



Sygn. akt I NSK 90/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 listopada 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Marcin Łochowski (przewodniczący)

SSN Leszek Bosek (sprawozdawca)

SSN Oktawian Nawrot

Protokolant Iwona Kotowska

w sprawie z powództwa C. S.A. w likwidacji z siedzibą w W.
przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
o stwierdzenie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów,
po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych w
dniu 19 listopada 2019 r.
skargi kasacyjnej pozwanego
od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...) z dnia 23 stycznia 2018 r.,
sygn. akt VII AGa (...)

1. oddala skargę;

2. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 360 (trzystu sześćdziesięciu) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.

UZASADNIENIE

Decyzją nr RŁO (...) z 8 grudnia 2014 r., Zastępca Dyrektora Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w W., działając w imieniu Prezesa

UOKiK, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. nr 50, poz. 331 ze zm.; dalej: u.o.k.k.) oraz stosownie do art. 33 ust. 5 i 6 tej ustawy uznał w punkcie I za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, praktykę, o której mowa w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stosowaną przez C. S.A. z siedzibą w W. polegającą na nieprzekazywaniu konsumentom we właściwym czasie, to jest w trakcie gry, po każdej czynności w grze związanej z wysłaniem SMS pod 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: „R. vs. R.”, „M.”, „O.”, „Z.”, „O.”, skutkującej ograniczeniem zdolności konsumentów do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej zamówienia nieobowiązkowych, dodatkowych Opcji Płatnych w ww. aplikacjach, stanowiąc 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 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U. nr 171, poz. 1206; dalej: u.p.n.p.r.) oraz nakazał zaniechać jej stosowania. W punkcie II decyzji nałożył na C. S.A. karę pieniężną w wysokości 31.457 zł, a w punkcie III obciążył C. S.A. kosztami opisanego na wstępie postępowania w sprawie stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów w kwocie 17,10 zł.

Od tej decyzji C. S.A. (powód) wniósł odwołanie, które zostało oddalone przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrokiem z 21 lipca 2016 r., XVII AmA (...). Sąd I instancji ustalił, że C. S.A. z siedzibą w W. prowadzi działalność m.in. w zakresie telekomunikacji. Na podstawie umów ramowych zawartych z operatorami GSM, świadczy usługi polegające na dostarczaniu treści do serwisów multimedialnych oferowanych klientom jako usługa telekomunikacyjna o podwyższonej opłacie. Powód oferuje abonentom sieci GSM produkty i usługi multimedialne na telefony komórkowe w różnych kategoriach, m.in.: tapety, dzwonki, gry Java, usługi społecznościowe. Powód stworzył aplikacje stanowiące interaktywne gry dedykowane na telefony komórkowe pod nazwą: „R. vs. R.”, „M.”, „O.”, „Z.”, „O.”. Aplikacje te udostępniane są przez powoda bezpłatnie, można je

zamówić m.in. przez darmowy numer [...], pobierając plik z grą na telefon komórkowy bezpośrednio ze strony internetowej, bądź poprzez mobilną stronę danej aplikacji prowadzoną w domenie (...).pl. Powód opracował regulamin usługi (umowę licencyjną), w którym określił zasady i warunki korzystania z poszczególnych aplikacji, informował o miejscu dostępności regulaminu i udostępnił regulamin w taki sposób, aby każdy przed zamówieniem usługi mógł zapoznać się z umową, tj. na dedykowanych stronach internetowych i za pośrednictwem www. (...), na mobilnej wersji portalu (...).pl oraz bezpośrednio w aplikacjach. 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 (np. Androida, który wymaga odgórnego wyrażenia zgody na wysyłanie SMS-ów o podwyższonej płatności przez zainstalowaniem aplikacji). Po uruchomieniu aplikacji zainstalowanej na telefonie, użytkownikowi wyświetlają się automatycznie dane dotyczące warunków korzystania z aplikacji, tj. umowa licencyjna zawierająca regulamin, opis aplikacji oraz cennik. Użytkownik, który uruchamia aplikację na telefonie komórkowym obowiązany jest do złożenia oświadczenia, że akceptuje wyświetlone mu warunki korzystania z aplikacji oraz umowę licencyjną, co czyni przez wciśnięcie w telefonie przycisku „akceptuję”. W przypadku braku akceptacji, aplikacja automatycznie wyłącza się i nie można z niej korzystać.

Użytkownik otrzymuje bezpłatną licencję na korzystanie z aplikacji i w jej ramach ma zapewnione funkcje umożliwiające bezpłatną grę. Może on poprzestać na korzystaniu z aplikacji w wersji bezpłatnej, nie będzie wówczas obciążony jakimikolwiek kosztami i ma możliwość nieograniczonej ilości razy rozpoczynania gry po utracie wszystkich szans. W aplikacjach udostępnione są także odpłatnie dodatkowe i nieobowiązkowe Opcje Płatne, które można zamówić wyłącznie w trakcie prowadzenia gry. Służą one nabyciu określonych ułatwień lub obejściu określonych zadań, które nie są konieczne dla prowadzenia gry.

