

*Sygn. akt VI A Ca 1907/13*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 10 kwietnia 2014 r.*

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

*Przewodniczący - Sędzia SA – Ewa Zalewska*

*Sędzia SA – Ewa Stefańska (spr.)*

*Sędzia SO del. – Marcin Strobel*

*Protokolant: sekr. sądowy Katarzyna Kędzierska*

*po rozpoznaniu w dniu 10 kwietnia 2014 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa Organizacji (...) we W.*

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

*o uznanie postanowienia wzorca umowy za niedozwolone*

*na skutek apelacji pozwanego*

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

*z dnia 31 marca 2011r., sygn. akt XVII AmC 1331/09*

*1) zmienia zaskarżony wyrok w punktach:*

*- pierwszym i drugim – w ten sposób, że oznacza je numerem pierwszym i nadaje mu treść: „oddala powództwo w całości”;*

*- trzecim - w ten sposób, że oznacza go numerem drugim i nadaje mu treść: „zasądza od Organizacji (...) we W. na rzecz (...) Sp. z o.o. w W. kwotę 360 (trzysta sześćdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego”;*

*- czwartym i piątym – w ten sposób, że uchyla je;*

*2) zasądza od Organizacji (...) we W. na rzecz (...) Sp. z o.o. w W. kwotę 1740 (jeden tysiąc siedemset czterdzieści) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego i kasacyjnego.*

*Sygn. akt VI A Ca 1907/13*

## UZASADNIENIE

Organizacja (...) we W. wniosła o uznanie za niedozwolone postanowień wzorca umowy stosowanych w obrocie z konsumentami przez (...) Sp. z o.o. w W. o treści: „ (...) może żądać od Użytkownika kary umownej w wysokości 5.000 zł za każdą kartę SIM używaną w niedozwolony sposób [...]. Nie wyłącza to uprawnień (...) do żądania od Użytkownika odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonej kary umownej na zasadach ogólnych.”

Powód podał, że pozwany prowadzi działalność gospodarczą polegającą na świadczeniu publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych, w tym dla klientów detalicznych (konsumentów). Umowy te są zawierane z zastosowaniem wzorców umów, które nie podlegają indywidualnym uzgodnieniom. Zdaniem powoda, pozwany kilka lat temu rozpoczął proceder polegający na wyłączaniu (dezaktywacji) kart SIM używanych przez abonentów, zarzucając im używanie ich w sposób niedozwolony, co stanowi naruszenie regulaminu lub umowy, najczęściej uzasadniając to „przekierowywaniem ruchu z innych sieci telekomunikacyjnych do sieci (...). Pozwany wykorzystuje brak znajomości przez abonentów zagadnień związanych z telekomunikacją, stosuje zwroty, które są absurdalne znaczeniowo, ale brzmią „fachowo”. Pozwany uruchamia specjalne numery, na które połączenie powoduje natychmiastową dezaktywację karty, bądź stosuje oprogramowanie, które dezaktywuje karty użytkowników intensywnie korzystających z promocji tanich minut. Skutkiem tego proceduru jest: zrywanie przez pozwanego umów z klientami, którzy rzekomo używali kart SIM niezgodnie z umową, zastraszanie klientów telefonami oraz listami zapowiadającymi możliwość nałożenia kary, wpisywanie klientów na czarną listę, co uniemożliwia im podpisanie umów z innymi operatorami telekomunikacyjnymi, wystawianie klientom not obciążeniowych niejednokrotnie opiewających na kilkadziesiąt tysięcy złotych, sprzedaż rzekomego długu firmom windykacyjnym, nękanie klientów przez firmy windykacyjne, wnoszenie przez firmy windykacyjne pozwów do sądu.

