

Sygn. akt VI ACa 569/13

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 sierpnia 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Ewa Stefańska

Sędzia SA – Ryszard Sarnowicz

Sędzia SO del. – Grażyna Kramarska (spr.)

Protokolant: – sekr. sądowy Mariola Frąckiewicz

po rozpoznaniu w dniu 7 sierpnia 2013 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa (...) w P.

przeciwko (...) Sp. z o.o. w W.

o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone

na skutek apelacji pozwanego

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

z dnia 22 stycznia 2013 r.

sygn. akt XVII AmC 6772/12

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

1. oddala powództwo;

2. zasądza od (...) w P. na rzecz (...) Sp. z o.o. w W. kwotę 360 zł (trzysta sześćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego przed Sądem I instancji;

II. zasądza od (...) w P. na rzecz (...) Sp. z o.o. w W. kwotę 660 zł (sześćset sześćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym.

sygn. akt VI ACa 569/13

UZASADNIENIE

Powód (...) w P. wniósł pozew przeciwko (...) Sp. z o.o. w W. o uznanie za niedozwolone postanowienia wzorca umowy, stosowanego w obrocie z konsumentami, o treści:

„W przypadku (...) dokonania transakcji zbycia Obiektu z naruszeniem wyłączności przyznanej (...), bezpośrednio przez Zamawiającego lub za pośrednictwem innego podmiotu prowadzącego działalność w zakresie pośrednictwa w obrocie nieruchomościami, to Zamawiający, tytułem odszkodowania, zapłaci (...) karę umowną w wysokości 80% wynagrodzenia, określonego w art. 3 ust. 1 Umowy - czyli odpowiednio 2,86 % lub 4,92 % ceny Obiektu, w terminie 7 dni od wezwania” **oraz o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.**

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa wskazując, że zaniechał stosowania wzorca umownego, w którym znajduje się kwestionowane postanowienie, a pozew został wniesiony po upływie sześciu miesięcy od zaprzestania jego stosowania. Powołał się też na to, że skonstruowana przez niego umowa o pośrednictwo w obrocie nieruchomościami, stosowana w obrocie z konsumentami, jest umową rezultatu i w związku z tym to pozwany przejmuje na siebie całe ryzyko gospodarcze związane z zawarciem takiej umowy, a tym samym kwestionowany zapis ma na celu zabezpieczenie karą umowną realizacji zobowiązań umownych klienta wobec pozwanego. Kara umowna przewidziana kwestionowanym zapisem nie jest karą rażąco wygórowaną i ma na celu jedynie pokrycie poniesionych przez pozwanego nakładów.

Wyrokiem z dnia 22 stycznia 2013r. Sąd Okręgowy w Warszawie- Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uwzględnił powództwo uznając wskazane w pozwie postanowienie wzorca umowy za niedozwolone i zakazując pozwanemu jego stosowania oraz zarządzając publikację wyroku na koszt pozwanego w Monitorze Sądowym i Gospodarczym.

Sąd Okręgowy ustalił, że pozwana spółka (...) Sp. z o.o. w W. prowadzi działalność gospodarczą w zakresie m. in. pośrednictwa w obrocie nieruchomościami, posługując się w jej zakresie wzorcem umownym o nazwie „Umowa pośrednictwa zbycia nieruchomości na wyłączność nr...”. W art. 3 ust. 4 tego wzorca znajduje się m. in. postanowienie umowne o treści: „W przypadku (...) dokonania transakcji zbycia Obiektu z naruszeniem wyłączności przyznanej (...), bezpośrednio przez Zamawiającego lub za pośrednictwem innego podmiotu prowadzącego działalność w zakresie pośrednictwa w obrocie nieruchomościami, to Zamawiający, tytułem odszkodowania, zapłaci (...) karę umowną w wysokości 80% wynagrodzenia, określonego w art. 3 ust. 1 Umowy - czyli odpowiednio 2,86 % lub 4,92 % ceny Obiektu, w terminie 7 dni od wezwania”.

