



Uniwersytet
Ekonomiczny
w Katowicach

KRAJOWA KONFERENCJA KONSUMENCKA

**Nowe kompetencje Prezesa UOKiK
w sprawach praktyk naruszających
zbiorowe interesy konsumentów
– instytucja tajemniczego klienta
(mystery shopper).**

Marta Burnecka- Szczepańska

Marta Burnecka- Szczepańska¹

Nowe kompetencje Prezesa UOKiK w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów – instytucja tajemniczego klienta (mystery shopper).

Wstęp

Instytucja tajemniczego klienta stanowi novum w polskim prawodawstwie. Wprowadzona została ustawą z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 1634) i obowiązuje od dnia 17 kwietnia 2016 r. Tajemniczy klient to nic innego jak kontrola przeprowadzana przez pracowników Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej również: pracownicy urzędu). Już na etapie prac nad projektem zmian w ustawie z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji konsumentów (tekst jednolity: Dz.U. 2015 r., poz. 184, dalej: ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów) instytucja mystery shopper'a budziła wiele kontrowersji w środowisku przedsiębiorców.

Warto zatem przyjrzeć się kontroli w wykonaniu tajemniczego klienta i zastanowić się jakie założenia legły u podstaw przyjęcia omawianej instytucji oraz jakie zadania stoją przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK, organ ochrony konsumentów, organ) wyposażonym w nowe narzędzie do pozyskiwania dowodów świadczących o stosowaniu praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Tajemniczy klient, czy faktycznie nieznanany

Uczestnikom obrotu gospodarczego znana jest weryfikacja ich funkcjonowania przez tajemniczego klienta będącego pracownikiem przedsiębiorcy specjalizującego się m.in. w ocenie obsługi klientów. Niejednokrotnie, chociażby w marketach drogerijnych, można dostrzec certyfikaty wystawione przez takiego tajemniczego klienta ze wskazaniem miejsca zajętego pośród badanych sprzedawców. Taka pomyślna weryfikacja jest powodem do dumy i chwalenia się przed klientami, niemniej jednak nikt nie informuje o przypadku otrzymania niskich not, bowiem nie ma takiego obowiązku.

¹ Radca prawny przy Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Bydgoszczy, Główny specjalista w Delegaturze Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Bydgoszczy. Poglądy zawarte w niniejszym artykule są poglądami prywatnymi autorki i nie powinny być utożsamiane ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Instytucja tajemniczego klienta z pewnością budzi kontrowersje z uwagi na nadanie w tym zakresie uprawnień kontrolnych urzędowi administracji publicznej czyli aparatowi państwa. I tu należy wskazać, iż polskie prawodawstwo aktualnie nie jest jedyne któremu znana jest ta instytucja. Polski organ ochrony konkurencji i konsumentów dołączył do grona organów państw Unii Europejskiej (m.in. organu belgijskiego, holenderskiego, włoskiego).

Przyjęta w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów procedura dotycząca kontroli przeprowadzanej przez tajemniczego klienta jest autorską koncepcją, nie stanowi kalki czy też modyfikacji rozwiązań znanych w zagranicznych porządkach prawnych. Za pierwowzór tajemniczego klienta posłużył zakup kontrolny przeprowadzany przez pracowników Inspekcji Handlowej na podstawie przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. (tekst jednolity: Dz.U. z 2014 r. poz. 148, ze zm.) o Inspekcji Handlowej.

Cele i zadania tajemniczego klienta

Zanim nastąpi osąd mystery shopper'a należy zastanowić się co legło u podstaw powołania go do życia.

Doświadczenia Prezesa UOKiK w obszarze konsumenckim wskazują, iż dla skuteczności działań mających na celu eliminację nieuczciwych zachowań przedsiębiorców niezbędne jest wzmocnienie możliwości pozyskiwania przez niego dowodów. Organ ochrony konsumentów musi dysponować narzędziami niezbędnymi do zwalczania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, tych aktualnie zdiagnozowanych oraz tych, które pojawią się w przyszłości.

Wprowadzenie omawianej instytucji stanowi reakcję na zaobserwowane zachowania przedsiębiorców (np. na rynku usług bankowych i ubezpieczeniowych). Tajemniczy klient ma umożliwić organowi podejmowanie szybkiej reakcji na nieznanie aktualnie zagrożenia.

