

*Sygn. akt XVII AmA 18/17*

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 1 lipca 2019 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie Wydział XVII Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

**Przewodniczący – SSO Bogdan Gierzyński**

Protokolant: sekretarz sądowy Wioleta Donoch

po rozpoznaniu w dniu 1 lipca 2019 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania (...) **Spółki Akcyjnej z siedzibą w W.**

przeciwko **Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

**o stwierdzenie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów**

na skutek odwołania od Decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 27 grudnia 2016 r., Nr (...)

1. oddala odwołanie;
2. zasądza od (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 720 zł (siedemset dwadzieścia złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

SSO Bogdan Gierzyński

**Wersja jawna**

Sygn. akt XVII AmA 18/17

## UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów decyzją z dnia 27 grudnia 2016 r., Nr (...):

I. na podstawie art. 27 ust. 1 i 2 w zw. z art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 184 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania w sprawie praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, uznał za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zachowanie (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W., polegające na pobieraniu płatności za aktywowane konsumentom usługi: serwis „(...)”/ (...) lub usługę dodatkową (...), pomimo nieuzyskania w chwili wyrażenia przez konsumenta woli związania się umową o świadczenie usług telekomunikacyjnych wyraźnej zgody na dodatkową płatność związaną z tymi usługami, co narusza art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (Dz. U. z 2014 r., poz. 827 ze zm.) oraz godzi w zbiorowe interesy konsumentów i stwierdził jej zaniechanie z dniem 17 grudnia 2016 r.;

II. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 184 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania w sprawie praktyki naruszającej zbiorowe interesy

konsumentów, nałożył na (...) Spółkę Akcyjną z siedzibą w W. obowiązek publikacji wersji jawnej niniejszej decyzji w całości, na koszt (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W., na stronie internetowej tego przedsiębiorcy (w dacie wydania niniejszej decyzji jest to strona internetowa (...) w ciągu 30 (trzydziestu) dni od daty uprawomocnienia się przedmiotowej decyzji w ten sposób, że odnośnik do treści wersji jawnej decyzji powinien zostać umieszczony na stronie głównej i opisany w następujący sposób: „Decyzja Prezesa UOKiK nr (...)”, oraz utrzymywania jej na przedmiotowej stronie internetowej przez okres 1 (jednego) miesiąca od daty opublikowania na stronie internetowej.

III. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie

konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 184 ze zm.), nałożył na (...) Spółkę Akcyjną z siedzibą w W., płatną do budżetu państwa, karę pieniężną w wysokości 15.047.138 złotych (słownie: piętnaście milionów czterdzieści siedem tysięcy sto trzydzieści osiem złotych), z tytułu naruszenia zakazu, o jakim mowa w art. 24 ust. 1 i 2

ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w zakresie określonym w punkcie I rozstrzygnięcia niniejszej decyzji.

IV. na podstawie art. 77 ust. 1 i art. 80 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 184 ze zm.), oraz na podstawie art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 23 ze zm.) w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, obciąża się (...) Spółkę Akcyjną z siedzibą w W. kosztami przeprowadzonego postępowania w sprawie praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów oraz zobowiązuje się tego przedsiębiorcę do zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kosztów postępowania w kwocie 18,60 złotych (słownie: osiemnaście złotych sześćdziesiąt groszy) w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Od powyższej decyzji odwołanie złożył (...) S.A. z siedzibą w W. zaskarżając ją w całości.

Odwołujący zarzucił zaskarżonej decyzji naruszenie:

1. art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (Dz. U. z 2014 r., poz. 827 ze zm.), dalej „UPK”, poprzez jego nieprawidłową interpretację polegającą na przyjęciu, że:

a. opłaty za usługi, których dotyczy Zaskarżona Decyzja stanowią dodatkową płatność wykraczającą poza uzgodnione wynagrodzenie za główne obowiązki umowne (...), podczas gdy opłaty te stanowią wynagrodzenie za główne obowiązki umowne (...) ustalone między (...) a Abonentem;

b. usługi, których dotyczy Zaskarżona Decyzja nie stanowią głównych obowiązków umownych, pomimo tego, że strony umowy w sposób wyraźny uzgodniły między sobą wynagrodzenie za świadczenie usług telekomunikacyjnych, w tym usług dodatkowych usług telekomunikacyjnych oraz specjalistycznych usług telekomunikacyjnych;

c. skoro usługi, których dotyczy Zaskarżona Decyzja są, według Prezesa UOKiK, usługami dodatkowymi, to (...) nie uzyskiwała od konsumentów - najpóźniej w chwili wyrażenia przez nich woli związania się umową o świadczenie usług telekomunikacyjnych - wyraźnej zgody na dodatkową płatność związaną z usługami, których dotyczy Zaskarżona Decyzja, podczas gdy proces informowania abonentów o aktywowanych usługach przewidywał siedem różnych form informowania oraz akceptacji zakresu aktywowanych usług oraz we wzorcach umownych (...) zawarte były wyraźne informacje o zasadach aktywacji usługi oraz oświadczenia abonentów, którzy akceptowali zakres świadczonych usług, w tym usług będących przedmiotem Zaskarżonej Decyzji;

d. skoro usługi, których dotyczy Zaskarżona Decyzja są usługami dodatkowymi, to (...) nie uzyskiwała od konsumentów wyraźnej zgody na dodatkową płatność - najpóźniej w chwili wyrażenia przez nich woli związania się umową o świadczenie usług telekomunikacyjnych - związaną z usługami, których dotyczy Zaskarżona Decyzja;

e. główne obowiązki umowne muszą posiadać charakter konstytutywny, przez co strony nie mogą uzgadniać między sobą, że usługi o charakterze dodatkowym lub specjalistycznym mogą być przedmiotem głównych obowiązków umownych;

f. posiadanie przez usługę telekomunikacyjną charakteru dodatkowego lub specjalistycznego oznacza, że usługa ta nie może być przedmiotem głównych obowiązków umownych.

2. art. 24 ust. 1 i art. 24 ust. 2 Ustawy, poprzez błędne przyjęcie przez Prezesa UOKiK, że działanie (...) polegające na pobieraniu opłat za aktywowane konsumentom usługi „(...)” / (...) lub usługę dodatkową (...) jest sprzeczne z prawem oraz godzi w zbiorowe interesy konsumentów;

3. art. 2 Konstytucji RP w zw. z art. 106 ust. 1 pkt 4 Ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, poprzez zmianę przez Prezesa UOKiK wykładni prawa i praktyki jego stosowania w zakresie usług będących przedmiotem Zaskarżonej Decyzji;

4. naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 4 Ustawy w zw. z art. 8 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity Dz.U. z 2016 r., poz. 23, ze zm., dalej jako: „kpa”) poprzez nałożenie na (...) kary pieniężnej, pomimo że nie zachodziły ku temu przesłanki, gdyż:

i. (...) nie dopuściła się naruszenia zbiorowych interesów konsumentów;

ii. (...) nie ponosi winy, choćby nieumyślnej, w związku z zarzucanym naruszeniem.