Odnosząc się do zarzutu pozwanego co do zaprzestania stosowania powyższego wzorca Sąd Okręgowy stwierdził, że nastąpiło to dopiero z dniem 20 kwietnia 2012r. a nie – jak podnosił pozwany – z dniem 6 grudnia 2011r. Z daty 20 kwietnia 2012r. pochodził bowiem dowód z dokumentu, w którym pozwany po raz pierwszy posłużył się innym wzorcem (umowa pośrednictwa z dnia 20 kwietnia 2012r. k. 54 akt sprawy, kolejna umowa zawarta w oparciu o ten wzorzec pochodziła z dnia 14 maja 2012r. k. 55). Sąd Okręgowy wskazał też na to, że z okresu przed styczniem 2012r. pozwany (w uzasadnieniu błędnie: powód) przedstawił wiele umów zawartych w oparciu o dotychczasowy wzorzec, zaś z okresu od stycznia do kwietnia 2012r. brak było jakiegokolwiek umowy zawartej przez pozwanego, która pozwałaby na ustalenie, że w tym okresie stosował on już nowy wzorzec umowny. Także data utworzenia dokumentu tekstowego w programie Microsoft Office Word, na którą powoływał się pozwany (wydruk właściwości dokumentu tekstowego (...), k. 38), zdaniem Sądu Okręgowego nie była dowodem na to, że ów dokument z datą utworzenia stał się wzorcem umowy stosowanym w obrocie. Wszak utworzenie dokumentu nie wywołuje automatycznie skutku w postaci wykorzystywania go w obrocie. Tym samym Sąd Okręgowy uznał, że pozwany posługiwał się dotychczasowym wzorcem załączonym do pozwu jeszcze w okresie 6 miesięcy przed wytoczeniem powództwa.

W ocenie Sądu Okręgowego powództwo zasługiwało na uwzględnienie. Sąd Okręgowy zwrócił uwagę na to, że badanie abuzywności klauzul, dokonywane na podstawie art. 479³⁶- 479⁴⁵ k.p.c. w postępowaniu przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów, ma charakter badania abstrakcyjnego, w oderwaniu od łączącej strony umowy, co oznacza, że Sąd ogranicza się tylko do badania postanowienia wzorca, które nie dotyczy głównych świadczeń stron, w kierunku jego zgodności z dobrymi obyczajami i pod kątem ewentualnego naruszenia interesu konsumentów. Tym samym Sąd nie bada, czy dane postanowienie wzorca było narzucone konsumentowi, bowiem rozważania w tym kierunku są możliwe jedynie w odniesieniu do umów już zawartych w oparciu o wzorzec, natomiast w odniesieniu do wzorców umów analizowanych abstrakcyjnie, kwestia ta nie podlega rozpatrywaniu, gdyż już z samej istoty wzorców umów lub regulaminów wynika, że są to uregulowania wykreowane jednostronnie przez przedsiębiorcę, które są narzucane konsumentowi, a zawarcie umowy w oparciu o nie ma charakter adhezyjny.

Stwierdzając, że kwestionowane postanowienie nie dotyczy też głównych świadczeń stron, Sąd Okręgowy dokonał jego analizy pod kątem występowania przesłanek z art. 385¹ § 1 k.c. i uznał, że pozostaje ono w sprzeczności z dobrymi obyczajami i w konsekwencji rażąco narusza interesy konsumentów oraz spełnia przy tym przesłanki klauzuli

