

Ewa Mandrosz*

„Tajemniczy klient” jako nowe narzędzie w zakresie pozyskiwania dowodów praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Prawna regulacja instytucji „tajemniczego klienta”
 1. Zakres czynności zmierzających do zakupu towaru
 2. Możliwość rejestracji przebiegu czynności
 3. Przesłanki uprawniające do dokonania czynności i ich rejestracji
- III. Funkcje (zastosowanie) instytucji „tajemniczego klienta”
- IV. Uwagi końcowe

Streszczenie

Artykuł poświęcony jest omówieniu instytucji „tajemniczego klienta” (*mystery shopper*), która zostanie wprowadzona do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dniem 17 kwietnia 2016 r. Instytucja ta pozwoli na dokonywanie czynności zmierzających do zakupu towaru w toku kontroli, z możliwością utrwalenia tych czynności za pomocą urządzeń rejestrujących obraz lub dźwięk bez informowania kontrolowanego. Stosownie do oczekiwań ustawodawcy – ma ona stanowić narzędzie w zakresie pozyskiwania dowodów praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. W artykule autorka podejmuje próbę dokonania oceny omawianej instytucji, zwłaszcza w kontekście realizacji celów, dla których została powołana. Jednocześnie wskazuje na pewne wady przyjętych rozwiązań.

Słowa kluczowe: konsument; ochrona konsumenta; ochrona zbiorowych interesów konsumentów; tajemniczy klient; zakup kontrolowany; zbiorowe interesy konsumentów.

JEL: K23

I. Wprowadzenie

Ustawę z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik)¹ poddano istotnym zmianom z dniem 18 stycznia 2015 r., kiedy to weszła w życie ustawa z 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania

* Absolwentka Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku i aplikant radcowski w Kancelarii Radców Prawnych Bieluk i Partnerzy; e-mail: ewamandrosz@poczta.onet.pl.

¹ T.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 184, z późn. zm.

cywilnego². W niedługim czasie – w dniu 17 kwietnia 2016 r. – na mocy ustawy z 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (dalej: ustawa nowelizująca)³ wejdą w życie kolejne znaczące zmiany przepisów uokik.

Ustawa nowelizująca, mająca zasadniczo na celu zwiększenie skuteczności działań Prezesa UOKiK w zakresie ochrony interesów konsumentów⁴, wprowadzi do uokik nowe uprawnienie kontrolne polegające na możliwości dokonywania czynności zmierzających do zakupu towaru (instytucja tzw. tajemniczego klienta⁵). Jego celem ma być pozyskanie informacji mogących stanowić dowód w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Przebieg czynności zmierzających do zakupu towaru będzie mógł być utrwalony za pomocą urządzeń rejestrujących obraz lub dźwięk bez informowania kontrolowanego. Na podjęcie czynności oraz utrwalenie ich przebiegu wymagana będzie zgoda sądu ochrony konkurencji i konsumentów (dalej: SOKiK) udzielana na wniosek Prezesa UOKiK.

Instytucja „tajemniczego klienta” stanowi jeden z szeregu nowych instrumentów prawnych⁶, których wprowadzenie – w ocenie ustawodawcy – ma służyć wzmocnieniu istniejącego modelu ochrony konsumentów, dających Prezesowi UOKiK możliwości bardziej skutecznego działania w tym zakresie. Przedmiotowa instytucja ma pozwolić Prezesowi UOKiK na wywiązanie się z ciążącego na nim obowiązku udowodnienia przedsiębiorcy naruszenia przepisów. Jak czytamy w uzasadnieniu do projektu ustawy nowelizującej, „[w] świetle dzisiejszych doświadczeń w sprawach, w których słowo przedsiębiorcy jest przeciwstawiane słowu konsumenta, a do Prezesa UOKiK należy ustalenie zgodnych z rzeczywistością faktów i okoliczności, wprowadzenie takich instrumentów jest niezbędne, aby Prezes Urzędu mógł wywiązać się z ciążącego na nim obowiązku udowodnienia przedsiębiorcy naruszenia przepisów ustawy”⁷.

