

*Sygn. akt VI ACa 200/13*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 17 września 2013 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:*

*Przewodniczący - Sędzia SA – Teresa Mróz*

*Sędzia SA – Irena Piotrowska*

*Sędzia SO del. – Magdalena Sajur – Kordula*

*Protokolant: – sekr. sądowy Beata Pelikańska*

*po rozpoznaniu w dniu 17 września 2013 r. w Warszawie*

*na rozprawie sprawy z powództwa Banku (...) S.A. z siedzibą w W.*

*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 18 września 2012 r.*

*sygn. akt XVII AmA 54/11*

*I zmienia zaskarżony wyrok w punkcie pierwszym w ten sposób, że uchyla punkt trzeci decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura UOKIK w K. z dnia 27 grudnia 2010 roku nr (...), a w pozostałej części oddala odwołanie;*

*II oddala apelację w pozostałej części;*

*III zasądza od Banku (...) S.A. z siedzibą w W. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 270 zł (dwieście siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.*

Sygn. akt VI ACa 200/13

## UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 27 grudnia 2010 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów( dalej Prezes Urzędu):

- na podstawie art. 27 ust. 1 i ust. 2 w związku z art. 26 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, póź. 331, z późn. zm.- dalej ustawa o o. k. i k.) oraz stosowanie do treści przepisów art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 2 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. Nr 107, poz. 887), po przeprowadzeniu z urzędu, postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów uznał za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, określoną w art. 24 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ww. ustawy, działania

Banku (...) S. A. z siedzibą w W., polegające na stosowaniu we wzorcu umowy pod nazwą „Ogólne warunki otwierania i prowadzenia przez Bank (...) S. A. rachunków wkładów oszczędnościowych” postanowień umownych, wpisanych na podstawie art. 479<sup>45</sup> Kodeksu postępowania cywilnego do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone, tj. postanowień o treści:

1) „Za przekroczenie przez Bank terminu realizacji dyspozycji posiadaczowi rachunku przysługuje prawo żądania odsetek w wysokości ustawowej za każdy dzień zwłoki” (tak: § 45 ust. 2 Ogólnych warunków) - wpisanego do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone pod pozycją 1962;

2) „ W przypadku wysyłania korespondencji drogą pocztową listami zwykłymi —przesyłkę uznaje się za doręczoną po upływie pięciu dni roboczych od daty jej nadania w urzędzie pocztowym” (tak: § 51 Ogólnych warunków) — wpisanego do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone pod pozycją 1954 - i jednocześnie stwierdził zaniechanie stosowania tej praktyki z dniem 3 listopada 2010 r.

- na podstawie art. 27 ust. 4 w związku z art. 26 ust. 2 ustawy o o. k. i k. oraz stosowanie do treści przepisów art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 2 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, określił środki usunięcia trwających skutków naruszenia zbiorowych interesów konsumentów, poprzez nałożenie na Bank (...) S. A. z siedzibą w W. obowiązku doręczenia konsumentom, z którymi umowy zawarte zostały w oparciu o obowiązujący do dnia 3 listopada 2010 r. wzorzec, umowy pod nazwą „Ogólne warunki otwierania i prowadzenia przez Bank (...) S. A. rachunków wkładów oszczędnościowych”, zawierający niedozwolone postanowienia umowne, zmienionego wzorca, uwzględniającego zastrzeżenia Prezesa Urzędu wskazane w punkcie I sentencji decyzji, w terminie 3 miesięcy od daty uprawomocnienia się decyzji.

- na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy o o. k. i k. oraz stosowanie do treści przepisów art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 2 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, nałożył na Bank (...) S. A. z siedzibą w W. karę pieniężną w wysokości 1.993.350 zł (słownie: milion dziewięćset dziewięćdziesiąt trzy tysiące trzysta pięćdziesiąt złotych), płatną do budżetu państwa, z tytułu naruszenia zakazu określonego w art. 24 ust. 1 i ust 2 pkt 1 ww. ustawy;

- na podstawie art. 77 ust. 1 i art. 80 ustawy o o. k. i k. oraz art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071, z późn. zm.) w związku z art. 83 ustawy o o. k. i k. oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 2 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, obciążył Bank (...) S. A. z siedzibą w W. kosztami postępowania w sprawie stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów oraz zobowiązał przedsiębiorcę do zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kosztów postępowania w kwocie 25 zł, w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się decyzji.

W odwołaniu od tej decyzji powód - Bank (...) S.A. w W. zaskarżył ją w całości i zarzucił:

1) naruszenie art.24 ust.1 i 2 ustawy o o.k.i k. poprzez uznanie za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, stosowanie postanowienia § 45 ust.2 „ Ogólnych warunków otwierania i prowadzenia przez Bank (...) S.A rachunków wkładów oszczędnościowych” w brzmieniu obowiązującym w Banku do dnia 2 listopada 2010r. (Ogólne Warunki), a to z uwagi na rzekomą tożsamość § 45 ust.2 Ogólnych Warunków z postanowieniem wpisanym do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone ( Rejestr) pod pozycją 1962;

2) naruszenie art.24 ust.1 i 2 ustawy o o. k. i k. w zw. z art.471 k.c. i art.472 k.c. w zw. z art.355§2 k.c. oraz art.385<sup>(1)</sup>§1 k.c. i art.385<sup>(3)</sup> pkt 2 k.c. poprzez błędne uznanie, że postanowienie §45 ust.2 Ogólnych warunków ogranicza odpowiedzialność banku względem konsumenta za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania w stosunku do zasad ogólnych, co jednocześnie stanowi niedozwoloną klauzulę umowną w rozumieniu art. 385<sup>(1)</sup>§ 1 k.c. i art. 3853 pkt 2 k.c.;

3) naruszenie art. 24 ust. 1 i 2 ustawy o o. k. i k w zw. z art. 52 ust. 2 pkt 10 ustawy Prawo Bankowe poprzez uznanie, że § 45 ust. 2 Ogólnych Warunków ogranicza odpowiedzialność Banku względem konsumenta za należyte wykonywanie jego zobowiązań umownych;

4) naruszenie art. 24 ust. 1 i 2 ustawy o o. k. i k. poprzez uznanie za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, stosowanie postanowienia § 51 Ogólnych Warunków, a to z uwagi na rzekomą tożsamość § 51 Ogólnych warunków z postanowieniem wpisanym do Rejestru pod pozycją 1954;

5) naruszenie art. 24 ust. 1 i 2 ustawy o o. k. i k. w związku z art. 61 § 1 k.c. oraz 385<sup>1</sup> § 1 k.c. poprzez błędne uznanie, że § 51 Ogólnych Warunków daje Bankowi uprawnienie do jednostronnej oceny skutku doręczenia konsumentom korespondencji, co stanowi rzekomo wyłączenie uprawnień sądu w tym zakresie i jednocześnie stanowi klauzulę abuzywną;