abuzywnej określonej w art. 385³ pkt 17 k.c. Sąd Okręgowy rozważał przy tym charakter umowy pośrednictwa oceniając, że jest ona umową stanowiącą nowy typ umowy nazwanej, uregulowanej w art. 180 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997r. o gospodarce nieruchomościami (u.g.n.), zgodnie z którym przez umowę pośrednictwa pośrednik w obrocie nieruchomościami lub podmiot prowadzący działalność w zakresie pośrednictwa w obrocie nieruchomościami zobowiązuje się do dokonywania dla zamawiającego czynności zmierzających do zawarcia umów wymienionych w art. 180 ust. 1 u.g.n., a zamawiający zobowiązuje się do zapłaty pośrednikowi w obrocie nieruchomościami lub temu podmiotowi wynagrodzenia. Zakwestionowana klauzula reguluje sytuację, w której konsument zawarł z pozwanym umowę pośrednictwa z zastrzeżoną klauzulą wyłączności, a następnie, w czasie obowiązywania tej umowy, dokonał transakcji zbycia obiektu objętego umową z naruszeniem tej wyłączności bezpośrednio, bądź za pośrednictwem innego podmiotu prowadzącego działalność w zakresie pośrednictwa w obrocie nieruchomościami. Na wypadek takiej sytuacji przedsiębiorca zastrzegł na swoją rzecz karę umowną w wysokości 80% wynagrodzenia określonego w umowie. W ocenie Sądu Okręgowego takie postanowienie umowne narusza dobre obyczaje, ponieważ zastrzeżona kara umowna w pewnych sytuacjach może być karą rażąco wygórowaną. Sąd Okręgowy odniósł się do treści załączonego do odpowiedzi na pozew zestawienia podstawowych kosztów (koszty marketingu i reklamy, funkcjonowania biura, pracowników i administracji lokalu, amortyzacji środków trwałych) przypadających na jedną transakcję w (...) Sp. z o.o. w 2011r. (k. 61), uznając, że większość ze wskazanych tam kosztów to tzw. koszty stałe, które przedsiębiorca ponosi niezależnie od tego, czy realizuje umowę pośrednictwa, czy nie, a kwestionowana klauzula będzie wywierać skutki prawne także w przypadku, jeżeli przedsiębiorca nie poniesie kosztów marketingu i reklamy, ponieważ konsument sprzeda objętą umową nieruchomość przed podjęciem jakichkolwiek czynności przez pozwanego. W takim przypadku zastrzeżona w „sztywnej” - określonej procentowo w relacji do ceny obiektu - wysokości kara umowna, będzie karą nadmiernie wygórowaną, nieadekwatną do kosztów i nakładów pracy pozwanego. Sąd Okręgowy dodał też, że z przesłanką „rażąco wygórowanej kary” możemy mieć do czynienia zawsze wtedy, gdy w świetle oceny określonego stanu faktycznego można mówić o tym, że kara umowna w zastrzeżonej wysokości jawić się będzie jako nieadekwatna (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 grudnia 2008 roku, V ACa 483/08). Wskazał też na to, że zastrzeżona przez strony nadmierna wysokość kary musi być jednoznaczna i ewidentna, istotna i dostrzegalna przez każdego obserwatora, by z perspektywy wykładni językowej móc przyjąć, że jest ona „rażąca” (A. Rzetecka - Gil, Komentarz do art. 484 k.c., LEX i powołana tam literatura). W ocenie Sądu Okręgowego powyższe zapatrywania doktryny i orzecznictwa w pełni potwierdzają pogląd wyrażony przez ten Sąd, a dotyczący zaistnienia w analizowanym przypadku przesłanki „rażącego wygórowania” zastrzeżonej przez przedsiębiorcę kary umownej. Wymienione przyczyny wskazywały też, zdaniem Sądu Okręgowego, na ukształtowanie obowiązków konsumenta w spornym postanowieniu w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, który narusza rażąco interesy tego konsumenta (art. 385¹ § 1 k.c.). Z uwagi na powyższe Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznał zakwestionowane w pozwie postanowienie umowne za niedozwolone i zakazał wykorzystywania go w obrocie z konsumentami, na podstawie art. 479⁴² § 1 k.p.c. Wobec uwzględnienia powództwa nieuiszczonymi kosztami sądowymi (opłata od pozwu w kwocie 600 zł.) oraz kosztami zastępstwa procesowego strony powodowej Sąd Okręgowy obciążył stronę pozwaną na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. oraz art. 26 ust. 1 pkt 6 oraz art. 113 ust. 4 w zw. z art. 96 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2010 r., nr 90, poz. 594 ze zm.). O publikacji prawomocnego wyroku w Monitorze Sądowym i Gospodarczym na koszt pozwanego zarządzono na podstawie art. 479⁴⁴ § 1 k.p.c.

W apelacji od tego wyroku pozwany zaskarżył wyrok w całości, wnosząc o zmianę wyroku poprzez oddalenie powództwa oraz o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu za obie instancje, ewentualnie o uchylenie wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania wraz z rozstrzygnięciem o kosztach instancji odwoławczej.

Pozwany sformułował zarzuty naruszenia przepisów prawa materialnego:

- art. 385¹ § 1 k.c. przez błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, wyrażające się w uznaniu, że postanowienie umowne będące przedmiotem niniejszej sprawy można uznać za niedozwolone postanowienie umowne, podczas, gdy

nie kształtuje ono praw i obowiązków konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy;

- art. 385³ pkt. 17 k.c. poprzez błędną wykładnię i zastosowanie w sytuacji, gdy nie sposób kary umownej zastrzeżonej w wysokości ułamka najbardziej prawdopodobnej szkody uznać za rażąco wygórowaną;

- art. 385² k.c. poprzez niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie zbadania postanowień wzorca umownego i niedokonanie oceny rozkładu ryzyka kontraktowego oraz praw i obowiązków stron we wzorcu;

- art. 483 § 1 k.c. poprzez niewłaściwą wykładnię i bezzasadne zastosowanie, wobec przyjęcia, iż niedopuszczalne jest zastrzeżenie kary umownej w z góry określonej wysokości;

- art. 5 k.c. poprzez niezastosowanie, wobec pominięcia przez Sąd faktu nadużycia przez powoda prawa podmiotowego.