Wprowadzenie do uokik instytucji „tajemniczego klienta” wzbudziło kontrowersje już na etapie prac legislacyjnych, gdzie wskazywano, iż jest to instrument istotnie ingerujący w swobodę działalności gospodarczej⁸. Liczne krytyczne uwagi pod adresem instytucji „tajemniczego klienta” pojawiły się zwłaszcza w toku konsultacji publicznych projektu ustawy nowelizującej, gdzie podkreślano w szczególności, że: (1) wprowadzenie do przepisów uokik tej instytucji rodzi w obecnym kształcie szereg wątpliwości interpretacyjnych, wymagających doprecyzowania oraz może prowadzić do istotnych naruszeń interesów przedsiębiorców; (2) utrwalanie przebiegu czynności za pomocą urządzeń rejestrujących obraz lub dźwięk bez informowania kontrolowanego czy też dokonywanie zakupu kontrolowanego mają charakter operacyjny i jako takie mogą przysługiwać wyłącznie organom powołanym do ścigania przestępstw; (3) cel stosowania projektowanej instytucji, która stanowi istotną ingerencję w prawa przedsiębiorcy, dokonywaną bez jego wiedzy, został określony bardzo ogólnie; takie brzmienie regulacji powoduje, że skorzystanie z tego uprawnienia przez

² Dz.U. z 2014 r., poz. 945.

³ Dz.U. z 2015 r., poz. 1634.

⁴ Zob. Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw. Pobrano z: <https://www.senat.gov.pl/download/gfx/senat/pl/.../2738/.../3662.pdf>, s. 1 (02.01.2016).

⁵ Instytucja została nazwana mianem „tajemniczego klienta” w uzasadnieniu do projektu ustawy nowelizującej – zob. Uzasadnienie..., s. 1.

⁶ Wśród innych wprowadzonych instrumentów wymienić można np.: decyzje tymczasowe, wydłużenie okresu przedawnienia dla praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, możliwość nieodpłatnego publikowania komunikatów dotyczących zachowań lub zjawisk mogących stanowić istotne zagrożenie interesów konsumentów.

⁷ Zob. Uzasadnienie..., s. 16.

⁸ Zob. Raport z konsultacji publicznych i opiniowania projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (część I) z 1.06.2015 r. Pobrano z: <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12271401/12284125/dokument173261.pdf>, s. 107–117 (02.01.2016).

organ będzie właściwie nieograniczone – nawet, gdy żadne obiektywne przesłanki nie wskazują, że dochodzi do naruszeń zbiorowych interesów konsumentów⁹.

Wątpliwości pojawiły się również w piśmiennictwie i dotyczyły one zwłaszcza zgodności projektowanej regulacji ze standardami wynikającymi z Konstytucji, Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oraz orzecznictwa poczynając od Trybunału Konstytucyjnego, przez sądy powszechne i Sąd Najwyższy, po Europejski Trybunał Praw Człowieka (Bagdziński, 2015)¹⁰. Podnoszono, że projektodawca nie wykazał ani nawet nie uprawdopodobnił, że wskazywany przez niego sposób pozyskania dowodów naruszeń przepisów prawa jest jedynym możliwym lub też, że wartości, jakie są w ten sposób chronione, „ważą” więcej niż te, które zostaną naruszone¹¹. Tymczasem, jak podkreślił Trybunał Konstytucyjny, „Art. 31 ust. 3 zd. 1 Konstytucji określa przesłanki dopuszczalności ustanawiania ograniczeń wolności i praw jednostki. W aspekcie formalnym wymaga on, by ograniczenia te były «ustanawiane tylko w ustawie», zaś w aspekcie materialnym dopuszcza on ustanowienie ograniczeń «tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia, moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób». Dodatkowym ograniczeniem dopuszczalnego zakresu ograniczeń jest zakaz naruszenia «istoty» wolności i praw (...)»¹².