Prezes UOKiK w praktyce swego funkcjonowania monitoruje i poddaje ocenie praktyki przedsiębiorców stosowane na różnych etapach kontraktowania. Największe trudności w kwestii pozyskania dowodów można odnotować na etapie przedkontraktowym dotyczącym procesu zawierania umowy, na który składa się np. prezentowanie usługi, informowanie konsumentów o warunkach umowy. Zazwyczaj proces ten przebiega wyłącznie przy obecności konsumenta i przedsiębiorcy a wszelkie informacje przekazywane są ustnie. Jeśli na tym etapie dojdzie np. do wprowadzenia konsumenta w błąd co do cech oferowanej usługi, konsumentowi trudno wykazać, iż przedsiębiorca zachował się wobec niego nieuczciwie. Nastąpi patowa sytuacja - słowo konsumenta przeciwstawione będzie słowu przedsiębiorcy.

Podstawowym celem tajemniczego klienta będzie wzmocnienie realizacji zasady prawdy materialnej. Trzeba bowiem pamiętać, że Prezes UOKiK zobowiązany jest do ustalenia zgodnych z rzeczywistością wszystkich faktów i okoliczności istotnych dla wydania decyzji. Mystery shopper sprawdzi, czy przedsiębiorca, w stosunku do którego istnieje podejrzenie stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, rzeczywiście łamie prawo.

Tajemniczy klient może okazać się niezwykle pomocny przy dowodzeniu nieuczciwej sprzedaży (misseling). Od dnia 17 kwietnia 2016 r. zakazane jest stosowanie praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów polegającej na proponowaniu konsumentom nabycia usług finansowych, które nie odpowiadają potrzebom tych konsumentów ustalonym z uwzględnieniem dostępnych przedsiębiorcy informacji w zakresie cech tych konsumentów lub proponowanie nabycia tych usług w sposób nieadekwatny do ich charakteru (vide art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów).

Przebieg kontroli

Kontrola w wykonaniu tajemniczego klienta może zostać przeprowadzona w celu uzyskania informacji mogących stanowić dowód w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. W aktualnym stanie prawnym przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działanie przedsiębiorcy, w szczególności:

- naruszanie obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji;
- nieuczciwe praktyki rynkowe lub czyny nieuczciwej konkurencji;
- proponowanie konsumentom nabycia usług finansowych, które nie odpowiadają potrzebom tych konsumentów ustalonym z uwzględnieniem dostępnych przedsiębiorcy informacji w zakresie cech tych konsumentów lub proponowanie nabycia tych usług w sposób nieadekwatny do ich charakteru - tzw. misseling (vide art. 24 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów).

Mając na względzie przepis art. 47 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ww. kontrola możliwa będzie w postępowaniu w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów oraz w postępowaniu wyjaśniających, które może poprzedzać wszczęcie postępowania właściwego.

Pracownicy urzędu w toku kontroli będą mogli podjąć jedynie próbę zakupu towaru a nie sfinalizować zakup. Kontrolujący wcielią się w przeciętnego konsumenta

zainteresowanego zawarciem danej umowy. Co istotne, pracownicy urzędu nie będą mogli stosować prowokacji, czyli wymuszać na przedsiębiorcy złamanie przepisów prawa. Kontrola ma na celu sprawdzenie sposobu oferowania usługi i proponowania zawarcia umowy, w tym w szczególności wypełnienia obowiązków informacyjnych, przedkontraktowych. Powinna odbywać się w normalnych warunkach funkcjonowania przedsiębiorcy i dokonywania przez niego czynności z konsumentami.

Przepis art. 105ia ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wskazuje na próbę zakupu towaru. Definicja towaru zawarta jest w ww. ustawie i obejmuje rzeczy, jak również energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane (vide art. 4 pkt 7 ww. ustawy).

Co ważne, zgodę na przeprowadzenie kontroli przez tajemniczego klienta musi wyrazić sąd ochrony konkurencji i konsumentów (vide art. 105ia ust. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). Analogiczną zgodę sąd wydaje w kwestii przeszukania.

Prezes UOKiK wnosząc do sądu ochrony konkurencji i konsumentów w przedmiocie zgody na kontrolę tajemniczego klienta powinien przedstawić stosowną argumentację przemawiającą za celowością zastosowania tego właśnie środka. Co do zasady organ kierując wniosek powinien posiadać podejrzenie stosowania przez przedsiębiorcę praktyki naruszającej zbiorowe interesy oraz uprawdopodobnić swoje przypuszczenia przed sądem.