Jego zdaniem doszło też do naruszenia przepisów postępowania t.j. art. 233 § 1 k.p.c., poprzez zaniechanie wyjaśnienia i ustalenia istotnych dla sprawy okoliczności oraz zaniechanie wszechstronnej oceny całokształtu dowodów, które doprowadziło do nieustalenia rzeczywistej treści badanego postanowienia umownego oraz postanowień wzorca, w którym to postanowienie zostało zawarte, braku rozważenia treści klauzuli w odniesieniu do treści samego wzorca umowy oraz nieustalenia rzeczywistego charakteru umowy pośrednictwa i specyfiki usług świadczonych przez pozwanego na rzecz konsumentów. Skutkowało to - zdaniem skarżącego - **nierozpoznanie istoty sprawy** wobec zaniechania zbadania treści wzorca, w którym znajduje się zakwestionowane postanowienie umowne, a w konsekwencji zaniechanie zbadania okoliczności, których ustalenie warunkuje przeprowadzenie prawidłowej oceny zaistnienia przesłanek wymienionych w art. 385¹ § 1 k.c. (w tym rozkładu ryzyka kontraktowego oraz praw i obowiązków stron we wzorcu umowy). W ocenie pozwanego Sąd Okręgowy poczynił też ustalenia faktyczne częściowo sprzeczne z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, jak również dokonał wadliwej - z przekroczeniem granic określonych w art. 233 § 1 k.p.c. - oceny dowodów prowadzącej do błędnego - nie odpowiadającego rzeczywistemu stanowi rzeczy - ustalenia daty wprowadzenia w życie wzorców umów pozwanego, na podstawie nieadekwatnych środków dowodowych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja pozwanego zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie z postawionych w niej zarzutów można uznać za w pełni zasadne.

Jakkolwiek słusznie pozwany podnosi w apelacji zarzut dokonania przez Sąd I instancji ustaleń faktycznych częściowo sprzecznych ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym, to jednak uznanie tego zarzutu za zasadny, nie prowadzi jednocześnie do podzielenia stanowiska pozwanego o tym, że powództwo winno być oddalone z uwagi na zaniechanie stosowania wzorca umowy zawierającego kwestionowane postanowienie i zastąpienie go nowym wzorcem w grudniu 2011r. Powód w piśmie z k. 71 zaprzeczył tej okoliczności wskazując na to, że jeszcze w kwietniu 2012r. pozwany oferował do podpisu wzorzec umowy zawierający kwestionowany zapis. Skoro z faktu zaniechania stosowania wzorca pozwany wywodził skutki prawne, to jego - zgodnie z treścią art. 6 k.c. - obciążał ciężar dowodu tej okoliczności. W wyroku z dnia 24 września 2010r. w sprawie VI ACa 140/10 tut. Sąd wyraził pogląd, w pełni podzielany przez skład Sądu w niniejszej sprawie, a mówiący o tym, że dowodem okoliczności negatywnej, czyli niestosowania już wzorca umowy z kwestionowanym postanowieniem (dowodem zaniechania jego stosowania), może być wprowadzenie do obrotu, a zatem zastosowanie, nowego wzorca umowy, z treści którego wyeliminowano zakwestionowane postanowienie umowne. Wbrew ocenie Sądu Okręgowego, który rzeczywiście w oparciu o nieadekwatny materiał dowodowy błędnie ustalił, że pozwany zaczął stosować nowy wzorzec umowy w dniu 20 kwietnia 2012r., z materiału dowodowego sprawy nie wynika, by pozwany w ogóle wprowadził do obrotu nowy wzorzec umowy pośrednictwa zbycia nieruchomości na wyłączność, na który się powołuje t.j. wzorzec oznaczony numerem (...), w szczególności zaś, by miało to miejsce w dacie 6 grudnia 2011r. Na dowód tej okoliczności pozwany załączył bowiem do odpowiedzi na pozew kopie umów pośrednictwa zbycia nieruchomości na wyłączność zawartych