Zakres niniejszego artykułu obejmuje problematykę wprowadzenia do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów instytucji „tajemniczego klienta”. Celem publikacji jest omówienie przepisów regulujących przedmiotową instytucję, a także próba oceny tych uregulowań, w tym wskazanie obszarów wymagających, w mojej ocenie, zmian legislacyjnych.

II. Prawna regulacja instytucji „tajemniczego klienta”

1. Zakres czynności zmierzających do zakupu towaru

Zgodnie z obowiązującym od 17 kwietnia 2016 r. art. 105ia ust. 1 uokik, w celu uzyskania informacji mogących stanowić dowód w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów kontrolujący będzie miał prawo podjęcia czynności zmierzających do zakupu towaru.

Tytułem wstępu należy zauważyć, że definicja towaru obowiązująca na gruncie uokik jest szeroka i obejmuje zasadniczo wszystkie kluczowe dobra, jakie zwykle bywają przedmiotem obrotu gospodarczego (Kohutek, 2014, s. 120). Zgodnie z art. 4 pkt 7 uokik przez towar należy bowiem rozumieć rzeczy, energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane. Powyższe oznacza, że czynności zmierzające do zakupu towaru w praktyce dotyczyć mogą niemal każdej umowy, jaka zawierana jest w obrocie konsumenckim.

Zgodnie z regulacją zawartą w art. 105ia ust. 1 uokik kontrolujący będą uprawnieni wyłącznie do podejmowania działań, które zmierzają do zakupu towaru¹³, a nie do faktycznego jego zakupu

⁹ Zob. Raport z konsultacji..., s. 107-117 i powołane tam stanowiska zgłoszone w toku konsultacji publicznych.

¹⁰ Autor porównuje instytucję „tajemniczego klienta” do zakupu kontrolowanego z przepisu art. 19a ustawy z 6.04.1990 r. o Policji (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 355, z późn. zm.). Zastosowanie „zakupu kontrolowanego” wymaga jednak spełnienia szeregu przesłanek, w szczególności może być stosowane wyłącznie w celu sprawdzenia uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie. Ma to na celu ograniczenie ingerencji podmiotów publicznych w sferę prywatną jednostki. Brak jakichkolwiek ograniczeń stosowania instytucji przewidzianej w art. 105ia uokik należy więc ocenić negatywnie, ponieważ może prowadzić do ograniczenia swobody prowadzenia działalności gospodarczej.

¹¹ Ibidem.

¹² Wyr. TK z 12.01.2000 r., P 11/98 (OTK 2000, nr 1, poz. 3).

¹³ Można przypuszczać, że zakres ten będzie obejmował każdą czynność, która poprzedza zakup i zmierza bezpośrednio lub pośrednio do jego zawarcia. Przykładowo mogą to być zapytania o cechy, właściwości towaru (zasady świadczenia usługi), zwrócenie się z prośbą o przedstawienie oferty, rozmowa z konsultantem na infolinii czy wysyłanie zapytań poprzez e-mail.

(zawarcia umowy sprzedaży). Jak czytamy w uzasadnieniu do projektu ustawy nowelizującej, instytucja ta „nie ma na celu zakupu przykładowo usługi finansowej (ze względu na stopień skomplikowania samej procedury nabycia takiej usługi i późniejszego wycofania się z niej, a przede wszystkim braku możliwości nabycia jej w sposób anonimowy), a jedynie skontrolowanie sposobu jej proponowania”. Uprawnienie nie da więc też tym bardziej podstaw do przeprowadzenia kontroli co do przebiegu czynności mających miejsce już po zakupie towaru, np. kontroli procesu reklamacyjnego u danego przedsiębiorcy.

