



WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 maja 2010 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – SSA Lidia Sularzycka (spr.)

SSA Marzena Miąskiewicz

SSO (del.) Irena Piotrowska

Protokolant – sekr. sąd. Karolina Kulibska

po rozpoznaniu w dniu 11 maja 2010 r. w Warszawie na rozprawie sprawy z powództwa S. S.

przeciwko P T C Sp. z o. o. w W.

o uznanie wzorca postanowień umowy za niedozwolone

na skutek apelacji pozwanej od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

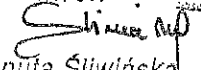
- Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z dnia 17 czerwca 2009 r. sygn. akt XVII AmC 253/08

oddala apelację.

Za zgodność z oryginałem

ST. INSPEKTOR


Danuta Śliwińska

VI ACa 1256/09

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 17.06.2009 r. Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konkurencji w sprawie z powództwa S. S.

I. uznał za niedozwolone i zakazał pozwanej P T C Sp. z o.o. z siedzibą w W. stosowania w umowach z konsumentami postanowienia wzorca umowy o treści: „W przypadku naruszenia przez Abonenta zobowiązania, o którym mowa w Pkt III ppkt 2.1, Abonent będzie zobowiązany na pisemne żądanie PTC do naprawienia szkody poprzez zapłatę na jej rzecz kary umownej. Kara umowna dla Abonenta, który zakupił w niniejszej promocji aparat telefoniczny oraz aktywację, wynosi 900 zł. Kara umowna będzie pomniejszana w zależności od czasu, w jakim Abonent wykonał swoje zobowiązanie. Jeżeli naruszenie zobowiązania nastąpi do 12 miesiąca od daty aktywacji, Abonent zapłaci 100% kary umownej. Jeżeli naruszenie zobowiązania nastąpi pomiędzy początkiem 13 a końcem 18 miesiąca od daty aktywacji, Abonent zostanie obciążony kwotą w wysokości 80% kary umownej. Jeżeli naruszenie zobowiązania nastąpi pomiędzy początkiem 19 a końcem okresu obowiązywania umowy Abonent zostanie obciążony kwotą w wysokości 60% kary umownej. Obowiązek naprawienia szkody wynika ze zgodnego zamiaru Stron, o którym mowa w Pkt III ppkt 1 i celu Umowy, która na zasadach promocyjnych przyznaje Abonentowi specjalne warunki zakupu telefonu i usług.”; II. oddalił powództwo w zakresie uznania za niedozwolone postanowienia wzorca umowy o treści: „Abonent przyjmuje na siebie zobowiązanie niepieniężne do utrzymania aktywnej karty SIM w sieci Era przez okres 24 pełnych Cykli rozliczeniowych.”; III. obciążył pozwaną kwotą 300,00 zł tytułem połowy wpisu od pozwu i nakazał

pobranie tej kwoty od pozwanej na rzecz Skarbu Państwa-Kasy Sądu Okręgowego w Warszawie;

IV. zarządził publikację prawomocnego wyroku w Monitorze Sądowym i Gospodarczym na koszt pozwanej; V. zasądził od powoda na rzecz pozwanej kwotę 180,00 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

Rozstrzygnięcie oparto na następujących ustaleniach faktycznych i ocenie prawnej.

Pozwana jest przedsiębiorcą zajmującym się prowadzeniem działalności gospodarczej w zakresie świadczenia m.in. usług telefonii ruchomej. Przy zawieraniu umów z abonentami posługuje się wzorcami umownymi w postaci regulaminów świadczenia usług telekomunikacyjnych. Ponadto w swojej działalności stosuje regulaminy dotyczące ofert promocyjnych.

Pozwana w umowach z konsumentami o świadczenie usług telekomunikacyjnych na promocyjnych warunkach stosuje wzorzec umowny, zawierający kwestionowane postanowienia. Oferty promocyjne cytowane w pozwie przestały obowiązywać, a na ich miejsce pozwana wprowadziła nowe oferty promocyjne, przy tym nie udowodniła, że zmieniła ona kwestionowane postanowienia regulaminów promocyjnych.