W postępowaniu przed Prezesem UOKiK spółka wyjaśniła na przykładzie wybranej nieobowiązkowej Opcji Płatnej dostępnej w aplikacji „O.”, zasady korzystania z płatnych dodatków, wskazując, że zasady są standardowe

we wszystkich aplikacjach:

„Przykład: Nieobowiązkowa opcja płatna «ulepszenie mocy pomimo braku b.» (opisana jest w §4 ust. 4 umowy licencyjnej) jest pomocą w grze, polegającą np. na zwiększeniu zasięgu uderzenia. Treść wyświetlanego komunikatu: «Masz za mało b. Czy mimo to chcesz rozwinąć moc?» Komendy do wyboru: TAK/NIE. Po wciśnięciu komendy NIE użytkownik wraca do gry i może grać bezpłatnie. Koszt poniesiony przez użytkownika 0 zł. Po wciśnięciu komendy TAK lub OK wyświetla się kolejny komunikat. Treść komunikatu (platforma Android): W celu włączenia wybranej opcji konieczne jest wyrażenie zgody na wysłanie wiadomości na skrócony numer specjalny [...]28 /jedenaście zł siedem gr/ 11,07zł, stawka zgodnie z cennikiem operatora sieci komórkowej. Naciśnięcie przycisku «Zawsze OK» oznacza wyrażenie zgody na wysyłanie wiadomości, na skrócone numery specjalne [...]28 /dwa zł czterdzieści sześć gr/ 2,46zł, [...]28 /cztery zł dziewięćdziesiąt dwa gr/ 4,92zł, [...]28 /jedenaście zł siedem gr/ 11,07zł, po uprzednim potwierdzeniu zamówienia konkretnej dodatkowej opcji płatnej. Szczegółowa informacja znajduje się w głównym menu pod pozycją 'Info'. Komendy do wyboru: OK/ANULUJ/ZAWSZE OK.”

Po wybraniu potwierdzenia następuje wysłanie wiadomości SMS, natomiast aplikacja automatycznie aktywuje potwierdzoną Opcję Płatną. Po anulowaniu użytkownik wraca do gry bez ponoszenia jakichkolwiek kosztów. Aby wysłać wiadomość SMS i zamówić nieobowiązkową Opcję Płatną, użytkownik musi wcisnąć na swoim telefonie odpowiednią komendę. Spółka oświadczyła, że użytkownik nie wpisuje samodzielnie treści SMS-a. Konsument nie może zweryfikować, ile SMS-ów już wysłał i na jakie numery o podwyższonej opłacie, bo one nie zostają w pamięci telefonu.

Opcja „Zawsze OK” działa wyłącznie na wybranych modelach telefonów obsługujących określone wersje systemu operacyjnego Android i wynika ze specyfiki tego systemu. System Android diagnozuje, jeszcze przed instalacją przez abonenta aplikacji na swoim telefonie, cechy istotne produktu i na tym etapie abonent jest powiadamiany, niezależnie od informacji wyświetlanych przez spółkę, o istnieniu płatnych mechanizmów. Co więcej, 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 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 „Zawsze OK” spółka umożliwia użytkownikom urządzeń działających w systemie Android powrót do systemowych ustawień, tj. otwartej zgody na płatne połączenia, którą abonenci wyrazili w momencie instalacji Aplikacji, poprzez potwierdzenie dokonane bezpośrednio w systemie operacyjnym Android.

Konsekwencje wyboru opcji „Zawsze OK” nie zostały opisane w umowach licencyjnych Aplikacji, z którymi konsument zapoznaje się przed rozpoczęciem gry.

Po włączeniu przez abonenta ustawień „Zawsze OK”, użytkownik dokona zamówienia już przez siebie wytypowanej nieobowiązkowej Opcji Płatnej, czyli nastąpi wysłanie SMS-a pod numer o podwyższonej płatności. Zamówienie kolejnych nieobowiązkowych Opcji Płatnych, w dalszym ciągu będzie wymagało potwierdzenia zamówienia, za pomocą zatwierdzenia dyspozycji odpowiednim przyciskiem, które w tym trybie jest dokonywane jednokrotnie i jest jednoznaczne z wysyłką SMS-a. Aplikacja, po zatwierdzeniu przez abonenta wyboru określonej Opcji Płatnej, nie wyświetli drugiego komunikatu z informacją o koszcie SMS-a.

Powód 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: 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”; 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 200 zł z VAT”. Informacja wysyłana jest przez powoda indywidualnie na telefon abonenta za pomocą SMS. Stosowany przez powoda system powiadomień o przekroczeniu progów działa niezależnie od powiadomień uruchamianych na żądanie abonentów przez dostawców publicznie dostępnej sieci

telekomunikacyjnej, o których mowa w art. 64 ust. 5 prawa telekomunikacyjnego.

W ocenie Sądu I instancji praktyka opisana w zaskarżonej decyzji jest nieuczciwą praktyką rynkową. Zgodnie z treścią art. 6 ust. 1 i 2 u.p.n.p.r. 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. W razie wątpliwości za istotne uważa się informacje, które przedsiębiorca stosujący praktykę rynkową jest obowiązany podać konsumentom na podstawie odrębnych przepisów. Wprowadzającym w błąd zaniechaniem może być w szczególności zatajenie lub nieprzekazanie w sposób jasny, jednoznaczny lub we właściwym czasie istotnych informacji dotyczących produktu. Zdaniem SOKiK istotnymi są nie tylko informacje wynikające z przepisów szczególnych, ale także te informacje, których obowiązek podania nie wynika z regulacji szczególnych, ale powinny być one podane stosownie do wymogów wynikających z art. 6 ust. 4 u.p.n.p.r., przy czym zawarte w tym przepisie wyliczenie ma charakter przykładowy, na co wskazuje użycie sformułowania „w szczególności”. Dla wykazania, że działania przedsiębiorcy stanowią nieuczciwą praktykę rynkową wprowadzającą konsumenta w błąd, a której mowa w art. 5 lub art. 6 u.p.n.p.r., nie jest konieczne wykazanie także naruszenia klauzuli generalnej z art. 4 ust. 1 u.p.n.p.r. Według Sądu I instancji praktyka powoda była bezprawna, gdyż nosiła znamiona nieuczciwej praktyki rynkowej, o której mowa w art. 6 ust. 1 i ust. 3 pkt 1 u.p.n.p.r. Sąd zwrócił przy tym uwagę na następujące okoliczności: - podjęcie przez konsumenta decyzji o uzyskaniu dodatkowych płatnych opcji następuje w trakcie gry, a nie przed jej rozpoczęciem, co wpływa m.in. na niemożność 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 b. Czy mimo to chcesz rozwinąć moc?”) 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 „Zawsze ok”, 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 „Zawsze OK” nie został opisany w licencji. W świetle tych okoliczności, zdaniem Sądu I instancji, 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.