W art. 105ia ust. 1 uokik ustawodawca posługuje się pojęciem „czynności zmierzających do zakupu towaru”, nie podejmując jakiegokolwiek próby dookreślenia zakresu tego pojęcia. Ustawodawca nie precyzuje w szczególności regulacji dotyczącej tego, jak powinny przebiegać przedmiotowe czynności, w tym jakie kompetencje przysługują w ich trakcie kontrolującemu. Nie jest przy tym jasne, jakiego rodzaju działania mogą zostać podjęte przez kontrolującego w oparciu o art. 105ia uokik. Sformułowanie „czynności zmierzające do zakupu towaru” pozostaje bowiem nieostre i nie pozwala ustalić zakresu uprawnień organu w tym zakresie. Niedoprecyzowanie regulacji instytucji „tajemniczego klienta” w wyżej wskazanym obszarze może prowadzić do jej nadużyć, w szczególności poprzez podejmowanie, w celu zdobycia określonych informacji, działań wykraczających poza czynności standardowo zmierzające do zawarcia umowy z konsumentem¹⁴.

Co prawda, jak zapewnia UOKiK, „projektowany instrument nie ma charakteru „prowokacji” – jego celem nie jest doprowadzenie do naruszenia przepisów przez przedsiębiorcę, w stosunku do którego stosowany będzie wprowadzany środek albo sprowokowanie innego zachowania, które będzie miało znaczenie dla przyszłego lub toczącego się postępowania przeciwko temu przedsiębiorcy. Celem projektowanego art. 105ia jest natomiast skontrolowanie sposobu oferowania towaru lub usługi”¹⁵. Niemniej jednak, pomimo zapewnień, nie można wykluczyć, że w praktyce kontrolujący swoim zachowaniem czy wypowiedziami może doprowadzić do sprowokowania u przedsiębiorcy zachowania, które będzie miało znaczenie dla wszczętego przeciwko niemu postępowania w sprawie praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów.

Do uznania kontrolujących pozostaje, na jakim etapie należy ujawnić kontrolowanemu charakter kontrolny czynności. Najpóźniej musi być to jednak moment przed finalnym zakończeniem transakcji (np. podpisaniem umowy) – przepis art. 105ia pozwala bowiem kontrolującemu tylko na działania zmierzające do zakupu towaru, a nie na faktyczny jego zakup. Niezwłocznie po zakończeniu czynności kontrolujący zobowiązany będzie do okazania kontrolowanemu albo osobie przez niego upoważnionej legitymacji służbowej upoważniającej do wykonywania czynności kontrolnych oraz doręczenia upoważnienia do przeprowadzenia kontroli i zgody sądu¹⁶.

2. Możliwość rejestracji przebiegu czynności

Zgodnie z art. 105ia ust. 3 uokik przebieg czynności zmierzających do zakupu towaru będzie mógł zostać utrwalony za pomocą urządzeń rejestrujących obraz lub dźwięk bez informowania kontrolowanego. Informatyczne nośniki danych, na których zarejestrowano przebieg kontroli lub

¹⁴ Zob. Stanowisko Związku Pracodawców Branży Internetowej IAB Polska w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (projekt z 10.04.2015 r.). Pobrano z: <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12271401/.../dokument162719.doc> (02.01.2016), s. 6.

¹⁵ Zob. Raport z konsultacji..., s. 107. Por. też np. komunikat prasowy UOKiK dostępny na stronie https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=11879 (02.01.2016).

¹⁶ Zob. art. 105ia ust. 2 uokik.

poszczególne czynności w jej toku, stanowić będą załącznik do protokołu kontroli. O utrwalaniu przebiegu czynności kontrolujący będzie zobowiązany poinformować kontrolowanego niezwłocznie po ich zakończeniu.

Można przypuszczać, że utrwalanie przebiegu czynności zmierzających do zakupu towaru za pomocą urządzeń rejestrujących obraz lub dźwięk będzie raczej standardową praktyką. Sama relacja kontrolującego z przebiegu zdarzenia, nie poparta jakimkolwiek utrwaleniem, mogłaby być w toku dalszego postępowania kwestionowana. Natomiast nagranie zaistniałych nieprawidłowości w toku przeprowadzonej kontroli stanowić będzie dowód trudny do podważenia.

