która stanowiła przedmiot naruszenia (art. 111 ust. 1 pkt 1 ustawy).

Ustalając wysokość kar pieniężnych Prezes Urzędu bierze również pod uwagę okoliczności łagodzące oraz obciążające, które wystąpiły w sprawie. Zgodnie z art. 111 ust. 3 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, okolicznościami łagodzącymi są w szczególności: dobrowolne usunięcie skutków naruszenia, zaniechanie stosowania zakazanej praktyki przed wszczęciem postępowania lub niezwłocznie po jego wszczęciu, podjęcie z własnej inicjatywy działań w celu zaprzestania naruszenia lub usunięcia jego skutków oraz współpraca z Prezesem Urzędu w toku postępowania, w szczególności przyczynienie się do szybkiego i sprawnego przeprowadzenia postępowania. Wśród zamkniętego katalogu okoliczności obciążających art. 111 ust. 4 pkt 2 ustawy wymienia: znaczny zasięg terytorialny naruszenia lub jego skutków, znaczne korzyści uzyskane przez przedsiębiorcę w związku z dokonaniem naruszeniem, dokonanie uprzednio podobnego naruszenia oraz umyślność naruszenia.

Przy nakładaniu kar Prezes Urzędu uwzględnił, że obie zarzucone Przedsiębiorcy praktyki miały charakter umyślny.

W toku prowadzonego postępowania Prezes Urzędu ustalił, iż Przedsiębiorca nie informuje konsumentów o handlowym celu organizowanych „zabiegów”. Co znamienne, zarówno treść informacji kierowanych do konsumentów, jak i przebieg prezentacji, pozwalają twierdzić, iż działania Przedsiębiorcy w tym zakresie są prowadzone w sposób powtarzalny, przemyślany i celowy.

Analiza materiałów zgromadzonych w toku postępowania pozwala odtworzyć powtarzalny schemat działań Przedsiębiorcy. Zwrócić należy uwagę, że rozmowy, będące

treścią uzyskanych w toku postępowania nagrań, były prowadzone z konsumentami, którzy zawierali z Przedsiębiorcą umowy sprzedaży w trakcie prezentacji indywidualnych na przestrzeni całego 2016 r. (dowód: plik zatytułowany jako: rozpiska nagrań” zamieszczony na płycie CD przekazanej przez [usunięto], k. 643 akt. adm.). W tym czasie przyjęty przez Przedsiębiorcę schemat działania w zasadzie nie ulegał zmianie. Nie sposób zatem uznać, że zakwestionowane praktyki miały charakter przypadkowy i nieumyślny. Jednocześnie, powtarzalność realizacji ustalonego przez Przedsiębiorcę schematu pozwala twierdzić, że zarówno telemarketerzy jak i przedstawiciele handlowi Przedsiębiorcy są w tym kierunku przygotowywani. W ocenie Prezesa Urzędu, zarówno forma zaproszeń, jak i sposób prowadzenia pokazu wskazuje na zamiar wprowadzenia konsumentów w błąd co do rzeczywistego ich celu.

Podsumowując, należy podkreślić, że zakwestionowane praktyki Przedsiębiorcy, były przemyślane i celowe. Były one nakierowane na pozyskanie jak największej liczby potencjalnych klientów i uzyskania jak największego poziomu sprzedaży. Nie jest przy tym możliwe, aby Przedsiębiorca legitymujący się porównywalnym doświadczeniem na rynku sprzedaży bezpośredniej, nie zdawał sobie sprawy z konsekwencji podejmowanych działań. Mając na uwadze powyższe okoliczności, nie sposób twierdzić, że Przedsiębiorca w zakresie opisanych praktyk naruszył tylko zasady ostrożności w relacjach z konsumentami.

Przy ustaleniu wysokości kar Prezes Urzędu wziął pod uwagę: okoliczności naruszenia przez Przedsiębiorcę przepisów ustawy oraz okres, stopień i skutki rynkowe naruszenia. Prezes Urzędu rozważył ponadto, czy wysokość kary powinna podlegać modyfikacjom z uwagi na okoliczności łagodzące lub obciążające.

