

Sygn. akt VI A Ca 1855/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 października 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Ewa Zalewska

Sędzia SA – Irena Piotrowska (spr.)

Sędzia SA – Jacek Sadowski

Protokolant: – sekr. sądowy Beata Pelikańska

po rozpoznaniu w dniu 26 września 2014 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa D. S. i Z. Ł.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o naruszenie zbiorowych interesów konsumentów i nałożenie kary pieniężnej

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z dnia 13 sierpnia 2013 r.

sygn. akt XVII AmA 53/11

I zmienia zaskarżony wyrok w punkcie pierwszym, w ten sposób, że nadaje mu następującą treść:

„zmienia zaskarżoną decyzję w punkcie IV, w ten sposób, że: nałożoną w punkcie 1A na D. S. karę pieniężną w wysokości 93.157 (dziewięćdziesiąt trzy tysiące sto pięćdziesiąt siedem) złotych obniża do kwoty 53.233 (pięćdziesiąt trzy tysiące dwieście trzydzieści trzy) złote oraz w punkcie 2A nałożoną na Z. Ł. karę pieniężną w wysokości 10. 350 (dziesięć tysięcy trzysta pięćdziesiąt) złotych obniża do kwoty 5. 916 (pięć tysięcy dziewięćset szesnaście) złotych;

II oddala apelację pozwanego w pozostałej części;

III oddala apelację powodów w całości;

IV zasądza od D. S. i Z. Ł. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów 270 (dwieście siedemdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI ACa 1855/13

UZASADNIENIE

Zaskarżoną decyzją z dnia 15 września 2009 r., numer (...), wydaną po przeprowadzeniu postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów przeciwko D. S. i Z. Ł. - współnikom prowadzącym

działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą (...) s.c. w W. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów(dalej Prezes Urzędu):

1. na podstawie art. 27 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej u.o.k.k.) w związku ze stosowaniem we wzorcach umów postanowień o treści:

A) „Strony zgodnie ustalają, że w przypadku zmiany powszechnie obowiązujących przepisów prawnych dotyczących zmiany stawek podatku od towarów i usług, w trakcie obowiązywania umowy, cena wyliczona w § 5 pkt 1, 2 ulegnie zmianie proporcjonalnie do skutków zmian podatku od towarów i usług, zgodnie z obowiązującym prawem” (§ 5 pkt 5a „Umowy realizacyjnej na sprzedaż lokalu mieszkalnego w budynku wielorodzinnym”),

B) „W przypadku wprowadzenia innych podatków i świadczeń publicznoprawnych o charakterze cenotwórczym, które są niezależne od woli stron, cena lokalu wzrośnie proporcjonalnie do wzrostu tych świadczeń i opłat” (§ 5 pkt 5b „Umowy realizacyjnej na sprzedaż lokalu mieszkalnego w budynku wielorodzinnym”),

C) „Inwestor nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie niniejszej umowy w określonym w niej terminie, z takich przyczyn jak: (...) decyzje władz (...). Decyzje właściwego Urzędu to decyzje wstrzymujące i opóźniające proces inwestycyjny, które są niezależne od Inwestora. (...)” (§ 8 pkt 5 „Umowy realizacyjnej na sprzedaż lokalu mieszkalnego w budynku wielorodzinnym”),

D) „(...) W przypadku niestawienia się kupującego we wskazanym terminie, Inwestor dokona samodzielnego odbioru technicznego lokalu” (§ 9 pkt 2 „Umowy realizacyjnej na sprzedaż lokalu mieszkalnego w budynku wielorodzinnym”),

E) „Strony uzgadniają, że w okresie 3 (trzech) lat od daty formalnego przekazania lokalu Kupującemu (...) administrację budynku będzie prowadzić Inwestor lub wskazany przez niego administrator. (...)” (§ 13 pkt 1 „Umowy realizacyjnej na sprzedaż lokalu mieszkalnego w budynku wielorodzinnym”),

F) „Ewentualne spory powstałe na tle obowiązywania niniejszej Umowy, Strony będą rozwiązywać w drodze negocjacji, a w przypadku braku porozumienia, poddadzą je rozstrzygnięciu przed sąd miejsca jej wykonania” (§ 16 „Umowy realizacyjnej na sprzedaż lokalu mieszkalnego w budynku wielorodzinnym”),

G) „Stawający zgodnie oświadczają, że: (...) zawarcie niniejszej umowy wyczerpuje wzajemne roszczenia stron wynikające z umowy realizacyjnej powołanej w § 3 niniejszego aktu z wyjątkiem przeniesienia własności udziału w nieruchomości stanowiącej lokal o innym niż mieszkanie przeznaczeniu, o którym mowa powyżej (§ 10 „Umowy ustanowienia odrębnej własności lokalu oraz jego sprzedaży”),

H) „Co do obowiązku zapłaty na rzecz Podmiotu Zarządzającego nieruchomością wspólną, kwoty_____ złotych miesięcznie (...) Stawający poddają się egzekucji wprost z tego aktu w trybie art. 777 § 1 pkt 4 k.p.c. (§ 11 pkt 4 „Umowy ustanowienia odrębnej własności lokalu oraz jego sprzedaży”), uznał, że ww. przedsiębiorcy stosowali praktykę, o jakiej mowa w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 1 powołanej ustawy i zaniechali jej stosowania w przypadku postanowień z punktów A-F z dniem 1 kwietnia 2009 r., zaś w przypadku postanowień z punktów G-H z dniem 24 sierpnia 2009 r.

2. na podstawie art. 26 ust. 1 u.o.k.k. w związku ze stosowaniem we wzorcach umów postanowień o treści:

A) „Inwestor zastrzega możliwość zmian powierzchni użytkowych, których dotyczy niniejsza umowa z przyczyn architektoniczno- konstrukcyjnych, co zostanie uwzględnione w ostatecznym rozliczeniu” (§ 3 pkt 1 „Umowy realizacyjnej na sprzedaż lokalu mieszkalnego w budynku wielorodzinnym”),

B) „Inwestor zastrzega sobie prawo wnoszenia w Projekcie budowlanym (nie dotyczy zmian przedmiotowego lokalu) i zagospodarowania terenu, bez zgody Kupującego (...)” (§ 3 pkt 3 „Umowy realizacyjnej na sprzedaż lokalu mieszkalnego w budynku wielorodzinnym”),

C) „W przypadku zwrotu pisma wysłanego do Kupującego na adres zamieszkania bądź na adres korespondencyjny podany w niniejszej umowie, z adnotacją „nie podjęte w terminie”, „adresat nieznan”, „adresat zmienił adres” lub inną równoznaczną, uznawać się będzie, że adresat został powiadomiony prawidłowo i prawnie skutecznie” (§ 10 pkt 1 „Umowy realizacyjnej na sprzedaż lokalu mieszkalnego w budynku wielorodzinnym”),

D) „Inwestor nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie niniejszej umowy w określonym w niej terminie, z takich przyczyn jak: (...) warunki atmosferyczne, (...) Warunki atmosferyczne, o których mowa w niniejszym punkcie, to warunki odbiegające w znaczny sposób od przeciętnych warunków występujących w Polsce w danym rejonie” (§ 8 pkt 5 „Umowy realizacyjnej na sprzedaż lokalu mieszkalnego w budynku wielorodzinnym”),

uznano, że stanowi to praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów i nakazano zaniechanie ich stosowania .

W punkcie III decyzji, na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego w zw. z art. 83 u.o.k.k. Prezes Urzędu umorzył jako bezprzedmiotowe postępowanie prowadzone przeciwko ww. przedsiębiorcom pod zarzutem stosowania praktyki określonej w art. 24 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 u.o.k.k, poprzez zamieszczenie w § 5 pkt 6 „Umowy realizacyjnej na sprzedaż lokalu mieszkalnego w budynku wielorodzinnym” postanowienia o treści: „W przypadku wzrostu cen materiałów budowlanych, powyżej 3%- wysokość każdej z rat (...) ulega podwyższeniu na dzień jej wymagalności (tj. uzgodnionego niniejszą umową terminu zakończenia właściwego dla danej płatności etapu budowy- załącznik Nr 2) stosownie do wskaźnika cen rynkowych, towarów i usług budowlanych publikowanych przez (...), w miesiącach poprzedzających wymagalność wpłaty. Podwyższenie naliczane będzie w stosunku do poziomu cen począwszy od dnia zawarcia niniejszej umowy”.

