

Sygn. akt *XVII AmA 10/15*

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 lipca 2016 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie, XVII Wydział Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów  
w składzie:

Przewodniczący –	<b><i>SSO Małgorzata Perdion-Kalicka</i></b>
Protokolant –	starszy sekretarz sądowy Jadwiga Skrzyńska

po rozpoznaniu 8 lipca 2016 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z odwołania ***(...) S.A. 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 8 grudnia 2014 r. Nr (...)

I. oddala odwołanie;

II. zasądza od (...) S.A. z siedzibą w W. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 360 (trzysta sześćdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

SSO Małgorzata Perdion-Kalicka

Sygn. akt *XVII AmA 10/15*

## UZASADNIENIE

Decyzją nr (...) z 12 grudnia 2014 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK, pozwany) na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm. dalej - uokik), uznał za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, o której mowa w art. 24 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 uokik, działanie (...) S.A. z siedzibą w W. (dalej: Przedsiębiorca, powód, Spółka (...)), polegające na nieprzekazywaniu konsumentom we właściwym czasie, to jest w trakcie gry, po każdej czynności w grze związanej z wysłaniem SMS po skrócony numer specjalny o podwyższonej opłacie, to jest numer Premium Rate, informacji o poniesionych przez nich rzeczywistych kosztach i sumie tych kosztów związanych z zamówieniem nieobowiązkowych, dodatkowych Opcji Płatnych dostępnych w aplikacjach udostępnianych nieodpłatnie i umożliwiających prowadzenie gier bezpłatnie, dedykowanych na telefony komórkowe, pod nazwą: „Roślinki vs. R.”, (...), Odpisuj F.”, (...), (...), skutkujące ograniczeniem zdolności konsumentów do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej zamówienia nieobowiązkowych, dodatkowych Opcji Płatnych w ww. aplikacjach, co stanowi nieuczciwą praktykę rynkową w rozumieniu art. 6 ust. 1 i ust. 3 pkt 1 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy z 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz. 1206 dalej: upnpr) oraz nakazał zaniechanie jej stosowania.

Za opisane wyżej praktyki Prezes UOKiK nałożył na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 uokik na Przedsiębiorcę karę pieniężną w wysokości 31 457 zł. (decyzja, k. 4-28)

Od przedmiotowej Decyzji powód wniósł odwołanie domagając się jej uchylecia w całości oraz zasądzenia kosztów procesowych według norm przepisanych.

Zaskarżonej decyzji zarzucono:

- 1) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 24 ust. 1 i ust. 2 pkt. 3 uokik w zw. z art. 6 ust. 2 oraz art. 6 ust. 5 i 6 upnpr poprzez przyjęcie, że działania powodowej Spółki opisane w decyzji skutkują ograniczeniem zdolności konsumentów do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej zamówienia nieobowiązkowych dodatkowych Opcji Płatnych we wskazanych aplikacjach, godzą w dobry obyczaj i stanowią nieuczciwą praktykę rynkową, o której mowa w art. 6 ust. 1 i ust. 3 pkt 1 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 upnpr, podczas gdy działania te nie noszą znamion bezprawności ani nie godzą w istniejący dobry obyczaj na rynku, nie wynikają z kodeksu dobrych praktyk, ani odrębnych przepisów prawa, które kształtują obowiązki Przedsiębiorcy jako realizatora usługi telekomunikacyjnej z dodatkowym świadczeniem;
- 2) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 24 ust. 2 pkt. 3 uokik w zw. z art. 6 ust. 2 upnpr w zw. z art. 64 ustawy z 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. z 2014 r. poz. 234 j.t. ze zm.; dalej - PT) poprzez błędne ustalenie stanu faktycznego, polegającego na stwierdzeniu, że usługa o podwyższonej opłacie nie jest usługą telekomunikacyjną, podczas gdy prawo telekomunikacyjne zawiera nie budzącą wątpliwości definicję tej usługi tj. stanowi, że jest to usługa telekomunikacyjna z dodatkowym świadczeniem, co ma znaczenie dla ustalenia uprawnień i obowiązków informacyjnych ciążących na powodowej Spółce wobec abonentów korzystających z usługi telekomunikacyjnej z dodatkowym świadczeniem;
- 3) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 4 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 8) upnpr poprzez błędne ustalenie przez pozwanego modelu przeciętnego konsumenta – odbiorcy oferty Przedsiębiorcy, dla którego dedykuje aplikacje, co doprowadziło do nieprawidłowego ustalenia przez Prezesa URE stanu faktycznego polegającego na tym, że wg. pozwanego aplikacje powoda dedykowane są dla dzieci a powodowa Spółka ponosi odpowiedzialność za wprowadzanie dzieci w błąd tylko dlatego, że powszechnie wiadomo, że korzystają one z telefonów, podczas gdy Przedsiębiorca jednoznacznie wskazuje, że aplikacje dedykowane są dla abonentów, tj. osób pełnoletnich posiadających pełną zdolność do czynności prawnych, i to abonenci, po zawarciu umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, samodzielnie przekazują telefon z numerem abonenckim dzieciom, pozwalając im na swobodne korzystanie z produktów nie przeznaczonych dla nich, na co Przedsiębiorca nie ma wpływu i czemu nie może zapobiec;
- 4) nieuwzględnienie przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej okoliczności, o których mowa w pkt 4.1 b) i d) wytycznych Prezesa UOKiK zawartych w wyjaśnieniach w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów z maja 2013 r., wskutek czego wysokość kary pieniężnej, o której mowa w pkt II decyzji jest niewspółmierna. (odwołanie, k. 30-50)

Strona powodowa podtrzymała powyższe stanowisko w załączniku do protokołu z rozprawy z 8 lipca 2016 r. (k. 161-174).

Prezes UOKiK w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie od powodowej Spółki na rzecz pozwanego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych (odpowiedź na odwołanie, k. 115-127).

**Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:**

(...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W. jest spółką prawa handlowego wpisaną do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym pod numerem (...), prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w W., XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego. Przedmiotem działalności Przedsiębiorcy jest m.in. działalność w zakresie telekomunikacji.

(dowód: odpis z Krajowego Rejestru Sądowego Przedsiębiorcy, k. 52-54)

Przedsiębiorca na podstawie umów ramowych zawartych z poszczególnymi Operatorami GSM, świadczy usługi polegające na dostarczaniu treści, zawartości do Serwisów (...), oferowanych Klientom jako usługa telekomunikacyjna o podwyższonej opłacie świadczona na ich rzecz. W ramach prowadzonej działalności (...) S.A. oferuje abonentom sieci GSM produkty i usługi multimedialne na telefony komórkowe podzielone na różne kategorie, takie jak np.: tapety, dzwonki, gry Java, usługi społecznościowe. Abonenci składają zamówienia dotyczące usług o podwyższonej płatności za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej, m. in. wysyłając SMS pod numer o podwyższonej płatności. Opłaty za korzystanie ze wskazanych usług pobierane są bez udziału Spółki, bezpośrednio przez Operatora GSM, z którym dany Klient posiada umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych.