5.1. Pkt IV.1. sentencji

Co do pierwszej z zarzuconych Przedsiębiorcy praktyk, Prezes Urzędu przy nakładaniu kary uwzględnił okoliczność, że ujawnia się ona na etapie przedkontraktowym. Zważyć należy, że ograniczając konsumentom w wysokim stopniu możliwość uczestniczenia w przejrzystych i niezakłóconych przez Przedsiębiorcę warunkach rynkowych, praktykę tę uznać należy za wysoce szkodliwą. W tym kontekście zwrócić należy uwagę, że konsumenci wprowadzeni przez Przedsiębiorcę w błąd nie są w stanie zorientować się, jaki jest rzeczywisty cel kierowanej do nich oferty telefonicznej. Z treści rozmów z telemarketerami wprost bowiem wynika, że proponowany im jest udział w bezpłatnych domowych zabiegach rehabilitacyjnych w ramach akcji promocji profilaktyki zdrowia. Nie mają w związku z tym możliwości zorientować się w rzeczywistym, handlowym celu kierowanych do nich informacji. Zwrócić przy tym należy uwagę, że Przedsiębiorca opisaną akcją informacyjną kieruje do osób starszych, często schorowanych, które w sposób mniej krytyczny podchodzą do tego typu propozycji skorzystania z bezpłatnych zabiegów rehabilitacyjnych, licząc na możliwość poprawy ich stale pogarszającego się stanu zdrowia.

Niezależnie od powyższego Prezes Urzędu wziął w tym przypadku pod uwagę, że praktyka miała długotrwały charakter, gdyż stosowana była przez Przedsiębiorcę co najmniej od stycznia 2016 r., na co wskazują uzyskane w toku postępowania nagrania rozmów telemarketerów.

W ocenie Prezesa Urzędu, ww. okoliczności, w tym wysoka szkodliwość opisanej praktyki, przesądzają o ustaleniu kwoty bazowej kary na poziomie [usunięto], tj. [usunięto] zł po zaokrągleniu.

W dalszym etapie kalkulacji kary Prezes Urzędu rozważył, czy ustalona kwota bazowa

powinna podlegać modyfikacjom ze względu na występujące w sprawie okoliczności łagodzące bądź obciążające.

Prezesa Urzędu, w przypadku pierwszej z zarzuconych praktyk, nie dopatrzył się okoliczności łagodzących. Natomiast, za okoliczność obciążającą Prezes Urzędu uznał umyślność stwierdzonego naruszenia. Okoliczność ta uzasadnia podwyższenie kwoty bazowej kary o [usunięto], do kwoty 13.982,00 zł po zaokrągleniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, za praktykę opisaną w pkt I sentencji decyzji Prezes Urzędu nałożył na Przedsiębiorcę karę w wysokości 13.982,00 zł, co stanowi [usunięto] maksymalnego wymiaru kary.

5.2. Pkt IV.2. sentencji

W zakresie drugiej z zarzuconych Przedsiębiorcy praktyk, Prezes Urzędu przy nakładaniu kary uwzględnił okoliczność, że ujawnia się ona na etapie przedkontraktowym. Zważyć należy, że sugerując konsumentom podczas rozmów telefonicznych oraz wizyt domowych, że przedmiotem wizyt przedstawicieli Przedsiębiorcy w domach konsumentów jest możliwość skorzystania z bezpłatnych zabiegów rehabilitacyjnych, podczas gdy rzeczywistym ich celem jest zaprezentowanie oferty Przedsiębiorcy, ogranicza konsumentom w wysokim stopniu możliwość uczestniczenia w przejrzystych i niezakłóconych przez przedsiębiorcę warunkach rynkowych. Praktykę tę uznać zatem należy za wysoce szkodliwą. Konsumentci wprowadzeni przez Przedsiębiorcę w błąd nie są w stanie zorientować się, jaki jest rzeczywisty cel wizyty przedstawicieli Spółki w ich domach. Nie zdają sobie sprawy, że biorą udział w pokazach handlowych, niemających nic wspólnego z rehabilitacją. Zwrócić przy tym należy uwagę, że Przedsiębiorca opisaną praktykę kieruje do osób starszych, często schorowanych, które w sposób mniej krytyczny podchodzą do tego typu propozycji skorzystania z bezpłatnych zabiegów rehabilitacyjnych, licząc na możliwość poprawy ich stale pogarszającego się stanu zdrowia.

Niezależnie od powyższego Prezes Urzędu wziął w tym przypadku pod uwagę, że praktyka miała długotrwały charakter, gdyż stosowana była przez Przedsiębiorcę co najmniej od stycznia 2016 r., na co wskazują uzyskane w toku postępowania nagrania rozmów telemarketerów.