5. naruszenie art. 111 Ustawy w zw. z art. 2 Dyrektywy 2009/22 poprzez nałożenie na (...) kary pieniężnej nieproporcjonalnej do stwierdzonych naruszeń oraz nadmiernie surowej - do czego doszło w związku z nieuwzględnieniem lub niewłaściwym uwzględnieniem w Zaskarżonej Decyzji dyrektyw wymiaru kary wynikających z tego przepisu, a to:

i. przyjęcie jako podstawy do obliczania wartości obrotu całości przychodów uzyskanych przez (...) w roku 2016, podczas gdy należało uwzględnić wyłącznie przychody uzyskiwane przez (...) w związku z działalnością na rynku połączeń głosowych lub przychody z tytułu usług będących przedmiotem Zaskarżonej Decyzji;

ii. niewystarczające uwzględnienie przy ustalaniu wysokości kwoty bazowej okoliczności obniżających wagę naruszenia, tj.:

- zaniechania naruszenia przez (...) oraz

- aktywnej współpracy (...) z Prezesem UOKiK w czasie trwania postępowania, co znacząco wpływa na ocenę wagi zarzucanego naruszenia, uzasadniając przyjęcie jako podstawy do obliczania kary mniejszej kwoty bazowej,

iii. nieprawidłowe przyjęcie jako okoliczności obciążającej ogólnopolskiego charakteru działań (...), podczas gdy charakter działalności prowadzonej przez (...) powoduje, że co do zasady ma ona wymiar ogólnopolski, co z kolei powoduje, że na (...) z założenia byłyby zawsze nakładane kary wyższe niż na innych przedsiębiorców;

iv. istotne przekroczenie wymiaru kary pieniężnej wystarczającego do osiągnięcia prewencyjnej funkcji kary;

v. niewystarczające uwzględnienie:

- statystyk liczbowych dotyczących dezaktywacji Usług;

- wskaźnika reklamacji Usług.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1. uchylenie Zaskarżonej Decyzji w całości;

2. dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

- wydruk Decyzji z dnia 2 listopada 2011 r. (...) nr (...);

- wydruk Decyzji z dnia 15 marca 2016 r. (...);

- wydruk Decyzji z dnia 27 marca 2015 r. (...);

- wydruk informacji ze strony internetowej pod adresem

[https://www.uokik.gov.pl/faq\\_telefonia\\_komorkowa.php#faq\\_1332](https://www.uokik.gov.pl/faq_telefonia_komorkowa.php#faq_1332) z sekcji

„Telefonia Komórkowa” stanowiącej odpowiedź na pytanie: Podpisałem

umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych, w której znajduje się

klauzula, iż zapoznałem się i akceptuję regulamin oraz cennik, jednak przy

zawieraniu umowy tych dokumentów nie otrzymałem. Czy wówczas

obowiązuje mnie ich treść?

- odpowiedź Prezesa UOKiK na pisemny wniosek o udostępnienie informacji publicznej - na okoliczność wszczęcia przez Prezesa UOKiK postępowań wyjaśniających dotyczących pozyskiwania wyraźnych zgód w stosunku do konkurentów (...);

- wydruk uzasadnienia do ustawy o prawach konsumenta ze strony internetowej <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2076> ;

3. zasądzenie od Prezesa UOKiK na rzecz (...) kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych;

4. przeprowadzenie rozprawy, także pod nieobecność (...).

5. wniosł również o skierowanie przez Sąd w trybie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. UE C 326 z 26.10.2012, s. 47, dalej jako: „TFUE”) następującego pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej:

„Czy art. 22 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniającej dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylającej dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady należy interpretować w ten sposób, że sprzeczny z nim jest przepis prawa krajowego uznający za niedopuszczalne uzyskiwanie wyraźnej zgody od konsumenta poprzez wskazanie listy wzorców umownych oraz umieszczenie pod listą wzorców umownych oświadczenia, które jest wybierane oraz podpisywane przez konsumenta, o zapoznaniu się i akceptacji wskazanych wzorców umownych”.

W odpowiedzi na odwołanie pozwany Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wniosł o:

1. oddalenie odwołania w całości;

2. oddalenie wniosków dowodowych Powoda wskazanych w treści odwołania

dotyczących:

- wydruku informacji ze strony internetowej Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów dostępnej pod adresem: [https://www.uokik.gov.pl/faq\\_telefonia\\_komorkowa.php#faq1332](https://www.uokik.gov.pl/faq_telefonia_komorkowa.php#faq1332) z sekcji „Telefonia Komórkowa” stanowiącej odpowiedź na pytanie: Podpisałem umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych, w której znajduje się klauzula, iż zapoznałem się i akceptuję regulamin oraz cennik, jednak przy zawieraniu umowy tych dokumentów nie otrzymałem. Czy wówczas obowiązuje mnie ich treść?

- odpowiedzi Prezesa Urzędu na pisemny wniosek Powoda o udostępnienie informacji publicznej - na okoliczność wszczęcia przez Prezesa Urzędu postępowań wyjaśniających dotyczących pozyskiwania wyraźnych zgód w stosunku do konkurentów (...),

- wydruku uzasadnienia projektu do ustawy o prawach konsumenta (druk sejmowy nr 2076) ze strony internetowej <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2076>;

3. oddalenie wniosku Powoda o skierowanie pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej;

4. zasądzenie od Powoda na rzecz Pozwanego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił następujący stan faktyczny:

(...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W., operator sieci (...), jest przedsiębiorcą wpisanym do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS: (...). Ponadto, działalność telekomunikacyjna jest działalnością regulowaną i podlega wpisowi do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej. (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W. jest wpisana do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych pod numerem 4.

(...) pobierała płatności za aktywowane konsumentom usługi: serwis „(...)/ (...)” lub usługę dodatkową (...), pomimo niezyskania w chwili wyrażenia przez konsumenta woli związania się umową o świadczenie usług telekomunikacyjnych wyraźnej zgody na dodatkową płatność związaną z tymi usługami, co narusza art. 10 ust. 1 upk oraz godzi w zbiorowe interesy konsumentów.

W ramach serwisu „(...)/ (...)” Spółka umożliwia Użytkownikom, korzystanie z Serwisu polegającego na (i) ustawieniu przez Użytkownika w systemach teleinformatycznych Operatora określonego dźwięku na tle sygnału oczekiwania na połączenie z jego numerem telefonu i (ii) odtwarzaniu tego dźwięku na tle tego sygnału osobom inicjującym próbę połączenia z jego numerem (pkt 3. Regulaminu serwisu „(...)/ (...)”, dalej także „Regulamin serwisu”). W odniesieniu zaś do usługi dodatkowej (...) Spółka umożliwia konsumentom za pomocą usługi WAP specjalny korzystanie z Serwisu polegającego na udostępnianiu Użytkownikom poprzez WAP link, SMS, MMS informacji oraz serwisów rozrywkowych (pkt 2 Regulaminu usługi dodatkowej (...), dalej także „Regulamin usługi dodatkowej”). /dowód: załącznik nr 2 do pisma (...) z dnia 16 lipca 2015 r., karty 11 i 13/

Regulacje odnoszące się do przedmiotowych usług znajdowały się w następujących rodzajach wzorców umów, tj. w:

- a) tzw. Warunkach konkretnej oferty promocyjnej,
- b) Regulaminie usługi dodatkowej,
- c) Warunkach cenowych usługi dodatkowej (...) (dalej także „Warunki cenowe usługi dodatkowej”),
- d) Regulaminie serwisu,
- e) Warunkach cenowych serwisu „(...)/ (...)” (dalej także „Warunki cenowe serwisu”).

Postanowienia odnoszące się do serwisu „(...)”/ (...) oraz usługi dodatkowej (...) znajdowały się w szeregu wzorców umów wykorzystywanych przez (...) w obrocie konsumenckim - tzw. Warunków ofert promocyjnych (wskazane jako zbiorcza kategoria w pkt a) powyżej).

Spółka stosowała wzorce umów zawierające postanowienia przewidujące automatyczną aktywację usług objętych niniejszym postępowaniem, co najmniej od 25 grudnia 2014 r., czyli od dnia wejścia w życie ustawy o prawach konsumenta, wprowadzającej do polskiego porządku prawnego przepis art. 10 ust. 1, nakładający na przedsiębiorcę obowiązek uzyskania od konsumentów wyraźnej zgody na każdą dodatkową płatność wykraczającą poza uzgodnione wynagrodzenie za główne obowiązki umowne przedsiębiorcy najpóźniej w chwili wyrażenia przez konsumenta woli związania się umową, będący w niniejszej sprawie podstawą do kwestionowania zachowania Spółki.

Lista wzorców umów stosowanych przez Spółkę w obrocie konsumenckim na dzień 25 grudnia 2014 r., których postanowienia odnoszą się do serwisu „(...)”/ (...) lub usługi dodatkowej (...), stanowi załącznik nr 1 do niniejszej decyzji.

Wzorce umów stosowane w obrocie konsumenckim na dzień 25 grudnia 2014 r., zawierały - przykładowo - następujące postanowienia odnoszące się do usług objętych niniejszym postępowaniem:

a) w zakresie ofert abonamentowych:

„12. Serwis „(...)” (dalej również „Serwis”) zostanie nieodpłatnie aktywowany każdemu Abonentowi, który nigdy nie korzystał z Serwisu, a który skorzysta z niniejszej Oferty. Serwis zostanie włączony na danym numerze abonamentowym w terminie 30 dni od momentu zawarcia Aneksu na koncie Abonenta.