6) naruszenie art. 27 ust. 4 w związku z art. 26 ust. 2 ustawy o o. k. i k. poprzez nałożenie na Bank obowiązku doręczenia konsumentom, z którymi umowy zawarte zostały w oparciu o Ogólne Warunki zawierające rzekomo klauzule umowne wpisane do Rejestru pod pozycją 1962 i 1954, zmienionego wzorca, uwzględniającego stanowisko Prezesa Urzędu wskazane w pkt I decyzji, w terminie 3 miesięcy od daty jej uprawomocnienia się, w sytuacji gdy Bank nie stosował praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów polegających na stosowaniu w Ogólnych warunkach postanowień umownych wpisanych do Rejestru pod pozycją 1962 i 1954;

7) naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy o o. k. i k. poprzez nałożenie na Bank kary pieniężnej w sytuacji, w której nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy o o. k. i k., a nawet, gdyby przyjąć naruszenie tych przepisów, to naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 4 i art. 111, poprzez uznanie, że kryteria wskazane w tym przepisie uzasadniają nałożenie kary w wysokości zastosowanej przez Prezesa Urzędu, pomimo tego, że prawidłowe zastosowanie tych kryteriów uzasadniało odstąpienie Prezesa Urzędu od nałożenia na Bank kary pieniężnej bądź nałożenie jej w wysokości znacznie niższej.

Wskazując na powyższe zarzuty powód wniósł o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości i zasądzenie na swoją rzecz kosztów postępowania, względnie o zmianę decyzji w całości i orzeczenie co do istoty sprawy oraz zasądzenie na rzecz powoda kosztów postępowania, względnie o zmianę decyzji w części poprzez odstąpienie od nałożenia na powoda kary - ewentualnie o jej obniżenie i zasądzenie na rzecz powoda kosztów postępowania.

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Warszawie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie i orzekł w przedmiocie kosztów procesu.

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

Sąd pierwszej instancji podzielił i uznał za prawidłowe ustalenia faktyczne poczynione w toku postępowania administracyjnego przed Prezesem Urzędu i przyjął je za własne. W szczególności dotyczy to faktu posługiwania się przez powoda wzorcami umownymi zawierającymi zakwestionowane przez Prezesa Urzędu klauzule, charakteru prowadzonej przez powoda działalności gospodarczej, a także dochodów jakie uzyskał z tytułu prowadzonej działalności.

Rozstrzygając sporną kwestię oceny prawnej zamieszczonych we wzorcu umownym pod nazwą „Ogólne warunki otwierania i prowadzenia przez Bank (...) S.A. rachunków wkładów oszczędnościowych” zakwestionowanych przez Prezesa Urzędu klauzul wskazano, że w myśl art. 24 ust. 1 i 2 ustawy o o.k. i k. zakazane jest stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działania przedsiębiorcy.

Nie budzi w sprawie niniejszej wątpliwości, że powód jest przedsiębiorcą i że podejmuje działania w obrocie z konsumentami

Podniesiono, że oceny czy w danej sytuacji mamy do czynienia z bezprawnym naruszeniem interesu konsumentów, dokonujemy na podstawie analizy, między innymi regulacji określonych aktów prawnych, które swym działaniem naruszył przedsiębiorca. Jednakże ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów w jednym przypadku wprost wskazuje działanie przedsiębiorcy jako bezprawne - a mianowicie w art. 24 ust. 2 pkt 1) ustawodawca wskazuje, że bezprawnym jest działanie polegające na stosowaniu postanowień wzorców umownych uznanych za niedozwolone i wpisanych do rejestru prowadzonego przez Prezesa Urzędu.

Odnosząc się do zarzutu powoda, iż w niniejszej sprawie nie zostało uprawdopodobnione, że stosuje on praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów Sąd Okręgowy wskazał, iż stosownie do treści uchwały Sądu Najwyższego z dnia 13 lipca 2006 r., III SZP 3/06 – stosowanie postanowień wzorców umów o treści tożsamej z treścią postanowień uznanych za niedozwolone prawomocnym wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów i wpisanych do rejestru, o którym mowa w art. 479<sup>(45)</sup> §2 k.p.c., może być uznane w stosunku do innego przedsiębiorcy za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów. 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, czy też zastąpieniu jednych wyrazów innymi, jeżeli zmiany te nie prowadzą do zmiany istoty klauzuli.

W ocenie Sądu pierwszej instancji wszystkie wskazane w zaskarżonej decyzji postanowienia wzorca umownego są tożsame z treścią postanowień uznanych za niedozwolone prawomocnym wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów i wpisanych do rejestru, o którym mowa w art. 479<sup>45</sup> §2 k.p.c. Fakt umieszczenia przez powoda postanowień - których treść jest tożsama z treścią postanowień wpisanych do Rejestru - we wzorcach umownych zawieranych w stosunkach z konsumentami jednoznacznie wskazuje, że stosuje on praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów.

Wskazano, że stosowana przez powoda klauzula o treści „Za przekroczenie przez Bank terminu realizacji dyspozycji posiadaczowi rachunku przysługuje prawo żądania odsetek w wysokości ustawowej za każdy dzień zwłoki” (tak: § 45 ust. 2 Ogólnych warunków) jest tożsama w zakresie treści hipotezy m. in. z klauzulą wpisaną do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone pod pozycją 1962, o treści „W przypadku nieterminowej realizacji dyspozycji Posiadacza rachunku, Bank zapłaci odszkodowanie w wysokości odpowiadającej odsetkom od zadłużenia przeterminowanego, określonym w Cenniku usług, należnym od kwoty dyspozycji, za każdy dzień zwłoki” (wpis dokonany na podstawie wyroku SOKiK z dnia 2 marca 2010 r. sygn.: XVII AmC 483/09). W ocenie tego Sądu dokładna analiza treści powołanych wyżej klauzul musi prowadzić do wniosku, że są to klauzule identyczne w zakresie zakodowanych w nich hipotez. Obie klauzule regulują sytuację, w których przedsiębiorca (w obu przypadkach jest to bank) otrzymuje zlecenie realizacji określonej dyspozycji od posiadacza rachunku i nie realizuje tej dyspozycji w terminie. Powód w stosowanej przez siebie klauzuli wskazał, że konsekwencją jaką ponosi z tytułu nieterminowej realizacji dyspozycji, jest obowiązek uiszczenia na rzecz zlecającego wykonanie dyspozycji konsumenta odsetek w wysokości ustawowej za każdy dzień zwłoki - natomiast w klauzuli wpisanej do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone mowa jest o odszkodowaniu w wysokości odpowiadającej odsetkom od zadłużenia przeterminowanego określonego przez bank, należnym od kwoty dyspozycji, za każdy dzień zwłoki. Zdaniem Sądu Okręgowego obie regulacje są tożsame, gdyż obie przewidują wypłatę odszkodowania w zryczałtowanej wysokości za niewywiązanie się z warunków umowy. Powód wprowadzając do zapisu regulaminu określenie odsetki de facto ustanawia w tej formie odszkodowanie za niewykonanie zobowiązania niepieniężnego w terminie. niepieniężnym. Mamy więc do czynienia w obu porównywanych klauzulach do czynienia z sytuacją, gdy przedsiębiorca a priori, z pominięciem drogi sądowej, ustala wysokość odszkodowania należnego konsumentowi, przy czym należy zwrócić uwagę, że zapis analizowanej klauzuli ogranicza w istocie możliwość dochodzenia odszkodowania w wysokości przenoszącej wysokość zastrzeżonej w ten sposób kary umownej, gdyż nie przewiduje on możliwości dochodzenia dalszego odszkodowania umożliwiającego rekompensatę całej poniesione szkody z tytułu niewłaściwego wykonania umowy przez przedsiębiorcę. Przywołano treść art. 484 §1 zd. 2 k.c., z którego wynika, że o ile w umowie nie postanowiono inaczej, żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne.