Analizując treść Regulaminu promocyjnego w pkt III ppkt 2.1 „Oferta 40/25 w Taryfie Era Nowy Komfort” i pkt 8a wzorca „Wymiana telefonu-24 Cykle Rozliczeniowe” Sąd uznał, iż nie wypełnia ono przesłanek uznania go za niedozwolone postanowienie umowne, w rozumieniu art. 385¹ § 1 kc.

Natomiast analizując treść postanowienia umownego zawartego w pkt III ppkt 3 „Oferta 40/25 w Taryfie Era Nowy Komfort” oraz pkt 10 „Wymiana telefonu - 24 Cykle Rozliczeniowe” w świetle przesłanek uznania postanowienia za niedozwolone Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, iż wypełnia ono przesłanki, o których mowa w art. 385¹ § 1 kc.

Zapłata kary umownej ze swej natury nie jest świadczeniem głównym strony umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych.

Fakt, że konsument dobrowolnie wybiera warunki promocyjne zawierające element w postaci kary umownej, w warunkach zapewniających możliwość skorzystania z oferty standardowej, nie jest równoznaczny z indywidualnym uzgodnieniem kwestionowanego postanowienia. Konsument nie ma wpływu na treść postanowienia dotyczącego kary umownej, w związku z tym nie można uznać go za uzgodnione indywidualnie.

Zdaniem Sądu I instancji zakwestionowane postanowienie wypełnia dyspozycję art. 385³ pkt 17 kc, nakłada bowiem na konsumenta, który nie wykonał zobowiązania, obowiązek zapłaty rażąco wygórowanej kary umownej. W świetle art. 471 kc odpowiedzialność dłużnika ograniczona jest wysokością szkody powstałej na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Chociaż fakt poniesienia szkody, ani jej wysokość w konkretnym przypadku (co wskazuje pozwana) nie stanowi niezbędnej przesłanki dla domagania się zapłaty kary umownej, to jednak w umowach z konsumentami jej wysokość musi pozostawać współmierna do wysokości ponoszonej zwykle szkody. Pozwana nie wykazała, że może ponieść szkodę współmierną do wysokości zastrzeżonej kary.

Sąd Okręgowy uznał, że wysokość kary umownej zastrzeżonej w kwestionowanej klauzuli jest nadmiernie wygórowana, a więc kształtuje prawa obowiązki konsumentów w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami i rażąco narusza interesy konsumentów. Dodatkowo kwestionowane postanowienie przenosi na konsumenta ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej pozwanego i zwalnia pozwaną z obowiązku udowodnienia, iż na skutek niewykonania zobowiązania przez konsumenta poniosła ona szkodę, a także obowiązku udowodnienia związku

przyczynowego między niewykonaniem umowy a poniesioną z tego tytułu szkodą.

W tym stanie rzeczy Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznał, iż zakwestionowane postanowienie, stosowane przez pozwaną, spełnia przesłanki klauzuli niedozwolonej i zakazał jego wykorzystywania w obrocie na podstawie art. 479⁴² kpc.

Apelację od wyroku w pkt I, III i IV wniosła pozwana zarzucając:

- 1) naruszenie przepisów prawa procesowego - art. 233 i 328 § 2 kpc, polegające na naruszeniu zasad logiki i doświadczenia życiowego poprzez:
 - a) dokonanie całkowicie dowolnej i sprzecznej z zasadami logiki oceny dowodów polegającej na przyjęciu, że w skład szkody, jaką ponosi pozwana w wyniku niewywiązania się przez abonenta ze zobowiązania wynikającego z umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, nie można doliczyć przyznanych abonentowi przy zawieraniu umowy na warunkach promocyjnych upustów,
 - b) dokonanie całkowicie dowolnej oceny dowodów polegającej na przyjęciu, że stosowanie zakwestionowanego postanowienia może prowadzić do powstania obowiązku zapłaty przez konsumenta kary umownej wielokrotnie przewyższającej szkodę poniesioną przez pozwaną,
 - c) przyjęcie, bez wskazania podstawy faktycznej takiego stwierdzenia, że wysokość kary umownej zastrzeżonej w zakwestionowanym postanowieniu jest nadmiernie wygórowana,
 - d) przyjęcie, bez wskazania podstawy takiego stwierdzenia, w sposób sprzeczny z zasadami doświadczenia życiowego oraz wiedzą prawniczą, że zakwestionowane postanowienie przenosi na konsumenta ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej;