w oparciu o wzorzec, którego zapisy powód kwestionuje w niniejszej sprawie (oznaczony symbolem (...), w dniu 3 grudnia 2011r. (k. 39-40) i w dniu 7 października 2011r. (k. 47), a zatem jeszcze przed rzekomym zaprzestaniem stosowania wzorca. Dołączone zostały także przez pozwanego kopie umów zawartych po dacie 6 grudnia 2011r. (k. 44 - umowa z dnia 10 grudnia 2011r., k. 54- umowa z dnia 20 kwietnia 2012r. i k. 55- umowa z dnia 14 maja 2012r.), jednak nie były to umowy zawarte z wykorzystaniem nowego wzorca umowy pośrednictwa zbycia nieruchomości na wyłączność o symbolu (...), który – jak twierdzi pozwany – miał z dniem 6 grudnia 2011r. zastąpić wzorzec zawierający kwestionowane postanowienie. Umowy te zostały zawarte w oparciu o wzorzec innej umowy – umowy pośrednictwa zbycia praw do nieruchomości o symbolu (...), który miał zastąpić poprzednio stosowany wzorzec o symbolu (...). Na odmiennosc obu typów umów wskazuje sam pozwany w uzasadnieniu apelacji na k. 112. Skoro nie zostały przedstawione przez stronę pozwaną kopie umów, które zawarte zostałyby po dacie 6 grudnia 2011r. w oparciu o nowy wzorzec umowy pośrednictwa zbycia nieruchomości na wyłączność, tym samym pozwany nie wykazał, by zaprzestał stosowania dotychczasowego wzorca tej umowy. Zasadnie bowiem wskazuje Sąd Okręgowy na to, że wydruk z systemu informatycznego znajdujący się na k. 38, na którym wskazana została data utworzenia dokumentu pod nazwą (...), nie stanowi dowodu wprowadzenia do obrotu nowego wzorca umowy. Z treści tego wydruku nie wynika przede wszystkim, że pod powyższą nazwą kryje się nowy wzorzec umowy pośrednictwa zbycia nieruchomości na wyłączność, nie wynika też, by ewentualny nowy wzorzec został wprowadzony do obrotu czyli, by był on przedstawiony potencjalnym kontrahentom pozwanego i by na jego podstawie zostały zawierane umowy (vide w. cyt. wyrok: „Pojęcie "stosowania" wzorców umów w rozumieniu art. 479⁽³⁹⁾ k.p.c. należy wiązać z momentem zawierania umów z użyciem tego wzorca”). Skoro pozwany nie wykazał zaniechania stosowania wzorca umowy z kwestionowanym postanowieniem, to tym samym nie mógł znaleźć zastosowania w niniejszej sprawie przepis art. 479⁽³⁹⁾ k.p.c. Należało też przyjąć, że strona pozwana nie zaprzestała stosowania wzorca umowy z zapisem wskazanym w pozwie, w związku z czym zasadnym było poddanie tego wzorca kontroli Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Zasadnie również podnosi strona pozwana, że dokonana przez Sąd Okręgowy kontrola, skutkująca uznaniem przedmiotowego postanowienia wzorca umowy za postanowienie niedozwolone, została oparta na ocenie wyrwanej z kontekstu klauzuli, bez zbadania treści całego wzorca, w którym owa klauzula została zawarta. W świetle art. 385¹ § 1 k.c. i art. 385³ k.c. za niedozwolone klauzule najczęściej **uznaje się takie postanowienia wzorca umownego**, które zmierzają do naruszenia równorzędności stron stosunku, nierównomiernie rozkładając uprawnienia i obowiązki oraz poważnie i znacząco odbiegają od sprawiedliwego wyważenia praw i obowiązków stron. Sąd Okręgowy wydając rozstrzygnięcie nie analizował tego, jaki jest całościowy rozkład uprawnień i obowiązków obu stron wzorca umowy. Rację ma pozwany powołując się na to, że **nie można wykluczyć sytuacji, gdy** klauzula uznana za niedozwoloną w kontekście jednego wzorca, w innym wzorcu, z uwagi na inny rozkład praw i obowiązków stron oraz rozkład ryzyka za taką uznana zostać nie może. Pozwany w odpowiedzi na pozew wskazywał na to, że rozwiązanie przyjęte przez niego we wzorcu w sposób bardziej korzystny, niż w ustawowym modelu umowy pośrednictwa, reguluje sytuację kontrahenta, bo kształtuje umowę jako umowę rezultatu, przy której ryzykiem kontraktowym obciążony jest pozwany. Argument ten zdaniem Sądu Apelacyjnego ma znaczenie dla rozstrzygnięcia, czy kwestionowane w niniejszej sprawie postanowienie wzorca umowy pośrednictwa zbycia nieruchomości na wyłączność narusza (czy też nie) równorzędność stron stosunku umownego, jaki może powstać na jego podstawie. Pozwany ma rację twierząc, że określony w art. 180 ust. 4 u.g.n. model umowy pośrednictwa zakłada powstanie po stronie pośrednika prawa do wynagrodzenia już na skutek samego skojarzenia kontrahentów i stworzenia im „sposobności do dokonania transakcji” z zakresu obrotu nieruchomościami, niezależnie od tego, czy w rezultacie podjętych przez niego czynności dojdzie do dokonania takiej transakcji. W przeciwieństwie do modelu ustawowego, **stworzony przez pozwanego wzorzec umowy, podlegający ocenie w niniejszej sprawie, określa dodatkową przesłankę powstania prawa pośrednika do wynagrodzenia** w postaci faktycznego dokonania transakcji w obrocie nieruchomościami, co oznacza, że pośrednik przejmuje na siebie ryzyko związane z niedośćciem do skutku takiej transakcji, choć wystąpienie rezultatu w postaci zawarcia transakcji zależne jest wyłącznie od woli drugiej strony czyli zamawiającego. Powyższa konstrukcja korzystnie kształtuje pozycję zamawiającego, gdyż uwalnia go od konieczności zapłaty całości (gdy skojarzeni kontrahenci nie dojdą do porozumienia) lub znaczącej części wynagrodzenia (w sytuacji określonej w art. 3 ust. 5 wzorca umowy zamawiający