Należy zwrócić uwagę, że w art. 105ia ust. 3 uokik mowa jest o zarejestrowaniu „przebiegu kontroli lub poszczególnych czynności w jej toku”. Takie ukształtowanie zapisu pozwala wnioskować, że kontrola będzie mogła być rejestrowana nie tylko w całości, ale i wybiórczo (wyłącznie w zakresie określonych czynności). Powyższe z kolei może rodzić wątpliwości co do tego czy utrwalone poszczególne czynności będą obiektywnie, bez zniekształceń oddawać przebieg całej kontroli. Przykładowo, czy stanowiące dowód w postępowaniu nagranie jednej z czynności w toku kontroli (np. jednej z kilku rozmów zmierzających do uzyskania informacji o produkcie) nie będzie „wyrwane z kontekstu”, a zarejestrowana wypowiedź pracownika przedsiębiorcy nie będzie wynikała z wcześniejszego (nie utrwalonego) przebiegu spotkania. Ponadto, wobec braku w tym zakresie regulacji pozostaje otwarte pytanie: jeżeli mają być rejestrowane jedynie poszczególne czynności w toku kontroli, to kto ma decydować o tym czy i które (sąd w postanowieniu, czy kontroler na bieżąco przeprowadzający czynności).

3. Przesłanki uprawniające do dokonania czynności i ich rejestracji

Kwestią wymagającą zajęcia stanowiska jest także regulacja w zakresie tego, kiedy można podjąć czynności zmierzające do zakupu towaru i utrwalić je za pomocą urządzeń rejestrujących obraz lub dźwięk. Należy wskazać, że art. 105ia w obecnym kształcie jako przesłankę dokonania czynności zmierzających do zakupu towaru i ich rejestrację wskazuje jedynie uzyskanie uprzedniej zgody SOKiK, udzielonej w formie postanowienia na wniosek Prezesa UOKiK¹⁷. Zgodnie z art. 105ia ust. 4 uokik SOKiK zobowiązany jest wydać postanowienie w przedmiocie zgody na dokonanie czynności zmierzających do zakupu towaru i ich rejestrację w ciągu 48 godzin od wniosku złożonego przez Prezesa UOKiK. Od tego postanowienia nie będzie służyło zażalenie.

Ustawa przewiduje zatem, że do zastosowania instytucji „tajemniczego klienta” wymagana jest zgoda SOKiK, jednocześnie jednak nie określa żadnych okoliczności, których zaistnienie warunkowałoby udzielenie takiej zgody. W art. 105ia nie zostały sformułowane jakiegokolwiek przesłanki wystąpienia do SOKiK z wnioskiem o udzielenie zgody, w tym nie zostało określone, jakie okoliczności i czy w ogóle Prezes UOKiK musi wykazać we wniosku, a także jakie okoliczności bierze pod uwagę SOKiK, decydując o udzieleniu zgody bądź nie. W sytuacji gdy brak jest kryteriów ustawowych, na podstawie których Prezes UOKiK może wystąpić z wnioskiem o udzielenie zgody na zastosowanie środka, o którym mowa w art. 105ia, a SOKiK ma oceniać zasadność zastosowania tego środka, należy zarzucić przyznanie tym organom zbyt dużej uznaniowości w podejmowaniu działań. Prowadzić to może do sytuacji niepewności prawnej przedsiębiorców.

¹⁷ Zob. art. 105ia ust. 4 uokik.

Aspekt pewności prawa odnosi się bowiem nie tylko do postulatu stabilności systemu prawa, lecz także pewności, że w oparciu o obowiązujące prawo jego adresat może swobodnie kształtować swoje interesy ekonomiczne (Brożek, 2011, s. 23)¹⁸. Chodzi o przewidywalność działania organu administracji i jednocześnie o możliwość prognozowania działań własnych (dostateczna określoność prawa). Oznacza to, że zasada określoności prawa pozostaje w ścisłym związku z zasadą pewności prawa (szerzej: Banasiński, 2015). W świetle orzecznictwa konstytucyjnego swobodnie kształtowanie interesów ekonomicznych dotyczy takich cech prawa, które umożliwiają decydowanie adresata normy o swoim postępowaniu w oparciu o „pełną znajomość przesłanek działania organów państwowych oraz konsekwencji prawnych”, jakie jego działania mogą pociągnąć za sobą¹⁹.