W ocenie powoda, postanowienia wskazane w petitum pozwu należy uznać za klauzule abuzywne, albowiem kształtują one prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy (art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c.). Pozwalają one bowiem przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu nałożyć na konsumentów bardzo dotkliwe sankcje, stwarzając mu możliwość nadużyć, przy czym sankcje te mają charakter jednostronny, gdyż abonent nie dysponuje analogicznymi uprawnieniami.

Pozwany (...) Sp. z o.o. w W. wnosil o oddalenie powództwa podając, że kwestionowane postanowienia nie stanowią klauzul niedozwolonych w rozumieniu art. 385<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 385<sup>3</sup> k.c. Zdaniem pozwanego, powód jedynie pozornie powołuje się na ochronę interesów konsumentów, lecz faktycznie działa w interesie przedsiębiorców prowadzących działalność na rynku usług telekomunikacyjnych polegającą na wykorzystywaniu kart SIM do nieuprawnionego kierowania ruchu telekomunikacyjnego do sieci operatorów komórkowych. Wskazał, że kwestionowane postanowienia nie wiążą się z działaniami charakterystycznymi dla konsumentów, albowiem dotyczą zakazu podejmowania przez użytkowników kart SIM następujących działań: używania w adapterach kart SIM aktywowanych w sieci (...); kierowania do sieci (...) ruchu z innych sieci telekomunikacyjnych za pomocą kart SIM działających w sieci (...); udostępniania innym podmiotom usług telekomunikacyjnych świadczonych przez (...) w celu uzyskania korzyści majątkowych, wykorzystywania telefonu i karty SIM lub urządzenia telekomunikacyjnego niezgodnie z przepisami prawa lub niezgodnie z umową o świadczenie usług.

Zdaniem pozwanego, przewidziana w zakwestionowanej klauzuli kara umowna jest adekwatna do skali naruszenia umowy, przy czym w rzeczywistości nie dotyczy ona konsumentów, lecz przedsiębiorców. Pozwany stwierdził, że celem żądania uznania zaskarżonych klauzul za niedozwolone jest umożliwienie przedsiębiorcom wykorzystywania kart SIM przeznaczonych dla konsumentów w urządzeniach (...) (znanych także jako „bramki GSM” lub „skrzynki SIM”) do przekierowywania połączeń z innych sieci telekomunikacyjnych do sieci mobilnej z pominięciem międzyoperatorskiego punktu styku tych sieci. W wyniku takiego przekierowania, połączenie z sieci stacjonarnej do mobilnej z punktu widzenia operatora sieci mobilnej „widziane” jest jako rozmowa inicjowana w jego sieci mobilnej. Tego typu użytkownicy sami prowadzą działalność polegającą na oferowaniu usług telekomunikacyjnych z wykorzystaniem sieci telekomunikacyjnej operatora udostępniającego kartę SIM, najczęściej nie posiadając żadnych uprawnień telekomunikacyjnych. Tymczasem fakt nieposiadania przez nich sieci własnej, ani dzierzawionej, zwalniał ich z obowiązku zawarcia umowy o połączeniu sieci, w sytuacji, gdy przekierowując ruch telekomunikacyjny z sieci innych operatorów do sieci pozwanego, wykorzystują tę sieć dla prowadzenia działalności gospodarczej.

Pozwany wskazał, że atrakcyjność tego proceduru wynika z faktu, iż opłaty za przekierowane połączenie naliczane są jak opłaty za rozmowy wewnątrz sieci, które w wielu taryfach są znacznie tańsze niż połączenia do innych sieci, w celu uzyskania tzw. efektu sieciowego, czyli udostępnienia abonentom tańszych rozmów w ramach sieci