Skoro więc w ogólnych warunkach nie przewidziano takiej możliwości, to wysokość żądania odszkodowania w wyższej niż umówiona wysokości jest wyłączona.

Nie podzielono poglądu powoda, że przepis §45 ust. 2 Ogólnych warunków stanowi jedynie uzupełnienie przepisu ustępu 1 tego paragrafu, zgodnie z którym, „W razie nieprawidłowej realizacji dyspozycji Bank ponosi odpowiedzialność za niezachowanie należytej staranności według ogólnych zasad określonych przepisami Kodeksu cywilnego”. Zdaniem powoda zestawienie obu przepisów prowadzi do wniosku, że konsument zawsze ma prawo do dochodzenia swoich praw zgodnie z regułami kodeksu cywilnego - na co wskazuje w §45 ust. 1 Ogólnych warunków - natomiast odpowiedzialność Banku zostaje rozszerzona w §45 ust. 2 poprzez przyznanie niejako „z automatu” odszkodowania (odsetek) w określonej tam wysokości. Sąd pierwszej instancji wskazał na regułę interpretacyjną *lex specialis derogat legi generali* i podniósł, że z analizy §45 Ogólnych warunków jednoznacznie wynika, że ust. 1 tworzy normę ogólną dotyczącą odpowiedzialności Banku w razie nieprawidłowej realizacji dyspozycji, natomiast ust. 2 statuuje normę szczególną, który ogranicza odpowiedzialność Banku w przypadku nieterminowej realizacji dyspozycji, do wysokości iloczynu odsetek ustawowych i kwoty dyspozycji - za każdy dzień zwłoki. Zgodnie z wskazaną wyżej regułą przepis ustępu 2 ma pierwszeństwo w stosowaniu, ponieważ jest przepisem szczególnym. Po drugie wskazano, że przepis ten tylko w pewnej ilości przypadków będzie stanowił rozszerzenie odpowiedzialności banku - a mianowicie w sytuacji, kiedy rzeczywista poniesiona przez konsumenta szkoda będzie niższa od obliczonego w sposób wskazany w regulaminie odszkodowania. W znaczącej ilości przypadków, kwestionowany przepis (podobnie jak przepis wpisany do Rejestru pod pozycją 1962) będzie pełnił funkcję ograniczenia odpowiedzialności banku za szkody wyrządzone nieterminową realizacją zleceń- będzie to miało miejsce w przypadkach, kiedy rzeczywista szkoda poniesiona przez konsumenta jest wyższa od wyliczonego zgodnie z regułami §45 ust. 2 Ogólnych warunków odszkodowania. Podniesiono, że wówczas przedsiębiorca - powołując się na treść kwestionowanego przepisu - będzie mógł uchylić się od ponoszenia odpowiedzialności odszkodowawczej ponad iloczyn wynikający ze znajdującego się w Ogólnych warunkach przepisu. Uznano, że taki przepis ma wybitnie gwarancyjny dla przedsiębiorcy charakter. Przedsiębiorca gwarantuje sobie, że nie będzie zmuszony naprawić poniesionych przez konsumentów szkód, ponad uregulowany w Ogólnych warunkach procent od kwoty dyspozycji za każdy dzień opóźnienia jej realizacji. W pewnej części przypadków faktycznie poniesie odpowiedzialność wobec konsumentów za poniesione przez nich straty w wysokości wyższej niż straty rzeczywiste, ale jednocześnie chroni się przed ponoszeniem ciężaru znaczących kwot odszkodowań, których obowiązek wypłaty może powstać przez nieterminowość realizacji zleceń.

Podkreślono, że zestawienie hipotez normy zawartej w §45 ust. 2 Ogólnych warunków stosowanych przez powoda i normy wpisanej pod pozycją 1962 rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone prowadzi do konkluzji, że są one tożsame. Obie klauzule w sposób rażąco naruszają dobre obyczaje, ponieważ w sposób niekorzystny dla konsumentów regulują kwestię odpowiedzialności banku za nieterminowość realizacji dyspozycji - ograniczając tą odpowiedzialność poprzez zagwarantowanie sobie maksymalnego pułapu tej odpowiedzialności. Jednocześnie naruszają one interesy ekonomiczne konsumentów, którzy zgodnie z regułami ogólnymi kodeksu cywilnego mają zagwarantowane prawo do pełnego odszkodowania, natomiast prawo to na mocy kwestionowanych zapisów doznaje uszczerbku, gdyż ogranicza odpowiedzialność odszkodowawczą przedsiębiorcy do określonego z góry odsetka kwoty dyspozycji.

Odnosnie do drugiego z zakwestionowanych przez Prezesa Urzędu postanowienia umownego, znajdującego się w §51 Ogólnych warunków, o treści „W przypadku wysłania korespondencji drogą pocztową listami zwykłymi - przesyłkę uznaje się za doręczoną po upływie pięciu dni roboczych od daty jej nadania w urzędzie pocztowym.” uznano, że jest ono tożsame w zakresie hipotezy z normą znajdującą się w rejestrze postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone pod pozycją 1954, o treści: „Pisemne zawiadomienie o dokonanych zmianach wraz z podaniem dnia ich wejścia w życie uważa się za doręczone po upływie 14 dni od daty wysłania na ostatni podany przez Klienta adres do korespondencji” (wpis dokonany na podstawie wyroku SOKiK z dnia 24 lutego 2010 r., sygn. XVII AmC 787/09). Podniesiono, że oba wskazane powyżej postanowienia umowne tworzą swoiste domniemania, a mianowicie, w pierwszym przypadku jest to domniemanie że w przypadku wysłania korespondencji przez bank drogą pocztową listem zwykłym do konsumenta - została mu ona doręczona po upływie 5 dni roboczych - a więc miał możliwość

zapoznania się z nią po upływie tego terminu. W przypadku drugiej klauzuli, tworzy ona podobne domniemanie, zgodnie z którym, zawiadomienie skierowane przez bank do konsumenta uważa się za doręczone po upływie 14 dni od daty wysłania na ostatni podany przez konsumenta adres. Zauważono, że w obu przypadkach domniemania te działają przeciwko konsumentom umożliwiając przedsiębiorcom podejmowanie czynności w opisanych sytuacjach „jak gdyby” konsument otrzymał skierowaną do niego korespondencję, czyli posiadał wiedzę na temat planów, zamierzeń czy nawet oświadczeń woli przedsiębiorcy. Po drugie, istnienie domniemania doręczenia w przypadku sporu sądowego spowoduje, że to konsument będzie obciążony ciężarem przeprowadzenia dowodu, na okoliczność, że korespondencji nie otrzymał - co przy często braku merytorycznego przygotowania i profesjonalnego pełnomocnika - będzie dla niego niezwykle trudne. Ponadto oba analizowane postanowienia umowne ingerują w stworzoną przez ustawodawcę w art. 61 §1 k.c. regułę, zgodnie z którą, oświadczenie woli skierowane do innej osoby jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jej treścią. Dlatego stwierdzono, że postanowienia te są w sposób rażący sprzeczne z dobrymi obyczajami, albowiem w sposób niekorzystny dla konsumentów rozkładają prawa i obowiązki stron stosunku kontraktowego.