- 2) naruszenie przepisów prawa procesowego - art. 479³⁶ i nast. w zw. z art. 233 i 328 2 kpc poprzez dokonanie oceny zakwestionowanego postanowienia wzorca umownego bez uwzględnienia abstrakcyjnego charakteru kontroli sądowej wzorca umownego;
- 3) naruszenie przepisu prawa materialnego - art. 385³ pkt 17 kc, poprzez:
- a) jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że klauzula umowna zawarta w umowie z konsumentem, której treść odpowiada treści pkt 17 wskazanego artykułu, jest objęta domniemaniem niedozwolonego charakteru,
 - b) jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że zakwestionowane postanowienie ma niedozwolony charakter;
- 4) naruszenie przepisów prawa materialnego - art. 385³ pkt 17 w zw. z art. 6 kc poprzez:
- a) ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że w sporze z konsumentem to przedsiębiorca ma obowiązek wykazać, że wysokość zastrzeżonej w umowie z konsumentem kary umownej jest współmierna do ponoszonej przez przedsiębiorcę szkody (tj. nie jest rażąco wygórowana),
 - b) ich niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że zakwestionowane postanowienie ma niedozwolony charakter z uwagi na niewskazanie przez pozwaną, że zastrzeżona we wskazanym postanowieniu kara umowna nie ma rażąco wygórowanego charakteru,
- 5) naruszenie przepisu prawa materialnego - art. 385³ pkt 17 kc w zw. z art. 385¹ § 1 kc w zw. z art. 483 § 1 kc poprzez:
- a) ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że sprzeczne z prawem jest wprowadzenie do umowy z konsumentem postanowienia o karze umownej, ponieważ zwalnia to przedsiębiorcę z obowiązku udowodnienia, że na skutek niewykonania zobowiązania przez konsumenta poniósł on szkodę

oraz istnienia związku przyczynowego między niewykonaniem zobowiązania a tą szkodą,

b) ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że nie można założyć *a priori*, iż szkoda poniesiona przez przedsiębiorcę w związku z niewywiązaniem się przez konsumenta z umowy będzie odpowiadała karze umownej w określonej z góry wysokości,

c) ich niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że zakwestionowane postanowienie ma niedozwolony charakter, gdyż zwalnia pozwaną z konieczności wykazywania przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej abonenta i nie jest możliwe określenie z góry, że kara umowna w określonej wysokości będzie stanowiła odpowiednik szkody, jaką może ponieść pozwana w wyniku niewywiązania się przez abonenta z umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych;

6) naruszenie przepisów prawa materialnego — art. 385³ pkt 17 w zw. z art. 385¹ § 1 w zw. z art. 483 § 1 kc w zw. z art. 479³⁶ i nast. kpc poprzez:

a) ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że podstawą uznania postanowienia wzorca za niedozwolone może być ustalenie, że nałożona w nim na abonenta kara umowna jest rażąco wygórowana,

b) ich niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że zakwestionowane postanowienie ma niedozwolony charakter, gdyż nie jest możliwe uznanie postanowienia wzorca za niedozwolone na podstawie ustalenia, że nałożona nim na abonenta kara umowna jest rażąco wygórowana;

7) naruszenie przepisu prawa procesowego — art. 479³⁹ kpc poprzez wydanie wyroku dotyczącego niedozwolonego charakteru zakwestionowanego postanowienia wzorca umownego po upływie 6 miesięcy od zaprzestania jego stosowania przez pozwaną.

Wskazując na powyższe pozwana wniosła o zmianę wyroku w zaskarżonego i oddalenie powództwa w tym zakresie oraz uchylenie zaskarżonego wyroku w części zarządzającej jego publikację ewentualnie wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku w części uznającej powołane postanowienie za niedozwolone i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Powód wniósł o oddalenie apelacji.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja jest bezzasadna.