(dowód: pismo powoda z 7 czerwca 2013 r. wraz z załącznikami - umowy ramowe zawierane z Operatorami GSM - k. 50 – 155 akt administracyjnych)

Spółka stworzyła model aplikacji stanowiących interaktywne gry dedykowane na telefony komórkowe, pod nazwą „Roślinki vs. R.”, (...), (...), „(...)”, „(...)” – zwane dalej również: „Aplikacje”. Aplikacje udostępniane są przez Spółkę bezpłatnie, można je zamówić m.in. poprzez numer darmowy (...), pobierając plik z grą bezpośrednio ze strony internetowej na swój telefon komórkowy, poprzez mobilną stronę danej aplikacji prowadzoną w domenie (...).pl.

(dowód: pismo z 18 lipca 2013r., k. 189 akt administracyjnych)

Spółka opracowała regulamin usługi (umowę licencyjną), w którym określiła zasady i warunki korzystania z poszczególnych Aplikacji i informowała o miejscu dostępności regulaminu i udostępniła regulamin w taki sposób, aby każdy, przed zamówieniem usługi, mógł zapoznać się z tą umową, tj. w Internecie (na dedykowanych stronach internetowych

i za pośrednictwem [www\(...\).pl](http://www(...).pl)), na mobilnej wersji portalu (...).pl oraz bezpośrednio w Aplikacjach. Umowa licencyjna może być odtworzona nie tylko na komputerze, ale też na telefonie komórkowym.

Pobranie Aplikacji na telefon komórkowy nie skutkuje automatycznym jej uruchomieniem na telefonie. W celu uruchomienia Aplikacji należy postępować zgodnie ze standardowymi zasadami uruchamiania Aplikacji i gier przewidzianymi przez producenta dla danego modelu telefonu. Po uruchomieniu Aplikacji zainstalowanej na telefonie (bez znaczenia jaki jest jego producent lub model), użytkownikowi wyświetlają się automatycznie dane dotyczące warunków korzystania z Aplikacji, tj. umowa licencyjna (regulamin) oraz opis Aplikacji wraz z cennikiem znajdującym się w umowie licencyjnej. Użytkownik, który uruchamia Aplikację na telefonie komórkowym, obowiązany jest do złożenia oświadczenia o tym, że akceptuje automatycznie wyświetlone mu warunki korzystania z Aplikacji oraz umowę licencyjną, co czyni poprzez wciśnięcie w swoim telefonie przycisku „akceptuję”. W przypadku braku akceptacji – Aplikacja automatycznie wyłącza się i nie można z niej korzystać. Każdorazowe uruchomienie Aplikacji na telefonie komórkowym użytkownika skutkuje ponownym wyświetleniem mu zasad korzystania z Aplikacji (cennika i umowy licencyjnej) i żądaniem akceptacji zasad korzystania z gry poprzez wciśnięcie „ok” .

(dowód: pismo z 18 lipca 2013r., k. 192 akt administracyjnych)

Aplikacje mogą być zasadniczo używane bezpłatnie, tj. użytkownik otrzymuje bezpłatną licencję na korzystanie z aplikacji i ma w jej ramach zapewnione funkcje umożliwiające bezpłatną grę. Użytkownik może więc poprzestać na korzystaniu z aplikacji w wersji bezpłatnej, nie będzie wówczas obciążony jakimikolwiek kosztami np. ze względu na czas używania aplikacji, ma możliwość nieograniczonej ilości rozpoczynania gry po utracie wszystkich szans.

(dowód: pismo z 18 lipca 2013r., k. 191 akt administracyjnych)

W Aplikacjach udostępnione są odpłatnie – dodatkowe i nieobowiązkowe – Opcje Płatne, które można zamówić tylko i wyłącznie w trakcie prowadzenia gry, służące nabyciu określonych ułatwień lub obejściu określonych zadań, które nie są konieczne dla prowadzenia gry. W sytuacji gdy określona opcja dodatkowa, z której chciałby skorzystać użytkownik w trakcie prowadzenia gry, jest odpłatna, na telefonie użytkownika wyświetlana jest odpowiednia notyfikacja. Szczegółowy opis każdej dostępnej opcji dodatkowej oraz ich cennik znajduje się w umowach licencyjnych poszczególnych Aplikacji.

(dowód: pismo z 18 lipca 2013r., k. 193-195 akt administracyjnych)

Schemat zamówienia płatnego dodatku jest identyczny we wszystkich Aplikacjach

i przebiega dwuetapowo. Najpierw użytkownik dokonuje wyboru danej opcji w grze.

Na telefonie komórkowym wyświetla się notyfikacja z pytaniem, czy chce zamówić wskazaną opcję dodatkową. Użytkownik może wybrać opcje poprzez wybranie komendy (...) / (...) lub powrócić do gry bez zamawiania płatnego dodatku wybierając opcję (...) / (...). Jeśli dokona wyboru (...) / (...) czym potwierdzi chęć nabycia dodatkowej opcji, wyświetla się kolejna notyfikacja z informacją o numerze o podwyższonej płatności i cenie wysyłanego SMS. Przykładowo w grze (...) wyświetla się komunikat: „W celu włączenia wybranej opcji konieczne jest wyrażenie zgody na wysłanie wiadomości na skrócony numer specjalny (...)jedenaście zł siedem gr/11,07 zł, stawka zgodnie z cennikiem operatora sieci komórkowej. Naciśnięcie przycisku (...)oznacza wyrażenie zgody na wysyłanie wiadomości, na skrócone numery specjalne (...)całkowicie za darmo/0,00 zł, 2800/cena jak za zwykłego smsa w sieci (stawka według cennika operatora), (...)dwa zł czterdzieści sześć gr/2,46zł, (...)cztery zł dziewięćdziesiąt dwa gr/4,92zł, (...)jedenaście zł siedem gr/11,07zł, po uprzednim potwierdzeniu zamówienia konkretnej dodatkowej opcji płatnej. Szczegółowa informacja znajduje się w głównym menu pod pozycją ‘ (...)’.” Użytkownik może w tym momencie ponownie zrezygnować z dodatkowej opcji wybierając (...) / (...). Wybór (...) / (...) spowoduje potwierdzenie wyboru opcji dodatkowej i automatyczne wysłanie SMS pod numer o podwyższonej płatności, natomiast aplikacja automatycznie aktywuje potwierdzoną opcje płatną i wyświetli komunikat o jej udostępnieniu użytkownikowi.

