



## Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO  
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZA-BORDONY  
przedstawiona w dniu 30 stycznia 2019 r.<sup>1</sup>

**Sprawa C-628/17**

**Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów  
przy udziale:  
Orange Polska S.A.**

(wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Sąd Najwyższy, Polska)

Odesłanie prejudycjalne – Ochrona konsumentów – Nieuczciwe praktyki handlowe stosowane przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów – Dyrektywa 2005/29/WE – Pojęcie agresywnej praktyki handlowej – Tryb zawierania na odległość umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych – Spoczywający na konsumentach obowiązek podjęcia ostatecznej decyzji dotyczącej transakcji w obecności kuriera doręczającego wzorce umowy

1. Odpowiadając na nowe pytanie prejudycjalne, Trybunał Sprawiedliwości może rozwinąć swoje orzecznictwo dotyczące ochrony konsumentów, tym razem w odniesieniu do dyrektywy 2005/29/WE<sup>2</sup>, której stosowanie było przedmiotem niedawno wydanego wyroku w sprawie Wind Tre i Vodafone Italia<sup>3</sup>.

2. Teraz, w świetle orzecznictwa ustanowionego w tym wyroku, należy rozstrzygnąć, czy stanowi agresywną praktykę handlową (w każdym przypadku czy też wyłącznie w określonych okolicznościach) stosowany w Polsce przez przedsiębiorstwo telekomunikacyjne tryb zawierania umów na odległość, w ramach którego konsument musi podjąć ostateczną decyzję dotyczącą transakcji w obecności kuriera doręczającego wzorce umowy, z których treścią konsument mógł się zapoznać w wyprzedzeniu na stronie internetowej lub telefonicznie.

### **I. Ramy prawne**

#### **A. Prawo Unii. Dyrektywa 2005/29**

3. Zgodnie z motywami 7, 16 i 17:

„(7) [...] Przy stosowaniu niniejszej dyrektywy, a zwłaszcza jej klauzul generalnych, należy w pełni uwzględnić okoliczności konkretnego przypadku.

<sup>1</sup> Język oryginału: hiszpański.

<sup>2</sup> Dyrektywa 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. 2005, L 149, s. 22).

<sup>3</sup> Wyrok z dnia 13 września 2018 r. (C-54/17 i C-55/17, EU:C:2018:710).

[...]

- (16) Przepisy dotyczące agresywnych praktyk handlowych powinny obejmować takie praktyki, które w istotny sposób ograniczają swobodę wyboru konsumentów. Należą do nich praktyki posługujące się nękaniami, przymusem, w tym z użyciem siły fizycznej lub bezprawnym naciskiem.
- (17) W celu zapewnienia większej pewności prawnej wskazane jest zidentyfikowanie tych praktyk handlowych, które są nieuczciwe w każdych okolicznościach. W związku z tym załącznik I zawiera pełen wykaz tego typu praktyk. Są to jedyne praktyki handlowe, które można uznać za nieuczciwe bez konieczności oceny konkretnego przypadku w świetle przepisów art. 5–9. Wykaz ten może być zmodyfikowany wyłącznie poprzez poddanie niniejszej dyrektywy przeglądowi”.

4. Artykuł 2 stanowi:

„[...]

- e) »istotne zniekształcenie zachowania gospodarczego konsumentów« oznacza wykorzystanie praktyki handlowej w celu znacznego ograniczenia zdolności konsumenta do podjęcia świadomej decyzji i skłonienia go tym samym do podjęcia decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął;

[...]

- j) »bezprawny nacisk« oznacza wykorzystanie przewagi względem konsumenta w celu wywarcia na niego presji, także bez użycia siły fizycznej lub groźby jej użycia, w sposób znacznie ograniczający zdolność konsumenta do podjęcia świadomej decyzji;
- k) »decyzja dotycząca transakcji« oznacza każdą podejmowaną przez konsumenta decyzję co do tego, czy, jak i na jakich warunkach dokona zakupu, zapłaci za produkt w całości lub w części, zatrzyma produkt, rozporządzi nim lub wykona uprawnienie umowne związane z produktem, bez względu na to, czy konsument postanowi dokonać czynności, czy też powstrzymać się od jej dokonania;

[...]”.

5. Artykuł 5 („Zakaz nieuczciwych praktyk handlowych”) stanowi:

„1. Nieuczciwe praktyki handlowe są zabronione.

2. Praktyka handlowa jest nieuczciwa, jeżeli:

- a) jest sprzeczna z wymogami staranności zawodowej;

i

- b) w sposób istotny zniekształca lub może w sposób istotny zniekształcić zachowanie gospodarcze względem produktu przeciętnego konsumenta, do którego dociera bądź do którego jest skierowana, lub przeciętnego członka grupy konsumentów, jeżeli praktyka handlowa skierowana jest do określonej grupy konsumentów.

3. Praktyki handlowe, które mogą w sposób istotny zniekształcić zachowanie gospodarcze wyłącznie dającej się jednoznacznie zidentyfikować grupy konsumentów szczególnie podatnej na tę praktykę lub na produkt, którego ona dotyczy, ze względu na niepełnosprawność fizyczną lub umysłową, wiek lub łatwowierność, w sposób racjonalnie możliwy do przewidzenia przez przedsiębiorcę, oceniane są z perspektywy przeciętnego członka tej grupy. Pozostaje to bez uszczerbku dla powszechnej i zgodnej z prawem praktyki reklamowej polegającej na wygłaszaniu przesadzonych twierdzeń lub twierdzeń, których nie należy rozumieć dosłownie.

4. Za nieuczciwe uznaje się w szczególności praktyki handlowe, które:

a) wprowadzają [w] błąd w rozumieniu art. 6 i 7;

lub

b) są agresywne w rozumieniu art. 8 i 9.

5. Załącznik I zawiera wykaz praktyk handlowych, które uznaje się za nieuczciwe w każdych okolicznościach. Wykaz ten obowiązuje jednolicie we wszystkich państwach członkowskich i może zostać zmodyfikowany wyłącznie poprzez zmianę niniejszej dyrektywy”.

6. Artykuł 8 („Agresywne praktyki handlowe”) stanowi:

„Praktykę handlową uznaje się za agresywną, jeżeli w konkretnym przypadku, biorąc pod uwagę wszystkie jej cechy i okoliczności, poprzez nękanie, przymus, w tym z użyciem siły fizycznej, lub bezprawny nacisk, w znaczny sposób ogranicza ona lub może ograniczyć swobodę wyboru przeciętnego konsumenta lub jego zachowanie względem produktu i tym samym powoduje lub może spowodować podjęcie przez niego decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął”.