Sąd Okręgowy podzielił także zapatrywania Prezesa Urzędu, że bezprawne działanie powoda polegające na stosowaniu w relacjach z konsumentami postanowień umownych wpisanych uprzednio do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone naruszało zbiorowe interesy konsumentów. Wskazano, że stosowany przez powoda wzorzec umowny zawierający kwestionowane klauzule umowne wykorzystywany był w ramach stosunków prawnych nawiązywanych z klientami, zainteresowanymi otwarciem i prowadzeniem rachunków wkładów oszczędnościowych. Krąg adresatów oferty był więc nieograniczony. Klienci powoda nie mieli wpływu na treść stosowanego przez niego wzorca umownego.

Wobec powyższego uznano, że w rozpatrywanym przypadku zachodzą obie niezbędne przesłanki dla stwierdzenia stosowania przez powoda praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Stwierdzono, że Prezes Urzędu prawidłowo w zaskarżonej decyzji ustalił, iż stosowanie przez powoda wskazanej wyżej praktyki naruszająca zbiorowe interesy konsumentów zostało zaniechane z dniem 3 listopada 2010 r., tj. z dniem wprowadzenia w życie Zarządzenia Prezesa Zarządu Banku nr (...) o nazwie „Ogólne warunki otwierania i prowadzenia przez Bank (...) S.A. rachunków wkładów oszczędnościowych”. Z uwagi na to, że w dniu wydania decyzji administracyjnej nadal pozostawały w obrocie umowy z konsumentami, zawarte według reguł określonych poprzednio obowiązującymi Ogólnymi warunkami, zawierającymi niedozwolone postanowienia umowne uzasadnionym było określenie środka zmierzającego do usunięcia trwających wówczas nadal skutków naruszenia zbiorowych interesów konsumentów, poprzez nałożenie na powoda obowiązku doręczenia konsumentom, z którymi umowy zostały zawarte w oparciu o poprzednio obowiązując Ogólne warunki zmienionego wzorca, uwzględniającego treść decyzji z dnia 27 grudnia 2010 r. - w terminie 3 m-cy od daty uprawomocnienia się tej decyzji. Uznano, że brak nałożenia na przedsiębiorcę wskazanego wyżej obowiązku mógłby doprowadzić do zróżnicowania sytuacji prawnej konsumentów, zawierających z powodem umowy przed i po wprowadzeniu

Ogólnych warunków z dnia 3 listopada 2010 r. - i tym samym pozostawić w obrocie uprawnym umowy z klientami powoda, oparte na niedozwolonych postanowieniach umownych.

Za adekwatną do wagi dokonanych przez powoda naruszeń zbiorowych "interesów konsumentów Sąd pierwszej instancji uznał nałożoną na powoda karę pieniężną. Przyjęto, że kara ta w wysokości 1 993 350 zł została wymierzona powodowi przy uwzględnieniu, że działanie przedsiębiorcy było nieumyślne, krótkotrwałe oraz, że postanowienie §45 ust. 2 Ogólnych warunków jest zapisem o stosunkowo niewielkiej szkodliwości, zaś postanowienie §51 Ogólnych warunków jest zapisem o stosunkowo dużej szkodliwości. Podniesiono, że stopień zagrożenia konsumentów stosowanymi przez powoda praktykami był umiarkowany, powód dobrowolnie zaniechał stosowania wskazanej w sentencji decyzji praktyki, współdziałał z organem administracyjnym w toku postępowania, a także to, że zakres działań powoda miał zasięg ogólnopolski. Zauważono, że wymierzona kara stanowi zaledwie 0,02 % przychodu powoda z 2009 r. i jednocześnie 0,2 % maksymalnego wymiaru kary. W ocenie Sądu Okręgowego kara w wymiarze 1 993 350 zł spełni swoją funkcję prewencyjną - jest wyraźnym ostrzeżeniem na przyszłość dla powoda i innych

podmiotów, zapobiegającym powtarzaniu nagannych zachowań, oraz represyjną - stanowi poważną dolegliwość dla przedsiębiorcy, nie niosąc ze sobą jednocześnie ryzyka wyeliminowania go z obrotu gospodarczego.

Podniesiono, że nie jest trafnym zarzut powoda, że zakwestionowane klauzule były przedmiotem konsultacji z Prezesem Urzędu w 2002 r. czego nie uwzględniono na korzyść przedsiębiorcy w procesie miarkowania kary finansowej. W ocenie Sądu Prezes Urzędu uwzględnił powyższą okoliczność przyjmując ją na korzyść przedsiębiorcy. Podkreślono, że prawo ochrony konsumentów podlega ciągłemu rozwojowi i ewolucji. Efektem powyższego rozwoju są zmiany w podejściu do różnych postanowień umownych - co znajduje wyraz w m. in. w orzecznictwie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Rejestr postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone podaje do publicznej wiadomości oceny prawne różnych, stosowanych w obrocie z konsumentami postanowień umownych. Przedsiębiorcy winni śledzić zachodzące zmiany w prawie ochrony konsumentów, które znajdują odbicie w orzecznictwie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów i dostosowywać do nich stosowane wzorce umowne.

Z tych powodów odwołanie powoda zostało oddalone. O kosztach postępowania orzeczono w oparciu o art. 108 § 1 k.p.c. i art., 98 § 1 k.p.c., obciążając nimi w całości powoda, stosownie do wyniku sporu.