12.1. Serwis aktywowany jest z wybranym przez Operatora utworem, spośród utworów dostępnych w ramach Serwisu, za co Operator nie pobierze opłaty (zmiana utworu przez Abonenta związana jest z opłatą wskazaną w Regulaminie Serwisu „(...)”/ (...) dostępnym na stronie internetowej (...) Operator nie pobierze także opłat abonamentowych za korzystanie z Serwisu w trakcie okresu promocyjnego trwającego od aktywacji Serwisu do końca Cyklu Rozliczeniowego, następującego po Cyklu Rozliczeniowym, w którym nastąpi aktywacja Serwisu. Po zakończeniu okresu promocyjnego za dalsze korzystanie z Serwisu (...) będzie pobierał opłatę abonamentową, określoną w Regulaminie Serwisu „(...)”/ (...), w wysokości 2 zł z VAT w Cyklu Rozliczeniowym.

12.2. Opłata abonamentowa za Serwis będzie wyodrębniona na fakturze, jako „Abonament za usługi dodatkowe - (...)”.

12.3. Po aktywacji Serwisu „(...)” Abonent otrzyma SMS z komunikatem potwierdzającym aktywację usługi oraz informującym o sposobie rezygnacji z Serwisu.

12.4. Po aktywacji Serwisu „(...)” Abonent może w dowolnym momencie zrezygnować z korzystania z Serwisu poprzez wysłanie wiadomości SMS o treści (...) na bezpłatny numer (...).”

b) w zakresie ofert mieszanych -(...):

„2. Serwis „(...)”

2.1. Serwis „(...)” (dalej również „Serwis”) zostanie nieodpłatnie aktywowany w terminie 30 dni od momentu aktywacji Karty SIM.

2.2. Serwis aktywowany jest z wybranym przez Operatora utworem, spośród utworów dostępnych w ramach Serwisu, za co Operator nie pobierze opłaty (zmiana utworu przez Abonenta (...) związana jest z opłatą wskazaną w Regulaminie Serwisu „(...)”/ (...)). Operator nie pobierze także Opłaty cyklicznej za korzystanie z Serwisu w trakcie okresu promocyjnego trwającego przez pierwszy Cykl 30 dniowy. Po zakończeniu okresu promocyjnego za dalsze korzystanie z Serwisu Operator będzie pobierał Opłatę Cykliczną, określoną w Regulaminie Serwisu „(...)”/ (...), w wysokości 2 zł z VAT/Cykl 30 dniowy.

2.3. Po aktywacji Serwisu Abonent (...) otrzyma SMS z komunikatem potwierdzającym aktywację usługi oraz informującym o sposobie rezygnacji z Serwisu.

2.4. Po aktywacji Serwisu Abonent (...) może w dowolnym momencie zrezygnować z korzystania z Serwisu poprzez wysłanie wiadomości SMS o treści (...) na bezpłatny numer (...).

2.5. Przed zakończeniem okresu promocyjnego, o którym mowa w pkt 2.2, Abonent (...) otrzyma SMS informujący o tym, iż za dalsze korzystanie z Serwisu pobierana będzie Opłata Cykliczna oraz o sposobie bezpłatnej rezygnacji z Serwisu. "

c) w zakresie ofert przedpłaconych - prepaid:

„3. Serwis "(...)" oraz pakiet (...)

3.1. Każdemu Użytkownikowi Startera (...) na kartę będącego przedmiotem niniejszej oferty, który doładuje konto, w ciągu 30 dni aktywowany zostanie Serwis "(...)" (dalej "Serwis") oraz pakiet (...).

Po aktywacji Serwisu Użytkownik otrzyma SMS z komunikatem potwierdzającym ten fakt oraz informującym o sposobie rezygnacji z Serwisu.

3.3. Serwis aktywowany jest z wybranym przez Operatora utworem, spośród utworów dostępnych w ramach Serwisu, za co Operator nie pobierze opłaty (zmiana utworu przez Użytkownika związana jest z opłatą wskazaną w Regulaminie Serwisu "(...)" / (...) dostępnym na stronie internetowej (...) Operator nie pobierze także Opłaty Cyklicznej za korzystanie z Serwisu w trakcie okresu promocyjnego trwającego przez pierwszy Cykl 30 dniowy. Po zakończeniu okresu promocyjnego za dalsze korzystanie z Serwisu Operator będzie pobierał Opłatę Cykliczną, określoną w Regulaminie Serwisu "(...)" / (...), w wysokości 2złzVAT I Cykl 30 dniowy.

3.4. Użytkownik może w dowolnym momencie zrezygnować z Serwisu poprzez wysłanie ze swojego telefonu SMS-a o treści: (...) na bezpłatny numer (...).

3.5. Przed zakończeniem okresu promocyjnego, Użytkownik otrzyma SMS informujący o tym, iż za dalsze korzystanie z Serwisu pobierana będzie Opłata Cykliczna oraz o sposobie bezpłatnej rezygnacji z Serwisu.

3.6. Po aktywacji pakietu (...) Użytkownik otrzyma SMS z komunikatem potwierdzającym aktywację usług oraz informującym o rezygnacji z Pakietu.

3.7. Korzystanie z pakietu (...) jest bezpłatne w promocyjnym okresie 7 dni, Uczę od dnia otrzymania SMS z komunikatem potwierdzającym aktywację danej Prenumeraty w ramach Pakietu. Po zakończeniu okresu promocyjnego opłata za poszczególne Prenumeraty będzie naliczana w następującej wysokości:

3.8. Prenumerata SMS „(...)” - 0,10 zł z VAT za jeden otrzymany SMS. Wiadomość wysyłana raz dziennie od poniedziałku do piątku.

3.9. Prenumerata MMS „(...)” - 0,10 zł z VAT za jeden otrzymany MMS. Wiadomość wysyłana raz dziennie od poniedziałku do piątku.

3.10. Prenumerata MMS zostanie aktywowana Użytkownikom korzystającym z niniejszej Oferty, posiadającym aparaty telefoniczne obsługujące wiadomości MMS. Prenumerata SMS zostanie aktywowana Użytkownikom korzystającym z niniejszej Oferty, posiadającym aparaty telefoniczne nie obsługujące wiadomości MMS.

3.11. Po aktywacji Pakietu Użytkownik może w dowolnym momencie zrezygnować z poszczególnych Prenumerat poprzez wysłanie na bezpłatny numer 8717 komunikatów:

3.12. Prenumerata SMS „(...)” - SMS o treści (...)

3.13. Prenumerata MMS „(...)” - SMS o treści (...)

3.14. Przed zakończeniem okresu promocyjnego, o którym mowa w pkt 3.7, Użytkownik otrzyma SMS informujący o tym, iż za dalsze korzystanie z Pakietu pobierane będą opłaty oraz o sposobie bezpłatnej rezygnacji z Pakietu." / dowód: pismo (...) z dnia 11 października 2016 r., karty 90-92/

Na dzień doręczenia postanowienia o wszczęciu niniejszego postępowania, stosowała w obrocie konsumenckim wzorce umów również zawierające postanowienia przewidujące automatyczną aktywację serwisu „(...)”/ (...) lub usługi dodatkowej (...).

Lista wzorców umów, zawierających postanowienia odnoszące się do automatycznej aktywacji usług objętych niniejszym postępowaniem, stanowi załącznik nr 2 do niniejszej decyzji.

Postanowienia wzorców umów dotyczące automatycznej aktywacji przedmiotowych usług miały - przykładowo - następującą treść:

a) w zakresie ofert abonamentowych:

3.5. „(...)”:

3.5.1. Serwis będzie aktywowany z utworem wybranym przez Operatora. Ewentualna zmiana utworu przez Abonenta spowoduje naliczenie opłaty zgodnie z „Regulaminem Serwisu „(...)”/ (...)” i „Warunkami Cenowymi Serwisu „(...)”/ (...)”.

