

Sygn. akt VI ACa 1424/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 maja 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Aldona Wapińska

Sędzia SA – Regina Owczarek – Jędrasik

Sędzia SA – Agata Zając (spr.)

Protokolant: sekr. sądowy Beata Pelikańska

po rozpoznaniu w dniu 7 maja 2013 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa Miejskiego Przedsiębiorstwa (...) w m.(...) W. S.A. z siedzibą w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o ochronę konkurencji i nałożenie kary pieniężnej

na skutek apelacji obu stron

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

z dnia 30 maja 2012 r.

sygn. akt XVII AmA 66/10

I zmienia zaskarżony wyrok w punkcie pierwszym w ten sposób, że odwołanie w zakresie objętym tym punktem oddala;

II oddala apelację powoda;

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

Sygn. akt VI ACa 1424/12

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 31 grudnia 2009 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej jako Prezes UOKiK) uznał za praktyki ograniczające konkurencję, określone w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów:

a) nadużywanie przez Miejskie Przedsiębiorstwo (...) w m.(...) W. SA (dalej jako (...)) pozycji dominującej na lokalnym rynku zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków na terenie m.(...) W., gmin: M., N., R., S. i miast: P. i P. polegające na narzucaniu odbiorcom usług uciążliwych warunków umów przynoszących przedsiębiorcy nieuzasadnione korzyści poprzez zamieszczenie w treści umów o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków postanowień, zgodnie z którymi przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne nie ponosi odpowiedzialności za przerwy w świadczeniu usług

spowodowane brakiem wody na ujęciu, wynikające z zawinonego działania przedsiębiorcy – i nakazał zaniechania jej stosowania

b) nadużywanie przez (...) pozycji dominującej na lokalnym rynku zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków na terenie m.(...) W., gmin: M., N., R., S. i miast: P. i P. polegające na narzucaniu odbiorcom usług uciążliwych warunków umów przynoszących przedsiębiorcy nieuzasadnione korzyści poprzez zamieszczenie w treści umów o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków postanowień, zgodnie z którymi przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne nie ponosi odpowiedzialności za przerwy w świadczeniu usług spowodowane koniecznością przeprowadzenia niezbędnych napraw urządzeń i przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych, wynikających z zawinonego działania przedsiębiorcy – i nakazał zaniechanie jej stosowania

c) nadużywanie przez (...) pozycji dominującej na lokalnym rynku zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków na terenie m.(...) W., gmin: M., N., R., S. i miast: P. i P. polegające na narzucaniu odbiorcom usług uciążliwych warunków umów przynoszących przedsiębiorcy nieuzasadnione korzyści poprzez zamieszczenie w treści umów o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków postanowień, zgodnie z którymi przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne nie ponosi odpowiedzialności za przerwy w świadczeniu usług spowodowane koniecznością przeprowadzenia niezbędnych napraw urządzeń i przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych, wynikających z zawinonego działania przedsiębiorcy przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne nie ponosi odpowiedzialności za przerwy w świadczeniu usług spowodowane przerwami w zasilaniu energetycznym urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, wynikającymi z zawinonego działania przedsiębiorcy – i nakazał zaniechania jej stosowania;

d) nadużywanie przez (...) pozycji dominującej na lokalnym rynku

zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków na terenie m.(...) W., gmin: M., N., R., S. i miast: P. i P. polegające na narzucaniu odbiorcom usług uciążliwych warunków umów przynoszących przedsiębiorcy nieuzasadnione korzyści poprzez zamieszczenie w treści umów o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków postanowień, zgodnie z którymi przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne nie ponosi odpowiedzialności za przerwy w świadczeniu usług spowodowane koniecznością przeprowadzenia niezbędnych napraw urządzeń i przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych, wynikających z zawinonego działania przedsiębiorcy odbiorca, w przypadku rozwiązania umowy o zaopatrzenie w wodę i odprowadzenie ścieków zobowiązany jest poinformować nowego właściciela lub użytkownika nieruchomości o zasadach rozliczeń dokonywanych przez przedsiębiorcę oraz o konieczności zgłoszenia się do siedziby przedsiębiorcy w celu zawarcia nowej umowy - i nakazał zaniechania jej stosowania

oraz na podstawie art. 106 ustawy nałożył na przedsiębiorcę kary pieniężne:

- w wysokości 168 887 zł za stosowanie praktyki opisanej w punkcie a
- w wysokości 176 564 zł za stosowanie praktyki opisanej w punkcie b
- w wysokości 168 887 zł za stosowanie praktyki opisanej w punkcie c
- w wysokości 176 564 zł za stosowanie praktyki opisanej w punkcie d.

Odwołanie od powyższej decyzji wniosło (...), zaskarżając decyzję w całości i podnosząc zarzuty:

- naruszenia art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez uznanie, że powód dopuścił się praktyki ograniczającej konkurencję w sposób wskazany w decyzji;
- naruszenia art. 233 k.p.c. w zw. z art. 84 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez błędną wykładnię i niewszechstronne rozważenie zebranego materiału dowodowego;
- naruszenia art. 106 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez nałożenie kary pieniężnej mimo braku podstaw ku temu;

- naruszenia art. 19 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów na skutek orzeczenia nakazu zaprzestania praktyk wymienionych w decyzji, mimo iż praktyki te zostały zaniechane;

- naruszenia art. 106 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez wymierzenie rażąco nadmiernej kary pieniężnej.

Powód wniósł o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości, ewentualnie o zmianę w decyzji w zakresie punktu I poprzez orzeczenie na podstawie art. 20 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów o uznaniu praktyk za ograniczające konkurencję i stwierdzenie zaniechania ich stosowania oraz w zakresie punktu II przez odstąpienie od wymierzenia kary lub jej obniżenie.