operatora macierzystego. Zwrócił uwagę, że przeciętny klient operatora nie ma pojęcia, że jego połączenie zostało „przekierowane”. Konsument nie zdaje sobie sprawy, że zrywanie połączeń i ich gorsza jakość są w znacznej mierze spowodowane przez podmiot trzeci. Tymczasem działalność taka wpływa na znaczne pogorszenie jakości świadczonych klientom usług telekomunikacyjnych, co jest związane z: przeciążeniem sieci w miejscu funkcjonowania podmiotów zajmujących się bezumownym tranzytowaniem połączeń, co może uniemożliwiać wykonywanie połączeń w tych lokalizacjach przez zwykłych klientów; dłuższym niż przeciętnie czasem zestawiania połączeń; błędami w zestawianiu połączeń; gorszą jakością transmisji głosowej w związku z przechodzeniem tej transmisji przez dodatkowe urządzenie; zagrożeniem przerwaniem rozmowy; brakiem możliwości monitorowania kosztów usług roamingowych; brakiem możliwości korzystania z dodatkowych usług (np. VIDEO CALL, fax); brakiem możliwości prawidłowej prezentacji identyfikacji zakończenia sieci, z którego są inicjowane połączenia.

Według pozwanego, działalność sankcjonowana karą umowną stwarza również zagrożenie dla bezpieczeństwa komunikatów przesyłanych w sieci operatora oraz narusza określone w prawie telekomunikacyjnym zasady przetwarzania danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną. W związku z tą działalnością operator telekomunikacyjny nie jest w stanie prawidłowo wypełniać obowiązków na rzecz obronności, bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego, w szczególności obowiązku przedstawienia informacji o tym, kto faktycznie dzwonił na dany numer (dane w takim przypadku nie będą bowiem prawdziwe, gdyż będą zawierały wyłącznie informację o karcie przekierowującej). Przekierowywanie połączeń z wykorzystaniem urządzeń (...) powoduje blokadę sieci, co uniemożliwia również właściwą realizację określonych w przepisach prawa telekomunikacyjnego obowiązków związanych z zapewnieniem połączeń do numerów alarmowych. Pozwany jako operator posiada bowiem w takich wypadkach nieprawidłowe dane zawierające fałszywy numer abonenta inicjującego połączenie, co uniemożliwia mu udostępnienie ich służbom i instytucjom państwowym. Używanie urządzeń do przekierowywania rozmów w sposób niekontrolowany może być też wykorzystywane do monitorowania rozmów telefonicznych przez podmioty nieuprawnione, gdyż mają one możliwość rejestracji połączeń tranzytowych.

Wyrokiem z dnia 31 marca 2011 r. Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznał za niedozwolone i zakazał stosowania przez pozwanego w obrocie z konsumentami postanowienia wzorca umowy o treści: „Nie wyłącza to uprawnień (...) do żądania od Użytkownika odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonej kary umownej na zasadach ogólnych.” i oddalił powództwo w pozostałym zakresie.

Wyrok Sądu Okręgowego został wydany w oparciu o poniższe ustalenia faktyczne i rozważania prawne.

Powód Organizacja (...) we W. jest wpisany do Rejestru Stowarzyszeń, Innych Organizacji (...), Fundacji i Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej Krajowego Rejestru Sądowego, zaś pozwany (...) S.A. (obecnie: (...) sp. z o.o.) w W. jest zarejestrowany w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego i prowadzi działalność gospodarczą polegającą na świadczeniu usług telekomunikacyjnych.

Pozwany posługiwał się w obrocie z konsumentami wzorcem umownym o nazwie Regulamin Promocji: (...). Zobowiązania 30 zł ( (...)), który zawierał w § 5 pkt 6 zakwestionowane przez powoda postanowienia o następującej treści: „(...) może żądać od Użytkownika kary umownej w wysokości 5.000 zł za każdą kartę SIM używaną w niedozwolony sposób [...]. Nie wyłącza to uprawnień (...) do żądania od Użytkownika odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonej kary umownej na zasadach ogólnych.” Sąd pierwszej instancji wskazał, że badanie powyższego wzorca umowy w postępowaniu przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest uzasadnione pomimo twierdzenia pozwanego, że zakwestionowane klauzule będą miały zastosowanie jedynie do użytkowników, którzy nie są konsumentami w rozumieniu art. 2 pkt 18 ustawy - Prawo telekomunikacyjne i art. 22<sup>(1)</sup> k.c., albowiem wzorzec ten jest stosowany przez (...) S.A. (obecnie: (...) sp. z o.o.) w W. w obrocie z klientami będącymi osobami fizycznymi, stąd każdego konsumenta, który zawarł z umowę z pozwanym, obowiązywały postanowienia zawarte w treści tego wzorca.

