



**PREZES
URZĘDU OCHRONY**

Konkurencji i Konsumentów

Delegatura we Wrocławiu

50-413 Wrocław, ul. Walońska 3-5
tel.(071) 344 65 87, (071) 34 05 920, fax (071) 34 05 922
e-mail: wroclaw@uokik.gov.pl

RWR 61-23/09/ZK

Wrocław, 31 marca 2010 r.

DECYZJA RWR 6/2010

- I. Na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 5 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 roku w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 107, poz. 887), po przeprowadzeniu postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, wszczętego z urzędu przeciwko **Rafałowi Peisert i Iwonię Kwiatkowskiej** prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą **Eller Service spółka cywilna** z siedzibą w Gdańsku
- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,
- 1. uznaje się za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, o której mowa w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów** działanie ww. przedsiębiorców polegające na stosowaniu reklamy wprowadzającej konsumentów w błąd co do bezpłatności świadczonych usług w okresie 10 dni od dnia zawarcia umowy oraz co do okresu, na jaki umowa zostaje zawarta, co narusza art. 4 ust. 1 i 2 w zw. z art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 roku o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U. Nr. 171, poz. 1206) i godzi w zbiorowe interesy konsumentów.
- i nakazuje się zaniechania jej stosowania.**
- 2. uznaje się za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, o której mowa w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów** działanie ww. przedsiębiorców polegające na zamieszczeniu na stronie internetowej www.pobieraczek.pl informacji handlowej, na którą składa się:
- reklama w postaci baneru reklamowego,
 - sformułowanie o treści „Tak, chcę testować przez 10 dni!”,
 - informacja pod tytułem „Informacja dla klientów”,

która wprowadza konsumentów w błąd co do bezpłatności świadczonych usług w okresie 10 dni od dnia zawarcia umowy oraz co do okresu, na jaki umowa zostaje zawarta, co narusza art. 4 ust. 1 i 2 w związku z art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 roku o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U. Nr. 171, poz. 1206) i godzi w zbiorowe interesy konsumentów **i nakazuje się zaniechanie jej stosowania.**

- II.** Na podstawie art. 105 § 1 k.p.a. w związku z art. 83 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50 poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 5 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 roku w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 107, poz. 887), po przeprowadzeniu postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, wszczętego z urzędu przeciwko **Rafałowi Peisert i Iwonię Kwiatkowskiej** prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą **Eller Service spółka cywilna** z siedzibą w Gdańsku
- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,
umarza się postępowanie wszczęte z urzędu w sprawie stosowania przez ww. przedsiębiorców praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, o której mowa w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów polegającej skonstruowaniu procedury zawarcia umowy w sposób pomijający istotne informacje potrzebne konsumentowi do podjęcia decyzji dotyczącej umowy, co mogło naruszać art. 4 ust. 1 i 2 w związku z art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 roku o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U. Nr. 171, poz. 1206).
- III.** Na podstawie art. 26 ust. 2 w związku z art. 26 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 5 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 roku w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 107, poz. 887), po przeprowadzeniu postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, wszczętego z urzędu przeciwko **Rafałowi Peisert i Iwonię Kwiatkowskiej** prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą **Eller Service spółka cywilna** z siedzibą w Gdańsku
- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,
nakazuje się ww. przedsiębiorcom publikację niniejszej decyzji w całości na ich koszt na stronie internetowej www.pobieraczek.pl w ten sposób, że odnośnik do treści decyzji powinien zostać umieszczony na stronie głównej www.pobieraczek.pl oraz utrzymywanie jej na przedmiotowej stronie internetowej przez okres 6 (sześciu) miesięcy.
- IV.** Na podstawie art. 103 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), **Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nadaje decyzji w zakresie pkt I i III sentencji decyzji rygor natychmiastowej wykonalności.**
- V.** Na podstawie art. 106 ust.1 pkt 4 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 5 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 roku w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 107, poz. 887),
- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,

nakłada się na Rafała Peiserta prowadzącego działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą **Eller Service spółka cywilna** z siedzibą w Gdańsku **karę pieniężną** w wysokości 119 570 zł (słownie sto dziewiętnaście tysięcy pięćset siedemdziesiąt złotych) płatną do budżetu państwa, za zapłatę której odpowiada on solidarnie z Iwoną Kwiatkowską.

- VI. Na podstawie art. 106 ust.1 pkt 4 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i § § 5 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 roku w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 107, poz. 887),
- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,

nakłada się na Iwonę Kwiatkowską prowadzącą działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą **Eller Service spółka cywilna** z siedzibą w Gdańsku **karę pieniężną** w wysokości 119 570 zł (słownie sto dziewiętnaście tysięcy pięćset siedemdziesiąt złotych), płatną do budżetu państwa, za zapłatę której odpowiada ona solidarnie z Rafałem Peisert.

UZASADNIENIE

W związku z licznymi skargami konsumentów dotyczącymi korzystania z usług Eller Service Rafał Peisert, Iwona Kwiatkowska s.c. z siedzibą w Gdańsku, ul. Chłopska 72 [zw. dalej także Spółka, Wspólnicy], oferowanych za pośrednictwem portalu internetowego www.pobieraczek.pl wpływającymi do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatury we Wrocławiu, tutejsza Delegatura przeprowadziła czynności kontrolne dotyczące działalności ww. przedsiębiorców. Prezes Urzędu w toku postępowania wyjaśniającego wstępnie ustalił, iż działalność wspólników ww. spółki cywilnej może odbywać się z naruszeniem przepisów prawa uzasadniającym wszczęcie postępowania w sprawie zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

(dowód: akta sprawy RWR 403-20/09/ZK)

W związku z tym - Postanowieniem nr 224/2009 z dnia 12 października 2009 r. - Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wszczął z urzędu postępowanie w sprawie podejrzenia stosowania przez Rafała Peisert i Iwonę Kwiatkowską prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Eller Service spółka cywilna z siedzibą w Gdańsku przy ul. Chłopskiej 72 praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów o których stanowi art. 24 ust.1 i 2 pkt 3 ustawy z dnia lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów [zw. dalej również ustawą o ochronie (...)] polegających na:

1. stosowaniu reklamy wprowadzającej konsumentów w błąd co do bezpłatności świadczonych usług w okresie 10 dni od dnia zawarcia umowy oraz co do okresu, na jaki umowa zostaje zawarta, co może naruszać art. 4 ust. 1 i 2 w zw. z art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 roku o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U. Nr. 171, poz. 1206) i godzić w zbiorowe interesy konsumentów.
2. zamieszczeniu na stronie internetowej www.pobieraczek.pl informacji handlowej, na którą składa się:
 - d) reklama w postaci baneru reklamowego,
 - e) sformułowanie o treści „Tak, chcę testować przez 10 dni!”,

f) informacja pod tytułem „Informacja dla klientów”,
oraz skonstruowaniu procedury zawarcia umowy w sposób pomijający istotne informacje potrzebne konsumentowi do podjęcia decyzji dotyczącej umowy, które to działania wprowadzają konsumentów w błąd co do bezpłatności świadczonych usług w okresie 10 dni od dnia zawarcia umowy oraz co do okresu, na jaki umowa zostaje zawarta, co może naruszać art. 4 ust. 1 i 2 w związku z art. 5 ust. 1 i art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 roku o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U. Nr. 171, poz. 1206) i godzić w zbiorowe interesy konsumentów.

(dowód: karta 1-2)

Ponadto — zgodnie z punktem 2. Postanowienia nr 224/2009 — Prezes Urzędu zaliczył w poczet dowodów całość materiałów uzyskanych w trakcie wymienionego wyżej postępowania wyjaśniającego (nr sygn. RWR 403-20/09/ZK).

(dowód: karta 1-2)

W trakcie postępowania przedsiębiorcy Iwona Kwiatkowska i Rafał Peisert działając przez ustanowionego w sprawie pełnomocnika, w piśmie z dnia 29 października 2009 roku wskazali, iż zarzuty przedstawione w postanowieniu nr RWR 224/2009 są bezzasadne, zaś praktyki rynkowe przez nich stosowane nie mogą być uznane za nieuczciwe praktyki rynkowe, które naruszają zbiorowy interes konsumentów. Przedsiębiorcy podkreślili, iż uznanie danej praktyki rynkowej za nieuczciwą wymaga wykazania jej sprzeczności z dobrymi obyczajami oraz wykazania, iż dana praktyka rynkowa w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta. Zdaniem ww. przedsiębiorców stosowana przez nich praktyka rynkowa nie jest sprzeczna z dobrymi obyczajami, gdyż praktyka oferowania usługi przez określony odcinek czasu za darmo jest praktyką rozpowszechnioną wśród przedsiębiorców, nie kwestionowaną jako naruszająca dobre obyczaje. Ponadto nie ma ona zdolności zniekształcenia zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta co do oferowanych przez nich usług. Powołując się na orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości oraz Sądu Najwyższego a także przepisy ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym podkreślili, iż konieczność każdorazowego ustalania modelu przeciętnego konsumenta wymaga aby w okolicznościach niniejszej sprawy przyjąć, iż przeciętny adresat stosowanych przez współników reklam jest konsumentem należycie poinformowanym, przezornym oraz ostrożnym. Za takim stanowiskiem przemawia okoliczność, iż umowa o świadczenie usług dostępu do sieci Usenet nie jest umową należącą do umów powszechnie zawieranych z drobnych bieżących sprawach życia codziennego, a konsumenci zawierający umowy telekomunikacyjne przeznaczone do ciągłego użytku w dłuższym okresie utrzymują wyższy poziom ostrożności. Wspólnicy wskazali ponadto, iż strona główna portalu Pobieraczek.pl została tak skonstruowana aby przekazać potencjalnym użytkownikom jak najwięcej informacji. Informacja o możliwości korzystania z serwisu przez 10 dni od dnia rejestracji za darmo jest niewątpliwie atrakcyjna dlatego też została w sposób szczególny uwidoczniiona. Nie może ona jednak wprowadzać w błąd zarówno co do bezpłatności świadczonych usług jak i terminu na jaki umowa zostaje zawarta ze względu na zamieszczenie dodatkowych informacji na samej stronie internetowej jak i w Regulaminie świadczenia usług. Zdaniem przedsiębiorców wyłącznie konsument nieuważny i nieostrożny, który przed rejestracją nie zapoznał się z zasadami funkcjonowania serwisu może powoływać się na brak poinformowania go o skutkach przystąpienia do korzystania z jego usług. Odnosząc się do

drugiego z zarzutów sformułowanych postanowieniem RWR 224/2009 Wspólnicy wskazali, iż wszelkie istotne informacje potrzebne konsumentowi do podjęcia decyzji dotyczącej umowy zostały zapisane, zgodnie z ustawą o świadczeniu usług drogą elektroniczną, w regulaminie świadczenia usług, z którym każdy użytkownik ma obowiązek się zapoznać i którego akceptacja jest warunkiem koniecznym zawarcia umowy. Podnieśli także, że reklamę w postaci baneru reklamowego o treści „Tak, chcę testować przez 10 dni!” należy łączyć z informacją pod tytułem „Informacja dla klientów”. Podkreślili, iż to od decyzji konsumenta zależy czy zawarta umowa będzie obowiązywała po upływie darmowego okresu próbnego i na jaki okres zostanie ona zawarta. Zdaniem Wspólników skonstruowana przez nich procedura rejestracyjna, przygotowana w duchu właściwości usług świadczonych drogą elektroniczną, nie pozostawia żadnych wątpliwości, co do zasad funkcjonowania serwisu Pobieraczek.pl i nie może wprowadzać w błąd potencjalnych jego użytkowników.

(dowód: pismo Wspólników: k 94-98)

I. Prezes Urzędu ustalił następujący stan faktyczny:

Uczestnicy postępowania Iwona Kwiatkowska oraz Rafał Peisert są przedsiębiorcami prowadzącymi działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą „Eller Service spółka cywilna z siedzibą przy ul. Chłopskiej 72 w Gdańsku. Spółka cywilna została zawiązana umową z dnia 29 sierpnia 2008 roku. Przedmiotem działalności gospodarczej prowadzonej przez wspólników w ramach spółki jest między innymi działalność portali internetowych, działalność usługowa w zakresie technologii informatycznych i komputerowych, działalność związana z oprogramowaniem.

(dowód: umowa spółki cywilnej: k. 113-115, zaświadczenia o dokonaniu wpisu od ewidencji działalności gospodarczej: k. 116-119 - akta sprawy o sygn. RWR 403-20/09/ZK,)

W ramach prowadzonej działalności gospodarczej Spółka utworzyła serwis internetowy o adresie <http://pobieraczek.pl/>, za pośrednictwem którego świadczy swoje usługi. Zgodnie z treścią § 2 ust. 1 i 2 wzorca umownego p.n. „Regulamin świadczenia usług „Usenet” z dnia 17.03.2009” Spółka świadczy usługę dostępu do serwerów Usenet zlokalizowanych na terenie RP oraz poza jej granicami, w zakresie koniecznym do obsługi wiadomości, z wykorzystaniem sieci komputerowych, w szczególności sieci Internet, do transferu wiadomości zorganizowanych w grupy tematyczne. W ramach usługi „Usenet” realizowane są działania obejmujące transmisję w sieci telekomunikacyjnej danych przekazywanych lub otrzymywanych przez Usługobiorcę.”

(dowód: pismo Wspólników z dnia 7.08.2009r.: k. 110-112, Regulamin świadczenie usług „Usenet” z dnia 17.03.2009r.: k. 122-133 - akta sprawy o sygn. RWR 403-20/09/ZK,)

Po myśli § 4 ust. 1 ww. wzorca umownego zawieranie umowy na świadczenie Usługi Usenet realizowane jest na stronie pobieraczek.pl i realizowane jest poprzez rejestrację danych potencjalnego Usługobiorcy oraz faktyczne zlecenie realizacji Usługi Usenet w udostępnionym na wskazanej stronie formularzu rejestracyjnym. Jednocześnie, zgodnie z § 3 ust. 2 wzorca korzystanie z Usługi Usenet wymaga rejestracji Usługobiorcy w systemie Spółki, polegającej w szczególności na podaniu imienia i nazwiska, adresu zamieszkania, płci, daty urodzenia, adresu poczty elektronicznej oraz wyboru zamawianej Usługi Usenet w jednym z dostępnych pakietów cenowych, z zastrzeżeniem domyślnego wyboru pakietu Pobieraczek5.

(dowód: Regulamin świadczenie usług „Usenet” z dnia 17.03.2009r.: k. 122-133 - akta sprawy o sygn. RWR 403-20/09/ZK,)

Tryb zawierania umowy opisany w § 4 ust. 1 Regulaminu przebiega kilkietapowo. Pierwszym krokiem jest wypełnienie przez konsumenta formularza rejestracyjnego udostępnianego on-line na stronie internetowej www.pobieraczek.pl.

(dowód: pismo Wspólników z dnia 7.08.2009r.: k. 110-112, Regulamin świadczenie usług „Usenet” z dnia 17.03.2009r.: k. 122-133 - akta sprawy o sygn. RWR 403-20/09/ZK,)

Formularz rejestracyjny znajduje się na głównej stronie serwisu internetowego www.pobieraczek.pl, w jego zakładce o nazwie „Home”. Rejestracji dokonuje się przez wypełnienie pustych rubryk następującymi danymi: płeć, imię, nazwisko, ulica/nr, kod pocztowy/miasto, data urodzenia, e-mail. Nad formularzem rejestracyjnym znajduje się następująca wiadomość: wytłuszczone kolorem czerwonym zdanie „Tak, chcę testować przez 10 dni.” oraz „Prosimy o poprawne wypełnienie formularza. Państwa dane będą przetwarzane z zachowaniem poufności.” a także „Pobierz 1 GB danych od razu!” Pod formularzem rejestracyjnym mniejszą czcionką zamieszczona jest informacja o treści: „Wyrażam zgodę na przetwarzanie moich danych osobowych wyłącznie dla celów realizacji usługi Usenet oraz oświadczam, że zapoznałem się i akceptuję w całości Regulamin Usługi Usenet.” Wyrażenie zgody na powyższe odbywa się poprzez zaznaczenie odpowiedniego okienka. W tym też miejscu znajduje się odnośnik do podstrony - link, na której zamieszczony jest tekst Regulaminu. Potwierdzenie zakończenia procedury rejestracji dokonuje się poprzez „kliknięcie” przycisku „Rejestruj” zamieszczonego pod formularzem rejestracyjnym.

(dowód: pismo Wspólników z dnia 7.08.2009r.: k. 110-112, wydruk ze strony internetowej www.pobieraczek.pl : k. 187 i 189 - akta sprawy o sygn. RWR 403-20/09/ZK,)

Po zakończeniu etapu rejestracji na stronie www.pobieraczek.pl do konsumentów wysyłana jest wiadomość o następującej treści:

„Mail aktywacyjny wysłany po rejestracji na stronie”

Temat: Aktywacja konta w serwisie Pobieraczek.pl

Szanowni Państwo,

Dziękujemy za rejestrację na stronie www.pobieraczek.pl

W celu aktywacji Państwa konta i pomyślnego zakończenia procesu rejestracji prosimy kliknąć na poniższy link aktywacyjny lub wkleić go w pasek adresowy przeglądarki internetowej. Po tym zostanie przesłane Państwu hasło do konta w usłudze Pobieraczek.

[http://www.pobieraczek.pl/activate.php?acct= ...](http://www.pobieraczek.pl/activate.php?acct=...)

Jeśli nie zakładali Państwo konta na stronie www.pobieraczek.pl to prosimy o zignorowanie tego listu.

Ten mail został wysłany automatycznie i prosimy na niego nie odpowiadać.

Pozdrawiamy

Zespół [Pobieraczek.pl](http://www.pobieraczek.pl)

„Kliknięcie” podanego linka przenosi konsumenta do kolejnego etapu rejestracji, w którym otrzymuje on login oraz hasło, których wpisanie na stronie domowej serwisu stanowi pomyślne zakończenie procedury rejestracyjnej. Konsument otrzymuje wiadomość o treści.

„Wysłanie loginu/hasła do serwisu”

Temat: Twój login i hasło w serwisie Pobieraczek.pl

Drogi użytkowniku!

Wiadomość ta została wysłana automatycznie, prosimy na nią nie odpowiadać.

Z przyjemnością informujemy, że Twoje konto w serwisie Pobieraczek.pl zostało uaktywnione.

Twoje dane logowania do panelu klienta oraz serwera news:

Login: ...

Hasło: ...

Adres serwera news: ...

Aby pobrać instrukcję instalacji i konfiguracji programu dostępowego należy zalogować się do panelu klienta (w prawym górnym rogu strony serwisu).

Dodatkowe funkcje dostępne po zalogowaniu:

- 1. Film objaśniający sposób pobierania plików*
- 2. Bezpośredni link do wyszukiwarki plików*
- 3. Zmiana hasła*

Życzymy miłego pobierania,

Zespół serwisu Pobieraczek.pl

(dowód: pismo Wspólników z dnia 7.08.2009r.: k. 110-112, szablony odpowiedzi: k. 151-153 - akta sprawy o sygn. RWR 403-20/09/ZK)

W toku postępowania przedsiębiorcy wskazali, iż w trakcie procedury rejestracyjnej do konsumentów wysyłanych jest kilka wiadomości, a brak odpowiedzi na choćby jedną z nich uniemożliwia skuteczną rejestrację w serwisie.