Wobec powyższego nie ulega wątpliwości, że przesłanki zastosowania instytucji „tajemniczego klienta” powinny zostać sformułowane w sposób bardziej precyzyjny. W związku z tym, że omawiana regulacja stanowi czynność dowodową wkraczającą w prawa i wolności jednostki, należy postulować jej uzupełnienie poprzez wprowadzenie ustawowych przesłanek możliwości jej zastosowania (tak jak ma to miejsce np. przy przeszukaniu uregulowanym w art. 105n uokik²⁰). Prezes UOKiK powinien być uprawniony do wystąpienia z wnioskiem o zgodę na zastosowanie instytucji „tajemniczego klienta” wyłącznie w przypadku zaistnienia przesłanek wskazanych w ustawie (w mojej ocenie, przesłanką tą powinno być co najmniej istnienie uzasadnionych podstaw do przypuszczenia, że dane zachowanie przedsiębiorcy narusza zbiorowy interes konsumentów). Wówczas SOKiK dokonywałby weryfikacji wystąpienia tej przesłanki (przesłanek), oceniając czy na podstawie stanu faktycznego istnieją obiektywne okoliczności, które uzasadniają podejrzenie naruszenia przepisów uokik.

Na marginesie należy zaznaczyć, że początkowo projektowane uprawnienia nie przewidywały nawet zgody SOKiK na zastosowanie środka, o którym mowa w art. 105ia. Dopiero na skutek licznych zastrzeżeń wyrażonych w trakcie konsultacji publicznych, regulację uzupełniono o obowiązek uzyskania uprzedniej zgody SOKiK, wydawanej w drodze postanowienia na wniosek Prezesa UOKiK²¹. Zmianę tę należy ocenić pozytywnie.

III. Funkcje (zastosowanie) instytucji „tajemniczego klienta”

Zgodnie z uzasadnieniem do projektu ustawy nowelizującej celem instytucji „tajemniczego klienta” ma być pozyskanie dowodów na okoliczność, że przedsiębiorca stosuje praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów. „Jej wprowadzenie powinno w znaczący sposób wpłynąć na bezpieczeństwo konsumentów w obrocie i ułatwić skuteczne wykrywanie praktyk przedsiębiorców naruszających te interesy”²².

¹⁸ Zob. też wyr. TK z 14.06.2000 r., P 3/00 (OTK ZU 2000, nr 5, poz. 138).

¹⁹ Zob. ibidem.

²⁰ Zgodnie z art. 105n ust. 1 uokik w sprawach praktyk ograniczających konkurencję, w toku postępowania wyjaśniającego i postępowania antymonopolowego, w celu znalezienia i uzyskania informacji z akt, ksiąg, pism, wszelkiego rodzaju dokumentów lub informatycznych nośników danych, urządzeń oraz systemów informatycznych oraz innych przedmiotów mogących stanowić dowód w sprawie, Prezes Urzędu może przeprowadzić u przedsiębiorcy przeszukiwanie pomieszczeń i rzeczy, jeżeli istnieją uzasadnione podstawy do przypuszczenia, że wymienione informacje lub przedmioty tam się znajdują.

²¹ Zob. Raport z konsultacji..., s. 107.

²² Zob. Uzasadnienie..., s. 9.