Inaczej niż Prezes UOKiK, Sąd I instancji stanął na stanowisku, że istnieje tylko jedna usługa telekomunikacyjna o charakterze publicznym, która jest świadczona przez dostawcę publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych (operatora sieci GSM). Natomiast usługodawca, który dostarcza dodatkowe świadczenie (aplikację na telefony komórkowe w postaci gier) nie świadczy usługi telekomunikacyjnej i wobec tego nie podlega obowiązkom informacyjnym określonym w art. 64 ustawy z 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne. W ocenie SOKiK, okoliczność, iż powód nie jest adresatem obowiązków informacyjnych określonych w powołanym przepisie, nie oznacza, że nie spoczywają na nim żadne obowiązki informacyjne wobec abonentów korzystających z usługi telekomunikacyjnej o podwyższonej opłacie. „Istotnymi informacjami”, które przedsiębiorca jest obowiązany podać konsumentom, są także te informacje, których obowiązek podania nie wynika z regulacji szczególnych, ale powinny być one podane stosownie do wymogów z wynikających z art. 6 u.p.n.p.r.

Od tego wyroku powód wniósł apelację do Sądu Apelacyjnego w (...). Sąd

Apelacyjny, wyrokiem z 23 stycznia 2018 r., XVII AmA (...) zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że uchylił przedmiotową decyzję Prezesa UOKiK (pkt 1a) i zasądził od niego na rzecz powoda kwotę 1.377 zł tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt 1b). Dodatkowo zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 2.080 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego (pkt 2).

Sąd Apelacyjny wskazał, że Prezes UOKiK i Sąd I instancji nie wykazali, jakoby „nieprzekazywanie 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 umożliwiającymi prowadzenie gier bezpłatnie, dedykowanych na telefony komórkowe” stanowiło nieprzekazywanie w sposób jasny, jednoznaczny lub we właściwym czasie istotnych informacji dotyczących produktu, które miałyby skutkować ograniczeniem zdolności konsumentów do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej zamówienia nieobowiązkowych dodatkowych Opcji Płatnych w aplikacjach.

W ocenie Sądu II instancji Prezes UOKiK w zaskarżonej decyzji i SOKiK w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku nie wskazali źródła obowiązku informacyjnego, który przypisali powodowi i za który została mu wymierzona kara pieniężna, ograniczając się do ogólnikowego stwierdzenia, że jego niewykonanie skutkowało ograniczeniem zdolności konsumentów do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej zamówienia nieobowiązkowych dodatkowych Opcji Płatnych w tych aplikacjach. Tymczasem wskazanie ewentualnego skutku nie jest wystarczające, należało sprecyzować źródło obowiązku, którego zaniechanie miałoby stanowić czyn nieuczciwej konkurencji.

Sąd Apelacyjny zwrócił też uwagę, że Prezes UOKiK nałożył na powoda obowiązki informacyjne w większym zakresie, niż to uczynił ustawodawca w odniesieniu do operatorów telekomunikacyjnych w art. 64 ust. 1, 2 i 4 prawa telekomunikacyjnego. Dostawca publicznie dostępnej usługi telekomunikacyjnej obejmującej usługę telekomunikacyjną z dodatkowym świadczeniem jest obowiązany podawać wraz z numerem tej usługi przekazywanym bezpośrednio

abonentom, cenę za jednostkę rozliczeniową usługi albo cenę za połączenie, w przypadku usługi taryfikowanej za całe połączenie, ze wskazaniem ceny brutto oraz nazwę podmiotu realizującego dodatkowe świadczenie. Podmiot podający do publicznej wiadomości informację o usłudze o podwyższonej opłacie jest obowiązany podawać wraz z numerem tej usługi cenę za jednostkę rozliczeniową usługi albo cenę za połączenie, w przypadku usługi taryfikowanej za całe połączenie, ze wskazaniem ceny brutto oraz nazwę podmiotu realizującego dodatkowe świadczenie. Każdy dostawca usługi o podwyższonej opłacie został obowiązany podawać cenę każdego SMS z informacją o numerze, np. w SMS wysyłanym do użytkowników końcowych zapraszającym ich do udziału w loterii lub grze.

W tej sytuacji, w ocenie Sądu II instancji, niezasadne jest nałożenie na powoda obowiązku informowania konsumenta w szerszym od powyższego zakresie, bo obejmującym nie tylko SMS wysłanego przed rozpoczęciem świadczenia usługi (który jest wysyłany przez powoda), lecz także po jej świadczeniu, a także obejmującego nie tylko informację o cenie za daną usługę (która jest podawana użytkownikowi przez powoda), lecz także sumie kosztów za wszystkie świadczone dotychczas usługi.

Od tego wyroku pozwany wniósł skargę kasacyjną do Sądu Najwyższego, zarzucając mu naruszenie przepisów prawa materialnego tj.: art. 24 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 u.o.k.k., art. 6 ust. 1 i ust. 3 pkt 1 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 u.p.n.p.r.; art. 4 ust. 1 i 2 u.p.n.p.r. w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania decyzji przez Prezesa UOKiK tj. 8 grudnia 2014 r. (Dz.U. 2007, nr 171, poz. 1206). Wskazując na powyższe wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi II instancji, ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez oddalenie apelacji powoda w całości, a także zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania według norm prawem przepisanych.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną powód wniósł o jej oddalenie i zasądzenie kosztów procesu według norm przepisanych.