Nie sposób zgodzić się z zarzutem naruszenia art. 479³⁶ w zw. art. 233 i 328 § 2 kpc, tj. zarzutem dokonania oceny kwestionowanego postanowienia bez uwzględnienia abstrakcyjnego charakteru kontroli sądowej wzorca umownego.

Przeprowadzana w tym postępowaniu kontrola sądowa, jako dotycząca wzorca umownego - jego postanowień, z założenia ma mieć charakter abstrakcyjny, co głównie polega na badaniu sprawy w oderwaniu od konkretnej umowy, okoliczności jej zawarcia i wynikających z niej praw i obowiązków stron, inaczej ujmując - na ocenie nieuczciwego charakteru postanowień wzorca umownego używanego w obrocie konsumenckim przez przedsiębiorcę. W tym też postępowaniu dochodzi do wydania orzeczenia uzyskującego tzw. rozszerzoną skuteczność – odnoszącego skutek także wobec osób trzecich, nie będących stronami postępowania. Takie rozumienie celu niniejszego postępowania prezentuje apelująca i jest ono zbieżne z zapatrywaniem wyrażanym w doktrynie oraz orzecznictwie (wyrok SN z dnia 11.10.2007 r. III SK 19/07 LEX nr 496411, uchwała SN z dnia 19.12.2003 r. III CZP 95/03, OSN 2005/2/25), w którym wyraźnie wskazuje się, iż w

przypadku kontroli abstrakcyjnej ocenie podlega treść postanowienia wzorca, a nie sposób jego wykorzystania czy też powszechność występowania tego postanowienia w analogicznych wzorcach umowy firm konkurencyjnych. Postępowanie to w istocie swej zmierza do eliminacji określonych postanowień wzorców z obrotu i dostarczenia przedsiębiorcom oraz konsumentom informacji, jakiego rodzaju postanowienia wzorców są niedozwolone we współczesnej gospodarce rynkowej.

Wbrew skarżącej dokonana przez Sąd I instancji kontrola uwzględniała jej aspekt abstrakcyjny. Wywód apelacji w kierunku uzasadnienia sposobu rozumowania Sądu w tego typu sprawach (co do prowadzenia analizy możliwych stanów faktycznych z uwzględnieniem cech stosunku obligacyjnego, kryteriów wyodrębnienia stanów faktycznych, argumentacji na temat skutków użycia postanowienia abuzywnego), z odwołaniem się do poglądów wyrażonych w literaturze przedmiotu (str. 17 i nast.), ma wymiar nader teoretyczny, a jeśli nawet przystający do tej sprawy - to nie może być uznany za słuszną i skuteczną krytykę wydanego rozstrzygnięcia. Nie ma racji pozwana, gdy twierdzi, iż w motywach zaskarżonego wyroku zabrakło elementów, jakie zgodnie ze wskazaniem judykatury (wspomniana już uchwała Sądu Najwyższego czy orzecznictwo Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów), powinny zostać zamieszczone w uzasadnieniu wyroku i że w uzasadnieniu są tylko tezy ogólne. Brak akceptacji wydanego wyroku wywołał polemikę z motywami Sądu Okręgowego, a to oznacza podanie przez ten Sąd konkretnych tez, tyle że tylko takich, z którymi pozwana się nie zgadza.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego przeprowadzona przez Sąd I instancji kontrola „odrywa się od rzeczywistości”, a więc odrywa się od jednego stanu faktycznego a przez to też jest kontrolą abstrakcyjną wzorca umownego, nie zaś kontrolą incydentalną. Co do określonego stanu

faktycznego to należy mieć na względzie, iż trudno jest zupełnie stan ten pominąć czy w żaden sposób go nie dostrzegać, gdyż albo stanowi on asumpt do wystąpienia z pozwem albo może być potraktowany jako przykład. Skoro – co sugeruje sama apelująca – Sąd obowiązany jest dokonać projekcji wszystkich potencjalnie możliwych stanów faktycznych (a co – jak sama przyznaje – jest niewykonalne k. 257), to podawany stan faktyczny (tym bardziej że jest typowy), nie może zniknąć z pola widzenia.