3.5.2. Operator nie pobiera opłaty cyklicznej za korzystanie z serwisu (abonamentu za serwis) od jego automatycznej aktywacji do końca Cyklu Rozliczeniowego następującego po Cyklu Rozliczeniowym, w którym ona nastąpiła. Opłata będzie pobierana po tym okresie.

b) w zakresie ofert mieszanych - (...):

4. Serwis „(...)” oraz (...)

4.1. Serwis (...) na Czekańie" (dalej również „Serwis”) oraz pakiet (...) (dalej (...)) zostaną nieodpłatnie aktywowane w 30 dni od momentu aktywacji Karty SIM.

4.2. Serwis aktywowany jest z wybranym przez Operatora utworem, spośród utworów dostępnych w ramach Serwisu, za co Operator nie pobierze opłaty (zmiana utworu przez Abonenta (...) związana jest z opłatą wskazaną w Regulaminie Serwisu (...) na Czekańie"/ (...)). Operator nie pobierze także Opłaty cyklicznej za korzystanie z Serwisu w trakcie okresu promocyjnego trwającego przez pierwszy Cykl 30 dniowy. Po zakończeniu okresu promocyjnego za dalsze korzystanie z Serwisu (...) będzie pobierał Opłatę Cykliczną, określoną w Regulaminie Serwisu „(...)”/ (...), w wysokości 2zł/Cykl 30 dniowy.

4.3. Po aktywacji Serwisu Abonent (...) otrzyma SMS z komunikatem potwierdzającym aktywację usługi oraz informującym o sposobie rezygnacji z Serwisu.

4.4. Po aktywacji Serwisu Abonent (...) może w dowolnym momencie zrezygnować z korzystania z Serwisu poprzez wysłanie wiadomości SMS o treści (...) na bezpłatny numer (...).

4.5. Przed zakończeniem okresu promocyjnego, o którym mowa w pkt 4.1., Abonent (...) otrzyma SMS informujący o tym, iż za dalsze korzystanie z Serwisu pobierana będzie Opłata Cykliczna oraz o sposobie rezygnacji z Serwisu.



4.6. Korzystanie z Pakietu Prenumerata jest bezpłatne w promocyjnym okresie 7 dni, Ucząc od dnia otrzymania pierwszego SMS z daną prenumeratą. Po zakończeniu okresu promocyjnego opłata za poszczególne prenumeraty będzie naliczana w wysokości 0,10 zł za jeden otrzymany SMS. Wiadomość wysyłana raz dziennie od poniedziałku do piątku.

4.7. Po aktywacji Pakietu Prenumerata Abonent (...) otrzyma SMS z komunikatem potwierdzającym aktywację usług oraz informującym o sposobie rezygnacji z Pakietu Prenumerata.

4.8. Po aktywacji Pakietu Prenumerata Abonent (...) może w dowolnym momencie zrezygnować z poszczególnych Prenumerat poprzez wysłanie SMS o treści (...) na bezpłatny numer (...).

c) w zakresie oferty przedpłaconych - pre-paid

### 3. Serwis „(...)” oraz pakiet (...)

3.1. Każdemu Użytkownikowi Startera(...)na kartę będącego przedmiotem niniejszej oferty, który doładuje konto kwotą minimum 5 zł z VAT, w ciągu 30 dni aktywowany zostanie Serwis „(...)” (dalej „Serwis”) oraz pakiet (...).

3.2. Po aktywacji Serwisu Użytkownik otrzyma SMS z komunikatem potwierdzającym ten fakt oraz informującym o sposobie rezygnacji z Serwisu.

3.3. Serwis aktywowany jest z wybranym przez iperatora utworem, spośród utworów dostępnych w ramach Serwisu, za co Operator nie pobierze opłaty (zmiana utworu przez Użytkownika związana jest z opłatą wskazaną w Regulaminie Serwisu „(...)”/ (...) dostępnym na stronie internetowej (...)) Operator nie pobierze także Opłaty Cyklicznej za korzystanie z Serwisu w trakcie okresu promocyjnego trwającego przez pierwszy Cykl 30 dniowy. Po zakończeniu okresu promocyjnego za dalsze korzystanie z Serwisu Operator będzie pobierał Opłatę Cykliczną, określoną w Regulaminie Serwisu „(...)”/ (...), w wysokości 2 zł z VAT I Cykl 30 dniowy.

3.4. Użytkownik może w dowolnym momencie zrezygnować z Serwisu poprzez wysłanie ze swojego telefonu SMS-a o treści (...) na bezpłatny numer (...).

3.5. Przed zakończeniem okresu promocyjnego, Użytkownik otrzyma SMS informujący o tym, iż za dalsze korzystanie z Serwisu pobierana będzie Opłata Cykliczna oraz o sposobie bezpłatnej rezygnacji z Serwisu.

3.6. Po aktywacji pakietu (...) (zwanego dalej „Pakiem”) Użytkownik otrzyma SMS z komunikatem potwierdzającym aktywację usług oraz informującym o sposobie rezygnacji z Pakietu.

3.7. Korzystanie z pakietu (...) jest bezpłatne w promocyjnym okresie 7 dni, licząc od dnia otrzymania SMS z komunikatem potwierdzającym aktywację danej Prenumeraty w ramach Pakietu. Po zakończeniu okresu promocyjnego opłata za poszczególne prenumeraty będzie naliczana w wysokości 0,10 zł za jeden otrzymany SMS. Wiadomość wysyłana raz dziennie od poniedziałku do piątku.

3.8. Po aktywacji Pakietu Użytkownik może w dowolnym momencie zrezygnować z poszczególnych Prenumerat poprzez wysłanie na bezpłatny numer 8717 komunikatu sms (...):

3.9. Przed zakończeniem okresu promocyjnego, o którym mowa w pkt 3.7, Użytkownik otrzyma SMS informujący o tym, iż za dalsze korzystanie z Pakietu pobierane będą opłaty oraz o sposobie bezpłatnej rezygnacji z Pakietu. (dowód: pismo (...) z dnia 5 września 2016 r., karty 51-54)

W oparciu o analizę Warunków Oferty Promocyjnej „Taryfa (...) bez telefonu na 24 miesiące w (...)” (dalej także „Warunki oferty promocyjnej - Taryfa (...)), poczynszy od dnia 15 września 2016 r., możliwe było zawarcie z (...) umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, na podstawie której ustalono, że również w ich treści znajdowały się postanowienia przewidujące automatyczną aktywację serwisu „(...)”/ (...) w sposób analogiczny do postanowień

zacytowanych powyżej. Przykładowo, w pkt 3.6. Warunków oferty promocyjnej - taryfa (...) znajdowały się następujące postanowienia:

### 3.6. „(...)”

3.6.1. Serwis będzie aktywowany z utworem wybranym przez Operatora. Ewentualna zmiana utworu przez Abonenta spowoduje naliczenie opłaty zgodnie z „Regulaminem Serwisu „(...)”/ (...)” i „Warunkami Cenowymi Serwisu „(...)”/ (...)”.

3.6.2. Operator nie pobiera opłaty cyklicznej za korzystanie z serwisu (abonamentu za serwis) od jego automatycznej aktywacji do końca Cyklu Rozliczeniowego następującego po Cyklu Rozliczeniowym, w którym ona nastąpiła. Opłata będzie pobierana po tym okresie w wysokości 2 zł za Cykl Rozliczeniowy.

3.6.3. Abonent może zawsze zrezygnować z serwisu poprzez wysłanie wiadomości SMS o treści (...) na bezpłatny numer (...).

3.6.4. W kwestiach nieopisanych zastosowanie mają postanowienia „Regulaminu Serwisu „(...)”/ (...)” i „Warunków Cenowych Serwisu „(...)”/ (...)”.

Od dnia 3 listopada 2016 r., wzorce umów stosowane przez (...) w obrocie konsumenckim w segmencie ofert mieszanych i abonamentowych, nie zawierają postanowień dotyczących aktywacji usług objętych niniejszym postępowaniem. Na potwierdzenie tego (...) przekazała następujące, przykładowe, wzorce umów: Warunki oferty promocyjnej „Taryfa (...) z telefonem na 24 miesiące „Najlepsza oferta pracownicza raty w (...)” oraz Warunki oferty promocyjnej „Taryfa (...)z telefonem www na 24 miesiące raty w (...)”/ (...)”. (dowód: pismo (...)z dnia 7 listopada 2016 r., karty 154-160)

Monitoring strony internetowej Spółki (...) wykazał, że - pomimo oświadczenia Spółki o wycofaniu wzorców umów zawierających kwestionowane postanowienia - wzorce umów przewidujące automatyczną aktywację serwisu „(...)”/ (...) były zamieszczone na stronie internetowej Spółki w zakładce „Dla Ciebie/Oferta/Abonament”. Przykładowo, wskazać można na Warunki oferty promocyjnej „Taryfa (...) bez telefonu na 66:24 miesiące w (...)”, które zawierały postanowienia tożsame z postanowieniami zawartymi w Warunkach oferty promocyjnej - Taryfa (...).