7. Artykuł 9 („Nękanie, przymus i bezprawny nacisk”) stanowi:

„Przy ustalaniu, czy w ramach praktyki handlowej stosuje się nękanie, przymus, w tym z użyciem siły fizycznej, lub bezprawny nacisk, uwzględnia się:

a) ich czas, miejsce, rodzaj i uporczywość;

b) użycie gróźb lub obraźliwych sformułowań bądź sposobów zachowania;

c) wykorzystanie przez przedsiębiorcę konkretnego nieszczęścia lub konkretnych okoliczności na tyle poważnych, że ograniczają one zdolność konsumenta do oceny, czego przedsiębiorca jest świadomy, w celu wpłynięcia na decyzję konsumenta względem produktu;

d) uciążliwe lub niewspółmierne bariery pozaumowne, które przedsiębiorca wykorzystuje, aby przeszkodzić konsumentowi w wykonaniu jego praw umownych, w tym prawa do wypowiedzenia umowy lub do rezygnacji na rzecz innego produktu lub przedsiębiorcy;

e) groźby podjęcia działania niezgodnego z prawem”.

## **B. Prawo krajowe. Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym<sup>4</sup>**

8. Zgodnie z art. 8 ust. 1 tej ustawy praktykę rynkową uznaje się za agresywną, jeżeli przez niedopuszczalny nacisk w znaczny sposób ogranicza lub może ograniczyć swobodę wyboru przeciętnego konsumenta lub jego zachowanie względem produktu, i tym samym powoduje lub może powodować podjęcie przez niego decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął.

9. Zgodnie z art. 8 ust. 2 wspomnianej ustawy za niedopuszczalny nacisk uważa się każdy rodzaj wykorzystania przewagi wobec konsumenta, w szczególności użycie lub groźbę użycia przymusu fizycznego lub psychicznego, w sposób znacznie ograniczający zdolność przeciętnego konsumenta do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej umowy.

## **II. Okoliczności faktyczne**

10. Jak wynika z postanowienia odsyłającego, spółka Orange Polska S.A. (zwana dalej „Orange Polska”) zawierała umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych przez sklep internetowy lub telefonicznie (telesprzedaż) w ramach procesu obejmującego następujące czynności:

- 1) wejście konsumenta na stronę internetową i zapoznanie się z ofertą przedsiębiorstwa; dzięki zamieszczonej na tej stronie zakładce możliwe było przejście do oferowanych przez przedsiębiorcę wzorców umowy;
- 2) wybór towaru lub umowy;
- 3) złożenie zamówienia; na tym etapie procedura nie przewidywała złożenia przez konsumenta oświadczenia, iż ten zapoznał się z oferowanymi wzorcami umowy;
- 4) potwierdzenie zamówienia;
- 5) realizacja zamówienia przy wykorzystaniu usług firmy kurierskiej; kurier dostarczał konsumentowi projekt umowy (dla nowej usługi lub nowego klienta) lub aneks (dla klienta dotychczasowego), wraz ze wszystkimi załącznikami, regulaminami, cennikami i innymi dokumentami, które po podpisaniu stawały się częścią umowy;
- 6) zawarcie umowy i ewentualne wydanie towaru; podpisując umowę albo aneks, konsument składał oświadczenie, że zapoznał się z wszystkimi dostarczonymi dokumentami i akceptuje ich treść. Podpisanie umowy musi nastąpić w trakcie wizyty kuriera. Niezłożenie podpisu w trakcie tej wizyty powoduje, że nie dochodzi do zawarcia umowy i konsument musi albo udać się do stacjonarnego salonu sprzedaży albo ponownie złożyć zamówienie na stronie internetowej bądź w kanale telesprzedaży; oraz
- 7) aktywacja umowy.

11. Decyzją z dnia 30 grudnia 2010 r. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznał, że opisana praktyka narusza zbiorowe interesy konsumentów, ponieważ ogranicza konsumentom swobodny wybór, wymagając od nich podjęcia decyzji dotyczącej podpisania umowy w obecności kuriera, bez umożliwienia swobodnego zapoznania się z treścią umowy.

<sup>4</sup> Dz.U. z 2007 r., nr 171, poz. 1206, z późniejszymi zmianami.

12. Ta decyzja została uchylona w dniu 27 października 2014 r. przez Sąd Okręgowy w Warszawie. Wyrokiem z dnia 4 marca 2017 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie utrzymał w mocy wyrok sądu pierwszej instancji.

13. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wniósł w przedmiocie wydanego w postępowaniu apelacyjnym wyroku skargę kasacyjną do Sądu Najwyższego, który postanowił wystąpić do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem prejudycjalnym.

### III. Pytanie prejudycjalne

14. Sąd odsyłający wskazuje, że „skłania się do podzielenia stanowiska sądów obu instancji”, lecz jego „wątpliwości interpretacyjne [...] wywołuje” kwalifikacja spornych zachowań.

15. Zdaniem wspomnianego sądu nie można stwierdzić agresywnej praktyki rynkowej, jeżeli przedsiębiorca nie wywiera na konsumenta presji, lecz jedynie oczekuje od niego podjęcia ostatecznej decyzji dotyczącej umowy, której wolę zawarcia konsument wyraził wstępnie na etapie zamawiania usługi, po uzyskaniu dostępu do dokumentów zawierających warunki świadczenia usług telekomunikacyjnych.

16. Sąd odsyłający uważa, że:

- 1) sporny model zawierania umów nie prowadzi do ograniczenia swobody wyboru konsumenta, ponieważ konsument dokonuje zasadniczego (choć wstępnego i niewiążącego) wyboru już na etapie składania zamówienia na stronie internetowej przedsiębiorcy albo w trakcie rozmowy telefonicznej z konsultantem;
- 2) w czasie wizyty kuriera, w trakcie której konsument ma podjąć ostateczną decyzję poprzez złożenie podpisu na umowie lub odmowę zawarcia umowy, jego swoboda wyboru, czy złoży stosowne oświadczenie woli czy też odmówi jego złożenia, również nie zostaje ograniczona;
- 3) przesłanka podjęcia przez konsumenta „decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął” byłaby spełniona, gdyby przedsiębiorca doręczał konsumentowi za pomocą kuriera umowę lub wzorce umowy określające inne warunki niż te, w odniesieniu do których konsument wcześniej oświadczył, że się z nimi zapoznał. Jedynie w tych okolicznościach istniałaby presja wynikająca z obecności kuriera oczekującego na szybkie podjęcie decyzji, której inaczej konsument by nie podjął, skoro uzgodnił z przedsiębiorcą inne warunki, niż ostatecznie zostały mu przedstawione.