W orzecznictwie (v. wyrok SN z dnia 19.03.2007 r., sygn. akt III SK 21/06 OSNP 2008/11-12/181) wskazuje się, iż ocena nieuczciwego charakteru postanowienia wzorca umownego w ramach kontroli abstrakcyjnej wymaga dokonania przez sąd weryfikacji "przyzwoitości" konkretnej klauzuli. Sąd powinien ustalić, jak wyglądałyby prawa lub obowiązki konsumenta w braku takiej klauzuli. Jeżeli konsument byłby w lepszej sytuacji, gdyby konkretnego postanowienia wzorca nie było, należy przyjąć, że ma ono charakter nieuczciwy. Natomiast w sytuacji, gdy nie jest możliwe stwierdzenie, w jaki sposób zakres praw i obowiązków stron w określonym obszarze normowany jest przez przepisy prawa, które znalazłyby zastosowanie w braku ocenianego postanowienia zaczerpniętego z wzorca, ocena uczciwego charakteru postanowienia wymaga odwołania się do opartego na dobrych obyczajach w gospodarce rynkowej wzorca zachowań przedsiębiorców, zrekonstruowanego z założeniem, że to konsument ma być głównym beneficjentem rywalizacji między przedsiębiorcami.

Przepisy kodeksu postępowania cywilnego (art. 479³⁶ kpc) wskazują na właściwość Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w "sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone", ale nie określają już przesłanek uznania postanowień wzorca za nieuczciwe. Także nie czynią tego przepisy kodeksu cywilnego, na co wskazuje literalna wykładnia

w szczególności art. 385¹ kc, który dotyczy postanowień umowy, a nie postanowień wzorca umownego. Powyższy stan nakazuje dokonanie rozszerzającej, funkcjonalnej wykładni art. 385¹ kc, w celu sformułowania materialnych kryteriów kwalifikacji postanowień wzorca jako nieuczciwych. Nieuzgodnione indywidualnie postanowienie umowy w rozumieniu art. 385¹ kc jest bowiem zaczerpnięte przez przedsiębiorcę z wzorca umownego (wyrok SN z dnia 11.10.2007 r. III SK 19/07 LEX nr 496411). Abstrakcyjna ocena postanowienia wzorca powinna zatem uwzględniać dwa kryteria wskazane w art. 385¹ kc: sprzeczność z dobrymi obyczajami oraz rażące naruszenie interesów konsumenta.

Należy przyznać rację pozwanej, która podnosi (czyniąc w tym względzie zarzut naruszenia art. 385³ pkt 17 kc), iż nie zachodzi domniemanie abuzywności postanowień wzorca umownego. Nie ma domniemania, że dane postanowienie jest niedozwolone, co skutkowałoby przerzuceniem na pozwaną ciężaru dowodu stanu odmiennego. Regulacja zawarta w art. 385³ kc, obejmująca katalog nieuczciwych postanowień umownych, stanowi odwzorowanie Załącznika do dyrektywy Rady Wspólnot Europejskich nr 93/13 z dnia 05.04.1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich. W myśli art. 3 ust. 3 dyrektywy nr 93/13 Załącznik zawiera przykładowy i niewyczerpujący wykaz warunków, które mogą być uznane za nieuczciwe. Wykaz stanowi tylko wskazówkę co do rodzaju postanowień, które mogą nasuwać zastrzeżenia z punktu widzenia ich niezgodności z interesami i uprawnieniami konsumentów. Kwalifikacja określonego postanowienia umowy, jak i wzorca umów, jako niedozwolonego, wymaga analizy z punktu widzenia przesłanek z art. 385¹ kc (wyrok SN z dnia 11.10.2007 r. III SK 19/07 LEX nr 496411). Przeniesiona na grunt prawa krajowego pod postacią omawianego art. 385³ kc treść Załącznika do dyrektywy