W punkcie IV ww. decyzji na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 u.o.k.k. Prezes Urzędu nałożył na D. S. kary pieniężne w pkt 1A w wysokości 93.157 złotych z tytułu naruszeń określonych w punkcie I sentencji niniejszej decyzji, w pkt 1B w wysokości 66.541 złotych z tytułu naruszeń określonych w punkcie II sentencji niniejszej decyzji za zapłatę, których odpowiada solidarnie z Z. Ł. i na Z. Ł. kary pieniężne w pkt 2A w wysokości 10.350 złotych z tytułu naruszeń określonych w punkcie I sentencji niniejszej decyzji oraz w punkcie 2B w wysokości 7.393 złotych z tytułu naruszeń określonych w punkcie II sentencji niniejszej decyzji za zapłatę, których odpowiada solidarnie z D. S..

Od powyższej decyzji powodowie: D. S. i Z. Ł. wnieśli odwołanie zaskarżając ją w części, to jest w zakresie pkt I,II i IV wnosząc o jej uchylenie względnie o jej zmianę w zakresie punktu IV i orzeczenie kary na podstawie przychodów osiągniętych przez skarżących w roku 2008. Powodowie wnieśli także o zasądzenie na ich rzecz kosztów postępowania. Zaskarżonej decyzji powodowie zarzucili:

1. naruszenie przepisów art. 7 k.p.a. w związku z art. 77 § 1 k.p.a. w związku z art. 83 u.o.k.k. oraz art. 24 ust. 2 u.o.k.k. poprzez brak wszechstronnego i wyczerpującego zbadania materiału dowodowego, a w konsekwencji sprzeczność poczynionych ustaleń z treścią zebranego materiału i przyjęcie, iż analizowane postanowienia umowne stanowią przykład zbiorowego naruszenia interesów konsumentów,
2. naruszenie przepisów art. 4 pkt 15 u.o.k.k. poprzez jego pominięcie i nie uwzględnienie, iż za przychód w rozumieniu u.o.k.k. uznaje się przychód osiągnięty w roku poprzedzającym wszczęcie postępowania.

W uzasadnieniu odwołania, odnośnie zarzutu z punktu 1 powodowie wskazali, że w przypadku postanowień:

- z punktu I A i B- nie naruszają one zbiorowych interesów konsumentów, gdyż prawdopodobieństwo rzeczywistych skutków cenotwórczych dla umów już zawartych jest znikome,
- z punktu I C- nie narusza ono zbiorowych interesów konsumentów z uwagi na brak tożsamości z postanowieniem wpisanym do rejestru klauzul niedozwolonych pod numerem 882, ponadto dotyczy sytuacji od powodów niezależnych, ale i niezawinionych,

- z punktu I D- nie narusza ono zbiorowych interesów konsumentów z uwagi na brak tożsamości z postanowieniami wpisanymi do rejestru klauzul niedozwolonych pod numerami 364 i 365, ponadto w żadnym fragmencie nie odnosi się do kwestii związanej z wyłączeniem odpowiedzialności, a także nie powoduje zwolnienia Inwestora od obowiązku usunięcia wszelkich wad i usterek,
- z punktu I E- nie narusza ono zbiorowych interesów konsumentów z uwagi na brak tożsamości z postanowieniem wpisanym do rejestru klauzul niedozwolonych pod numerem 863,
- z punktu I F- nie narusza ono zbiorowych interesów konsumentów z uwagi na brak tożsamości z postanowieniem wpisanym do rejestru klauzul niedozwolonych pod numerem 445,
- z punktu I G- nie narusza ono zbiorowych interesów konsumentów z uwagi na brak tożsamości z postanowieniem wpisanym do rejestru klauzul niedozwolonych pod numerem 1504, gdyż nie wyłącza roszczeń konsumentów związanych z ewentualnymi wadami czy usterkami ujawnionymi w trakcie używania, jak i nie stanowi formy zrzeczenia się tych uprawnień i nie potwierdza ich wygaśnięcia,
- z punktu I H- z uwagi na brak tożsamości z postanowieniem wpisanym do rejestru klauzul niedozwolonych pod numerem 1253, gdyż postanowienie stosowane przez powodów dotyczy tylko obowiązku zapłaty na rzecz Podmiotu Zarządzającego nieruchomością.

Wszystkie ww. postanowienia zostały przez powodów usunięte.

W odniesieniu zaś do postanowień:

- z punktu II A- jako tożsamego z klauzulą wpisaną w rejestrze pod numerem 227 powodowie wskazali, że dokonali zmiany owego postanowienia i nadali mu brzmienie:

„Strony zgodnie wspólnie ustalają, że Inwestor posiada możliwość zmian powierzchni podłogi których dotyczy niniejsza umowa (do 5% różnicy w powierzchni lokalu) z przyczyn architektoniczno- konstrukcyjnych, co zostanie uwzględnione w ostatecznym rozliczeniu, jednakże ewentualna zmiana wielkości powierzchni nie będzie miała wpływu na rozkład lokalu

W przypadku gdy różnica zmian powierzchni podłogi będzie wyższa niż 5% Kupującemu i Inwestorowi przysługuje prawo do odstąpienia od umowy, które powinno być złożone w terminie 14 dni od dnia otrzymania przez Kupującego powiadomienia o zmianie”

- z punktu II B- nie narusza ono zbiorowych interesów konsumentów z uwagi na brak tożsamości z postanowieniem wpisanym do rejestru klauzul niedozwolonych pod numerem 1470, a ponadto postanowienie to służy obu stronom umowy,
- z punktu II C- nie narusza ono zbiorowych interesów konsumentów z uwagi na brak tożsamości z postanowieniem wpisanym do rejestru klauzul niedozwolonych pod numerem 1500,
- z punktu II D- jako tożsamego z klauzulą wpisaną w rejestrze pod numerem 883 powodowie wskazali, że dokonali zmiany owego postanowienia i nadali mu brzmienie:

„Inwestor nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie niniejszej umowy w określonym w niej terminie z takich przyczyn jak: siła wyższa (...) strajki, trzęsienie ziemi, powódź, tornado, trąba powietrzna oraz temperatury znacznie przekraczające średnie danej pory roku w danym regionie kraju, na którym znajduje się omawiana inwestycja, umożliwiające poprawne jej wykonanie, zgodnie z obowiązującym prawem w tym zakresie, a zwłaszcza budowlanym) niedopełnienie warunków niniejszej umowy przez Kupującego z przyczyn niezależnych od Inwestora”

Powodowie wnieśli również o zmianę rozstrzygnięcia w zakresie wymierzonej kary i oparcie jej na danych dotyczących przychodów skarżących za rok 2008, które kształtowały się odpowiednio:

- dla D. S.- 381.513,43 złotych,

- dla Z. Ł.- 42.390,38 złotych.

Zdaniem powodów kara nałożona przez Prezesa UOKiK powinna być oparta na przychodzie osiągniętym przez powodów za rok 2008 r. zgodnie z art. 106 u.o.k.k. w związku z art. 4 pkt 15 u.o.k.k., powodowie podkreślili również, że w sposób aktywny współpracowali z Organem, przychylali się do sygnalizowanych przez niego rozwiązań oraz pomimo istnienia ww. zapisów nie uzyskiwali jakichkolwiek korzyści finansowych z tego tytułu, ponieważ z nich nie korzystali.

W odpowiedzi na odwołanie, Prezes Urzędu wniósł o oddalenie odwołania oraz o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zmienił zaskarżoną decyzję w punkcie IV w ten sposób, że uchylił pkt.1.A oraz 2.A i odstąpił od nałożenia kary pieniężnej; oddalił odwołanie w pozostałym zakresie oraz zniósł wzajemnie między stronami koszty procesu.

W motywach tego rozstrzygnięcia wskazano na następujące ustalenia faktyczne i ich ocenę prawną.

Powodowie - D. S. i Z. Ł. prowadzą działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą (...) s.c. w W. w zakresie świadczenia usług deweloperskich. W ramach prowadzonej działalności powodowie wykorzystują wzorce umowy o nazwie:

- „Umowa realizacyjna na sprzedaż lokalu mieszkalnego w budynku wielorodzinnym”,
- „Umowa ustanowienia odrębnej własności lokalu oraz jego sprzedaży”.

Prezes Urzędu postanowieniem numer (...) z dnia 11 marca 2009 r. wszczął postępowanie przeciwko ww. przedsiębiorcom pod zarzutem stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów polegających na stosowaniu postanowień wzorców umów, które zostały wpisane do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone, o którym mowa w art. 479⁽⁴⁵⁾ u.o.k.k. równocześnie zawiadomił Z. Ł. i D. S. o wszczęciu tego postępowania administracyjnego i wezwał ich do przedstawienia stosownej dokumentacji. W piśmie z dnia 2 kwietnia 2009 r. powodowie przedłożyli stosowane wzorce umowne oraz poinformowali, że łączna liczba umów sprzedaży lokali mieszkalnych zawartych w oparciu o stosowany wzorzec umowny wynosi 180.