Zgody sądu wymaga również utrwalanie czynności kontrolnych za pomocą urządzeń rejestrujących obraz lub dźwięk bez informowania kontrolowanego. Także w tym przypadku wniosek Prezesa UOKiK musi być stosownie uargumentowany.

Sąd w ciągu 48 godzin wydaje postanowienie w zakresie podjęcia czynności kontrolnych i utrwalania obrazu lub dźwięku. Na postanowienie to nie przysługuje zażalenie.

Powyższe wskazuje, iż organ ochrony konsumentów nie ma swobody w kierowaniu pracowników urzędu na kontrolę w charakterze tajemniczego klienta. Stosownej autoryzacji zamierzeń Prezesa UOKiK dokonuje sąd. Jak już wspomniałam analogiczna sytuacja występuje w przypadku przeszukania pomieszczeń i rzeczy zarezerwowanego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję.

Największe zastrzeżenia ze strony przedsiębiorców wzbudza fakt, iż okazanie kontrolowanemu albo osobie przez niego upoważnionej legitymacji służbowej upoważniającej do wykonywania czynności kontrolnych oraz doręczenie upoważnienia do przeprowadzenia kontroli i zgody następuje niezwłocznie po zakończeniu ww. czynności. Jest to bowiem odstępstwo od zasady obowiązującej przy klasycznej kontroli czy przeszukaniu, stanowiącej, iż wszelkie dokumenty legitymujące pracowników urzędu do

podjęcia określonych działań wręczane są przedsiębiorcy na samym początku, przed podjęciem właściwych działań.

Niemniej jednak, mając na uwadze cele tajemniczego klienta i zakres spraw, w których jego działanie będzie pożądane, trudno wyobrazić sobie sytuację uprzedzenia przedsiębiorcy, iż kontrolujący wcieli się w rolę przeciętnego konsumenta. Taka kontrola miałyby się z celem a jej przebieg nie byłby wiarygodny.

Podsumowanie

Instytucja tajemniczego klienta obowiązuje od dnia 17 kwietnia 2016 r. i na dzień sporządzenia niniejszego referatu nie została jeszcze przez Prezesa UOKiK wykorzystana. Należy jednak pamiętać, że organ ochrony konsumentów posiada bogate doświadczenie w zakresie przeprowadzania kontroli i przeszukań, w szczególności w doborze odpowiedniego środka dla konkretnej sprawy, stąd pewność, iż mystery shopper będzie kierowany tam, gdzie faktycznie zajdzie taka konieczność.

Procedura kontroli w wykonaniu tajemniczego klienta, w szczególności autoryzacja wniosku organu przez sąd, daje przedsiębiorcom gwarancję, iż nie będzie ona przeprowadzana w sposób dowolny przez Prezesa UOKiK, co mogło rodzić obawy przed nieadekwatnym używaniem tego środka.

Podkreślenia wymaga, iż w aktualnym stanie prawnym Prezes UOKiK nie ma możliwości przeprowadzania przeszukania w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów². Być może w pewnych sytuacjach lukę tę zapełni tajemniczy klient. Niemniej jednak jego główną rolą będzie pozyskiwanie dowodów tam, gdzie inne środki dostępne Prezesowi UOKiK mogłyby okazać się niewystarczające.

Wydaje się, iż budząca obawy przedsiębiorców możliwość nagrywania przez pracownika urzędu obrazu lub dźwięku podczas czynności kontrolnych de facto może być najbardziej pomocna przy ocenie dowodów zdobytych przez mystery shopper'a. Należy bowiem mieć na uwadze, iż w przypadku stwierdzenia przez organ w decyzji administracyjnej stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy, przedsiębiorca zawsze ma prawo odwołać się do sądu ochrony konkurencji i konsumentów. W takiej sytuacji kontroli sądowej podlegać będzie również dowód pozyskany przez tajemniczego klienta.

Być może w dalszej perspektywie możliwość zastosowania tajemniczego klienta zostanie rozszerzona na inne postępowania prowadzone przed Prezesem UOKiK. Niemniej

² Organ ochrony konsumentów posiadał takie uprawnienie do dnia 18 stycznia 2015 r.

jednak z wszelką oceną i postulatami w tym zakresie należy się wstrzymać do momentu aż tajemniczy klient rozpocznie swoją faktyczną działalność kontrolną.