W odniesieniu do powyższego (...) wskazała jednakże, że w wyniku błędu ludzkiego, niektóre wzorce umowne na stronie internetowej nie zostały „podmienione”, czego efektem był fakt, że do pobrania na stronie internetowej były wzorce z datą np. 15.09.2016 r. [pisownia oryginalna - przypis Prezesa Urzędu]. Ponadto (...) oświadczyła, że pomimo możliwości pobrania wzorców umów zawierających postanowienia przewidujące automatyczną aktywację przedmiotowych usług ze strony internetowej (...), w obrocie konsumenckim funkcjonowały prawidłowe wzorce umów, tzn. zmienione w dniu 3 listopada 2016 r. i niezawierające takich postanowień. Według oświadczenia (...) to w oparciu o nie następowało zawarcie umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych z konsumentami. (dowód: pismo (...) z dnia 7 grudnia 2016 r., karta: 189)

Zgodnie z treścią przytoczonych wyżej postanowień wzorców umów, Spółka aktywowała konsumentom serwis „(...)”/ (...) lub usługę dodatkową (...) najpóźniej w ciągu 30 dni od daty zawarcia umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych (w przypadku ofert abonamentowych oraz ofert mieszanych - (...)), bądź w okresie 30 dni od daty dokonania określonej czynności faktycznej polegającej na aktywacji karty SIM oraz doładowaniu konta (w przypadku ofert przedpłaconych - pre-paid).

Po upływie oznaczonego okresu bezpłatnego korzystania z serwisu „(...)”/ (...) oraz usługi dodatkowej (...), konsument zobowiązany był do uiszczania opłat za korzystanie z nich. Postanowienia traktujące o odpłatności za ww. serwisy znajdowały się w tzw. Warunkach konkretnych ofert promocyjnych, jak również w Warunkach cenowych serwisu oraz Warunkach cenowych usługi dodatkowej. Wspomniany powyżej oznaczony okres bezpłatnego korzystania z przedmiotowych usług wynosił – w odniesieniu do serwisu „(...)”/ (...) jeden cykl rozliczeniowy lub 30 dni (od dnia

aktywacji usługi), zaś w odniesieniu do usługi dodatkowej (...) 7 dni (od dnia aktywacji usługi). Po upływie tego okresu za korzystanie z ww. serwisów od konsumentów pobierana była dodatkowa opłata, która wynosiła 2 zł z VAT za jeden cykl rozliczeniowy lub 30 dni w przypadku serwisu „(...)”/ (...) oraz 0,10 zł z VAT za jeden otrzymany SMS/MMS w przypadku usługi dodatkowej (...). Opłaty te nie wchodziły w skład cyklicznej opłaty abonamentowej, lecz stanowiły dodatkowe płatności doliczane do abonamentu uiszczanego przez konsumenta.

(...) informowała konsumentów o aktywacji lub zbliżającym się upływie okresu, w którym przedmiotowe usługi świadczone były nieodpłatnie, za pośrednictwem wiadomości tekstowych SMS o następującej treści:

a) w odniesieniu do usługi dodatkowej (...):

SMS 1 dzień po aktywacji: (...): Przez kolejnych 7 dni otrzymasz za darmo SMS w promocji (...). Aby zrezygnować wyślij (...) na (...) (0 zł). Regulamin promocji: (...)

SMS 6 dnia od aktywacji (...): Jutro przedłużymy Ci serwis (...). Codziennie otrzymasz jedna wiadomość. Opłata za wiadomość to 10gr z VAT. Aby anulować, wyślij darmowego SMSa o treści: (...) na (...) (0zł)

b) w odniesieniu do serwisu „(...)” / (...):

SMS potwierdzający aktywację wysyłany po uruchomieniu usługi: (...): W ramach promocji (...) na 30 dni za darmo. Aby wyłączyć usługę teraz lub w przyszłości slij (...) na (...) (0zł). R..prom. (...)

SMS wysyłany 27 dnia od aktywacji: (...): Przypominamy, że wkrótce rozpoczniemy naliczanie abonamentu za (...) w wysokości 2zł/m-c. Więcej info na (...). /dowód: pismo (...) z dnia 11 października 2016 r., karta 93/

Przedmiotowe usługi - po upływie oznaczonego okresu bezpłatnego korzystania z nich -w sytuacji braku aktywnego działania ze strony konsumenta, orzecztały się w usługi odpłatne. Oznacza to, że konsument, aby uniknąć dodatkowych płatności związanych z serwisem „(...)”/ (...) lub usługą dodatkową (...), zobowiązany był do podjęcia dodatkowej aktywności, mającej na celu dezaktywację ww. usług. Zgodnie z postanowieniami Regulaminu serwisu „(...)”/ (...) serwis ten może zostać dezaktywowany w następujący sposób: (1) poprzez wysłanie przez konsumenta komunikatu SMS o określonej treści pod wskazane przez Spółkę numery, (2) na stronie internetowej serwisu „(...)”/ (...), oraz (3) za pośrednictwem konsultanta Biura Obsługi Abonenta lub Biura Obsługi Użytkownika. W odniesieniu natomiast do usługi dodatkowej (...) - zgodnie z Regulaminem usługi dodatkowej (...) - konsument może dezaktywować ww. serwis poprzez: (1) wysłanie komunikatu SMS o określonej treści pod wskazany przez Spółkę numer, (2) stronę WAP (...).

(...) stosowała w obrocie konsumenckim, między innymi, wzorzec umowy pn. Umowa o świadczenie usług telekomunikacyjnych (dalej również „Umowa”). /dowód: załącznik do pisma (...) z dnia 5 września 2016 r. - folder: (...)

Wzorzec ten zawiera pkt 2 -Podstawowe usługi telekomunikacyjne. Elementy składające się na abonament. Dodatkowe usługi telekomunikacyjne/opcje tych usług, świadczenia towarzyszące i inne produkty. Inne informacje. Stosownie do pkt 2.1. Umowy - w zależności od wybranej przez konsumenta oferty/taryfy - Operator świadczy Abonentowi następujące podstawowe Usługi telekomunikacyjne: (...) usługi telefonii mobilnej, usługi mobilnej transmisji danych, a w ramach ich lub w związku z nimi: przyłączenie do Sieci Operatora; usługa połączeń głosowych dostarczana w zasięgu Sieci Operatora, w tym ich inicjowanie i odbieranie, z wyłączeniem połączeń międzynarodowych; wysyłanie i odbieranie wiadomości tekstowych (SMS) dostarczane w zasięgu Sieci; usługi transmisji danych w ramach mobilnego Internetu dostarczane w zasięgu Sieci Operatora; dostęp do Sieci Operatora; usługa międzynarodowych połączeń głosowych, dostarczana w zasięgu Sieci Operatora, w tym ich inicjowanie i odbieranie; wysyłanie i odbieranie wiadomości multimedialnych (MMS) dostarczane w zasięgu Sieci Operatora; roaming. W tej części wzorca umowy (...) zatem wskazuje w sposób ogólny usługi telekomunikacyjne, które na podstawie umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, są świadczone konsumentowi.

Dalej we wzorcu tym, w pkt 2.2., w polu Operator w ramach Umowy dostarcza Abonentowi dodatkowe lub specjalistyczne Usługi Telekomunikacyjne i opcje usług, a w szczególności: (...), wyszczególniane są konkretne usługi telekomunikacyjne świadczone konsumentowi.

Spotka w tym miejscu umowy, wskazywała również serwis „(...)”/ (...) oraz usługę dodatkową (...). Co więcej, w pkt 2.3. Umowy, w którym wskazywane są usługi wchodzące w skład podstawowej opłaty abonamentowej (Abonament) - jak ustalono w toku postępowania - Spółka nie uwzględniała usług objętych niniejszym postępowaniem. /por. np. załącznik do pisma (...) z dnia 12 października 2016 r. - folder: (...)