W olejnych pismach (z dnia 11 sierpnia 2009 r. ,z dnia 30 grudnia 2009 r.) powodowie wykonali wszystkie nałożone na nich przez Prezesa Urzędu obowiązki i złożyli obszerne wyjaśnienia.

Zdaniem Sądu Okręgowego – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów odwołanie zasługiwało uwzględnienie w części, natomiast w pozostałym zakresie należało je oddalić. Wskazano, że zgodnie z przepisem art. 24 ust. 1 i 2 u.o.k.k. zakazane jest stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Art. 24 ust. 2 pkt 1 cytowanej ustawy stanowi, że przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działanie przedsiębiorcy, w szczególności stosowanie postanowień wzorców umów, które zostały wpisane do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone, o którym mowa w art. 479⁴⁵ k.p.c.

Odnosząc się do wysuwanych przez powodów zarzutów naruszenia przez Prezesa Urzędu przepisów w toku postępowania administracyjnego podniesiono, że nie mogły one odnieść skutku, bowiem zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie poglądem Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie może ograniczyć rozpoznania sprawy z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu tylko do funkcji sprawdzającej prawidłowość postępowania administracyjnego, które poprzedza postępowania sądowe. Podkreślono, że celem tego postępowania nie jest przeprowadzenie

kontroli postępowania administracyjnego, ale merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy, której przedmiotem jest spór między stronami powstający dopiero po wydaniu decyzji przez Prezesa Urzędu. Zaznaczono, że postępowanie sądowe jest postępowaniem kontrydiktoryjnym, w którym uwzględnia się materiał dowodowy zebrany w postępowaniu administracyjnym, co nie pozbawia jednak stron możliwości zgłoszenia nowych twierdzeń faktycznych i nowych dowodów, według zasad obowiązujących w postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych. Sąd antymonopolowy jest sądem cywilnym i prowadzi sprawę cywilną, wszczętą w wyniku wniesienia odwołania od decyzji Prezesa Urzędu według reguł kontrydiktoryjnego postępowania cywilnego, a nie sądem legalności decyzji administracyjnej, jak to czynią sądy administracyjne w postępowaniu sądowo-administracyjnym.

Sąd pierwszej instancji uznał, iż wszystkie wskazane w zaskarżonej decyzji postanowienia wzorców umów są tożsame z treścią postanowień uznanych za niedozwolone i wpisanych do rejestru, o którym mowa w art. 479⁴⁵ § 2 k.p.c. Podano, że umieszczenie przez powodów postanowień, których treść jest tożsama z treścią postanowień wpisanych do rejestru, we wzorcach umownych zawieranych w stosunkach z konsumentami- jednoznacznie wskazuje, iż stosują oni (zaś w przypadku postanowień z punktów IA- H stosowali oni) praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów.

Przechodząc do oceny bezprawności poszczególnych postanowień wskazanych w zaskarżonej decyzji Sąd Okręgowy zważył, iż:

- klauzule z punktu IA i IB decyzji Prezesa Urzędu o treści (odpowiednio):

„Strony zgodnie ustalają, że w przypadku zmiany powszechnie obowiązujących przepisów prawnych dotyczących zmiany stawek podatku od towarów i usług, w trakcie obowiązywania umowy, cena wyliczona w § 5 pkt 1, 2 ulegnie zmianie proporcjonalnie do skutków zmian podatku od towarów i usług, zgodnie z obowiązującym prawem” (§ 5 pkt 5a „Umowy realizacyjnej na sprzedaż lokalu mieszkalnego w budynku wielorodzinnym”),

„W przypadku wprowadzenia innych podatków i świadczeń publicznoprawnych o charakterze cenotwórczym, które są niezależne od woli stron, cena lokalu wzrośnie proporcjonalnie do wzrostu tych świadczeń i opłat” (§ 5 pkt 5b „Umowy realizacyjnej na sprzedaż lokalu mieszkalnego w budynku wielorodzinnym”), są tożsame z klauzulą wpisaną do Rejestru postanowień uznanych za niedozwolone pod pozycją 1386, o treści „Strony oświadczają, że ustalona pomiędzy nimi cena przedmiotu umowy uwzględnia obecnie obowiązujące stawki podatku VAT od sprzedaży lokali, wobec czego gdyby stawki te uległy zmianie, cena przedmiotu umowy ulegnie zmianie proporcjonalnie do zmiany stawek podatku VAT. Ponadto, w przypadku wprowadzenia lub zmian stawek innych podatków lub danin publicznoprawnych o charakterze cenotwórczym, a związanych z budownictwem, ewentualny wzrost ceny z tego tytułu pokryje Nabywca”, są tożsame z klauzulą wpisaną do Rejestru postanowień uznanych za niedozwolone pod pozycją 1386 o treści „Strony oświadczają, że ustalona pomiędzy nimi cena przedmiotu umowy uwzględnia obecnie obowiązujące stawki podatku VAT od sprzedaży lokali, wobec czego gdyby stawki te uległy zmianie, cena przedmiotu umowy ulegnie zmianie proporcjonalnie do zmiany stawek podatku VAT. Ponadto, w przypadku wprowadzenia lub zmian stawek innych podatków lub danin publicznoprawnych o charakterze cenotwórczym, a związanych z budownictwem, ewentualny wzrost ceny z tego tytułu pokryje Nabywca”, albowiem podobnie jak zakwestionowany przez Prezesa Urzędu zapis, przewiduje uprawnienie kontrahenta konsumenta do określenia lub podwyższenia ceny po zawarciu umowy bez przyznania konsumentowi prawa odstąpienia od umowy, tym samym spełnia przesłanki z art. 385³ pkt 20 k.c. Uznano, że postanowienie to przewiduje możliwość ustalenia cen lokalu po zawarciu umowy przez przedsiębiorcę, nie uprawniając konsumenta w takim przypadku do odstąpienia od umowy co zaburza równowagę kontraktową stron. Zaznaczono, że wzrost cen jest sytuacją niezależną i niezawinioną przez obie strony umowy, również sytuacja ta jest niezależna od konsumentów, zaś w przypadku tak istotnej kwestii jak zakup mieszkania zmiana podatku czy innych danin publicznych nawet o jeden procent może skutkować wzrostem ceny nawet o kilka, czy kilkanaście tysięcy złotych. Konsument powinien mieć wówczas możliwość odstąpienia od umowy.

- klauzula z punktu I C o treści „Inwestor nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie niniejszej umowy w określonym w niej terminie, z takich przyczyn jak: (...) decyzje władz (...). Decyzje właściwego Urzędu to decyzje wstrzymujące i opóźniające proces inwestycyjny, które są niezależne od Inwestora. (...)” (§ 8 pkt 5 „Umowy

realizacyjnej na sprzedaż lokalu mieszkalnego w budynku wielorodzinnym”), jest tożsama z klauzulą wpisaną do Rejestru postanowień uznanych za niedozwolone pod pozycją 882, o treści „Opóźnienia wywołane decyzjami administracyjnymi lub ich brakiem, w wyniku zmiany przepisów oraz innych niezależnych od sprzedającego przeszkód spowodują odpowiednie przesunięcie terminów rozpoczęcia budowy i oddania przedmiotu budowy kupującemu”, gdyż wyłącza lub istotnie ogranicza odpowiedzialność względem konsumenta za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Wyliczone w tym postanowieniu przesłanki wyłączenia odpowiedzialności pozwalają przedsiębiorcom na nieograniczone opóźnienie w realizacji zawartej z konsumentem umowy, spowodowane co prawda niezależnymi od przedsiębiorców przesłankami, ale zarówno tymi zawinionymi, jak i niezawinionymi. Uznano, że postanowienie to jest zbyt ogólne, obejmuje ono swym zasięgiem również sytuacje, w których decyzje zostały wydane na skutek zaniedbań ze strony przedsiębiorcy.