Postanowieniem z 16 lipca 2019 r. Sąd Najwyższy przyjął skargę kasacyjną do rozpoznania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga nie zasługiwała na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 398¹³ § 1 i 2 k.p.c. Sąd Najwyższy rozpoznaje skargę kasacyjną w granicach zaskarżenia oraz w granicach podstaw; w granicach zaskarżenia bierze jednak z urzędu pod rozwagę nieważność postępowania. Sąd Najwyższy jest przy tym związany ustaleniami faktycznymi stanowiącymi podstawę zaskarżonego orzeczenia. W niniejszej sprawie nie ma więc wątpliwości, że Sąd Najwyższy jest związany ustaleniami faktycznymi poczynionymi przez sądy powszechne stanowiącymi podstawę zaskarżonego orzeczenia.

Przed rozpatrzeniem zarzutów skargi kasacyjnej celowe jest omówienie kontekstu normatywnego przepisów przywołanych w skardze, w szczególności tych stanowiących materialnoprawną podstawę rozstrzygnięcia sporu w niniejszej sprawie. Zasadniczy przedmiot sporu w niniejszej sprawie dotyczy bowiem wykładni pojęcia nieuczciwej praktyki rynkowej polegającej na zaniechaniu podania konsumentowi istotnej informacji na temat usługi w sposób sprzeczny z przepisami prawa oraz dobrymi obyczajami (art. 4 ust. 1 oraz art. 6 ust. 1 u.p.n.p.r.). Zakwalifikowanie zachowania przedsiębiorcy jako nieuczciwej praktyki rynkowej skutkuje konsekwentnie uznaniem go za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów (art. 24 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k.).

Pojęcie nieuczciwej praktyki rynkowej ma rodowód konstytucyjny. Zgodnie z art. 76 Konstytucji RP „[w]ładze publiczne chronią konsumentów, użytkowników i najemców przed działaniami zagrażającymi ich zdrowiu, prywatności i bezpieczeństwu oraz przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi”, a „[z]akres tej ochrony określa ustawa”. Przepis art. 76 Konstytucji RP, choć nie jest źródłem praw podmiotowych, stanowi zasadę polityki państwa, którą władze publiczne mają obowiązek realizować (por. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 29 lutego 2000 r., III CZP 26/99).

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego podkreśla się, że celem art. 76 Konstytucji RP jest zabezpieczenie interesów słabszego uczestnika rynku (konsumenta, użytkownika, najemcy), którego wiedza i orientacja są ograniczone w

porównaniu do profesjonalnego partnera (sprzedawcy, usługodawcy). Konsument ma słabszą pozycję przetargową, a jego swoiste upośledzenie wynika z przyczyn systemowych, determinowanych pozycją rynkową. Z tej też przyczyny działania na rzecz ochrony konsumenta, które mają umocnić jego pozycję wobec profesjonalnego partnera służą wyrównaniu ich szans i zapewnieniu - także na rynku detalicznym, swobody dokonania wyboru i podjęcia nieskrępowanej decyzji. Istotą ochrony konsumenta nie jest więc nadawanie mu dodatkowych nadzwyczajnych przywilejów, lecz poddanie całości obrotu praktykom „rynkowo-kompensatoryjnym”, które mają przywrócić utraconą zdolność decydowania o konsumpcji (wyroki TK z: 21 kwietnia 2004 r., K 33/03 oraz 15 marca 2011 r., P 7/09). W wymiarze materialnym, w zakresie odnoszącym się do konsumenta, art. 76 Konstytucji RP stanowi między innymi źródło zasady przejrzystości, jawności, rzeczywistej dostępności jasnej, pełnej i zrozumiałej informacji handlowej, sformułowanej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego (wyrok TK z 21 kwietnia 2004 r., K 33/03).

Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym stanowi częściową realizację konstytucyjnych obowiązków ciążących na władzy publicznej w zakresie ochrony konsumenta, precyzując nieuczciwe praktyki rynkowe w działalności gospodarczej i zawodowej oraz zasady przeciwdziałania tym praktykom w interesie konsumentów i w interesie publicznym. Ustawa szczegółowo klasyfikuje nieuczciwe praktyki rynkowe według kryterium charakteru zachowania przedsiębiorcy, wyróżniając działania wprowadzające konsumenta w błąd (art. 5 i 7), zaniechania podania istotnych informacji (art. 6), agresywne praktyki rynkowe (art. 8 i 9), prowadzenie działalności w formie systemu konsorcyjnego (art. 10) oraz stosowanie kodeksu dobrych praktyk, którego postanowienia są sprzeczne z prawem (art. 11). Przy ocenie uczciwości praktyki rynkowej uwzględnia się tzw. model przeciętnego konsumenta, którego ustawa definiuje jako człowieka, „który jest dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny”. Oceny tej 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 (art. 2 pkt 8 u.p.n.p.r.).

Za stosowanie nieuczciwych praktyk rynkowych ustawa przewiduje sankcje cywilne (art. 12 u.p.n.p.r.), karne (art. 15-16 u.p.n.p.r.) oraz - na mocy przepisów odrębnych względem omawianej ustawy - administracyjne (art. 106 ust. 1 pkt 4 u.o.k.k. w zw. z art. 4-11 u.p.n.p.r.).

Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym stanowi również transpozycję dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.U. UE L 149, z 11 czerwca 2005 r., s. 22-39).

Wykładnia tej ustawy powinna zatem uwzględniać standard konstytucyjny oraz unijny.

Zarzuty skargi kasacyjnej koncentrują się na art. 4 ust. 1 oraz art. 6 ust. 1 u.p.n.p.r. Zgodnie z art. 6 ust. 1 u.p.n.p.r. za 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.”.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w świetle tego przepisu przedsiębiorca nie ma obowiązku podawać konsumentowi wszystkich istotnych informacji dotyczących usługi, ale tylko te istotne informacje, które są potrzebne konsumentowi do podjęcia decyzji o zawarciu umowy. Nie tylko deficyt, ale również nadmiar informacji może okazać się dla konsumenta niekorzystny (I. Oleksiewicz, uwaga nr 5 do art. 6, w: *taż*, *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*, Warszawa 2013, LEX).