17. Wreszcie sąd odsyłający wskazuje, że w świetle przesłanek określonych w art. 9 dyrektywy 2005/29 i w przypadku braku gróźb fizycznych lub słownych wizyta kuriera w miejscu i w czasie uzgodnionym z konsumentem nie stanowi praktyki, którą samą w sobie można uznać za agresywną.

18. Z powyższych względów Sąd Najwyższy przedłożył Trybunałowi Sprawiedliwości następujące pytanie prejudycjalne, wniesione w dniu 8 listopada 2017 r.:

„Czy art. 8 w związku z art. 9 oraz art. 2 lit. j) dyrektywy 2005/29 [...] należy interpretować w ten sposób, że agresywną praktyką rynkową przez bezprawny nacisk jest stosowanie przez przedsiębiorcę modelu zawierania na odległość umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych, w którym konsument powinien podjąć ostateczną decyzję dotyczącą transakcji w obecności kuriera doręczającego wzorce umowy:

- a) zawsze, gdyż w czasie wizyty kuriera konsument nie może swobodnie zapoznać się z treścią dostarczonych wzorców;

- b) tylko, gdy konsument nie otrzymał z wyprzedzeniem i w zindywidualizowany sposób (np. na adres poczty elektronicznej, na adres domowy) kompletu wzorców umowy, choćby miał możliwość samodzielnego zapoznania się przed wizytą kuriera z ich treścią na stronie internetowej przedsiębiorcy;
- c) tylko, gdy dodatkowe ustalenia wskazują na podejmowanie przez tego przedsiębiorcę lub na jego zlecenie nieuczciwych działań ukierunkowanych na ograniczenie swobody wyboru konsumenta w podjęciu decyzji dotyczącej transakcji?”.

#### IV. Postępowanie przed Trybunałem i stanowiska stron

19. Uwagi na piśmie złożyły Orange Polska, rząd polski oraz Komisja, które wzięły również udział w rozprawie w dniu 28 listopada 2018 r.

20. Orange Polska twierdzi, że system zawierania umów na odległość, w którym konsument podejmuje decyzję na podstawie dokumentów udostępnionych mu na stronie internetowej i finalizuje swój wybór z chwilą przybycia kuriera, nie może być uznany za agresywną praktykę handlową. Jej zdaniem „bezprawny nacisk” należy rozumieć jako celowe oddziaływanie przedsiębiorcy na konsumenta zmierzające do skłonienia go nielegalnymi lub sprzecznymi z dobrymi obyczajami metodami do podjęcia dotyczącej transakcji decyzji, której inaczej by nie podjął.

21. Zdaniem rządu polskiego, podobnie jak Komisji, biorąc pod uwagę brzmienie wykazu zawartego w załączniku I do dyrektywy 2005/29, zachowanie będące przedmiotem postępowania nie może stanowić nieuczciwej (agresywnej) praktyki handlowej w każdych okolicznościach, lecz jest konieczne uwzględnienie całokształtu okoliczności konkretnego przypadku, których ocena należy do sądu odsyłającego.

22. Rząd polski i Komisja uważają, że, biorąc pod uwagę art. 2 lit. j) oraz art. 8 i 9 dyrektywy 2005/29, Trybunał musi dostarczyć sądowi odsyłającemu wskazówek interpretacyjnych. Ich zdaniem użyte w dyrektywie pojęcie „influencia indebida (hiszp.) / influence injustifié (franc.) / undue influence (ang.)” nie powinno ograniczać się do „bezprawnego nacisku”, które jest „niezbyt szczęśliwie dobranym” wyrażeniem przyjętym w polskiej wersji dyrektywy.

23. Rząd polski uważa, że decydujące jest ustalenie, czy przed wizytą kuriera konsument był w stanie swobodnie i świadomie zapoznać się z dokumentami dotyczącymi umowy. Możliwość późniejszego odstąpienia jest bez znaczenia dla oceny, czy mamy do czynienia z agresywną praktyką handlową.

24. Komisja przyznaje, że konieczność podpisania umowy w obecności kuriera może skutkować wywieraniem pewnego rodzaju presji na konsumenta. Możliwość zaistnienia takiej presji nie wystarcza jednak do stwierdzenia, że mamy do czynienia z agresywną praktyką handlową, ponieważ niezbędne jest wystąpienie czynników, które mogą w bezprawny sposób warunkować decyzję konsumenta.

25. Tego rodzaju czynniki zostały wymienione przez sąd odsyłający w lit. b) i c) zadanego przezeń pytania prejudycjalnego, lecz żaden z nich sam w sobie nie może przesądzić stwierdzenia agresywnych praktyk handlowych, gdyż należy zbadać, czy istnieje możliwość, że rozpatrywana praktyka wpłynie na decyzję konsumenta.

26. Zdaniem Komisji sprzedaż przez Internet i sprzedaż telefoniczna wymagają przeprowadzenia osobnej analizy w celu ustalenia w każdym z tych przypadków, kto jest przeciętnym konsumentem, oraz zbadania, czy był wywierany bezprawny nacisk. Wreszcie należałoby ustalić, czy sama decyzja o zamówieniu wizyty kuriera w celu podpisania umowy może stanowić „decyzję dotyczącą transakcji” w rozumieniu dyrektywy 2005/29.

## V. Analiza

### A. Uwagi wstępne

27. Sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy praktyka handlowa opisana w jego postanowieniu może być uznana za agresywną ze względu na „bezprawny nacisk” w rozumieniu art. 8 w związku z art. 9 i art. 2 lit. j) dyrektywy 2005/29.

28. W szczególności sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy wspomniany system zawierania umowy na odległość stanowi: a) agresywną praktykę handlową w każdym przypadku; czy też b) tylko wtedy, gdy wystąpi jedna z następujących dwóch okoliczności:

- 1) gdy konsument „nie otrzymał z wyprzedzeniem i w zindywidualizowany sposób kompletu wzorców umowy, choćby miał możliwość samodzielnego zapoznania się przed wizytą kuriera z ich treścią na stronie internetowej przedsiębiorcy”;
- 2) gdy dodatkowe ustalenia świadczą o podejmowaniu przez tego przedsiębiorcę lub za pośrednictwem osób trzecich „nieuczciwych działań ukierunkowanych na ograniczenie swobody wyboru konsumenta w podjęciu decyzji dotyczącej transakcji”.

29. Wątpliwość powstaje w sytuacji, o której mowa powyżej, jeśli trzymać się dosłownego sformułowania pytania. Czynię to zastrzeżenie, ponieważ wersje językowe tekstu nie są jednolite, w szczególności w tłumaczeniu brzmienia lit. a).