- odnośniedoklauzuli z punktu I D o treści„(...) W przypadku niestawienia się kupującego we wskazanym terminie, Inwestor dokona samodzielnego odbioru technicznego lokalu” (§ 9 pkt 2 „Umowy realizacyjnej na sprzedaż lokalu mieszkalnego w budynku wielorodzinnym”) Sąd pierwszej instancji uznał za tożsame z klauzulami wpisanymi do Rejestru postanowień uznanych za niedozwolone pod pozycją 364 o treści „W razie niestawiennictwa Kupującego w wyznaczonym terminie przekazania Sprzedający dokona samodzielnego odbioru przedmiotu umowy i będzie to jednoznaczne z wykonaniem przez Sprzedającego umowy w tym zakresie. Strony zgodnie ustalają, że w takim przypadku Sprzedający upoważniony jest do wystawienia odpowiedniej faktury” oraz pod pozycją 365 o treści „W sytuacji określonej w art. 6 tego paragrafu jednostronny protokół sporządzony przez sprzedającego zastępuje protokół odbioru” z uwagi na to, że przynajmniej powodowi przysługuje prawo do sporządzenia jednostronnie, pod nieobecność konsumentów protokołu odbioru lokalu i uznania tak sporządzonego protokołu odbioru za równoważny z tym podpisanym przez obie strony. Podano, że postanowienie stosowane przez powodów, jak również postanowienie wpisane do rejestru, wskazywało na niestawienie się kupującego we wskazanym terminie, niezależnie od tego czy niestawiennictwo to było od konsumenta zawinione czy też nie i w tym też zakresie należy uznać je za tożsame.

- odnośnie do klauzuli z punktu I E o treści „Strony uzgadniają, że w okresie 3 (trzech) lat od daty formalnego przekazania lokalu Kupującemu (...) administrację budynku będzie prowadzić Inwestor lub wskazany przez niego administrator. (...)” (§ 13 pkt 1 „Umowy realizacyjnej na sprzedaż lokalu mieszkalnego w budynku wielorodzinnym”) Sąd Okręgowy uznał za tożsame z klauzulą wpisaną do Rejestru postanowień uznanych za niedozwolone pod pozycją 366 o treści „Sprzedający zobowiązuje się prowadzić odpłatnie, na koszt mieszkańców i z ich upoważnienia, administrację budynku przez 36 miesięcy od daty przekazania budynku do eksploatacji. Kupujący podpisując niniejszą Umowę upoważnia Sprzedającego do powyższych czynności. Po upływie tego terminu sposób administracji zostanie ustalony przez Właścicieli mieszkań w trybie wynikającym z ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali (Dz. U. Nr 85, poz.388)”, z uwagi na to że pozbawia konsumenta wpływu na wybór administratora budynku. Wskazano, że zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali właściciele lokali mogą w umowie o ustanowieniu odrębnej własności lokali albo w umowie zawartej później w formie aktu notarialnego określić sposób zarządu nieruchomością wspólną, a w szczególności mogą powierzyć zarząd osobie fizycznej albo prawnej. Uznano, że powodowie stosując zakwestionowane postanowienie naruszyli przysługujące konsumentom (mieszkańcom) prawo do ustanowienia zarządu i wyboru zarządcy. Pozbawia ono również konsumentów prawa wpływu na wysokość przysługującego zarządcy wynagrodzenia.

- w odniesieniu do postanowienia z punktu I F o treści „Ewentualne spory powstałe na tle obowiązywania niniejszej Umowy, Strony będą rozwiązywać w drodze negocjacji, a w przypadku braku porozumienia, poddadzą je rozstrzygnięciu przed sądem miejsca jej wykonania” (§ 16 „Umowy realizacyjnej na sprzedaż lokalu mieszkalnego w budynku wielorodzinnym”), Sąd Okręgowy uznał, że jest ono tożsame z klauzulą wpisaną do Rejestru postanowień uznanych za niedozwolone pod pozycją 445 o treści „Sądem właściwym dla rozpoznania sporów powstałych na tle niniejszej umowy jest sąd miejsca wykonania umowy”. Podano, że zgodnie z art. 46 § 1 k.p.c. „strony mogą umówić się na piśmie o poddanie sądowi pierwszej instancji, który według ustawy nie jest miejscowo właściwy, sporu już wynikłego lub sporów mogących w przyszłości wyniknąć z oznaczonego stosunku prawnego. Analizując tożsamość

obydwu klauzul wskazano, że obydwie klauzule jednostronnie określają właściwość sądu. Brak jest więc przesłanki woli obu stron.

- w odniesieniu do postanowienia z punktu I G o treści „Stawający zgodnie oświadczają, że: (...) zawarcie niniejszej umowy wyczerpuje wzajemne roszczenia stron wynikające z umowy realizacyjnej powołanej w § 3 niniejszego aktu z wyjątkiem przeniesienia własności udziału w nieruchomości stanowiącej lokal o innym niż mieszkanie przeznaczeniu, o którym mowa powyżej (§ 10 „Umowy ustanowienia odrębnej własności lokalu oraz jego sprzedaży”) Sąd pierwszej instancji uznał, że jest ono tożsame z klauzulą wpisaną do Rejestru postanowień uznanych za niedozwolone pod pozycją 1504 o treści „Strony zgodnie oświadczają, że rozliczenie z tytułu umowy sprzedaży dokumentowanej niniejszym aktem notarialnym pomiędzy Spółka a kupującymi zostały dokonane, a zatem wszelkie wzajemne roszczenia wynikające z łącznego ich stosunku uznaje się za zaspokojone i wygasłe”, gdyż wyłącza lub istotnie ogranicza odpowiedzialność względem konsumenta za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. W ocenie tego Sądu obydwa postanowienia w identyczny sposób, pozbawiają konsumenta prawa do dochodzenia roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Postanowienia te przerzucają na konsumentów ciężar odpowiedzialności z tytułu zobowiązań związanych z prowadzoną przez powodów działalnością. Ponadto postanowienie to przyznaje powodowi uprawnienie do stwierdzenia zgodności świadczenia z umową, całkowicie pomijając w tym zakresie zdanie konsumenta, który jest przecież odbiorcą lokalu.

- w odniesieniu do postanowienia z punktu I H o treści „Co do obowiązku zapłaty na rzecz Podmiotu Zarządzającego nieruchomością wspólną, kwoty _____ złotych miesięcznie (...) Stawający poddają się egzekucji wprost z tego aktu w trybie art. 777 § 1 pkt 4 k.p.c. (§ 11 pkt 4 „Umowy ustanowienia odrębnej własności lokalu oraz jego sprzedaży”) Sąd Okręgowy uznał, że jest ono tożsame z klauzulą wpisaną do Rejestru postanowień uznanych za niedozwolone pod pozycją 1253 o treści „Co do terminowego wykonania przyjętych na siebie obowiązków strony poddają się rygorowi egzekucji wprost z tego aktu po myśli art. 777 kodeksu postępowania cywilnego”, gdyż obydwa postanowienia godzą w równowagę kontraktową stron stosunku prawnego, albowiem nie przewidują podobnych uprawnień zastrzeżonych na rzecz konsumentów. Postanowienia te ukształtowane jednostronnie nie oddają woli obydwu stron.

- w odniesieniu do postanowienia z punktu II A o treści „Inwestor zastrzega możliwość zmian powierzchni użytkowych, których dotyczy niniejsza umowa z przyczyn architektoniczno- konstrukcyjnych, co zostanie uwzględnione w ostatecznym rozliczeniu” (§ 3 pkt 1 „Umowy realizacyjnej na sprzedaż lokalu mieszkalnego w budynku wielorodzinnym”), Sąd pierwszej instancji uznał, że jest ono tożsame z klauzulą wpisaną do Rejestru postanowień uznanych za niedozwolone pod pozycją 227 o treści „W przypadku zmiany powierzchni lokalu wynikającej z inwentaryzacji powykonawczej, cena ulegnie zmianie o wartość wynikającą z pomnożenia różnicy w powierzchni lokalu przez cenę jednego metra kwadratowego ustaloną w umowie”, gdyż podobnie jak zakwestionowany zapis, przewiduje uprawnienie kontrahenta konsumenta do określenia lub podwyższenia ceny po zawarciu umowy bez przyznania konsumentowi prawa odstąpienia od umowy. Analizując tożsamość obydwu klauzul, Sąd ten uznał że prowadzą one do sytuacji, gdy konsument zobowiązany jest do zaakceptowania faktu, iż powierzchnia zakupionego lokalu różni się od powierzchni przewidzianej w umowie, a tym samym może powstać po stronie konsumenta obowiązek wykonania dopłaty w „ostatecznym rozliczeniu”. Wskazano również że konsument w momencie podpisywania umowy nie jest w stanie oszacować całkowitych kosztów związanych z zakupem lokalu. Ponadto każda zmiana powierzchni lokalu, zarówno taka, która wiąże się z dopłatą jak taka, która powoduje zmniejszenie metrażu jest narusza prawa konsumenta.