Po drugie, aby stwierdzić po stronie przedsiębiorcy zaniechanie wprowadzające w błąd konsumenta, konieczne jest ustalenie źródła obowiązku informacyjnego, którym może być: przepis powszechnie obowiązującego prawa

(co wynika wprost z art. 6 ust. 2 u.p.n.p.r.), zasady deontologii zawodowej w przypadku zawodów zaufania publicznego, sama umowa między przedsiębiorcą a konsumentem (R. Stefanicki, uwaga nr 1 do art. 6, w: tenże, *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*, Warszawa 2009, LEX), a także - jeśli przepis tak stanowi - dobry obyczaj. Takim przepisem jest art. 4 ust. 1 u.p.n.p.r., który zostanie omówiony w dalszej części uzasadnienia.

Podstawowym źródłem obowiązków informacyjnych przedsiębiorcy jest art. 6 ust. 4 u.p.n.p.r., który wymienia pięć przykładowych istotnych dla konsumenta informacji - na co wskazuje poprzedzenie wyliczenia określeniem „w szczególności”. Otwartość katalogu obowiązków informacyjnych budzi w doktrynie wątpliwości z punktu widzenia zgodności z art. 7 ust. 4 dyrektywy nr 2005/29, która zawiera niemal identyczne, lecz enumeratywne wyliczenie (A. Wiewiórowska-Domagalska, A. Kunkiel-Kryńska, uwaga nr 22 do art. 6, w: K. Osajda (red.), *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis; R. Stefanicki, uwaga nr 1 do art. 6, *op. cit.*). W praktyce źródłem wiedzy o obowiązkach informacyjnych może być orzecznictwo sądowe. Normatywnym punktem odniesienia pozostają jednak przepisy prawa nakładające na podmioty prawa obowiązki ograniczające swobodę działalności gospodarczej (uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 9 lipca 2019 r., I NSZP 1/19).

Takie stanowisko nie stoi na przeszkodzie posługiwaniu się w prawie konkurencji klauzulami generalnymi takimi jak „zakaz nadużywania pozycji dominującej”, „zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję” czy „zakaz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów”. Wymienione zakazy stanowią formę «otwartych» obowiązków negatywnych, nakazujących przedsiębiorcom powstrzymanie się od działań noszących znamiona zakazanych praktyk. Czym innym jednak są obowiązki pozytywne, które wymagają od przedsiębiorców podjęcia określonych działań pod rygorem kary pieniężnej, czego przykładem jest obowiązek podawania konsumentom istotnych informacji na temat produktu bądź usługi. Obowiązki te mogą być rekonstruowane z klauzul generalnych ze szczególną ostrożnością.

Po trzecie, należy zwrócić uwagę, że art. 6 ustawy stanowi w dużej mierze

powtórzenie art. 7 ust. 1 dyrektywy nr 2005/29, ale przepis krajowy pomija istotne fragmenty przepisu unijnego. Zgodnie z art. 7 ust. 1 dyrektywy, praktykę handlową uznaje się za „wprowadzającą w błąd, jeżeli w konkretnym przypadku, biorąc pod uwagę wszystkie jej cechy i okoliczności oraz ograniczenia środka przekazu, pomija ona istotne informacje potrzebne przeciętnemu konsumentowi, stosownie do okoliczności, do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej transakcji i tym samym powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął [pominięte fragmenty zaznaczone]”.

Wykładnia art. 6 u.p.n.p.r. powinna więc uwzględniać art. 7 dyrektywy nr 2005/29, ponieważ, przepis unijny nie został implementowany do ustawy krajowej w sposób dosłowny. Przy ocenie uczciwości praktyki handlowej należy więc mieć na względzie niewyrażone wprost w art. 6 u.p.n.p.r., ale ujęte w art. 7 dyrektywy, przesłanki cech relewantnych praktyki oraz konkretnych okoliczności, w których ona występuje.

Przechodząc do omówienia art. 4 ust. 1 u.p.n.p.r. - przepis ten stanowi, 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 przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu. Z kolei według ust. 2 tego samego artykułu, za nieuczciwą praktykę rynkową uznaje się w szczególności praktykę rynkową wprowadzającą w błąd oraz agresywną praktykę rynkową, a także stosowanie sprzecznego z prawem kodeksu dobrych praktyk. Praktyki te nie podlegają ocenie w świetle przesłanek określonych w ust. 1.

Źródłem obowiązku prawnego przedsiębiorcy może być dobry obyczaj, który sam w sobie nie jest wiążący, ale jego znaczenie normatywne wynika w analizowanym stanie faktycznym z odesłania zawartego w art. 4 ust. 1 u.p.n.p.r. Pojęcie dobrych obyczajów zawsze było rozumiane jako ugruntowane zasady uczciwego postępowania o charakterze lokalnym bądź powszechnym, to znaczy praktykowane w określonej grupie społecznej lub w całym społeczeństwie (Z. Radwański, A. Zieliński, *Dobre obyczaje*, w: M. Safjan (red.), *System Prawa*

Prywatnego. Prawo cywilne-część ogólna, t. I, Warszawa 2012 s. 398-400; F. Studnicki, *Działanie zwyczaju handlowego w zakresie zobowiązań z umowy*, Kraków 1949, s. 51-57 i 71; Z. Fenichel, *Pojęcie dobrych obyczajów w prawie polskim*, „Głos Prawa” nr 1-3/1934).