(dowód: pismo Wspólników z dnia 7.08.2009r. akta sprawy o sygn. RWR 403-20/09/ZK)

Po myśli § 3 ust. 2 Regulaminu warunkiem zawarcia umowy jest rejestracja konsumenta oraz wybór zamawianej Usługi w jednym z dostępnych pakietów cenowych. Pakiety te określone zostały w „Cenniku” stanowiącym zgodnie z § 7 ust. 3 Regulaminu, jego integralną część. Informacja o stosowanych przez przedsiębiorców pakietach cenowych dostępna jest także na stronie www.pobieraczek.pl w jego zakładce pod tytułem „Nasze pakiety”. Treść powyżej wskazanego § 3 ust. 2 Regulaminu przesądza również, iż zawarcie umowy następuje przy domyślnym wyborze pakietu Pobieraczek5. Jednocześnie, zgodnie z treścią § 3 ust. 10 Regulaminu w okresie pierwszych 10 dni od dnia zawarcia umowy o świadczenie Usług Usenet, bez względu na rodzaj wybranego przez Usługobiorcę pakietu cenowego, Usługa Usenet świadczona jest z limitem przesyłu 1 GB. Jednakże w przypadku, gdy Usługobiorca zdecyduje się na zakup usługi przed upływem wskazanego w zdaniu pierwszym terminu i dokona wpłaty odpowiadającej jej ceny automatycznie otrzyma pełen (bez limitów) dostęp do wybranej przez siebie usługi. W procesie rejestracji na stronie www.pobieraczek.pl brak jest możliwości określenia pakietu cenowego, według którego umowa miałaby zostać zawarta.

(dowód: Regulamin świadczenie usług „Usenet” z dnia 17.03.2009r.: k. 122-133 - akta sprawy o sygn. RWR 403-20/09/ZK,)

Po zawarciu umowy korespondencja z konsumentem prowadzona jest wyłącznie za pośrednictwem poczty elektronicznej a wszystkie wiadomości generowane są w sposób automatyczny. Po upływie 10 dni od dnia zawarcia umowy, do konsumenta wysyłana jest

wiadomość informująca o wybranym pakiecie i warunkach, na jakich można z niego korzystać. Wiadomość ta posiada następującą treść:

„Wiadomość wysyłana po zakończeniu okresu próbnego”

Temat: Płatność za usługę Pobieraczek5

Szanowny Panie ...,

Serdecznie dziękujemy za złożone w dniu ... zamówienie na stronie Pobieraczek.pl. Bardzo cieszymy się, że spodobał się Panu nasz serwis w 10-cio dniowym okresie próbnym i dziękujemy, że zdecydował się Pan pozostać z nami na dłużej. Zapewniamy, że dokładamy wszelkich starań, aby Pobieraczek umożliwiał wszystkim pobieranie dowolnych plików w bezpieczny, szybki oraz łatwy sposób. Nasz serwis jest na bieżąco rozwijany i ulepszany.

Informujemy, iż zgodnie z warunkami zawartej umowy z dnia ... zostanie uaktywniony dla Pana najtańszy dostępny pakiet - Pobieraczek5 - o miesięcznym limicie 5.0 GB. Przypominamy, że dalsze korzystanie z usług naszego serwisu będzie możliwe dopiero po opłaceniu wyżej wskazanego pakietu. Pakiet ten posiada 12-to miesięczny okres ważności oraz miesięczny limit 5.0 GB. Zgodnie z warunkami umowy kwota za wymieniony pakiet musi zostać uiszczona za cały rok z góry. Niniejszym prosimy o opłacenie pakietu Pobieraczek5 z 12 miesięcznym okresem ważności oraz o miesięcznym limicie 5.0 GB w cenie 94.80 PLN za cały okres obowiązywania. Należność należy opłacić w terminie 7 dni od zakończenia Pana okresu próbnego, czyli do dnia

...

Istnieją dwa sposoby opłacenia należności:

1. Poprzez usługę Dotpay dostępną pod następującym adresem:

<https://ssl.dotpay.pl/?pid=CY12NK198LUZH4ZQNER4R48HRUHYK9EZ> Prosimy postępować zgodnie z instrukcją wyświetlaną na ekranie oraz podanie adresu email użytego przy rejestracji w serwisie Pobieraczek.pl.

2. Poprzez przelew bankowy na następujące dane:

Nazwa odbiorcy: Eller Service S.C.

Numer rachunku: 36 1600 1303 0004 1002 2832 0150

Tytuł przelewu: Pobieraczek5 - <adres email>

Gotowy blankiet wpłaty możecie Państwo wygenerować pod adresem

<http://www.pobieraczek.pl/przelew.php?eml=...>

W razie pytań prosimy o kontakt z biurem obsługi klienta pod adresem bok@pobieraczek.pl

Kończąc, życzymy Panu miłej zabawy oraz owocnego pobierania z Pobieraczkiem.

Z pozdrowieniami,

Zespół Pobieraczek.pl

(dowód: pismo Wspólników z dnia 7.08.2009r.: k. 110-112, szablony odpowiedzi: k. 151-153 - akta sprawy o sygn. RWR 403-20/09/ZK,)

Konsumenci, po myśli § 4 ust. 4 Regulaminu zobowiązani są do uiszczenia wynagrodzenia z tytułu realizacji usługi przez przedsiębiorców w terminie 17 dni od dnia zawarcia umowy. Opłata za świadczone usługi, niezależnie od oferowanego przez Spółkę pakietu cenowego płatna jest jednorazowo za cały okres trwania umowy, po jej zawarciu. W przypadku braku zapłaty w powyższym terminie, konsument otrzymuje następującą wiadomość wysłaną automatycznie:

„Wiadomość wysyłana w przypadku braku wpłaty w terminie 7 dni od zakończenia okresu

Próbnego”

Temat: Wezwanie do zapłaty za usługę Pobieraczek5

Szanowny Panie ...,

Dnia ... z komputera o adresie IP ... (IP proxy ...) zamówił Pan na stronie Pobieraczek.pl naszą usługę i do dnia dzisiejszego jeszcze nie została ona należycie opłacona.

Z uwagi na to, że poprzez rejestrację na stronie zawarł Pan z nami umowę o świadczenie usług Usenet na podstawie ustawy z dnia 18 lipca 2002 roku o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. Nr 144 poz. 1204), doreczamy Panu niniejsze wezwanie do zapłaty.

Jednocześnie informujemy, iż dalszy brak uiszczenia należnej kwoty spowoduje poważne konsekwencje prawne. Następstwem wszczęcia przez nas przeciwko Panu stosownych czynności prawnych mających na celu wyegzekwowanie należności wraz z ustawowymi odsetkami za każdy dzień opóźnienia - będą dodatkowe koszty postępowania windykacyjnego, sądowego a następnie komorniczego.

W stosunku do osób uchylających się od terminowej zapłaty możliwe są następujące kroki prawne:

- przekazanie sprawy profesjonalnej firmie windykacyjnej,*
- przekazanie sprawy profesjonalnej kancelarii prawnej,*
- postępowanie sądowe,*
- komornicza egzekucja należności,*
- Wpis do Rejestru Dłużników Niewypłacalnych, który wiązać się może m.in. z odmową udzielenia kredytu lub leasingu a nawet całkowitą utratą wiarygodności w kontaktach handlowych. W związku z tym wzywamy Pana do dobrowolnej zapłaty należnej kwoty w wysokości 94,80 PLN w ciągu 5 dni od dnia otrzymania niniejszej wiadomości. Istnieją dwa sposoby opłacenia*

należności:

1. Poprzez usługę Dotpay dostępną pod następującym adresem:

<https://ssl.dotpay.pl/?pid=CY12NK198LUZH4ZQNER4R48HRUHYK9EZ>

Prosimy postępować zgodnie z instrukcją wyświetlaną na ekranie oraz podanie adresu email użytego przy rejestracji w serwisie Pobieraczek.pl.

2. Poprzez przelew bankowy na następujące dane:

Nazwa odbiorcy: Eller Service S.C.

Numer rachunku: 36 1600 1303 0004 1002 2832 0150

Tytuł przelewu: Pobieraczek5 - <adres email>

Gotowy blankiet wpłaty możecie Państwo wygenerować pod adresem

<http://www.pobieraczek.pl/przelew.php?eml=...>

W razie pytań prosimy o kontakt z biurem obsługi klienta pod adresem bok@pobieraczek.pl

Z poważaniem,

Zespół Pobieraczek.pl

(dowód: Regulamin świadczenie usług „Usenet” z dnia 17.03.2009r.: k. 122-133, szablony odpowiedzi: k. 151-153 - akta sprawy o sygn. RWR 403-20/09/ZK,)

Zgodnie z § 4 ust. 6 Regulaminu Usługobiorcy, który zawarł umowę o świadczenie usług wskazanych w Regulaminie, przysługuje prawo do odstąpienia od umowy o świadczenie Usług Usenet w terminie 10 dni od dnia zawarcia przedmiotowej umowy. Wskazane w zd. 1 odstąpienie dla skuteczności winno zostać zrealizowane poprzez przesłanie pisemnego oświadczenia lub poprzez przesłanie stosownego oświadczenia woli w formie wiadomości pocztą

elektronicznej przesłanej na adres bok@pobieraczek.pl. Umowa o świadczenie usług Usenet jest umową zawartą na czas określony i kończy się wraz z upływem terminu, na który został wykupiony abonament, (§ 9 ust. 1 zd. 1 Regulaminu).

(dowód: Regulamin świadczenie usług „Usenet” z dnia 17.03.2009r.: k. 122-133, - akta sprawy o sygn. RWR 403-20/09/ZK, dokumentacja przykładowej umowy zawartej z konsumentem w ramach serwisu Pobieraczek.pl: k. 376)

Na stronie głównej serwisu www.pobieraczek.pl, w jego zakładce „Home”, w prawej dolnej części, znajduje się informacja o treści „*Informacja dla klientów. Podczas 10-dniowego darmowego okresu próbnego przysługuje prawo do pisemnego wypowiedzenia zamówienia (fax, email, itp.). Po upływie 10 dniowego okresu próbnego ważność umowy od 3 miesięcy i koszt od 7,90 PLN miesięcznie.*” Informacja ta umieszczona jest pod treściami reklamowymi serwisu, w dolnej części „strony” internetowej. Jest ona przedstawiona za pomocą czarnej czcionki. Nad nią znajdują się elementy graficzne jak i zdjęcia eksponowane większą, kolorową czcionką.

(dowód: wydruk ze strony internetowej www.pobieraczek.pl: k. 187 i 189 - akta sprawy o sygn. RWR 403-20/09/ZK)

Serwis www.pobieraczek.pl reklamowany jest za pomocą grafik reklamowych w sieciach reklamowych: Google Adwards (adwards.google.com), Onet Boksy (boksy.onet.pl), Adkontekst (adkontekst.pl), oraz Boksy reklamowe Wp.pl (biznes.szukaj.wp.pl/boksy.html) w formie tekstu „*Ściągaj szybko i legalnie. Wypróbuj za darmo – filmy, muzyka, gry i programy zupełnie legalnie! www.pobieraczek.pl*”.

W toku postępowania przedsiębiorcy przedstawili 17 grafik komputerowych, za pomocą których w sieci Internet reklamują swoje usługi. Wszystkie one, na zróżnicowanym tle graficznym przedstawiającym postacie z gier komputerowych, osoby słuchające muzyki, symbole odnoszące się tematycznie do plików, do których dostęp zapewnia serwer takich jak muzyka, filmy, gry, programy czy obrazki, posiadają również część tekstową wskazującą na cechy oferowanej usługi to jest hasła: „Bezpiecznie i bez ograniczeń”, „Nowa generacja pobierania!”, „W pełni anonimowe pobieranie”, „Szybko i legalnie”, „Znakomita jakość”, „Pobierz OD RAZU!”, „Bezpiecznie i szybko”, „Maksymalna prędkość”, „Ogromny wybór”, „Ściągaj muzykę od zaraz!”, „Ściąganie filmów!”, „Pobieranie GIER z pobieraczek.pl”. Poza powyższą treścią na ww. grafikach reklamowych znajdują się także hasła reklamowe o treści: „10 dni za darmo!” – pojawiające się 8 krotnie, „Wypróbuj za darmo!” – pojawiające się 6 krotnie, „Wypróbuj teraz” – pojawiające się jednokrotnie oraz „1 GB za darmo” – pojawiające się 3 krotnie.

Na stronie głównej serwisu prowadzonego przez Spółkę, jak i na wszystkich jego zakładkach widnieje, w ich górnej części, baner reklamowy, na którym mieszczą się następujące hasła: „10 DNI POBIERANIA ZA DARMO !” - wypisane dużą czcionką w centralnym jego miejscu, „10 dni za darmo” – wypisane mniejszą czcionką i umiejscowione w górnym lewym rogu oraz taką samą czcionką hasło „Doznaj rozkoszy najszybszego pobierania. Ogromne zasoby filmów, gier, programów, muzyki oraz treści erotycznych czekają na Ciebie” znajdujący się pod głównym hasłem.

Nadto na stronie serwisu znajdującej się pod zakładką „Jak to działa?” znajduje się reklama zatytułowana „OFERTA SPECJALNA” przedstawiająca obraz graficzny raka oraz zawierająca następującą treść: TYLKO TERAZ ! 10 DNI TESTU ZA DARMO SPRAWDŹ NAS”.

(dowód: pismo Wspólników z dnia 7.08.2009r.: k. 110-112, wydruki ze strony internetowej www.pobieraczek.pl : k. 186 i 198, wydruki grafik komputerowych: k. 134 - 150 - akta sprawy o sygn. RWR 403-20/09/ZK)

W toku postępowania do Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów we Wrocławiu wpłynęło około 223 skargi konsumenckie przekazane w formie pisemnej jak i elektronicznej dotyczących funkcjonowania serwisu pobieraczek.pl. W nadesłanych skargach konsumenci wskazywali między innymi, iż:

„ W dniu 16 września 2009r. surfowałam po Internecie i wyświetliła mi się reklama portalu HYPERLINK <http://www.pobieraczek.pl> / zachęcająca do darmowego pobierania przez 10 dni plików z ich strony.”

„Mój 15 letni syn (...) zarejestrował się na stronie pobieraczek.pl 31.08.2009r. Strona kusi informacją o darmowym pobieraniu plików przez 10 dni.”

„Wskazuję, że w chwili skąpania oświadczenia woli w kwestii korzystania z Państwa usług działałam pod wpływem błędu co do treści czynności prawnej, albowiem zgodnie z Państwa zapewnieniem wynikającym z treści komunikatu reklamowego korzystanie z usług było bezpłatne przez okres 10-ciu dni i nie oznaczało automatycznego zawarcia umowy zobowiązującej do opłat.”

„Oferta portalu zachęca do korzystania pobierania za darmo filmów, gier, muzyki i innych na okres 10 dni.”

„Dnia 14.10.2009r. zalogowałam się na w/w portalu, w celu sprawdzenia strony i skorzystania z 10 darmowych dni ściągania za darmo (tak jak zachęcała reklama internetowa).”

- „(...) Weszłam na stronę tego serwisu przypadkiem, odczytałam ogromny komunikat o tym, iż istnieje możliwość testowania tego serwisu przez 10 dni za darmo. Przy tym promocyjnym sloganem nie znajdował się żaden odnośnik do informacji o tym że muszę w ciągu 10 dni odstąpić od umowy.(...) Czuje się oszukana przez serwis obieraczek.pl (...) Komunikat o promocji powinien być jasno podany choćby poprzez podanie małym drukiem, pod wielkim komunikatem ze 10 dniowe testowanie za darmo, że akceptacja regulaminu wiąże się z zawianiem umowy praz ze należy od niej odstąpić w ciągu 10 dni.”;

- „Szukam pomocy u Państwa, bo zostałem wprowadzony w błąd przez portal Pobieraczek.pl. Miał być 10-dniowy pakiet darmowy, a okazało się że teraz muszę zapłacić około 100zł i straszą mnie sądami (...);”

- „Dnia 23.07.2009 znalazłem w Internecie strone Pobieracek.pl, wszedłem, zobaczyłem duży baner że ściągania plików 10 dni za darmo, no wytestuję sobie. (...). Dziś wszedłem na maila i zobaczyłem że 3dni temu dostałem maila z wezwaniem do zapłaty 94 zł. (...);”

- (...) Pobieraczek.pl skoro oferował darmowa usługę przez 10dni to po upływie tych dni powinien skontaktować się z użytkownikiem czy chce dalej korzystać z ich usług! I wtedy wykupić ich pakiet a nie ze samowolnie uznają że ktoś chce korzystać z ich usług i naliczają kwotę do zapłaty i to na cały rok (...);”

- „(...) Natknąłem się na stronę Pobieraczek.pl – zupełnie przypadkowo, owszem było darmowe korzystanie 10-dniowe, dalej już zupełnie nie korzystałem nie wchodziłem na tą stronę – a teraz przychodzą mi wnioski do zapłaty kwoty. (...);”

- (...) Zarejestrowałam się na stronie Pobieraczek.pl ponieważ pisało że jest 10 dni za darmo pobierania... Teraz przyszedł mi mail że mam zapłacić prawie 95 zł.(...);”

- „(...) Mam problem dostałam od strony obieraczek.pl e-maila że muszę zapłacić za korzystanie z niego choć pisało że jest za darmo (...);”

- „(...) Jakiś czas temu zarejestrowałem się w portalu pobieraczka i podjąłem próbę wykorzystania okresu próbnego 10 dniowego (...);”

- „(...) niedawno zarejestrowałam się na stronie pobieraczek.pl gdzie 10 dni miała pobierać ZA DARMO filmy i pliki, jak się teraz okazało portal pobieraczek.pl żąda ode mnie wpłacenia kwoty 94,80 na ich konto (...)”;
- „(...) Otóż miesiąc temu zarejestrowałam się do www serwisu, który obiecywał darmowe pobieranie plików muzycznych ze swojej strony. Jednak przeglądając ich asortyment nie znalazłam nic, co by mnie zainteresowało, dlatego wylogowałam się nic nie pobierając i zapomniałam o sprawie.(...)”;
- (...) Zarejestrowałam się na stronie Pobieraczek.pl z myślą, żeby zobaczyć, co to jest, a nie zawierać żadnej umowy. Zostałam wprowadzony w błąd przekazem reklamowym, gdzie było napisane, że testuj 10 dni za darmo. (...)”;
- (...) Zarejestrowałam się na stronie która miała być przez 10 dni darmowa. Po rejestracji nic nie ściągnęłam z niej gdyż przeczytałam poniżej tego co chciałam ściągnąć (ktoś napisał) że jest to płatne pobieranie. Więc opuściłam stronę i nie wchodziłam tam już w ogóle. Któregoś dnia patrzę ...w sumie to było chyba 17 dni później (nie miałam dostępu do Internetu przez ten czas) na poczcie pojawiło mi się wezwanie do zapłaty z groźbami.(...)”;
- „Firma Eller Service swoją agresywną i podstępą reklamą na stronie internetowej „Pobieraczek.pl zachęca do darmowego pobierania plików i testowania jej usługi przez okres 10 dni. Aby skorzystać z tej oferty w dniu 23.12.2009r., zarejestrowałam się przez podanie swoich danych osobowych i kliknięcie na plik, że zapoznałam się z regulaminem.”;
- „Oferta portalu zachęca do korzystania pobierania za darmo filmów, gier muzyki i innych na okres 10 dni. A okazuje się aby skorzystać z bezpłatnego testowania trzeba wypełnić formularz ze swoimi danymi.”;
- „W dniu 17.01.2010 r. zarejestrowałam się na stronie www.pobieraczek.pl. Na tej stronie znalazłem informację, że mam 10 dni próbnych, w czasie których mogę przetestować działanie usługi pobierania danych.”