Analizowany w toku postępowania wzorzec umowy stosowany w obrocie konsumenckim przez (...) zawiera również pkt 12 - Dokumenty składające się na umowę. Załączniki do Kontraktu Głównego, w którym konsumentom wskazywane są wzorce umów odnoszące się do konkretnej umowy. Jak ustalił Prezes Urzędu, (...) przekazywała informacje o znajdujących zastosowanie w odniesieniu do konkretnego konsumenta wzorcach umów w różnym zakresie, przykładowo, nie uwzględniając wszystkich wzorców umów odnoszących się do usług objętych niniejszym postępowaniem, w szczególności Warunków cenowych serwisu oraz Warunków cenowych usługi dodatkowej. /por. załącznik do pisma (...) z dnia 12 października 2016 r. - folder: (...)

W przedmiotowym wzorcu umowy, w pkt 16 - Pozostałe oświadczenia Abonenta, prezentowane są oświadczenia, które konsument musi wyrazić, aby skutecznie zawrzeć umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych. Jak ustalono, oświadczenie odnoszące się do przedmiotowych usług brzmi następująco:

16.1. Oświadczenia Abonenta dotyczące otrzymania/udostępniania, możliwości zapoznania się i akceptacji Umowy przez Abonenta.

16.1.1. Oświadczam, że przed zawarciem Umowy doręczono mi na papierze i akceptuję niniejszy Kontrakt Główny oraz pozostałe dokumenty wskazane powyżej w pkt 12. Oświadczam także, że przed zawarciem Umowy przekazano mi informacje o głównych cechach Usług Telekomunikacyjnych, sposobie porozumiewania się Operatora z Abonentem, identyfikacyjnych i kontaktowych danych Operatora, sposobie obliczania opłat i dodatkowych kosztach (jeśli istnieją), sposobie i terminie spełnienia świadczenia przez Operatora oraz jego procedurze reklamacji, przewidzianej prawem odpowiedzialności Operatora za jakość świadczenia, treści usługi posprzedażnych i gwarancji, czasie trwania Umowy, a w przypadku zawarcia Umowy na czas nieoznaczony - sposobie i przesłankach jej wypowiedzenia.

16.1.2. Oświadczam, że:

(a) przed zawarciem Umowy doręczono mi na papierze niniejszy Kontrakt Główny zaś w stosunku do pozostałych dokumentów wymienionych powyżej w pkt 12. zażądałem (-am), aby ich nie drukować i udostępnić mi je wyłącznie w formie elektronicznej oraz

(b) akceptuję niniejszy Kontrakt Główny oraz pozostałe dokumenty wskazane powyżej w pkt 12.

(c) przed zawarciem Umowy przekazano mi informacje o głównych cechach Usług Telekomunikacyjnych, sposobie porozumiewania się Operatora ze mną, jego danych identyfikacyjnych i kontaktowych, sposobie obliczania opłat i dodatkowych kosztach (jeśli istnieją), sposobie i terminie spełnienia świadczenia przez Operatora oraz jego procedurze reklamacji, przewidzianej prawem odpowiedzialności Operatora za jakość świadczenia, treści usług posprzedażnych i gwarancji (jej braku), czasie trwania Umowy, a w przypadku zawarcia Umowy na czas nieokreślony - sposobie i przesłankach jej wypowiedzenia. /dowód: załącznik do pisma (...) z dnia 5 września 2016 r. - (...)

W odniesieniu do konsumentów, korzystających z usług telekomunikacyjnych przedpłaconych (pre-paid) - zgodnie z istotą usługi pre-paid (usługa przedpłacona) umowa jest zawierana poprzez czynność faktyczną tj. abonent poprzez zakup i skorzystanie z usługi zawiera umowę. Spółka podkreśliła również, że cechą charakterystyczną usług przedpłaconych jest zawarcie umowy o świadczenie usług w tym systemie poprzez dokonanie czynności faktycznej przez użytkownika, polegającej na rozpoczęciu korzystania z usług danego operatora. Jednocześnie rozpoczęcie

korzystania z usług operatora stanowi wyrażną zgodę na postanowienia regulaminu i cennika oraz na warunki oferty. / dowód: pismo (...) z dnia 11 października 2016 r., karty 92, 93/

(...) przekazała również stosowaną procedurę informacyjną dotyczącą zasad świadczenia serwisu „(...)” / (...) oraz usługi dodatkowej (...), która przedstawia się następująco:

- w pierwszym kroku Abonentowi są prezentowane informacje na etapie przedkontraktowym, w tym o kosztach dodatkowych
- w drugim kroku w treści umowy wskazywane są główne obowiązki umowne tj. w PKT 2 wyszczególniamy wszystkie usługi telekomunikacyjne świadczone abonentowi;
- w trzecim kroku Abonent otrzymuje w PKT 12 informację o wzorcach składających się na umowę;
- w czwartym kroku abonent składa oświadczenie o zapoznaniu się, doręczeniu, akceptacji wzorców z PKT 12 umowy;
- w piątym kroku Abonent już po zawarciu umowy otrzymuje informacje sms o bezpłatnej aktywacji usługi (...) I (...) lub (...) oraz o możliwości szybkiej dezaktywacji usługi (...);
- w siódmym kroku Abonent przed końcem okresu bezpłatnego otrzymuje informację sms o końcu okresu bezpłatnego oraz o możliwości szybkiej dezaktywacji usługi (...) /dowód: pismo (...) z dnia 11 października 2016 r., karta 88/

Spółka prowadzi prace mające na celu wdrożenie rozwiązania polegającego na wręczaniu konsumentom tzw. podsumowania warunków umowy. Zgodnie z oświadczeniem Spółki zawiera ono informacje na temat wszystkich miesięcznych płatności dotyczących danej umowy i jest przekazywane konsumentom przy zawarciu umowy. Jak wynika z informacji przekazanych przez Spółkę, oświadczenie to zawiera także wskazanie czasu obowiązywania oraz opłat związanych z serwisem „(...)” / (...) oraz usługą dodatkową (...). Spółka zastrzegła jednakże, iż rozwiązanie to ma charakter pilotażowy. W sierpniu 2016 r. taki dokument otrzymało 725 z 320.561 konsumentów, którzy zawarli w tym miesiącu umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych ze Spółką. Jak ustalono w toku postępowania, konsument nie składa podpisu na dokumencie tzw. podsumowania warunków umowy. Ponadto, dokument opatrzony jest zastrzeżeniem o następującej treści: Treść niniejszego podsumowania ma charakter wyłącznie informacyjny. Wiążące postanowienia znajdują się w umowie/ach. /dowód: pismo (...) z dnia 5 września 2016 r., karta 55/

(...) w toku prowadzonego postępowania przekazała również następujące dane:

- a. liczbę konsumentów, którzy w okresie od 25 grudnia 2014 r. do 31 sierpnia 2016 r. zawarli ze Spółką umowę lub aneks do umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych z wykorzystaniem wzorca umowy zawierającego postanowienie przewidujące domyślną aktywację serwisu „(...)” / (...) oraz usługi dodatkowej (...) z podziałem na poszczególne oferty (abonamentowe, mieszane, przedpłacone) oraz miesiące;
- b. liczbę konsumentów, którym Spółka domyślnie aktywowała serwis „(...)” / (...) oraz usługę dodatkową (...) na podstawie wzorca zawierającego postanowienie przewidujące domyślną aktywację przedmiotowych usług z podziałem na poszczególne oferty (abonamentowe, mieszane, przedpłacone) oraz miesiące;
- c. liczbę konsumentów, którzy we wskazanym wyżej okresie dokonali dezaktywacji serwisu „(...)” / (...) podczas trwania bezpłatnego okresu korzystania z tej usługi z podziałem na poszczególne oferty (abonamentowe, mieszane, przedpłacone) oraz miesiące;
- d. liczbę konsumentów, którzy we wskazanym wyżej okresie dokonali dezaktywacji usługi dodatkowej (...) podczas trwania bezpłatnego okresu korzystania z tej usługi z podziałem na poszczególne oferty (abonamentowe, mieszane, przedpłacone) oraz miesiące;

e. liczbę konsumentów, którzy we wskazanym wyżej okresie dokonali dezaktywacji serwisu „(...)”/ (...) podczas trwania odpłatnego okresu korzystania z tej usługi z podziałem na poszczególne oferty (abonamentowe, mieszane, przedpłacone) oraz miesiące;

f. liczbę konsumentów, którzy we wskazanym wyżej okresie dokonali dezaktywacji usługi dodatkowej (...) podczas trwania odpłatnego okresu korzystania z tej usługi z podziałem na poszczególne oferty (abonamentowe, mieszane, przedpłacone) oraz miesiące. /dowód: pismo (...) z dnia 14 października 2016 r., karta 112/

Wskazane powyżej informacje przedstawione zostały w tabeli stanowiącej załącznik nr 3 do niniejszej decyzji.