Apelację od tego wyroku wniósł powód zaskarżając go w całości

i podnosząc następujące zarzuty:

I. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

1) art. 24 ust. 1 i 2 ustawy o o. k. i k. poprzez błędną ich wykładnię prowadzącą do niewłaściwego ich zastosowania, polegającą na uznaniu za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów stosowanie postanowienia § 45 ust. 2 „Ogólnych warunków otwierania i prowadzenia przez Bank (...) S.A. rachunków wkładów oszczędnościowych”, w brzmieniu obowiązującym u Powoda do dnia 2 listopada 2010 roku („Ogólne Warunki”), a to z uwagi na rzekomą tożsamość § 45 ust. 2 Ogólnych Warunków z postanowieniem wpisanym do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone („Rejestr”) pod pozycją 1962;

2) art. 24 ust. 1 i 2 ustawy o o. k. i k. w zw. z art. 65 k.c. i w zw. z § 45 Ogólnych Warunków poprzez błędną wykładnię postanowień § 45 Ogólnych Warunków polegającą na wadliwym ustaleniu, iż odszkodowanie należne konsumentowi na podstawie § 45 ust. 2 Ogólnych Warunków jest jedynym uprawnieniem jakie przysługuje konsumentowi w przypadku przekroczenia przez Powoda terminu realizacji dyspozycji konsumenta, a to w wyniku nieuzasadnionego zastosowania przez Sąd przy interpretacji tego postanowienia reguły kolizyjnej *lex specialis derogat legi generali*, podczas, gdy normy prawne zawarte w § 45 ust. 1 i § 45 ust. 2 Ogólnych Warunków nie są ze sobą sprzeczne, uzupełniają się wzajemnie, zapewniając konsumentowi możliwość dochodzenia odszkodowania za niezachowanie należytej staranności przez Powoda według ogólnych zasad określonych przepisami Kodeksu cywilnego;

3) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 24 ust. 1 i 2 ustawy o o.k. i k. w zw. z art. 471 k.c., art. 472 k.c., art. 483 § 1 k.c., art. 484 § 1 k.c., art. 355 § 2 k.c., art. 52 ust. 2 pkt 10 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. prawo bankowe oraz art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. i art. 385<sup>3</sup> pkt 2 k.c. poprzez błędną ich wykładnię prowadzącą do niewłaściwego ich zastosowania oraz naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 233 § 1 k.p.c. polegającą na pominięciu przedstawionych przez powoda dowodów i argumentów prawnych i uznaniu, że postanowienie § 45 ust. 2 Ogólnych Warunków ogranicza odpowiedzialność Powoda względem konsumenta za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania w stosunku do zasad ogólnych poprzez zastrzeżenie na rzecz konsumenta kary umownej, gdyż nie przewiduje możliwości dochodzenia dalszego odszkodowania umożliwiającego rekompensatę całej poniesionej szkody, podczas gdy na podstawie art. 52 ust. 2 pkt 10 ustawy prawo bankowe banki zobowiązane są wskazać swoim klientom wysokość należnego im odszkodowania za przekroczenie terminu realizacji dyspozycji klienta;

kwestionowana klauzula nie narusza także art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c., ponieważ nie wprowadza w błąd konsumentów co do przysługujących im uprawnień;

4) art. 24 ust. 1 i 2 ustawy o o. k. i k. poprzez ich błędną wykładnię prowadzącą do niewłaściwego zastosowania polegającą na uznaniu za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, stosowanie postanowienia § 51 Ogólnych Warunków, a to z uwagi na rzekomą tożsamość § 51 Ogólnych Warunków z postanowieniem wpisanym do Rejestru pod pozycją 1954, podczas, gdy z uwagi na odmienny cel obu powyższych postanowień nie jest prawidłowym ustalenie, iż są one tożsame;

5) art. 24 ust. 1 i 2 ustawy o o. k. i k. w związku z art. 385 § 1 k.c.,

poprzez ich błędną wykładnię prowadzącą do niewłaściwego zastosowania oraz naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 233 § 1 k.p.c. polegającą na pominięciu przedstawionych przez Powoda dowodów i argumentów prawnych i uznaniu, że § 51 Ogólnych Warunków powodował, iż konsument w relacjach z Powodem nie mógł „powoływać się na niewiedzę” oraz, iż konsument był obciążony ciężarem trudnego do przeprowadzenia dowodu na okoliczność nieotrzymania korespondencji od Powoda i wobec tego postanowienie takie stanowi klauzulę abuzywną, podczas, gdy konsument z łatwością mógł przerzucić ciężar udowodnienia doręczenia korespondencji na Powoda poprzez oświadczenie, że korespondencji nie otrzymał lub otrzymał ją w innym terminie;

6) art. 27 ust. 4 w związku z art. 26 ust. 2 ustawy o o. k. i k. poprzez niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji uznanie za prawidłowe nałożenie na Powoda obowiązku doręczenia konsumentom, z którymi umowy zawarte zostały w oparciu o Ogólne Warunki zawierające rzekomo klauzule umowne wpisane do Rejestru pod pozycją 1962 i 1954, zmienionego wzorca, podczas, gdy:

a) powód nie stosował praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów polegających na stosowaniu w Ogólnych Warunkach postanowień umownych wpisanych do Rejestru pod pozycją 1962 i 1954;

b) przed datą wydania zaskarżonego wyroku, powód nie stosował już w obrocie (ani z obecnymi, ani z potencjalnymi klientami - konsumentami) zakwestionowanych przez Pozwanego klauzul, a wobec tego zobowiązanie to stało się i tak bezprzedmiotowe;

7) art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy o o. k. i k. poprzez niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji uznanie za prawidłowe nałożenie na powoda kary pieniężnej w sytuacji, w której nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy o o. k. i k., oraz naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 111 ustawy w zw. z naruszeniem przepisów prawa procesowego, tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez bezzasadne uznanie, że nałożona na Powoda kara pieniężna jest karą adekwatną do zarzucanego czynu ,

Prawidłowe zastosowanie kryteriów nakładania kary i wszechstronne rozważenie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz jego prawidłowa ocena uzasadniały odstąpienie od nałożenia kary pieniężnej bądź nałożenie jej w wysokości znacznie niższej; 8) naruszenie konstytucyjnych zasad postępowania tj. art. 42 Konstytucji RP w zw. z art. 233 § 1 k.p.c. poprzez zaniechanie ustaleń w przedmiocie winy powoda i oparcie wyroku na jej domniemaniu oraz zaniechanie dokonania wszechstronnej oceny prawnej zebranego w sprawie materiału dowodowego w zakresie ustaleń wpływających na wymiar kary pieniężnej będącej środkiem o charakterze represyjnym ;

9) naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 316 § 1 k.p.c. poprzez nieuwzględnienie przy wydawaniu wyroku stanu rzeczy istniejącego w chwili zamknięcia rozprawy, tj. faktu, że już przed datą wydania zaskarżonej decyzji , tj. od 3 listopada 2010 r. powód nie oferował potencjalnym klientom - konsumentom wzorców umownych zawierających zakwestionowane postanowienia, a przed datą wydania zaskarżonego wyroku powód nie stosował tych postanowień w obrocie także z dotychczasowymi klientami;



Wskazując na powyższe zarzuty powód wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uchylenie decyzji w całości ; względnie o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zmianę decyzji w całości; względnie

o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez odstąpienie od nałożenia na powoda kary , ewentualnie o jej obniżenie; ewentualnie

o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Warszawie;

W każdym przypadku rozstrzygnięcia powód wnosił o zasądzenie od pozwanego na swoją rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

### **Sąd Apelacyjny ustalił i zważył , co następuje.**

Apelacja jest zasadna o ile zmierza do uchylenia nałożonej kary, zaś w pozostałej części nie zasługuje na uwzględnienie.

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

Podniesiony w apelacji zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 i 2 ustawy o o. k. i k. poprzez uznanie za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów stosowanie postanowienia § 45 ust. 2 „Ogólnych warunków otwierania i prowadzenia przez Bank (...) S.A. rachunków wkładów oszczędnościowych" z uwagi tożsamość § 45 ust. 2 Ogólnych Warunków z postanowieniem wpisanym do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone („Rejestr") pod pozycją 1962 nie jest trafny.