O tym, „czy umowa sprzeciwia się dobrym obyczajom decyduje sędzia, kierując się zapatrywaniami swojej epoki i swego społeczeństwa” (R. Longchamps de Bérier, *Zobowiązania*, Lwów 1937, s. 157). Pojęcie dobrych obyczajów, wywodzące się z jeszcze przedwojennego stanu prawnego, w zasadzie powszechnie utożsamia się z pojęciem zasad współżycia społecznego (E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002, s. 365; Z. Radwański, M. Zieliński, *Uwagi de lege ferenda o klauzulach generalnych w prawie prywatnym*, Przegląd Legislacyjny 2011, nr 2, s. 20-23; M. Safjan, *Klauzule generalne w prawie cywilnym (przyczynek do dyskusji)*, Państwo i Prawo 1990, z. 11, s. 56). Niektórzy autorzy jednak zwracają uwagę na szczególny związek dobrych obyczajów z działalnością gospodarczą - o ile zasady współżycia społecznego są wspólne dla całego społeczeństwa, o tyle każda branża handlowa, producencka czy zawodowa ma charakterystyczne dla swojej grupy obyczaje (T. Knypl, K. Trzciniński, *Znaczenie zwyczajów i dobrych obyczajów w prawie cywilnym i handlowym*, Przegląd Prawa Handlowego 1997, nr 8, s. 19).

Choć we współczesnym prawie polskim brak jest odpowiednika art. 500 Kodeksu handlowego z 1933 r., który wprost wyrażał domniemanie znajomości zwyczajów handlowych przez kupców, to obowiązek znajomości i poszanowania zasad uczciwego obrotu (dobrych obyczajów, zasad współżycia społecznego) przyjętych w praktyce rynkowej wynika w sposób dorozumiany z całokształtu przepisów prawa konkurencji i prawa konsumenckiego odsyłających do takich klauzul generalnych. W tym sensie można powiedzieć, że dobry obyczaj wiąże strony jak ustawa (Z. Fenichel, *Polskie prawo prywatne i procesowe. Studja*, Kraków 1936, s. 34). Zawarcie w ustawie odesłania do dobrego obyczaju jako źródła obowiązku przedsiębiorcy nie narusza konstytucyjnego wymogu ustawowej podstawy prawnej dla każdej ingerencji w wolność gospodarczą, ani zasady ścisłej i literalnej wykładni ograniczeń tej wolności. Wręcz przeciwnie, jurydyzacja dobrych obyczajów zapewnia ustawie „możliwie bliski i trwały kontakt

z życiem” (F. Studnicki, *op. cit.*, s. 65) - takie odesłanie umacnia związek między prawem a przyjętymi w codziennej praktyce zasadami uczciwego obrotu, które z natury powinny być znane przedsiębiorcom.

Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy, należy podkreślić, że istota problemu polega na kwestii, czy powód dopuścił się nieuczciwej praktyki rynkowej przez to, że świadcząc usługę polegającą na udostępnianiu gier na telefony komórkowe zaniechał podania szczegółowych informacji o sposobie wykonania umowy (brak wzmianki w licencji o mechanizmie działania opcji „Zawsze OK”) oraz zaniechał powtarzania informacji na temat kosztów poszczególnych SMS-ów wysyłanych przy korzystaniu z dodatkowych opcji płatnych (taka informacja podawana była tylko jeden raz - przed wyborem opcji „Zawsze OK”). W ocenie Sądu Najwyższego należy udzielić na to pytanie odpowiedzi przeczącej.

Nie jest zasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 u.o.k.k. poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie, na skutek przyjęcia, że powód nie działał w sposób bezprawny, podczas gdy w ocenie Prezesa UOKiK praktyka powoda nie była zgodna z art. 6 ust. 1 i ust. 3 pkt 1 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 u.p.n.p.r. Art. 6 ust. 3 pkt 1 u.p.n.p.r., na którego naruszenie powołuje się pozwany, stanowi, że nieuczciwym zaniechaniem może być przykładowo „zatajenie lub nieprzekazanie w sposób jasny, jednoznaczny lub we właściwym czasie istotnych informacji dotyczących produktu”. Mając na uwadze założenie przyjęte na wstępie rozważań, przedsiębiorca może zostać ukarany wyłącznie za zatajenie lub nieprzekazanie w odpowiedni sposób takich istotnych informacji, które mogą mieć wpływ na decyzję konsumenta o zawarciu umowy. Tak też interpretuje się ten przepis w literaturze (A. Wiewiórkowska-Domagalska, A. Kunkiel-Kryńska, uwaga nr 10 do art. 6, *op.cit.*).

Należy zgodzić się z Sądem Apelacyjnym, że Prezes UOKiK nie wskazał precyzyjnie źródła rozszerzonego obowiązku informacyjnego, jaki chciałby nałożyć na pozwanego. W realiach niniejszej sprawy trudno rekonstruować szczególny obowiązek przedsiębiorcy z dobrych obyczajów i zasad lojalnego wykonywania zobowiązań. Powtórzyć natomiast należy, że żaden przepis prawa nie nakłada na przedsiębiorcę obowiązku informowania o szczegółowym sposobie wykonywania umowy, w szczególności opisywania wszystkich mechanizmów związanych z dodatkowymi opcjami płatnymi i informowania w czasie rzeczywistym o ich

kosztach.