30. Wersja hiszpańska wspomnianej lit. a) stanowi: „siempre, *si* el consumidor durante la visita del mensajero no puede tomar conocimiento con libertad del contenido del contrato tipo”<sup>5</sup>. Podobnie wersja włoska stanowi: „sempre, *qualora* il consumatore, al momento della visita del corriere, non possa consultare liberamente il contenuto dei modelli contrattuali”<sup>6</sup>. Wersja niemiecka brzmi: „immer, *wenn* der Verbraucher beim Besuch des Kuriers den Inhalt der Vertragsmuster nicht ungehindert zur Kenntnis nehmen kann”<sup>7</sup>. Wersja portugalska stanowi: „*sempre que* o consumidor não possa, por ocasião da visita do mensageiro, tomar livremente conhecimento do conteúdo do modelo do contrato”<sup>8</sup>.

31. Zgodnie z tymi wersjami językowymi nie powstaje wątpliwość, czy sporny model zawierania umów jest agresywną praktyką handlową w każdym przypadku, to znaczy „zawsze”, lecz tylko wtedy, „gdy” występuje określona okoliczność: konsument nie może swobodnie zapoznać się z treścią umowy. Podobnie jak w lit. b) i c) pytania prejudycjalnego sąd odsyłający podnosi pytanie w odniesieniu do konkretnej okoliczności.

32. Jednakże w wersji francuskiej pytania prejudycjalnego wskazano: „*toujours, parce que*, durant la visite du livreur, le consommateur ne peut pas prendre connaissance librement du contenu des modèles [de contrat] qui lui sont remis”<sup>9</sup>. Wydaje się, że tłumaczenie to najbardziej pasuje do oryginału polskiego, w którym lit. a) pytania zaczyna się od słów „zawsze, gdyż”. Natomiast lit. b) i c) zaczynają się od słów „tylko, gdy”. Bliskość pisowni słów „gdyż” i „gdy” skłania Komisję do wniosku, że użycie zwrotu „gdyż” wynika z błędu pisarskiego, ponieważ we wszystkich trzech przypadkach chodzi o zwrot „gdy”<sup>10</sup>.

5 Wyróżnienie moje.

6 Wyróżnienie moje.

7 Wyróżnienie moje.

8 Wyróżnienie moje.

9 Wyróżnienie moje.

10 Punkt 21 uwaga 2 uwag na piśmie Komisji.

33. Moim zdaniem nie można uznać, że jest to błąd pisarski. Przede wszystkim i oczywiście dlatego, że można domniemywać, iż sąd odsyłający sformułował swoje pytanie w sposób precyzyjny i staranny, a także w szczególności dlatego, że w obu przypadkach, w których używa słowa „gdy” [lit. b) i c)], przed tym słowem używa słowa „tylko”, natomiast „gdyż” jest poprzedzone w lit. a) słowem „zawsze”. Gdyby był to błąd pisarski, a właściwym słowem w przypadku lit. a) również byłoby „gdy”, sąd odsyłający podnosiłby pytanie, czy sporny model stanowi agresywną praktykę handlową *zawsze, gdy zachodzi określona okoliczność*, co znaczyłoby *tylko w takim przypadku*. Powstałaby zatem wątpliwość, dlaczego sąd odsyłający nie używa w lit. a) również słowa „tylko”, jak w lit. b) i c).

34. Przypadek, o którym mowa w lit. a), jest zupełnie logiczny jako przeciwieństwo tych określonych w pozostałych jednostkach redakcyjnych i nie trzeba powoływać się na hipotezę błędu pisarskiego. O ile ostatnie dwie litery odnoszą się do precyzyjnych i konkretnych sytuacji (nieotrzymanie z wyprzedzeniem i w zindywidualizowany sposób wszystkich wzorców umowy, co może świadczyć o nieuczciwym zachowaniu), o tyle w lit. a) wskazano czynnik, który – zgodnie ze sformułowaniem odesłania prejudycjalnego – jest nieodłącznym elementem opisanej praktyki, a mianowicie wymóg podpisania umowy w obecności kuriera, co praktycznie z definicji powoduje, że, z uwagi na pośpiech związany z pracą kurierów, konsument nie może „swobodnie zapoznać się z treścią dostarczonych wzorców”. Nie jest to zatem okoliczność mogąca zaistnieć lub nie, lecz element opisu sytuacji, którego brzmienie stanowi zatem *wyjaśnienie* przyczyny, dla której sporny model zawierania umów *zawsze* mógłby stanowić agresywną praktykę handlową. Moim zdaniem zostało to właściwie odzwierciedlone we francuskiej wersji pytania prejudycjalnego, do której odniosę się w dalszej części opinii.

## **B. Co do istoty sprawy**

35. Motyw 7 dyrektywy 2005/29 ma charakter wiążący, gdy stanowi, że przy stosowaniu tej dyrektywy „należy w pełni uwzględnić okoliczności konkretnego przypadku”. Podobnie, zgodnie z art. 8 wspomnianej dyrektywy, aby można było uznać daną praktykę handlową za agresywną, konieczne jest jej zbadanie, „biorąc pod uwagę wszystkie jej cechy i okoliczności”.

36. Jak twierdzą rząd polski<sup>11</sup> i Komisja<sup>12</sup>, Trybunał nie może zastępować sądu odsyłającego i powinien się ograniczyć do przekazania mu wskazówek dotyczących wykładni i stosowania dyrektywy 2005/29, które będą dla niego użyteczne w ramach wykonywania jego wyłącznej kompetencji kwalifikacji prawnej modelu zawierania umów będącego przedmiotem sporu. Pragnę podkreślić, że dokonanie tej kwalifikacji należy do wyłącznej kompetencji sądu odsyłającego<sup>13</sup>.

37. Na podstawie tego założenia przeanalizuję poszczególne kwestie podniesione w ramach pytania prejudycjalnego.

### *1. Agresywna praktyka handlowa bez względu na okoliczności?*

38. Jeśli chodzi o lit. a) pytania prejudycjalnego, nie jest trudno wykonać obowiązek zachowania powściągliwości ciężący na Trybunale przy orzekaniu w tej dziedzinie.

<sup>11</sup> Punkty 15 i 16 uwag na piśmie rządu polskiego.

<sup>12</sup> Punkty 28 i 29 uwag na piśmie Komisji.

<sup>13</sup> W tym względzie należy przypomnieć, że „art. 267 TFUE nie upoważnia Trybunału do stosowania przepisów prawa Unii do określonego przypadku, lecz wyłącznie do orzekania w kwestii wykładni traktatów oraz aktów przyjętych przez instytucje Unii Europejskiej. W ramach współpracy sądowej ustanowionej w tym postanowieniu Trybunał może jednak, na podstawie informacji zawartych w aktach sprawy, dostarczyć sądowi krajowemu elementów wykładni prawa Unii, które mogą być dla niego przydatne w celu oceny skutków danego przepisu prawa Unii”. Zobacz w szczególności wyrok z dnia 13 lipca 2017 r., Ingsteel i Metrostav (C-76/16, EU:C:2017:549), pkt 25.