Wbrew twierdzeniom strony skarżącej prawidłowe są ustalenia Sądu pierwszej instancji o tożsamości zakwestionowanej klauzuli z postanowieniem wpisanym do Rejestru pod pozycją 1962. Zasadnie uznano , że powód w stosowanej przez siebie klauzuli wskazał, że konsekwencją jaką ponosi z tytułu nieterminowej realizacji dyspozycji, jest obowiązek uiszczenia na rzecz zlecającego wykonanie dyspozycji konsumenta odsetek w wysokości ustawowej za każdy dzień zwłoki - natomiast w klauzuli wpisanej do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone mowa jest o odszkodowaniu w wysokości odpowiadającej odsetkom od zadłużenia przeterminowanego określonego przez bank, należnym od kwoty dyspozycji, za każdy dzień zwłoki. Niewątpliwie obie regulacje są mają to samo znaczenie i sens, gdyż obie przewidują wypłatę odszkodowania w zryczałtowanej wysokości za niewywiązanie się z warunków umowy.

Także zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 i 2 ustawy o o. k. i k. w zw. z art. 65 k.c. i w zw. z § 45 Ogólnych Warunków poprzez błędną wykładnię postanowień § 45 Ogólnych Warunków polegającą na wadliwym ustaleniu, iż odszkodowanie należne konsumentowi na podstawie § 45 ust. 2 Ogólnych Warunków jest jedynym uprawnieniem jakie przysługuje konsumentowi w przypadku przekroczenia przez Powoda terminu realizacji dyspozycji konsumenta - nie zasługuje na uwzględnienie.

Na rozprawie przed Sądem Apelacyjnym pełnomocnik powoda podkreślił , iż regulacje zawarte w §45 ust. 1 oraz w §42 ust.2 Ogólnych Warunków mają autonomiczny charakter , należy interpretować je oddzielnie i nie ma potrzeby stosowania reguły kolizyjnej *lex specialis derogat legi generali*.

Sąd Apelacyjny zważył , że lektura treści y §45 Ogólnych warunków prowadzi do wniosku, że ust. 1 tworzy normę ogólną dotyczącą odpowiedzialności Banku w razie nieprawidłowej realizacji dyspozycji, natomiast ust. 2 statuuje normę szczególną, który ogranicza odpowiedzialność Banku w przypadku nieterminowej realizacji dyspozycji, do wysokości iloczynu odsetek ustawowych i kwoty dyspozycji - za każdy dzień zwłoki .Można zgodzić się ze skarżącym, że przepis ten ma samodzielny charakter .Prawidłowo jednak Sąd pierwszej instancji podniósł, że przepis ten tylko w pewnej ilości przypadków będzie stanowił rozszerzenie odpowiedzialności banku - a mianowicie w sytuacji, kiedy rzeczywista poniesiona przez konsumenta szkoda będzie niższa od obliczonego w sposób wskazany w regulaminie odszkodowania. W znaczącej ilości przypadków, kwestionowany przepis (podobnie jak przepis wpisany do Rejestru

pod pozycją 1962) będzie pełnił funkcję ograniczenia odpowiedzialności banku za szkody wyrządzone nieterminową realizacją zleceń- będzie to miało miejsce w przypadkach, kiedy rzeczywista szkoda poniesiona przez konsumenta jest wyższa od wyliczonego zgodnie z regułami §45 ust. 2 Ogólnych warunków odszkodowania. Trafnie uznano, że wówczas przedsiębiorca - powołując się na treść kwestionowanego przepisu - będzie mógł uchylić się od ponoszenia odpowiedzialności odszkodowawczej ponad iloczyn wynikający ze znajdującego się w Ogólnych warunkach przepisu, a zatem przepis ten ma wybitnie gwarancyjny dla przedsiębiorcy charakter. Przedsiębiorca gwarantuje sobie, że nie będzie zmuszony naprawić poniesionych przez konsumentów szkód, ponad uregulowany w Ogólnych warunkach procent od kwoty dyspozycji za każdy dzień opóźnienia jej realizacji.

Wobec powyższych ustaleń nie mógł odnieść skutku zawarty w apelacji zarzut naruszenia przepisów art. 24 ust. 1 i 2 ustawy o o. k. i k. w zw. z art. 471 k.c., art. 472 k.c., art. 483 § 1 k.c., art. 484 § 1 k.c., art. 355 § 2 k.c., art. 52 ust. 2 pkt 10 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. prawo bankowe oraz art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. i art. 385<sup>3</sup> pkt 2 k.c. poprzez błędną ich wykładnię prowadzącą do niewłaściwego ich zastosowania oraz naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 233 § 1 k.p.c. polegającą na pominięciu przedstawionych przez powoda dowodów i argumentów prawnych i uznaniu, że postanowienie § 45 ust. 2 Ogólnych Warunków ogranicza odpowiedzialność Powoda względem konsumenta za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania w stosunku do zasad ogólnych poprzez zastrzeżenie na rzecz konsumenta kary umownej, gdyż nie przewiduje możliwości dochodzenia dalszego odszkodowania umożliwiającego rekompensatę całej poniesionej szkody, podczas gdy na podstawie art. 52 ust. 2 pkt 10 ustawy prawo bankowe banki zobowiązane są wskazać swoim klientom wysokość należnego im odszkodowania za przekroczenie terminu realizacji dyspozycji klienta. Dodatkowo można tylko wskazać, że postanowienie § 45 ust. 2 Ogólnych Warunków nie odpowiada także wymogom określonym w art. 52 ust. 2 pkt 10 ustawy prawo bankowe.

Zarzuty odnoszące się do błędnej wykładni treści postanowienia § 51 Ogólnych Warunków także nie są zasadne.

Dotyczy to zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 i 2 ustawy o o. k. i k. poprzez ich zastosowanie oraz zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 i 2 ustawy o o. k. i k. w związku z art. 385 § 1 k.c. poprzez niewłaściwe zastosowanie oraz naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. wobec pominięcia przedstawionych przez powoda dowodów i argumentów prawnych i uznaniu, że § 51 Ogólnych Warunków powodował, iż konsument w relacjach z Powodem nie mógł „powoływać się na niewiedzę” oraz, iż konsument był obciążony ciężarem trudnego do przeprowadzenia dowodu na okoliczność nieotrzymania korespondencji .

Jak trafnie ustalił Sąd pierwszej instancji postanowienie zawarte w § 51 Ogólnych Warunków oraz postanowienie wpisane do Rejestru pod pozycją 1954 tworzą swoiste domniemania doręczenia i zapoznania się z treścią przesyłki. W pierwszym przypadku jest to domniemanie że w przypadku wysłania korespondencji przez bank drogą pocztową listem zwykłym do konsumenta - została mu ona doręczona po upływie 5 dni roboczych - a więc miał możliwość zapoznania się z nią po upływie tego terminu. W przypadku klauzuli wpisanej do Rejestru zawiadomienie skierowane przez bank do konsumenta uważa się za doręczone po upływie 14 dni od daty wysłania na ostatni podany przez konsumenta adres. Jak prawidłowo zauważono w obu przypadkach domniemania te działają przeciwko konsumentom umożliwiając przedsiębiorcom podejmowanie czynności w opisanych sytuacjach „jak gdyby” konsument otrzymał skierowaną do niego korespondencję, czyli posiadał wiedzę na temat planów, zamierzeń czy nawet oświadczeń woli przedsiębiorcy.