Analiza nowej regulacji skłania jednak do wniosku, że w praktyce procedura może okazać się nieskuteczna, czyli nie będzie służyć realizacji tak określonego celu. Po pierwsze dlatego, że pozyskany w wyniku zakupu kontrolowanego dowód stwierdzający istnienie u przedsiębiorcy ewentualnej nieprawidłowości dotyczyć będzie indywidualnego przypadku. Niezwłocznie po zakończeniu czynności zmierzających do zakupu na kontrolującym będzie ciążył obowiązek poinformowania o tym fakcie przedsiębiorcy. Trudno w tej sytuacji oczekiwać, że ten konkretny przedsiębiorca lub jego kolejny pracownik ponownie dopuści się nieprawidłowości.

Tymczasem przez pojęcie „praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów” należy rozumieć takie zachowanie przedsiębiorcy, które „podejmowane jest w warunkach wskazujących na powtarzalność zachowania w stosunku do indywidualnych konsumentów wchodzących w skład grupy, do której adresowane są zachowania przedsiębiorcy, w taki sposób, że potencjalnie ofiarą takiego zachowania może być każdy konsument będący klientem lub potencjalnym klientem przedsiębiorcy”²³. Tym samym, do naruszenia zbiorowych interesów konsumentów jest konieczne, aby działanie przedsiębiorcy zostało skierowane nie do konkretnego adresata, lecz do pewnego nieoznaczonego kręgu podmiotów. Dopiero takie działanie jest w stanie wywołać niekorzystne następstwa w odniesieniu do każdego z konsumentów i zagrazać – przynajmniej potencjalnie – każdemu innemu konsumentowi (Banasiński i Bychowska, 2015, s. 71–72).

W kontekście powyższego, dowód zebrany w związku z zastosowaniem art. 105ia uokik (mający z założenia jednorazowy charakter) trudno uznać za wystarczający do wszczęcia przeciwko przedsiębiorcy postępowania pod zarzutem naruszenia „zbiorowych” interesów konsumentów, w tym wykazania istnienia interesu publicznego. Nagranie jednostkowego przypadku, nawet jeżeli ujawniłoby pewne nieprawidłowości, nie może przesądzić o fakcie stosowania u danego przedsiębiorcy praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, szczególnie jeśli przedsiębiorca udowodni, że procedury, które u niego obowiązują, wskazują, że nieprawidłowość była jednorazowa i zawiniona jedynie przez pracownika (Banasiński i Bychowska, 2015, s. 71–72).

Po drugie, instytucja „tajemniczego klienta” jako narzędzie, które miałyby służyć pozyskiwaniu dowodów na okoliczność praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, może być stosowana wyłącznie w oznaczonych okolicznościach. A ściślej rzecz ujmując – wyłącznie w ograniczonym zakresie czasowym. Z uwagi na konieczność uzyskania elementu „zaskoczenia”, jej praktyczne wykorzystanie będzie możliwe w zasadzie tylko we wczesnym etapie postępowania wyjaśniającego. Od momentu bowiem, gdy kontrolowany poweźmie wiadomość o wszczęciu postępowania wyjaśniającego lub też o wszczęciu wobec niego postępowania w sprawie praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, zastosowanie instytucji „tajemniczego klienta” wydaje się tracić sens.

Pomimo że instytucję „tajemniczego klienta” trudno samą w sobie uznać za skuteczne narzędzie w zakresie pozyskiwania dowodów praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, nie można też jednak całkowicie wykluczyć jej użyteczności. Po pierwsze, może ona stanowić dowód pomocniczy we wszczętym postępowaniu, służący głównie potwierdzeniu wcześniej uzyskanych już materiałów i informacji wskazujących na istnienie zakazanej praktyki u przedsiębiorcy. Po drugie, wyrażam pogląd, że w perspektywie długookresowej omawiana regulacja może

²³ Wyr. SN z 10.04.2008 r., III SK 27/07, LEX nr 508370.

się przyczynić do ogólnego podniesienia poziomu jakości obsługi konsumentów. Prezes UOKiK uzyska bowiem uprawnienie nie tylko do weryfikacji obowiązujących u przedsiębiorcy „spisanych” zasad związanych z zawieraniem transakcji z konsumentami, lecz także do tego czy te zasady są w praktyce stosowane (tj. jak faktycznie przebiega proces oferowania i sprzedaży towaru). Przedsiębiorcy, w obawie przed niezapowiedzianą kontrolą, zwracać będą większą uwagę na prawidłowość obowiązujących u nich procedur związanych z obsługą klienta (w tym dotyczących udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji) i zapewnienie stosowania tych procedur przez swoich pracowników.