Skarżący podniósł, że nie było intencją zapisów stosowanych w umowach wyłączenie odpowiedzialności przedsiębiorcy za działania przez niego zawinione, wskazując na treść art. 473 § 2 k.c. a tym samym brak przesłanki uciążliwości oraz brak wykazania, że skarżący uzyskał jakiegokolwiek korzyści; odnosząc się do punktu I d decyzji skarżący wskazał na brak sankcji za niedostosowanie się do nakazu wynikającego z kwestionowanego zapisu umowy i podniósł, że klauzula ta ma zastosowanie po rozwiązaniu umowy, a tym samym jest całkowicie dobrowolna i nie jest uciążliwa, gdyż może skutkować skróceniem okresu wypowiedzenia. Skarżący podniósł też, że wypłacał odszkodowania związane z przerwami dostaw wody niezależnie od ich przyczyn, ponadto zarzucana praktyka miała miejsce na etapie negocjowania umowy, przed jej zawarciem i została zakończona wprowadzeniem nowych wzorców umów. Odnosząc się do wysokości kary powód wskazał, że nie uwzględnia ona faktu zaniechania praktyki, a przedłużające się bezzasadnie postępowanie skutkowało przyjęciem wyższej podstawy orzekania kary, gdyż przychód powoda z 2007 r. był o wiele niższy niż przychód za rok 2008.

Powód wniósł też o dopuszczenie dowodów:

- z załączonych do odwołania dokumentów dotyczących zgłoszonych przez 3 odbiorców roszczeń na okoliczność, że skarżący nie uchylał się od wypłaty odszkodowań

- załączonego do odwołania wzorca umownego z 21 sierpnia 2007 r. z uchwałą zarządu spółki na okoliczność, że skarżący zaniechał z dniem 21 sierpnia 2007 r. praktyki wskazanej w punkcie b

- z dokumentów wykazujących wysokość przychodu za 2007 r.

Wyrokiem z dnia 30 maja 2012 r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zmienił zaskarżoną decyzję w punkcie I stwierdzając zaniechanie stosowania praktyk z punktów I a i I c z dniem 28 marca 2007 r., a z punktów I b i I d – z dniem 21 sierpnia 2007 r., oddalił odwołanie w pozostałej części i zasądził od powoda na rzecz pozwanego koszty procesu.

Sąd Okręgowy dokonał następujących ustaleń faktycznych:

Powód jest spółką prawa handlowego prowadzącą m.in. działalność usługową w zakresie rozprowadzania wody oraz odprowadzania ścieków i prowadzi działalność gospodarczą w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków na terenie m.(...) W., miasta P., miasta P., gmin W., S., R., N. i M..

W okresie od 11 sierpnia 2006 r. do 27 marca 2007 r. powód zawierał z klientami umowy na podstawie wzorca umownego zawierającego postanowienia, zgodnie z którymi:

- przedsiębiorstwo (...) nie ponosi odpowiedzialności za przerwy w świadczeniu usług spowodowane brakiem wody na ujęciu, wynikającym z zawinionego działania przedsiębiorcy;

- przedsiębiorstwo (...) nie ponosi odpowiedzialności za przerwy w świadczeniu usług spowodowane koniecznością przeprowadzenia niezbędnych napraw urządzeń i przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych, wynikających z zawinionego działania przedsiębiorcy;

- przedsiębiorstwo (...) nie ponosi odpowiedzialności za przerwy w świadczeniu usług spowodowane przerwami w zasilaniu energetycznym urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, wynikających z zawinionego działania przedsiębiorcy;

- odbiorca w przypadku rozwiązania umowy o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków zobowiązany jest poinformować nowego właściciela lub użytkownika nieruchomości o zasadach rozliczeń dokonywanych przez przedsiębiorcę oraz o konieczności zgłoszenia się do siedziby przedsiębiorcy w celu zawarcia nowej umowy.

Uchwałą z dnia 27 marca 2007 r. zarząd Spółki wprowadził zmiany w stosowanym wzorcu, na podstawie których od 28 marca 2007 r. (...) wykorzystuje w obrocie z konsumentami nowy wzorzec umowy, w którym zostały zmodyfikowane postanowienia kwestionowane w punktach a i c decyzji, otrzymując nową treść:

„§ 2 ust. 1. Dostawca usług nie ponosi odpowiedzialności za przerwy w świadczeniu usług spowodowane:

1. niezawinionym przez Dostawcę usług brakiem wody na ujęciu

6. niezawinionymi przez Dostawcę przerwami w zasilaniu energetycznym urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych”.

W toku postępowania administracyjnego powodowa Spółka wskazał w pismach z 19 lutego 2009 r. i z 24 lipca 2009 r., że proces zastępowania umów zawartych na podstawie wzorca stosowanego do 27 marca 2007 r. nowymi umowami jest kontynuowany, a czas jego zakończenia nie jest możliwy do precyzyjnego określenia oraz złożyła nowy wzorzec umowy obowiązujący od 2 października 2008 r. modyfikujący postanowienia w zakresie wskazanym punktami a, b i c decyzji, które otrzymały następującą treść:

„§ 2 ust. 1 Dostawca usług nie ponosi odpowiedzialności za przerwy w świadczeniu usług spowodowane:

1. niezawinionym przez Dostawcę usług brakiem wody na ujęciu

4. niezawinioną przez Dostawcę usług koniecznością przeprowadzenia niezbędnych napraw urządzeń i przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych

6. niezawinionymi przez Dostawcę przerwami w zasilaniu energetycznym urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych”.

Pismem z dnia 24 lipca 2009 r. (...) wskazała, że zmiana umów zawartych na podstawie wzorca stosowanego do dnia 1 października 2008 r. odbywa się na bieżąco, zaś termin zakończenia tego procesu nie jest możliwy do precyzyjnego określenia.

W dniu 21 sierpnia 2007 r. została podjęta uchwała zarządu powodowej Spółki nr (...) dotycząca wprowadzenia do stosowania nowego wzorca umowy, zmieniającego treść postanowień wskazanych w punktach b i d decyzji.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał, że z uwagi na technologię dostarczania wody (siecią wodociągową) przedsiębiorstwo (...) posiada pozycję monopolistyczną.

W ocenie Sądu Okręgowego stwierdzenie stosowania praktyki określonej w art. 9 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wymaga łącznego spełnienia trzech przesłanek: uciążliwy charakter warunków umowy, narzucanie tych warunków przez podmiot dominujący kontrahentowi oraz osiągnięcie przez przedsiębiorcę narzucającego te warunki nieuzasadnionych korzyści.

Ponieważ powód posługuje się wzorcem umownym przez siebie opracowanym dochodzi do narzucania kontrahentom warunków umowy nie podlegających indywidualnym negocjacom

Sąd Okręgowy wskazał, że za uciążliwy uznaje się każdy warunek oznaczający dla jednej ze stron ciężar większy od powszechnie przyjętych w stosunkach danego rodzaju, zaś dokonując oceny uciążliwości warunków umowy należy rozważyć, czy w hipotetycznej sytuacji istnienia konkurencji na danym rynku, dominant byłby w stanie wynegocjować takie postanowienia umów.

Sąd Okręgowy przytoczył treść art. 5 ust. 1 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków zgodnie z którym jednym z podstawowych obowiązków przedsiębiorstwa (...) jest zapewnienie zdolności posiadanych urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych do realizacji dostaw wody i odprowadzania ścieków w sposób ciągły.

Sąd Okręgowy stwierdził, że za uciążliwe należy uznać postanowienia wyłączające odpowiedzialność przedsiębiorcy jako sprzeczne z art. 471 k.c. i stwarzające powodowi możliwość uniknięcia odpowiedzialności odszkodowawczej w każdym przypadku zaistnienia przerwy w świadczonych usługach, bez względu na przyczyny wystąpienia zakłóceń i ewentualnego zawinienia przez powoda.

Sąd Okręgowy wskazał, że ocena uciążliwości narzucanych warunków musi następować z punktu widzenia kontrahenta, któremu warunki te są narzucane

oraz zwrócił uwagę na rozróżnienie w zapisie wzorca § 2 ust. 1 między punktem 2, w którym powód wyraźnie wskazał, że nie ponosi odpowiedzialności za niezawinione przez niego działania lub zaniechania a wyłączeniami odpowiedzialności z pozostałych punktów gdzie takiego zastrzeżenia nie ma, stwierdzając, iż treść zapisów może kształtować u usługobiorców – będących w większości konsumentami, posiadającymi mniejszą świadomość prawną niż przedsiębiorcy - przekonanie o wyłączeniu możliwości dochodzenia roszczeń odszkodowawczych wynikających z przerw w świadczeniu usług i zniechęcać do podejmowania prób dochodzenia takiego odszkodowania.

Zdaniem Sądu Okręgowego sformułowanie kwestionowanego postanowienia prowadzi do zwolnienia powoda z obowiązku wykazania, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które powód odpowiedzialności nie ponosi, co stwarza przedsiębiorcy możliwość uniknięcia odpowiedzialności odszkodowawczej w każdym wypadku, bez względu na przyczynę wystąpienia szkody i z uwagi na powyższe za bezzasadny uznał zarzut wywodzony z treści art. 473 § 2 k.c.

Odnosząc się do zapisu objętego punktem I d decyzji Sąd Okręgowy uznał, iż treść stosowanej przez powoda klauzuli wskazuje na obowiązek określonego działania po stronie odbiorcy usług, na którym powód wymusza przekazywanie istotnych z punktu widzenia przedsiębiorstwa informacji dotyczących warunków świadczenia usług nowemu właścicielowi lub użytkownikowi danej nieruchomości, co nie znajduje uzasadnienia w treści relacji jaka łączy przedsiębiorstwo (...) z odbiorcą usług.

Sąd Okręgowy wskazał też, że dla przyjęcia naruszenia przez przedsiębiorcę art. 9 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wystarczy sama możliwość uzyskania nieuzasadnionych korzyści w przyszłości, nie jest konieczne ich faktyczne uzyskanie.

W ocenie Sądu Okręgowego nieuzasadnione korzyści powoda polegały na zwolnieniu się z konieczności kompensacji wszelkich ewentualnych szkód poniesionych przez użytkowników w sytuacji, gdy zgodnie z ogólną zasadą odpowiedzialności kontraktowej byłby zobowiązany do ich naprawienia, zaś w części objętej punktem I d decyzji – uzyskana przez przedsiębiorcę korzyść to uwolnienie się od kosztów administracyjnych ponoszonych w związku z koniecznością wypełniania obowiązków informacyjnych.

Sąd Okręgowy wskazał, że oddalił zgłoszony przez powoda wniosek z przesłuchania wskazanych świadków świadków na okoliczność, że powód nie uchylał się od wypłaty odszkodowań, ponieważ nie było to istotne dla oceny stosowania przez powoda zarzucanej mu praktyki, zwłaszcza że osiągnięta przez przedsiębiorcę korzyść polegała też na tym, że jest

wysoce prawdopodobne, iż część użytkowników nie występowała z roszczeniami odszkodowawczymi sądząc, że nie mają one szans na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy uznał, że zarzucana powodowi praktyka polegająca na narzucaniu uciążliwych warunków umów realizuje się na etapie prowadzonych przez strony negocjacji handlowych, zatem data narzucenia uciążliwych warunków umowy odpowiada dacie zawarcia umowy zawierającej takie warunki. Tym samym w ocenie Sądu Okręgowego wprowadzenie przez powoda nowych wzorców należy uznać za datę zaprzestania stosowania zarzucanej praktyki, gdyż zaniechanie stosowania praktyki nie oznacza nakazu usunięcia skutków naruszenia. Z tych przyczyn Sąd Okręgowy zmienił decyzję Prezesa UOKiK w zakresie stwierdzenia zaprzestania stosowania zarzucanej praktyki.

Odnosząc się do wysokości nałożonej kary Sąd Okręgowy uznał, że zostały uwzględnione przesłanki z art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wobec czego nie ma podstaw do zmiany decyzji w tym zakresie

Apelacje od wyroku Sądu Okręgowego wniosły obie strony.

Powód zaskarżył wyrok w całości, wnosząc o jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów postępowania, ewentualnie o dopuszczenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania i zmianę zaskarżonego wyroku w całości przez uchylenie, ewentualnie z ostrożności procesowej przez zmianę decyzji w punkcie II w zakresie wymierzonej kary pieniężnej poprzez odstąpienie od jej orzeczenia lub jej obniżenie.

Skarżący podniósł zarzuty:

- naruszenia przepisów postępowania mającego istotny wpływ na rozstrzygnięcie sprawy – art. 233 k.p.c. poprzez niewszechstronną ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego i wyprowadzenie z niego wniosków sprzecznych z zasadami logicznego rozumowania i doświadczeniem życiowym;

- naruszenia przepisów postępowania mającego istotny wpływ na rozstrzygnięcie sprawy – art. 227 k.p.c. poprzez oddalenie wniosków dowodowych powoda o dopuszczenie dowodów z dokumentów dotyczących roszczeń zgłoszonych przez p. P. K., p. A. S. oraz Polską Agencję Informacji i Inwestycji Zagranicznych na okoliczność tego, że (...) nie uchylało się od wypłaty odszkodowań;

- naruszenia prawa materialnego – art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez uznanie, że (...) dopuściło się praktyki ograniczającej konkurencję, polegającej na narzucaniu odbiorcom usług uciążliwych warunków umów przynoszących mu uzasadnione korzyści poprzez zamieszczenie w treści umów postanowień wskazanych w decyzji Prezesa UOKiK;

- naruszenia prawa materialnego – art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy antymonopolowej poprzez nałożenie kary pieniężnej mimo braku podstaw ku temu,

a z ostrożności procesowej zarzut:

- naruszenia art. 106 ust. 1 pkt 1 i art. 111 ustawy antymonopolowej poprzez wymierzenie rażąco nieadekwatnej kary pieniężnej i nieuwzględniającej przesłanek ustawowych, bez uwzględnienia okoliczności uzasadniających jej obniżenie w stosunku do kary orzeczonej

i w rezultacie:

- naruszenie przepisów postępowania – art. 479^{31a} § 3 k.p.c. na skutek nieorzeczenia o zmianie decyzji w części dotyczącej kary pieniężnej, pomimo że istniały ku temu podstawy.

Pozwany Prezes UOKiK zaskarżył wyrok w zakresie uwzględniającym odwołanie, zarzucając:

1. naruszenie przepisów prawa procesowego mającego wpływ na treść rozstrzygnięcia, tj.:

- naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów i sformułowanie, na podstawie złożonych do akt sprawy uchwał powoda z dnia 28 marca 2007 r. i 21 sierpnia 2007 r. wniosków z nich niewynikających, a mianowicie, że powód zaniechał stosowania stwierdzonych w decyzji praktyk pomimo, iż powód mimo podjęcia tych uchwał nadal mógł stosować zakwestionowane postanowienia umowne, a do akt nie złożono dowodów ani w postaci umów, które po podjęciu powyższych uchwał były zawierane z odbiorcami na podstawie nowego wzorca, jak również dowodów na okoliczność wprowadzenia w zawartych wcześniej z odbiorcami umowach odpowiednich zmian odpowiadających prawu, co dopiero mogłoby dowieść zaniechania stwierdzonej praktyki;

- naruszenie art. 231 k.p.c. poprzez błędne zastosowanie domniemania faktycznego, że powód przez podjęcie uchwał z dnia 28 marca 2007 r. i 21 sierpnia 2007 r. zaniechał zarazem stosowania stwierdzonych w decyzji praktyk, pomimo, że powód nadal mógł stosować zakwestionowane wzorce, a z pewnością nie wprowadził w zawartych wcześniej z odbiorcami umowach odpowiednich zmian odpowiadających prawu;

- naruszenie art. 232 k.p.c. poprzez wydanie orzeczenia na podstawie dowodów, o przeprowadzenie których powód nie wnosił w swoim pozwie, a w szczególności uznanie, że zawarty w odwołaniu wniosek dowodowy z dokumentu uchwały z dnia 21 sierpnia 2007 r. wraz z załączonym do niej wzorcem umownym jest wystarczającym dowodem zaniechania przez powoda wszystkich stwierdzonych w decyzji praktyk;

2. naruszenie przepisów prawa materialnego mającego wpływ na treść rozstrzygnięcia, tj.:

- art. 11 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 6 tej ustawy i art. 6 ust. 3 pkt 6 ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (tekst jedn. Dz. U. z 2006 r. Nr 123, poz. 858) przez ich błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, poprzez uznanie, że sam fakt podjęcia uchwał o przyjęciu do stosowania nowych wzorców umów jest zachowaniem rynkowym wystarczającym do uznania, iż powód przestał naruszać zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 2 pkt 6 ustawy, gdy tymczasem na tle ustalonego stanu faktycznego możliwość stwierdzenia zaniechania powstałaby jedynie w przypadku zachowania rynkowego powoda polegającego na zaprzestaniu narzucania odbiorcom uciążliwych warunków umów w praktyce, tj. po wykazaniu, iż po podjęciu uchwał powód zawierał umowy z odbiorcami na podstawie nowego wzorca oraz wprowadził w zawartych wcześniej z odbiorcami umowach odpowiednie zmiany odpowiadające prawu, co jednak nie zostało wykazane przez powoda w przedmiotowej sprawie;

- art. 11 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 6 tej ustawy przez jego błędne zastosowanie i w konsekwencji uznanie, że powód jedynie przez sam fakt podjęcia uchwał o przyjęciu do stosowania nowych wzorców umów, udowodnił zarazem w sposób nie budzący wątpliwości zaniechanie stosowania stwierdzonych praktyk, mimo iż powód nadal mógł zawierać umowy według zakwestionowanego wzorca, a do akt sprawy nie przedłożono żadnych dowodów zarówno w postaci umów, które po podjęciu uchwał były zawierane z odbiorcami na podstawie nowego wzorca, jak również dowodów na okoliczność wprowadzenia w zawartych wcześniej z odbiorcami umowach odpowiednich zmian odpowiadających prawu, co dopiero mogłoby dowieść zaniechania praktyki i zadośćuczynić zasadzie ciężaru dowodu, o którym mowa w naruszonym przez sąd I instancji przepisie, a w konsekwencji

- naruszenie art. 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 9 ust. 2 tej ustawy poprzez jego niezastosowanie, mimo że powód nie udowodnił zaniechania stosowania stwierdzonych praktyk, a nawet jeżeli to uczynił, to jednak nie wykazał, że nastąpiło to w datach przyjętych za moment zaniechania.

Wskazując na powyższe pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez oddalenie odwołania powoda w zaskarżonej części, ewentualnie o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji, a także o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja pozwanego zasługuje na uwzględnienie, zaś apelacja powoda, jako bezzasadna, podlega oddaleniu w całości.

Sąd Apelacyjny przyjmuje za własne ustalenia Sądu Okręgowego, uznając, iż znajdują one pełne oparcie w zgromadzonych w toku postępowania dowodach, z wyjątkiem ustalenia, że powód zaprzestał zarzucanej praktyki z dniem 28 marca 2007 r. i 21 sierpnia 2007 r.

Za bezzasadny należy uznać zarzut naruszenia art. 233 k.p.c. postawiony przez obie strony.

Sąd Okręgowy dokonał rzetelnej i trafnej oceny przeprowadzonych dowodów i ocena ta nie wykracza poza ramy określone przepisem art. 233 § 1 k.p.c.

Zasada swobodnej oceny dowodów określona powyższym przepisem wyraża się w jej ocenie według własnego przekonania Sądu, opartego na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego. Jej istotną cechą jest bezstronność, brak arbitralności i dowolności, przestrzeganie zasad logicznego rozumowania i zasad doświadczenia życiowego w wyciąganiu wniosków.

Niewątpliwie wszechstronne rozważenie zebranego materiału oznacza uwzględnienie wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu oraz wszystkich okoliczności towarzyszących przeprowadzaniu poszczególnych środków dowodowych, a mających znaczenie dla ich mocy dowodowej i wiarygodności.

Ocena dokonana przez Sąd I instancji w ocenie Sądu Apelacyjnego odpowiada zasadniczo wskazanym wyżej kryteriom.

W orzecnictwie wskazuje się, że "ramy swobodnej oceny dowodów (art. 233 § 1 k.p.c.) wyznaczone są wymaganiami prawa procesowego, doświadczenia życiowego oraz regułami logicznego myślenia, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i wając ich moc oraz wiarygodność, odnosi je do pozostałego materiału dowodowego" (zob. wyrok SN z dnia 10 czerwca 1999 r., II UKN 685/98, Lex nr 41437, wyrok SA w Szczecinie z dnia 17 września 2008 r., I ACa 1195/06, Lex nr 516569).

Sąd Najwyższy wielokrotnie wskazywał, że postawienie zarzutu obrazy art. 233 § 1 k.p.c. nie może polegać na zaprezentowaniu przez skarżącego stanu faktycznego przyjętego przez niego na podstawie własnej oceny dowodów; skarżący może tylko wykazywać, posługując się wyłącznie argumentami jure, że Sąd rażąco naruszył ustanowione w wymienionym przepisie zasady oceny wiarygodności i mocy dowodów i że naruszenie to miało wpływ na wynik sprawy (por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2000 r., I CKN 1169/99, OSNC 2000/7-8 poz. 139 i z dnia 10 kwietnia 2000 r., V CKN 17/2000, OSNC 2000/10 poz. 189). Jeżeli zatem z materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dawały się wysnuć wnioski odmienne.

Odnosząc powyższe rozważania do okoliczności niniejszej sprawy Sąd Apelacyjny uznał, że dokonana przez Sąd Okręgowy ocena dowodów odpowiada regułom określonym przepisami art. 233 § 1 k.p.c.

Zarzut naruszenia powyższego przepisu postawiony w apelacji pozwanego zmierza nie tyle do podważenia prawidłowości ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd I instancji na podstawie zgromadzonych dowodów, nie jest bowiem kwestionowane przez pozwanego podjęcie przez powoda uchwał zmieniających stosowane wzorce umowne, ile dalej idących ustaleń dotyczących zaprzestania przez powoda praktyki opisanej w zaskarżonej decyzji. W tym zakresie zaś uzasadnione jest postawienie nie tyle zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., ile zarzutu naruszenia art. 231 k.p.c.

Z kolei z treści apelacji powoda wynika, iż naruszenie art. 233 k.p.c. odnosi skarżący do braku zamiaru wyłączenia odpowiedzialności z przyczyn zawinionych przez powoda, pominięcia faktu, że postanowienie którego dotyczy punkt I lit. d decyzji nie było obwarowane żadną sankcją, a korzyści z niego wypływające były dla odbiorców obiektywnie większe niż domniemane korzyści uzyskane przez powoda, a także pominięcia okoliczności, że odszkodowania związane z przerwami dostaw wody były przez powoda wypłacane niezależnie od ich przyczyn a powód nie uchylał się od odpowiedzialności powołując się na kwestię zawinienia oraz bezpodstawnego uznania przez sąd, iż okoliczność długotrwałości domniemanych praktyk ograniczających konkurencje nie ma wpływu na wysokość kary. Skarżący nie wskazał jednak, jakie dowody zostały przez Sąd Okręgowy pominięte lub błędnie ocenione i na czym błąd w rozumowaniu Sądu polegał.

Należy też zwrócić uwagę, że w toku postępowania skarżący nie przedstawił żadnych dowodów dotyczących motywacji powoda przy konstruowaniu zakwestionowanych postanowień wzorca umownego czy też wykazujących korzyści wynikające dla odbiorców z postanowienia nakładającego na nich obowiązek informacyjny.

Podniesiony przez powoda zarzut naruszenia art. 227 k.p.c. przez oddalenie zgłoszonych wniosków dowodowych dotyczących wypłacanych przez powoda odszkodowań jest zaś o tyle bezzasadny, że Sąd Okręgowy postanowieniem wydanym na rozprawie w dniu 16 maja 2012 r. dopuścił wnioski dowodowe zgłoszone przez powoda w odwołaniu, zaś w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wskazał, iż nie zostały uwzględnione wnioski o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków, które to wnioski nie były przez powoda zgłaszane.

Ustalenia dokonane przez Sąd Okręgowy jednoznacznie potwierdzają, że powód zawierał z odbiorcami umowy zawierające postanowienia zarówno ograniczające zakres odpowiedzialności przedsiębiorcy za przerwy w świadczeniu usług spowodowane brakiem wody na ujęciu, koniecznością przeprowadzenia niezbędnych napraw urządzeń i przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych oraz przerwami w zasilaniu energetycznym urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych niezależnie od tego, czym wskazane okoliczności zostały wywołane, w tym także gdy wynikały z zawinonego działania przedsiębiorcy, jak i postanowienie nakładające na odbiorców obowiązek, po rozwiązaniu umowy, poinformowania nowego właściciela lub użytkownika nieruchomości o zasadach rozliczeń dokonywanych przez przedsiębiorcę oraz o konieczności zgłoszenia się do siedziby przedsiębiorcy w celu zawarcia nowej umowy. Za bezzasadne Sąd Apelacyjny uznał twierdzenia powoda, że rzeczywistym zamiarem przedsiębiorcy formułującego kwestionowane postanowienia umowne, nie było wyłączenie odpowiedzialności również z przyczyn zawinionych przez powoda. Przeczy temu bowiem porównanie treści zapisów zawartych w § 2 stosowanego przez powoda wzorca, tj. zapisu z ust. 1 pkt 2, w którym wskazuje się na wyłączenie odpowiedzialności za przerwy w świadczeniu usług spowodowane „niezawinionym przez Dostawcę Usług zanieczyszczeniem wody w ujęciu w sposób niebezpieczny dla zdrowia” ze sformułowaniami z ust. 1 pkt. 1, 4 i 6, gdzie kwestia winy czy braku winy nie jest wskazywana.

Powód nie kwestionuje też, że jest monopolistą na rynku określonym przez pozwanego jako rynek zbiorowego zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków, który geograficznie wyznacza istniejąca sieć wodociągowa i kanalizacyjna.

Wskazana wyżej praktyka powoda w ocenie Sądu Apelacyjnego wypełnia dyspozycję art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

Praktyka polegająca na narzucaniu przez przedsiębiorcę mającego pozycję dominującą uciążliwych warunków umów kontrahentom polega na wykorzystaniu przez przedsiębiorcę swojej przewagi rynkowej przez doprowadzenie do zawarcia umowy niekorzystnej dla kontrahenta. Pod pojęciem „narzucanie” w ocenie Sądu Apelacyjnego należy rozumieć także doprowadzanie do zawarcia umowy zawierającej niekorzystne postanowienia przez stosowanie wzorca umownego na którego treść kontrahenci nie mają wpływu, a w taki sposób powód zawierał umowy z odbiorcami usług. Odbiorca usług wykonywanych przez powoda nie ma możliwości wyboru innego kontrahenta z uwagi na monopolistyczną pozycję przedsiębiorcy i musi zgodzić się na zawarcie umowy o treści narzuconej jednostronnie przez powoda.

Dokonując oceny, czy wskazane w zaskarżonej decyzji postanowienia umów są niekorzystne dla kontrahenta należy stosować obiektywne kryteria pozwalające na stwierdzenie, czy warunki te stanowią dla jednej ze stron ciężar większy od powszechnie przyjętych w stosunkach danego rodzaju. Porównując zakres ochrony związanej z nienależytym wykonaniem zobowiązania według ogólnych zasad kodeksu cywilnego (art. 471 i nast. k.c.) z postanowieniami umów zawieranych przez powoda przewidującymi wyłączenie odpowiedzialności przedsiębiorcy za przerwy w wykonaniu usługi także z przyczyn przez przedsiębiorcę zawinionych, należy uznać, że postanowienia te są uciążliwe w rozumieniu art. 9 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Także nałożenie na odbiorców usług obowiązków aktualizujących się już po zakończeniu umowy, a więc wykraczających poza zakres niezbędny dla wynikającego z art. 354 § 2 współdziałania w wykonywaniu zobowiązania przez kontrahenta przedsiębiorcy, stanowi nadmierną uciążliwość dla odbiorcy, jako wyraz nierównomiernego rozłożenia wzajemnych praw i obowiązków kontraktowych i dążenie do obciążenia obowiązkami spoczywającymi na przedsiębiorcy jego kontrahenta, włącznie w celu ułatwienia przedsiębiorcy możliwości zawarcia umowy z kolejnym odbiorcą.

Odnosząc się do zarzutów powoda dotyczących braku osiągnięcia nieuzasadnionych korzyści jako przesłanki uzasadniającej stwierdzenie stosowania praktyki ograniczającej konkurencję należy wskazać, że korzyści uzyskane przez przedsiębiorcę wykorzystującego pozycję dominującą nie muszą być materialne, a dla stwierdzenia stosowania omawianej praktyki nie jest konieczne wykazanie, iż korzyści takie przedsiębiorca rzeczywiście osiągnął – za wystarczającą należy uznać samą możliwość uzyskania nieuzasadnionych korzyści, które w tym wypadku wyrażają się zmniejszonym zakresem odpowiedzialności odszkodowawczej związanej z nienależytym wykonaniem zobowiązania oraz obciążeniem kontrahenta obowiązkami służącym wyłącznie ułatwieniu przedsiębiorcy zawarcia umowy z kolejnym odbiorcą.

W orzecznictwie wyrażany jest pogląd, że wystąpienie nieuzasadnionych korzyści po stronie przedsiębiorcy narzucającego uciążliwe warunki nie jest stosowaniem praktyki monopolistycznej, lecz jej skutkiem (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2003 r., I CKN 81/01, nie publ.; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2003 r., I CKN 79/01, OSNC 2004/5/83).

Za bezzasadne Sąd Apelacyjny uznał także zarzuty powoda dotyczące nieuwzględnienia okoliczności wykazywanej dokumentami załączonymi do odwołania a związanej z realizacją roszczeń zgłaszanych przez trzech wskazanych kontrahentów, którym powód wypłacił odszkodowania w związku z przerwami w świadczeniu usług. Przede wszystkim dokumenty te dowodzą jedynie okoliczności z nich wynikających, a więc faktu uwzględnienia roszczeń wskazanych podmiotów, co nie daje podstaw do uznania, że w każdym wypadku zgłaszania roszczeń związanych z przerwami w świadczeniu przez powoda usług stosowne odszkodowania są wypłacane, a powód nie powołuje się na treść postanowień wyłączających jego odpowiedzialność. Ponadto sam fakt związania kontrahenta umową zawierającą kwestionowane postanowienia powoduje, że w wielu wypadkach kontrahenci mogą odstąpić od zgłaszania roszczeń uznając, iż zgodzili się na zawarcie umowy wyłączającej odpowiedzialność przedsiębiorcy.

Niezależnie zaś od powyższego należy wskazać, że dla stwierdzenia stosowania praktyki ograniczającej konkurencję nie jest konieczne faktyczne jej zrealizowanie, a więc wykorzystanie przez przedsiębiorcę niekorzystnych postanowień narzuconych kontrahentom i nawet wykazanie, że postanowienia te w praktyce nie były realizowane nie legalizuje działań monopolisty jakim jest powód. Zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane jest samo nadużywanie pozycji dominującej na rynku, zaś przepisy art. 9 ust. 2 tylko przykładowo określają, jakie zachowania przedsiębiorcy mającego pozycję dominującą są uważane za jej nadużywanie. Użyte przez ustawodawcę pojęcie „narzucania” uciążliwych warunków o jakim mowa w art. 9 ust. 2 pkt 6 ustawy wskazuje zaś, że dla stwierdzenia stosowania tej praktyki nie jest wymagane wykazanie, że przedsiębiorca faktycznie stosuje narzucone warunki umowy, a tym samym wykazanie przez przedsiębiorcę, że postanowienia umów w tym zakresie nie są przez niego wykorzystywane może mieć wpływ jedynie na wysokość nałożonej kary.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 stycznia 2007 r., III SK 17/06 (LEX nr 489018) nie traktuje się jako stosowania praktyki ograniczającej konkurencję uzyskiwania przez przedsiębiorcę korzyści wskutek wykonywania umowy zawierającej uciążliwe warunki umowy, gdyż jest to skutek praktyki.

Tym samym Sąd Apelacyjny podziela w pełni stanowisko Sądu Okręgowego, iż powód stosował praktykę ograniczającą konkurencję określoną w art. 9 ust 1 i ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów narzucając odbiorcom usług postanowienia umowne o treści wskazanej w zaskarżonej decyzji.

Sąd Apelacyjny za zasadną uznał jednak apelację pozwanego odnoszącą się do częściowego uwzględnienia przez Sąd Okręgowy odwołania wniesionego przez powoda.

Zasadne w tym zakresie są przede wszystkim zarzuty naruszenia art. 231 k.p.c. oraz art. 11 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji.

Niewątpliwie zgodnie z art. 11 ust. 3 ustawy ciężar dowodu w zakresie wykazania zaprzestania stosowania zarzucanej praktyki naruszającej konkurencję spoczywa na przedsiębiorcy i Sąd Okręgowy nie naruszył powyższego przepisu, nie stwierdził bowiem aby wykazanie okoliczności wskazujących na brak zaprzestania stosowania praktyki obciążało pozwanego.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 2 lipca 2009 r. III SK 10/09 (OSNP 2011/7-8-116) zaniechanie stosowania praktyki naruszającej konkurencję to rzeczywiste zaprzestanie zachowania, które zakwalifikowane zostało we wcześniejszym postępowaniu jako naruszające konkurencję.

Zagadnienie zaniechania stosowania praktyki powinno być odnoszone do istoty praktyki, która została stwierdzona, a więc do zachowania uznanego za antykonkurencyjne.

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu przytoczonego wyżej wyroku w sprawie III SK 10/09 wskazał, że jeżeli istota praktyki polega na stosowaniu określonych warunków umów, wówczas o zaniechaniu stosowania praktyki można mówić dopiero w przypadku zaprzestania stosowania, a zatem po wprowadzeniu odpowiednich zmian w zawartych wcześniej umowach.

Stwierdzona zaskarżoną decyzją praktyka powoda polegała na narzucaniu przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą uciążliwych warunków umów, a zatem istotna praktyki polega na wymuszeniu na kontrahencie, dzięki posiadanej sile ekonomicznej, przyjęcia określonych warunków umowy. Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy taka praktyka ujawnia się w momencie negocjacji poprzedzających zawarcie umowy, zaś samo obowiązywanie i wykonywanie umowy zawierającej niekorzystne dla kontrahenta postanowienia nie jest stosowaniem praktyki, lecz jedynie skutkiem niedozwolonego zachowania.

Tym samym zaniechanie praktyki opisanej w art. 9 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów następuje z chwilą faktycznego zaprzestania zawierania umów narzucających uciążliwe warunki kontrahentom.

Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Sądu Okręgowego, że zaniechanie stosowania praktyki w tym wypadku nie może być równoznaczne z nakazem usunięcia skutków naruszenia. W przeciwnym razie nie byłoby bowiem różnicy między "zaprzestaniem" stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, a usunięciem skutków stosowania takiej praktyki.

Za zbyt daleko idące Sąd Apelacyjny uznał jednak stanowisko Sądu Okręgowego, który za wystraszające dla wykazania zaprzestania stosowania zarzucanych praktyk uznał stwierdzenie podjęcia przez powoda uchwał wprowadzających nowe wzorce umowne. Samo podjęcie takich uchwał świadczy bowiem wyłącznie o zamiarze zaprzestania stosowania praktyki, a nie o jej faktycznym zaprzestaniu. Wykazanie zaprzestania stosowania praktyki wymaga udowodnienia przez przedsiębiorcę, że nie dochodzi do narzucania kontrahentom uciążliwych warunków umów, a więc że to właśnie zmienione wzorce, a nie wzorce zawierające kwestionowane postanowienia, są stosowane przy zawieraniu umów przez powoda. Nie można przy tym zgodzić się ze stanowiskiem powoda, że to pozwany powinien wykazać, iż powód nadal,

mimo podjęcia stosownych uchwał, stosuje wzorce zawierające kwestionowane postępowania. Takie stanowisko byłoby uzasadnione tylko przy przyjęciu, że ustalenie faktu podjęcia uchwał zmieniających treść wzorca daje podstawę do przyjęcia, zgodnie z art. 231 k.p.c., domniemania, iż wzorce te są jedynymi stosowanymi przez powoda przy zawieraniu umów z odbiorcami.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 maja 2012 r. IV CSK 486/11 (LEX nr 1243071) zastosowanie domniemania faktycznego przewidzianego w art. 231 k.p.c. dla dokonania ustaleń faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia powinno mieć miejsce wówczas, gdy brak jest bezpośrednich środków dowodowych albo istnieją znaczne utrudnienia dla wykazania faktu, a jednocześnie jego ustalenie jest możliwe przy zastosowaniu reguł logicznego rozumowania przy uwzględnieniu zasad wiedzy i doświadczenia życiowego.

Zasady doświadczenia życiowego nie pozwalają zaś w ocenie Sądu Apelacyjnego na uznanie, iż dzień podjęcia przez organy osoby prawnej jaką jest powód uchwał dotyczących stosowania przy zawieraniu umów zmienionych wzorców jest równoznaczny z dniem rzeczywistego zaprzestania stosowania wzorców dotychczasowych, nie było zaś żadnych przeszkód uniemożliwiających powodowi przeprowadzenie dowodu wykazującego jakiej treści umowy były i są zawierane po podjęciu przedmiotowych uchwał.

Tym samym nie zachodzą okoliczności uzasadniające zastosowanie przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, gdyż powód nie wykazał, aby zaprzestał stosowania praktyk stwierdzonych zaskarżoną decyzją.

Za bezzasadne Sąd Apelacyjny uznał zarzuty powoda dotyczące wysokości nałożonej kary.

Z uzasadnienia zaskarżonej decyzji wynika, że Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wziął pod uwagę przychód osiągnięty przez przedsiębiorcę w 2008 r. w wysokości 1 023 557 504,72 zł, uznając, iż wyjściowo nałożona kara co do wszystkich stwierdzonych praktyk powinna stanowić 0,03% przychodu.

Odnosząc się do praktyk opisanych w punkcie I ppkt a i c decyzji Prezes UOKiK wskazał, że wziął pod uwagę brak stwierdzenia negatywnych skutków dla uczestników rynku oraz stosowaną przez przedsiębiorcę interpretację zawartych umów korzystną dla klientów, brak trwałych i nieodwracalnych skutków praktyki oraz fakt, że przedsiębiorca jest monopolistą naturalnym, co spowodowało obniżenie kwoty wyjściowej o 50%. Prezes UOKiK wskazał też na długotrwały okres stosowania praktyki, stwierdzając, że przy braku materiałów pozwalających określić wysokość uzyskanych korzyści bezzasadne jest podwyższanie kary z uwagi na długotrwałość praktyki, a mimo nieumyślności naruszenia (o czym świadczy zmiana wzorca w trakcie postępowania antymonopolowego), stwierdzone uprzednie naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję uzasadnia podwyższenie wysokości kary o 10%, ostatecznie nałożone przez pozwanego w tym zakresie kary stanowią 0,016% przychodu powoda, co z kolei stanowi 0,16% maksymalnego wymiaru kary.

Odnosząc się do praktyk opisanych w punkcie I ppkt b i d decyzji Prezes UOKiK wskazał na brak stwierdzenia negatywnych skutków dla uczestników rynku oraz stosowaną przez przedsiębiorcę interpretację zawartych umów korzystną dla klientów, brak trwałych i nieodwracalnych skutków praktyki oraz fakt, że przedsiębiorca jest monopolistą naturalnym, co uzasadnia obniżenie kwoty wyjściowej o 50%. Prezes UOKiK wziął też pod uwagę długotrwały okres stosowania praktyki stwierdzając, że przy braku materiałów pozwalających określić wysokość uzyskanych korzyści bezzasadne jest podwyższanie kary z uwagi na długotrwałość praktyki, jednak zmiana wzorca dopiero na zaawansowanym etapie postępowania oraz uprzednie naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję uzasadnia podwyższenie wysokości kary o 15%, ostatecznie nałożone przez pozwanego w tym zakresie kary stanowią 0,017% przychodu powoda, co z kolei stanowi 0,17% maksymalnego wymiaru kary.

W ocenie Sądu Apelacyjnego określając wysokość kary Prezes UOKiK wziął pod uwagę wszystkie przesłanki wskazane w art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Podniesione w apelacji powoda zarzuty odnoszące się do wysokości kary dotyczące nieuwzględnienia, stwierdzonego przez Sąd Okręgowy, faktu zaprzestania stosowania zarzucanej praktyki, nie mogą być uwzględnione z uwagi na uznanie za zasadną w tym zakresie apelacji

pozwanego. Wskazywany zaś w odwołaniu fakt długotrwałości postępowania prowadzonego przez Prezesa UOKiK, a w konsekwencji uwzględnienie przychodu powoda osiągniętego w roku 2008, a nie w roku 2007 w ocenie Sądu Apelacyjnego także nie uzasadnia żądania uznania kary za nadmiernie wygórowaną. Przepisy art. 106 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jednoznacznie bowiem wskazują, że podstawa wyliczenia kary jest przychód przedsiębiorcy osiągnięty w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Sam więc fakt wszczęcia postępowania przez Prezesa UOKiK w lipcu 2007 r. nie daje podstaw do uznania, iż to przychód za ten rok będzie uwzględniany przy wymiarze kary.

Mając powyższe na względzie Sąd Apelacyjny, uznając zasadność apelacji pozwanego, na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok w punkcie pierwszym, oddalając w zakresie nim objętym odwołanie powoda, zaś wobec stwierdzenia niezasadności zarzutów podniesionych w apelacji powoda, na podstawie art. 385 k.p.c. apelację tę w całości oddalił.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c.