Sąd Okręgowy wskazał, że w postępowaniu o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone dokonuje się abstrakcyjnej oceny wzorca celem ustalenia, czy zawarte w nim klauzule mają charakter niedozwolonych postanowień

umownych w rozumieniu art. 385<sup>1</sup> k.c. Uznanie danego postanowienia umownego za niedozwolone i wyeliminowanie go z praktyki stosowania zależy od spełnienia łącznie następujących przesłanek: (1) postanowienie nie zostało uzgodnione indywidualnie, a więc nie podlegało negocjacjom; (2) ukształtowane w ten sposób prawa i obowiązki konsumenta pozostają w sprzeczności z dobrymi obyczajami; (3) ukształtowane we wskazywany sposób prawa i obowiązki rażąco naruszają interesy konsumenta; (4) postanowienie umowy nie dotyczy sformułowanych w sposób jednoznaczny głównych świadczeń stron, w tym ceny lub wynagrodzenia.

Analizując zakwestionowane w pozwie postanowienia wzorca umowy w oparciu o powyższe kryteria, Sąd pierwszej instancji wskazał, że konsumenci nie mieli wpływu na ich treść, a zatem nie były one indywidualnie uzgadniane. Przedmiotowe postanowienia nie dotyczą także głównych świadczeń stron umowy, tylko kary umownej i odszkodowania. Do rozstrzygnięcia pozostała zatem jedynie kwestia, czy zakwestionowane postanowienia kształtują prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy.

Sąd Okręgowy uznał, że tylko drugie zdanie kwestionowanej klauzuli o treści „ Nie wyłącza to uprawnień (...) do żądania od Użytkownika odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonej kary umownej na zasadach ogólnych.” stanowi niedozwolone postanowienie umowne w rozumieniu art. 385<sup>(1)</sup> § 1 k.c., natomiast postanowienie zawarte w pierwszym zdaniu o treści „ (...) może żądać od Użytkownika kary umownej w wysokości 5.000 zł za każdą kartę SIM używaną w niedozwolony sposób [...]” nie jest abuzywne.

Odnośnie postanowienia zawartego w pierwszym zdaniu § 5 pkt 6 wzorca umowy Sąd Okręgowy stwierdził, że możliwość żądania kary umownej jest uregulowana w art. 483 § 1 k.c., zgodnie z którym można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Stąd pozwany mógł zawrzeć w Regulaminie postanowienie dotyczące kary umownej, przy czym nienależyte wykonanie zobowiązania przez konsumenta ma polegać na używaniu karty SIM w niedozwolony sposób. W ocenie Sądu pierwszej instancji wysokość kary umownej jest uzasadniona, a ponadto konsument może wystąpić do sądu na podstawie art. 484 § 2 k.c. z żądaniem miarkowania kary umownej. Dlatego Sąd Okręgowy oddalił powództwo w tym zakresie.

Natomiast za zasadne uznał Sąd pierwszej instancji powództwo w części, w jakiej w drugim zdaniu § 5 pkt 6 wzorca umowy nie wyłączono uprawnień pozwanego do żądania od Użytkownika odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonej kary umownej na zasadach ogólnych. Sąd Okręgowy odwołał się do treści art. 484 § 1 k.c., z którego wynika, że w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody, a żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły. Zdaniem Sądu pierwszej instancji intencją ustawodawcy było przyjęcie zasady, że żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary umownej jest niedopuszczalne.