(dowód: skargi: Beaty Prokop: k. 60, Barbary Jermak: k. 125-126, Karoliny Kozłowskiej: k. 132, Bartłomieja Baranowskiego: k. 304, Wioletty Biernackiej: k. 148, Mariana Niemca: k. 313, Pawła Sali: k. 547 oraz - lola30@op.pl z dnia 13.08.2009r.: k. 155, pawel palicki z dnia 12.08.2009r: k. 156, Marka Szczudłek z dnia 11.08.2009r.: k. 157, jorge83@interia.pl z dnia 11.08.2009r.: k. 158, Mirosława Łuczyńskiego z dnia 10.08.2009r.: k. 160, prywatny141@wp.pl z dnia 16.08.2009r. k. 162, Karoliny Szyroczyńskiej z dnia 14.08.2009r.: k. 164, focusx@o2.pl z dnia 24.08.2009r.: k. 211, aneta_hah@o2.pl z dnia 21.08.2009r.: k. 212, pasternak.ma@interia.pl z dnia 19.08.2009r.: k. 213, gofer48@wp.pl z dnia 2.09.2009r.: k. 215-216, Justyny Ignaciuk z dnia 7.09.2009r.: k. 222 - - akta sprawy o sygn. RWR 403-20/09/ZK),

W okresie od dnia 17 marca 2009 roku do dnia 3 lutego 2010 roku Wspólnicy Eller Service s.c., w ramach serwisu Pobieraczek.pl zawarli umowy z 43037 konsumentami. Przychody ze sprzedaży towarów i usług spółki cywilnej Eller Service Iwona Kwiatkowska, Rafał Peisert wyniosły w okresie od 01.01.2009r. do 31.12.2009 r. (...) zł. Zarówno Rafał Peisert jak i Iwona Kwiatkowska będąc współnikami ww. spółki cywilnej osiągnęli w 2009 roku przychód po (...) zł każdy. Jednocześnie dochód uzyskany z prowadzonej działalności wyniósł (...) zł, co stanowi (...) zł na każdego ze Wspólników.

(dowód: oświadczenie Rafała Peisert: k. 375, oświadczenie Iwony Kwiatkowskiej: k. 374, bilans z księgi: k. 373, oświadczenie Rafała Peiserta z dnia 03.02.2010r.: k. 372)

II. Mając na uwadze zebrany materiał dowodowy, Prezes Urzędu zważył, co następuje:

1. Zagrożenie interesu publicznoprawnego.

Podstawą do rozstrzygnięcia sprawy w oparciu o przepisy ustawy o ochronie (...) jest uprzednie zbadanie przez Prezesa Urzędu, czy w danej sprawie zagrożony został interes publicznoprawny. Stwierdzenie, że to nastąpiło, pozwala na realizację celu tej ustawy, wskazanego w art. 1 ust. 1, którym jest określenie warunków rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznoprawnym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Zdaniem Prezesa Urzędu rozpatrywana sprawa ma charakter publicznoprawny, albowiem wiąże się z ochroną interesu wszystkich konsumentów, którzy są lub będą klientami Eller Service s.c. Interes publicznoprawny przejawia się także w postaci zbiorowego interesu konsumentów. Innymi słowy - naruszenie zbiorowego interesu konsumentów jest jednocześnie naruszeniem interesu publicznoprawnego. Zatem uzasadnione było w niniejszej sprawie podjęcie przez Prezesa Urzędu działań przewidzianych w ustawie o ochronie (...).

2. Rozstrzygnięcie zawarte w punkcie I.1 sentencji niniejszej decyzji.

Przesłanki naruszenia art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Art. 24 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, że zakazane jest stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Z kolei art. 24 ust. 2 wskazuje, iż „przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działanie przedsiębiorcy”. Zbiorowe interesy konsumentów podlegają zatem ochronie przed działaniami przedsiębiorców, które są sprzeczne z prawem, tj. przepisami określonych aktów prawnych oraz zasadami współzycia społecznego i dobrymi obyczajami. Powołany art. 24 ust. 2 zawiera przykładowe wyliczenie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, zaliczając do nich m.in. w punkcie 3 nieuczciwe praktyki rynkowe.

Do stwierdzenia zatem praktyki z art. 24 ust 1 i 2 pkt 3 ustawy o ochronie (...) konieczne jest wykazanie, że spełnione zostały łącznie następujące przesłanki:

- a) bezprawność działań przedsiębiorcy, polegająca na stosowaniu nieuczciwych praktyk rynkowych;
- b) godzenie tymi działaniami w zbiorowy interes konsumentów.

Ad. a.

Zarzut naruszenia art. 4 ust. 1 i 2 w zw. z art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 roku o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U. Nr. 171, poz. 1206) a tym samym naruszenia art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez stosowanie reklamy wprowadzającej konsumentów w błąd co do bezpłatności świadczonych usług w okresie 10 dni od dnia zawarcia umowy oraz co do okresu, na jaki umowa zostaje zawarta.

Bezprawność tradycyjnie ujmowana jest jako sprzeczność z obowiązującym porządkiem prawnym. Porządek prawny obejmuje normy prawa powszechnie obowiązującego, a także nakazy i zakazy wynikające z zasad współzycia społecznego i dobrych obyczajów. Bezprawność jest kategorią obiektywną. Rozważenia przy ocenie bezprawności wymaga zatem kwestia, czy zachowanie przedsiębiorcy było zgodne, czy też niezgodne z obowiązującymi zasadami porządku

prawnego. Dla stwierdzenia bezprawności działania przedsiębiorcy bez znaczenia pozostaje strona podmiotowa czynu, a zatem wina sprawcy (w znaczeniu subiektywnym, oznaczającym wadliwość procesu decyzyjnego sprawcy) i stopień tej winy (umyślność bądź nieumyślność), a także świadomość istnienia naruszonych norm prawnych. Jako zachowania przedsiębiorcy, które stanowią praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, ustawodawca wskazuje w szczególności nieuczciwe praktyki rynkowe (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie (...)). Oznacza to, że jeśli mamy do czynienia z nieuczciwą praktyką rynkową w rozumieniu ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, która jednocześnie narusza zbiorowe interesy konsumentów, takie działanie w świetle prawa może zostać uznane się za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów. W związku z powyższym, przedmiotem rozstrzygnięcia Prezesa UOKiK stało się zważenie, czy w omawianym stanie faktycznym przedsiębiorca stosował nieuczciwą praktykę rynkową, a następnie, czy przedmiotowa praktyka mogła godzić w zbiorowe interesy konsumentów.

Zgodnie z art. 4 ust. 1 uopnpr, stosowana przez przedsiębiorcę praktyka rynkowa jest nieuczciwa, jeżeli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy, w trakcie jej zawierania lub po zawarciu. Przedmiotowy przepis stanowi klauzulę generalną, która na okoliczność stosowania danej praktyki podlega stosownej konkretyzacji. Jednocześnie, uopnpr dokonuje podziału praktyk rynkowych na wprowadzające w błąd oraz agresywne praktyki rynkowe (art. 4 ust. 2). Praktyki rynkowe wprowadzające w błąd mogą przybrać postać czynną i bierną, tj. polegać na działaniu (art. 5) lub zaniechaniu (art. 6) wprowadzającym w błąd. Wyżej wymienione praktyki nie stanowią jednak praktyk zakazanych w każdych okolicznościach (art. 7). Oznacza to, iż by wykazać, że dany przedsiębiorca je stosuje należy odnieść się zarówno do definicji praktyki wprowadzającej w błąd (art. 5 ust. 1 lub art. 6 ust. 1 uopnpr), jak i do ogólnej definicji nieuczciwej praktyki rynkowej z art. 4 ust. 1 uopnpr.

Przed wszystkim w celu wykazania, iż Iwona Kwiatkowska i Rafał Peisert stosowali nieuczciwą praktykę rynkową konieczne jest uznanie, iż zarzucane im zachowanie mieści się w pojęciu praktyki rynkowej, o której mowa w art. 4 ust. 1 uopnpr. Definicję praktyki rynkowej podaje 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.

Jak wynika z ustalonego w sprawie stanu faktycznego, ww. przedsiębiorcy, informację o oferowanych w ramach prowadzonej działalności gospodarczej usługach rozpowszechniali za pomocą grafik komputerowych w sieciach reklamowych Google Adwards (adwards.google.com), Onet Boksy (boksy.onet.pl), Adkontekst (adkontekst.pl), oraz Boksy reklamowe Wp.pl (biznes.szukaj.wp.pl/boksy.html) w formie tekstu „Ściągnij szybko i legalnie. Wypróbuj za darmo – filmy, muzyka, gry i programy zupełnie legalnie! www.pobieraczek.pl”. Ponadto posługiwali się oni także 17 grafikami komputerowymi, które na zróżnicowanym tle graficznym przedstawiającym postacie z gier komputerowych, osoby słuchające muzyki, symbole odnoszące się tematycznie do plików, do których dostęp zapewnia serwer, takich jak muzyka, filmy, gry, programy czy obrazki, posiadały również część tekstową o treści: „Bezpiecznie i bez ograniczeń”, „Nowa generacja pobierania!”, „W pełni anonimowe pobieranie”, „Szybko i

legalnie”, „Znakomita jakość” „Pobierz OD RAZU!” „Bezpiecznie i szybko”, „Maksymalna prędkość”, „Ogromny wybór”, „Ściągaj muzykę od zaraz!”, „Ściąganie filmów!”, „Pobieranie GIER z pobieraczek.pl”. Poza powyższą treścią na ww. grafikach reklamowych znajdują się także napisy o treści: „10 dni za darmo!” – pojawiające się 8rotnie, „Wypróbuj za darmo!” – pojawiające się 6rotnie, „Wypróbuj teraz” – pojawiające się jednokrotnie oraz „1 GB za darmo” – pojawiające się 3rotnie. Ponadto na stronie głównej serwisu prowadzonego przez Spółkę, jak i na wszystkich jego zakładkach widnieje (w ich górnej części), baner reklamowy, na którym zamieszczono następujące treści: „10 DNI POBIERANIA ZA DARMO !” - wypisane dużą czcionką w centralnym jego miejscu, „10 dni za darmo” – wypisane mniejszą czcionką i umiejscowione w górnym lewym rogu oraz taką samą czcionką treść „Doznaj rozkoszy najszybszego pobierania. Ogromne zasoby filmów, gier, programów, muzyki oraz treści erotycznych czekają na Ciebie” znajdujący się pod głównym hasłem. Nadto na stronie serwisu znajdującej się pod zakładką „Jak to działa?” znajduje się reklama zatytułowana „OFERTA SPECJALNA” przedstawiająca obraz graficzny raka oraz zawierająca następującą treść: TYLKO TERAZ ! 10 DNI TESTU ZA DARMO SPRAWDŹ NAS”.

Wskazać należy, iż ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym nie zawiera w swej treści definicji reklamy. Zdaniem Prezesa Urzędu za miarodajną w tym zakresie przyjąć można definicję reklamy ujętą w art. 4 pkt 6 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 roku o radiofonii i telewizji (Dz.U. z 2004 Nr 253, poz. 2531 ze zm.), zgodnie z którą, reklamą jest każdy przekaz, nie pochodzący od nadawcy, zmierzający do promocji sprzedaży albo innych form korzystania z towarów lub usług, popierania określonych spraw lub idei albo osiągnięcia innego efektu pożądanego przez reklamodawcę, nadawany za opłatą lub inną formą wynagrodzenia. Można wyróżnić trzy podstawowe cechy reklamy: ma to być informacja o określonym towarze lub usłudze, informacja ma mieć charakter perswazyjny, nie jest istotne jakimi działaniami, czy przez jakie nośniki, cele te są osiąganego przez reklamodawcę. Wskazuje się również na następujące formuły określające cele (zadania) komunikatu reklamowego: przyciągnięcie uwagi, wzbudzenie zainteresowania oraz skłonienie do działania. Zadaniem reklamy jest zatem przede wszystkim zwrócenie uwagi na określone towary i skuteczne sterowanie decyzjami zakupowymi klientów. Także orzecznictwo wypracowało swoją definicję reklamy wskazując, iż „reklamą jest każda wypowiedź skierowana do potencjalnych konsumentów odnosząca się do towarów, usług, a także przedsiębiorcy oferującego towary lub usługę, mająca na celu zachęcenie i skłonienie adresatów do nabywania towarów lub korzystania z usług” (wyrok SN z 26 stycznia 2006r., V CSK 83/05, wyrok SN z dnia 6 grudnia 2007 r., III SK 20/07). Z pewnością, wyżej przytoczone komunikaty używane przez Wspólników są reklamą usług przez nich świadczonych, gdyż wskazując na cechy, które mają wyróżnić oferowany przez nich produkt („Ściągaj szybko i legalnie” „Bezpiecznie i bez ograniczeń”, „Ogromny wybór”, „Wypróbuj za darmo!”, „10 DNI POBIERANIA ZA DARMO !”) zmierzają do zachęcenia adresatów do skorzystania z usług oferowanych za pośrednictwem portalu internetowego www.pobieraczek.pl. Tym samym uznać należy, iż Wspólnicy rozpowszechniając ww. komunikaty w sieci Internet stosowali reklamę swoich usług a zatem ich zachowanie może być zakwalifikowane jako praktyka rynkowa w rozumieniu ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym.

Zgodnie z art. 5 ust. 1 uopnpr, za praktykę rynkową uznaje się 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. W niniejszej sprawie koniecznym stało się zatem rozważenie, czy stosowanie przez Wspólników reklamy

świadczonych usług mogło wprowadzać przeciętnego konsumenta w błąd, co do bezpłatności świadczonych usług w okresie 10 dni od dnia zawarcia umowy oraz co do okresu, na jaki umowa zostaje zawarta, tj. mogło powodować przez niego podjęcie decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął. Wskazać przy tym należy, iż po myśli art. 2 pkt 7 uopnpr przez decyzję dotyczącą umowy rozumieć należy podejmowaną przez konsumenta decyzję, co do tego, czy, w jaki sposób i na jakich warunkach dokona zakupu, zapłaci za produkt w całości lub części, 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. Ponadto, zgodnie z art. 4 ust. 1 uopnpr, zniekształcenie lub możliwość zniekształcenia zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta działającego pod wpływem nieuczciwej praktyki rynkowej może dotyczyć etapu przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu. Działanie polegające na wprowadzeniu w błąd jako rodzaj nieuczciwej praktyki rynkowej nie musi zatem finalnie prowadzić do dokonania przez konsumenta czynności prawnej, której, gdyby nie działał pod wpływem błędu by nie podjął. Decyzja dotycząca umowy, którą posługuje się uopnpr ma bowiem szerszy zakres niż instytucja błędu uregulowana w art. 84 i n. k.c. Oznacza to, iż elementem konstrukcyjnym decyzji konsumenta nie należy czynić samego faktu jej dokonania. Prawnie relewantna będzie zatem taka praktyka rynkowa, 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.

Przedmiotem zarzutów w niniejszym postępowaniu uczynił Prezes Urzędu treść haseł reklamowych dotyczących świadczenia przez Wspólników spółki cywilnej Eller Service usług elektronicznych polegających na umożliwieniu konsumentom dostępu do serwerów Usenet w zakresie koniecznym do obsługi wiadomości, z wykorzystaniem sieci komputerowych, w szczególności sieci Internet, do transferu wiadomości zorganizowanych w grupy tematyczne. W ocenie Prezesa Urzędu, działanie przedsiębiorcy który reklamuje możliwość testowania swoich usług bezpłatnie przez okres 10 dni, podczas gdy w istocie poprzez rejestrację na stronie www.pobieraczek.pl konsument zawiera umowę płatną na okres 12 miesięcy stanowi nieuczciwą praktykę rynkową wprowadzającą w błąd. Na podstawie treści reklam internetowych konsumenci mogli podjąć, a jak wskazuje zgromadzony w sprawie materiał dowodowy podejmują decyzje dotyczącą zawarcia umowy, których inaczej by nie podjęli, to jest zawierają umowy o świadczenie usług elektronicznych przyjmując, iż jest to umowa bezpłatna zawierana na okres 10 dni.

Potwierdzenie powyższych twierdzeń Prezesa Urzędu przynoszą przede wszystkim elementy omawianej kampanii w postaci treści poszczególnych reklam.

Przy analizie reklamy należy wziąć pod uwagę wszystkie czynniki, które mogą kształtować jej odbiór przez przeciętnego konsumenta, a więc przede wszystkim komunikat, który ich autor/zleceniodawca chce przekazać konsumentowi.

Wszystkie reklamy stosowane przez Wspólników były reklamami internetowymi posiadającymi postać grafik reklamowych zamieszczanych w internetowych sieciach reklamowych. Ponadto jedna z tych reklam w postaci baneru reklamowego zamieszczona jest na stronie głównej portalu internetowego www.pobieraczek.pl oraz w jego zakładce pod nazwą „Jak to działa?”. Treść wszystkich reklam stosowanych przez Wspólników zawierała wyraźne odniesienie do jakości świadczonych usług a to poprzez używanie haseł: „ogromny wybór, 100% anonimowo, maksymalna prędkość, bezpiecznie i bez ograniczeń, bezpiecznie i szybko”.

Jednocześnie reklamy te eksponowały również treści nie odnoszące się bezpośrednio do jakości świadczonych usług lecz wskazujące na szczególne warunki ich świadczenia. Tak bowiem w treści reklam znajdowały się hasła „10 dni za darmo!”, „Wypróbuj za darmo!”, „Wypróbuj teraz!”, „10 dni pobierania za darmo”. Powyższe hasła reklamowe miały na celu zachęcenie adresatów reklamy do skorzystania z usług oferowanych za pośrednictwem portalu pobieraczek.pl (adres internetowy strony znajduje się na grafikach reklamowych), które to korzystanie w okresie 10 dni miało być bezpłatne. Zgodnie z definicją podaną w Małym Słowniku Języka Polskiego (Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1994, s. 119) darmo oznacza bezpłatnie, bez jakichkolwiek zobowiązań, za nic. Ten darmowy charakter świadczonych usług jest nadto wzmocniony w treści reklam poprzez akcentowanie niezobowiązującego charakteru decyzji konsumentów, co do korzystania z usług oferowanych przez Wspólników. Tak bowiem poprzez użycie zwrotów „Wypróbuj za darmo!” lub też „Wypróbuj teraz!” przedsiębiorcy zachęcają do skorzystania z oferowanych przez siebie usług jedynie na próbę, to jest jedynie w celu sprawdzenia wartości, jakości, przydatności oferowanych usług. Wskazać również należy, iż takie warunki świadczenia usług przez Wspólników są eksponowane nie tylko na grafikach reklamowych zamieszczanych w sieciach reklamowych ale przede wszystkim na stronie głównej serwisu, służącej do zawierania umowy online, gdzie zamieszczony jest w jej górnej części baner reklamowy na którym mieszczą się następujące hasła: „10 DNI POBIERANIA ZA DARMO !” - wypisane dużą czcionką w centralnym jego miejscu, „10 dni za darmo” – wypisane mniejszą czcionką i umiejscowione w górnym lewym rogu oraz taką samą czcionką hasło „Doznaj rozkoszy najszybszego pobierania. Ogromne zasoby filmów, gier, programów, muzyki oraz treści erotycznych czekają na Ciebie” znajdujący się pod głównym hasłem. Tym samym potwierdzenie przekazu reklamowego znajdowanego przez konsumentów na innych stronach www dokonuje się poprzez przedstawienie tożsamy treści reklamowych na stronie bezpośrednio służącej zawieraniu umów z przedsiębiorcami.