(dowód: screeny z poszczególnych aplikacji, k. 292-295 akt administracyjnych)

Trzecia możliwa opcja - (...) działa natomiast wyłącznie na wybranych modelach telefonów obsługujących określone wersje systemu operacyjnego Android i wynika ze specyfiki tego systemu. Bezwzględnym wymogiem zainstalowania Aplikacji w telefonie, stawianym przez system operacyjny Android, jest odgórne i świadome wyrażenie zgody na Nielimitowane nawiązywanie płatnych połączeń SMS, na wszelkie numery o podwyższonej płatności. Jeżeli użytkownik nie wyrazi zgody, system Android automatycznie zablokuje możliwość instalacji Aplikacji w telefonie. Spółka oświadczyła, że nie ma żadnego wpływu na ten mechanizm systemu operacyjnego Android, nie ma też możliwości zmodyfikowania go, ani ingerowania w treść jakichkolwiek informacji prezentowanych przez system abonentom. Za pomocą opcji (...) użytkownicy urządzeń działających w systemie Android wracają do systemowych ustawień, tj. otwartej zgody na płatne połączenia, którą abonenci wyrazili w momencie instalacji Aplikacji, poprzez potwierdzenie dokonane bezpośrednio w systemie operacyjnym Android.

(dowód: pismo powoda z 12 września 2013 r., k. 256 akt administracyjnych)

Przy skorzystaniu z funkcji (...), po zamówieniu kolejnych nieobowiązkowych opcji płatnych, w dalszym ciągu Aplikacja będzie wymagała potwierdzenia zamówienia, za pomocą zatwierdzenia dyspozycji odpowiednim przyciskiem, jednakże w tym trybie jest to dokonywane jednokrotnie i jest jednoznaczne z wysyłką SMS-a. Aplikacja, po zatwierdzeniu przez abonenta wyboru określonej opcji płatnej, nie wyświetli natomiast drugiego komunikatu z numerem P. R. i kosztem wysłania SMS-a na ten numer.

(dowód: pismo powoda z 12 września 2013 r., k. 257 akt administracyjnych)

Konsekwencje wyboru opcji (...) nie zostały opisane w umowach licencyjnych Aplikacji, z którymi konsument zapoznaje się przed rozpoczęciem gry.

Przy korzystaniu z opcji (...) Konsument nie może zweryfikować, ile SMS-ów już wysłał i na jakie numery o podwyższonej opłacie, bo nie zostają one w pamięci telefonu.

Powodowa Spółka stosuje specjalny mechanizm powiadamiania użytkowników o przekroczeniu limitów kosztów poniesionych w związku z zamawianiem jej usług na poszczególnych numerach o podwyższonej płatności. Limity te to:

1. Dobowy próg - 31 zł brutto. Schemat treści notyfikacji: „Koszt SMS wysłanych przez [numer telefonu abonenta] na numer [numer o podwyższonej płatności] w dniu [data rok–miesiąc–dzień] przekroczył 31 zł z VAT”.
2. Miesięczny próg - 200 zł brutto. Schemat treści notyfikacji: „Koszt SMS wysłanych przez [numer telefonu abonenta] na numer [numer o podwyższonej płatności] w okresie od [rok-miesiąc-dzień] do [rok – miesiąc – dzień] przekroczył 200zł z VAT”.

Informacja wysyłana jest indywidualnie na telefon Abonenta za pomocą SMS przez powodową spółkę. System powiadomień o przekroczeniu progów, stosowany przez Spółkę działa niezależnie od powiadomień uruchamianych, na żądanie abonentów, bezpośrednio przez dostawców publicznie dostępnej sieci telekomunikacyjnej, o których mowa w art. 64 ust. 5 PT.

(dowód: pismo z 18 lipca 2013r., k. 207 akt administracyjnych)

W 2013 r. przedsiębiorca osiągnął przychód w wysokości (...) zł.

(dowód: kopia CIT – 8 za rok podatkowy 2013, k. 362-365).

Powyżej opisany stan faktyczny Sąd ustalił w oparciu o wyżej przywołane dowody, zgromadzone w toku postępowania administracyjnego i sądowego. Dowody te nie były kwestionowane przez strony, a i Sąd nie znalazł podstaw, by odmówić im mocy dowodowej.

### ***Sąd Okręgowy zważył, co następuje:***

Odwołanie powoda jest niezasadne, gdyż Prezes UOKiK dokonał prawidłowej subsumcji opisanego wyżej stanu faktycznego i wyciągnął prawidłowy wniosek, co do możliwości przypisania powodowi działania wypełniającego dyspozycję art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z tym przepisem zakazane jest stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, przy czym przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działanie przedsiębiorcy, w szczególności: nieuczciwe praktyki rynkowe lub czyny nieuczciwej konkurencji.

W niniejszej sprawie nie budzi wątpliwości, że powód jest przedsiębiorcą i że podejmuje działania w obrocie z konsumentami. Pozostaje więc do rozstrzygnięcia kwestia, czy działania powoda, opisane w stanie faktycznym sprawy, są bezprawne i czy naruszają zbiorowe interesy konsumentów.

O bezprawności w rozumieniu powołanego przepisu możemy mówić, gdy zachowanie przedsiębiorcy – czyli jego działanie, jak również zaniechanie – jest sprzeczne z powszechnie obowiązującym porządkiem prawnym, a więc zarówno z normami prawnymi, jak również z zasadami współżycia społecznego i dobrymi obyczajami. Bezprawność jest przy tym obiektywnym czynnikiem, a więc niezależna jest od winy i jej stopnia, jak również bez znaczenia jest świadomość istnienia naruszeń. Bezprawność jest także niezależna od wystąpienia szkody.

Bezprawne praktyki muszą być ponadto wymierzone w zbiorowe interesy konsumentów, czyli odnosić się do obecnych, przyszłych i potencjalnych konsumentów, a więc naruszać prawa nieograniczonej, bliżej nieokreślonej

liczby konsumentów. Interes, który jest chroniony owym przepisem, to interes prawny, rozumiany jako określone potrzeby konsumenta, które zostały uznane przez ustawodawcę za godne ochrony (tak Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z 13 lipca 2006r., sygn. akt III SZP 3/06, OSNP 2007, nr 1-2, poz. 35).

Zdaniem Sądu, ocena praktyki, określonej w punkcie I zaskarżonej decyzji, skłania do wniosku, że Prezes Urzędu prawidłowo ustalił, że praktyka ta jest nieuczciwą praktyką rynkową.