W ocenie Prezesa Urzędu, ww. okoliczności, w tym wysoka szkodliwość opisanej praktyki, przesądzają o ustaleniu kwoty bazowej kary na poziomie [usunięto], tj. [usunięto] zł po zaokrągleniu.

W dalszym etapie kalkulacji kary Prezes Urzędu rozważył, czy ustalona kwota bazowa powinna podlegać modyfikacjom ze względu na występujące w sprawie okoliczności łagodzące bądź obciążające.

Prezesa Urzędu, w przypadku pierwszej z zarzuconych praktyk, nie dopatrzył się okoliczności łagodzących. Natomiast, za okoliczność obciążającą Prezes Urzędu uznał umyślność stwierdzonego naruszenia. Okoliczność ta uzasadnia podwyższenie kwoty bazowej kary o [usunięto], do kwoty 13.982,00 zł po zaokrągleniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, za praktykę opisaną w pkt II sentencji decyzji Prezes Urzędu nałożył na Przedsiębiorcę karę w wysokości 13.982,00 zł, co stanowi [usunięto] maksymalnego wymiaru kary.

Zdaniem Prezesa Urzędu, orzeczone kary są adekwatne do okresu, stopnia oraz okoliczności naruszenia przez Przedsiębiorcę przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Kary te pełnią przede wszystkim funkcję represyjną, stanowiąc sankcję i dolegliwość za naruszenie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz prewencyjną, zapobiegającą ponownemu ich naruszeniu. Nie bez znaczenia jest ponadto ich walor wychowawczy, odstraszający dla innych przedsiębiorców przed stosowaniem w przyszłości tego typu praktyk w obrocie z konsumentami.

6. Koszty postępowania

Art. 77 ust. 1 u.o.k.k. przewiduje, że jeżeli w wyniku postępowania Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przepisów ustawy, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, jest zobowiązany ponieść koszty postępowania. Zgodnie z art. 80 ww. ustawy, Prezes Urzędu rozstrzyga o kosztach w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie. Należy zauważyć, że ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie zawiera wyczerpujących regulacji dotyczących rozstrzygnięcia o kosztach postępowania. Art. 83 tej ustawy stanowi jednak, że w sprawach nieuregulowanych w ustawie do postępowania przed Prezesem Urzędu stosuje się przepisy ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j.: Dz.U. z 2016 r., poz. 23 ze zm. - dalej: k.p.a.). Stosownie do art. 264 § 1 k.p.a., jednocześnie z wydaniem decyzji organ administracji publicznej ustali w drodze postanowienia wysokość kosztów postępowania, osoby zobowiązane do ich poniesienia oraz termin i sposób ich uiszczenia.

Do kosztów przeprowadzonego postępowania w sprawie naruszenia zbiorowych interesów konsumentów zaliczono poniesione koszty doręczenia pism Przedsiębiorcy, w wysokości 35,40 zł.

Zgodnie z art. 112 ust. 3 u.o.k.k. karę pieniężną oraz koszty postępowania należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: NBP O/O Warszawa 51101010100078782231000000.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 u.o.k.k. w związku z art. 479²⁸ § 2 Kpc - od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie- Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie miesiąca od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów- Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Poznaniu.

W przypadku kwestionowania wyłącznie postanowienia w przedmiocie rygoru natychmiastowej wykonalności (pkt III sentencji decyzji), stosownie do treści art. 108 § 2 zd. 2 k.p.a., w związku z art. 83 u.o.k.k., jak również stosownie do art. 81 ust. 5 u.o.k.k., w związku z art. 479³² Kpc, zażalenie na przedmiotowe postanowienie należy wnieść do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Poznaniu, w terminie tygodniowym od daty doręczenia decyzji.

W przypadku kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach zawartego w pkt V decyzji, na podstawie art. 264 § 2 k.p.a. w zw. z art. 83 i art. 81 ust. 5 u.o.k.k. w związku z 479³² § 1 i § 2 Kpc, Przedsiębiorcy przysługuje prawo wniesienia zażalenia do Sądu Okręgowego w Warszawie- Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie tygodnia od dnia doręczenia niniejszej decyzji, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony

Konkurencji i Konsumentów- Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
w Poznaniu.

z upoważnienia Prezesa
Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Dyrektor Delegatury UOKiK w Poznaniu
Jarosław Krüger