Podsumowując, stwierdzić należy, iż komunikaty reklamowe, którymi posługują się Wspólnicy Eller Service s.c. tworzą jednoznaczny przekaz. Zdaniem Prezesa Urzędu sprowadza się on do zachęcenia konsumentów do korzystania z usług oferowanych za pomocą serwisu pobieraczek.pl przez okres 10 dni za darmo i na próbę. Na taki przekaz stosowanej reklamy wskazuje w piśmie przedłożonym w toku postępowania administracyjnego sam pełnomocnik przedsiębiorców, gdy twierdzi, że na stronie internetowej uwidoczniono możliwość korzystania przez konsumentów z usług oferowanych za pośrednictwem serwisu przez 10 dni od dnia rejestracji za darmo. Taki przekaz docierał też do jego odbiorców, co wynika z treści nadsyłanych w toku niniejszego postępowania skarg konsumenckich. Skarżący wskazywali, iż:

„ W dniu 16 września 2009r. surfowałam po Internecie i wyświetliła mi się reklama portalu HYPERLINK <http://www.pobieraczek.pl> / zachęcająca do darmowego pobierania przez 10 dni plików z ich strony.”

„Mój 15 letni syn (...) zarejestrował się na stronie pobieraczek.pl 31.08.2009r. Strona kusi informacją o darmowym pobieraniu plików przez 10 dni.”

„Wskazuję ,że w chwili składania oświadczenia woli w kwestii korzystania z Państwa usług działałam pod wpływem błędu co do treści czynności prawnej, albowiem zgodnie z Państwa zapewnieniem wynikającym z treści komunikatu reklamowego korzystanie z usług było bezpłatne przez okres 10-ciu dni i nie oznaczało automatycznego zawarcia umowy zobowiązującej do opłat.”

„Oferta portalu zachęca do korzystania pobierania za darmo filmów, gier, muzyki i innych na okres 10 dni.”

„Dnia 14.10.2009r. zalogowałam się na w/w portalu, w celu sprawdzenia strony i skorzystania z

10 darmowych dni ściągnięcia za darmo (tak jak zachęcała reklama internetowa).”

Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym posługuje się pojęciem przeciętnego konsumenta. To w odniesieniu do niego powinna być dokonywana ocena każdej praktyki rynkowej, w tym praktyki polegającej na działaniu wprowadzającym w błąd. Będące przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia zachowanie Wspólników powinno być zatem oceniane z perspektywy przeciętnego konsumenta. Dlatego zasadnym jest postawienie następującego pytania – czy przeciętny konsument mógł zostać wprowadzony w błąd poprzez omawianą kampanię reklamową, tzn. czy mógł na podstawie przedstawianych w niej informacji powziąć błędne przekonanie o warunkach świadczenia usług przez Wspólników oferowanych za pośrednictwem portalu internetowego pobieraczek.pl. i na tej podstawie wyrazić zainteresowanie ofertą przedsiębiorców. Dla udzielenia odpowiedzi na tak postawione pytanie niezbędne staje się przeanalizowanie definicji przeciętnego konsumenta w oparciu o przepisy ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym z uwzględnieniem orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości oraz polskich sądów i jego skonkretyzowanie w okolicznościach niniejszej sprawy.

Zgodnie z treścią art. 2 pkt 8 uopnpr 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 Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, zgodnie z którym jest to osoba dostatecznie dobrze poinformowana, uważna i ostrożna. Taki konsument posiada określony zasób informacji o otaczającej go 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. Wskazać jednocześnie należy, iż orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wskazuje na konieczność odniesienia powyższych cech przeciętnego konsumenta do produktu, do którego odnosi się dana praktyka rynkowa (wyrok ETS z dnia 22 czerwca 1999r., C-342/97, wyrok ETS w sprawie Gurt Springenheide i Tusky C-210/96). Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał m.in., iż charakter odróżniający znak towarowy należy oceniać w odniesieniu do przypuszczalnego sposobu postrzegania go przez właściwie poinformowanego oraz dostatecznie uważnego i rozsądnego przeciętnego konsumenta danej kategorii towarów i usług (wyrok ETS z dnia 7 lipca 2005 r., C-353/03). Taki pogląd znalazł również uznanie w orzecznictwie polskich sądów. Tak np. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 grudnia 2003 roku 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 (wyrok z dnia 3 grudnia 2003r. sygn. akt I CK 358/02). Podobnie, w wyroku z dnia 6 grudnia 2007 roku 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 online, co odróżnia ich od osób należących do kręgu przeciętnych konsumentów (sygn. akt VI ACa 842/07).

Odnosząc powyższe rozważania do sytuacji zaistniałej w niniejszej sprawie podnieść należy, iż zarówno charakter usług świadczonych przez Wspólników za pośrednictwem portalu pobieraczek.pl jak i treść prowadzonej kampanii reklamowej wskazuje na fakt, iż produkt

oferowany przez przedsiębiorców nie jest kierowany do jakiejś określonej, dającej się wyodrębnić grupy konsumentów. Usługa dostępu do serwerów Usenet, polegająca w rzeczywistości na umożliwieniu danemu konsumentowi dostępu do zasobów zgromadzonych na serwerach zewnętrznych, jest skierowana do ogółu odbiorców, których jedynym wyróżnikiem jest posiadanie technicznych możliwości realizacji usługi (dostęp do sieci Internet). Prowadzona kampania reklamowa wskazywała na różnorodność udostępnianych za pośrednictwem portalu informacji, to jest możliwości „ściągnięcia” zarówno filmów, muzyki ale również gier – co do zasady przeznaczonych dla młodszych konsumentów a z drugiej strony treści erotycznych. Zdaniem Prezesa Urzędu adresatem reklam portalu pobieraczek.pl jest ogół ludności. Konsument korzystający z usług oferowanych przez Wspólników jest konsumentem przeciętnym, od którego nie można wymagać jakiejś dodatkowej, szczególnej ostrożności. Prezes Urzędu nie podziela stanowiska przedsiębiorcy, który w toku postępowania wskazał, iż od adresata stosowanych przez niego reklam, jako nabywcy usługi telekomunikacyjnej przeznaczonej do użytku w dłuższym okresie wymagany jest większy namysł i rozeznanie. Podnieść bowiem należy, iż zdaniem Prezesa Urzędu reklama stosowana przez Wspólników wprowadza jej adresatów w błąd przede wszystkim co do okresu, na który zawierają oni umowę. Zgodnie bowiem z treścią komunikatów reklamowych przedsiębiorcy zachęcają do korzystania z usług przez 10 dni za darmo. Wskazać również trzeba, iż korzystanie z sieci Internet nie wymaga obecnie od konsumentów szczególnych kwalifikacji, jest to umiejętność rozpowszechniona. Liczba użytkowników indywidualnych według stanu na dzień 31 marca 2005 roku korzystających z Internetu wynosiła już 1 494 000.¹ Jednocześnie w 2009 roku już 64,9% gospodarstw domowych deklaroowało posiadanie komputera, z czego 89,1% gospodarstw domowych posiadających komputer posiada dostęp do sieci Internet. Większość Polaków korzystała z sieci Internet w ciągu ostatniego miesiąca (59,8%), a z tych osób aż 70,4% korzysta z sieci codziennie.² Korzystanie z Internetu odbywa się w dużej mierze celem właśnie „ściągnięcia” plików tematycznych: filmów, piosenek itp. Podkreślić przy tym trzeba, iż takich transferów dokonuje się zazwyczaj za darmo. Tym samym, zdaniem Prezesa Urzędu tak określony przeciętny konsument, znający zasady korzystania z sieci Internet, będący w stanie podejmować racjonalną decyzję, co do nabycia produktu na podstawie omawianych treści reklamowych powinien i może się spodziewać, że zawierając umowę z właścicielem serwisu pobieraczek.pl uzyska bezpłatną 10 dniową usługę. I w tym zakresie jest wprowadzany w błąd. Tak bowiem zgodnie z postanowieniami Regulaminu regulującego świadczenie usług za pośrednictwem strony pobieraczek.pl z rejestracją na stronie internetowej wiąże się zawarcie przez konsumenta umowy na czas określony. Zgodnie z Załącznikiem nr 2 „Cennik” Spółka umożliwia zawarcie umowy o świadczenie Usługi Usenet w następujących pakietach cenowych:

1. Pobieraczek5 - Limit 5 GB transferu miesięcznie, okres trwania umowy - 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy – 7,90 PLN (słownie siedem złotych dziewięćdziesiąt groszy) brutto miesięcznie, opłata pobierana jednorazowo za okres trwania umowy po jej zawarciu
2. Pobieraczek10 - Limit 10GB transferu miesięcznie, okres trwania umowy 9 miesięcy od dnia zawarcia umowy – 9,90 PLN (słownie dziewięć złotych dziewięćdziesiąt groszy)

¹ Źródło: Raport Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów „Detaliczny rynek usług szerokopasmowego dostępu do Internetu”

² Źródło: http://www.uke.gov.pl/_gAllery/25/89/25897/Rynek_telekomunikacyjny_w_Polsce_2009_KI.pdf

brutto miesięcznie, opłata pobierana jednorazowo za okres trwania umowy po jej zawarciu

3. Pobieraczek20 - Limit 20GB. transferu miesięcznie, okres trwania umowy 3 miesiące od dnia zawarcia umowy – 19,90 PLN (słownie dziewiętnaście złotych dziewięćdziesiąt groszy) brutto miesięcznie, opłata pobierana jednorazowo za okres trwania umowy po jej zawarciu.

Tym samym najkrótszym okresem, na jaki zawierana jest pomiędzy przedsiębiorcami a konsumentem umowa jest okres 3 miesiące, najdłuższym zaś okres jednego roku. Dodać należy, iż po myśli § 3 ust. 2 Regulaminu zawarcie umowy następuje przy domyślnym wyborze pakietu Pobieraczek5 a w procesie rejestracji na stronie www.pobieraczek.pl brak jest możliwości określenia pakietu cenowego, według którego umowa miałaby zostać zawarta. Powoduje to, iż co do zasady z rejestracją konsumenta na stronie www.pobieraczek.pl związane jest zawarcie przez niego umowy z przedsiębiorcą na okres 12 miesięcy. Datą, od której liczy się zawarcie umowy jest dzień rejestracji przez konsumenta odpowiednich danych na stronie www.pobieraczek.pl a opłata za świadczone usługi liczona jest za cały okres trwania umowy.

Podsumowując, wbrew treści przekazu reklamowego konsument każdorazowo zawiera ze Wspólnikami umowę na czas określony – najkrócej 3 miesiące i jest to zawsze umowa odpłatna, przy czym opłata jednorazowa, płatna z góry, liczona jest także za okres pierwszych 10 dni trwania umowy. Istnieje zatem rozbieżność pomiędzy przekazem wynikającym z reklam stosowanych przez Wspólników Eller Service s.c. a warunkami umowy zawieranej pomiędzy konsumentem a przedsiębiorcami i w tym też zakresie, zdaniem Prezesa Urzędu przejawia się nieuczciwa praktyk rynkowa wprowadzająca konsumentów w błąd. Idąc bowiem za K. Grzybczykiem podać należy, iż podstawową przesłanką, która pozwala mówić o wprowadzeniu w błąd, jest sytuacja, w której reklama wywołała u nabywcy niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy przeświadczenie i wyobrażenie o produkcie lub usłudze. Za drugą przesłankę przyjmuje się możliwość takiego oddziaływania reklamy na klienta, który wpływa na jego decyzję o zakupie (K.Grzybczyk, „Prawo reklamy” Zakamycze 2004 r., s. 58).

Nie sposób się przy tym zgodzić ze stanowiskiem przedsiębiorcy prezentowanym w toku postępowania, iż omawiane reklamy miały na celu wyeksponowanie cechy oferowanej usługi, która stanowiłaby jej atut i w sposób szczególny wyróżniałaby ją spośród innych, dostępnych na rynku usług. Ta argumentacja przedsiębiorców opiera się bowiem na uznaniu, iż za wyróżniającą oferowaną przez nich usługę uznać należy możliwość korzystania przez konsumentów z oferowanych usług przez pierwszych 10 dni od dnia rejestracji za darmo.

Po pierwsze bowiem, jak wskazano już powyżej, okres pierwszych 10 dni od dnia zawarcia umowy (dokonania rejestracji) nie jest okresem darmowym. Opłata, za korzystanie z usług serwisu jest skalkulowana za cały okres umowy, który jak określili sami przedsiębiorcy rozpoczyna się w dniu rejestracji na stronie www. Okoliczność ta znajduje potwierdzenie w wiadomościach wysyłanych do konsumentów pn. „**Wiadomość wysyłana po zakończeniu okresu próbnego**” oraz „**Wiadomość wysyłana w przypadku braku wpłaty w terminie 7 dni od zakończenia okresu Próbnego**”, gdzie przedsiębiorcy wzywają do zapłaty należności z tytułu zawartej umowy określając jej początek na dzień rejestracji danych w serwisie. Jednocześnie Wspólnicy wskazują w „Cenniku”, iż na opłatę jednorazową za korzystanie z usług składają się opłaty skalkulowane za każdy miesiąc korzystania z usługi, przy czym nie ma rozróżnienia w wysokości opłaty za pierwszy i następne miesiące trwania umowy. Jeśli zatem pierwsze 10 dni korzystania z usługi oferowanej przez wspólników odbywałoby się za darmo, znalazłoby to

odzwierciedlenie w obniżonej opłacie miesięcznej.

Po drugie przedsiębiorcy nie wprowadzili do swojej oferty szczególnej korzyści, wyróżniającej jej od podobnych usług oferowanych na rynku. W rzeczywistości bowiem 10 dniowy termin darmowego próbnego korzystania z usług oferowanych za pomocą serwisu Wspólnicy utożsamiają z 10 dniowym terminem zastrzeżonym w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 2 marca 2000 roku o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny (DZ.U. Nr 22, poz. 271 ze zm.) do odstąpienia przez konsumenta od umowy zawartej na odległość. Takie uprawnienie przysługuje każdemu konsumentowi w każdym przypadku zawierania przez niego umowy na odległość, a zatem także w przypadku zawierania umowy online i nie jest uprawnieniem „danym” przez przedsiębiorcę. Na marginesie wskazać jedynie można, iż taka interpretacja reklamy stosowanej przez Wspólników zmierzałaby do uznania, iż przedsiębiorcy twierdzą, że cechą wyróżniającą ich ofertę są uprawnienia przysługujące konsumentom z mocy prawa, co jest także nieuczciwą praktyką rynkową opisaną w art. 7 pkt 10 uopnpr.

Działanie polegające na wprowadzeniu w błąd jako rodzaj nieuczciwej praktyk rynkowej, jak już zostało podniesione w niniejszej decyzji, nie musi finalnie doprowadzić do dokonania przez przeciętnego konsumenta czynności prawnej, której gdyby nie działał pod wpływem błędu, by nie podjął. Decyzja dotycząca umowy, którą posługuje się uoppr ma bowiem szerszy zakres niż instytucja uregulowana w art. 84 i n. k.c., ponadto przy jej interpretacji należy odpowiednio stosować reguły dotyczące reklamy wprowadzającej w błąd i wypracowane już w tym przedmiocie orzecznictwo na podstawie ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 153 ze zm.).

Decyzja dotycząca umowy w omawianym stanie faktycznym będzie sprowadzać się do sytuacji, w której konsument pod wpływem stosowanej reklamy zainteresuje się ofertą korzystania z usług za pośrednictwem strony www.pobieraczek.pl i ewentualnie zawrze umowę o świadczenie usług. Wśród elementów konstrukcyjnych decyzji dotyczącej umowy wskazanych w art. 2 ust. 7 uopnpr wskazuje się podejmowaną przez konsumenta decyzję, co do tego czy i na jakich warunkach dokona on zakupu – bez względu na to, czy konsument postanowi dokonać określonej czynności, czy też powstrzyma się od jej dokonania. A zatem, z nieuczciwą praktyką rynkową w niniejszej sprawie można mówić już wtedy, gdy konsument pod wpływem przekazu zawartego w reklamach stosowanych przez Wspólników, będąc wprowadzonym w błąd zainteresował się ofertą przedsiębiorców. W podobny sposób interpretowana jest kwestia reklamy wprowadzającej w błąd – *aby dany przekaz reklamowy przez swoją wprowadzającą w błąd treść mógł podlegać negatywnej ocenie z punktu widzenia art. 16 ust 2 pkt 2 ustawy, musi posiadać zdolność kierowania wyborem dokonywanym przez klienta (...)* Nie jest przy tym konieczne rzeczywiste nabycie towaru lub usługi, omawiany przepis zakazuje bowiem prowadzenia reklamy wprowadzającej w błąd w przypadku, kiedy może ona wpłynąć na decyzję klienta. *Dokonując stosownych ocen, organ orzekający nie ma więc obowiązku ustalania faktycznych skutków rynkowych tej reklamy (E.Nowińska, M du Vall, Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Warszawa 2001, s.158).*

Mając powyższe na uwadze podkreślić jednak należy, iż ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, iż konsumenci nie tylko interesowali się ofertą fałszywie prezentowaną przez przedsiębiorców, ale działając pod wpływem błędu zawierali umowy o świadczenie usług elektronicznych. Analiza nadesłanych w toku niniejszego postępowania skarg konsumentek prowadzi do wniosku, iż konsumenci byli wprowadzani w błąd, co do

odpłatności świadczonych usług oraz czasu, na jaki zawierali oni umowę, a o rzeczywistych warunkach umowy dowiadywali się z wiadomości nadsyłanych przez przedsiębiorców zawierających wezwanie do zapłaty.

Przykłady:

- „(...) Weszłam na stronę tego serwisu przypadkiem, odczytałam ogromny komunikat o tym, iż istnieje możliwość testowania tego serwisu przez 10 dni za darmo. Przy tym promocyjnym sloganie nie znajdował się żaden odnośnik do informacji o tym że muszę w ciągu 10 dni odstąpić od umowy.(...) Czuje się oszukana przez serwis obieraczek.pl (...) Komunikat o promocji powinien być jasno podany choćby poprzez podanie małym drukiem, pod wielkim komunikatem ze 10 dniowe testowanie za darmo, że akceptacja regulaminu wiąże się z zawianiem umowy praz ze należy od niej odstąpić w ciągu 10 dni.” - wiadomość od lola30@op.pl z dnia 13.08.2009r.

- „Szukam pomocy u Państwa, bo zostałem wprowadzony w błąd przez portal Pobieraczek.pl. Miał być 10-dniowy pakiet darmowy, a okazało się że teraz muszę zapłacić około 100zł i straszą mnie sądami (...)” – wiadomość od pawel palicki z dnia 12.08.2009r.

- „Dnia 23.07.2009 znalazłem w Internecie stronę Pobieracek.pl, wszedłem, zobaczyłem duży baner że ściągania plików 10 dni za darmo, no wytestuję sobie. (...). Dziś wszedłem na maila i zobaczyłem że 3dni temu dostałem maila z wezwaniem do zapłaty 94 zł. (...)” – wiadomość od Marek Szczudłek z dnia 11.08.2009r.