Ustawa przewiduje natomiast, że przedsiębiorca ma obowiązek poinformować konsumenta o cenie usługi uwzględniającej podatki (art. 6 ust. 4 pkt 3 u.p.n.p.r.). Powodowa spółka C. informuje o cenach dodatkowych opcji płatnych, czego Prezes UOKiK nie kwestionuje. W ocenie pozwanego informacja ta nie jest jednak dostatecznie często komunikowana konsumentowi w przypadku, gdy przy korzystaniu z aplikacji komórkowej wyrazi on z góry zgodę na ponoszenie kosztów wszystkich dodatkowych opcji płatnych (opcja „Zawsze OK”) - wówczas zamówienie kolejnych nieobowiązkowych opcji płatnych w dalszym ciągu będzie wymagało każdorazowego potwierdzenia zamówienia przez użytkownika, ale nie będzie towarzyszyła mu już informacja o koszcie SMS-a. Należy jednak podkreślić, że informacja o kosztach wszystkich opcji płatnych jest podawana użytkownikowi przed wybraniem opcji „Zawsze OK”. Nie ulega więc wątpliwości, że powód zrealizował w tej sprawie prawidłowo ustawowy obowiązek informacyjny określony w art. 6 ust. 4 pkt 3 u.p.n.p.r. Wywodzenie obowiązków informacyjnych przedsiębiorcy, za których naruszenie grozi mu dotkliwa sankcja finansowa, w drodze złożonych i niezbyt klarownych zabiegów interpretacyjnych - jak to czyni to Prezes UOKiK - jest trudna do pogodzenia z fundamentalną zasadą ustawowej podstawy prawnej dla wszystkich obowiązków nakładanych na przedsiębiorców (por. cyt. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego I NSZP 1/19).

Prezes UOKiK w swojej argumentacji odwołuje się również do analogii z przepisów odrębnych np. na art. 8 pkt 3, art. 10, art. 12 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta. Żaden z tych przepisów nie formułuje jednak obowiązku każdorazowego informowania użytkownika gry komórkowej o koszcie każdej wykupywanej opcji dodatkowej. Wręcz przeciwnie: art. 8 pkt 3 i art. 12 ust. 1 pkt 5 wymagają od przedsiębiorcy podania łącznej ceny świadczenia, a gdy nie jest to możliwe, poinformowania konsumenta o sposobie, w jaki będzie ona obliczana - powód ten obowiązek spełnił, ponieważ przed zaznaczeniem opcji „Zawsze OK” wyświetla się komunikat informujący o kosztach poszczególnych SMS-ów związanych z opcjami dodatkowymi. Z kolei art. 10 ustawy o prawach konsumenta mówi, że przedsiębiorca ma obowiązek uzyskać wyraźną zgodę konsumenta na każdą dodatkową płatność wykraczającą poza uzgodnione

wynagrodzenie za główne obowiązki umowne przedsiębiorcy - także i ten obowiązek został spełniony przez powoda, ponieważ nawet po zaznaczeniu opcji „Zawsze OK”, wykupienie każdej opcji płatnej w trakcie gry wymaga odrębnej zgody. Także z przywołanych przez pozwanego art. 21-25 ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych nie wynika obowiązek wielokrotnego powtarzania informacji o cenie usługi przed każdym zatwierdzeniem dodatkowej opcji płatnej - art. 23 ust. 1 pkt 3 wspomnianej ustawy wymaga jedynie, aby przedsiębiorca podał „informację o wszelkich opłatach należnych dostawcy od użytkownika, w tym wyszczególnienie kwot tych opłat”, co powód uczynił. Przepis ten nie wymaga, aby informacja o opłatach była podawana konsumentowi więcej niż raz - tymczasem Prezes UOKiK sformułował taki wymóg wobec powoda. Krótko mówiąc, obowiązek informacyjny w rozumieniu przyjętym przez Prezesa UOKiK nie wynika z wyraźnego przepisu prawa, lecz został wykreowany w jego decyzji stwierdzającej nieuczciwą praktykę rynkową po stronie powoda.

Nawet jeśli hipotetycznie dopuścić możliwość kreowania dodatkowych obowiązków informacyjnych w drodze pozajęzykowych metod wykładni - co, należy to podkreślić ponownie, jest z konstytucyjnego punktu widzenia dyskusyjne - Prezes UOKiK nie wykazał, że zaniechanie powodowej spółki nosiło znamiona nieuczciwej praktyki rynkowej w rozumieniu art. 6 ust. 1 u.p.n.p.r. i art. 7 ust. 1 dyrektywy nr 2005/29.

Po pierwsze, Prezes UOKiK nie uwzględnił relewantnej cechy produktu, jaką jest opcja „Zawsze OK” stworzona dla konkretnych modeli telefonów Android, a nie dla wszystkich modeli.

Po drugie, Prezes UOKiK nie uwzględnił też przesłanki konkretnych okoliczności, w jakich funkcjonuje usługa świadczona przez powoda, ani nie zidentyfikował prawidłowo modelu przeciętnego konsumenta korzystającego z omawianego rodzaju usług. Celem prawa konsumenckiego nie jest uczynienie konsumentów grupą uprzywilejowaną, ale wyrównanie ich pozycji kontraktowej względem przedsiębiorców, które przejawia się - jak zostało to już wspomniane - w przywróceniu tym pierwszym utraconej zdolności decydowania o konsumpcji. Prawo konsumenckie tworzy zatem konsumentowi sprzyjające warunki do podjęcia świadomej decyzji, ale konsument nadal musi samodzielnie zadbać o własny

interes, podejmując wysiłek poznania warunków usługi, z której pragnie skorzystać oraz samodzielnie dokonując rachunku strat i korzyści związanych z zawarciem danej umowy.

Usługi rozrywkowe w postaci gier na komputery i telefony komórkowe cieszą się rosnącą popularnością nie tylko wśród dzieci i młodzieży, ale również dorosłych. Mając na względzie, że przeciętny konsument jest „dobrze poinformowany, uważny i ostrożny” (art. 2 pkt 8 u.p.n.p.r.), zasadne jest domniemanie, że przeciętny użytkownik gier komórkowych musi być świadom, że część z nich jest płatna jednorazowo (znakomita większość gier komputerowych i gier komórkowych), część z nich jest całkowicie bezpłatna, a część ma charakter dwuwymiarowy - podstawowa wersja gry jest bezpłatna, a jedynie dodatkowe funkcjonalności uatrakcyjnijające rozgrywkę są płatne. Z punktu widzenia «dobrze poinformowanego» konsumenta jednorazowa informacja o cenie opcji dodatkowych, połączona z informacją o przekroczeniu dziennego lub miesięcznego limitu wydatków (31 zł w skali doby oraz 200 zł w skali miesiąca), jest w zupełności wystarczająca. Wielokrotne powtarzanie tej informacji przed zakupem każdej opcji dodatkowej stanowiłoby już raczej uciążliwy nadmiar informacyjny, przed którym internauci zazwyczaj uciekają. W ocenie Sądu Najwyższego tak określone reguły wykonywania zobowiązania, o których konsument jest informowany, nie naruszają dobrych obyczajów i nie stanowią nieuczciwej praktyki rynkowej. Nie można oczywiście wykluczyć, że inne określenie progów kwotowych mogłoby w krańcowych sytuacjach zostać uznane za swoistą pułapkę dla konsumenta. Rolą Sądu Najwyższego nie jest jednak abstrakcyjne i generalne wyznaczanie szczegółowych miar nieuczciwych praktyk rynkowych.