- w odniesieniu do postanowienia z punktu II B o treści „Inwestor zastrzega sobie prawo wnoszenia w Projekcie budowlanym (nie dotyczy zmian przedmiotowego lokalu) i zagospodarowania terenu, bez zgody Kupującego (...)” (§ 3 pkt 3 „Umowy realizacyjnej na sprzedaż lokalu mieszkalnego w budynku wielorodzinnym”), Sąd Okręgowy uznał, że jest ono tożsame z klauzulą wpisaną do Rejestru postanowień uznanych za niedozwolone pod pozycją 1470 o treści „ (...) zastrzega sobie prawo dokonywania jednostronnych, a koniecznych zmian w dokumentacji projektowej Budynku”, gdyż przewidują wyłącznie dla kontrahenta konsumenta jednostronne uprawnienie do zmiany bez ważnych przyczyn, istotnych cech świadczenia, zatem spełniają przesłanki z art. 385⁽³⁾ pkt 19 k.c. W ocenie tego

Sądu obydwie klauzule powodują, że konsument nie ma realnego wpływu na dokonywane zmiany. Ponadto w obydwu przypadkach przedsiębiorcy „zastrzegają sobie” prawo, a więc czynią to bez potrzeby uzyskania zgody konsumenta, znacząco osłabiając jego pozycję w ramach łączącego strony stosunku prawnego. Również w obydwu przypadkach mamy do czynienia ze zmianami projektu budowlanego i chociaż klauzule te nie dotyczą bezpośrednio konkretnego lokalu mieszkalnego, bądź niektórych tylko lokali to zmiana projektu budowlanego odnosi się również do lokali mieszkalnych i w znacznym stopniu wpływa na warunki umowy.

- w odniesieniu do postanowienia z punktu II C o treści „W przypadku zwrotu pisma wysłanego do Kupującego na adres zamieszkania bądź na adres korespondencyjny podany w niniejszej umowie, z adnotacją „nie podjęte w terminie”, „adresat nieznan”, „adresat zmienił adres” lub inną równoznaczną, uznawać się będzie, że adresat został powiadomiony prawidłowo i prawnie skutecznie” (§ 10 pkt 1 „Umowy realizacyjnej na sprzedaż lokalu mieszkalnego w budynku wielorodzinnym”), Sąd pierwszej instancji uznał, że jest ono tożsame z klauzulą wpisaną do Rejestru postanowień uznanych za niedozwolone pod pozycją 1500 o treści „W przypadku zwrotu pisma wysłanego na adres podany na wstępie niniejszej umowy bądź na adres korespondencyjny podany przez Nabywcę na piśmie z adnotacją: „nie podjęte w terminie”, „adresat nieznan”, „adresat zmienił adres” lub inną równoznaczną uznawać się będzie, że adresat został powiadomiony prawidłowo i prawnie skutecznie”, gdyż przyznają one kontrahentowi konsumenta uprawnienie do dokonywania wiążącej interpretacji umowy, zatem spełniają przesłanki z art. 385³ pkt 9 k.c. W ocenie Sądu tego zarówno zakwestionowane postanowienie umowne, jak i postanowienie wpisane do rejestru w jednakowy sposób zastrzegają przedsiębiorcom prawo do uznawania skuteczności doręczenia korespondencji konsumentom. Postanowienia te w sposób jednoznaczny zastrzegają takie prawo przedsiębiorcom, nie uwzględniając jednak okoliczności niezależnych i niezawinionych od konsumentów, takich jak chociażby pobyt w szpitalu przez co narażają konsumentów na negatywne skutki związane z niepodjęciem korespondencji, a ponadto zwalniają przedsiębiorcę od wszelkiej odpowiedzialności.

- odnośnie do postanowienia z punktu II D o treści „Inwestor nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie niniejszej umowy w określonym w niej terminie, z takich przyczyn jak: (...) warunki atmosferyczne, (...) Warunki atmosferyczne, o których mowa w niniejszym punkcie, to warunki odbiegające w znaczny sposób od przeciętnych warunków występujących w Polsce w danym rejonie” (§ 8 pkt 5 „Umowy realizacyjnej na sprzedaż lokalu mieszkalnego w budynku wielorodzinnym”), Sąd Okręgowy uznał, że jest ono tożsame z klauzulą wpisaną do Rejestru postanowień uznanych za niedozwolone pod pozycją 883 o treści „W przypadku wystąpienia w trakcie realizacji budowy niekorzystnych warunków atmosferycznych takich jak np. niskie temperatury poniżej -5 stopni C, ulewne deszcze trwające przez co najmniej 30 dni lub też wystąpienia innych podobnych i niezależnych od Sprzedającego przeszkód. Sprzedający zastrzega sobie prawo do przedłużenia terminów, o których mowa w ust. 1 o czas trwania tych przeszkód, nie dłużej niż o 3 miesiące”, gdyż wyłącza one lub istotnie ograniczają odpowiedzialność względem konsumenta za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Analizując obydwie klauzule pod względem ich tożsamości uznano, że pomimo różnicy w treści przewidują ten sam skutek, a więc wyłączenie odpowiedzialności przedsiębiorcy ze względu na warunki atmosferyczne. Wskazano, że pojęcie siły wyższej należy rozumieć (zgodnie z wyrokiem SN z 9 kwietnia 1952 r., CR 962/51, OSN 1954, poz. 2; wyrokiem SN z 7 lutego 1953 r. I C 60/53, OSN 1954, poz. 35 i wyrokiem SN z 9 lipca 1962 r., I CR 34/62, OSNCP 1963, nr 11, poz. 262) jako zdarzenie zewnętrzne, niemożliwe do przewidzenia, a także niemożliwe do zapobieżenia nie tyle samemu zjawisku, ile szkodliwym jego następstwom przy zastosowaniu współczesnej techniki. Istotne jest, aby zdarzenie to spełniało łącznie wszystkie trzy przesłanki. Jest to więc zdarzenie niezależne zarówno od przedsiębiorcy jak i od konsumenta. Zważono, że zgodnie z art. 471 k.c. „dłużnik jest obowiązany do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi”. Dłużnik może się uwolnić od odpowiedzialności, jeśli wykaze, że wykonał zobowiązanie, albo że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło nie z jego winy. Zaznaczono, że powodowie stosując zakwestionowane postanowienie jednostronnie wyłączyli swoją odpowiedzialność, bez konieczności wykazania przesłanek z art. 471 k.c.

Odnosząc się do zarzutu powodów, jakoby postanowienia z punktu II A i II D zostały przez nich zmienione, wobec czego ewentualne ustalenie Organu winno odnosić się do aktualnego brzmienia Sąd Okręgowy uznał, że prowadzone przez Prezesa Urzędu postępowanie dotyczyło postanowień o treści sprzed dokonanej przez powodów zmiany. Podkreślono, że powodowie nie wykazali aby w istocie zaprzestali stosowania tych postanowień. Sama zmiana ich treści nie eliminuje ich z obrotu. Uznano, że były one nadal stosowane przez powodów.

Co do zarzutu powodów, iż nałożona na nich kara pieniężna oparta winna być na osiągniętym przez nich przychodzie w roku 2008, a nie w roku 2009 Sąd Okręgowy wskazał, że zgodnie z art. 106 u.o.k.k. Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę w drodze decyzji karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, a więc z uwzględnieniem przychodu osiągniętego za rok poprzedzający nałożenie kary. Podano, że nie ma tu zastosowania przywołany przez powodów art. 4 pkt 15 ww. ustawy zawierający definicję przychodu przyjętą na potrzeby ustawy. Wskazano, że przepis art. 106 u.o.k.k. zawiera w kwestii kar unormowanie kompletne, wyczerpujące i nie wymaga odnoszenia się do definicji legalnej zawartej w ustawie. Skoro decyzja o nałożeniu kary została wydana w dniu 15 września 2009 r. to zasadnie podstawą do obliczenia wysokości kary był przychód osiągnięty przez powodów w roku 2008 r.