- (...) Pobieraczek.pl skoro oferował darmowa usługę przez 10dni to po upływie tych dni powinien skontaktować się z użytkownikiem czy chce dalej korzystać z ich usług! I wtedy wykupić ich pakiet a nie ze samowolnie uznają że ktoś chce korzystać z ich usług i naliczają kwotę do zapłaty i to na cały rok (...)” – wiadomość od jorge83@interia.pl z dnia 11.08.2009r.

- „(...) Natknąłem się na stronę Pobieraczek.pl – zupełnie przypadkowo, owszem było darmowe korzystanie 10-dniowe, dalej już zupełnie nie korzystałem nie wchodziłem na tą stronę – a teraz przychodzą mi wnioski do zapłaty kwoty. (...)” – wiadomość od Mirosław Łuczyński z dnia 10.08.2009r.

- (...) Zarejestrowałam się na stronie Pobieraczek.pl ponieważ pisało że jest 10 dni za darmo pobierania...Teraz przyszedł mi mail że mam zapłacić prawie 95 zł.(...).’ – wiadomość od prywatny141@wp.pl z dnia 16.08.2009r.

- „(...) Mam problem dostałam od strony obieraczek.pl e-maila że muszę zapłacić za korzystanie z niego choć pisało że jest za darmo (...)” – wiadomość od Karolina Szyroczyńska z dnia 14.08.2009r.

- „(...) Jakiś czas temu zarejestrowałam się w portalu pobieraczka i podjąłem próbę wykorzystania okresu próbnego 10 dniowego (...)” – wiadomość od focusx@o2.pl z dna 24.08.2009r.

- „(...) niedawno zarejestrowałam się na stronie pobieraczek.pl gdzie 10 dni miała pobierać ZA DARMO filmy i pliki, jak się teraz okazało portal pobieraczek.pl żąda ode mnie wpłacenia kwoty 94,80 na ich konto (...)” – wiadomość od aneta_hah@o2.pl z dnia 21.08.2009r.

- „(...) Otóż miesiąc temu zarejestrowałam się do www serwisu, który obiecywał darmowe pobieranie plików muzycznych ze swojej strony. Jednak przeglądając ich asortyment nie znalazłam nic, co by mnie zainteresowało, dlatego wylogowałam się nic nie pobierając i zapomniałam o sprawie.(...)” – wiadomość od pasternak.ma@interia.pl z dnia 19.08.2009r.

- (...) Zarejestrowałem się na stronie Pobieraczek.pl z myślą, żeby zobaczyć, co to jest, a nie zawierać żadnej umowy. Zostałem wprowadzony w błąd przekazem reklamowym, gdzie było napisane, że testuj 10 dni za darmo. (...)” – wiadomość od gofier48@wp.pl z dnia 2.09.2009r.

- (...) Zarejestrowałam się na stronie która miała być przez 10 dni darmowa. Po rejestracji nic nie

ściągnęłam z niej gdyż przeczytałam poniżej tego co chciałam ściągnąć (ktoś napisał) że jest to płatne pobieranie. Więc opuściłam stronę i nie wchodziłam tam już w ogóle. Któregoś dnia patrzę ...w sumie to było chyba 17 dni później (nie miałam dostępu do Internetu przez ten czas) na poczcie pojawiło mi się wezwanie do zapłaty z groźbami.(...)” – wiadomość od Justyna Ignaciuk z dnia 7.09.2009r.

Nie można się przy tym zgodzić z argumentacją Wspólników podnoszoną w toku postępowania, iż konsumenci podejmując decyzję dotyczącą umowy powinni być w pełni świadomi warunków świadczenia usług. Niezależnie bowiem od faktu, iż, jak wskazywano powyżej, już samo zainteresowanie się przez konsumenta ofertą danego przedsiębiorcy na skutek reklamy wprowadzającej w błąd może być wartościowane jako nieuczciwa praktyka rynkowa, to nie znajdują uznania Prezesa Urzędu twierdzenia, że konsumenci mogą i powinni dowiedzieć się o rzeczywistych warunkach zawieranej umowy z innych treści prezentowanych przez Wspólników. Wskazywali oni w tym zakresie na informację znajdującą się na stronie www.pobieraczek.pl w jego zakładce głównej oraz na stosowne zapisy Regulaminu świadczenia usług.

Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy, iż informacja, na którą powołują się Wspólnicy nie wskazuje wprost ani na fakt odpłatności świadczenia usług od dnia dokonania rejestracji ani nie określa wprost okresu na jaki umowa jest zawierana. Zdaniem Prezesa Urzędu nie tylko nie ma ona zdolności niejako „wyprowadzenia z błędu”, ale przeciwnie potwierdza przekaz zawarty w reklamach. Informacja ta brzmi:

„Informacja dla klientów. Podczas 10-dniowego darmowego okresu próbnego przysługuje prawo do pisemnego wypowiedzenia zamówienia (fax, email, itp.). Po upływie 10 dniowego okresu próbnego ważność umowy od 3 miesięcy i koszt od 7,90 PLN miesięcznie.”

Jej literalna wykładnia prowadzi do wniosku, iż przedsiębiorcy oferują świadczenie usług w okresie próbnym trwającym 10 dni, który jest nadto okresem bezpłatnym. Przekaz ten pokrywa się zatem z przekazem dekodowanym z reklam. Wzmacnia go wskazanie, iż dopiero po upływie tego okresu może być zawarta umowa płatna „od 3 miesięcy i koszt od 7,90 PLN miesięcznie”. W informacji tej mowa jest także o bliżej nieskonkretyzowanym „zamówieniu”, którego zdaniem Prezesa Urzędu nie sposób jest utożsamiać z dokonaniem rejestracji na stronie głównej portalu. Zamówienie to można wypowiedzieć, jednakże użycie takiego sformułowania nie może być poczytane jako wypełnienie obowiązku określonego w art. 9 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 2 marca 2000 roku o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny (Dz.U. Nr 141, poz. 1176 ze zm.) , to jest o prawie do odstąpienia od umowy zawartej na odległość, choćby z tego powodu, iż przedsiębiorca jako profesjonalista winien odróżniać instytucję odstąpienia od umowy od możliwości jej wypowiedzenia i dopełniając należytej staranności przekazać konsumentom informację rzetelną.

Wskazać ponadto należy, iż informacja ta została podana w formie „ginącej” w ogóle wiadomości, reklam i informacji handlowych znajdujących się na stronie głównej portalu. Jest ona zapisana mniejszą czcionką w kolorze czarnym, gdy tymczasem pozostałe wiadomości a przede wszystkim te posiadające charakter promujący oferowane usługi mają dodatkową szatę graficzną i kolorystyczną.

Nie można także zgodzić się z twierdzeniami Wspólników, iż o braku możliwości wprowadzenia stosowanych przez nich reklam w błąd przesądzać miałyby zamieszczenie stosownych informacji w Regulaminie świadczenia usług. Wskazać przede wszystkim należy, iż tekst Regulaminu jest dostępny jedynie poprzez „kliknięcie” linka skutkującego wyświetleniem jego treści. Już z tego powodu uznać należy, iż znajdujące się tam informacje posiadają słabszą

możliwość oddziaływania na wyobrażenie konsumenta o treści zawieranej umowy niż przekaz, z którym się bezpośrednio styka, to jest przekaz wynikający z eksponowanych reklam. Fakt zamieszczenia w Regulaminie prawdziwych informacji nie zmienia naganności praktyk opisanych w punkcie I sentencji decyzji, ponieważ ujawniają się one na innym etapie kontraktowania – etapie przedkontraktowym.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, iż biorąc pod uwagę sposób prezentacji produktu, którego dotyczy zarzucana przedsiębiorcom praktyka rynkowa (art. 4 ust. 5 uopnpr), nie ma podstaw do twierdzenia aby podważał on zasadność stwierdzenia, iż reklama stosowana przez przedsiębiorców wprowadzała konsumentów w błąd. Jak zostało opisane powyżej, analiza reklam używanych przez Wspólników jednoznacznie wskazywała na możliwość korzystania ze świadczonych przez nich usług przez okres 10 dni za darmo i na próbę. Przedsiębiorcy mieli możliwość skorygowania tego przekazu za pomocą jasnych i wyraźnych komunikatów czego jednak nie dokonali. Nie można bowiem uznać za wystarczający komunikat określony jako „Informacja dla klientów”, gdyż jego treść, zdaniem Prezesa Urzędu, raczej umacnia przekaz reklamowy niż jemu zaprzecza.

Wobec powyższego, w ocenie Prezesa Urzędu, zachodzą przesłanki uzasadniające uznanie opisanych powyżej działań Wspólników Eller Service s.c. za nieuczciwą praktykę rynkową wprowadzającą w błąd. Działanie to, przybierające postać reklamy wprowadzającej konsumentów w błąd co do bezpłatności świadczonych usług w okresie 10 dni od dnia zawarcia umowy oraz co do okresu, na jaki umowa zostaje zawarta, powoduje podejmowanie przez przeciętnych konsumentów decyzji zawarcia umowy o świadczenie usług, których, jak wynika ze zgromadzonych w toku postępowania skarg by nie podjęli a zatem prowadzi do zniekształcenia zachowania przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy oraz w trakcie jej zawierania. Klauzula generalna nieuczciwej praktyki rynkowej wymaga także uznania, iż dana praktyka rynkowa narusza dobre obyczaje. Dobre obyczaje pozostają klauzulą generalną, która podlega konkretyzacji na okoliczność danego stanu faktycznego. Zgodnie z poglądem doktryny *sprzeczne z dobrymi obyczajami są działania, które zmierzają do niedoinformowania, dezorientacji, wywołania błędnego przekonania u klienta, wykorzystania jego niewiedzy lub naiwności (...), czyli takie działanie, które potocznie określone jest jako nieuczciwe, nierzetelne, odbiegające In minus od przyjętych standardów postępowania* (K.Pietrzykowski red., Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2002r., s. 804). W niniejszej sprawie dobre obyczaje należy ocenić jako prawo do rzetelnej i jednoznacznej informacji, jaką w ramach przekazu reklamowego profesjonalista – przedsiębiorca powinien kierować do przeciętnego konsumenta (dostatecznie poinformowanego, ostrożnego i uważnego), przy uwzględnieniu oczywiście ograniczeń wynikających z takiej formy prezentacji oferty. Naruszenie tak rozumianych dobrych obyczajów zostało dokonane przez Wspólników poprzez przekazanie błędnego komunikatu, który wskazywał na możliwość zawarcia z nimi nieodpłatnej 10 dniowej umowy.

Wobec powyższego, w ocenie Prezesa Urzędu, działania Wspólników Eller Service s.c. należy uznać za nieuczciwą praktykę rynkową w rozumieniu art. 4 ust. 1 i 2 uopnpr a sprecyzowaną w art. 5 ust. 1 uopnpr. Tym samym spełniona została pierwsza z przesłanek warunkujących możliwość stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorców praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, przesłanka bezprawności działań.

Ad. b. Godzenie w zbiorowy interes konsumentów.

Zbiorowy interes konsumentów

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie podaje definicji „zbiorowego interesu konsumentów”, wskazując jednak w przepisie art. 24 ust. 3, że nie jest nim suma indywidualnych interesów konsumentów. Naruszenie zbiorowego interesu konsumentów oznacza zatem narażenie na uszczerbek interesów znacznej grupy lub wszystkich konsumentów, poprzez stosowaną przez przedsiębiorcę praktykę, obejmującą tak działania, jak i zaniechania. Ponadto, godzenie w zbiorowe interesy konsumentów może polegać zarówno na ich naruszeniu, jak i na zagrożeniu ich naruszenia. O tym, czy naruszony został interes zbiorowy, nie zawsze przesądza kryterium ilościowe, ponieważ niekiedy jeden ujawniony przypadek naruszenia prawa konsumenta może być przejawem stosowanej praktyki naruszającej interes zbiorowy. W jednym z orzeczeń Sąd Najwyższy stwierdził, iż *nie jest zasadne uznawanie, że postępowanie z tytułu naruszenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów można wszcząć 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 liczbie potencjalnych konsumentów* (wyrok SN z dnia 12 września 2003 r., I CKN 504/01).

Dla stwierdzenia naruszenia zbiorowych interesów konsumentów istotne jest ustalenie, że konkretne działanie przedsiębiorcy nie ma ściśle określonego adresata, lecz jest kierowane do nieoznaczonego z góry kręgu podmiotów. Oznacza to, że nie ilość faktycznych, potwierdzonych naruszeń, ale przede wszystkim ich charakter, a w związku z tym możliwość (choćby tylko potencjalna) wywołania negatywnych skutków wobec określonej zbiorowości przesądza o naruszeniu zbiorowego interesu. W niniejszej sprawie bez wątpienia mamy do czynienia z naruszeniem praw potencjalnie nieograniczonej liczby konsumentów. Prezes Urzędu podejmując rozstrzygnięcie zawarte w niniejszej decyzji nie opierał się zatem wyłącznie na indywidualnych przypadkach przedstawianych przez konsumentów, a wziął pod uwagę działania Wspólników odnoszące się do naruszenia zbiorowych interesów konsumentów, a więc pewnej, potencjalnie nieograniczonej liczby konsumentów. W omawianym przypadku naruszenie przejawia się w prezentowaniu reklam, których treść wprowadza konsumentów w błąd, co zostało uznane za działanie bezprawne. Zbiorowy interes realizuje się natomiast poprzez fakt, iż potencjalnie wszyscy odbiorcy tych reklam (nieograniczona grupa konsumentów, nie tylko obecnych abonentów Spółki) zostali dotknięci przedmiotowym naruszeniem.

Interes konsumentów należy rozumieć jako interes prawny (a nie faktyczny), a więc uznany przez ustawodawcę na zasługujący na ochronę i zabezpieczenie. W literaturze przedmiotu zwraca się uwagę, iż określenie stałego czy zamkniętego katalogu interesów konsumentów nie jest możliwe, ani też zasadne (patrz: M. Szydło, „Publicznoprawna ochrona zbiorowych interesów konsumentów”, *Monitor Prawniczy* 2004/17/791). Naruszenie zbiorowego interesu konsumentów powiązane jest z naruszaniem interesów gospodarczych konsumentów. Pod tym pojęciem należy rozumieć zarówno naruszenie interesów *stricto* ekonomicznych (o wymiarze majątkowym), jak również prawo konsumentów do uczestniczenia w przejrzystych i niezakłóconych przez przedsiębiorcę warunkach rynkowych, zapewniających konsumentom dokonywanie transakcji handlowych z przedsiębiorcami przy całkowitym zrozumieniu rzeczywistego sensu ekonomicznego i prawnego warunków dokonywanych czynności na etapie przedkontraktowym oraz w czasie wykonywania umowy, czego urzeczywistnieniem jest m.in. abstrakcyjnie pojmowane prawo do rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji w komunikacji pomiędzy przedsiębiorcą a konsumentem.

W tym też aspekcie w niniejszej sprawie nastąpiło naruszenie interesu gospodarczego

konsumentów poprzez skierowanie do konsumentów błędnego, co do istoty jego treści przekazu reklamowego. Okoliczność darmowego czy też płatnego charakteru zawieranej umowy oraz okresu, na jaki umowa ta zostaje zawarta ma istotne znaczenia dla konsumentów z punktu widzenia ekonomicznego. Wskazując na interes konsumentów, jaki został naruszony poprzez bezprawne działanie Wspólników, zdaniem Prezesa UOKiK, oprócz interesu *stricte* ekonomicznego (skorzystanie pod wpływem reklamy z danej oferty) zasadnym jest w niniejszej sprawie uwzględnienie naruszenia interesu pozaekonomicznego rozumianego jako nierzetelność i wprowadzenie w błąd (tak: E. Łętowska, Prawo Umów Konsumenckich, wydanie 2, Warszawa 2002 r., str. 341). Wobec powyższego, praktyka przedsiębiorców godziła w podstawowe prawo konsumentów, jakim jest prawo do rzetelnej i prawdziwej informacji, której konsument może oczekiwać od przekazu reklamowego.

Tym samym spełniona została druga z przesłanek warunkujących możliwość stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorców praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, przesłanka godzenia powyżej opisanymi działaniami w zbiorowe interesy konsumentów.

Mając powyższe na uwadze uznać należy, iż Rafał Peisert i Iwona Kwiatkowska prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Eller Service spółka cywilna z siedzibą w Gdańsku stosują praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, o której mowa w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez stosowanie reklamy wprowadzającej konsumentów w błąd, co do bezpłatności świadczonych usług w okresie 10 dni od dnia zawarcia umowy oraz co do okresu, na jaki umowa zostaje zawarta, co narusza art. 4 ust. 1 i 2 w zw. z art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 roku o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U. Nr. 171, poz. 1206) i godzi w zbiorowe interesy konsumentów.

Mając powyższe na uwadze należało orzec jak w punkcie I.1 sentencji niniejszej decyzji.

3. Rozstrzygnięcie zawarte w punkcie I.2 sentencji niniejszej decyzji.

Przesłanki naruszenia art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Art. 24 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, że zakazane jest stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Z kolei art. 24 ust. 2 wskazuje, iż „przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działanie przedsiębiorcy”. Zbiorowe interesy konsumentów podlegają zatem ochronie przed działaniami przedsiębiorców, które są sprzeczne z prawem, tj. przepisami określonych aktów prawnych oraz zasadami współżycia społecznego i dobrymi obyczajami. Powołany art. 24 ust. 2 zawiera przykładowe wyliczenie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, zaliczając do nich m.in. w punkcie 3 nieuczciwe praktyki rynkowe.

Do stwierdzenia zatem praktyki z art. 24 ust 1 i 2 pkt 3 ustawy o ochronie (...) konieczne jest wykazanie, że spełnione zostały łącznie następujące przesłanki:

- a) bezprawność działań przedsiębiorcy, polegająca na stosowaniu nieuczciwych praktyk rynkowych;
- b) godzenie tymi działaniami w zbiorowy interes konsumentów.

Ad. a

Zarzut naruszenia art. 4 ust. 1 i 2 w zw. z art. 5 ust. 1 i art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 roku o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U. Nr. 171, poz. 1206) a tym samym naruszenia art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez zamieszczenie na stronie internetowej www.pobieraczek.pl informacji handlowej, na którą składa się:

- a) reklama w postaci baneru reklamowego,**
- b) sformułowanie o treści „Tak, chcę testować przez 10 dni!”,**
- c) informacja pod tytułem „Informacja dla klientów”,**

która wprowadza konsumentów w błąd co do bezpłatności świadczonych usług w okresie 10 dni od dnia zawarcia umowy oraz co do okresu, na jaki umowa zostaje zawarta.

Zgodnie z art. 4 ust. 1 uopnpr, stosowana przez przedsiębiorcę praktyka rynkowa jest nieuczciwa, jeżeli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy, w trakcie jej zawierania lub po zawarciu. Przedmiotowy przepis stanowi klauzulę generalną, która na okoliczność stosowania danej praktyki podlega stosownej konkretyzacji. Jednocześnie, uopnpr dokonuje podziału praktyk rynkowych na wprowadzające w błąd oraz agresywne praktyki rynkowe (art. 4 ust. 2). Jednocześnie po myśli art. 5 ust. 1 ww. ustawy 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.