39. W istocie pytanie zadane w tej części odesłania prejudycjalnego ogranicza się do woli ustalenia, czy tryb zawierania umów spółki Orange Polska w postaci opisanej przez sąd odsyłający można uznać za agresywną praktykę handlową „zawsze”, to znaczy „w każdych okolicznościach”.

40. Zgodnie z art. 5 ust. 4 dyrektywy 2005/29 „agresywna praktyka handlowa” stanowi „nieuczciwą praktykę handlową” tylko – i wyłącznie – wtedy, gdy ma cechy określone w art. 8 i 9 wspomnianej dyrektywy.

41. Gdyby uznać, że tryb zawierania umów stosowany przez Orange Polska „zawsze” stanowi „agresywną praktykę handlową”, byłoby to równoznaczne ze stwierdzeniem, iż stanowi on „nieuczciwą praktykę handlową” w każdych okolicznościach (zawsze). Jednakże jedynymi praktykami handlowymi, które w *każdym przypadku* należy uznać za nieuczciwe, są, zgodnie z art. 5 ust. 5 dyrektywy 2005/29, praktyki wymienione w załączniku I do tego aktu.

42. Biorąc pod uwagę, że wśród trzydziestu jeden praktyk zawartych na tak zwanej „czarnej liście” w załączniku I nie wymieniono praktyki będącej przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, gdyby Trybunał uznał, że praktyka stosowana przez Orange Polska *zawsze* stanowi agresywną praktykę handlową, a zatem – nieuczciwą praktykę handlową, działałby jako ustawodawca, wbrew brzmieniu i celowi dyrektywy 2005/29<sup>14</sup>. W związku z powyższym uważam, że na tę część pytania prejudycjalnego należy udzielić odpowiedzi przeczącej.

2. „Agresywna praktyka handlowa przez bezprawny nacisk” w zależności od wystąpienia określonych okoliczności?

43. Zachowania wymienione przez sąd odsyłający w lit. b) i c) jego pytania prejudycjalnego mogłyby natomiast stanowić „agresywną praktykę handlową przez bezprawny nacisk”, gdyby, uwzględniając całokształt „okoliczności konkretnego przypadku”, zostało stwierdzone wywieranie wspomnianego nacisku.

44. Artykuł 8 dyrektywy 2005/29 określa jako „agresywną” praktykę handlową, która, biorąc pod uwagę wszystkie cechy i okoliczności faktyczne przypadku, prowadzi do określonego *wyniku* przy użyciu pewnych *środków*:

- 1) *wynik* ten powinien przekładać się na tak „znaczne” rzeczywiste lub potencjalne ograniczenie czy też naruszenie swobody wyboru konsumenta przy nabywaniu produktu, że powoduje ono lub może spowodować podjęcie przez niego decyzji, której inaczej by nie podjął<sup>15</sup>;
- 2) *środki* wymienione w tym przepisie jako odpowiednie do osiągnięcia rzeczzonego celu obejmują „nękanie, przymus, w tym z użyciem siły fizycznej, lub bezprawny nacisk”. Ze wspomnianych środków sąd odsyłający odnosi się wyłącznie do bezprawnego nacisku.

45. Moim zdaniem, w kontekście dyrektywy 2005/29, „bezprawny nacisk” [z polskiej wersji językowej; odpowiednio „influencia indebida/influence injustifié/undue influence” w innych wersjach dyrektywy] nie jest „naciskiem niezgodnym z prawem”, lecz takim, który, bez względu na to, czy jest on zgodny z prawem, powoduje w sposób aktywny, poprzez presję, wymuszone uwarunkowanie woli konsumenta<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Zgodnie z wyrokiem z dnia 10 lipca 2014 r., Komisja/Belgia (C-421/12, EU:C:2014:2064), pkt 61, „tego rodzaju uregulowania krajowe zakazujące w sposób ogólny praktyk, które nie zostały wymienione w załączniku I do dyrektywy 2005/29, bez przeprowadzenia indywidualnego badania ich »nieuczciwego« charakteru w świetle art. 5–9 tej dyrektywy, stoją w sprzeczności z treścią art. 4 tej dyrektywy i są sprzeczne z celem pełnej harmonizacji, do jakiego dąży ta dyrektywa, nawet jeśli wspomniane uregulowania mają na celu zapewnienie wyższego poziomu ochrony konsumentów”.

<sup>15</sup> Odnoszę się do mojej opinii w sprawach połączonych Wind Tre i Vodafone Italia (C-54/17 i C-55/17, EU:C:2018:377), pkt 63.

<sup>16</sup> Ibidem, pkt 65.

46. Zgodnie z art. 2 lit. j) dyrektywy 2005/29 bezprawny nacisk oznacza wykorzystanie *przewagi* względem konsumenta w celu „wywarcia na niego presji, także bez użycia siły fizycznej lub groźby jej użycia, w sposób znacznie ograniczający zdolność konsumenta do podjęcia świadomej decyzji”.

47. Jak wspomniałem w opinii w sprawach połączonych Wind Tre i Vodafone Italia<sup>17</sup>, należy dokonać rozróżnienia między dwoma aspektami *przewagi*:

- z jednej strony, wykorzystywaniem *przewagi*, które pozwala przedsiębiorcy na ograniczenie swobody konsumenta przy nabywaniu produktu;
- z drugiej strony, *przewagi*, jaką pod względem prawnym ma przedsiębiorca, gdy po zawarciu umowy może dochodzić od konsumenta wynagrodzenia, do którego ten się zobowiązał z chwilą jej podpisania.

48. Oczywiście „agresywną praktyką handlową” jest ta pierwsza, to znaczy praktyka, w której, poprzez wykorzystanie słabszej pozycji konsumenta wobec przedsiębiorcy<sup>18</sup> oraz *przewagi* uzyskanej bezprawnie – poprzez nękanie, przymus, w tym z użyciem siły fizycznej, lub proaktywny nacisk – ogranicza się swobodę konsumenta, co prowadzi go do zawarcia umowy, której by nie zawarł, gdyby nie istniała owa niezgodna z prawem *przewaga*.

49. Właśnie dlatego, że z zawarcia umowy wynika przyjęcie określonych obowiązków, których druga strona może zgodnie z prawem dochodzić, dyrektywa 2005/29 chroni swobodę konsumenta, aby zawarł umowę ze świadomością jej podstawy, zaciągając wyłącznie takie zobowiązania, które w ramach wykonywania tej swobody jest w stanie przyjąć. Dyrektywa nie chroni zatem przed zobowiązaniami prawnymi już przyjętymi swobodnie przez konsumenta, lecz przed ich przyjęciem w wyniku nieuczciwej praktyki handlowej, niezależnie od tego, czy – oprócz tego – jest to praktyka zgodna z prawem.