W punkcie I zaskarżonego wyroku Sąd Okręgowy zmienił decyzję w zakresie punktu IV w ten sposób, że uchylił punkt IA i 2A i odstąpił od nałożenia kary pieniężnej uznając nałożone przez Prezesa Urzędu kary pieniężne z tytułu naruszeń określonych w punkcie I sentencji skarżonej decyzji za niesłuszne. Podkreślono, że Prezes Urzędu wydając decyzję o nałożeniu kary działa w ramach tzw. uznania administracyjnego, powinien kierować się zasadą równości i proporcjonalności. Zaznaczono, iż kary nakładane powinny być w szczególności wówczas, gdy na skutek stosowania praktyki odniesione zostały korzyści finansowe, z powodu zaś rozproszenia podmiotów poszkodowanych tymi praktykami mało prawdopodobne jest wystąpienie przez nie z roszczeniami odszkodowawczymi. Kara powinna pozostawać we właściwej proporcji do potencjału ekonomicznego sprawcy oraz korzyści, jakie osiągnął lub zamierzał osiągnąć. Podano, że w niektórych przypadkach zasada proporcjonalności może uzasadniać także odstąpienie od nakładania kary pieniężnej na przedsiębiorcę - mimo dopuszczenia się przezeń zachowań wymienionych w art. 106 ust. 1 u.o.k.k. - zwłaszcza jeśli okoliczności sprawy przemawiać będą za nienakładaniem kary pieniężnej. Sąd Okręgowy odstąpił od nałożenia na powodów kary pieniężnej w części - z uwagi na to, że zaniechali oni stosowania zarzuczanych im praktyk na rok przed wydaniem decyzji, jak również z tego względu, że w toku postępowania przed Prezesem Urzędu podjęli współpracę, udzielając niezbędnych informacji, przesyłając dokumenty oraz podejmując próbę zmiany treści zakwestionowanych postanowień i kierując się przy tym udzielonymi im wytycznymi. Uznano, że cele kontroli dokonywanej przez Prezesa Urzędu w zakresie tych postanowień zostały już osiągnięte i dlatego nakładanie kary pieniężnej nie jest konieczne - w odróżnieniu od postanowień, które powodowie stosowali nadal mimo trwającego postępowania.

O kosztach procesu orzeczono na podstawie art. 100 zd. 1 k.p.c.

Apelacje od tego wyroku złożyły obie strony.

Powodowie zaskarżyli wyrok w części dotyczącej rozstrzygnięcia zawartego w pkt II zaskarżonego wyroku i podnieśli następujące zarzuty:

I. naruszenia przepisów prawa materialnego, a to: - art. 24 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku (Dz. U. z 2007 r., Nr 50, poz. 331 ze zm.), (zwana dalej „u.o.k.i.k.”) w związku z art. 385⁵ pkt 20 k.c. - poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i tym samym nieuprawnione przyjęcie, że postanowienie umowne, o którym mowa w punkcie II A decyzji jest tożsame z klauzulą wpisaną do Rejestru postanowień uznanych za niedozwolone pod pozycją 227; - art. 24 ust. 2 u.o.k.i.k. w zw. z art. 385³ pkt 19 k.c. - poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i tym samym nieuprawnione przyjęcie, że postanowienie umowne, o którym mowa w punkcie II B decyzji jest tożsame z klauzulą wpisaną do Rejestru postanowień uznanych za niedozwolone pod pozycją 1470 - art. 24 ust. 2 u.o.k.i.k. w zw. z art. 385³ pkt 9 k.c. - poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i tym samym nieuprawnione przyjęcie, że postanowienie umowne, o którym mowa w punkcie II C decyzji

jest tożsame z klauzulą wpisaną do Rejestru postanowień uznanych za niedozwolone pod pozycją 1500; - art. 24 ust. 2 u.o.k.i.k. w zw. z art. 385³ pkt 2 k.c. - poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i tym samym nieuprawnione przyjęcie, że postanowienie umowne, o którym mowa w punkcie II D decyzji jest tożsame z klauzulą wpisaną do Rejestru postanowień uznanych za niedozwolone pod pozycją 883; - art. 106 § 1 u.o.k.i.k. w z.w. z art. 4 pkt 15 u.o.k.i.k., art. 104 u.o.k.i.k. i art. 7 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej - poprzez ich błędną wykładnię i tym samym przyjęcie, że prowadzenie przez Prezesa Urzędu postępowania z przekroczeniem wszelkich ustawowych terminów nie ma wpływu na podstawę naliczania kar pieniężnych;

II. naruszenie przepisów prawa procesowego - art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 229 k.p.c. - poprzez dokonanie błędnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego i tym samym niezrozumiałe przyjęcie, że skarżący nie wykazali zaprzestania stosowania postanowień, o których mowa w punkcie II A i II D decyzji, mimo że okoliczność ta została przyznana przez Prezesa Urzędu;

Wskazując na powyższe zarzuty powodowie wnieśli o zmianę zaskarżonego wyroku w części objętej zaskarżeniem poprzez uchylenie decyzji w zakresie punktu II oraz punktu IV l.B i IV 2.B; ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku w części objętej zaskarżeniem poprzez uchylenie w zakresie punktu IV l.B i IV 2.B i odstąpienie od nałożenia kary pieniężnej; w każdym przypadku wniesiono o zasądzenie od pozwanego solidarnie na rzecz powodów zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych

Pozwany Prezes Urzędu zaskarżył wyrok w części, tj. w zakresie pkt. I co do zmiany decyzji w zakresie kary oraz w zakresie pkt. III wyroku i podniósł następujące zarzuty:

1. naruszenie prawa procesowego mające wpływ na rozstrzygnięcie, a to: - art. 233 § 1 k.p.c., polegające na braku wszechstronnego i kompletnego rozważenia materiału dowodowego i błędnym przyjęciu, iż Prezes Urzędu nie uwzględnił w wystarczającym stopniu jako okoliczności łagodzącej faktu, że przedsiębiorcy zaniechali stosowania praktyki w trakcie trwania postępowania administracyjnego; - art. 328 § 2 k.p.c. poprzez nieprzytoczenie w uzasadnieniu wyroku podstawy faktycznej, na jakiej zostało oparte rozstrzygnięcie o uchyleniu w całości kary pieniężnej nałożonej w pkt. IV. 1.A i IV.2.A zaskarżonej decyzji;

2. naruszenie prawa materialnego, a to: - art. 106 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 111 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów wskutek uznania, że zaniechanie stosowania praktyki w trakcie trwania postępowania administracyjnego uzasadnia odstąpienie od nałożenia kary pieniężnej, - art. 106 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wskutek uznania, iż działania podejmowane przez powodów w toku postępowania administracyjnego polegające na udzielaniu Prezesowi Urzędu niezbędnych informacji i dokumentów uzasadniają odstąpienie od nałożenia na nich kary pieniężnej; - art. 106 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wskutek uznania, iż jedyną funkcją kary pieniężnej jest przymuszenie przedsiębiorcy do zaniechania stwierdzonej praktyki i pominięcie faktu, że kara ta pełni również funkcję represyjną, prewencyjną i wychowawczą.

Wskazując na powyższe zarzuty pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w części, tj. pkt. I poprzez oddalenie odwołania również w tym zakresie oraz w pkt. III poprzez zasądzenie od powodów na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje:

Apelacja powodów nie jest zasadna i dlatego nie zasługiwała na uwzględnienie.

Apelacja pozwanego jako częściowo uzasadniona musiała odnieść skutek.

Ustalenia faktyczne poczynione w sprawie Sąd Apelacyjny w pełni podziela i przyjmuje za podstawę dla własnych rozważań.

Podniesione w apelacji powodów zarzuty naruszenia prawa materialnego nie są zasadne z następujących przyczyn.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 „u.o.k.i.k.” w związku z art. 385⁵ pkt 20 k.c. -poprzez nieuprawnione przyjęcie, że postanowienie umowne, o którym mowa w punkcie II A decyzji o treści „Inwestor zastrzega możliwość zmian powierzchni użytkowych, których dotyczy niniejsza umowa z przyczyn architektoniczno- konstrukcyjnych, co zostanie uwzględnione w ostatecznym rozliczeniu” (§ 3 pkt 1 „Umowy realizacyjnej na sprzedaż lokalu mieszkalnego w budynku wielorodzinnym”), są jest tożsame z klauzulą wpisaną do Rejestru postanowień uznanych za niedozwolone pod pozycją 227 nie mógł odnieść skutku. Podana w uzasadnieniu tego zarzutu argumentacja ,że ani Prezes Urzędu ,ani Sąd Okręgowy w ogóle nie dokonali analizy wpływu powyższego postanowienia na realizację przedmiotu umowy w praktyce - nie jest trafna. Niewątpliwie treść tej klauzul jest taka sama , jak treść klauzuli wpisanej do Rejestru pod poz.227 , a zatem stosowanie jej w obrocie z konsumentami stanowi niedozwoloną praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów. Normy regulujące przebieg procesu inwestycyjnego określone w ustawie z dnia 7 lipca 1994r. – prawo budowlane nie mają bezpośredniego zastosowania dla oceny tożsamości wskazanych wyżej klauzul , zaś istnienie rękojmi za wady fizyczne nie eliminuje ich abuzywnego charakteru.