Sąd Okręgowy wskazał, że pomimo, iż zastrzeżenie w umowie możliwości dochodzenia odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary jest co do zasady dopuszczalne, to skoro wzorzec umowy o nazwie Regulamin Promocji (...). Zobowiązania 30 zł („Regulamin”) nie jest negocjowany indywidualnie, narzucenie konsumentom postanowienia § 5 pkt 6 zd. 2 wzorca jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i rażąco narusza interes konsumenta. Działając w ten sposób przedsiębiorca telekomunikacyjny wykorzystuje swoją przewagę kontraktową i narzuca konsumentowi niekorzystne dla niego postanowienie. Dlatego Sąd Okręgowy uwzględnił powództwo w tym zakresie.

Od wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów apelację wniósł pozwany (...) S.A. (obecnie: (...) sp. z o.o.) w W..

Apelacją z dnia 24 maja 2011 r. pozwany zaskarżył wyrok w części uwzględniającej powództwo, wnosząc o jego zmianę poprzez oddalenie powództwa w całości, ewentualnie o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy w tym zakresie Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania. Pozwany zarzucił wyrokowi Sądu Okręgowego naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

1) art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i błędne przyjęcie, wskutek oceny sprzecznej z przesłankami art. 385<sup>2</sup> k.c., iż postanowienie regulaminu o następującej treści: „Nie wyłącza to uprawnień (...) do żądania od Użytkownika odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonej kary umownej na zasadach ogólnych” stanowi niedozwolone postanowienie umowne w rozumieniu tego przepisu, czyli kształtuje prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy, pomimo iż postanowienie to jest zgodne z dobrymi obyczajami i nie narusza rażąco interesów konsumenta;

2) art. 484 § 1 k.c. w zw. z art. 471 k.c. poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że ratio legis tego przepisu jest przyjęcie, iż co do zasady żądanie odszkodowania przekraczającego wysokość zastrzeżonej kary umownej jest niedopuszczalne, pomimo iż przepis ten wprost dopuszcza możliwość żądania odszkodowania przekraczającego wysokość zastrzeżonej kary umownej, warunkując je jedynie przewidzeniem takiej możliwości w umowie łączącej strony, i jednocześnie naruszenie art. 471 k.c. poprzez jego niezastosowanie.

Powód Organizacja (...) we W. wnosił o oddalenie apelacji.

Wyrokiem z dnia 4 kwietnia 2012 r. (sygn. akt VI ACa 859/11) Sąd Apelacyjny w Warszawie oddalił apelację pozwanego. Sąd odwoławczy podzielił pogląd Sądu pierwszej instancji, że zamieszczona w kwestionowanym wzorcu umownym klauzula zastrzegająca na rzecz pozwanego uprawnienie do dochodzenia odszkodowania przewyższającego karę umowną stanowi niedozwolone postanowienie umowne w rozumieniu art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c., albowiem kształtuje prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami i rażąco narusza jego interesy. Sąd Apelacyjny stwierdził, że skoro art. 484 § 1 k.c. w zasadzie wyłącza możliwość żądania odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary umownej, dopuszczając ją tylko wyjątkowo, gdy strony tak postanowiły, to nie jest zgodne z dobrymi obyczajami odejście od tej reguły bez przeprowadzenia w tym zakresie negocjacji z konsumentem. Zdaniem Sądu odwoławczego wprowadzenie tej klauzuli do umowy uprzywilejowuje pozwanego przedsiębiorcę, który ma zagwarantowaną karę umowną w wysokości 5.000 zł, a wyrównania uszczerbku przewyższającego tę karę może dochodzić na podstawie art. 471 k.c. Konsument natomiast może dochodzić naprawienia szkody wyłącznie na podstawie tego przepisu, w związku z czym musi wykazać przesłanki jego zastosowania w odniesieniu do całej szkody. Natomiast gdyby klauzula ta nie została zastrzeżona, przedsiębiorca i konsument mieliby równe prawa dochodzenia naprawienia szkody na podstawie art. 471 k.c.