nie upoważnia do przyjmowania domniemania abuzywności postanowień umownych. W konsekwencji to na osobie, która żąda uznania postanowienia wzorca umownego za niedozwolone, spoczywa ciężar wykazania, iż kwestionowane postanowienie kształtuje prawa i obowiązki konsumenta w sposób rażąco naruszający jego interesy, a jednocześnie sprzeczny z dobrymi obyczajami.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego punktem wyjścia do oceny, czy przedmiotowe postanowienie jest niedozwolone, stanowi art. 57 ust. 6 ustawy z dnia 16.07.2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz. 1800, ze zm.), zgodnie z którym w przypadku zawarcia umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, w tym o zapewnienie przyłączenia do sieci, związanego z ulgą przyznaną abonentowi, roszczenie z tytułu jednostronnego rozwiązania umowy przez abonenta lub przez dostawcę usług z winy abonenta przed upływem terminu ustalonego w umowie nie może przekroczyć określonej w umowie równowartości ulgi przyznanej abonentowi. Świadomość powyższej normy, jako wyznacznika możliwych rozwiązań umownych - postanowień wzorców, przypisać należy samej pozwanej, a to chociażby na podstawie sprawy przeciwko S. S. o zapłatę (v. ksero pisma procesowego z dnia 06.11.2008 r. I C upr 509/08 - k. 150 akt nin. sprawy).

Za nieskuteczne uznać należy zarzuty naruszenia wskazywanych w apelacji przepisów prawa procesowego i materialnych, leżących u podstaw zaskarżonego rozstrzygnięcia. Sąd Okręgowy trafnie uznał, iż kwestionowane postanowienie ma charakter abuzywny, wypełnia bowiem dyspozycję art. 385¹ kc, ale też art. 385³ pkt 17 kc. Przedmiotowe postanowienie więc nie tylko nie opiera się przywołanej już kwalifikacji (a więc że kształtuje prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając

jego interesy), ale także poddaje się uszczegóławiającej odpowiedniej regulacji przewidującej abuzywność, gdyż nakłada na konsumenta, który nie wykonał zobowiązania lub odstąpił od umowy, obowiązek zapłaty rażąco wygórowanej kary umownej. Dokonywana przez Sąd ocena nie opiera się na konkretnych wyliczeniach, a na abstrakcyjnej weryfikacji „uczciwości” przedmiotowej klauzuli w stosunku do przeciętnego konsumenta, który zawarł umowę na świadczenie usług telekomunikacyjnych na warunkach zaproponowanych przez przedsiębiorcę.

Zastosowana przez Sąd Okręgowy linia rozumowania co do nieuczciwego charakteru postanowienia o karze umownej – zdaniem Sądu Apelacyjnego – nie nasuwa zastrzeżeń, stąd zarzut naruszenia art. 385³ pkt 17 w zw. z art. 483 kc uznać należy za chybiony. We wzorcu umownym przewidziano karę umowną, jako formę naprawienia szkody, na wypadek naruszenia przez abonenta zobowiązania polegającego na utrzymaniu aktywnej karty SIM w sieci ERA przez 24 pełnych cykli rozliczeniowych. Inaczej ujmując chodzi o zobowiązanie do realizacji umowy przez 24 kolejne miesiące – przez opłacanie przez 2 lata comiesięcznego abonamentu i ewentualnie dalszych opłat (po wykorzystaniu oferowanej, objętej abonamentem, usługi).

W ramach przedmiotowej oferty konsumentowi zagwarantowano: prawo nabycia telefonu po obniżonej (promocyjnej) cenie, obniżony koszt przyłączenia do sieci (aktywacji) oraz obniżony (promocyjny) abonament. W każdej pozycji wystąpiły ulgi (upusty), i one też zostały odzwierciedlone w umowie, także wartościowo. Należy mieć jednak na względzie, iż proste sumowanie wartości ulg nie zawsze może być oczywistym wyznacznikiem wysokości kary umownej.