W niniejszej sprawie koniecznym stało się zatem rozważenie, czy zamieszczona przez Wspólników na stronie internetowej www.pobieraczek.pl informacja handlowa wprowadzała przeciętnego konsumenta w błąd co do bezpłatności świadczonych usług w okresie 10 dni od dnia zawarcia umowy oraz co do okresu, na jaki umowa zostaje zawarta, tj. mogły powodować przez niego podjęcie decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął. Wskazać przy tym należy, iż po myśli art. 2 pkt 7 uopnpr przez decyzję dotyczącą umowy rozumieć należy podejmowaną przez konsumenta decyzję, co do tego, czy, w jaki sposób i na jakich warunkach dokona zakupu, zapłaci za produkt w całości lub części, rozporządzi nim lub wykona uprawnienie umowne związane z produktem, bez względu na to, czy konsument postanowi dokonać określonej czynności, czy też powstrzyma się od jej dokonania. Ponadto, zgodnie z art. 4 ust. 1 uopnpr, zniekształcenie lub możliwość zniekształcenia zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta działającego pod wpływem nieuczciwej praktyki rynkowej może dotyczyć etapu przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu. Działanie polegające na wprowadzeniu w błąd jako rodzaj nieuczciwej praktyki rynkowej nie musi zatem finalnie prowadzić do dokonania przez konsumenta czynności prawnej, której, gdyby nie działał pod wpływem błędu by nie podjął. Decyzja dotycząca umowy, którą posługuje się uopnpr ma bowiem szerszy zakres niż instytucja błędu uregulowana w art. 84 i n. k.c. Oznacza to, iż elementem konstrukcyjnym decyzji konsumenta nie należy czynić samego faktu jej dokonania. Prawnie relewantna będzie zatem taka praktyka rynkowa, 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.

Jak wynika z ustalonego w sprawie stanu faktycznego, świadczenie usług przez ww. przedsiębiorców odbywa się za pośrednictwem strony internetowej o adresie www.pobieraczek.pl. Witryna ta składa się z kilku „zakładek”, jednakże stroną tytułową, na którą kierowany jest konsument, jest strona o adresie www.pobieraczek.pl, to jest strona znajdująca się w „zakładce” home. Na omawianej stronie internetowej zawarta jest informacja handlowa kierowana przez przedsiębiorców do konsumentów, której składniki nie zawężają się jedynie do reklam oferowanych usług. Podkreślić należy, iż skoro konsument kształtuje swoje wyobrażenie o treści zawieranej umowy z całości treści przedstawionej na witrynie, to może być ona przedmiotem zarzutu tak, jak został on sformułowany w treści punktu II sentencji niniejszej decyzji.

Na omawianej stronie internetowej znajduje się, w jej górnej części baner reklamowy, na którym mieszczą się następujące hasła: „10 DNI POBIERANIA ZA DARMO !” - wypisane dużą czcionką w centralnym jego miejscu, „10 dni za darmo” – wypisane mniejszą czcionką i umiejscowione w górnym lewym rogu oraz taką samą czcionką hasło „Doznaj rozkoszy najszybszego pobierania. Ogromne zasoby filmów, gier, programów, muzyki oraz treści erotycznych czekają na Ciebie” znajdujący się pod głównym hasłem. Pod tym banerem znajduje się z lewej strony formularz rejestracyjny. Jest on przedstawiony za pomocą pozostawionych do wypełnienia rubryk odnoszących się do następujących danych: płeć, imię, nazwisko, ulica/nr, kod pocztowy/miasto, data urodzenia, e-mail. Nad formularzem rejestracyjnym znajduje się następująca wiadomość: wytłuszczone kolorem czerwonym zdanie „Tak, chcę testować przez 10 dni.” oraz w kolorze czarnym „Prosimy o poprawne wypełnienie formularza. Państwa dane będą przetwarzane z zachowaniem poufności.” i „Pobierz 1 GB danych od razu!” Pod formularzem rejestracyjnym mniejszą czcionką zamieszczona jest informacja o treści: „Wyrażam zgodę na przetwarzanie moich danych osobowych wyłącznie dla celów realizacji usługi Usenet oraz oświadczam, że zapoznałem się i akceptuję w całości Regulamin Usługi Usenet.” Wyrażenie zgody na powyższe odbywa się poprzez zaznaczenie odpowiedniego okienka. W tym też miejscu znajduje się odnośnik do podstrony - link, na której zamieszczony jest tekst Regulaminu. Po prawej części witryny znajdują się elementy graficzne jak i zdjęcia eksponowane dużą, kolorową czcionką. Elementy graficzne przedstawiają „Zalety Pobieraczka”, zdjęcia zaś odnoszą się do kategorii plików udostępnianych w serwisie. Pod powyższymi informacjami handlowymi znajduje się, w prawej dolnej części, informacja o treści *„Informacja dla klientów. Podczas 10-dniowego darmowego okresu próbnego przysługuje prawo do pisemnego wypowiedzenia zamówienia (fax, email, itp.). Po upływie 10 dniowego okresu próbnego ważność umowy od 3 miesięcy i koszt od 7,90 PLN miesięcznie.”* Jest ona przedstawiona za pomocą czarnej czcionki, mniejszej od czcionki użytej w grafikach reklamowych.

W tym miejscu podkreślić należy, iż umowy zawierane przez konsumentów ze Wspólnikami Eller Service s.c. zaliczyć należy grupy umów elektronicznych on-line sensu stricto. Zawarcie umowy, następuje bowiem poprzez wymianę elektronicznych oświadczeń woli pomiędzy konsumentami a przedsiębiorcami w sieci Internet na stronie www.pobieraczek.pl oraz poprzez pocztę elektroniczną i samo wykonanie umowy odbywa się on-line, gdyż dotyczy tzw. świadczeń hostingowych, to jest zapewnienia dostępu do serwerów zewnętrznych. Co więcej, strona o adresie www.pobieraczek.pl jest interaktywną witryną internetową za pośrednictwem której Wspólnicy Eller Service prowadzą działalność gospodarczą. Do zawarcia umowy o

świadczenie usług oferowanych przez Eller Service s.c. dochodzi poprzez przyjęcie przez konsumentów oferty zawarcia umowy złożonej na stronie www.pobieraczek.pl, które odbywa się poprzez wypełnienie zamieszczonego na witrynie internetowej formularza rejestracyjnego. Zarówno zawarcie jak i wykonanie umowy, której przedmiotem świadczenia są dobra niematerialne odbywa się on-line. Wpływa to na specyfikę kontaktu pomiędzy przedsiębiorcami a ich przyszłymi kontrahentami, który w całości odbywa się za pośrednictwem strony internetowej.

Przedmiotem zarzutów w niniejszym postępowaniu uczynił Prezes Urzędu treść informacji handlowej zamieszczonej na stronie www.pobieraczek.pl, dotyczącej świadczenia przez Wspólników spółki cywilnej Eller Service usług elektronicznych oraz zakres przekazywanych konsumentom informacji w trakcie procedury zawierania umowy na odległość. W ocenie Prezesa Urzędu, działanie przedsiębiorcy, który w treściach zamieszczonych na prowadzonym przez siebie portalu internetowym sugeruje możliwość testowania swoich usług bezpłatnie przez okres 10 dni, podczas gdy w istocie poprzez rejestrację na stronie www.pobieraczek.pl konsument zawiera umowę płatną na okres 12 miesięcy, stanowi nieuczciwą praktykę rynkową wprowadzającą w błąd. Będąc pod jej wpływem konsumenci mogli podjąć, a jak wskazuje zgromadzony w sprawie materiał dowodowy podejmują, decyzje dotyczące zawarcia umowy, których inaczej by nie podjęli, to jest zawierają umowy o świadczenie usług elektronicznych przyjmując, iż jest to umowa bezpłatna zawierana na okres 10 dni.

Przy analizie praktyki rynkowej, polegającej na działaniu czy też na zaniechaniu, wprowadzającej w błąd należy wziąć pod uwagę wszystkie czynniki, które mogą kształtować jej odbiór przez konsumenta, a więc przede wszystkim komunikat, który ich autor chce przekazać konsumentowi.

Informacje handlowe zamieszczone na stronie www.pobieraczek.pl posiadają zróżnicowany charakter. Na pierwszy plan wysuwa się tu reklama usług świadczonych przez Wspólników w postaci baneru reklamowego umieszczonego w centralnej, górnej części. Jego główna treść wskazuje na szczególne warunki świadczenia usług proponowanych przez przedsiębiorców poprzez wyeksponowanie hasła: „10 DNI POBIERANIA ZA DARMO!”. Reklama ta zachęca konsumentów do korzystania z usług także poprzez użycie sformułowań „Doznaj rozkoszy najszybszego pobierania. Ogromne zasoby filmów, gier, programów muzyki oraz treści erotycznych czekają na Ciebie.” Także zamieszczone po prawej części witryny elementy graficzne, jak i zdjęcia, przedstawiają „Zalety Pobieraczka” wskazując na takie cechy świadczonych usług jak: maksymalna prędkość, maksymalny wybór, maksymalne bezpieczeństwo. Zdjęcia zaś odnoszą się do kategorii plików udostępnianych w serwisie. Powyższe informacje mają zatem na celu zachęcenie konsumentów „odwiedzających” stronę do skorzystania z usług oferowanych za jej pośrednictwem, wskazując na ich jakość oraz szeroki wachlarz udostępnianych plików. Jednocześnie, głównym przekazem wskazującym na warunki świadczenia usług, jest powyżej przytoczona informacja, zamieszczona na banerze reklamowym, o możliwości korzystania z nich przez okres 10 dni za darmo. Jak wskazywano już bowiem uprzednio w uzasadnieniu niniejszej decyzji: darmo oznacza bezpłatnie, bez jakichkolwiek zobowiązań, za nic. Tym samym, w pierwszym kontakcie z treściami zamieszczonymi na omawianej witrynie internetowej, można uzyskać przeświadczenie, iż przedsiębiorcy oferują bezpieczny, wygodny dostęp do plików pogrupowanych w liczne grupy tematyczne, który przez 10 dni będzie dostępem bezpłatnym. Przekaz ten zostaje rozszerzony poprzez zakomunikowanie konsumentowi, iż „Podczas 10-dniowego darmowego okresu próbnego przysługuje prawo do pisemnego wypowiedzenia zamówienia (fax, email, itp.). Po upływie 10 dniowego okresu

próbego ważność umowy od 3 miesięcy i koszt od 7,90 PLN miesięcznie.” Informacja ta, zatytułowana „Informacja dla klientów” określa dalsze warunki świadczenia usług przez Wspólników wskazując, iż darmowy, 10 dniowy dostęp do sieci Usenet jest ponadto okresem „próbny”, a zatem, iż w tym czasie konsument może korzystać z usług jedynie na próbę, w celu sprawdzenia wartości, jakości, przydatności oferowanych usług. Z omawianej informacji wynika także, iż dopiero po upływie tego okresu może nastąpić zawarcie umowy odpłatnej na określony czas tj. minimum 3 miesiące. Przeświadczenie to jest wzmacniane, przez zamieszczone na przedmiotowej witrynie internetowej hasło o treści: „Tak, chcę testować przez 10 dni!” pozycjonowane bezpośrednio nad formularzem rejestracyjnym. Testować, znaczy bowiem, sprawdzać zawartość, badać jakość, prawidłowość działania (według Mały Słownik Języka Polskiego, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1994, s. 939). Także w świadomości społecznej testowanie kojarzy się z bezpłatnym korzystaniem z usługi w jakimś okresie czasu. Treść komunikatu handlowego prezentowanego na stronie www.pobieraczek.pl nie zamyka się jednak jedynie promocją usług oferowanych przez Wspólników (poprzez prezentację jakości i warunków świadczenia usług), ale również zachęca do natychmiastowego zawarcia umowy. Zamieszczony na stronie formularz rejestracyjny opatrzony jest hasłami o treści: „Tak, chcę testować przez 10 dni!”, „Prosimy o poprawne wypełnienie formularza. Państwa dane będą przetwarzane z zachowaniem ich poufności.” oraz „Pobierz 1 GB danych od razu!”. Konsument jest zatem nakłaniany do zawarcia umowy o świadczenie usług dostępu do plików tematycznych na warunkach powyżej przedstawionych, poprzez wypełnienie formularza następującymi danymi: płeć, imię, nazwisko, ulica/nr, kod pocztowy/miasto, data urodzenia, e-mail. Jednocześnie, do zawarcia umowy wystarczające jest zaznaczenie okienka oznaczającego wyrażenie zgody na przetwarzane danych osobowych dla celów realizacji Usług Usenet oraz oświadczenie, o zapoznaniu się i akceptacji treści Regulaminu Usług Usenet. Po dokonanej rejestracji finalizowanej „kliknięciem” przycisku „Rejestruj”, konsument otrzymuje dwie wiadomości drogą elektroniczną, które potwierdzają dokonanie rejestracji i wskazują na aktywowanie konta internetowego. W trakcie całej procedury rejestracyjnej Wspólnicy nie podają jednoznacznej informacji o warunkach korzystania z oferowanych przez nich usług odmiennych od wynikających z informacji handlowej zamieszczonej na stronie www.pobieraczek.pl.

Podsumowując stwierdzić należy, iż treść informacji handlowej zamieszczonej na stronie www.pobieraczek.pl tworzy jednoznaczny przekaz sprowadzający się do zachęcenia konsumentów do korzystania z usług za pośrednictwem serwisu przez okres 10 dni za darmo i na próbę, oraz przekazaniu im oferty zawarcia umowy na tak określonych warunkach oraz skłonienia do złożenia oświadczenia o jej przyjęciu. Oświadczenie to ponadto posiada narzuconą przez Wspólników treść, a technicznie, sprowadza się do wypełnienia rubryk zawierających podstawowe dane identyfikujące konsumenta. Taki przekaz dociera także do jego odbiorów, co wynika z treści nadsyłanych w toku niniejszego postępowania skarg konsumenckich. Skarżący wskazywali, iż:

„Firma Eller Service swoją agresywną i podstępą reklamą na stronie internetowej „Pobieraczek.pl” zachęca do darmowego pobierania plików i testowania jej usługi przez okres 10 dni. Aby skorzystać z tej oferty w dniu 23.12.2009r., zarejestrowałem się przez podanie swoich danych osobowych i kliknięcie na plik, że zapoznałem się z regulaminem.”;

„Oferta portalu zachęca do korzystania pobierania za darmo filmów, gier muzyki i innych na okres 10 dni. A okazuje się aby skorzystać z bezpłatnego testowania trzeba wypełnić formularz ze swoimi danymi.”;

„W dniu 17.01.2010 r. zarejestrowałem się na stronie www.pobieraczek.pl. Na tej stronie

znalazłem informację, że mam 10 dni próbnych, w czasie których mogę przetestować działanie usługi pobierania danych.”

Zdaniem Prezesa Urzędu przeciętny konsument, znający zasady korzystania z sieci Internet, będący w stanie podejmować racjonalną decyzję, co do nabycia produktu na podstawie omawianych treści prezentowanych na stronie www.pobieraczek.pl na etapie przedkontraktowym, jak i na etapie zawierania umowy, powinien i może się spodziewać, że dokonując rejestracji na ww. witrynie internetowej uzyska bezpłatną 10 dniową usługę dostępu do oferowanych plików. I w tym zakresie jest wprowadzany w błąd. Tak bowiem, zgodnie z postanowieniami Regulaminu regulującego świadczenie usług realizowanych na stronie www.pobieraczek.pl, z rejestracją na stronie wiąże się zawarcie przez konsumenta odpłatnej umowy na czas określony. Zgodnie z zacytowanymi już w poprzedniej części rozważań zapisami Załącznika nr 2 do ww. Regulaminu, najkrótszym okresem, na jaki zawierana jest umowa jest okres 3 miesiące, najdłuższym – okres 1 roku. Dodać należy, iż po myśli § 3 ust. 2 Regulaminu zawarcie umowy następuje przy domyślnym wyborze pakietu Pobieraczek5 a w procesie rejestracji na stronie www.pobieraczek.pl brak jest możliwości określenia pakietu cenowego, według którego umowa miałaby zostać zawarta. Powoduje to, iż co do zasady z rejestracją konsumenta na stronie www.pobieraczek.pl związane jest zawarcie przez niego umowy z przedsiębiorcą na okres 12 miesięcy. Datą, od której liczy się zawarcie umowy jest dzień rejestracji przez konsumenta odpowiednich danych na stronie www.pobieraczek.pl, a opłata za świadczone usługi liczona jest za cały okres trwania umowy.

Podsumowując, wbrew treści przekazu handlowego kierowanego do konsumenta na etapie przedkontraktowym, a zamieszczonego na stronie głównej serwisu oraz powodując się informacjami otrzymywanymi w procesie rejestracji w serwisie, konsument każdorazowo zawiera ze Wspólnikami umowę na czas określony – najkrócej 3 miesiące i jest to zawsze umowa odpłatna, przy czym opłata jednorazowa, płatna z góry, liczona jest także za okres pierwszych 10 dni trwania umowy. Istnieje zatem rozbieżność pomiędzy wyobrażeniem o rzeczywistości przeciętnego konsumenta, kreowanym przez ww. działania Wspólników, a warunkami umowy zawieranej z przedsiębiorcami i w tym też zakresie, zdaniem Prezesa Urzędu przejawia się nieuczciwa praktyk rynkowa wprowadzająca konsumentów w błąd.

W tym miejscu z całą mocą podkreślić należy, iż fakt, że po kliknięciu „linka” znajdującego się na stronie www.pobieraczek.pl konsument ma możliwość zapoznać się z treścią Regulaminu świadczenia usług, nie niweluje naganności praktyki opisywanej, obecnie jak i naganności praktyki stwierdzonej w punkcie I.1 sentencji niniejszej decyzji. Konsument powinien otrzymywać prawdziwą i rzetelną informację o produkcie na każdym etapie kontraktowania. W niniejszej sprawie do konsumentów korzystających z usług świadczonych przez Wspólników informacje kierowane są dwutorowo i są one wzajemnie sprzeczne, co może potęgować konfuzję konsumentów. Niezależnie jednak od rzetelności informacji podawanych na etapie kontraktowania, konsument nie może być zwodzony na etapie przedkontraktowym.

Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym posługuje się pojęciem przeciętnego konsumenta. To w odniesieniu do niego powinna być dokonana ocena każdej praktyki rynkowej, w tym praktyki polegającej na zachowaniu wprowadzającym w błąd. Będące przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia zachowanie Wspólników powinno być zatem oceniane z perspektywy przeciętnego konsumenta. Dlatego zasadnym jest postawienie następującego pytania – czy przeciętny konsument mógł zostać wprowadzony w błąd treścią informacji handlowych zamieszczonych na stronie www.pobieraczek.pl oraz zakresem przekazywanych mu

informacji w procesie zawierania umowy tzn. czy mógł na ich podstawie powziąć błędne przekonanie o warunkach świadczenia usług przez Wspólników i na tej podstawie wyrazić zainteresowanie ofertą przedsiębiorców i zawrzeć umowę.

Działanie polegające na wprowadzeniu w błąd, jako rodzaj nieuczciwej praktyk rynkowej, jak już zostało podniesione w niniejszej decyzji, nie musi finalnie doprowadzić do dokonania przez przeciętnego konsumenta czynności prawnej, której gdyby nie działał pod wpływem błędu, by nie podjął. Decyzja dotycząca umowy, którą posługuje się uoppr ma bowiem szerszy zakres niż instytucja uregulowana w art. 84 i n. k.c., ponadto przy jej interpretacji należy odpowiednio stosować reguły dotyczące reklamy wprowadzającej w błąd i wypracowane już w tym przedmiocie orzecznictwo na podstawie ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 153 ze zm.).

Decyzja dotycząca umowy w omawianym stanie faktycznym będzie sprowadzać się do sytuacji, w której konsument pod wpływem stosowanych przez Wspólników praktyk zainteresuje się ofertą korzystania z usług za pośrednictwem strony www.pobieraczek.pl i ewentualnie zawrze umowę o świadczenie usług. Wśród elementów konstrukcyjnych decyzji dotyczącej umowy wskazanych w art. 2 ust. 7 uopnpr wskazuje się podejmowaną przez konsumenta decyzję, co do tego czy i na jakich warunkach dokona on zakupu – bez względu na to, czy konsument postanowi dokonać określonej czynności, czy też powstrzyma się od jej dokonania. A zatem, z nieuczciwą praktyką rynkową w niniejszej sprawie można mówić już wtedy, gdy konsument pod wpływem przekazu wynikającego z informacji zamieszczonych na stronie www.pobieraczek.pl oraz nie otrzymując jednoznacznej informacji o charakterze zawieranej umowy w toku rejestracji serwisie, będąc wprowadzonym w błąd zainteresował się ofertą przedsiębiorców. W podobny sposób interpretowana jest kwestia reklamy wprowadzającej w błąd – *aby dany przekaz reklamowy przez swoją wprowadzającą w błąd treść mógł podlegać negatywnej ocenie z punktu widzenia art. 16 ust 2 pkt 2 ustawy, musi posiadać zdolność kierowania wyborem dokonywanym przez klienta (...)* Nie jest przy tym konieczne rzeczywiste nabycie towaru lub usługi, omawiany przepis zakazuje bowiem prowadzenia reklamy wprowadzającej w błąd w przypadku, kiedy może ona wpłynąć na decyzję klienta. Dokonując stosownych ocen, organ orzekający nie ma więc obowiązku ustalania faktycznych skutków rynkowych tej reklamy (E.Nowińska, M du Vall, Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Warszawa 2001, s.158).

Jak wskazywano już w uzasadnieniu do punktu I.1 sentencji niniejszej decyzji Prezes Urzędu posługiwał się definicją przeciętnego konsumenta jako konsumenta dostatecznie dobrze poinformowanego, uważnego i ostrożnego; oceny dokonuje się z uwzględnieniem czynników społecznych, kulturowych, językowych i przynależności danego konsumenta do szczególnej grupy konsumentów. W tym miejscu powtórzyć należy, iż charakter usług świadczonych przez Wspólników, jak i treść informacji handlowej zamieszczonej na witrynie pobieraczek.pl wskazują na fakt, iż produkt oferowany przez przedsiębiorców nie jest kierowany do jakiejś określonej, dającej się wyodrębnić grupy konsumentów. Konsument korzystający z tych usług jest konsumentem przeciętnym, od którego nie można wymagać jakiejś dodatkowej, szczególnej ostrożności. Korzystanie z sieci Internet nie wymaga obecnie od konsumentów szczególnych kwalifikacji, jest to umiejętność rozpowszechniona. Korzystanie z Internetu odbywa się obecnie w dużej mierze właśnie w celu „ściągnięcia” plików tematycznych: filmów, piosenek, itp.

Wobec powyższego, w ocenie Prezesa Urzędu, zachodzą przesłanki uzasadniające uznanie opisanych powyżej działań Wspólników Eller Service s.c. za nieuczciwą praktykę

rynkową wprowadzającą w błąd. Zachowanie to, polegające na zamieszczeniu na stronie internetowej www.pobieraczek.pl informacji handlowej wprowadza konsumentów w błąd, co do bezpłatności świadczonych usług w okresie 10 dni od dnia zawarcia umowy oraz, co do okresu, na jaki umowa zostaje zawarta. Praktyka ta powoduje podejmowanie przez przeciętnych konsumentów decyzji zawarcia umowy o świadczenie usług, których, jak wynika ze zgromadzonych w toku postępowania skarg, by nie podjęli a zatem prowadzi do zniekształcenia zachowania przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy oraz w trakcie jej zawierania. Klauzula generalna nieuczciwej praktyki rynkowej wymaga także uznania, iż dana praktyka rynkowa narusza dobre obyczaje. Dobre obyczaje pozostają klauzulą generalną, która podlega konkretyzacji na okoliczność danego stanu faktycznego. Zgodnie z poglądem doktryny *sprzeczne z dobrymi obyczajami są działania, które zmierzają do niedoinformowania, dezorientacji, wywołania błędnego przekonania u klienta, wykorzystania jego niewiedzy lub naiwności (...), czyli takie działanie, które potocznie określone jest jako nieuczciwe, nierzetelne, odbiegające In minus od przyjętych standardów postępowania* (K.Pietrzykowski red., Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2002r., s. 804). W niniejszej sprawie dobre obyczaje należy ocenić jako prawo do rzetelnej i jednoznacznej informacji, jaką zarówno na etapie przedkontraktowym, jak i na etapie zawierania kontraktu profesjonalista – przedsiębiorca powinien kierować do przeciętnego konsumenta (dostatecznie poinformowanego, ostrożnego i uważnego), przy uwzględnieniu oczywiście ograniczeń wynikających z takiej formy prezentacji oferty. Naruszenie tak rozumianych dobrych obyczajów zostało dokonane przez Wspólników poprzez przekazanie błędnego komunikatu, który wskazywał na możliwość zawarcia z nimi nieodpłatnej 10 dniowej umowy oraz stworzenie skorelowanej z nim procedury zawarcia umowy, która w sposób niejednoznaczny i niejasny informowała o rzeczywistych warunkach świadczenia usług.

Wobec powyższego, w ocenie Prezesa Urzędu, działania Wspólników Eller Service s.c. należy uznać za nieuczciwą praktykę rynkową w rozumieniu art. 4 ust. 1 i 2 uopnpr a sprecyzowaną w art. 5 ust. 1 uopnpr. Tym samym spełniona została pierwsza z przesłanek warunkujących możliwość stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorców praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, przesłanka bezprawności działań.

Ad. b. Godzenie w zbiorowy interes konsumentów.

Zbiorowy interes konsumentów

Jak wskazywano już powyżej, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie podaje definicji „zbiorowego interesu konsumentów”, wskazując jednak w przepisie art. 24 ust. 3, że nie jest nim suma indywidualnych interesów konsumentów. Naruszenie zbiorowego interesu konsumentów oznacza zatem narażenie na uszczerbek interesów znacznej grupy lub wszystkich konsumentów, poprzez stosowaną przez przedsiębiorcę praktykę, obejmującą tak działania, jak i zaniechania. Ponadto, godzenie w zbiorowe interesy konsumentów może polegać zarówno na ich naruszeniu, jak i na zagrożeniu ich naruszenia. O tym, czy naruszony został interes zbiorowy, nie zawsze przesądza kryterium ilościowe, ponieważ niekiedy jeden ujawniony przypadek naruszenia prawa konsumenta może być przejawem stosowanej praktyki naruszającej interes zbiorowy. W jednym z orzeczeń Sąd Najwyższy stwierdził, iż *nie jest zasadne uznawanie, że postępowanie z tytułu naruszenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów można wszcząć 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 liczbie potencjalnych konsumentów (wyrok SN z dnia 12 września 2003 r., I CKN 504/01).

Dla stwierdzenia naruszenia zbiorowych interesów konsumentów istotne jest ustalenie, że konkretne działanie przedsiębiorcy nie ma ściśle określonego adresata, lecz jest kierowane do nieoznaczonego z góry kręgu podmiotów. Oznacza to, że nie ilość faktycznych, potwierdzonych naruszeń, ale przede wszystkim ich charakter, a w związku z tym możliwość (choćby tylko potencjalna) wywołania negatywnych skutków wobec określonej zbiorowości przesądza o naruszeniu zbiorowego interesu. W niniejszej sprawie bez wątpienia mamy do czynienia z naruszeniem praw potencjalnie nieograniczonej liczby konsumentów. Prezes Urzędu podejmując rozstrzygnięcie zawarte w niniejszej decyzji nie opierał się zatem wyłącznie na indywidualnych przypadkach przedstawianych przez konsumentów, a wziął pod uwagę działania Wspólników odnoszące się do naruszenia zbiorowych interesów konsumentów, a więc pewnej, potencjalnie nieograniczonej liczby konsumentów. W omawianym przypadku naruszenie przejawia się w prezentowaniu informacji handlowych oraz skonstruowaniu procedury zawarcia umowy w sposób wprowadzający konsumentów w błąd, co zostało uznane za działanie bezprawne. Zbiorowy interes realizuje się natomiast poprzez fakt, iż potencjalnie wszyscy odbiorcy tych reklam (nieograniczona grupa konsumentów, nie tylko obecnych abonentów Wspólników) zostali dotknięci przedmiotowym naruszeniem.

Interes konsumentów należy rozumieć jako interes prawny (a nie faktyczny), a więc uznany przez ustawodawcę na zasługujący na ochronę i zabezpieczenie. W literaturze przedmiotu zwraca się uwagę, iż określenie stałego czy zamkniętego katalogu interesów konsumentów nie jest możliwe, ani też zasadne (patrz: M. Szydło, „Publicznoprawna ochrona zbiorowych interesów konsumentów”, *Monitor Prawniczy* 2004/17/791). Naruszenie zbiorowego interesu konsumentów powiązane jest z naruszaniem interesów gospodarczych konsumentów. Pod tym pojęciem należy rozumieć zarówno naruszenie interesów *stricte* ekonomicznych (o wymiarze majątkowym), jak również prawo konsumentów do uczestniczenia w przejrzystych i niezakłóconych przez przedsiębiorcę warunkach rynkowych, zapewniających konsumentom dokonywanie transakcji handlowych z przedsiębiorcami przy całkowitym zrozumieniu rzeczywistego sensu ekonomicznego i prawnego warunków dokonywanych czynności na etapie przedkontraktowym oraz w czasie wykonywania umowy, czego urzeczywistnieniem jest m.in. abstrakcyjnie pojmowane prawo do rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji w komunikacji pomiędzy przedsiębiorcą a konsumentem.

W tym też aspekcie w niniejszej sprawie nastąpiło naruszenie interesu gospodarczego konsumentów poprzez skierowanie do konsumentów błędnego, co do istoty jego treści przekazu reklamowego. Okoliczność darmowego czy też płatnego charakteru zawieranej umowy oraz okresu, na jaki umowa ta zostaje zawarta, ma istotne znaczenia dla konsumentów z punktu widzenia ekonomicznego. Wskazując na interes konsumentów, jaki został naruszony poprzez bezprawne działanie Wspólników, zdaniem Prezesa UOKiK, oprócz interesu *stricte* ekonomicznego (skorzystanie pod wpływem praktyki z danej oferty) zasadnym jest w niniejszej sprawie uwzględnienie naruszenia interesu pozaekonomicznego rozumianego jako nierzetelność i wprowadzenie w błąd (tak: E. Łętowska, *Prawo Umów Konsumenckich*, wydanie 2, Warszawa 2002 r., str. 341). Wobec powyższego, praktyka przedsiębiorców godziła w podstawowe prawo konsumentów, jakim jest prawo do rzetelnej i prawdziwej informacji, której konsument może oczekiwać od przekazu reklamowego. Nie zasługuje przy tym na uwzględnienie zarzut podnoszony przez przedsiębiorców w toku postępowania, iż o braku godzenia przypisaną im praktyką w zbiorowy interes konsumentów świadczyć miałyby, wykonanie przez niektórych

konsumentów prawa odstąpienia od zawartej umowy w terminie przepisany art. 7 ust. 1 ustawy o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny. Podnieść bowiem należy, iż model przeciętnego konsumenta, w którego interesy godziła omawiana nieuczciwa praktyka rynkowa, ustalany jest nie w oparciu o kryterium ilościowe, lecz kryteria abstrakcyjne odnoszące się do jego przezorności i poziomu świadomości prawnej. Zdaniem Prezesa Urzędu, tak wyznaczonego przeciętnego konsumenta zachowanie Wspólników mogło i wprowadzało w błąd powodując ponadto zniekształcenie jego zachowania rynkowego.

Tym samym spełniona została druga z przesłanek warunkujących możliwość stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorców praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, przesłanka godzenia powyżej opisanymi działaniami w zbiorowe interesy konsumentów.

Mając powyższe na uwadze uznać należy, iż Rafał Peisert i Iwona Kwiatkowska prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Eller Service spółka cywilna z siedzibą w Gdańsku stosują praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, o której mowa w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez zamieszczenie na stronie internetowej www.pobieraczek.pl informacji handlowej, na którą składa się:

- a) reklama w postaci baneru reklamowego,
- b) sformułowanie o treści „Tak, chcę testować przez 10 dni!”,
- c) informacja pod tytułem „Informacja dla klientów”,

która wprowadza konsumentów w błąd co do bezpłatności świadczonych usług w okresie 10 dni od dnia zawarcia umowy oraz co do okresu, na jaki umowa zostaje zawarta, co narusza art. 4 ust. 1 i 2 w związku z art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 roku o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U. Nr. 171, poz. 1206) i godzi w zbiorowe interesy konsumentów.

Mając powyższe na uwadze należało orzec jak w punkcie I.2 sentencji niniejszej decyzji.

4. Rozstrzygnięcie zawarte w punkcie II sentencji niniejszej decyzji.

Stosownie do art. 83, w związku z art. 84 ustawy o ochronie (...), w sprawach w niej nieuregulowanych, do postępowania przed Prezesem Urzędu stosuje się – z wyłączeniem spraw dotyczących dowodów – przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego. Z kolei dyspozycja art. 105 § 1 k.p.a. stanowi, iż organ administracji państwowej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania, gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe. Umorzenie postępowania na tej podstawie jest obligatoryjne, co oznacza, iż ustalenie przesłanki bezprzedmiotowości postępowania stwarza obowiązek zakończenia postępowania w danej instancji przez jego umorzenie, ponieważ brak jest podstaw do rozstrzygnięcia sprawy co do jej istoty. Dalsze prowadzenie postępowania w takim przypadku stanowiłoby o jego wadliwości, mającej istotny wpływ na wynik sprawy. Podkreślić przy tym należy, iż przesłanka umorzenia postępowania może istnieć jeszcze przed wszczęciem postępowania, co zostanie ujawnione w toczącym się postępowaniu, a może ona powstać także w czasie trwania postępowania, a więc w sprawie już zawisłej przed organami administracyjnymi. Zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu

Administracyjnego z dnia 24 kwietnia 2003 r. (sygn. akt III SA 2225/01) bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego oznacza, że brak jest któregoś z elementów materialnego stosunku prawnego, a w związku z tym nie można wydać decyzji załatwiającej sprawę przez rozstrzygnięcie jej co do istoty. Jest to orzeczenie formalne, kończące postępowanie bez jego merytorycznego rozstrzygnięcia.

W niniejszej sprawie został postawiony Wspólnikom zarzut stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, o której mowa w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów polegającej na skonstruowaniu procedury zawarcia umowy w sposób pomijający istotne informacje potrzebne konsumentowi do podjęcia decyzji dotyczącej umowy, co mogło naruszać art. 4 ust. 1 i 2 w związku z art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 roku o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U. Nr. 171, poz. 1206). Przedmiotem zarzutu był fakt wyświetlania się treści Regulaminu świadczenia usług jedynie w oddzielnym oknie internetowym.

Jak wskazywano już powyżej, po myśli art. 4 ust. 1 uopnpr, stosowana przez przedsiębiorcę praktyka rynkowa jest nieuczciwa, jeżeli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy, w trakcie jej zawierania lub po zawarciu. Przedmiotowy przepis stanowi klauzulę generalną, która na okoliczność stosowania danej praktyki podlega stosownej konkretyzacji. Jednocześnie po myśli art. 6 ust. 1 tej ustawy 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. Tym samym jednym z elementów konstruktywnych każdej nieuczciwej praktyki polegającej na zaniechaniu jest jej zdolność do wprowadzenia przeciętnego konsumenta w błąd. Odnosząc powyższe do zarzutu sformułowanego pod adresem Wspólników w niniejszym postępowaniu podnieść trzeba, iż sposób skonstruowania przez przedsiębiorców procedury zawarcia umowy na stronie www.pobieraczek.pl nie jest tego rodzaju aby pozbawiał on konsumentów zdolności do zapoznania się z warunkami świadczenia oferowanych usług. Tak bowiem, formularz rejestracyjny umieszczony na przedmiotowej witrynie internetowej zawiera odnośnik (link) pod którym każdy z konsumentów może zapoznać się z Regulaminem świadczenia usług. Regulamin ten zawiera zaś najistotniejsze informacje dotyczące przedmiotu zawieranej umowy. Tym samym uznać trzeba, iż przeciętny konsument, będący zgodnie z definicją przywoływaną już powyżej konsumentem rozważnym i ostrożnym, zapozna się z treścią Regulaminu. Uznać trzeba, iż przedsiębiorcy dostarczyli technicznej możliwości zapoznania się przez konsumentów z rzeczywistymi warunkami świadczenia usług (odsyłający do treści Regulaminu link) a na konsumentach ciąży obowiązek zapoznania się z jego treścią, skoro w procesie rejestracji dokonują „zaznaczenia okienka”, która to czynność wyraża ich oświadczenie wiedzy o odczytaniu Regulaminu.

Ponownie podkreślić należy, iż fakt zawarcia przez Wspólników rzetelnych informacji w omawianym Regulaminie świadczenia usług nie zmienia naganności praktyk opisanych w punkcie I sentencji decyzji, ponieważ ujawniają się one na innym etapie kontraktowania – etapie przedkontraktowym.

Tym samym powyżej opisane zachowanie Wspólników nie wprowadza konsumentów w błąd, nie jest nieuczciwą praktyką rynkową, o której mowa w art. 4 ust. 1 i 2 w związku z art. 6 ust. 1 uopnpr i w konsekwencji nie może być uznane za praktykę naruszającą zbiorowe interesy

konsumentów, o których mowa w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Prowadzenie postępowania w omawianym zakresie stało się zatem bezprzedmiotowe.

5. Rozstrzygnięcie zawarte w punkcie III sentencji niniejszej decyzji.

Prezes Urzędu nałożył na Rafała Peiserta i Iwonę Kwiatkowską, na podstawie art. 26 ust. 2 w związku z art. 26 ust. 1 w ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów obowiązek publikacji decyzji w całości stronie internetowej przedsiębiorców www.pobieraczek.pl w ten sposób, że odnośnik do treści decyzji powinien zostać umieszczony na stronie głównej www.pobieraczek.pl oraz utrzymywania jej na przedmiotowej stronie internetowej przez okres 6 miesięcy.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w decyzji uznającej praktykę za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, Prezes Urzędu może określić środki usunięcia trwających skutków naruszenia zbiorowych interesów konsumentów w celu zapewnienia wykonania nakazu, w szczególności zobowiązać przedsiębiorcę do złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia o treści i w formie określonej w decyzji. Może również nakazać publikację decyzji w całości lub w części na koszt przedsiębiorcy. Decyzja o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów może zatem w związku z powyższym odesłaniem zawierać elementy dodatkowe, które służyć mają usunięciu trwających skutków naruszenia. W punkcie I.1 i I.2 sentencji niniejszej decyzji stwierdzono, iż przedsiębiorcy Rafał Peisert i Iwona Kwiatkowska stosują praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów i nakazano zaniechanie ich stosowania, a zatem uznano jednocześnie, iż ww. przedsiębiorcy kontynuują działania godzące w zbiorowe interesy konsumentów. Istnieje zatem aktualna potrzeba ochrony interesów konsumentów przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi przypisanymi przedsiębiorcom.

Podkreślić należy, iż w niniejszej sprawie dochodzi do naruszenia podstawowego prawa konsumentów, jakim pozostaje prawo do informacji. Mając na uwadze przedmiotowe dobro podlegające ochronie prawnej, Prezes Urzędu uznał za zasadne nakazanie podania do wiadomości szerokiego kręgu odbiorców informacji o praktykach Wspólników, które zostały uznana za bezprawne. Spełni to niewątpliwie funkcję wychowawczą wobec konsumentów, stanowiąc kolejny element edukacji konsumenckiej zmierzającej do kształtowania modelu polskiego konsumenta na wzór europejski, przyjęty już w uopnpr – tj. konsumenta uważnego, ostrożnego i dobrze poinformowanego, zwracając im uwagę na język reklam, który może błędnie (pobieżnie) opisywać istotę oferowanego produktu. Tym samym także w odniesieniu do konsumentów zrealizowana zostanie funkcja prewencyjna, gdyż informując o bezprawnych praktykach oraz przestrzegając przed nimi, należy zakładać, że świadomość konsumencka wzrośnie i konsumenci uważniej będą analizować przekaz reklamowy oraz informacje handlowe zawarte na witrynie internetowej w przyszłości. Funkcja edukacyjna i prewencyjna poprzez omawiany nakaz publikacji będzie realizować się także w odniesieniu do innych profesjonalnych uczestników rynku, których nie należy ograniczyć wyłącznie do operatorów telekomunikacyjnych. Publikacja ma stanowić czytelną informację dla przedsiębiorców, jakie wymogi powinien spełniać rzetelny i niewprowadzający w błąd przekaz reklamowy, a jednocześnie ostrzegać, iż w przypadku braku dochowania wymaganych standardów i zastosowania podobnej praktyki muszą liczyć się z określonymi sankcjami.

Mając na uwadze powyższe, orzeka się jak w pkt III sentencji niniejszej decyzji.

6. Rozstrzygnięcie zawarte w pkt IV sentencji decyzji.

Zgodnie z art. 103 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów 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 mającym dużą wartość, istotnym, doniosłym. Z uwagi na ważny interes konsumentów natychmiastowe wykonania obowiązków nałożonych w drodze decyzji staje się konieczne. 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 niniejszej sprawie przedmiotem ochrony jest interes konsumentów polegający na prawie do informacji. Mając na uwadze naruszenie tego właśnie interesu, które dokonało się poprzez stosowanie nieuczciwych praktyk rynkowych wprowadzających konsumentów w błąd, Prezes UOKiK zdecydował o nałożeniu na przedsiębiorcę obowiązku publikacji niniejszej decyzji. W ten sposób, w ocenie organu administracji, w połączeniu z nałożeniem kary pieniężnej na przedsiębiorcę, w pełni zostanie zrealizowana funkcja edukacyjna oraz prewencyjna.

W związku z powyższym, Prezes Urzędu za konieczne uznał także nadanie decyzji w zakresie zobligowania przedsiębiorcy do zaniechania stosowania przypisanych mu nieuczciwych praktyk rynkowych oraz obowiązku publikacji decyzji, rygoru natychmiastowej wykonalności. W ocenie Prezesa Urzędu, realizacja ww. funkcji przedmiotowej decyzji będzie możliwa tylko wtedy, gdy ww. obowiązek zostanie zrealizowany niezwłocznie po doręczeniu przedsiębiorcy decyzji. Zdaniem organu administracji tylko bowiem wtedy istnieje realna szansa na zrealizowanie oczekiwanych przez decyzję administracyjną funkcji. Podnieść należy, iż nakazanie przedsiębiorcom zaniechania stosowania opisanych w sentencji decyzji praktyk a także publikacji decyzji dopiero po jej uprawomocnieniu, może oznaczać, skuteczną z punktu widzenia Wspólników, kontynuację stosowania praktyki realnie naruszającej zbiorowy interes konsumentów. Podkreślić należy, iż nieuczciwy charakter przypisanych Wspólnikom praktyk przejawia się w zawieraniu przez konsumentów umów na niekorzystnych dla nich warunkach. Z nadsyłanych w toku postępowania skarg wynika ponadto, iż praktyki te są skuteczne – jej ujemne skutki przejawiają się każdego dnia. W takim wypadku, natychmiastowe zaprzestanie stosowania praktyk zarzucanych przedsiębiorcom ma decydujące znaczenie dla zapobieżenia dalszym naruszeniom interesów ekonomicznych konsumentów. Podnieść także trzeba, iż przedmiotem postępowania są praktyki dotyczące działań marketingowych przedsiębiorcy. Działania te, wprowadzające konsumentów błąd są jednocześnie skuteczne, co wynika z ilości nadsyłanych w toku prowadzonego postępowania skarg konsumenckich. W ocenie Prezesa Urzędu w niniejszej sprawie bezsprzecznie występuje przesłanka ważnego interesu konsumentów, który powinien być zabezpieczony poprzez nadanie decyzji w określonej w sentencji części rygoru natychmiastowej wykonalności. Ważnym interesem konsumentów, który podlega ochronie w niniejszym postępowaniu jest prawo do rzetelnej i pełnej informacji, które zostało naruszone. Dlatego też zachodzi konieczność szybkiego reagowania na naruszenie interesów konsumentów rozumianych jako prawo do informacji, a skutek ten nie zostanie osiągnięty bez nakazania natychmiastowej wykonalności pkt I i III sentencji decyzji.

Mając na uwadze powyższe, orzeka się jak w pkt IV sentencji niniejszej decyzji.

Kara pieniężna

Zgodnie z art.106 ust.1 pkt.4 ustawy o *ochronie (...)*, Prezes Urzędu 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 przepisu wynika, iż ww. kara ma charakter fakultatywny. W związku z tym Prezes Urzędu w ramach uznania administracyjnego decyduje czy zasadne jest w danej sprawie nałożenie kary. Ustawa nie zawiera katalogu przesłanek, od których uzależniona jest decyzja o nałożeniu kary. W art. 111 ustawy o *ochronie (...)* jedynie wskazano, iż ustalając wysokość kary Prezes Urzędu winien wziąć pod uwagę okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy. W rozpatrywanej sprawie, w punkcie I.1 i I.2 sentencji decyzji stwierdzono, że **Rafał Peisert i Iwona Kwiatkowska** prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą **Eller Service spółka cywilna** z siedzibą w Gdańsku naruszyli zakaz, o którym mowa w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy o *ochronie (...)*. Zakaz ten ma charakter bezwzględny, zatem nie istnieją przesłanki natury prawnej, które umożliwiały zalegalizowanie tych praktyk. Spełniona jest zatem podstawowa przesłanka warunkująca nałożenie kary pieniężnej. Prezes Urzędu uznał więc za uzasadnione w niniejszej sprawie, wobec uznania, iż Rafał Peisert i Iwona Kwiatkowska stosowali praktyki opisane w punkcie I.1-2 sentencji decyzji nałożenie na każdego z nich kar pieniężnych za zarzucone im praktyki.

Wskazać należy, iż fakt nałożenia kary podkreślać ma naganność zachowania podmiotu, który dopuścił się stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, a tym samym naruszył ustawę o *ochronie konkurencji i konsumentów*. Kara pieniężna nakładana przez Prezesa Urzędu pełni funkcję represyjną, prewencyjną oraz edukacyjną. Funkcja represyjna ma stanowić dolegliwość dla przedsiębiorcy łamiącego prawo oraz ma na celu przymuszenie go do powstrzymania się od podobnych działań. Funkcja prewencyjna oraz edukacyjna mają na celu powstrzymanie przedsiębiorcy stosującego praktykę oraz innych przedsiębiorców przed stosowaniem w przyszłości tego typu praktyk w obrocie z konsumentami.

Prezes Urzędu uznał za stosowne wymierzenie każdemu z przedsiębiorców jednej kary pieniężnej za stosowanie przypisanych im dwóch praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów opisanych w punkcie I.1. i I.2 sentencji niniejszej decyzji. Za taką, kumulatywną oceną stwierdzonych naruszeń przemawia przede wszystkim fakt, iż działania przedsiębiorców są ze sobą wzajemnie powiązane w ten sposób, że stanowią wzmacniające się środki osiągnięcia antykonsumenckiego celu – wprowadzenia konsumentów w błąd, co do bezpłatności świadczonych usług w okresie 10 dni od dnia zawarcia umowy oraz co do okresu, na jaki umowa zostaje zawarta

Ustalenie kar w przedmiotowej sprawie miało charakter wieloetapowy, co spowodowane było zaistnieniem w postępowaniu licznych okoliczności mających wpływ na jej wysokość. Wskazać jednakże należy, iż okoliczności brane przez Prezesa Urzędu pod uwagę przy miarkowaniu kary dla jednego z przedsiębiorców były tożsame z tymi, brany pod uwagę,

przy wymierzaniu kary dla drugiego ze współników. Ustalając wymiar kary pieniężnej Prezes Urzędu w pierwszej kolejności dokonał oceny wagi stwierdzonych praktyk i na tej podstawie ustalił kwotę bazową, stanowiącą podstawę do dalszych ustaleń wysokości kary, a następnie – w oparciu o zaistniałe w sprawie okoliczności mające wpływ na wysokość kary – dokonał gradacji ustalonej kwoty bazowej.

Podstawą obliczenia wysokości kary jest przychód każdego z przedsiębiorców osiągnięty w roku poprzedzającym rok nałożenia kary tj. kwota zarówno dla Rafała Peiserta jak i Iwony Kwiatkowskiej po (...) zł.

Przed wszystkim wzięto pod uwagę fakt, iż naruszenie przez Wspólników zbiorowych interesów konsumentów polegało na stosowaniu nieuczciwych praktyk rynkowych wprowadzających konsumentów w błąd, co do rzeczywistej treści zawieranego przez nich z dostawcami usług stosunku prawnego. Praktyki stosowane przez przedsiębiorców naruszają przede wszystkim podstawowe prawo konsumentów, to jest prawo do rzetelnej i prawdziwej informacji, której konsument może oczekiwać od kierowanego do niego przekazu reklamowego. W niniejszej sprawie konsumenci, pod ich wpływem, podejmowali ponadto konkretne decyzje dotyczące umowy, o skutkach finansowych, których inaczej by nie podjęli, w wyniku czego naruszone zostały także ich istotne interesy ekonomiczne. Podkreślić ponownie należy, iż przypisane przedsiębiorcom praktyki wzmacniają się nawzajem, a do naruszenia zbiorowego interesu konsumentów dochodzi na etapie przedkontraktowym (zachęcenia do skorzystania z oferowanych usług za pomocą reklamy i informacji handlowych wprowadzających w błąd. Tym samym, konsument już od pierwszego zetknięcia się z ofertą handlową prezentowaną przez Wspólników zostaje wprowadzony w błąd, co do rzeczywistych warunków jej świadczenia, a przekaz ten jest umacniany na dalszych etapach zawierania umowy. Przypisane przedsiębiorcom nieuczciwe praktyki handlowe uniemożliwiają konsumentom podjęcie świadomej decyzji dotyczącej zawarcia kontraktu, co wydaje się być zamierzonym celem przedsiębiorców.

Ustalając wagę naruszeń przypisanych Wspólnikom Prezes Urzędu wziął również pod uwagę ich długotrwałość, którą należy rozpatrywać nie tylko w odniesieniu do okresu stosowania zarzucanych praktyk (od 17.03.2009r.) ale w niniejszej sprawie również przede wszystkim w odniesieniu do ich trwałego charakteru (permanentnego stosowania) i skutków jakie z tego powodu wynikają.

Powyżej opisane okoliczności pozwoliły Prezesowi Urzędu na stwierdzenie, iż łącznie waga naruszeń w przedmiotowej sprawie kształtuje się na poziomie (...) % przychodu osiągniętego przez każdego ze Wspólników w 2009 r. Tym samym ustalona przez Prezesa Urzędu kwota bazowa stanowiąca równowartość (...) % przychodu osiągniętego przez Rafała Peiserta oraz Iwonę Kwiatkowską wynosi (po zaokrągleniu do zł.) (...) zł, dla każdego z nich.

Dokonując ustalenia ostatecznego wymiaru kary pieniężnej nałożonej na każdego z przedsiębiorców rozważono również zastosowanie zaistniałych w postępowaniu okoliczności łagodzących jak i zaostrzających wymiar kary. Prezes Urzędu uwzględniając poszczególne ww. okoliczności miał na uwadze całokształt zebranego w postępowaniu materiału dowodowego.

Jako okoliczności obciążające Prezes Urzędu przyjął ogólnopolski zasięg stwierdzonych naruszeń oraz ich skalę i dolegliwość, na którą wskazują liczne pisma otrzymane od skarżących się na działalność przedmiotowej spółki konsumentów. Działalność w zakresie świadczenia przez Eller Service s.c. usług drogą elektroniczną dotyczy bowiem całego terytorium Polski. Istotnym argumentem za podwyższeniem kary jest również to, że całość przychodu osiągniętego przez Wspólników pochodzi z działalności gospodarczej prowadzonej w sposób, który został

zakwestionowany przez Prezesa Urzędu niniejszą decyzją. I tak, każdy z konsumentów zawierający umowy ze Wspólnikami narażony był na kierowany do nich, wprowadzający w błąd, przekaz reklamowy, jak i każdy z nich podejmował decyzję dotyczącą umowy w oparciu o mylący (zwodniczy) charakter informacji handlowej zawartej na witrynie internetowej oraz nie posiadając pełnej i jasnej informacji potrzebnej do zawarcia kontraktu. Tym samym, potencjalnie, u podłoża każdej korzyści uzyskanej przez Wspólników z tytułu świadczenia oferowanych usług, leżało działanie uznane przez Prezesa Urzędu za niedozwolone.

W przedmiotowej sprawie Prezes Urzędu nie dopatrywał się okoliczności, które mogłyby spowodować złagodzenie kary.

Tym samym uwzględnienie wskazanych powyżej okoliczności zaostrzających wymiar kary pieniężnej spowodowało jej podwyższenie dla każdego z przedsiębiorców o (...) %, to jest o kwotę (...) zł. - do kwoty (po zaokrągleniu) (...) zł. Tak ustalone kary pieniężne stanowiłyby (...) % przychodu każdego z przedsiębiorców za rok 2009 r. czyli (...) % kary maksymalnej, jaka mogłaby być w tym przypadku na każdego z nich nałożona.

Prezes Urzędu uznał jednak, iż kary w powyższej wysokości byłyby rażąco niskie i nie spełniałyby swoich celów, to jest nie przyczyniłyby się do zapewnienia trwałego zaniechania przez Wspólników naruszeń interesów konsumentów w przyszłości i nie stanowiłyby odpowiednio dolegliwej represji. Tym samym uznał za stosowne dokonać ich nadzwyczajnego podwyższenia.

Mieć bowiem należy na uwadze, iż niedozwolone praktyki przypisane przedsiębiorcom mają bardzo rozległy charakter i są powiązane ze sprzedażą produktu cyfrowego bardzo popularnego wśród młodych konsumentów, w tym dzieci, na co wskazują znajdujące się w materiale dowodowym skargi. Co więcej, działalność przedsiębiorców, którzy są w pełni odpowiedzialni za treść informacji handlowej eksponowanej konsumentom, zmierzała nie tylko do mylnego przedstawienia cech zawieranej umowy, ale także, do uzyskania w jej wyniku korzyści majątkowych. Brać także należy pod uwagę wyjątkową szkodliwość stosowanych przez przedsiębiorców praktyk, która przejawia się nie tylko w podejmowaniu przez konsumentów decyzji dotyczących umowy, których inaczej by nie podjęli, ale wynikających z owych decyzji możliwych skutków wiążących się z ewentualnymi sporami ze Wspólnikami na tle wykonywania zawartych umów. Znamionnym jest także, iż w stosunkowo krótkim okresie czasu (17 marzec 2009 roku – 3 luty 2010 rok) Wspólnicy w ramach prowadzonej działalności zawarli aż 43 037 umów z konsumentami. Wskazać należy, że działalność prowadzona przez przedmiotowych przedsiębiorców znamionuje się dużą rentownością. Wskaźnik rentowności sprzedaży brutto za okres 2009 roku, rozumiany jako relacja wyniku finansowego brutto do zysku brutto informujący o tym, ile zysku brutto przynosi jeden złoty uzyskanych przychodów ze sprzedaży, kształtuje się bowiem dla prowadzonej przez Wspólników działalności gospodarczej na poziomie (...) %. Tym samym każde 100 zł uzyskanego przychodu z prowadzonej działalności generuje (...) zł zysku. Domniemywać należy także, iż część przychodu uzyskanego przez Wspólników była wynikiem wpłat dokonanych przez konsumentów pragnących jedynie uniknąć sporu z przedsiębiorcami. Podnieść również należy, iż rynek usług internetowych jest rynkiem dynamicznie rozwijającym się, na którym strona nabywająca lub zamawiająca daną usługę jest w nieporównanie słabszej pozycji aniżeli w przypadku dokonywania transakcji w sposób tradycyjny, w siedzibie przedsiębiorcy. Tym samym od przedsiębiorców działających na takim rynku wymagać należy szczególnej wiarygodności i uczciwości a wszelkie leżące po ich stronie naruszenia słusznych interesów konsumentów zasługują na surowe sankcje.

Mając powyższe na uwadze Prezes Urzędu, uznał za zasadne nadzwyczajnie podwyższyć powyżej ustalone kary pieniężne i nałożyć na każdego ze Wspólników kary pieniężne w wysokości (...) % kary maksymalnej możliwej do nałożenia na każdego z nich. Skoro przychód każdego ze Wspólników wyniósł w 2009 roku po (...) zł, to kara maksymalna, jaka mogła być nałożona na każdego ze Wspólników wyniosłaby po (...). Kary, które Prezes Urzędu postanowił wymierzyć na każdego z przedsiębiorców a kształtujące się na poziomie (...) % kary maksymalnej wynoszą zatem po (po zaokrągleniu do pełnej złotówki) 119 570 zł (słownie sto dziewiętnaście tysięcy pięćset siedemdziesiąt złotych).

Zdaniem Prezesa Urzędu dopiero tak określone kary spełnią zarówno rolę represyjną jako sankcja i dolegliwość za naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jak i prewencyjną, zapobiegając ponownemu ich naruszeniu. Nie bez znaczenia jest też jej walor wychowawczy, w tym wymiar ogólny, odstrasżający dla innych przedsiębiorców działających w branży przed podobnym naruszaniem słusznym interesów konsumentów.

Przyjmując wspomniane ww. wcześniej okoliczności naruszenia przepisów ustawy o ochronie (...), jak również fakt, iż kara winna być orzekana na poziomie wystarczającym do osiągnięcia zamierzonego celu i odczuwalna dla przedsiębiorcy, Prezes Urzędu postanowił nałożyć karę w wysokości określonej **jak w punkcie V i VI sentencji decyzji.**

Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy o ochronie (...) karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie: **NBP O/O Warszawa 51101010100078782231000000.**

Wobec powyższego, Prezes Urzędu orzekł jak w sentencji niniejszej decyzji.

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

Otrzymuje:
r.pr. Dariusz Knera
ul. Wyczółkowskiego 91
80-147 Gdańsk