Generalny zakaz stosowania nieuczciwych praktyk rynkowych zawarty został w artykule 3 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, wdrażającej dyrektywę 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. (Dz. U. z dnia 20 września 2007 r., dalej jako: Dyrektywa). Pojęcie nieuczciwych praktyk rynkowych zostało zdefiniowane w art. 4 ust. 1 powołanej ustawy, stosownie do którego, praktyka rynkowa stosowana przez przedsiębiorców, wobec konsumentów, jest nieuczciwa, jeżeli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania, lub po jej zawarciu.

Definicja samej praktyki rynkowej, zawarta w art. 2 pkt 4 upnpr, określa ją jako działanie lub zaniechanie przedsiębiorcy, sposób postępowania, oświadczenie lub informację handlową, w szczególności reklamę i marketing, bezpośrednio związane z promocją lub nabyciem produktu przez konsumenta. Wyjaśnienie pojęcia praktyki rynkowej stanowi w zasadzie dosłowne powielenie definicji zawartej w Dyrektywie (art. 2 pkt d Dyrektywy).

Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym dokonuje podziału praktyk rynkowych na praktyki wprowadzające w błąd oraz agresywne praktyki rynkowe (art. 4 ust. 2 upnpr). Praktyki rynkowe wprowadzające w błąd mogą przybrać postać czynną i bierną, tj. polegać na działaniu (art. 5 upnpr) albo zaniechaniu (art. 6 upnpr) wprowadzającym w błąd.

W myśl art. 6 ust. 1 upnpr, 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. Zgodnie z ust. 2, w razie wątpliwości za istotne informacje, o których mowa w ust. 1, uważa się informacje, które przedsiębiorca stosujący praktykę rynkową jest obowiązany podać konsumentom na podstawie odrębnych przepisów. Zaś według ust. 3 pkt 1, wprowadzającym w błąd zaniechaniem może być w szczególności zatajenie lub nieprzekazanie w sposób jasny, jednoznaczny lub we właściwym czasie istotnych informacji dotyczących produktu.

Unormowane w art. 6 upnpr nieuczciwe praktyki rynkowe wprowadzające w błąd przez zaniechanie obejmują przypadki, w których przedsiębiorca jest zobligowany do udzielenia konsumentom określonych informacji. Niepodanie zaś informacji, istotnych dla konsumenta w aspekcie możliwości podjęcia przez niego świadomej decyzji gospodarczej dotyczącej umowy, godzi w jedno z podstawowych praw konsumenckich, tj. w prawo do uzyskania rzetelnej, transparentnej i pełnej wiedzy o przedmiocie i warunkach transakcji. Brak podania konsumentom istotnych informacji wprowadza w błąd, a przez to może przyczynić się do podjęcia przez konsumenta decyzji rynkowej, której w innych okolicznościach by nie podjął (zob. A. Michałak, Przeciwdziałanie nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz, wyd. z 2008 r., System Informacji Prawnej Legalis; M. Sieradzka, Komentarz do art. 6 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, System Informacji Prawnej LEX). Z komentowanego przepisu wynika, że pod pojęciem „istotnych informacji” w razie wątpliwości należy rozumieć informacje, które przedsiębiorca jest obowiązany podać konsumentom na podstawie odrębnych przepisów. Istotnymi, w rozumieniu tego przepisu, są także te informacje, których obowiązek podania nie wynika z regulacji szczególnych, ale winny być one podane stosownie do wymogów z art. 6 ust. 4 upnpr, przy czym należy podkreślić, że zawarte w tym przepisie wyliczenie, co stanowi „istotną informację”, ma charakter przykładowy, na co wskazuje użycie sformułowania „w szczególności”. W art. 6 upnpr ustawodawca podał przykłady praktyk, mogących wprowadzać w błąd przez zaniechanie, do których zaliczył, między innymi, zatajenie lub nieprzekazanie w sposób jasny, jednoznaczny lub we właściwym czasie istotnych informacji dotyczących produktu.

Interpretując pojęcie praktyki wprowadzającej w błąd należy zatem stwierdzić, że jest to każda praktyka, która w jakikolwiek sposób, w tym również przez swoją formę, wywołuje skutek w postaci co najmniej możliwości wprowadzenia w błąd „przeciętnego konsumenta”, do którego jest skierowana lub dociera, i która ze względu na swoją zwodniczą naturę może zniekształcić jego zachowanie rynkowe (patrz wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 9 lutego 2011r. VI ACa 694/10 - Lex nr 1220720).

Jednym z elementów, na jaki wskazywała Spółka (...) w celu zakwestionowania negatywnej oceny jej zachowania, był brak sprzeczności zarzuconej jej praktyki z dobrymi obyczajami.

Co do tego aspektu oceny zachowania przedsiębiorcy, to należy się zgodzić, że praktyka rynkowa stosowana przez przedsiębiorców wobec konsumentów jest nieuczciwa, jeżeli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta (klauzula generalna określona w art. 4 ust. 1 upnpr). Jednakże dla wykazania, że działania przedsiębiorcy stanowią nieuczciwą praktykę rynkową, o jakiej mowa w art. 5 lub art. 6 upnpr, a więc wprowadzają konsumenta w błąd, nie jest konieczne wykazanie także naruszenia klauzuli generalnej z art. 4 ust. 1 upnpr. Wprawdzie we wcześniejszym orzecznictwie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz sądów wyższej instancji, jak również w literaturze przedmiotu wyrażany był pogląd przeciwny, jednakże najnowsze orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz Sądu Najwyższego dostarcza przekonujących argumentów, że zbędne jest badanie przesłanki nieuczciwości (sprzeczności z dobrymi obyczajami) w sytuacji, gdy praktyka odnosi się do zdefiniowanych praktyk rynkowych wprowadzających w błąd, co na gruncie ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym oznacza, między innymi, praktyki określone w wyżej wymienionych art. 5 i art. 6 upnpr. Dopiero praktyki rynkowe niedookreślone w ustawie należy oceniać przez pryzmat klauzuli generalnej nieuczciwej praktyki rynkowej, tj. art. 4 ust. 1 upnpr. Na taką interpretację dyrektywy 2005/29 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym i będącej jej implementacją ustawy z 23 sierpnia 2008 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym wskazał TSUE w wyroku z 19 września 2013 r. w sprawie C-435/11 (...) (pkt 45) oraz Sąd Najwyższy w wyroku z 4 marca 2014 r. w sprawie sygn. akt III SK 34/13 (glosa aprobująca Małgorzaty Sieradzkiej w Systemie Informacji Prawnej LEX). Podobnie w wyroku z 16 kwietnia 2015 r. w sprawie C-388/13 TSUE wyraźnie wskazał, że w wypadku, gdy praktyka handlowa spełnia wszystkie kryteria ustanowione w art. 6 ust. 1 dyrektywy (odpowiednio art. 5 upnpr), aby można było zakwalifikować ją jako praktykę wprowadzającą w błąd konsumenta, nie zachodzi konieczność zbadania, czy taka praktyka jest również sprzeczna z wymogami staranności zawodowej w rozumieniu art. 5 ust. 2 lit. a) wspomnianej Dyrektywy (odpowiednio dobrymi obyczajami w rozumieniu art. 4 ust. 1 upnpr), aby można było ją uznać za nieuczciwą i w konsekwencji za zabronioną na podstawie art. 5 ust. 1 tejże Dyrektywy (odpowiednio art. 3 upnpr).

Nie wchodząc w szczegóły argumentacji najistotniejsze jest, co Sąd w składzie niniejszym podziela, że przyjęcie przeciwnego stanowiska powodowałoby w istocie pozbawienie wszelkiego praktycznego znaczenia przepisy art. 5 i art. 6 upnpr, skoro wystarczający dla uznania praktyk za nieuczciwe byłby przepis art. 4 ust. 1 upnpr. Mając na uwadze powyższe, dążąc do jednolitości w zakresie interpretacji przepisów Dyrektywy (...), której implementację na zasadzie pełnej harmonizacji stanowi ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, Sąd doszedł do przekonania, że wystarczające dla negatywnej oceny praktyki powoda jest spełnienie przez tę praktykę kryteriów określonych w art. 6 upnpr. Nota bene, aktualne brzmienie przepisu art. 4 ust. 2 uokik (obowiązujące od 25 grudnia 2014 r. na skutek nowelizacji dokonanej przez art. 49 pkt 1 ustawy z dnia 30 maja 2014 r. – Dz.U. z 2014 r., poz. 827) uwzględnia powyższą wykładnię, wprost stwierdzając, że praktyka rynkowa wprowadzająca w błąd oraz agresywna praktyka rynkowa, a także stosowanie sprzecznego z prawem kodeksu dobrych praktyk nie podlega ocenie w świetle przesłanek określonych w ust. 1 art. 4.

Tym samym, oceny zachowania powoda wobec konsumentów nie należy weryfikować z dobrymi obyczajami, które ewentualnie narusza zarzucona mu praktyka, ale wystarczająca jest ocena, czy praktyka ta wprowadza w błąd i czy może w istotny sposób zniekształcać zachowania gospodarcze konsumenta, skłaniając go tym samym do podjęcia decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął.

Odnosząc powyższe rozważania do okoliczności niniejszej sprawy Sąd Okręgowy stwierdza, że Prezes UOKiK dokonał prawidłowej kwalifikacji prawnej praktyki, zarzuconej Spółce (...). Zdaniem Sądu, nie budzi wątpliwości, że praktyka ta była bezprawna, gdyż nosiła znamiona nieuczciwej praktyki rynkowej, o której mowa w art. 6 ust. 1 i ust. 3 pkt 1 upnpr.

Sporna praktyka dotyczy stworzonego przez Spółkę (...) modelu aplikacji, stanowiącej interaktywne gry, dedykowane na telefony komórkowe, która zasadniczo mogła być używana bezpłatnie, jednak w celu skorzystania z przewidzianych w aplikacjach ułatwień lub obejściu określonych zadań w aplikacjach były przewidziane także dodatkowe, nieobowiązkowe opcje płatne, które można zamówić tylko i wyłącznie w trakcie prowadzenia gry.

Dokonane w sprawie ustalenia faktyczne, w szczególności fakt, że:

- podjęcie przez konsumenta decyzji o uzyskaniu dodatkowych, płatnych opcji następuje w trakcie gry, a nie przed jej rozpoczęciem (co wpływa, między innymi, na niemożliwość zweryfikowania regulaminu – umowy licencyjnej i cennika usługi na danym etapie);

- treść niektórych komunikatów, dotyczących propozycji nabycia płatnych opcji gry, nie wskazuje wprost na ofertę kupna opcji dodatkowej np. „Czy chcesz wywołać trzęsienie ziemi?”, „Masz za mało bąbelków. Czy mimo to chcesz rozwinąć moc?” (co może wywołać u usługobiorcy mylne wrażenie, że opcje te są bezpłatne; nadto, w treści tych komunikatów nie została określona cena za daną opcję);

- w przypadku wyboru opcji (...), po zatwierdzeniu przez abonenta wyboru określonej opcji płatnej, nie pojawia się komunikat z numerem premium rate i kosztem wysłania SMS na ten numer;

- konsument nie otrzymuje informacji o dotychczas poniesionych, rzeczywistych kosztach związanych z zakupem opcji dodatkowych po każdej czynności podjętej w toku gry, związanej z wysłaniem wiadomości SMS na numer premium rate;

- powód informuje użytkownika aplikacji - w ramach systemu powiadomień o przekroczeniu limitów kosztów poniesionych w związku z zamawianiem usług o podwyższonej płatności – jedynie o przekroczeniu określonego progu kwotowego (dobowego, wynoszącego 31 zł brutto i miesięcznego, wynoszącego 200 zł brutto), nie wskazując jednak wartości zakupionych dotychczas opcji dodatkowych gry.

- mechanizm działania opcji wyboru - (...) nie został opisany w licencji.

- prowadzą do wniosku, że opracowany i stosowany przez powoda model aplikacji nie pozwala, nawet dostatecznie uważnemu konsumentowi, na podjęcie świadomej i racjonalnej decyzji o zamówieniu dodatkowych opcji gry przed jej rozpoczęciem lub o rezygnacji z kontynuacji gry, w razie przekroczenia limitu kwoty, jaką byłby skłonny wydać na zakup tych opcji. Nie można uznać, że informacje przekazywane w tym zakresie konsumentom są dla nich wystarczająco użyteczne, jednoznaczne, wyczerpujące i zostały im przedstawione w odpowiednim czasie, a tym samym pozwalają na podjęcie racjonalnego wyboru rynkowego.

Wobec nieograniczonej liczby kombinacji gry, oferowanej przez powoda w ramach poszczególnych aplikacji, użytkownik nie jest bowiem w stanie z góry przewidzieć jakie środki związane z zakupem dodatkowych opcji zaangażuje gra. Nie ma również możliwości bieżącego kontrolowania stanu płatności, ponieważ powód nie informuje konsumenta o rzeczywistych poniesionych kosztach i ich sumie, związanych z zakupem dodatkowych opcji płatnych gry. W opisanej sytuacji konsument może zatem podjąć decyzję o nabyciu tych dodatkowych opcji, której to decyzji nie podjąłby, gdyby posiadał ww. informacje. Tym samym, zdaniem Sądu, analizowana praktyka powoda, jako ograniczająca zdolność konsumenta do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej zamawiania nieobowiązkowych, dodatkowych opcji płatnych gry, stanowi nieuczciwą praktykę rynkową w rozumieniu art. 6 ust. 1 i ust. 3 pkt 1 upnpr.



Wbrew zarzutom odwołania, Sąd Okręgowy podziela w całości rozważania pozwanego, co do przyjętego modelu przeciętnego konsumenta. W myśl ustawowej definicji zawartej w art. 2 pkt 8 upnpr, przeciętny konsument, to konsument, 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, przez którą rozumie się dającą się jednoznacznie zidentyfikować grupę konsumentów, szczególnie podatną na oddziaływanie praktyki rynkowej lub na produkt, którego praktyka rynkowa dotyczy, ze względu na szczególne cechy, takie jak wiek, niepełnosprawność fizyczna lub umysłowa.

W analizowanym przypadku pozwany trafnie przyjął, że przeciętnym konsumentem jest abonent, czyli konsument pełnoletni, który nabywa oferowane przez powódkę usługi w postaci gier pobieranych na telefon komórkowy, w celu skorzystania z nich osobiście lub przez osoby trzecie (zwłaszcza dzieci), bądź też abonent, który poprzez zgodę na korzystanie z telefonu przez osobę niepełnoletnią, godzi się jednocześnie na nabycie przez daną osobę usług oferowanych przez powoda. Niemniej jednak, w okolicznościach niniejszej sprawy konieczne jest również dokonanie rozróżnienia między ww. przeciętnym konsumentem, tj. abonentem będącym formalnym nabywcą usług powoda, a osobą faktycznie korzystającą z tych usług, którą może być także osoba trzecia - w tym osoba małoletnia. Nie można bowiem zgodzić się z powodem co do tego, że oferowane przez niego aplikacje dedykowane są wyłącznie dla abonentów, a więc osób pełnoletnich i mających pełną zdolność do czynności prawnych. Twierdzeniu temu przeczy przede wszystkim formuła, treść i charakter produktu Spółki w postaci aplikacji o nazwie: „(...) vs. R.”, (...), Odpisuj F.”, (...), (...) (szata graficzna, wartość merytoryczna, stopień trudności gier), które wskazują na to, że w znacznej mierze zainteresowane nimi będą osoby małoletnie. Również skargi i reklamacje klientów, stanowiące materiał dowodowy sprawy, wskazują na to, że użytkownikami aplikacji dedykowanych na telefony komórkowe są także dzieci i młodzież.

Opisane wyżej cechy adresata informacji przekazywanej przez powoda, nie pozwalają na uznanie, że przyjęty przez powoda sposób i czas informowania konsumenta o oferowanej usłudze, jak również treść tej informacji umożliwia nawet dostatecznie uważnemu konsumentowi podjęcie - przed rozpoczęciem/kontynuacją gry - świadomej i racjonalnej decyzji rynkowej o nabyciu dostępnych w aplikacjach dodatkowych opcji płatnych w sytuacji, gdy korzystanie z tych opcji przekroczy sumę, jaką konsument skłonny byłby wydać na daną usługę. Wprowadzenie konsumentów w błąd, poprzez zaniechanie podania im istotnych, w aspekcie konsekwencji finansowych, informacji mogło więc skutkować zniekształceniem zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta odnośnie nabycia usługi o podwyższonej płatności.

Odnośnie zarzutu sformułowanego w punkcie 2 odwołania Sąd Okręgowy stoi na stanowisku, że usługa o podwyższonej opłacie jest usługą telekomunikacyjną, natomiast dostawcą tej usługi, w rozumieniu art. 64 ustawy z 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (dalej: PT), jest przedsiębiorca telekomunikacyjny, a nie dostawca dodatkowego świadczenia, tj. podmiot oferujący gry, tapety, dzwonki na telefony komórkowe etc. Usługa o podwyższonej opłacie została zdefiniowana przez ustawodawcę jako publicznie dostępna usługa telekomunikacyjna, w skład której wchodzi usługa telekomunikacyjną wraz z dodatkowym świadczeniem. Przedmiotowa usługa obejmuje zatem dwa elementy składowe: usługę telekomunikacyjną, rozumianą jako usługę polegającą głównie na przekazywaniu sygnałów w sieciach telekomunikacyjnych, oraz świadczenie dodatkowe, którego treścią jest z reguły udostępnianie drogą telekomunikacyjną różnego rodzaju informacji. Usługa telekomunikacyjna pełni więc w tym przypadku funkcję nośnika (środka przekazu) dla świadczenia dodatkowego, co jednocześnie uzasadnia „podwyższoną opłatę”, jako element tego rodzaju usługi (tzw. usługa premium rate). Nie można wykluczyć sytuacji, w której to sam przedsiębiorca telekomunikacyjny świadczący usługi przesyłu będzie równocześnie dostarczał treści objęte usługą o podwyższonej opłacie, jednak w praktyce najczęściej dostawca tych treści nie jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym. Wobec tego, w obrocie najczęściej występujący model świadczenia usługi o podwyższonej opłacie oparty jest na współpracy dwóch podmiotów: przedsiębiorcy telekomunikacyjnego oraz dostawcy dodatkowego świadczenia, będącego użytkownikiem numeru przeznaczanego do świadczenia danej usługi (por. A. Krasuski, komentarz do ustawy Prawo telekomunikacyjne, System Informacji Prawnej LEX; P. Litwiński [w:] red. E. Traple, Prawo reklamy i promocji, System Informacji Prawnej LEX). Istnieje zatem jedna usługa

telekomunikacyjna o charakterze publicznym, która jest świadczona przez dostawcę publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych (tu: operatora sieci GSM). Natomiast usługodawca, który dostarcza dodatkowe świadczenie (tu: aplikację na telefony komórkowe w postaci gier) nie świadczy usługi telekomunikacyjnej i wobec tego, co do zasady, nie podlega obowiązkom informacyjnym określonym w art. 64 PT. Niemniej jednak stwierdzenie, że Spółka (...) nie jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym i dostawcą usługi o podwyższonej opłacie w rozumieniu art. 64 ust. 1 PT, lecz podmiotem realizującym dodatkowe świadczenie w ramach usługi premium rate nie mają wpływu trafności rozstrzygnięcia przyjętego w niniejszej sprawie przez Prezesa UOKiK. Fakt, że powód nie jest adresatem obowiązków informacyjnych określonych w art. 64 PT nie oznacza, że spoczywają na nim żadne obowiązki informacyjne wobec abonentów korzystających z usługi telekomunikacyjnej o podwyższonej opłacie. Należy podkreślić, że pozwany nie zarzucił Spółce (...) naruszenia obowiązków przewidzianych w Prawie telekomunikacyjnym, lecz dopuszczenie się nieuczciwej praktyki rynkowej, o której mowa w art. 6 ust. 1 i ust. 3 pkt 1 upnpr. Jak już zauważono, „istotnymi informacjami”, które przedsiębiorca jest obowiązany podać konsumentom, są także te informacje, których obowiązek podania nie wynika z regulacji szczególnych, ale winny być one podane stosownie do wymogów z art. 6 upnpr. W przepisie tym, jako przykład praktyki mogącej wprowadzać konsumenta w błąd przez zaniechanie, ustawodawca wskazał natomiast zatajenie lub nieprzekazanie w sposób jasny, jednoznaczny lub we właściwym czasie istotnych informacji dotyczących produktu. I to właśnie ta norma stanowiła podstawę prawną do oceny praktyki powoda. Zdaniem Sądu, skoro to powód realizuje dodatkowe świadczenie objęte usługą o podwyższonej płatności, to odpowiada za udostępnianie w tym zakresie treści. Operator GSM jest w tym przypadku jedynie podmiotem, za pośrednictwem którego dostarczana jest usługa i zapłata za nią. Natomiast to Spółka (...) posiada najpełniejszą wiedzę o oferowanej abonentom aplikacji, dotyczącej gier pobieranych na telefon komórkowy, i to ona – jak słusznie zauważył pozwany – wywiera wpływ na podjęcie przez konsumenta decyzji, co do tego czy skorzystać z tej usługi. W tej sytuacji, z uwagi na to, że to strona powodowa wpływa na decyzje rynkowe konsumentów (tj. na to, czy i na jakich warunkach konsument dokonuje zakupu usługi premium rate), to także ona powinna podejmować wszelkie działania, aby konsument był należycie poinformowany, między innymi, o wszelkich aspektach związanych z dodatkowymi, płatnymi opcjami oferowanej gry tak, aby mógł podjąć w pełni świadomą decyzję o ich zakupie. Biorąc pod uwagę formułę gry oferowanej przez powoda (gra o nieograniczonej liczbie kombinacji, co do zasady, bezpłatna z płatnymi opcjami dodatkowymi) należy uznać, że rozsądny konsument nie zdecyduje się na zakup kilku opcji dodatkowych gry bez znajomości ich łącznej ceny. Działania Spółki (...) polegające na oferowaniu gry w zasadzie jako bezpłatnej, ale z możliwością uzyskania dodatkowych, płatnych opcji powodują natomiast, że przeciętny konsument przystępując do umowy nie wie tak naprawdę i nie jest w stanie przewidzieć, jakie środki finansowe zaangażuje gra. Nadto, jak już zauważono, także struktura komunikatów przedstawiających ofertę zakupu dodatkowych opcji została celowo tak zaprojektowana, aby konsument nie musiał uświadamiać sobie każdorazowo o znacznych kosztach, z jakimi wiąże się nabywanie tych dodatkowych opcji, o czym świadczy, po pierwsze - brak użycia w treści niektórych pytań o zakup opcji dodatkowej słów wskazujących na odpłatność danej opcji, typu: czy chcesz kupić, dokupić, lub innych wyrazów bliskoznacznych (użyto natomiast sformułowań np. „Czy chcesz wywołać trzęsienie ziemi?”, „Masz za mało bąbelków. Czy mimo to chcesz rozwinąć moc?”), po drugie – brak określenia w tych komunikatach ceny za zamówienie danej opcji.

Należy zgodzić się z Prezesem Urzędu, że nie jest uczciwe oczekiwanie od konsumenta zapłaty za analizowaną usługę w sytuacji, gdy nie był on na bieżąco informowany o tym, jakie koszty łącznie powstały w związku ze składanymi przez niego dyspozycjami dotyczącymi zakupu dodatkowych opcji gry. Według Sądu, wbrew twierdzeniom powoda, powód ma możliwość informowania konsumentów o rzeczywistych kosztach usług, udostępnianych im na numer o podwyższonej płatności. Spółka (...) ma wiedzę o tych kosztach, skoro: podaje jednostkowy koszt opłaty za wiadomość SMS wysłaną na numer premium rate, informuje użytkowników o przekroczeniu dobowych i miesięcznych limitów kosztów poniesionych w związku z zamawianiem usług na numerach o podwyższonej płatności, wreszcie – z kierowanych do konsumentów pism, stanowiących odpowiedzi na reklamacje wynika, że system elektroniczny Spółki rejestruje datę i liczbę zamówionych opcji płatnych w poszczególnych aplikacjach oraz numer premium, na jaki wysłano wiadomość SMS z zamówieniem opcji dodatkowych.

W odniesieniu do praktyki, opisanej w zaskarżonej decyzji, spełniona została również przesłanka godzenia przez przedsiębiorcę w zbiorowe interesy konsumentów. Przesłanka ingerencji w „zbiorowe interesy konsumentów”, o istnieniu których nie świadczy suma interesów jednostkowych oznacza, że zakaz z art. 24 uokik obejmuje zachowania przedsiębiorcy, które można określić jako „generalne”, tj. dotyczące każdego konsumenta znajdującego się w określonej sytuacji. Praktyką naruszającą zbiorowe interesy konsumentów jest takie zachowanie przedsiębiorcy, które podejmowane jest w warunkach wskazujących na powtarzalność zachowania w stosunku do indywidualnych konsumentów wchodzących w skład określonej grupy (T. Skoczny, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, 2014 r., System Informacji Prawnej Legalis). Przedmiotem ochrony nie są zatem interesy indywidualnego konsumenta lub grupy indywidualnych konsumentów, ale wszystkich klientów traktowanych jako grupa uczestników rynku zasługująca na szczególną ochronę. Aby uznać konkretne zachowanie przedsiębiorcy za naruszające zbiorowy interes konsumentów wystarczające jest, by zachowaniem tym dotknięci byli jego faktyczni lub potencjalni klienci, co ma miejsce w omawianym przypadku. Stosując analizowaną praktykę rynkową powód mógł naruszyć interesy nieokreślonej liczby konsumentów (abonentów telefonów komórkowych zamieszkujących na terytorium kraju), którzy mogliby skorzystać z oferowanych przez powoda aplikacji na telefony komórkowe, skorzystanie z których może się wiązać z poniesieniem kosztów związanych z zamówieniem dodatkowych, odpłatnych opcji gry.

Mając powyższe na uwadze, wobec spełnienia wszystkich przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 uokik, należało uznać, że praktyka, wymieniona w pkt I zaskarżonej decyzji, słusznie została uznana przez Prezesa UOKiK za nieuczciwą praktykę rynkową godzącą w zbiorowe interesy konsumentów.

W ocenie Sądu Okręgowego, prawidłowe zakwalifikowanie, opisanej w zaskarżonej decyzji, praktyki powoda, jako naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, uzasadniało zastosowanie przez Prezesa UOKiK art. 106 ust. 1 pkt 4 uokik – w brzmieniu obowiązującym na datę wydania decyzji – i nałożenie na przedsiębiorcę kary pieniężnej w wysokości do 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary.

Wprawdzie przepis art. 106 uokik wskazuje na fakultatywność wymierzania kar, niemniej jednak odstępianie od nałożenia kary powinno następować w wyjątkowych przypadkach, gdy nawet wymierzenie kary w wysokości symbolicznej stanowiłoby dla przedsiębiorcy znaczącą dolegliwość, pozostającą w rażącej sprzeczności ze stopniem winy przedsiębiorcy oraz bagatelnością stwierdzonej praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumenta. W niniejszej sprawie sytuacja taka nie miała miejsca. W okolicznościach przedmiotowej sprawy nie można przyjąć, by orzeczona kara była rażąco wygórowana. Za utrzymaniem kary w wysokości ustalonej przez Prezesa UOKiK przemawia nie tylko okoliczność, że kara pieniężna ma spełniać funkcję represyjną, ale także wychowawczą i prewencyjną, co oznacza, że kara ma zapobiegać podejmowaniu zakwestionowanych praktyk w przyszłości przez tego samego (prewencja szczególna), ale także innych przedsiębiorców (prewencja ogólna). Zdaniem Sądu, odstępianie od wymierzenia kary mogłoby nie przynieść pożądaných skutków. Sąd Okręgowy w pełni podziela ocenę pozwanego, co do zasadności orzeczenia kary, jak i jej wysokości, natomiast za niezasadny uznaje zarzut powoda, iż wysokość wymierzonej kary jest niewspółmierna, gdyż przy jej ustalaniu nie uwzględniono - jako okoliczności łagodzących - aktywnego współdziałania z Prezesem UOKiK w trakcie postępowania oraz dobrowolnej rekompensaty osobom poszkodowanym szkody poniesionej na skutek naruszenia w postaci wielokrotnego, pozytywnego rozpatrywania reklamacji, w których rodzice przyznają, że udostępniłi telefon dziecku, które bez ich wiedzy wysyłało SMS o podwyższonej opłacie.

Według Sądu, za aktywne współdziałanie nie może być uznane wyłącznie wykonywanie przez przedsiębiorcę obowiązków, jakie nakłada na niego art. 50 uokik, tj. terminowe udzielanie odpowiedzi i przesyłanie żądanych przez organ dokumentów, nieutrudnianie postępowania, czy składanie obszernych wyjaśnień. Wszystkie wymienione działania nie wykraczają poza zakres zachowań, do których obligują przedsiębiorcę obowiązujące przepisy prawa. Z kolei o aktywnym współdziałaniu można mówić wtedy, gdy działania przedsiębiorcy przekraczają powyższe ramy, umożliwiając jednocześnie szybkie i sprawne przeprowadzenie postępowania administracyjnego. W niniejszej sprawie nie sposób natomiast uznać, by Spółka (...) podjęła się takowych działań i wykazała jakąkolwiek własną inicjatywę, która ułatwiłaby procedowanie w sprawie.

Nie można również utożsamiać częściowego tylko uwzględniania reklamacji konsumentów (tj. reklamacji związanych z korzystaniem z aplikacji Spółki (...) przez dzieci) z dobrowolną rekompensatą osobom poszkodowanym szkody poniesionej na skutek naruszenia. Rekompensata ta nie obejmowała bowiem wszystkich konsumentów dotkniętych nieuczciwą praktyką rynkową powoda, lecz dotyczyła tylko tych przypadków, w których konsumenci raz, że złożyli reklamację a dwa udostępnili telefon dziecku, które bez ich wiedzy wysyłało SMS o podwyższonej opłacie. Nadto, powód nie wykazał, czy uwzględnienie wskazanych reklamacji dotyczyło ich wszystkich, czy tylko określonej liczby.

W ocenie Sądu, kary nałożone na powoda spełniają przesłanki określone w art. 111 uokik. Zgodnie z tym przepisem - w jego brzmieniu obowiązującym w dacie wydania zaskarżonej decyzji - przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy oraz uprzednie naruszenie przepisów ustawy. Zdaniem Sądu, wymierzając powodowemu przedsiębiorcy karę pieniężną w dolnej granicy ustawowego zagrożenia, tj. w wysokości odpowiadającej (...) przychodu oraz (...) maksymalnego wymiaru kary, Prezes UOKiK prawidłowo uwzględnił wszystkie kryteria wskazane w ww. przepisie. W szczególności kara ta prawidłowo uwzględnia: nieumyślny charakter naruszenia, jego wagę, długotrwałość (co najmniej od 2013 r.) oraz to, że nastąpiło ono na etapie zawierania kontraktu. Pozwany Prezes UOKiK prawidłowo uwzględnił również, jako okoliczność obciążającą, znaczny zasięg naruszenia (praktyka mogła objąć konsumentów zamieszkujących teren całego kraju). Natomiast zdaniem Sądu nie jest okolicznością łagodzącą brak uprzedniego naruszenia przez powoda przepisów ustawy antymonopolowej, gdyż wprost przeciwnie to uprzednie naruszenie ustawy może stanowić podstawę do podwyższenia kary.

Z tych wszystkich względów, na podstawie art. 479<sup>31a</sup> § 1 k.p.c., Sąd oddalił odwołanie.

O obowiązku zwrotu przez powoda, jako strony przegrywającej proces, kosztów poniesionych przez jego przeciwnika - Prezesa UOKiK, który proces wygrał, Sąd orzekł w oparciu o przepis art. 98 k.p.c. Kosztami tymi w sprawie niniejszej były jedynie koszty zastępstwa procesowego, świadczonych przez zawodowego pełnomocnika, których wysokość została ustalona stosowanie do treści § 14 ust. 3 pkt 3 w zw. z § 2 ust. 1 i 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2002 r., nr 163, poz. 1349 ze zm.) w związku z § 21 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2015 r., nr 1804).

SSO Małgorzata Perdion-Kalicka