Także zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 u.o.k.i.k. w zw. z art. 385³ pkt 19 k.c. poprzez nieuprawnione przyjęcie, że postanowienie umowne, o którym mowa w punkcie II B decyzji o treści : „Inwestor zastrzega sobie prawo wnoszenia w Projekcie budowlanym (nie dotyczy zmian przedmiotowego lokalu) i zagospodarowania terenu, bez zgody Kupującego (...)” (§ 3 pkt 3 „Umowy realizacyjnej na sprzedaż lokalu mieszkalnego w budynku wielorodzinnym”) jest tożsame z klauzulą wpisaną do Rejestru postanowień uznanych za niedozwolone pod pozycją 1470 nie jest zasadny. Twierdzenia powodów , że w odróżnieniu od klauzuli niedozwolonej postanowienie przez nich stosowane nie dotyczy lokali mieszkalnych, a co zatem idzie istotnych cech świadczenia , tylko dotyczy części budynku w zakresie niedotyczącym lokalu są nieuprawnione. Po pierwsze ustalenia stron co do projektu budynku i zagospodarowania przestrzennego także stanowią istotne cechy świadczenia , a po drugie także postanowienie umieszczone w Rejestrze pod poz.1470 odnosi się do zmian w dokumentacji projektowej budynku, a zatem abuzywność tego postanowienia obejmuje dokonywanie przez przedsiębiorcę jednostronnych zmian w projekcie całego budynku a nie tylko w projekcie nabywanego lokalu.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 u.o.k.i.k. w zw. z art. 385³ pkt 9 k.c. poprzez nieuprawnione przyjęcie, że postanowienie umowne, o którym mowa w punkcie II C decyzji o treści: „W przypadku zwrotu pisma wysłanego do Kupującego na adres zamieszkania bądź na adres korespondencyjny podany w niniejszej umowie, z adnotacją „nie podjęte w terminie”, „adresat nieznany”, „adresat zmienił adres” lub inną równoznaczną, uznawać się będzie, że adresat został powiadomiony prawidłowo i prawnie skutecznie” (§ 10 pkt 1 „Umowy realizacyjnej na sprzedaż lokalu mieszkalnego w budynku wielorodzinnym”) jest tożsame z klauzulą wpisaną do Rejestru postanowień uznanych za niedozwolone pod pozycją 1500 również nie zasługuje na uwzględnienie. Wbrew zarzutom skarżących postanowienie to ma niemal identyczna treść , jak klauzula wpisana do rejestru pod poz.1500. Należy pamiętać, że zapis przewidujący swoiste domniemanie doręczenia zastępczego przesyłek kierowanych przez przedsiębiorcę do konsumenta nie jest wynikiem negocjacji stron umowy ale narzucony zostaje konsumentowi jednostronnie przez przedsiębiorcę we wzorcu umowy. Dlatego - zawarta w uzasadnieniu apelacji powodów argumentacja , iż umowa regulująca długotrwały proces budowlany powinna przewidywać pewne postanowienia dyscyplinujące strony – nie jest trafna .Po pierwsze domniemanie to jest tylko w interesie przedsiębiorcy(brak równowagi), a po drugie nie jest wynikiem uzgodnień stron. Narzucenie konsumentowi we wzorcu umowy zasad doręczeń stosowanych w postępowaniach sądowych jest z całą pewnością nieuprawnione.

Nie jest także zasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 u.o.k.i.k. w zw. z art. 385³ pkt 2 k.c. - poprzez nieuprawnione przyjęcie, że postanowienie umowne, o którym mowa w punkcie II D decyzji o treści : „Inwestor nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie niniejszej umowy w określonym w niej terminie, z takich przyczyn jak: (...) warunki atmosferyczne, (...) Warunki atmosferyczne, o których mowa w niniejszym punkcie, to warunki odbiegające w znaczny sposób od przeciętnych warunków występujących w Polsce w danym rejonie” (§ 8 pkt 5 „Umowy realizacyjnej na sprzedaż lokalu mieszkalnego w budynku wielorodzinnym”) jest tożsame z klauzulą wpisaną do Rejestru postanowień uznanych za niedozwolone pod pozycją 883;

Prawidłowe są wnioski Sądu pierwszej instancji, który analizując obydwie klauzule pod względem ich tożsamości uznał, że pomimo różnicy w treści przewidują one ten sam skutek, a więc wyłączenie odpowiedzialności przedsiębiorcy ze względu na warunki atmosferyczne. Zasadnie zważono, że zgodnie z art. 471 k.c. „dłużnik jest obowiązany do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi”. Dłużnik może się uwolnić od odpowiedzialności, jeśli wykaze, że wykonał zobowiązanie, albo że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło nie z jego winy. Tymczasem powodowie stosując zakwestionowane postanowienie jednostronnie wyłączyli swoją odpowiedzialność, bez konieczności wykazania przesłanek z art. 471 k.c. a przecież powoływanie się na niesprzyjające warunki atmosferyczne nie może całkowicie eliminować odpowiedzialności przedsiębiorców.

Co do zarzutu naruszenia art. 106 § 1 u.o.k.i.k. w zw. z art. 4 pkt 15 u.o.k.i.k., art. 104 u.o.k.i.k. i art. 7 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej - poprzez ich błędną wykładnię i przyjęcie, że prowadzenie przez Prezesa Urzędu postępowania z przekroczeniem wszelkich ustawowych terminów nie ma wpływu na podstawę naliczania kar pieniężnych Sąd Apelacyjny stwierdza, że nie mógł on odnieść skutku.

Prawidłowo Sąd Okręgowy wskazał, że zgodnie z art. 106 u.o.k. i k. Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę w drodze decyzji karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Trafnie podano, że nie ma tu zastosowania przywołany przez powodów art. 4 pkt 15 ww. ustawy zawierający definicję przychodu przyjętą na potrzeby ustawy. Przepis art. 106 u.o.k.k. zawiera w kwestii kar unormowanie wyczerpujące i nie wymaga odnoszenia się do definicji legalnej zawartej w ustawie. Podnoszona przez powodów przewlekłość postępowania administracyjnego nie miała wpływu na wysokość wymierzonej kary, w zwłaszcza na przyjęcie za podstawę do obliczenia wysokości kary przychodu za 2009 r. Podkreślenia wymaga, że co prawda postępowania administracyjne przez Prezesem Urzędu zostało wszczęte w dniu 11 marca 2009r., jednak w sierpniu 2009r. zgłoszone zostały dodatkowe zarzuty i poszerzono zakres prowadzonego postępowania. W tej sytuacji usprawiedliwione było przekroczenie roku 2009r w toku prowadzonego postępowania. Skoro decyzja o nałożeniu kary została wydana w 2009 r. to zasadnie podstawą do obliczenia wysokości kary był przychód osiągnięty przez powodów w roku 2008 r. Określone w u.o.k.i.k terminy zakończenia postępowań administracyjnych mają charakter instrukcyjny, a ich przekroczenie przez organ nie podważa prawidłowości wydanych w tych sprawach rozstrzygnięć. Nie jest zadaniem niniejszego Sądu dokonywanie oceny, czy postępowanie to winno być się toczyć aż do 15 września 2010r. Ustalenie to nie ma znaczenia w tej sprawie.

Zarzut naruszenia przepisów prawa procesowego - art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 229 k.p.c. - poprzez dokonanie błędnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego poprzez przyjęcie, że skarżący nie wykazali zaprzestania stosowania postanowień, o których mowa w punkcie II A i II D decyzji, mimo że okoliczność ta została przyznana przez Prezesa Urzędu - nie jest zasadny. Istotnie Prezes Urzędu przyznał, że przedsiębiorcy zmodyfikowali treść wymienionych wyżej postanowień w stosowanych wzorcach umownych. Wbrew zarzutom powodów fakt ten został także ustalony przez Sąd Okręgowy. Powodowie nie wykazali jednak, że zmiany te wprowadzili do umów już zawartych, a przede wszystkim wprowadzone zmiany nie wyeliminowały abuzywnego charakteru kwestionowanych postanowień.

Z tych wszystkich przyczyn apelacja powodów nie mogła odnieść skutku i dlatego została oddalona.

Apelacja pozwanego zasługiwała na częściowe uwzględnienie.

Podniesione w niej zarzuty naruszenia prawa procesowego i materialnego musiały doprowadzić do zmiany zaskarżonego wyroku.

Trafnym okazał się zarzut naruszenia art. 106 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 111 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów wskutek uznania, że zaniechanie stosowania praktyki w trakcie trwania postępowania administracyjnego pieniężnej oraz że działania podejmowane przez powodów w toku postępowania

administracyjnego polegające na udzielaniu Prezesowi Urzędu niezbędnych informacji i dokumentów uzasadniają odstąpienie od nałożenia na nich kary pieniężnej; a nadto wskutek uznania, iż jedyną funkcją kary pieniężnej jest przymuszenie przedsiębiorcy do zaniechania stwierdzonej praktyki i pominięcie faktu, że kara ta pełni również funkcję represyjną, prewencyjną i wychowawczą.