Na skutek skargi kasacyjnej pozwanego (...) sp. z o.o. w W., wyrokiem z dnia 29 sierpnia 2013 r. (sygn. akt I CSK 660/12) Sąd Najwyższy uchylił zaskarżony wyrok w części oddalającej apelację i przekazał sprawę w tym zakresie Sądowi Apelacyjnemu w Warszawie do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego.

W uzasadnieniu wyroku Sąd Najwyższy wyjaśnił, że zgodnie z art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. uznanie konkretnej klauzuli umownej za niedozwolone postanowienie umowne wymaga stwierdzenia łącznego wystąpienia przesłanek jej sprzeczności z dobrymi obyczajami i rażącego naruszenia interesów konsumenta. Przez działanie wbrew dobrym obyczajom przy kształtowaniu treści stosunku zobowiązaniowego należy rozumieć wprowadzanie do wzorca klauzul umownych, które godzą w równowagę kontraktową stron takiego stosunku. Natomiast rażące naruszenie interesów konsumenta oznacza nieusprawiedliwioną dysproporcję, na niekorzyść konsumenta, praw i obowiązków stron, wynikających z umowy. Rażące naruszenie interesów konsumenta zazwyczaj stanowi naruszenie dobrych obyczajów, nie zawsze jednak zachowanie sprzeczne z dobrymi obyczajami rażąco narusza te interesy. Ocena rzetelności określonego postanowienia wzorca umownego wymaga przeprowadzenia przez sąd weryfikacji jego „przyzwoitości”, polegającej na zbadaniu, czy postanowienie wzorca jest sprzeczne z ogólnym wzorcem zachowań przedsiębiorców wobec konsumentów, a także, jak wyglądałyby prawa lub obowiązki konsumenta w sytuacji, w której postanowienie to nie zostałoby zastrzeżone. Jeżeli bez tego postanowienia, na podstawie ogólnych przepisów, znalazłby się on w lepszej sytuacji, należy uznać je za nieuczciwe.

Sąd Najwyższy wskazał, że Sąd odwoławczy przeprowadzając tzw. test przyzwoitości uznał, iż bez postanowienia zastrzegającego na rzecz pozwanego uprawnienie do dochodzenia odszkodowania przewyższającego karę umowną, sytuacja prawna konsumenta byłaby korzystniejsza. Stwierdził bowiem, że pozwany ma zagwarantowaną karę umowną w wysokości 5.000 zł, a pokrycia szkody w większym rozmiarze może dochodzić na podstawie art. 471 § 1 k.c., natomiast konsument, na którego rzecz nie zastrzeżono kary umownej, musi dochodzić całego odszkodowania na podstawie powołanego przepisu i wykazać przewidziane w nim przesłanki. Rozumowanie to, według Sądu Najwyższego, nasuwa jednak istotne zastrzeżenia, albowiem Sąd Apelacyjny źródła dysproporcji praw i obowiązków stron dopatrył się w klauzuli zastrzegającej karę umowną na rzecz przedsiębiorcy, co do której rozstrzygnięcie Sądu pierwszej instancji uprawomocniło się jako niezaskarżone, a nie w postanowieniu dopuszczającym dochodzenie przez niego odszkodowania przewyższającego tę karę.