50. Istnieje wiele czynników, które zgodnie z art. 9 dyrektywy 2005/29 należy wziąć pod uwagę przy ocenie, czy w ramach danej praktyki handlowej stosuje się, w istotnym w niniejszej sprawie zakresie, bezprawny nacisk. Na liście tych czynników, która nie ma charakteru wyczerpującego, znajdują się m.in. czas i miejsce, w których jest dokonywana praktyka, jej rodzaj lub uporczywość, użyty język, sposób zachowania, wykorzystanie konkretnego nieszczęścia lub stosowanie uciążliwych albo niewspółmiernych barier pozaumownych.

51. Zdaniem sądu odsyłającego istnieją trzy czynniki, które w niniejszej sprawie mogłyby doprowadzić do tego, że przedsiębiorca będzie wywierać „bezprawny nacisk” na kupującego:

- po pierwsze, konsument musi podjąć ostateczną decyzję dotyczącą transakcji w obecności kuriera, który doręcza mu wzorce umowy (jest to w istocie przypadek rozpatrywany w niniejszej sprawie);
- po drugie, konsument nie otrzymał wszystkich wzorców z wyprzedzeniem i w sposób zindywidualizowany, mimo iż mógł wcześniej zapoznać się z nimi w Internecie [lit. b) pytania prejudycjalnego];
- po trzecie, istnieje możliwość, że doszło do nieuczciwych zachowań mających na celu ograniczenie swobody decyzyjnej konsumenta [lit. c) pytania prejudycjalnego].

<sup>17</sup> Sprawy połączone C-54/17 i C-55/17, EU:C:2018:377, pkt 67–70.

<sup>18</sup> Wyrok z dnia 16 kwietnia 2015 r., UPC Magyarország (C-388/13, EU:C:2015:225), pkt 53.

52. W zależności od znaczenia każdego z tych czynników nie można wykluczyć, że rozpatrywane odrębnie doprowadzą one do bezprawnego nacisku. Mianowicie:

- 1) gdyby kurier był poprzez swe postępowanie lub postawę szczególnie nagły lub natarczywy, byłoby to wystarczające, by stwierdzić, że poprzez swoje zachowanie kurier wywarł bezprawny nacisk na konsumenta;
- 2) gdyby konsument otrzymał z wyprzedzeniem informacje obiektywnie ograniczone, częściowe lub nieobiektywne, lub takie, które nie odpowiadają informacjom przedstawionym mu później przez kuriera, okoliczność ta mogłaby być wystarczająca do stwierdzenia działania lub zaniechania wprowadzającego w błąd w rozumieniu art. 6 i 7 dyrektywy 2005/29 oraz, ewentualnie, bezprawnego nacisku, jeśli zostałyby wykazane aktywne zachowanie przedsiębiorcy zmierzające do bezprawnego warunkowania woli konsumenta;
- 3) wreszcie wystarczające byłyby również wszelkie nieuczciwe zachowania innego rodzaju, w zależności od ich potencjalnej zdolności warunkowania woli konsumenta, jeżeli odpowiadają kryteriom niezgodnego z prawem nacisku ze strony przedsiębiorcy.

53. Możliwe jest także, że – rozpatrywany odrębnie – żaden z tych czynników nie jest sam w sobie znaczący na tyle, by można było dojść do wniosku, iż wywierany jest bezprawny nacisk, lecz w swym całości kształcie, przez ich wzajemne oddziaływanie, wywołują one taki właśnie rezultat.

54. Jak już wspomniałem, to do sądu odsyłającego należy dokonanie w każdym konkretnym przypadku oceny dokładnego znaczenia, jakie – każda z osobna lub w swym całości kształcie – mogą mieć okoliczności takie jak opisane w postanowieniu odsyłającym. W postanowieniu tym, jak wyjaśniłem w jego przedstawionym powyżej podsumowaniu<sup>19</sup>, Sąd Najwyższy zdaje się opowiadać za stwierdzeniem braku agresywnej praktyki, przychylając się do orzeczenia wydanego przez sąd pierwszej instancji i sąd apelacyjny.

55. Pragnę podkreślić, jak trudne jest dla Trybunału udzielenie odpowiedzi, która odchodziłaby od tej jednomyślnej oceny (w tym przypadku, zbieżne są zarówno orzeczenia wydane przez dwa sądy niższej instancji, jak i opinia wyrażona przez Sąd Najwyższy) sądów krajowych w sprawie takiej jak niniejsza, w której oczywiste jest znaczenie cech charakterystycznych poszczególnych zachowań będących przedmiotem postępowania. Sądy te mają wyłączną właściwość do orzekania w przedmiocie okoliczności faktycznych dotyczących wspomnianych zachowań i, oczywiście, są one bardziej niż Trybunał odpowiednie do tego, aby móc dokonać oceny, w jakim stopniu niektóre cechy zachowania przedsiębiorcy wywierają znaczący wpływ na postawę przeciętnego konsumenta.

56. Przedstawione przeze mnie poniżej uwagi mogą się jednak okazać przydatne do tego, aby pomóc sądowi odsyłającemu w dokonywaniu wykładni i stosowaniu do danej sprawy dyrektywy 2005/29.

### *3. Czynniki, które można wziąć pod uwagę, aby sformułować pogląd dotyczący bezprawnego nacisku przedsiębiorcy*

57. Konieczne jest wprowadzenie rozróżnienia sprzedaży przez Internet i sprzedaży przez telefon, ponieważ, ze względu na ich cechy szczególne, w każdym z tych przypadków sytuacja konsumenta jest odmienna.

<sup>19</sup> Punkty 14–17 niniejszej opinii.

- W przypadku sprzedaży internetowej zazwyczaj to konsument dobrowolnie decyduje się odwiedzić stronę internetową przedsiębiorcy i nic nie stoi na przeszkodzie temu, by poświęcił on czas, jaki uzna za konieczny, na zapoznanie się z dostępnymi ofertami, ich cenami i innymi warunkami, a także modelami zawierania umów.
- W przypadku sprzedaży telefonicznej, chociaż inicjatywa konsumenta nie jest wykluczona, często zdarza się, że to przedsiębiorca kontaktuje się z konsumentem w celu zaproponowania mu zawarcia umowy<sup>20</sup>. Zazwyczaj sytuacja konsumenta jest raczej bierna, przy czym istotną rolę może również odgrywać element zaskoczenia, który może przekładać się na odczucie pewnej presji psychologicznej<sup>21</sup>.