Nadto analizowane postanowienia umowne ingerują w stworzoną przez ustawodawcę w art. 61 §1 k.c. regułę, zgodnie z którą, oświadczenie woli skierowane do innej osoby jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jej treścią. Dlatego zasadnie uznano, że postanowienia te są w sposób rażący sprzeczne z dobrymi obyczajami, albowiem w sposób niekorzystny dla konsumentów rozkładają prawa i obowiązki stron stosunku kontraktowego.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 27 ust. 4 w związku z art. 26 ust. 2 ustawy o o. k. i k..

Wobec tego, że powód stosował praktyki naruszających zbiorowe interesy konsumentów polegających na stosowaniu w Ogólnych Warunkach postanowień umownych wpisanych do Rejestru pod pozycją 1962 i 1954;

prawidłowo nałożono na powoda obowiązek doręczenia konsumentom, z którymi umowy zawarte zostały w oparciu o Ogólne Warunki zmienionego wzorca, mimo że przed datą wydania zaskarżonego wyroku, powód nie stosował już w obrocie zakwestionowanych klauzul. Jak wynika z poczynionych ustaleń faktycznych zmienione Ogólne Warunki w brzmieniu wprowadzonym Zarządzeniem Nr (...) z dnia 3 listopada 2010 r. - stosuje się nie tylko do umów rachunków bankowych zawieranych począwszy od dnia 3 listopada 2010 r., ale także do umów zawartych przed tą datą. Stosownie do treści postanowienia § 3 ust. 2 Zarządzenia Nr (...): „W stosunku do Umów zawartych do dnia poprzedzającego dzień wejścia w życie niniejszego Zarządzenia włącznie - Zarządzenie wchodzi w życie po upływie 3 miesięcy od dnia podpisania”.

Wyznaczenie trzymiesięcznego terminu wynikało z konieczności zachowania trybu wprowadzenia zmian Ogólnych Warunków. Zmienione postanowienia wiążą strony, jeżeli posiadacz rachunku nie wypowie umowy w terminie 14 dni od dnia otrzymania informacji”. W chwili wydawania zaskarżonej decyzji - wciąż jeszcze występowały skutki niedozwolonych postanowień umownych, bowiem Przedsiębiorca był w trakcie doręczania konsumentom zmienionego wzorca, uwzględniającego zastrzeżenia Prezesa Urzędu. Jeżeli obowiązek ten został wykonany już w całości powód powinien zawiadomić o tym Prezesa Urzędu, zaś nie ma potrzeby uchylania decyzji w tym zakresie.

W sprawie nie doszło także do naruszenia art. 316 § 1 k.p.c. poprzez nieuwzględnienie przy wydawaniu wyroku stanu rzeczy istniejącego w chwili zamknięcia rozprawy, tj. faktu, że już przed datą wydania zaskarżonej decyzji, tj. od 3 listopada 2010 r. powód nie oferował potencjalnym klientom - konsumentom wzorców umownych zawierających zakwestionowane postanowienia, a przed datą wydania zaskarżonego wyroku powód nie stosował tych postanowień w obrocie także z dotychczasowymi klientami bowiem z treści zaskarżonej decyzji wynika, iż w dacie jej wydawania stwierdzono zaniechanie praktyki polegającej na naruszeniu zbiorowych interesów konsumentów z dniem 3 listopada 2010r. ( pkt. I zaskarżonej decyzji).

Z tych wszystkich powodów apelacja w tej części nie mogła odnieść skutku i dlatego została oddalona.

Na uwzględnienie zasługiwały podniesione w apelacji zarzuty naruszenia art. 106 ust. 1 pkt 4 i art.111 ustawy o o. k. i k. w zw. z naruszeniem art. 233 § 1 k.p.c. poprzez bezzasadne uznanie, że nałożona kara pieniężna jest karą adekwatną do zarzucanego czynu .

Zgodnie z treścią art. 106 ust. 1 ustawy o .o. k. i k. Prezes Urzędu może nałożyć karę pieniężną, a zatem kary są wyłącznie fakultatywne . Prezes Urzędu , wydając decyzję o nałożeniu kary pieniężnej, działa w ramach uznania administracyjnego. Powinien on kierować się zasadą równości i proporcjonalności, jak również kryteriami określonymi w art. 111 ustawy o o. k. i k. 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 ustawy o 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 naruszydela) przemawiać będą za nienakładaniem kary pieniężnej. Ponadto sama ustawa przewiduje sytuację, w których Prezes Urzędu zobligowany będzie do odstąpienia od nałożenia kary lub też do obowiązkowego obniżenia jej wysokości . W pewnych sytuacjach, w szczególności kiedy naruszenie przepisów ustawy zostało już usunięte przez przedsiębiorcę, nałożenie kary może okazać się środkiem nieprzydatnym, a zwłaszcza niekoniecznym do osiągnięcia zamierzonego celu (tu: wyegzekwowania stosowania się do przepisów ustawy przez przedsiębiorcę). Także stosowne rozporządzenia w prawie wspólnotowym nie przewidują kar obligatoryjnych.

Zakres stosowania kryteriów, o których mowa w art. 111 ustawy o o. k. i k. (a także tych w nim niewymienionych) - tj. ocenianie wagi każdego z nich - należy do Prezesa Urzędu. W aktualnym stanie prawnym wyróżnione zostały cztery kryteria wymiaru kary, a mianowicie: - okres naruszenia przepisów ustawy, - stopień naruszenia przepisów ustawy, - uprzednie naruszenie przepisów ustawy oraz - okoliczności naruszenia przepisów ustawy.

Pierwszym z kryteriów określonych w art. 111 u.o.k.k. jest okres naruszenia przepisów ustawy. Jest to bardzo istotne kryterium w zakresie wymiaru kary pieniężnej. Czas trwania naruszenia ma bowiem znaczący wpływ na potencjalne konsekwencje rynkowe i tym samym na stopień ingerencji przedsiębiorstw (naruszycieli) w struktury wolnej konkurencji. Usunięcie ("ustanie") stanu naruszenia może być następstwem dobrowolnego działania przedsiębiorcy; może być także wymuszone wskutek stosowania przez Prezesa Urzędu kar pieniężnych, o których mowa w art. 107 u.o.k.k.

Drugim kryterium, którym powinien kierować się Prezes Urzędu przy wymierzaniu kary, jest stopień naruszenia przepisów ustawy. Na stopień naruszenia ma wpływ także czas trwania tego naruszenia (im jest on dłuższy, tym większy zarazem jest "stopień" naruszenia).