Zdaniem Sądu Najwyższego przedsiębiorca dochodzący odszkodowania nie jest w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do konsumenta realizującego takie samo uprawnienie, albowiem każdy z nich musi wykazać przesłanki przewidziane w art. 471 § 1 k.c., przy czym również przedsiębiorca, który otrzymał zaliczalną karę umowną, musi wykazać rozmiar całej poniesionej szkody, a nie tylko szkody pomniejszonej o karę umowną. Niewątpliwie sytuacja prawna konsumenta przedstawiałaby się dla niego korzystniej, gdyby wzorzec stosowany przez pozwanego nie zawierał spornej klauzuli. Ocena ta nie jest jednak wystarczająca do sformułowania wniosku, że klauzula poddana kontroli stanowi niedozwolone postanowienie umowne. Dostatecznej podstawy do takiej konkluzji nie stanowi sam brak równowagi między uprawnieniami i obowiązkami stron, skoro do uznania postanowienia wzorca umownego za niedozwolone konieczne jest stwierdzenie, że prowadzi ono do rażącej dysproporcji ich praw i obowiązków. Sąd Najwyższy zauważył ponadto, że Sąd Apelacyjny poza zakresem swoich rozważań pozostawił kwestię, czy klauzula umożliwiająca pozwanemu dochodzenie odszkodowania uzupełniającego rzeczywiście pozostaje w sprzeczności z ogólnym wzorcem zachowań przedsiębiorców wobec konsumentów.

W toku ponownego rozpoznania sprawy przez Sąd Apelacyjny w Warszawie pozwany (...) sp. z o.o. w W. popierał apelację i wnosił o zasądzenie kosztów postępowania w postępowaniu apelacyjnym i kasacyjnym. Natomiast powód Organizacja (...) we W. nie zajął stanowiska co do apelacji pozwanego.

### **Sąd Apelacyjny zważył:**

Apelacja pozwanego zasługiwała na uwzględnienie.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji i przyjmuje je za własne. Natomiast wadliwa jest dokonana przez Sąd Okręgowy ocena abuzywności postanowienia regulaminu o treści: „Nie wyłącza to uprawnienia (...) do żądania od Użytkownika odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonej kary umownej na zasadach ogólnych”.

Obecnie brzmienie art. 385<sup>1</sup> k.c. jest skutkiem implementacji do polskiego prawa Dyrektywy Rady nr 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz.Urz. WE z 1993 r. L 95, s. 29). Uzasadnieniem dla wprowadzenia tej regulacji był zamiar zapewnienia konsumentom skuteczniejszej ochrony w stosunkach umownych z profesjonalistami. Konstrukcja klauzuli generalnej przy definiowaniu niedozwolonych klauzul umownych została przejęta z art. 3 ust. 1 Dyrektywy nr 93/13/EWG, w którym odwołano się do istotnej dysproporcji wzajemnych praw i obowiązków oraz naruszenia zasady wzajemnego zaufania, przy czym polski prawodawca odwołał się do klauzuli generalnej dobrych obyczajów. Przy tym, w krajowej regulacji abuzywność nie sprowadza się wyłącznie do nierównowagi, a więc dysproporcji praw i obowiązków stron, lecz obejmuje także postanowienia umowy przewidujące prawa i obowiązki, które znajdują wprawdzie swój odpowiednik (równoważnik) w prawach i obowiązkach kontrahenta konsumenta, jednak z uwagi na ich nadmierną dolegliwość dla konsumenta nie mogą być tolerowane.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, sporna klauzula nie ma cech abuzywności, albowiem przedsiębiorca dochodzący odszkodowania nie jest w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do konsumenta realizującego takie samo uprawnienie.

Każdy z nich musi bowiem wykazać przesłanki przewidziane w art. 471 § 1 k.c., przy czym również przedsiębiorca, który otrzymał zaliczalną karę umowną, musi wykazać rozmiar całej poniesionej szkody, a nie tylko szkody pomniejszonej o karę umowną. Ma więc rację apelujący wskazując, iż w takiej sytuacji brak jest podstaw do przyjęcia, że zakwestionowana klauzula zawarta w analizowanym wzorcu umownym przekracza określone przez ustawodawcę granice rzetelności kontraktowej twórcy wzorca w zakresie kształtowania praw i obowiązków konsumenta. W szczególności nie można tu mówić o naruszeniu interesów konsumenta w stopniu rażącym.