58. Należy również pamiętać o tym, że w obu przypadkach inny jest profil „przeciętnego konsumenta”, to znaczy należyście poinformowanego oraz dostatecznie uważnego i rozważnego, biorąc przy tym pod uwagę czynniki społeczne, kulturowe i językowe<sup>22</sup>, a także – uwzględniając kontekst i całościowy kształt okoliczności dotyczących relacji między przedsiębiorcą a konsumentem:

- konsument, który wchodzi na stronę internetową z własnej inicjatywy, będzie choćby w minimalnym stopniu zaznajomiony z procedurami komputerowymi i będzie potrafił nimi się posługiwać, aby wybrać ofertę i przejść proces składania zamówienia;
- natomiast przeciętny konsument, który otrzymał oferty w sposób nieoczekiwany, drogą telefoniczną, może być mniej ostrożny i mniej wnikliwy, ponieważ wystarczy, że potrafi odebrać połączenie telefoniczne. W tym przypadku stopień ochrony powinien być wyższy.

59. Innym ważnym czynnikiem jest jakość informacji przekazanych konsumentowi. Jak przypomniał Trybunał w sprawie Wind Tre i Vodafone Italia, pojęcie „agresywnej praktyki handlowej” definiuje się zasadniczo „jako zmieniające lub mogące zmienić w znaczny sposób swobodę wyboru lub zachowanie przeciętnego konsumenta względem produktu[,] [z czego wynika], że zamówienie danej usługi musi polegać na wolnym wyborze ze strony konsumenta[,] [co oznacza] w szczególności, że informacje przekazane przez przedsiębiorcę konsumentowi muszą być jasne i adekwatne”<sup>23</sup>.

60. Trybunał podkreślił, że dla konsumenta fundamentalne znaczenie ma „uzyskanie przed zawarciem umowy informacji o warunkach umownych i skutkach zawarcia tej umowy”. To w szczególności na podstawie tych informacji „konsument podejmuje decyzję, czy zamierza związać się warunkami umownymi sformułowanymi uprzednio przez przedsiębiorcę”<sup>24</sup>.

61. W postępowaniu głównym jeden z rozpatrywanych przez sąd odsyłający przypadków polega na tym, że konsument „nie otrzymał z wyprzedzeniem i w zindywidualizowany sposób (np. na adres poczty elektronicznej, na adres domowy) kompletu wzorców umowy, choćby miał możliwość samodzielnego zapoznania się przed wizytą kuriera z ich treścią na stronie internetowej przedsiębiorcy”<sup>25</sup>.

20 Na rozprawie Orange Polska, nie zaprzeczając, że mogła stosować tę technikę handlową (niezamówione połączenia dotyczące transakcji), stwierdziła, że została ona następnie w Polsce zabroniona wprowadzoną później ustawą.

21 Zostało to uznane, w przypadku umów zawieranych poza lokalem przedsiębiorstwa, w motywach 21 i 37 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniającej dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylającej dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.U. 2011, L 304, s. 64). Jednakże „presja psychologiczna” nieodłącznie związana z tego rodzaju umowami, (której przeciwstawę stanowi prawo do odstąpienia od umowy), nie jest taka sama jak presja, poprzez którą wywiera się bezprawny nacisk na konsumenta.

22 Zobacz na przykład wyroki: z dnia 13 stycznia 2000 r., Estée Lauder (C-220/98, EU:C:2000:8), pkt 27; z dnia 12 maja 2011 r., Ving Sverige (C-122/10, EU:C:2011:299), pkt 22.

23 Wyrok z dnia 13 września 2018 r., Wind Tre i Vodafone Italia (C-54/17 i C-55/17, EU:C:2018:710), pkt 45.

24 Wyrok z dnia 7 września 2016 r., Deroo-Blanquart (C-310/15, EU:C:2016:633), pkt 40.

25 Litera b) pytania prejudycjalnego.

62. Należy zatem wyjść z założenia, że przedstawione w Internecie informacje dotyczące treści wzorców umów są wystarczające i rzetelne oraz że konsument może uzyskać do nich dostęp bez większych trudności. Zdaniem sądu odsyłającego w przypadku sprzedaży przez telefon<sup>26</sup> konsument może również uzyskać od konsultanta wszelkie informacje, jakie uzna za niezbędne. Jednakże moim zdaniem trudno jest przyrównać jakość informacji udzielonych w trakcie rozmowy telefonicznej z jakością informacji uzyskanych przez Internet.

63. Wątpliwość dotyczy zatem w szczególności tego, czy konsument powinien uzyskać z wyprzedzeniem, na adres domowy lub na adres poczty elektronicznej, *wszystkie* wzorce umowy oferowane przez przedsiębiorcę oraz czy, jeśli ich nie otrzyma, stanowi to agresywną praktykę handlową.

64. Moim zdaniem konsumentowi powinno się przedstawić różne istniejące wzorce umowy<sup>27</sup> oraz umożliwić zapoznanie się z nimi, przy czym nie jest konieczne, by przedsiębiorca dostarczył je w sposób zindywidualizowany przed wizytą kuriera.

65. Skoro pytanie sądu odsyłającego dotyczy w szczególności chwili, w której konsument musi podjąć ostateczną decyzję – to znaczy chwili, gdy kurier doręcza mu wzorce umowy wybrane przez niego w trakcie rozmowy telefonicznej lub na stronie internetowej przedsiębiorcy – sąd będzie musiał ustalić, czy okoliczność, że we wspomnianej chwili konsument nie posiada wszystkich wzorców umowy, może doprowadzić do tego, iż będzie on zmuszony do podjęcia decyzji, której inaczej by nie podjął<sup>28</sup>.

66. Może tak być na przykład, w sytuacji gdy konsument ma wątpliwości, czy przedstawiona mu do podpisania umowa to ta sama, z którą mógł się zapoznać w Internecie lub którą mu opisano w trakcie rozmowy telefonicznej, a jednak kurier albo nie może rozwiązać tych wątpliwości, albo odmawia konsumentowi możliwości sprawdzenia tego i naciska na konsumenta, aby ten podpisał umowę.

67. Na rozprawie potwierdzono, że Orange Polska wykorzystuje do tych celów zwykle usługi kurierskie, a zatem niezwiązane z sektorem telefonii, zatem obsługujący je kurierzy nie są w stanie udzielić żadnych informacji dotyczących umów zawieranych między konsumentem a przedsiębiorstwem telekomunikacyjnym.

68. Poza tym, że kurier nie może rozwiązać wątpliwości konsumenta, decydujące znaczenie ma zawsze jego postawa w kontekście sytuacji, w jakiej znajduje się konsument, wynikającej z informacji posiadanych przez niego w chwili przedstawienia mu umowy do podpisania.