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; pamiętając, iż przepisy ustawy antymonopolowej nie uzależniają wymierzenia kary od istnienia winy subiektywnej, 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; - korzyści finansowe, jakie naruszyiciel uzyskał wskutek stosowania praktyki antykonkurencyjnej; - stopień naruszenia interesu publicznego; - skutki naruszenia przepisów ustawy.

Ponadto okolicznościami naruszenia przepisów ustawy mogą być także takie czynniki, jak: zakres geograficzny naruszenia, czy naruszenie zostało wprowadzone w życie, czy też nie; okoliczności te wymienione zostały przez Komisję jako czynniki mające wpływ na ustalenie kwoty (podstawowej) grzywny. Komisja wskazała także na jeszcze inne okoliczności, które będzie brała pod uwagę przy ustalaniu wysokości nakładanej kary pieniężnej (grzywny), rozróżniając zarówno okoliczności obciążające (przemawiające za podwyższeniem kary), jak i łagodzące (przemawiające za obniżeniem kary). Do tych pierwszych zaliczyła:

- odmowę współpracy przez przedsiębiorstwo lub przeszkadzanie w prowadzeniu dochodzenia;
- pełnienie kierowniczej roli w naruszeniu przez dane przedsiębiorstwo lub zachęcanie innych podmiotów do naruszenia regulacji prawa konkurencji;
- kontynuowanie naruszenia przepisów, względnie ponowne dokonanie przez przedsiębiorstwo naruszenia identycznego lub podobnego (tego rodzaju okoliczność została jednak wyodrębniona w polskiej ustawie jako osobne kryterium - ").

Z kolei za łagodzące okoliczności naruszenia prawa konkurencji Komisja uznaje: - dostarczenie przez dane przedsiębiorstwo dowodu, że położyło ono kres naruszeniu przepisów po pierwszej interwencji Komisji; - dostarczenie przez dane przedsiębiorstwo dowodu, że naruszenie przepisów spowodowane było zaniedbaniem (okoliczność ta wiąże się z oceną stopnia winy przedsiębiorcy); - dostarczenie przez dane przedsiębiorstwo dowodu, że jego udział w naruszeniu przepisów jest zasadniczo ograniczony; - aktywną współpracę danego przedsiębiorstwa z Komisją, wykraczającą poza zakres stosowania obwieszczenia Komisji w sprawie zwalniania z grzywny; - udzielone na

podstawie przepisów prawnych lub przez organy publiczne upoważnienie lub zachęta do działań zakłócających konkurencję( por. Konrad Kohutek, Komentarz do art.106 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Lex 2008).

Przenosząc te rozważania na grunt niniejszej sprawy Sąd Apelacyjny stwierdza, że nakładając na powoda karę pieniężną naruszono zasadę proporcjonalności.

Jak wynika z uzasadnienia zaskarżonej decyzji wymierzając powyższą karę Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że naruszenie przez przedsiębiorcę przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów miało charakter nieumyślny i że praktyka ta była stosowana przez Przedsiębiorcę przez krótki okres czasu, tj. od daty dokonania wpisów w rejestrze niedozwolonych postanowień umownych odpowiednio pod pozycjami 1954 (dnia 25 maja 2010 r.) i 1962 (dnia 7 czerwca 2010 r.) do chwili jej zaniechanie z dniem 3 listopada 2010 r., a więc zaledwie około 5 miesięcy. Prezes Urzędu postanowienie ograniczające odpowiedzialność Przedsiębiorcy względem konsumenta za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, polegające na przekroczeniu terminu realizacji dyspozycji posiadacza rachunku, przewidując jedynie prawo żądania odsetek ustawowych za każdy dzień zwłoki, niezależnie od wysokości faktycznie poniesionej przez konsumenta szkody ( §45 ust.2 Ogólnych Warunków) zakwalifikował jako zapis o stosunkowo niewielkiej szkodliwości, którego zastosowanie może doprowadzić do dezinformacji konsumenta co do przysługujących mu uprawnień w zakresie możliwości dochodzenia od Przedsiębiorcy odszkodowania uzupełniającego, ponad wyliczone odsetki ustawowe, do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody. Uwzględniono, że stosowanie tego zapisu mogło rodzić zagrożenie dla wszystkich konsumentów, związanych postanowieniami Ogólnych Warunków, lecz jedynie w nielicznych przypadkach mógł on znaleźć faktyczne zastosowanie. Druga z klauzul(§51 Ogólnych warunków) przyznająca przedsiębiorcy uprawnienie do jednostronnej oceny skuteczności doręczenia konsumentom korespondencji, wbrew powszechnie obowiązującym przepisom art. 61 § 1 k.c., zakwalifikowano jako zapis o stosunkowo dużej szkodliwości dla konsumentów. Uwzględniono jednak , że stosowanie tego postanowienia jedynie w nielicznych przypadkach mogło znaleźć faktyczne zastosowanie. Wobec faktu, że zachowania przedsiębiorcy miały miejsce na rynku, na którym wiele podmiotów oferuje swoje usługi, a zatem konsumenci mieli znaczną swobodę wyboru przy wyborze kontrahenta i oferty, Prezes Urzędu uznał, że stopień zagrożenia przedmiotowymi praktykami naruszającymi zbiorowe interesy konsumentów był względnie umiarkowany. Dokonując określenia wymiaru kary pieniężnej Prezes Urzędu uwzględnił także to, że przedsiębiorca zaniechał stosowania praktyki niezwłocznie po wszczęciu postępowania administracyjnego, współdziałał w trakcie postępowania administracyjnego, uwzględnił niski stopień zawinienia oraz ogólnopolski zasięg naruszenia.

Mimo wnikliwego rozważenia wszystkich kryteriów Prezes Urzędu uznał , że nałożenie kary pieniężnej jest uzasadnione i ustalił, że karę pieniężną z tytułu naruszenia art. 24 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wyniosła w kwocie 1.993.350 zł, co stanowi 0,02 % przychodu Przedsiębiorcy oraz 0,2 % maksymalnego wymiaru kary. Sąd Okręgowy uznał nałożenie kary i jej wysokość za adekwatne do stopnia naruszenia.

Z takim stanowiskiem nie można się zgodzić. Powołane wyżej okoliczności , z uwagi na zasadę proporcjonalności ,uzasadniają odstąpienie w niniejszej sprawie od nakładania kary pieniężnej na przedsiębiorcę - mimo dopuszczenia się przezeń zachowań wymienionych w art. 106 ust. 1 ustawy o o. k. i k. Naruszenie przepisów ustawy zostało już usunięte przez przedsiębiorcę, a zatem nałożenie kary jest środkiem nieprzydatnym, a zwłaszcza niekoniecznym do osiągnięcia zamierzonego celu (tu: wyegzekwowania stosowania się do przepisów ustawy przez przedsiębiorcę). Na korzyść przedsiębiorcy przemawia przede wszystkim krótki okres trwania naruszeń , zaniechanie naruszeń, nieumyślność tych naruszeń oraz współdziałanie z Prezesem Urzędu w toku postępowania administracyjnego.

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 procesu postanowiono stosownie do treści art.100 k.p.c. w związku z art.108§1 k.p.c. uznając , że pozwany uległ tylko co do nieznaczej części żądania.