zobowiązany będzie do zapłaty kwoty w wysokości 0,7% ceny obiektu tytułem zryczałtowanego zwrotu kosztów) w sytuacji, gdy pomimo wykonania usługi przez pośrednika w pełnym zakresie (powstania sposobności do transakcji) nie dojdzie do zawarcia umowy z zakresu obrotu nieruchomościami. Zasadnie wskazuje pozwany na to, że przy takiej konstrukcji umowy niezbędne jest wprowadzenie zapisów chroniących prawa pośrednika i zabezpieczających wykonanie przez drugą stronę jej zobowiązania. Nie sposób bowiem podzielić poglądu powoda, iż co do zasady (bez względu na wysokość kary umownej) zapis broniący pośrednika przed niewykonywaniem umowy przez konsumenta, skutkującym uniemożliwieniem pośrednikowi realizacji usługi, miałby automatycznie świadczyć o nieuzasadnionym naruszeniu równowagi kontraktowej na niekorzyść konsumenta. Zdaniem Sądu Apelacyjnego należało jednak w niniejszej sprawie rozważyć dopuszczalność kontroli postanowienia wzorca umowy zastrzegającego karę umowną dla tej strony (pośrednika), która uprawniona jest - jak wynika z treści art. 180 ust. 4 u.g.n. - do otrzymania świadczenia pieniężnego. W uchwale z dnia 13 stycznia 2011r. III CZP 119/10 Sąd Najwyższy wyraził pogląd mówiący o tym, że postanowienie wzorca umowy, sprzeczne z bezwzględnie obowiązującym przepisem ustawy, nie może być uznane za niedozwolone postanowienie umowne (art. 385¹ § 1 k.c.), gdyż z uwagi na swą nieważność takie postanowienie nie może wyrzucić skutku prawnego, a tym samym nie może też kształtować praw i obowiązków konsumenta oraz nie jest w stanie rażąco naruszyć jego interesów. W przypadku oceny postanowienia wzorca określającego obowiązek zapłaty kary umownej nieważność takiego postanowienia mogłaby wynikać m.in. ze sprzeczności tego postanowienia z bezwzględnie obowiązującym przepisem art. 483 § 1 k.c. (vide wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 sierpnia 2005r. V CSK 90/05 mówiący o tym, że w razie opatrzenia sankcją kary umownej niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia pieniężnego, takie postanowienie umowne, jako sprzeczne z normą bezwzględnie obowiązującą, musi być uznane za nieważne w świetle art. 58 § 1 k.c.). Zgodnie z treścią art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Z treści powyższego przepisu jednoznacznie wynika, że kara umowna może zostać zastrzeżona wyłącznie w odniesieniu do zobowiązania niepieniężnego. Jej zastrzeżenie umożliwia wierzycielowi uzyskanie rekompensaty w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego przez dłużnika. Umowa pośrednictwa w obrocie nieruchomościami jest umową wzajemną, w której obie strony występują wobec siebie w charakterze wierzycieli i dłużników. W zamian bowiem za dokonanie czynności zmierzających do zawarcia określonej umowy w obrocie nieruchomościami (ewentualnie za dojście do zawarcia takiej umowy) zamawiający zobowiązany jest do uiszczenia wynagrodzenia. Co do zasady zatem wzajemnym świadczeniem zamawiającego jest świadczenie o charakterze pieniężnym, którego wykonanie nie może być zabezpieczone sankcją w postaci kary umownej, pod rygorem nieważności zapisu zastrzegającego taką karę. Odmiennie jednak należy ocenić zastrzeżenie kary umownej zawarte w umowie pośrednictwa z klauzulą wyłączności. Pozornie zastrzeżenie w takiej umowie kary na wypadek niewykonania przez zamawiającego zobowiązania może być oceniane także jako sankcja za niewykonanie zobowiązania pieniężnego, gdyż podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest zapłata pośrednikowi wynagrodzenia, a zapis mówiący o zakazie zawierania umów, które mogłyby naruszyć wyłączność przysługującą pośrednikowi, może nie być interpretowany jako świadczenie na rzecz pośrednika a tylko jako działanie, które umożliwia pośrednikowi spełnienie przez niego jego świadczenia na rzecz zamawiającego. Należy jednak zauważyć, że nie zawsze niewykonanie umowy przez stronę zobowiązaną do świadczenia pieniężnego przesądza o charakterze zobowiązania, za które zastrzeżono karę umową. W uchwale z dnia 6 listopada 2003r. III CZP 61/03 Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że przy interpretacji przepisu art. 483 k.c. kategorię "zobowiązania niepieniężnego" należy rozumieć szeroko i że obejmuje ona z pewnością zobowiązania niepieniężne, przewidujące świadczenia o charakterze majątkowym, np. polegające na zawarciu umowy przyrzeczonej (art. 389-390 k.c.) oraz o charakterze niemajątkowym, np. powstrzymanie się od podejmowania określonej działalności, w tym - konkurencyjnej. Kara umowna może być też zastrzeżona nie tylko na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w ogólności, ale też na wypadek niewykonania pojedynczego obowiązku składającego się na tak ujęte zobowiązanie, przy czym ów obowiązek może polegać nie tylko na daniu lub czynieniu, ale też na zaniechaniu (vide wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2008r. I CSK 240/08). Określone w art. 1 ust. 2 wzorca umowy pośrednictwa zbycia nieruchomości na wyłączność zobowiązanie zamawiającego polegające na tym, że nie zawrze on umów, które mogłyby naruszyć wyłączność przysługującą pośrednikowi, w szczególności umowy zbycia obiektu, stanowi świadczenie względem pośrednika polegające właśnie na zaniechaniu dokonywania określonych czynności. Niezastosowanie się