Pozwana podaje, iż oczekuje od konsumenta wyłącznie wykonywania umowy przez 24 miesiące; zakłada (v. apelacja k. 248), że przyznane abonentowi upusty zostaną zrekompensowane przez dokonywane przez abonenta do końca obowiązywania umowy wpłaty abonamentowe. Jeśli strona ta twierdzi, iż ulgi w cenie telefonu, w koszcie przyłączenia i w samym abonamencie są „inwestycją w umowę”, „formą kredytowania” klienta, i jeśli umowa nie potrwa dwa lata (apelacja k. 248), to upusty będą oznaczać po stronie pozwanej stratę (szkodę), a z założenia wspomniane ulgi mają się zwrócić w czasie dwuletniego trwania umowy, to oczywistym jest, iż zwrot zwłaszcza ulg na cenie telefonu i na koszcie przyłączenia jest już w kalkulowany w opłaty abonamentowe, nawet jeśli mówi się o nich, że mają charakter promocyjny. Ewentualnie, zwrot ulg w cenie telefonu i w koszcie przyłączenia jest już w kalkulowany w opłaty abonamentowe oraz opłaty za usługi świadczone po wykorzystaniu oferty objętej abonamentem, bowiem często bywa też tak, iż przeciętny użytkownik telefonu zazwyczaj płaci co miesiąc wyższe rachunki niż tylko takie jakie mogą opierać się na samym abonamencie. Okazuje się, iż comiesięczne opłacanie abonamentu (w przypadku realizacji umowy zgodnie z założeniami pozwanej) już powoduje pomniejszanie przyznanych przy zawarciu co najmniej dwóch ulg, a więc pomniejszanie szkody przedsiębiorcy. Zatem nie ma żadnych podstaw (inaczej utrzymuje apelująca k. 248), aby do straty z tytułu nieutrzymywania przez konsumenta aktywnej karty doliczać wartość ulgi w cenie telefonu i w koszcie przyłączenia (aktywacji) i to doliczać wartość cały czas tę samą – przyjętą przy zawarciu umowy. Jeśli pozwana tak czyni, to powoduje dwukrotny zwrot przez konsumenta tej samej ulgi. Dlatego też przeprowadzona w odpowiedzi na pozew symulacja mająca wykazać porównywalność kary umownej do szkody (wynikającej z przyznanych ulg) po stronie pozwanej czy wykazująca wręcz zaniżenie kary umownej w

stosunku do tej szkody (v. k. 27) nie jest przekonywująca, zawiera już bowiem błąd na wstępie całej takiej kalkulacji, tj. stałość wartości „szkody” z tytułu ulgi w cenie telefonu i w koszcie przyłączenia przy wydłużającym się czasie trwania umowy.

Podsumowując, dla wykazania rażącego wygórowania przewidzianej we wzorcu kary umownej wystarczającym jest jej porównanie do straty z tytułu nieotrzymania abonamentu, który w promocji wynosi 25,00 zł, a z VAT-em: 30,50 zł, zatem rozwiązanie umowy do roku jej trwania może dać stratę maksymalnie do 732,00 zł, rozwiązanie umowy między 13 a 18 miesiącem jej trwania może dać stratę od 366,00 zł do 183,00 zł, rozwiązanie umowy między 18 a 24 miesiącem jej trwania może dać stratę maksymalnie 183,00 zł. Ale nie -odpowiednio - 900,00 zł, 720,00 zł czy 540,00 zł (tyle wynosi przewidziana we wzorcu kara umowna).

Gdyby przyjąć linię rozumowania pozwanej, a więc pomimo sukcesywnego rekompensowania opłatami abonamentowymi „strat” pozwanej z tytułu przyznanych trzech rodzajów ulg, doliczać przyznane dwa rodzaje upustów do istniejącej jeszcze (pozostałej) szkody (braku opłat abonamentowych), to trzeba zaznaczyć, że kara umowna jest uśredniona, a zapis o jej zastosowaniu – zuniwersalizowany czy zestandardyzowany. Jej wyliczenie oparte jest wyłącznie na przyjętej hipotetycznie (czy stypizowanej) cenie wyjściowej, która podlega ewentualnemu przeliczeniu w dół z uwagi na upływ czasu. Tymczasem różnorodność ulg (w cenie telefonu, w cenie przyłączenia i w cenie abonamentu) powoduje, iż w praktyce powstaje wiele rozmaitych stanów faktycznych, z których tylko część poddaje się właściwej relacji (współmierności) kary do poniesionej przez pozwaną szkody na wypadek wcześniejszego rozwiązania umowy.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego nie jest możliwym w takiej sytuacji stosowanie zuniwersalizowanego zapisu wzorca umownego o karze umownej, gdy w praktyce powstają wielorakie umowne stany faktyczne, zróżnicowane pod względem cenowym z uwagi na zastosowane ulgi i czas trwania umowy. Jeżeli konsument skorzystał w małych upustów to pozostaje obciążony faktycznie karą niewspółmierną do uzyskanej ulgi (odpowiednika szkody po stronie pozwanej), taki zaś stan rzeczy uznać należy za niedopuszczalny.