26 Punkt 14 postanowienia odsyłającego.

27 W przeciwnym razie doszłoby do zaniechania, które mogłoby mieć rozstrzygające znaczenie dla podejmowanej przez konsumenta decyzji. Gdyby konsument wiedział o istnieniu innych, korzystniejszych umów, mógłby zdecydować się na jedną z nich, a nie na tę wybraną, którą prawdopodobnie odrzuciłby. Jednakże – jak stwierdziłem w opinii w sprawach połączonych Wind Tre i Vodafone Italia (C-54/17 i C-55/17, EU:C:2018:377), pkt 65 – niekoniecznie musiało to stanowić wywarcie „bezprawnego nacisku” przez przedsiębiorcę, ponieważ „nacisk, o którym mowa w art. 8 i 9 dyrektywy 2005/29, nie jest naciskiem wynikającym jedynie z wprowadzenia w błąd – to jest przewidzianym w art. 7 tej dyrektywy – lecz wiąże się w sposób aktywny, poprzez użycie presji, z wymuszonym warunkowaniem woli konsumenta”. Następnie wskazałem (przypis 28), że „zgodnie z art. 2 lit. j) dyrektywy 2005/29 chodzi o postępowanie polegające na »wykorzystaniu przewagi względem konsumenta« w celu »wywarcia na niego presji, także bez użycia siły fizycznej lub groźby jej użycia, w sposób znacznie ograniczający zdolność konsumenta do podjęcia świadomej decyzji«. Nie wystarczy zatem wprowadzenie konsumenta w błąd pozwalające mu niezgodnie z prawdą wierzyć, że działa w sposób swobodny i świadomy, ale o zmuszenie go do zawarcia umowy wbrew jego woli”.

28 Zdaniem sądu odsyłającego kurier ma przy sobie co najmniej załączniki, regulaminy, cenniki „i inne dokumenty”, które stają się częścią umowy po jej podpisaniu (pkt 3 postanowienia odsyłającego).

69. Jeżeli informacje te są niewystarczające lub niejednoznaczne, mogą prowadzić do stosowania praktyki handlowej wprowadzającej w błąd, a mianowicie takiej, która, zgodnie z art. 7 ust. 1 dyrektywy 2005/29, „w konkretnym przypadku, biorąc pod uwagę wszystkie jej cechy i okoliczności oraz ograniczenia środka przekazu, pomija [...] 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”.

70. Jednakże owe informacje wprowadzające w błąd prowadzą do stosowania „agresywnej praktyki handlowej” tylko wówczas, gdy dzięki nim przedsiębiorca lub działająca na jego zlecenie osoba trzecia (w tym przypadku kurier) może skutecznie wykorzystać przewagę zdobytą poprzez wprowadzające w błąd działania lub zaniechania i stosowaną w niezgodny z prawem sposób.

71. Do zapewnienia, że postawa kuriera nie będzie prowadzić do wywierania bezprawnego nacisku, konieczne byłoby raczej odpowiednie uregulowanie zachowania kuriera w sposób pozwalający na wykluczenie lub maksymalne ograniczenie elementu presji psychologicznej, który w niektórych przypadkach może się wiązać z zaproszeniem do podpisania umowy, zaś informacje przekazane konsumentowi na etapach poprzedzających proces składania zamówienia mają w tym względzie mniejsze znaczenie<sup>29</sup>.

72. Chodzi o to, że gdyby kurier był związany z przedsiębiorstwem telekomunikacyjnym, powinien on być w stanie przyczynić się do rozwiązania powstałych w ostatniej chwili wątpliwości konsumenta, na przykład poprzez przekazanie mu wzorców umowy na miejscu lub zaproponowanie powtórzenia wizyty już po zapoznaniu się z nimi. Należałoby także zapewnić, by w żadnym razie kurier nie naciskał na podpisanie umowy przez konsumenta poprzez ostrzeżenie go, że odmowa jej podpisania lub zwłoka w nim mogłaby wiązać się z poniesieniem odpowiedzialności i zaproponowaniem w przyszłości mniej korzystnych warunków umownych.

73. Jeżeli natomiast, tak jak to ma miejsce w niniejszej sprawie, kurierzy nie są związani z przedsiębiorstwem telekomunikacyjnym i w związku z tym nie są w stanie przekazać konsumentowi żadnych informacji lub podjąć zobowiązań w imieniu przedsiębiorstwa, należy przynajmniej unikać tego, by kurier nalegał na konieczność podpisania umowy przez konsumenta.

74. Takie są czynniki, które moim zdaniem powinny być przykładowo brane pod uwagę w ramach współpracy między przedsiębiorcą działającym w jego imieniu a przedsiębiorstwem kurierskim. Sąd krajowy, ustalając, czy działanie ze strony kuriera może stanowić wywieranie bezprawnego nacisku (art. 8 dyrektywy 2005/29) musi wyważyć ich znaczenie w kontekście, w którym podpisywana jest umowa.

## VI. Wnioski

75. W świetle powyższych uwag proponuję, aby Trybunał odpowiedział Sądowi Najwyższemu (Polska) w następujący sposób:

Artykuł 8 w związku z art. 9 i art. 2 lit. j) dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniającej dyrektywę Rady

<sup>29</sup> Pragnę podkreślić, że jakość tych informacji ma fundamentalne znaczenie z punktu widzenia praktyki handlowej wprowadzającej w błąd, lecz sama w sobie nie przesądza o tym, że mamy do czynienia z agresywną praktyką handlową (która ponadto może mieć miejsce również wtedy, gdy informacje są wystarczające i rzetelne).

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 należy interpretować w ten sposób, że:

- model zawierania na odległość umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych, zgodnie z którym konsument musi podjąć ostateczną decyzję dotyczącą transakcji w obecności kuriera doręczającego mu wzorce umowy, który to konsument mógł w pełni zapoznać się z warunkami tej umowy na stronie internetowej przedsiębiorcy lub przez telefon, nie stanowi sam w sobie agresywnej praktyki handlowej;
- z agresywną praktyką handlową mielibyśmy do czynienia, gdyby rozpatrując okoliczności konkretnego przypadku w ich kontekście, wykonanie wspomnianego modelu zawierania umów w znaczny sposób ograniczało swobodę wyboru konsumenta ze względu na bezprawny nacisk wywierany skutecznie przez przedsiębiorcę wobec konsumenta;
- w celu zapewnienia – w miarę możliwości – tego, że postawa kuriera nie może doprowadzić do wywierania bezprawnego nacisku, istotne jest, aby jego zachowanie było odpowiednio uregulowane w sposób pozwalający na wykluczenie jakiegokolwiek elementu presji psychologicznej wobec konsumenta.