Zgodnie art. 106 ust. 1 u.o.k. i .k. Prezes Urzędu może nałożyć karę pieniężną. Prezes Urzędu wydając decyzję o nałożeniu kary pieniężnej, działa zatem w ramach uznania administracyjnego, co oczywiście nie jest równoznaczne z dowolnością. W tym zakresie powinien on kierować się zasadą równości i proporcjonalności, jak również kryteriami określonymi w art. 111 u.o.k. i k. . Prawidłowo wskazuje Sąd Okręgowy, że kary nakładane powinny być w szczególności wówczas, gdy na skutek stosowania praktyki odniesione zostały korzyści finansowe, z powodu zaś rozproszenia podmiotów poszkodowanych tymi praktykami mało prawdopodobne jest wystąpienie przez nie z roszczeniami odszkodowawczymi. Pogląd ten znajduje swe potwierdzenie w orzecznictwie, w którym uznano, iż kara (za stosowanie praktyk antykonkurencyjnych) powinna pozostawać we właściwej proporcji do potencjału ekonomicznego sprawcy oraz korzyści, jakie osiągnął lub zamierzał osiągnąć. W niektórych przypadkach zasada proporcjonalności może uzasadniać także odstąpienie od nakładania kary pieniężnej na przedsiębiorcę - mimo dopuszczenia się przezeń zachowań wymienionych w art. 106 ust. 1 u.o.k. i k. - zwłaszcza jeśli okoliczności sprawy (np. niewielki zakres naruszenia, krótki okres jego trwania, brak istotnego naruszenia konkurencji wskutek naruszenia przepisów ustawy, brak winy naruszydciela) przemawiają bądź za obniżeniem bądź nawet nienakładaniem kary pieniężnej.

Decyzja co do tego, czy nałożyć karę na przedsiębiorcę w trybie art. 106 u.o.k.i k., jak i co do tego, w jakiej wysokości ją nałożyć, leży w sferze uznania administracyjnego . Uznanie administracyjne nie oznacza dowolności w wymierzaniu kar - uzasadnienie każdej decyzji nakładającej karę powinno zawierać wskazanie, dlaczego kara została nałożona i co zdecydowało o jej wysokości, wraz z dokładnym wskazaniem okoliczności obciążających i łagodzących .

Przy określaniu wysokości kary pieniężnej Prezes Urzędu powinien kierować się wytycznymi zawartymi w art. 111 u.o.k. i k.

Przepis ten zawiera cztery kryteria wymiaru kary, a mianowicie:

- 1 - okres naruszenia przepisów ustawy,
- 2 - stopień naruszenia przepisów ustawy,
- 3 - uprzednie naruszenie przepisów ustawy oraz
- 4 - okoliczności naruszenia przepisów ustawy.

Kryterium okoliczności naruszenia przepisów ustawy jest dość ogólne, pozwalając na objęcie jego zakresem większej ilości zdarzeń i czynników, które miały miejsce w związku z naruszeniem przez przedsiębiorcę regulacji ustawy antymonopolowej. Poszczególne okoliczności mogą przemawiać albo za zaostrzeniem kary, albo też mogą mieć charakter okoliczności łagodzących.

Kierując się poglądami wyrażonymi w orzecznictwie, za "okoliczności naruszenia przepisów ustawy" uznać można w szczególności:

- stopień zawinienia; pamiętać jednak należy, iż przepisy ustawy antymonopolowej nie uzależniają wymierzenia kary od istnienia winy subiektywnej, polegającej na świadomości wykonywania praktyk antykonkurencyjnych, jakkolwiek fakt, czy dopuszczenie się tych praktyk nastąpiło w sposób zawiniony czy też "nieumyślnie", stanowi okoliczność, która jest uwzględniana w zakresie wymiaru kary (w tym ustalaniu jej wysokości);
- brak kierowania się przez podmiot stosujący praktykę antykonkurencyjną niskimi pobudkami (np. chęcią maksymalizacji swych zysków kosztem innych uczestników rynku);
- korzyści finansowe, jakie naruszydciela uzyskał wskutek stosowania praktyki antykonkurencyjnej;
- stopień naruszenia interesu publicznego; - skutki naruszenia przepisów ustawy.

Za łagodzące okoliczności naruszenia prawa konkurencji uznaje się:

- dostarczenie przez dane przedsiębiorstwo dowodu, że położyło ono kres naruszaniu przepisów po pierwszej interwencji; - dostarczenie przez dane przedsiębiorstwo dowodu, że naruszenie przepisów spowodowane było zaniechaniem ; - dostarczenie przez dane przedsiębiorstwo dowodu, że jego udział w naruszeniu przepisów jest zasadniczo ograniczony ; - aktywną współpracę danego przedsiębiorstwa z Prezesem Urzędu, wskazana współpraca powinna wykraczać poza zakres określony art.50 u.o.k.i k.

W przedmiotowej sprawie Prezes Urzędu dokonując ustalenia wymiaru kar pieniężnych za stwierdzone w pkt.I decyzji stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów zważył , że postanowienia z punktów A-F stosowane były od maja 2007r. do 1 kwietnia 2009r. , a więc przez około dwa lata , natomiast postanowienia z punktów G i H od 4 czerwca do 24 sierpnia 2009r. czyli ponad dwa miesiące. Trafnie za okoliczność mającą wpływ na wymiar kary Prezes Urzędu uznał okoliczność ,że przedsiębiorcy zaniechali stosowania zarzuczanych im praktyk już w początkowym stadium prowadzonego postępowania .Istotnie jest to okoliczność łagodząca dająca podstawę do znacznego obniżenia kar , jednak jak słusznie podniesiono w apelacji pozwanego, nie powinno to prowadzić do całkowitego odstąpienia od ich nakładania. W przekonaniu Sądu Apelacyjnego odstąpienia od nałożenia kary pieniężnej nie może uzasadniać także fakt podejmowania przez powodów w toku postępowania administracyjnego działań polegających na udzielaniu Prezesowi Urzędu niezbędnych informacji i dokumentów. Wykonywanie tych obowiązków stanowi regułę tego postępowania obowiązująca przedsiębiorców na podstawie art.50 u.o.k. i k.

Kary pieniężne nakładane na podstawie przepisów u.o.k. i k. pełnią funkcję represyjną , prewencyjną oraz funkcję wychowawczą. Odstąpienie od nałożenia kary pieniężnej , mimo stwierdzenia znacznej wagi naruszenia (stosowano osiem niedozwolonych klauzul w tym sześć z nich przez okres prawie dwóch lat)) mogłoby prowadzić do utrwalenia błędnego przekonania , że przedsiębiorca może bezkarnie stosować zakazane praktyki pod tym tylko warunkiem , że po wszczęciu przeciwko niemu postępowania w sprawie naruszenia zbiorowych interesów konsumentów wycofa się z ich stosowania i udzieli Prezesowi Urzędu wszelkich niezbędnych informacji i dokumentów.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego waga naruszeń wynikających ze stosowania ośmiu niedozwolonych postanowień umowy uzasadniał nałożenie na przedsiębiorców kary pieniężnej na poziomie 0,4% przychodu osiągniętego w 2009r. Zachowanie powodów prezentowane już po wszczęciu postępowania administracyjnego, a to: szybkie zaniechanie stosowania niedozwolonych klauzul oraz rzeczowa i solidna współpraca z Prezesem Urzędu w toku tego postępowania daje podstawę – przy uwzględnieniu zasady proporcjonalności do obniżenia wymiaru tych kar a nie do odstępowania od ich wymierzenia. Opisane okoliczności łagodzące uzasadniają obniżenie wysokości nałożonych na powodów kar pieniężnych za naruszenia opisane w punkcie I decyzji o 60%, a nie o 30% jak to uczynił Prezes Urzędu w zaskarżonej decyzji.

W świetle powyższego apelacja pozwanego odniosła częściowo skutek bowiem doprowadziła do zmiany zaskarżonego wyroku i odpowiedniego obniżenia nałożonych na powodów w punkcie IV 1 A i 2 A decyzji kar pieniężnych w miejsce całkowitego odstąpienia od ich nakładania .

Mając to wszystko na uwadze na podstawie art.386 §1 k.p.c. i art.385 k.p.c. orzeczono , jak na wstępie.

O kosztach postępowania apelacyjnego postanowiono zgodnie z art.98 k.p.c. w związku z art.108§1 k.p.c. – stosownie do zasady finansowej odpowiedzialności stron za wynik procesu uwzględniając fakt , że apelacja powodów została oddalona w całości.