Spółka wskazała ponadto, że:

1. w przypadku ofert abonamentowych aktywowana jest tylko usługa „(...)”/ (...), co oznacza, że w przedmiotowej kolumnie zawarte są informacje dotyczące liczby konsumentów którzy zawarli ze Spółką umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych z wykorzystaniem wzorca umowy zawierającego postanowienie przewidujące domyślną aktywację serwisu „(...)”/ (...) dla ofert abonamentowych;

2. w przypadku ofert mieszanych oraz przedpłaconych aktywowane są usługi „(...)”/ (...) oraz usługa dodatkowa (...), co oznacza, że w przedmiotowej kolumnie zawarte są informacje dotyczące liczby konsumentów którzy zawarli ze Spółką umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych z wykorzystaniem wzorca umowy zawierającego postanowienie przewidujące domyślną aktywację serwisu „(...)”/ (...) oraz usługi dodatkowej (...). W przypadku traktowania tych usług rozłącznie liczba umów zawartych dla obu omawianych usług w kolumnach dla ofert mieszanych oraz ofert przedpłaconych jest tożsama. /dowód: pismo (...) z dnia 14 października 2016 r., karta 111/

Spółka przekazała także „interpretację danych liczbowych” w zakresie udziału procentowego azaktywacji w okresie bezpłatnym, dezaktywacji w okresie płatnym oraz usług aktywnych w stosunku do liczby aktywacji w odniesieniu do serwisu „(...)”/ (...). Informacje, o których mowa powyżej, przedstawiają się następująco:

(Tajemnica przedsiębiorstwa)

W odniesieniu do powyżej przedstawionych danych Spółka wskazała, że stosowany przez (...) model świadczenia usługi, a w szczególności model informowania konsumentów o zasadach aktywacji oraz dezaktywacji usługi, umożliwia konsumentom skuteczny wybór korzystania z usług, których dotyczy przedmiotowe postępowanie. /dowód: pismo (...)z dnia 7 grudnia 2016 r., karta 192/

Począwszy od dnia 7 grudnia 2016 r. (...) rozpoczęła wdrażanie działań zmierzających do zaniechania pobierania od konsumentów płatności za korzystanie z serwisu „(...)”/ (...) oraz usługi dodatkowej (...) według poniższych zasad. (...) wskazała, iż w dniu 7 grudnia 2016 r. Uchwałą Nr (...) Zarządu (...) S.A. zatwierdzony został Plan działań dotyczący zaniechania pobierania opłat za usługi: (Tajemnica przedsiębiorstwa)

III. Poinformowaniu konsumentów o zaniechaniu praktyki polegającej na pobieraniu płatności za aktywowane konsumentom usługi: serwis „(...)”/ (...) lub usługę dodatkową (...), w następujący sposób:

i. poprzez umieszczenie na stronie internetowej (...) ogłoszenia następującej treści:

(...) S.A. informuje, że od dnia 7 grudnia 2016 r. nie będą pobierane opłaty za usługi: „(...)”/ (...)/ (...), aktywowane przy zawieraniu nowych umów lub aneksów po dniu 25 grudnia 2014 r. na podstawie warunków ofert promocyjnych.

Zaniechanie pobierania opłat dla segmentu post-paid nastąpi poprzez naliczenie rabatu w pierwszym okresie rozliczeniowym rozpoczynającym się 17 grudnia 2016 r., co oznacza, że konsumenci posiadający aktywną usługę(...) nie poniosą kosztów za tę usługę. Faktury za kolejne cykle rozliczeniowe nie będą już zawierały pozycji dotyczącej usługi (...).

Zaniechanie pobierania opłat dla segmentu (...) oraz pre-paid będzie polegało na doładowaniu kont abonentów pre-paid oraz (...) od dnia 17 grudnia 2016 r. kwotą stanowiącą równowartość miesięcznej opłaty za usługę (...).

Zaniechanie pobierania opłat dla segmentu (...) oraz pre-paid za usługę dodatkową (...) nastąpi od 7 grudnia 2016 r. Oznacza to, że abonentom, którzy mają aktywną usługę (...) nie będą naliczane opłaty.

Jednocześnie usługa „(...)”/ (...), jest w dalszym ciągu oferowana

na zasadach określonych w regulaminie usługi. Więcej na stronach www Serwisu:

(...)

(Tajemnica przedsiębiorstwa)

Powyższy stan faktyczny został ustalony w oparciu o dowody z dokumentów zgromadzonych w postępowaniu administracyjnym, które nie były przez żadną ze stron niniejszego postępowania kwestionowane. Stan faktyczny sprawy był pomiędzy stronami bezsporny.

Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do treści art. 24 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r. poz. 184), zakazane jest stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami zachowanie przedsiębiorcy, w szczególności: naruszanie obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji, nieuczciwe praktyki rynkowe lub czyny nieuczciwej konkurencji, proponowanie konsumentom nabycia usług finansowych, które nie odpowiadają potrzebom tych konsumentów ustalonym z uwzględnieniem dostępnych przedsiębiorcy informacji w zakresie cech tych konsumentów lub proponowanie nabycia tych usług w sposób nieadekwatny do ich charakteru.

Wyliczenie praktyk zawarte w powyższym przepisie ma charakter otwarty, na co jednoznacznie wskazuje użycie przez ustawodawcę zwrotu „w szczególności”.

Podkreślić należy, że przesłanką definicji praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, jest bezprawność. Występuje ona wówczas, gdy dochodzi do naruszenia przepisów innych ustaw, zasad współżycia społecznego oraz dobrych obyczajów. Zatem dla ustalenia bezprawności działania konieczne jest ustalenie, że określone zachowanie koliduje z przepisami prawa.

W przedmiotowej sprawie bezprawność działania została określona w przedmiotowej Decyzji jako naruszenie art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta. Zgodnie z powyższym przepisem, najpóźniej w chwili wyrażenia przez konsumenta woli związania się umową przedsiębiorca ma obowiązek uzyskać wyraźną zgodę konsumenta na każdą dodatkową płatność wykraczającą poza uzgodnione wynagrodzenie za główne obowiązki przedsiębiorcy.

Przytoczony przepis stanowi transpozycję art. 22 dyrektywy 2011/83/UE, dotyczącego zagadnienia dodatkowych płatności, zgodnie z którym zanim konsument zostanie związany umową lub ofertą, przedsiębiorca powinien uzyskać wyraźną zgodę konsumenta na każdą dodatkową płatność należną oprócz uzgodnionego wynagrodzenia za główne obowiązki umowne przedsiębiorcy. Jeżeli przedsiębiorca nie otrzymał wyraźnej zgody konsumenta, lecz założył jej istnienie przez stosowanie domyślnych opcji, które konsument musi odrzucić w celu uniknięcia dodatkowej płatności, konsument ma prawo do zwrotu tej płatności. Równocześnie w art. 17 ust. 2 dyrektywy 2011/83/UE prawodawca unijny przesądził, że regulacja art. 22 znajduje zastosowanie do umów sprzedaży i umów o świadczenie usług oraz do

umów, których przedmiotem jest dostarczanie wody, gazu, energii elektrycznej, dostarczanie centralnego ogrzewania lub dostarczanie treści cyfrowych, bez względu na to, czy są zawierane w sytuacjach typowych, czy nietypowych.

Użyte w przepisie sformułowanie „wyrażna zgoda konsumenta” oznacza, że zgoda konsumenta nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści).

Zgoda konsumenta będzie wyrażna wtedy, gdy będzie stanowić przejaw aktywnego działania konsumenta, który powinien być świadomy faktu udzielania zgody, jej przedmiotu i zakresu i w związku z tym podjął pewne działania, np. przez zaznaczenie odpowiedniego pola na stronie internetowej, w odpowiednim formularzu itp. Zgodnie bowiem art. 10 ust. 2 wyrażną zgodą nie będzie skorzystanie przez przedsiębiorcę z domyślnych opcji, które konsument musi odrzucić w celu uniknięcia wyrażenia swojej akceptacji (vide Ustawa o prawach konsumenta. Komentarz pod red D. Lubasza - WK, 2015).

Usługi „(...)” i (...), wbrew twierdzeniom powoda nie należą do głównych obowiązków umownych przedsiębiorcy. Mają one bezspornie charakter opcjonalny, co oznacza, że ich świadczenie nie ma wpływu świadczenia głównego, które nawet powód w stosowanych przez siebie wzorcach umownych określa jako „usługi telefonii mobilnej”, „usługi mobilnej transmisji danych”(k-69, 74). Wymienionej wyżej usługi powód sam wymienia tamże jako „dodatkowe lub specjalistyczne Usługi Telekomunikacyjne i opcje usług”. Twierdzenia powoda, że przedmiotem oferty był pakiet usług komunikacyjnych z równoległymi warunkami ofert promocyjnych nie zawierających określonych usług pozostaje w sprzeczności z treścią zawieranych umów.

Bezspornym jest, że na świadczenie na ich rzecz wymienionych wyżej usług nie wyrażali zgody w sposób wyraźny, w rozumieniu art. 10 ust. 1 ustawy o prawach konsumenta. Bez znaczenia jest przy tym model przeciętnego konsumenta, gdyż ustawa nie różnicuje od tego obowiązku wyraźnego wyrażenia zgody.

W świetle powyższego, nie budzi wątpliwości pobieranie płatności za usługi „(...)” i (...) naruszało przepis art. 10 ust. 1 ustawy o prawach konsumenta, a w związku z tym art. 24 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów stanowiąc praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów.

Za bezzasadne z powyższych względów należało uznać zarzuty naruszenia art. 10 ust. 1 ustawy o prawach konsumenta i rt. 24 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 2 Konstytucji RP w zw. z art.106 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 7 ust. 1 Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wartości. Należy mieć na względzie, że Decyzja DDK nr (...) z dnia 2 listopada 2011 r. dotyczyła innego stanu prawnego. Przedmiotem postępowania zakończonego tą decyzją był zarzut naruszenia art. 6 ust. 1 i 3 pkt 1 oraz art.9 pkt 6 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Nie obejmowała natomiast oceny zachowania powoda pod względem zgodności art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta, która weszła w życie 25.12.2014 r.

Nie ma podstaw do twierdzenia aby decyzję Prezsa UOKiK zapadłą w odniesieniu do innego zakresu postępowania traktować jako miarodajną dla kwestii innych naruszeń prawa, w tym mających miejsce w przyszłości i w oparciu o późniejsze przepisy. Nie ma zatem podstaw do stawiania zarzutu działania w zaufaniu do wykładni prawa i praktyki jego stosowania.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 106 ust. 1 pkt 4 oraz 111 u.o.k.i.k. poprzez nałożenie na Powoda rażąco wygórowanej i nieproporcjonalnej kary pieniężnej, zważyć należało, że decyzja o nałożeniu kary pieniężnej jak i ustalenie jej wysokości należy do sfery tzw. uznania administracyjnego. Subiektywne przekonanie, że kara pieniężna jest rażąco wygórowana i nieproporcjonalna nie stanowi dostatecznej podstawy do jej wzruszenia. Niezbędne jest bowiem wykazanie, że kara została nałożona z przekroczeniem granic uznania administracyjnego albo bez podstawy prawnej.



Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 24. Ponieważ ze wskazanych wyżej względów należało uznać, że powód dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 24 istniała podstawa do nałożenia kary pieniężnej.

Decyzja o nałożeniu kary, jak i jej wymiar należą do sfery tzw. uznania administracyjnego

W przedmiotowej sprawie żadna z powyższych przesłanek nie została wykazana.

Zgodnie z art. 111 ust. 3pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w przypadku naruszenia zakazu praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów okolicznościami łagodzącymi, są w szczególności:

- a) dobrowolne usunięcie skutków naruszenia,
- b) zaniechanie stosowania zakazanej praktyki przed wszczęciem postępowania lub niezwłocznie po jego wszczęciu,
- c) podjęcie z własnej inicjatywy działań w celu zaprzestania naruszenia lub usunięcia jego skutków,
- d) współpraca z Prezesem Urzędu w toku postępowania, w szczególności przyczynienie się do szybkiego i sprawnego przeprowadzenia postępowania,

W przedmiotowej sprawie powód jedynie rozpoczął działania w celu zaniechania stosowania zakazanej praktyki przed wszczęciem postępowania, co pozwany uwzględnił przy wymiarze kary. Brak jest natomiast podstaw to twierdzenia, że współpraca z Prezesem Urzędu w toku postępowania wyróżniała się czym szczególnym, a w szczególności by przyczyniła się do szybkiego i sprawnego przeprowadzenia postępowania. W toku postępowania powód udzielał odpowiedzi na zadawane przez pozwanego pytania i przedstawiał żądane dokumenty, nie przejawiając jednak szczególnej inicjatywy w tym zakresie. Odpowiedzi na kierowane pisma udzielano w okresie bezpośrednio poprzedzającym upływ wyznaczonego terminu.

W ocenie Sądu brak jest również podstaw do uznania, że wymierzona kara jest nieproporcjonalna. Kara ta została wymierzona w wysokości 2,25% jej wymiaru maksymalnego, co uwzględnia, że praktyka dotyczyła jedynie części prowadzonej działalności gospodarczej. Twierdzenie powoda, że podstawa wymiaru kary powinna być uwzględniania wyłącznie od części przychodów nie znajduje odzwierciedlenia w treści art. 106 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Niski wymiar kary świadczy o tym, że Prezes UOKiK wziął pod uwagę, że praktyka dotyczyła jedynie części prowadzonej działalności, która dawała relatywnie niewielkie przychody.

Nie budzi natomiast wątpliwości ustalenie, że praktyka miała charakter ogólnopolski. Nie ma bowiem żadnych przesłanek do przyjęcia, że działania powoda miały charakter węższy. Kwestią irrelevantna jest, że działalność powoda, co do zasady, ma charakter ogólnopolski. Dla wymiaru kary znaczenie ma bowiem okres, stopień oraz skutki rynkowe naruszenia przepisów ustawy, przy czym stopień naruszenia Prezes Urzędu ocenia biorąc pod uwagę okoliczności dotyczące natury naruszenia, działalności przedsiębiorcy, która stanowiła przedmiot naruszenia (art. 111 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). Istotny jest zatem obszar geograficzny występowania naruszenia, niezależnie od tego w gdzie i w jakiej skali działa naruszający prawo.

Okoliczność, że działalność powoda, co do zasady, ma charakter ogólnopolski powinna skłaniać go do szczególnego poszanowania praw konsumentów, ze względu na możliwość pokrzywdzenia szerokiego kręgu osób.

Twierdzenie powoda, że Prezes UOKiK przekroczył wymiar kary wystarczającej do osiągnięcia prewencyjnej funkcji kary jest gołosłowne i nie poparte żadnymi faktami.

To samo dotyczy zarzutu niewystarczającego uwzględnienia statystyk liczbowych dotyczących dezaktywacji Usług i wskaźnika reklamacji.

Brak w związku z tym podstaw do uznania, że został naruszony art. 106 oraz 111 u.o.k.i.k.

Mając powyższe na względzie, odwołanie należało oddalić jako bezzasadne (art.479<sup>31a</sup> 1 k.p.c.).

O kosztach postępowania orzeczono stosowanie do wyniku sporu zasądzając na rzecz pozwanego koszty zastępstwa procesowego w 4 krotnej wysokości według norm przepisanych (art.98 § 1 k.p.c.).