IV. Uwagi końcowe

„Tajemniczy klient” to nowa instytucja, nieznaną wcześniej polskiemu prawu ochrony konkurencji i konsumentów. Stąd pełna ocena jej funkcjonowania możliwa będzie dopiero po pewnym czasie stosowania. Praktyka pokaże w szczególności, jak często instytucja będzie wykorzystywana, w tym jak często i na podstawie jakich okoliczności Prezes UOKiK będzie występował z wnioskiem o udzielenie zgody na jej zastosowanie, a także czy i w oparciu o jakie przesłanki SOKiK będzie tej zgody udzielał. Okaże się również czy (i na ile) dowód zebrany w związku z zastosowaniem art. 105ia uokik przyczyni się do wykrycia i ustalenia, że dany przedsiębiorca dopuścił się praktyki naruszającej zbiorowy interes konsumentów. Podkreślić bowiem należy, że pozyskany w wyniku zakupu kontrolowanego dowód dotyczyć będzie indywidualnego przypadku. Jako taki nie będzie więc wystarczający do wszczęcia postępowania w sprawie naruszenia zbiorowych interesów konsumentów ani wydania decyzji w sprawie naruszenia zbiorowych interesów konsumentów. Omawiana regulacja może okazać się jednak przydatna w trakcie gromadzenia materiału dowodowego (jako dowód pomocniczy, służący głównie potwierdzeniu wcześniej uzyskanych już materiałów i informacji wskazujących na istnienie zakazanej praktyki u przedsiębiorcy) i jako takie – jej wprowadzenie – można ocenić w sposób pozytywny. Ponadto, w mojej ocenie przyjęcie analizowanej regulacji w perspektywie długookresowej może się przyczynić do ogólnego podniesienia jakości obsługi konsumentów. Przedsiębiorcy, w obawie przed niezapowiedzianą kontrolą badającą faktyczny przebieg procesu zakupu towaru, zwracać bowiem będą większą uwagę na prawidłowość obowiązujących u nich procedur związanych z obsługą klienta. Do projektowanej regulacji należy jednak odnieść się również krytycznie. Po pierwsze, ustawodawca posługuje się pojęciem „czynności zmierzających do zakupu towaru”, nie podejmując jakiegokolwiek próby dookreślenia zakresu tego pojęcia i nie precyzując, jakie dokładnie kompetencje mają kontrolujący w ramach omawianej instytucji. Po drugie, regulacja dopuszcza rejestrowanie przebiegu kontroli nie tylko w całości, lecz także wybiórczo (tylko poszczególnych czynności). Po trzecie, omawiana regulacja, stanowiąc czynność dowodową wkraczającą w prawa i wolności jednostki, nie zawiera ustawowych warunków (przesłanek) możliwości jej zastosowania. Można sformułować wniosek, że ze względu na niedookreśloność w wyżej wskazanych obszarach wprowadzanego rozwiązania będzie się ono odbywać w dużej mierze na zasadzie prób i błędów, przy jednoczesnym pozostawieniu organom dużej dyskrecjonalności.

Bibliografia

- Bagdziński, T. (2015). Projekt zmian w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów oraz Kodeksie postępowania cywilnego – kilka subiektywnych uwag. *iKAR*, 4(4).
- Banasiński, C. (2015). *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Banasiński, C. i Bychowska, M. (2015). Między efektywnością administracji a pewnością sytuacji prawnej przedsiębiorców (uwagi do ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego). *iKAR*, 5(4).
- Brożek, B. (2011). Pewność prawna jako stabilność strukturalna. *Forum Prawnicze*, 6.
- Kohutek, K. (2014). W: K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.