Od «uważnego» i «ostrożnego» konsumenta - nie tylko korzystającego z gier komórkowych - można oczekiwać dochowania minimalnej staranności przy zawieraniu umów, która powinna przejawiać się w zapoznaniu z podstawowymi warunkami świadczenia usług, w tym zwłaszcza ich ceną. Także i on musi ponosić konsekwencje nieprzemyślanych decyzji, podjętych bez zapoznania się z istotnymi informacjami przedstawionymi przez przedsiębiorcę (*ius civile vigilantibus scriptum est, nec stultis solere succurri*).

W sytuacji, w której bezpośrednim konsumentem jest osoba małoletnia

korzystająca z telefonu zakupionego jej przez rodzica lub inną osobę dorosłą, wymóg dochowania minimalnej staranności obciąża zwłaszcza właściciela telefonu. Jeżeli dorosły użytkownik nie zapoznał się z warunkami płatności za grę komórkową (w tym również z warunkami opcji „Zawsze OK”), a mimo to udostępnił ją dziecku, to obciążenie dodatkowymi kosztami będzie konsekwencją niestaranego sprawowania pieczy nad dzieckiem, a nie brakiem dostatecznej informacji ze strony dostawcy usługi. Należy zauważyć, że nawet gdyby powód w niniejszej sprawie spełnił wymagania stawiane mu przez Prezesa UOKiK i podawał informację o koszcie SMS-a przy każdym zakupie dodatkowej opcji płatnej, to raczej nie miałyby to wpływu na decyzję użytkujących dzieci, które zapewne nadal korzystałyby z opcji płatnych, obciążając swoich rodziców kosztami.

Brak jest więc podstaw do uznania zaniechania przez powoda wielokrotnego podawania tej samej informacji o cenie dodatkowych opcji płatnych za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 u.o.k.k.

W świetle powyższych uwag także zarzut naruszenia art. 6 ust. 1 i ust. 3 pkt 1 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 u.p.n.p.r. poprzez ich błędną wykładnię polegającą na nieodpowiedniej ocenie przyjętych kryteriów ustalania istotnych informacji w odniesieniu do ustalonej podstawy faktycznej nie mógł zostać uznany za zasadny. Wbrew twierdzeniom pozwanego, z żadnego przepisu prawa - ani u.p.n.p.r., ani ustaw odrębnych - nie wynika obowiązek informowania o szczegółowym sposobie wykonywania umowy czy obowiązek wielokrotnego powtarzania informacji o cenie dodatkowej usługi.

Nietrafny był również zarzut naruszenia art. 4 ust. 1 i 2 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji uznanie, że opisana decyzji pozwanego praktyka nie stanowi nieuczciwej praktyki rynkowej wprowadzającej w błąd. Wbrew twierdzeniom pozwanego podniesionym w skardze kasacyjnej, nie wykazał on w decyzji, że obowiązek wielokrotnego podawania tej samej informacji o cenie dodatkowej usługi wynika z dobrych obyczajów, o których mowa w art. 4 ust. 1 u.p.n.p.r. Pozwany nie podał nawet jednego konkretnego przykładu takiego sposobu postępowania w branży powoda, nie wspominając o ugruntowanej

praktyce. W decyzji nie wskazano też żadnego konkretnego orzeczenia, w którym sąd stwierdziłby istnienie konkretnie takiego obyczaju, na jaki powołuje się pozwany. W decyzji ograniczono się jedynie do zreferowania stanowiska orzecznictwa i doktryny na temat ogólnego znaczenia pojęcia dobrego obyczaju, wskazując między innymi, że przejawia się on w „szacunku dla drugiego człowieka” i że wynika z niego „obowiązek przedsiębiorcy-profesjonalisty udzielania konsumentom prawdziwej, rzetelnej i pełnej informacji”.

Brak jest więc jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że istnieje obyczaj polegający na wielokrotnym informowaniu konsumenta o cenie dodatkowej usługi związanej z grą na telefon komórkowy. Źródłem obowiązku informacyjnego, za którego niedochowanie powód został ukarany przez pozwanego, nie jest więc dobry obyczaj, a pogląd organu, jakim jest Prezes UOKiK. Decyzja Prezesa UOKiK nie może jednak *per se* stanowić źródła obowiązków informacyjnych przedsiębiorcy, ze względu na standardy obowiązujące w państwie prawnym, które zostały opisane powyżej. Przyjęcie odmiennego stanowiska spowodowałoby, że klauzula dobrych obyczajów stałaby się niewyczerpanym źródłem obowiązków przedsiębiorców kreowanych przez Prezesa UOKiK według własnego uznania i w całkowitym oderwaniu od realiów rynkowych.

Mając na względzie powyższe, na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c. Sąd Najwyższy orzekł, jak w sentencji. O kosztach orzeczono na podstawie art. 108 § 1 w związku z art. 398²¹ k.p.c. oraz § 10 ust. 4 pkt 2 i § 14 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. 2018, poz. 265).