Słusznie wywodzi apelujący, że zgodnie z zasadą wynikającą z art. 471 § 1 k.c. dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Odpowiedzialność kontraktowa dłużnika powstaje więc wówczas, gdy spełnione zostaną łącznie następujące przesłanki: (1) powstanie szkoda wierzyciela w postaci uszczerbku majątkowego; (2) szkoda ta będzie spowodowana niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania przez dłużnika; (3) wystąpi związek przyczynowy między faktem nienależytego lub niewykonania zobowiązania a poniesioną szkodą. Ciężar dowodu istnienia wyżej wymienionych przesłanek, w świetle art. 6 k.c. spoczywa na wierzycielu, jako osobie, która z tych faktów wywodzi skutki prawne. Natomiast sama odpowiedzialność dłużnika z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania została ukształtowana na zasadzie winy, przy czym w art. 471 § 1 k.c. zawarte jest domniemanie, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło wskutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność.

Powyższe zasady dotyczą dochodzenia odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy niezależnie od tego, czy wierzycielem będzie przedsiębiorca telekomunikacyjny, czy konsument. Również w każdym przypadku odpowiedzialność ta będzie limitowana wysokością poniesionej przez przedsiębiorcę lub konsumenta szkody, którą w razie sporu będzie on musiał wykazać przed sądem. Nie ma więc racji powód twierdząc, że kwestionowane postanowienie umowne stwarza dla pozwanego możliwości do nadużyć.

Ma też rację apelujący twierdząc, że art. 484 § 1 k.c. nie wprowadza generalnego zakazu dochodzenia odszkodowania przewyższającego karę umowną, a jedynie wymaga, aby uprawnienie takie zostało przewidziane przez strony w umowie. Skoro bowiem zastrzeżenie kary umownej ma ułatwić wierzycielowi dochodzenie odszkodowania w formie zryczałtowanej, bez konieczności udowadniania wysokości szkody, to istnienie takiej klauzuli w umowie może być podstawą przekonania dłużnika, że kara umowna wyczerpuje roszczenie wierzyciela. Jeżeli miałyby być inaczej, ustawodawca wymaga, aby zastrzeżono to wyraźnie w umowie.

Taka właśnie sytuacja występuje w analizowanym wzorcu umowy. Przedsiębiorca może skorzystać jedynie z uprawnienia do żądania kary umownej, nie domagając się dalszego odszkodowania na zasadach ogólnych (przy tym, klauzula o karze umownej nie podlega ocenie Sądu Apelacyjnego, albowiem wyrok w części oddalającej powództwo, na skutek niezaskarżenia uprawomocnił się). Jednakże w sytuacji, gdy szkoda przewyższa kwotę 5.000 zł, pozwany ma możliwość domagania się odszkodowania w pełnej wysokości, ale wówczas jest zobowiązany do udowodnienia wszystkich przesłanek odpowiedzialności z art. 471 § 1 k.c., w tym pełnej wysokości szkody. Kara umowna podlega bowiem wówczas zaliczeniu na poczet odszkodowania.

W sytuacji, gdyby pozwany został pozbawiony uprawnienia do dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych, podczas gdy konsument takim uprawnieniem dysponuje, doszłoby do istotnej dysproporcji wzajemnych praw i obowiązków stron umowy, lecz na niekorzyść przedsiębiorcy. W konsekwencji należy przyjąć, że klauzula umożliwiająca pozwanemu dochodzenie odszkodowania uzupełniającego nie pozostaje w sprzeczności z ogólnym wzorcem zachowań przedsiębiorców wobec konsumentów, co uzasadniało uwzględnienie apelacji.

Podstawą orzeczenia Sądu Apelacyjnego był art. 386 § 1 k.p.c.

O kosztach procesu orzeczono na zasadzie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. oraz § 14 ust. 3 pkt 2 i § 12 ust. 1 pkt 2 i ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności

radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (tekst jedn. Dz. U. z 2013, poz. 490).