

Sygn. akt VI ACa 1083/10

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 marca 2011 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący-Sędzia SA Krystyna Karolus-Franczyk

Sędzia SA Anna Orłowska

Sędzia SA Agata Zając (spr.)

Protokolant sekretarz sądowy Karolina Kulibska-Janusz

po rozpoznaniu w dniu 23 marca 2011 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) S.A. w Z.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o naruszenie zbiorowych interesów konsumentów i nałożenie kary pieniężnej

na skutek apelacji powoda

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

z dnia 21 kwietnia 2010 r. r. sygn. akt XVII AmA 53/09

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że nadaje mu następująca treść:

„1. zmienia decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 28 listopada 2008 r. nr (...) w punkcie I w ten sposób, że nie uznaje za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów działania (...) S.A. z siedzibą w Z. polegającego na stosowaniu we wzorcach umów postanowień o treści „§ 5 ust. 5 „Cena określona w niniejszym paragrafie jest ceną całkowitą za przedmiot umowy i może ulec zmianie wyłącznie w następujących wypadkach: a) wystąpienia różnicy rzeczywistego pomiaru powierzchni zgodnie z § 3 ust. 1 w stosunku do odpowiednich wymiarów powierzchni wskazanych w § 2 ust. 1; (...) c) w przypadkach opisanych w ust. 4 powyżej.” oraz w punkcie II w ten sposób, że nałożoną karę pieniężną obniża z kwoty 1 680 003 (jeden milion sześćset osiemdziesiąt trzy) zł do kwoty 1 008 002 (jeden milion osiem tysięcy dwa) zł;

2. w pozostałym zakresie odwołanie oddala;

3. znosi wzajemnie między stronami koszty postępowania.”;

II. w pozostałym zakresie apelację oddala;

III. znosi wzajemnie między stronami koszty postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI ACa 1083/10

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia z 28 listopada 2008 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

I. uznał za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, o której

mowa w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów działania (...) S.A. polegające na stosowaniu we wzorcach umów:

- (...), (...), (...), „Osiedle (...)”, (...), (...), (...)

§ 7 ust. 2 o treści: „Strony ustalają, że cena podlega zwiększeniu w oparciu o „wskaźnik” cen produkcji budowlano-montażowej GUS (wskaźnik wyliczony miesiąc do miesiąca) począwszy od dnia zawarcia umowy, licząc od kwoty jaka pozostała do zapłaty do pełnej wartości umowy. W przypadku, gdy w analogicznym okresie wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych GUS będzie wyższy niż wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej GUS wówczas cena zostanie zwaloryzowana według wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych GUS. Cena wskazana w par. 5 ust. 1 będzie waloryzowana miesięcznie według zasad określonych w niniejszym ustępie, nie dłużej niż do terminu wskazanego w § 6 ust. 1. Kwotę waloryzacji nabywca zobowiązuje się wpłacić nie później niż przed odbiorem lokalu. Spółka poinformuje nabywcę o wysokości kwoty waloryzacji.”

- (...), (...), (...)

§ 5 ust. 4(1) o treści: „Strony ustalają, iż cena podlega zwiększeniu w oparciu o „wskaźnik” cen produkcji budowlano-montażowej GUS (wskaźnik wyliczony miesiąc do miesiąca) począwszy od dnia zawarcia umowy, licząc od kwoty jaka pozostała do zapłaty do pełnej wartości umowy. W przypadku, gdy w analogicznym okresie wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych GUS będzie wyższy niż wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej GUS wówczas cena zostanie zwaloryzowana według wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych GUS. Cena wskazana w § 5 ust. 1 będzie waloryzowana miesięcznie według zasad określonych w niniejszym ustępie, nie dłużej niż do terminu wskazanego w § 6 ust. 1 z zastrzeżeniem § 6 ust. 4. Kwotę waloryzacji nabywca zobowiązuje się wpłacić w ciągu 14 dni po uzyskaniu pisemnych wezwań Spółki. Wezwania Spółki następować będą w terminach 45 dni po osiągnięciu poszczególnych zdarzeń wymienionych ust. 6 n/n §. Kwota waloryzacji za zdarzenie określone w pkt 1 i 2 ust. 6 n/n § wymagana będzie po zdarzeniu określonym w pkt 3 ust. 6 n/n §. Nabywca może zapłacić waloryzację do dnia odbioru lokalu. W takim wypadku kwota waloryzacji powiększona będzie o odsetki ustawowe pomniejszone o 3 punkty procentowe, liczone od dnia wymagalności każdej z kwot waloryzacji do dnia zapłaty.”

oraz § 5 ust. 4 (2 PROGRAM) o treści: „Strony ustalają, iż cena podlega zwiększeniu w oparciu o „wskaźnik” cen produkcji budowlano-montażowej GUS (wskaźnik wyliczony miesiąc do miesiąca) począwszy od dnia zawarcia umowy, licząc od kwoty jaka pozostała do zapłaty do pełnej wartości umowy. W przypadku, gdy w analogicznym okresie wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych GUS będzie wyższy niż wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej GUS wówczas cena zostanie zwaloryzowana według wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych GUS. Cena wskazana w par. 5 ust. 1 będzie waloryzowana miesięcznie według zasad określonych w niniejszym ustępie, nie dłużej niż do terminu wskazanego w § 6 ust. 1. Kwotę waloryzacji nabywca zobowiązuje się wpłacić nie później niż przed odbiorem lokalu. Spółka poinformuje nabywcę o wysokości kwoty waloryzacji.”

i § 5 ust. 5 o treści: „Cena określona w niniejszym paragrafie jest ceną całkowitą za przedmiot umowy i może ulec zmianie wyłącznie w następujących wypadkach: a) wystąpienia różnicy rzeczywistego pomiaru powierzchni zgodnie z § 3 ust. 1 w stosunku do odpowiednich wymiarów powierzchni wskazanych w § 2 ust. 1; (...) c) w przypadkach opisanych w ust. 4 powyżej.”

- „Przedwstępna umowa sprzedaży Nr..”

§ 5 ust. 4 o treści: „Strony ustalają, iż cena podlega zwiększeniu w oparciu o „wskaźnik” cen produkcji budowlano-montażowej GUS (wskaźnik wyliczony miesiąc do miesiąca), nie więcej niż o 0,25% miesięcznie, począwszy od dnia zawarcia umowy, licząc od kwoty jaka pozostała do zapłaty do pełnej wartości umowy. Cena wskazana w par. 5 ust. 1 będzie waloryzowana miesięcznie według zasad określonych w niniejszym ustępie, nie dłużej niż do terminu wskazanego w § 6 ust. 1. Kwotę waloryzacji nabywca zobowiązuje się wpłacić nie później niż przed odbiorem lokalu. Spółka poinformuje nabywcę o wysokości kwoty waloryzacji. Aktualnie informacje odnośnie wysokości wskaźnika GUS znajdują się na stronie internetowej –(...)

i § 5 ust. 5 o treści: „Cena określona w niniejszym paragrafie jest ceną całkowitą za przedmiot umowy i może ulec zmianie wyłącznie w następujących wypadkach: a) wystąpienia różnicy rzeczywistego pomiaru powierzchni zgodnie z § 3 ust. 1 w stosunku do odpowiednich wymiarów powierzchni wskazanych w § 2 ust. 1; (...) c) w przypadkach opisanych w ust. 4 powyżej.”

jako postanowień wpisanych do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone i nakazuje zaniechanie jej stosowania.

II. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy okiik nałożył na Spółkę karę

pieniężną w wysokości 1 680 003 zł

zaś w pozostałych punktach, które nie były objęte odwołaniem

W uzasadnieniu decyzji Prezes UOKiK wskazał, że:

- Spółka (...) S.A. zawiera umowy przedwstępne sprzedaży lokali mieszkalnych z wykorzystaniem wzorców umów zawierających wskazane w decyzji postanowienia

- w Rejestrze zamieszczono następujące klauzule:

„Koszty budowy 1 m² powierzchni całkowitej może się zmienić w zależności od wzrostu czynników cenotwórczych i budowlanych mających wpływ na treść budowy” (poz. 284)

„Po wpłaceniu przez nabywcę wszystkich rat wynikających z harmonogramu, a także po wykonaniu inwentaryzacji powykonawczej, (...) dokona korekty ceny wymienionej w ust. 1, a następnie ją zwaloryzuje. Waloryzacja dokonana będzie z zastosowaniem publikowanych przez GUS wskaźników zmian cen (publikacja GUS pt. „Ceny robót budowlano-montażowych i obiektów budowlanych”, tablica 2 „Wskaźniki cen niektórych budynków i budowli”, symbol (...), Budynki o dwu mieszkaniach i wielomieszkaniowe”) w stosunku do poziomu cen określonego w ust. 1 i uwzględniać będzie terminy w wielkość dokonanych wpłat. Wpłaty podlegają waloryzacji do dnia faktycznej zapłaty. Waloryzacja będzie uwzględniona w rozliczeniu końcowym, jeżeli wzrost skorygowanej ceny przekroczy 1% jej wartości wyjściowej” (poz. 1385)

„W wypadku zmiany powierzchni lokalu wynikającej z inwentaryzacji powykonawczej, cena ulegnie zmianie o wartość wynikającą z pomnożenia różnicy w powierzchni lokalu przez cenę jednego metra kwadratowego ustalona w umowie” (poz. 227).

- powyższe postanowienia zostały uznane za niedozwolone z uwagi na fakt, że przewidują waloryzację ceny lokalu po zawarciu umowy z konsumentem bez przyznania mu prawa do odstąpienia od umowy z powodu wzrostu ceny

- także postanowienia stosowane przez Spółkę przewidują możliwość podwyższenia ceny lokalu po zawarciu umowy z wykorzystaniem wskaźnika waloryzacji, bez jednoczesnego przyznania konsumentowi prawa do odstąpienia od umowy.

- przy ustalaniu wysokości kary Prezes UOKiK wziął pod uwagę świadomość stosowania przez spółkę klauzul abuzywnych, niezaprzestanie praktyki mimo podjętych przez Prezesa działań, długotrwałość praktyki i jej ogólnopolski zasięg – spółka stosowała kwestionowane postanowienia co najmniej od kwietnia 2006 r. do chwili wydania decyzji, jest jednym z największych przedsiębiorców branży deweloperskiej na terenie kraju, kara stanowi 0,5% przychodu osiągniętego przez Spółkę w 2007 r.

Odwołanie od powyższej decyzji wniosła (...) S.A., zaskarżając decyzję w zakresie punktów I i II i zarzucając:

- naruszenie art. 26 ustawy okik oraz art. 385¹ § 1 k.c. przez przyjęcie, że postanowienia waloryzacyjne w stosowanych przez spółkę umowach, stanowiące składnik ceny, tj. świadczenia głównego które są sformułowane w sposób jednoznaczny mogą być uznane za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów

- naruszenie art. 26 ustawy okik oraz art. 385³ pkt 20 k.c. przez przyjęcie, że stosowane przez spółkę postanowienia stanowią praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów ze względu na to, że są tożsame z postanowieniami umownymi wpisanymi do rejestru

- naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 26 ustawy w zw. z art. 385³ pkt 20 k.c. i przyjęcie, że stosowane przez spółkę postanowienie o treści: „Cena określona w niniejszym paragrafie jest ceną całkowitą za przedmiot umowy i może ulec zmianie wyłącznie w następujących wypadkach: a) wystąpienia różnicy rzeczywistego pomiaru powierzchni zgodnie z § 3 ust. 1 w stosunku do odpowiednich wymiarów powierzchni wskazanych w § 2 ust. 1; (...) c) w przypadkach opisanych w ust. 4 powyżej.” stanowi praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów ze względu na to, że nie przyznaje ono *expressis verbis* prawa konsumentowi do odstąpienia od umowy w sytuacji, gdy prawo takie jest mu zagwarantowane przez bezwzględnie obowiązujące przepisy art. 493 k.c.

- naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 4 uokik i orzeczenie kary niewspółmiernie wysokiej do stopnia oraz okoliczności naruszenia ustawy, nie uwzględniającej faktu dobrowolnej zmiany postanowień

i wniósł o uchylenie lub zmianę decyzji w zaskarżonej części i orzeczenie co do istoty sprawy z zasądzeniem kosztów postępowania.

Wyrokiem z dnia 21 kwietnia 2010 r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie i zasądził od powoda na rzecz pozwanego 350 zł kosztów postępowania.

Sąd Okręgowy dokonał następujących ustaleń faktycznych:

Powodowa Spółka prowadzi działalność gospodarczą w zakresie m.in. usług deweloperskich, zaś zawierając umowy z indywidualnymi klientami, w tym z konsumentami, Spółka stosuje we wzorcach umów następujące zapisy:

- we wzorcach umów (...), (...), (...), „Osiedle (...)”, (...), (...), (...):

§ 7 ust. 2 o treści: „Strony ustalają, że cena podlega zwiększeniu w oparciu o „wskaźnik” cen produkcji budowlano-montażowej GUS (wskaźnik wyliczony miesiąc do miesiąca) począwszy od dnia zawarcia umowy, licząc od kwoty jaka pozostała do zapłaty do pełnej wartości umowy. W przypadku, gdy w analogicznym okresie wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych GUS będzie wyższy niż wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej GUS wówczas cena zostanie zwaloryzowana według wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych GUS. Cena wskazana w par. 5 ust. 1 będzie waloryzowana miesięcznie według zasad określonych w niniejszym ustępie, nie dłużej niż do terminu wskazanego w § 6 ust. 1. Kwotę waloryzacji nabywca zobowiązuje się wpłacić nie później niż przed odbiorem lokalu. Spółka poinformuje nabywcę o wysokości kwoty waloryzacji.”

- (...), (...), (...)

§ 5 ust. 4(1) o treści: „Strony ustalają, iż cena podlega zwiększeniu w oparciu o „wskaźnik” cen produkcji budowlano-montażowej GUS (wskaźnik wyliczony miesiąc do miesiąca) począwszy od dnia zawarcia umowy, licząc od kwoty jaka pozostała do zapłaty do pełnej wartości umowy. W przypadku, gdy w analogicznym okresie wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych GUS będzie wyższy niż wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej GUS wówczas cena zostanie waloryzowana według wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych GUS. Cena wskazana w § 5 ust. 1 będzie waloryzowana miesięcznie według zasad określonych w niniejszym ustępie, nie dłużej niż do terminu wskazanego w § 6 ust. 1 z zastrzeżeniem § 6 ust. 4. Kwotę waloryzacji nabywca zobowiązuje się wpłacić w ciągu 14 dni po uzyskaniu pisemnych wezwań Spółki. Wezwania Spółki następować będą w terminach 45 dni po osiągnięciu poszczególnych zdarzeń wymienionych ust. 6 n/n §. Kwota waloryzacji za zdarzenie określone w pkt 1 i 2 ust. 6 n/n § wymagana będzie po zdarzeniu określonym w pkt 3 ust. 6 n/n §. Nabywca może zapłacić waloryzację do dnia odbioru lokalu. W takim wypadku kwota waloryzacji powiększona będzie o odsetki ustawowe pomniejszone o 3 punkty procentowe, liczone od dnia wymagalności każdej z kwot waloryzacji do dnia zapłaty.”

oraz § 5 ust. 4 (2 PROGRAM) o treści: „Strony ustalają, iż cena podlega zwiększeniu w oparciu o „wskaźnik” cen produkcji budowlano-montażowej GUS (wskaźnik wyliczony miesiąc do miesiąca) począwszy od dnia zawarcia umowy, licząc od kwoty jaka pozostała do zapłaty do pełnej wartości umowy. W przypadku, gdy w analogicznym okresie wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych GUS będzie wyższy niż wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej GUS wówczas cena zostanie waloryzowana według wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych GUS. Cena wskazana w par. 5 ust. 1 będzie waloryzowana miesięcznie według zasad określonych w niniejszym ustępie, nie dłużej niż do terminu wskazanego w § 6 ust. 1. Kwotę waloryzacji nabywca zobowiązuje się wpłacić nie później niż przed odbiorem lokalu. Spółka poinformuje nabywcę o wysokości kwoty waloryzacji.”

i § 5 ust. 5 o treści: „Cena określona w niniejszym paragrafie jest ceną całkowitą za przedmiot umowy i może ulec zmianie wyłącznie w następujących wypadkach: a) wystąpienia różnicy rzeczywistego pomiaru powierzchni zgodnie z § 3 ust. 1 w stosunku do odpowiednich wymiarów powierzchni wskazanych w § 2 ust. 1; (...) c) w przypadkach opisanych w ust. 4 powyżej.”

- „Przedwstępna umowa sprzedaży Nr..”

§ 5 ust. 4 o treści: „Strony ustalają, iż cena podlega zwiększeniu w oparciu o „wskaźnik” cen produkcji budowlano-montażowej GUS (wskaźnik wyliczony miesiąc do miesiąca), nie więcej niż o 0,25% miesięcznie, począwszy od dnia zawarcia umowy, licząc od kwoty jaka pozostała do zapłaty do pełnej wartości umowy. Cena wskazana w par. 5 ust. 1 będzie waloryzowana miesięcznie według zasad określonych w niniejszym ustępie, nie dłużej niż do terminu wskazanego w § 6 ust. 1. Kwotę waloryzacji nabywca zobowiązuje się wpłacić nie później niż przed odbiorem lokalu. Spółka poinformuje nabywcę o wysokości kwoty waloryzacji. Aktualnie informacje odnośnie wysokości wskaźnika GUS znajdują się na stronie internetowej(...)

i § 5 ust. 5 o treści: „Cena określona w niniejszym paragrafie jest ceną całkowitą za przedmiot umowy i może ulec zmianie wyłącznie w następujących wypadkach: a) wystąpienia różnicy rzeczywistego pomiaru powierzchni zgodnie z § 3 ust. 1 w stosunku do odpowiednich wymiarów powierzchni wskazanych w § 2 ust. 1; (...) c) w przypadkach opisanych w ust. 4 powyżej.”

W ocenie Sądu Okręgowego działanie przedsiębiorcy wypełnia przesłanki art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, gdyż stosowane w powyższych wzorcach postanowienia zostały wpisane do rejestru postanowień wzorców umów uznanych za niedozwolone. W ocenie Sądu Okręgowego stosowane przez powoda klauzule waloryzacyjne nie mogą być uznane za sformułowane w sposób jednoznaczny świadczenia główne stron umowy, gdyż określają jedynie przesłanki do końcowego ustalenia ceny, zatem mogą być poddane ocenie pod kątem ich abuzywności na podstawie art. 385¹ k.c.

Za bezzasadne Sąd Okręgowy uznał zarzuty powoda wskazujące, że kwestionowane postanowienia zawarte były jedynie we wstępnym projekcie umowy przedstawianym klientom, który był indywidualnie uzgadniany, w związku

z czym z niektórymi klientami zawierane były umowy o odmiennej treści. W ocenie Sądu Okręgowego decydujące znaczenie ma fakt, że powodowa Spółka, przedstawiając klientom jednostronnie przygotowane propozycje wyraża gotowość zawarcia w przyszłości umowy o określonej treści, a zatem taki wzorzec kierowany jest do ogółu konsumentów we wstępnej fazie zawierania umowy, nie ma zaś wątpliwości, że co najmniej z częścią konsumentów zawarto umowy przenoszące zakwestionowane postanowienia wzorca bez żadnych modyfikacji.

Sąd Okręgowy uznał, że zakwestionowane w decyzji postanowienia wzorca umownego stosowanego przez powoda, pomimo odmiennego brzmienia od klauzul abuzywnych wpisanych do rejestru, odnoszą tożsamy skutek. Istotą klauzuli wpisanej do rejestru pod pozycją 1385 jest bowiem przyznanie przedsiębiorcy uprawnienia do podwyższenia ceny oferowanego mieszkania bez jednoczesnego przyznania konsumentowi prawa odstąpienia od umowy. Wprawdzie klauzula wpisana do rejestru zawiera szerszy katalog podstaw do finalnej zmiany ceny niż postanowienie stosowane przez powoda, jednak obie klauzule odnoszą się do wskaźnika GUS, a sąd orzekający w sprawie XVII AmC 126/05 dotyczącej klauzuli wpisanej pod pozycją 1385 nie wskazał, że któraś z tych podstaw może nie uzasadniać konieczności przyznania konsumentowi prawa odstąpienia od umowy, podnosząc, że w każdym wypadku zmiany ceny konsumentowi przysługiwać powinno uprawnienie do odstąpienia od umowy bez konieczności ponoszenia z tego tytułu dodatkowych obciążeń. W ocenie Sądu Okręgowego nie ma znaczenia także okoliczność, że konsument jest świadomy maksymalnej wysokości wskaźnika i aby ustalić maksymalną wartość podwyżki ceny wystarczy pomnożyć liczbę miesięcy od rozpoczęcia inwestycji do dnia wydania lokalu przez tę maksymalną wartość, gdyż konsument nie ma żadnej gwarancji co do ostatecznej daty wydania mu lokalu. Ponadto wprowadzenie w umowie klauzul waloryzacyjnych ma na celu zredukowanie ryzyka przedsiębiorcy, a zatem dla zrównoważenia konsumentowi powinna być przyznana możliwość odstąpienia od umowy w wypadku zmieniających się na jego niekorzyść warunków finansowych.

Odnosząc się do zapisu § 5 ust. 5 wzorca umownego stosowanego przez powoda Sąd Okręgowy podzielił stanowisko Prezesa UOKiK, iż w interesie konsumenta jest wpisanie do kwestionowanego postanowienia uprawnienia konsumenta do odstąpienia od umowy, niewykluczone jest bowiem, że w przyszłości Spółka mogłaby kwestionować takie uprawnienie argumentując np., że konsument świadom był, że cena się zmieni, a więc art. 493 k.c. nie znajdzie zastosowania, co mogłoby powstrzymać konsumenta, w obawie przed konsekwencjami prawnymi i potencjalnym procesem sądowym, od skorzystania z przysługujących mu praw. Nie byłoby to więc jedynie powtórzeniem przepisu ustawowego, ale sygnałem dla klienta, że przepis ten ma w pełni zastosowanie w konkretnym stanie faktycznym objętym hipotezą § 5 ust. 5 i nikt nie będzie tego kwestionował w przyszłości.

Sąd Okręgowy uznał, że działanie przedsiębiorcy polegające na stosowaniu powyższych klauzul godzi w interesy konsumentów jako zbiorowości, gdyż ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów chroni interesy nieograniczonej liczby konsumentów, którzy korzystają lub będą korzystać z usług Spółki, ale także każdego potencjalnego konsumenta, który mógłby zawrzeć ze spółką przedwstępną umowę sprzedaży lokalu.

Odnosząc się do wysokości nałożonej na przedsiębiorcę kary Sąd Okręgowy wskazał, że art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy określa maksymalną jej wysokość na poziomie 10 % przychodu osiągniętego przez przedsiębiorcę w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, pozostawiając pewną swobodę Prezesowi UOKiK, który określa jej wysokość w każdym konkretnym wypadku kierując się założeniem, że kara ma pełnić funkcję represyjną i prewencyjną i uwzględniając w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia ustawy, a także uprzednie naruszenie jej przepisów.

W ocenie Sądu Okręgowego Prezes UOKiK prawidłowo zastosował przesłanki określone w art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów rozważając zarówno fakt, że powód stosował niedozwolone klauzule umowne mimo łatwej dostępności i publicznego charakteru rejestru klauzul niedozwolonych, o którego treści mógł się z łatwością dowiedzieć, zatem jego działanie nie był działaniem nieświadomym, a powód jako profesjonalnie działający przedsiębiorca powinien był podjąć działania w celu dopasowania stosowanych przez siebie warunków umów do ogólnie przyjętych warunków, zaś stosowanie postanowień wpisanych do rejestru może świadczyć co najmniej o jego rażącym niedbalstwie co wskazuje na znaczny stopień zawinięcia, fakt długotrwałości stosowania wzorców

zawierających kwestionowane postanowienia i zakres prowadzonej przez powoda działalności, jak i realne możliwości finansowe spółki, określając wysokość kary na poziomie 0,5% przychodu osiągniętego przez powoda w 2007 r.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wniosła powodowa Spółka, zaskarżając wyrok w całości i zarzucając:

- naruszenie prawa materialnego przez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie art. 26 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 24 ust. 1 i 2 pkt 1 oraz art. 385¹ § 1 k.c. poprzez przyjęcie, że może być uznane za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów stosowanie w obrocie z konsumentami jednoznacznie sformułowanych klauzul waloryzacyjnych, stanowiących składnik ceny, tj. świadczenia głównego
- naruszenie prawa materialnego przez niewłaściwe zastosowanie art. 26 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 24 ust. 1 i 2 pkt 1 oraz art. 385³ pkt 20 k.c. poprzez przyjęcie, że może być uznane za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów stosowanie w obrocie z konsumentami postanowień wskazanych w punkcie I decyzji ze względu na błędne uznanie tożsamości tych postanowień z postanowieniami umownymi wpisanymi pod numerem 284 i 1385 do rejestru niedozwolonych postanowień umownych
- naruszenie prawa materialnego przez niewłaściwe zastosowanie art. 26 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 24 ust. 1 i 2 pkt 1 oraz art. 385³ pkt 20 k.c. poprzez przyjęcie, że może być uznane za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów stosowanie w obrocie z konsumentami postanowień, które nie przyznają *expressis verbis* konsumentom prawa do odstąpienia od umowy, gdy tymczasem prawo takie jest zagwarantowane przez bezwzględnie obowiązujące przepisy kodeksu cywilnego tj. art. 493 k.c.
- naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 4 przez uznanie, że istnieją podstawy do nałożenia kary pieniężnej na powoda
- naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 11 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez uznanie, że w sprawie zaistniały okoliczności mające wpływ na zaostrzenie nałożonej kary pieniężnej
- naruszenie przepisów prawa procesowego tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez niewłaściwe rozważenie materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie i przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów, co doprowadziło do błędnego uznania, że pozwany zgromadził wystarczający materiał dowodowy do poczynienia ustaleń stanowiących podstawę do stwierdzenia stosowania przez powoda praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów i utrzymania nałożonej przez pozwanego kary pieniężnej na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Wskazując na powyższe powodowa Spółka wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez zmianę decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w zakresie punktu I i II poprzez umorzenie postępowania na skutek uznania braku podstaw do stwierdzenia stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów oraz umorzenie postępowania w zakresie nałożonej kary pieniężnej, a także o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania za obie instancje, ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku w części poprzez zmianę decyzji Prezesa w zakresie punktu II i obniżenie nałożonej kary pieniężnej z zasądzeniem kosztów postępowania za obie instancje, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Warszawie – Sądowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia w zakresie kosztów za wszystkie instancje.

Pozwany wniosł o oddalenie apelacji z zasądzeniem kosztów.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja częściowo zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Apelacyjny przyjmuje za własne ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy, uznając za bezzasadne zarzuty naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. i „błędnego uznania, że pozwany zgromadził wystarczający materiał dowodowy do

poczynienia ustaleń stanowiących podstawę do stwierdzenia stosowania przez powoda praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów i utrzymania nałożonej przez pozwanego kary pieniężnej na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów”. Skarżący nie wskazał bowiem jakich konkretnych dowodów przeprowadzonych i ocenionych przez Sąd Okręgowy dotyczy postawiony w apelacji zarzut i jakie ustalenia faktyczne wywiedzione z błędnie ocenionych dowodów były podstawą rozstrzygnięcia, zaś z uzasadnienia apelacji wynika, że w istocie skarżącemu chodziło o naruszenie zasady rozkładu ciężaru dowodu, gdyż w jego ocenie pozwany nie wykazał przesłanek wpływających na ustalenie kary w wysokości określonej w decyzji.

Nie są zaś przez skarżącego kwestionowane ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy w zakresie zarówno stosowania przez powoda w umowach z konsumentami wzorców zawierających wskazane w decyzji postanowienia, jak i wpisania do rejestru klauzul niedozwolonych postanowień zamieszczonych pod pozycjami 1385 i 227, zaś dla oceny, czy doszło do naruszenia przez powoda zbiorowych interesów konsumentów w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów te okoliczności mają istotne znaczenie.

Wskazany jako podstawa wydanej decyzji art. 24 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50 poz. 331) zakazuje stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, przez które rozumie się bezprawne działanie przedsiębiorcy godzące w zbiorowe interesy konsumentów, w szczególności polegające na stosowaniu postanowień wzorców umów, które zostały wpisane do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone, o którym mowa w art. 479⁴⁵ ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296, z późn. zm.)

Interpretacja analogicznego przepisu zawartego w art. 23a ust. 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, jak i przepisów art. 479⁴³ k.p.c. budziła w piśmiennictwie, jak i orzecznictwie poważne wątpliwości dotyczące przede wszystkim skutków wpisu klauzuli do rejestru niedozwolonych postanowień umownych.

Sąd Apelacyjny w pełni podziela stanowisko wyrażone w przytaczanej zarówno w uzasadnieniu decyzji pozwanego, jak i w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, uchwale Sądu Najwyższego z dnia 13 lipca 2006 r. w sprawie III SZP 3/06, iż stosowanie postanowień wzorców umowy o treści tożsamej z treścią postanowień uznanych za niedozwolone wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów i wpisanych do rejestru, o którym mowa w art. 479⁴⁵ § 2 k.p.c. może być uznane w stosunku do innego przedsiębiorcy za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów (art. 23a ust. 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów), przy czym praktyką naruszającą zbiorowe interesy konsumentów jest stosowanie postanowień wzorców umowy wpisanych do rejestru przez każdego przedsiębiorcę, zaś zmiana szyku wyrazów czy zastąpienie wyrazów innymi przy zachowaniu tożsamości treści klauzuli także podlega dyspozycji art. 23a ust. 2 uokik. Wprawdzie uchwała ta zapadła w innym stanie prawnym, na tle przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, jednak wobec tożsamości uregulowań zawartych w art. 23 a ust. 2 tej ustawy i zawartych w art. 24 ust. 2 pkt 1 obecnie obowiązującej ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów stanowisko Sądu Najwyższego zachowało aktualność i może w ocenie Sądu Apelacyjnego być stosowane do wykładni przepisów obecnie obowiązujących.

W uzasadnieniu tej powyższej uchwały Sąd Najwyższy wskazał, że wpis postanowienia wzorca umowy do rejestru skutkuje tym, że zakazane jest posługiwanie się wpisaną klauzulą we wszystkich wzorcach umów, pod rygorem sankcji z art. 58 k.c., w związku z czym praktyką naruszającą zbiorowe interesy konsumentów w świetle art. 23a ust. 2 uokik jest dalsze stosowanie klauzuli, której treść jest identyczna do klauzuli wpisanej do rejestru zarówno przez przedsiębiorcę, który nie stosuje się do wydanego w jego sprawie orzeczenia Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, jak przez innego przedsiębiorcę, który nie był stroną lub uczestnikiem postępowania zakończonego wpisaniem danej klauzuli do rejestru, za czym przemawia wykładnia gramatyczna art. 23a ust. 2 uokik. Sąd Najwyższy uznał także, że w wypadku uznania danej klauzuli za niedozwoloną w wyniku przeprowadzenia kontroli abstrakcyjnej i wpisania jej do rejestru, praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów dopuszcza się każdy

z przedsiębiorców, który wprowadza do stosowanych klauzul zmiany o charakterze kosmetycznym, polegające np. na zmianie szyku wyrazów lub zmianie użytych wyrazów, jeżeli zmiany te nie prowadzą do zmiany istoty klauzuli – przemawia za tym ratio legis art. 23a ust. 2 uokik.

Bezsporne jest, że powodowa Spółka stosowała przy zawieraniu umów z konsumentami wzorce zawierające postanowienia o treści wskazanej w decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, jak również poza sporem pozostaje fakt wpisania do rejestru klauzul przytoczonych w uzasadnieniu kwestionowanej decyzji, mających w ocenie pozwanego tożsamą treść.

Niewątpliwie prowadzenie przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów jawnego rejestru klauzul abuzywnych, jak też wynikająca z art. 479⁴³ k.p.c. rozszerzona prawomocność materialna wyroków wydanych w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone i zakazanie ich stosowania ma na celu wyeliminowanie niedozwolonych postanowień z obrotu, zaś zakaz stosowania klauzul wpisanych do rejestru obejmuje wszystkich przedsiębiorców zawierających z konsumentami umowy o charakterze adhezyjnym. Wpisanie do rejestru wzorca umowy uznanego za niedozwolony wyłącza ponowne wytoczenie powództwa w tym przedmiocie także osobę nie biorącą udziału w sprawie w której wyrok wydano (uchwała Sądu Najwyższego z 19 grudnia 2003 r. III CZP 95/93, OSNC 2005/2/25), zatem nie byłoby dopuszczalne wszczęcie postępowania w trybie przepisów art. 479³⁶ - 479⁴⁵ k.p.c. w stosunku do innego przedsiębiorcy stosującego postanowienia umowy uznane prawomocnym wyrokiem za abuzywne, zaś stosowanie takich postanowień w umowach z konsumentami stanowi w rozumieniu art. 23a ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów.

Najistotniejszą jednak kwestią w sprawie niniejszej jest ocena tożsamości klauzul stosowanych przez powoda z klauzulami wpisanymi do rejestru, bowiem ocena, czy stosowany przez przedsiębiorcę wzorec umowy zawiera klauzule abuzywne należy do wyłącznej kompetencji Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów i może nastąpić tylko w wyniku postępowania prowadzonego na podstawie przepisów art. 479³⁶ - 479⁴⁵ k.p.c., zaś dopiero dalsze stosowanie postanowień wzorców umów, które zostały uznane za niedozwolone i wpisane do rejestru, stanowi niedozwoloną praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, która może być przedmiotem postępowania wszczętego na podstawie art. 24 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Jak wskazano wyżej nie jest przedmiotem niniejszego postępowania ocena, czy postanowienia zawarte w stosowanym przez przedsiębiorcę wzorcu umowy są klauzulami niedozwolonymi, ale ocena, czy są tożsame z postanowieniami wpisanymi do rejestru.

W uzasadnieniu uchwały z 13 lipca 2006 r. III SZP 3/06 Sąd Najwyższy stwierdził, że jeżeli Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uzna określoną klauzulę za niedozwoloną w wyniku przeprowadzonej kontroli abstrakcyjnej i zostanie ona wpisana do rejestru, o którym mowa w art. 479⁴⁵ § 2 k.p.c., to praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 23a ust. 2 uokik dopuszcza się każdy z przedsiębiorców, który wprowadza do stosowanych klauzul zmiany o charakterze kosmetycznym, polegające np. na przestawieniu szyku wyrazów lub zmianie użytych wyrazów, jeżeli zmiany te nie prowadzą do zmiany istoty klauzuli. Powyższa konkluzja była wynikiem uwzględnienia zarówno samej treści art. 23a uokik, z której, jak wskazał Sąd Najwyższy, zdaje się wynika, iż przepis ten nie daje Prezesowi UOKIK prawa do wydawania decyzji uznających stosowanie postanowienia wzorca umownego, które nie zostało wpisane do rejestru, za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumenta, jak i ratio legis powyższego przepisu, który pozwala przyjąć inną, szerszą jego interpretację. Sąd Najwyższy wskazał, że wprowadzając instytucję nieuczciwych klauzul umownych oraz szczególne postępowanie odrębne w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone ustawodawca kierował się względami ochrony interesu konsumentów oraz bezpieczeństwa i należytego poziomu etycznego obrotu gospodarczego, natomiast wprowadzając instytucję praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów ustawodawca krajowy, wzorem ustawodawcy wspólnotowego, zamierzał zwiększyć skuteczność zakazu stosowania klauzul umownych, które zostały wpisane do rejestru nieuczciwych postanowień umownych. Istotnym mankamentem unormowań dyrektywy 93/13 oraz wydanych w celu jej implementacji przepisów był bowiem brak możliwości szybkiego reagowania na przypadki

naruszeń praw konsumentów za pomocą orzeczenia sądowego lub decyzji administracyjnej nakazującej zaniechanie działań godzących w interesy konsumentów, co ma istotne znaczenie dla właściwej interpretacji art. 23a uokik, która nie może być dokonywana bez uwzględnienia ratio legis tego przepisu, korygującego ogólne zasady prawa materialnego i prawa procesowego z uwagi na ochronę szczególnych, wyjątkowo doniosłych wartości. Za naganną i sprzeczną z celami instytucji abstrakcyjnej kontroli wzorców umownych Sąd Najwyższy uznał praktykę, w której w miejsce klauzul wpisanych do rejestru powstają nowe, których skutki są takie same, ale które mają zmodyfikowaną nieznacznie treść i te powody doprowadziły do zaakceptowania poglądu, iż praktyka naruszająca zbiorowe interesy konsumenta z art. 23a uokik obejmuje również przypadki wprowadzania jedynie zmian kosmetycznych polegających na przestawieniu szyku wyrazów lub zastąpieniu jednych wyrazów innymi, jeżeli tylko wykładnia postanowienia pozwoli stwierdzić, że jego treść mieści się w hipotezie zakazanej klauzuli, gdyż stosowanie klauzuli o zbliżonej treści do klauzuli wpisanej do rejestru, która wywołuje takie same skutki, godzi tak samo w interesy konsumentów, jak stosowanie klauzuli identycznej co wpisana do rejestru.

Ocena tożsamości treści klauzul stosowanych przez przedsiębiorców i klauzul wpisanych do rejestru nie może prowadzić do oceny abuzywności klauzuli stosowanej przez przedsiębiorcę w świetle przepisów art. k.c., a powinna ograniczać się po pierwsze do ustalenia, na ile obie klauzule są tożsame treściowo, a przy uznaniu, że treść klauzul jest na tyle zbliżona, że wprowadzone przez przedsiębiorcę zmiany polegają jedynie na przestawieniu szyku wyrazów lub zastąpieniu jednych wyrazów innymi – ustalenia, czy hipotezy tych klauzul się pokrywają, a więc czy obie klauzule wywołują takie same skutki.

Za bezzasadne Sąd Apelacyjny uznał więc zarówno zarzuty naruszenia prawa materialnego przez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie art. 26 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 24 ust. 1 i 2 pkt 1 oraz art. 385¹ § 1 k.c. poprzez przyjęcie, że może być uznane za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów stosowanie w obrocie z konsumentami jednoznacznie sformułowanych klauzul waloryzacyjnych, stanowiących składnik ceny, tj. świadczenia głównego, jak i naruszenia prawa materialnego przez niewłaściwe zastosowanie art. 26 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 24 ust. 1 i 2 pkt 1 oraz art. 385³ pkt 20 k.c. poprzez przyjęcie, że może być uznane za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów stosowanie w obrocie z konsumentami postanowień, które nie przyznają *expressis verbis* konsumentom prawa do odstąpienia od umowy, gdy tymczasem prawo takie jest zagwarantowane przez bezwzględnie obowiązujące przepisy kodeksu cywilnego tj. art. 493 k.c. W ramach niniejszego postępowania ani rolą Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, ani Sądu Okręgowego – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów rozpoznającego odwołanie nie było badanie abuzywności klauzul stosowanych przez powoda, a jedynie ich tożsamości z klauzulami już uznanymi za abuzywne i wpisanymi do rejestru klauzul niedozwolonych.

Niezależnie od powyższego Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Sądu Okręgowego, że przedmiotowe klauzule nie są objęte wyłączeniem wynikającym z art. 385¹ § 1 zd. 2 k.c., gdyż z uwagi na zawartą w postanowieniach umownych klauzulę waloryzacyjną nie można uznać ceny, stanowiącej jedno ze świadczeń stron w ramach umowy przyrzeczonej, za sformułowane w sposób jednoznaczny postanowienie określające świadczenie główne stron umowy przedwstępnej.

Częściowo zasadny jest natomiast zarzut naruszenia prawa materialnego przez niewłaściwe zastosowanie art. 26 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 24 ust. 1 i 2 pkt 1 tej ustawy poprzez przyjęcie, że może być uznane za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów stosowanie w obrocie z konsumentami postanowień wskazanych w punkcie I decyzji ze względu na błędne uznanie tożsamości tych postanowień z postanowieniami umownymi wpisanymi pod numerem 284 i 1385 do rejestru niedozwolonych postanowień umownych w odniesieniu do jednej z klauzul stosowanych przez powoda.

Sąd Apelacyjny w pełni podziela stanowisko Sądu Okręgowego co do tożsamości klauzul stosowanych przez powoda w § 7 ust. 2 wzorców umów (...), (...), (...), „Osiedle (...)”, (...), (...), (...), § 5 ust. 4 (1) umów (...), (...) i (...) i § 5 ust. 4 wzorców umów „Przedwstępna umowa sprzedaży nr...” z klauzulą wpisaną do rejestru pod pozycją 1385.

Przede wszystkim obie klauzule określają zasady waloryzacji ceny nabycia lokalu stanowiącej istotne postanowienie umowy przyrzeczonej odnosząc się do tego samego miernika waloryzacji jakim jest wskaźnik zmian cen produkcji budowlano-montażowej GUS, nie przyznając konsumentowi uprawnienia do odstąpienia od umowy nawet w wypadku istotnej zmiany ceny. Zarówno zatem klauzula wpisana do rejestru pod pozycją 1385, jak i postanowienia stosowane przez powoda wypełniają dyspozycję art. 385³ pkt 20 k.c. przewidując uprawnienie kontrahenta konsumenta do podwyższenia ceny po zawarciu umowy na podstawie takich samych wskaźników waloryzacyjnych, bez przyznania konsumentowi prawa odstąpienia od umowy. Różnice w sformułowaniu przedmiotowych klauzul wynikają z użycia innych, ale tożsamyh zwrotów i zmiany szyku wyrazów, zmiany te nie prowadzą jednak do zmiany istoty klauzuli.

Wobec powyższego w zakresie stosowania przez powoda wskazanych wyżej klauzul spełniona została dyspozycja art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zaś stosowanie przedmiotowych klauzul stanowi praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów.

Sąd Apelacyjny nie podziela jednak stanowiska Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Sąd Okręgowy co do tożsamości postanowień zawartych w § 5 ust. 5 wzorców umowy (...), (...),(...) i „Przedwstępna umowa sprzedaży Nr..” z postanowieniami klauzuli wpisanej do rejestru pod pozycją 227. Klauzula wpisana do rejestru jako zasadę wprowadza zmianę ceny lokalu w każdym wypadku zmiany powierzchni lokalu wynikającej z inwentaryzacji powykonawczej określając, że zmiana ta będzie odpowiadała wartości wynikającej z pomnożenia różnicy w powierzchni lokalu przez cenę jednego metra kwadratowego ustaloną w umowie, podczas gdy stosowane przez powoda klauzule określają, że cena lokalu może ulec zmianie tylko w ściśle określonych wypadkach, w tym wystąpienia różnicy rzeczywistego pomiaru powierzchni, nie określając żadnych zasad zmiany ceny. Niewątpliwie między wprowadzeniem jako zasady automatycznej zmiany ceny wynikającej z przemnożenia aktualnej powierzchni lokalu z ustaloną c 1 m² a zasadą obowiązywania ceny określonej w umowie z możliwością jej zmiany w wypadku wystąpienia różnicy w pomiarach powierzchni nie sposób postawić znaku równości i stwierdzić, że obie klauzule są tożsame i wywołują te same skutki. Jak już wskazano wyżej nie jest rolą Sąd Okręgowy w ramach niniejszego postępowania dokonywanie oceny, czy stosowana przez powoda klauzula jest klauzulą abuzywną w rozumieniu art. 385¹ k.c., ale czy zachodzi tożsamość między klauzulą wpisaną w rejestrze a klauzulą stosowaną przez powoda, tymczasem z treści uzasadnienia Sądu Okręgowy wynika, że uznał postanowienia § 5 ust. 1 wzorców stosowanych przez powoda za abuzywną z uwagi na brak zamieszczenia w nich uprawnienia konsumenta do odstąpienia od umowy, zupełnie nie badając ich tożsamości z klauzulą wpisaną do rejestru pod poz. 227 – w tym zakresie bowiem Sąd Okręgowy nie czyni żadnych rozważań.

Skoro brak jest podstaw do uznania, że różnice w treści obu klauzul nie są istotne i polegają tylko na użyciu odmiennych sformułowań czy przestawieniu szyku wyrazów, nie sposób postawić powodowi skutecznego zarzutu dopuszczenia się w tym zakresie praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów określonej w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Z uwagi na powyższe Sąd Apelacyjny zmienił wyrok Sądu Okręgowy i decyzję Prezesa UOKiK w części dotyczącej postanowień zawartych w § 5 ust. 5 wzorców stosowanych przez powoda, uznając że w tym zakresie powód nie dopuścił się praktyki naruszającej zbiorowe interes konsumentów.

Wskazana wyżej okoliczność w ocenie Sądu Okręgowy jedynie częściowo uzasadnia także zmniejszenie nałożonej na powoda kary.

Określona w kwestionowanej decyzji kara, pełniąc obie funkcje wskazane przez Sąd Okręgowy, a więc funkcję represyjną i edukacyjną nie może być ani karą symboliczną, ani nie wynika z matematycznego pomnożenia wskaźnika przez ilość naruszeń ustawy, jakich dopuścił się przedsiębiorca.

Sąd Apelacyjny w pełni podziela stanowisko Sądu Okręgowy co do braku zachowania przez powoda co najmniej należytej staranności przy formułowaniu spornych wzorców umów, co uzasadnia przypisanie mu winy w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego. Bezsporne jest bowiem, że dostęp do listy klauzul wpisanych do rejestru nie

stwarza większych problemów, zaś wypadku powoda, prowadzącego działalność gospodarczą na dużą skalę, od wielu lat, należałoby oczekiwać większego profesjonalizmu przy formułowaniu wzorców umów stosowanych w obrocie z konsumentami. Tymczasem stosując przez kilka lat zakwestionowane wzorce umowne zawierające objęte postępowaniem postanowienia powód nie tylko nie zadbał o należyte zabezpieczenie interesów konsumentów, ale także o swoje interesy doprowadzając do sytuacji, w której konieczne było wszczęcie przez Prezesa UOKiK procedury określonej przepisami ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

Biorąc jednak pod uwagę fakt, iż nie wszystkie postanowienia stosowane przez powoda stanowiły praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, Sąd Apelacyjny zmniejszył wysokość kary do kwoty 1 008 002 zł, tj. 3% przychodu osiągniętego przez powoda w roku 2007. W ocenie Sądu Apelacyjnego nałożona na powoda kara pieniężna nie przekracza granicy wyznaczonej w art. 106 ust. 1 ustawy, jak też uwzględnia wszystkie okoliczności uzasadniające zarówno zaostrenie odpowiedzialności powoda, jak też mające wpływ na ograniczenie wysokości kary, zgodnie z dyspozycją art. 111 uokik.

Uwzględniając zatem zarówno możliwości finansowe powoda, jak i stopień oraz okoliczności naruszenia ustawy i czas przez jaki przedmiotowe wzorce były przez powoda stosowane, Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do dalej idącej zmiany decyzji w zakresie wysokości nałożonej kary.

Mając powyższe na względzie, na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. Sąd Apelacyjny częściowo zmienił zaskarżony wyrok i zmienił decyzję Prezesa Urzędu Ochrony i Konkurencji w sposób określony w sentencji wyroku, zaś w pozostałym zakresie, na podstawie art. 385 k.p.c. apelację powoda, jako bezzasadną oddalił.

O kosztach postępowania za obie instancje orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c.