do tego obowiązku o charakterze niepieniężnym zostało opatrzone sankcją w postaci kary umownej określonej w kwestionowanym postanowieniu.

Zasadnie podnosi w apelacji pozwany, że ocena Sądu Okręgowego utożsamiająca rażąco wygórowaną wysokość tej kary umownej ze sposobem jej określenia: „w „sztywnej” - określonej procentowo w relacji do ceny obiektu - wysokości” nie uwzględnia istoty kary umownej wynikającej z art. 483 k.c. Zadaniem kary umownej jest bowiem zabezpieczenie wykonania zobowiązania poprzez mobilizowanie dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania oraz ułatwienie wierzycielowi naprawienia szkody poprzez łatwość dochodzenia tej kary. Łatwość ta wyraża się w tym, że kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody (art. 484 § 1 k.c.), co z kolei oznacza, że kara winna być w chwili zastrzegania wyrażona kwotowo, a zatem - jak określił to Sąd Okręgowy - w „sztywnej” wysokości. Jakkolwiek dopuszczalne jest też „posłużenie się innymi miernikami wysokości, np. ułamkiem wartości rzeczy albo ułamkiem innej sumy (wartości kontraktu), jeżeli ustalenie kwoty byłoby tylko czynnością arytmetyczną” (vide wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 2007r. I CSK 420/06), to zawsze wysokość kary jest z góry określona i niezależna od rozmiaru ewentualnej szkody wierzyciela. Nie może być zatem argumentem przemawiającym za uznaniem kary umownej, określonej w kwestionowanym postanowieniu wzorca, za rażąco wygórowaną to, iż w pewnych wypadkach nie będzie ona odpowiadać wysokości szkody pośrednika t.j. wysokości poniesionych przez niego kosztów i nakładów pracy. Należy zgodzić się też z pozwanym, że we wzorcu umowy nie jest możliwe określenie z góry przewidywanego zakresu czynności, jakie w przyszłości mogą zostać wykonane (a tym samym rozmiaru kosztów i nakładu pracy pośrednika), zanim zamawiający, nie stosując się do określonego w art. 1 ust. 2 wzorca obowiązku zaniechania, dokona transakcji z naruszeniem wyłączności pośrednika, a tym samym uczynienie kary umownej „adekwatną” do tego zakresu czynności. Także abstrakcyjna kontrola postanowienia wzorca zastrzegającego karę umowną nie może opierać się na ocenie relacji wysokości kary umownej do wysokości kosztów i nakładów pracy pośrednika poniesionych w określonych wypadkach, porównanie takie może być dokonane przy rozstrzyganiu przez Sąd - w ramach kontroli incydentalnej - zarzutu rażąco wygórowanej kary umownej, nałożonej na zamawiającego w konkretnym stosunku umownym.