Sąd Okręgowy słusznie więc wskazał, iż wysokość kary umownej musi być współmierna do wysokości ponoszonej zwykle szkody; wysokość kary umownej, grożącej konsumentowi (obciążającej konsumenta) musi być współmierna do wysokości ponoszonej przez przedsiębiorcę szkody.

Nie może odnieść zamierzonego skutku zarzut wydania wyroku dotyczącego niedozwolonego charakteru postanowienia po upływie sześciu miesięcy od zaprzestania jego stosowania przez pozwanego.

Zgodnie z przepisem art. 6 kc dowód zaniechania stosowania zakwestionowanych wzorców umów winien obciążać pozwaną, jeżeli na tę okoliczność się powołuje. Pozwana takiego dowodu nie przedstawiła; dowodem tym nie może być zeznanie świadka. Nie ma wątpliwości co do tego, iż postanowienie, pochodzące z oferty promocyjnej „40/25 w taryfie Era Nowy Komfort” oraz „Wymiana telefonu – 24 cykle rozliczeniowe”, powielone w kolejnych wzorcach - funkcjonowało w stosunku do konsumentów także tuż po połowie 2008 r., za czym przemawia m. in. chociażby pochodzący z dnia 29.01.2009 r. wydruk cennika detalicznego (k. 51 i nast.), do pozycji którego pozwana odwoływała się w odpowiedzi na pozew, przedstawiając kalkulację współmierności kary umownej przewidzianej w kształcie, jaki zredagowano we wspomnianej pierwotnej ofercie. Tu nie chodzi, co wymaga zaznaczenia,

o stosowanie ofert zatytułowanych jak powyżej, a zastosowanie postanowienia - jako zamieszczonego we wzorcu kolejnym (kolejnej ofercie).

Sentencja wyroku jest właściwie sformułowana, podaje treść postanowienia abuzywnego. Zgodnie z art. 479⁴² § 1 kpc sentencja winna zawierać: 1) przytoczenie treści postanowienia wzorca, uznanego za niedozwolone, 2) zakaz wykorzystania postanowień wzorca (H. Dolecki, T. Wiśniewski, J. Iwulski, G. Jędrejek, I. Koper, G. Misiurek, P. Pogonowski, D. Zawistowski, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom II). Należy zgodzić się z poglądem, iż brak jest bezwzględnego wymogu "dosłownego przywołania klauzuli wzorca" przez powoda (A. Świstak, Abstrakcyjna kontrola..., s. 63 [w] H. Dolecki, T. Wiśniewski, J. Iwulski, G. Jędrejek, I. Koper, G. Misiurek, P. Pogonowski, D. Zawistowski, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom II). Identyczność treści postanowień należy rozumieć nie jako dokładnie takie samo brzmienie językowe, ale dokładnie taką samą treść, o czym przesądza użycie właśnie tego słowa w art. 479⁴² kpc. Językowy sposób wyrażenia treści niedozwolonego postanowienia jest w istocie bez większego znaczenia.

W nauce (M. Bednarek, E. Łętowska) podnosi się, że uzasadnienie wyroku powinno zawierać w szczególności przedstawienie kryteriów oceny i powodów, dla których sąd daną klauzulę uznał za niedozwoloną. W szczególności w uzasadnieniu musi nastąpić konkretyzacja klauzuli generalnej (art. 385¹ kc), która stanowi podstawę prawną rozstrzygnięcia.

Powyższym wymaganiom odpowiada zaskarżone rozstrzygnięcie, na jego podstawie - wbrew zarzutom apelacji - możliwym jest ustalenie, jakie postanowienie poddane zostało kontroli Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Reasumując Sąd II instancji oddalił apelację jako bezzasadną (art. 385 kpc).

Za zgodność z oryginałem

SĄD REJONOWY

Shim 90

Województwo Śląskie