Za uzasadniony należy też uznać pogląd pozwanego mówiący o tym, że szkoda pośrednika wynikająca z niewykonania przez zamawiającego obowiązku określonego w art. 1 ust. 2 wzorca (jaką rekompensować ma kara umowna), obejmuje nie tylko koszty poniesione w związku z czynnościami podjętymi celem realizacji umowy, ale także możliwość uzyskania umówionego wynagrodzenia. Jeśli bowiem zamawiający podejmuje działania konkurencyjne wobec pośrednika, uniemożliwiając mu realizację zleconych usług i doprowadzenie do transakcji, to tym samym pozbawia pośrednika prawa do uzyskania wynagrodzenia. Przy takim zaś ujęciu szkody należy podzielić stanowisko pozwanego, że kara umowna w wysokości 80% wynagrodzenia, jakie pośrednik mógłby uzyskać, gdyby zamawiający należycie wykonał swój obowiązek i gdyby doszło do zawarcia transakcji zbycia nieruchomości, nie może być uznana za rażąco wygórowaną, gdyż pozostaje ona we współmiernej wysokości do ponoszonej zwykle szkody (wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 13 czerwca 2005r. XVII Ama 20/04). Na taką ocenę może mieć też wpływ to, że zastrzeżenie kary w przedmiotowym wzorcu ma pełnić funkcję prewencyjną i zapobiegać umyślnemu niewykonaniu przez zamawiającego jego obowiązku. Słusznie podnosi pozwany, że kara w niższej wysokości tego zadania by nie spełniała, bowiem opłacalne dla zamawiającego byłoby niezastosowanie się do obowiązku respektowania wyłączności pośrednika i zapłata niskiej kary umownej niż wykonanie umowy i zapłata umówionego wynagrodzenia. Relacja wysokości kary umownej i wysokości świadczenia częstokroć była podstawą oceny postanowień wzorca umowy pod kątem art. 385³ pkt 17 k.c. W cytowanych przez pozwanego w apelacji poglądach doktryny i orzecznictwa przyjmowano, że wysokość kary umownej nie powinna przewyższać wielkości świadczenia, którego wykonanie ma zabezpieczać i że nie powinny występować **duże dysproporcje między wysokością zastrzeżonej kary, a godnym ochroną interesem wierzyciela** (Sąd Apelacyjny w Katowicach wyrok w sprawie o sygn. V ACa 483/08). Kwestionowane były przede wszystkim postanowienia zastrzegające kary umowne w wysokości kilkukrotności wynagrodzeń lub kary pobierane obok wynagrodzeń (vide wyroki Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: z dnia 10 marca 2004r. XVII Amc 34/03, z dnia 21 kwietnia 2004r. XVII Amc 85/03, z dnia 26 października 2006r. XVII Amc 39/06, z dnia 22 listopada 2006r. XVII Amc 140/05, z dnia 24 maja 2007r. XVII Amc 67/06 i z dnia 20 kwietnia 2011r. XVII Amc 1939/10). Analizowane w niniejszej sprawie

postanowienie wzorca nie zastrzega jednak kary umownej w takiej wysokości. Należy też zwrócić uwagę na to, że „nieadekwatność” kary umownej, o jakiej mowa w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, nie jest równoznaczna z „rażącym wygórowaniem” tej kary. Pozwany słusznie podnosi, że „kara rażąco wygórowana” to postać kwalifikowana kary wygórowanej, a zatem nie każda kara „nieadekwatna” będzie karą wygórowaną, a tym bardziej rażąco wygórowaną. Taki zarzut będzie uzasadniony w przypadku kary o wysokości znacząco naruszającej zasadę uczciwego wyważenia praw i obowiązków. Zdaniem Sądu Apelacyjnego kwestionowane postanowienie umowne nie nakłada na konsumenta, który nie wykonał zobowiązania, obowiązku zapłaty rażąco wygórowanej kary umownej, a tym samym nie kształtuje jego praw i obowiązków w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy. Nie stanowi zatem niedozwolonego postanowienia umownego, o którym mowa w art. 385¹ § 1 k.c.

Mając powyższe na względzie Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok poprzez oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 360 zł. zgodnie z art. 98 k.p.c. w związku z § 14 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (w brzmieniu obowiązującym na datę wyrokowania przez Sąd I instancji). Wobec uwzględnienia apelacji pozwanego na jego rzecz zostały zasądzone koszty procesu w postępowaniu apelacyjnym w wysokości 660 zł., obejmujące opłatę od apelacji (600 zł.) i wynagrodzenie pełnomocnika (60 zł.), na podstawie art. 98 k.p.c. w związku z § 14 ust. 3 pkt 2 w. cyt. rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości.