



WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 kwietnia 2004 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie, Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w składzie:

Przewodniczący: SSO Ewa Pisula-Dąbrowska

Protokolant Monika Pałaszewska po rozpoznaniu w dniu 1 kwietnia 2004 r., w Warszawie na rozprawie sprawy z powództwa Tomasza Zagańczyka przeciwko Canal+ Cyfrowy sp. z o.o. w Warszawie o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone

- 1) uznaje za niedozwolone i zakazuje wykorzystywania w obrocie z konsumentami postanowienia wzorca umowy o treści:

„Operator Cyfry+ z ważnych przyczyn prawnych, technicznych, organizacyjnych lub ekonomicznych może wprowadzić zmiany liczby i rodzaju Programów wchodzących w skład poszczególnych Pakietów wymienionych, odpowiednio w Załącznikach nr 2, 3, 4 i 5 do umowy.

Wyżej wymienione zmiany, wynikające z faktu zaistnienia okoliczności leżących poza kontrolą Operatora Cyfry+, uznane za siłą wyższą zastąpienia danego Programu Programem o porównywalnej tematyce, rezygnacji z danego Programu z uwagi na jego niską oglądalność, zaprzestania nadawania Programu z przyczyn obciążających jego nadawcę nie wymagają zmiany Umowy”

- 2) oddala powództwo w pozostałym zakresie
3) ustala wpis ostateczny na kwotę 500 zł (pięćset zł)
4) nakazuje pobrać z konta Canal+ Cyfrowy sp. z o.o. z siedziba w Warszawie na rzecz Skarbu Państwa - Kasy Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę z 500 (pięćset) tytułem kosztów sądowych
5) zarządza publikację prawomocnego wyroku w Monitorze Sądowym i Gospodarczym na koszt Canal+ Cyfrowy sp. z o.o. w Warszawie.

SSO Ewa Pisula-Dąbrowska

Powód - Tomasz Zagańczyk wniósł o uznanie, iż pozwany Canal+ Cyfrowy sp. z o.o. w Warszawie stosuje w umowach z konsumentami niedozwolone postanowienia umowne. Wywodził, iż wzorzec umowny - regulamin umowy o abonament nie był z nim uzgodniony indywidualnie i postanowienia w nim zawarte są sprzeczne z art. 385³ kc. Strona pozwana wniosła o oddalenie powództwa. Powołując się na treść art. 385¹ kc podniosła, iż zawarte we wzorcu postanowienia stanowią świadczenia główne a zatem nie podlegają ocenie z punktu widzenia klauzul abuzywnych. Odnośnie pozostałych zaskarżonych postanowień podnosił, iż nie są one sprzeczne z dobrymi obyczajami oraz, że nie naruszają rażąco interesów konsumentów.

Rozpoznając sprawę Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił i zważył co następuje:

Powództwo jedynie częściowo zasługiwało na uwzględnienie. I tak Sąd uznał za niedozwolone postanowienie o treści „Operator Cyfry+ z ważnych przyczyn prawnych, technicznych, organizacyjnych lub ekonomicznych może wprowadzić zmiany liczby i rodzaju Programów wchodzących w skład poszczególnych Pakietów wymienionych, odpowiednio w Załącznikach nr 2, 3, 4 i 5 do umowy.

Wyżej wymienione zmiany, wynikające z faktu zaistnienia okoliczności leżących poza kontrolą Operatora Cyfry+, uznane za siłą wyższą zastąpienia danego Programu Programem o porównywalnej tematyce, rezygnacji z danego Programu z uwagi na jego niską oglądalność, zaprzestania nadawania Programu z przyczyn obciążających jego nadawcę nie wymagają zmiany Umowy". W ocenie Sądu treści w/w postanowienia jest sprzeczna z art. 385 pkt 8, 10, 19 kc.

Analiza tego postanowienia pokazuje, iż pozwana rozprowadzając pakiety może jednostronnie zmieniać programy w pakietach nie zmieniając umowy z abonentem.

Treść tego postanowienia przedkłada się w praktyce na to, że abonent nie może wypowiedzieć umowy zawartej na czas minimalny (12, 24 miesięczny), o którym mowa w art. 6 § 1 wzorca (może jedynie wypowiedzieć umowę zawartą na czas nieokreślony z 3-miesięcznym okresem wypowiedzenia). Oznacza to, że jeżeli w pierwszym, drugim miesiącu od zawarcia umowy pozwany zmieni liczbę i rodzaj programów wchodzących w skład pakietu abonent skazany jest przez okres 12 lub 24 miesiące opłacać za świadczenie, które nie było przedmiotem umowy i które mu np. nie odpowiada.

Brak możliwości wypowiedzenia umowy w takiej sytuacji uznać należy za postanowienie niedozwolone w rozumieniu art. 385¹ pkt 8 „uzależnienie spełnienia świadczenia od okoliczności zależnych tylko od woli kontrahenta konsumenta" i sprzeczne z art. 385¹ pkt 10 kc „uprawniają kontrahenta konsumenta do jednostronnej zmiany umowy bez ważnej przyczyny wskazanej w tej umowie" oraz są sprzeczne z art. 385¹ pkt 19 kc „przewidują wyłącznie dla kontrahenta konsumenta jednostronne uprawnienie do zmiany, bez ważnych przyczyn, istotnych cech świadczenia".

Podkreślić należy, iż argumenty pozwanej, które zmierzają do exculpowania jej działań takie jak - bankructwa nadawców, niska oglądalność, konieczność zmian wynikająca z mody zapotrzebowania na dane programy przemawiają jedynie zatem, że ściśle określenie zawartości pakietu na okres minimalny jest praktycznie niemożliwe. Zgodzić należy się z tym, że jest to materia płynna **ca** sami zależna czasami niezależna od woli strony pozwanej. Skoro pozwana de facto sama przyznaje, że zawartość pakietu nie jest i nie może być ściśle

określana, niedopuszczalnym jest pozbawienie abonenta prawa rezygnacji wypowiedzenia umowy.

Oдноśnie pozostałych roszczeń (oddalonych) Sąd zważył co następuje. Treść postanowień zawartych w art. 3 § 1 (k. 7), art. 4 § 7 (k. 10), art. 6 § 1-5 (k. 11,12), art. 7 (k. 12), art. 8 (k. 13), art. 15 § 6 (k. 20) nie jest sprzeczna z dobrymi obyczajami, nie narusza rażąco interesów konsumenta - art. 385¹ § 1 kc (klauzula generalna).

Odnosząc się kolejno do zaskarżonych postanowień Sąd zważył. Postanowienie zawarte w art. 3 ust. 1 o treści „Operator Cyfry+ wynajmuje Abonentowi Sprzęt umożliwiający - po jego należyтым zainstalowaniu oraz pod warunkiem posiadania przez Abonenta instalacji i urządzeń odbiorczych umożliwiających współdziałanie ze Sprzętem - odkodowanie i odbiór Programów wchodzących w skład wybranego w Umowie Pakietu. Abonent zobowiązuje się płacić Operatorowi Cyfry+ umówiony Czynnysz" nie stanowi klauzuli niedozwolonej w rozumieniu art. 385³ pkt 7 kc. Treść tego przepisu stanowi, iż niedozwolonymi postanowieniami umownymi są te, takie które uzależniają zawarcie, treść lub wykonanie umowy od zawarcia innej umowy, nie mającej bezpośredniego związku z umową zawierającą oceniane postanowienia. Postanowienie to w żaden sposób nie narusza interesów konsumenta. Stanowi o tym, że dla prawidłowego działania sprzętu wynajmowanego przez pozwaną abonentom (terminal z wyposażeniem) niezbędne jest podłączenie go do sieci, telewizora. Sąd nie odnosił się do treści art. 3 § 2 wzorca albowiem postanowienie to nie było objęte żądaniem pozwu.

Oдноśnie art. 4 § 2 pkt 7 postanowienia wzorca dotyczącego kary umownej w wysokości 300 zł za opóźnienie w zwrocie sprzętu przekraczające miesiąc od daty wygaśnięcia umowy Sąd uznał, iż postanowienie to nie stanowi klauzuli niedozwolonej w rozumieniu art. 385³ pkt 16 i 17 kc. Kary umownej w wysokości 300 zł w żaden sposób nie można uznać za zbyt wygórowaną (rażąco) w sytuacji gdy abonent ma czas miesięczny od rozwiązania umowy do zwrotu sprzętu. Dopiero po tym czasie kara umowna staje się wymagalna. Nie można tracić z pola uwagi, iż na skutek opóźnienia w zwrocie sprzętu pozwana nie ma możliwości przekazania go innemu abonentowi.

Oдноśnie art. 6 § 1 - 5 postanowień wzorca dotyczących czasu obowiązywania umowy Sąd uznał, iż postanowienia te nie stanowią klauzuli niedozwolonej określonej w art. 385³ pkt 14 i 18 kc. Analiza tego postanowienia pokazuje, iż nie jest prawdą zarzut, iż postanowienia te wyłącznie pozbawiają konsumenta uprawnienia do rozwiązania, odstąpienia, wypowiedzenia umowy. W art. 6 § 2 wprost ustalono, że po upływie okresu minimalnego każda ze stron może wypowiedzieć umowę za 3-miesięcznym okresem wypowiedzenia. Twierdzenie zatem, że treść tego postanowienia stanowi klauzulę określoną w art. 385 pkt 14 kc nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 385 pkt 18 kc stanowi, iż klauzulą niedozwoloną jest takie postanowienie które stanowi, że umowa zawarta na czas oznaczony ulega przedłużeniu, o ile konsument, dla którego zastrzeżono rażąco krótki termin, nie złoży przeciwnego oświadczenia. Z treści art. 6 § 1 wzorca (k. 11) jednoznacznie wynika, iż abonent o rezygnacji z umowy powinien powiadomić operatora w ostatnim miesiącu obowiązywania umowy zawartej na okres minimalny.

W ocenie Sądu termin rezygnacji (ostatni miesiąc) umowy zawartej na okres minimalnej nie jest rażąco krótki. Nie można nie zauważyć, iż nawet jeżeli umowa zawarta na czas oznaczony przez przeoczenie abonenta (brak rezygnacji) przemieni się w umowę zawartą na czas nieoznaczony to i tak abonent może ją wypowiedzieć na zasadzie art. 6 § 2 - t.j. za trzy miesięcznym okresem wypowiedzenia. Reasumując, postanowienia zawarte w art. 6 wzorca nie są sprzeczne z art. 385³ pkt 14 i 18 kc.

Przechodząc do zaskarżonego postanowienia zawartego w art. 8 wzorca w stosunku do którego powód sformułował zarzut naruszenia art. 385 pkt 18 kc. Sąd zważył.

Wskazana przez powoda podstawa prawna nie ma zastosowania do oceny tego, postanowienia. Postanowienia zawarte w art. 8 dotyczą płatności, naruszenia przez strony obowiązków wynikających z umowy. Natomiast wskazana przez powoda podstawa prawna żądania art. 385³ pkt 18 kc dotyczy przedłużenia umowy na czas nieoznaczony o ile konsument, dla którego zastrzeżono rażąco krótki termin, nie złoży przeciwnego oświadczenia. Mając na uwadze, iż powód nie wskazał w tym zakresie innej podstawy prawnej, nie wykazał, że postanowienia te są sprzeczne z dobrymi obyczajami, rażąco naruszają interesy konsumenta, nie uczestniczył w rozprawie pomimo prawidłowego powiadomienia o jej terminie Sąd powództwo w tym zakresie oddalił. Na koniec odnieść należy się do zaskarżonego postanowienia zawartego w art. 15 § 6 wzorca jako sprzecznego z art. 385 pkt 4 kc. Postanowienie to stanowi, że regulamin powyższy obowiązuje do 1 grudnia 2002, zaś od 1 stycznia 2003 będą wprowadzone zmiany - wydane w czasie trwania umowy i będą wiązały abonenta

a) jeżeli ich treść zostanie mu doręczona

b) abonent nie wypowiedzie umowy w terminie 14 dni od daty ich doręczenia. Podzielić należy pogląd powoda, iż istotnie treść art. 15 § 6 przewiduje postanowienia z którymi konsument nie miał możliwości zapoznać się przed zawarciem umowy.

Analizując jednak specyfikę działalności strony pozwanej ilość abonentów, konieczność życiową dokonywania tych zmian, niemożliwość przewidzenia w czasie koniecznych zmian oraz prawa abonenta - obowiązek dostarczenia mu tych zmian, prawo do wypowiedzenia w terminie 14 dni zamiast 3 miesięcy nie można uznać, że postanowienie to jest sprzeczne z dobrymi obyczajami lub rażąco narusza interesy konsumenta w rozumieniu art: 385¹ § 1 kc.

'Nie można bowiem oceniać konkretnego postanowienia wzorca w oderwaniu od specyfiki całej umowy, jej ekwiwalentności i klauzuli generalnej określającej jakie zachowania uznać można za postanowienia abuzywne - a mianowicie te które są sprzeczne z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając interesy konsumenta. W ocenie Sądu treść tego konkretnego postanowienia nie stanowi w kontekście całej umowy postanowienia niedozwolonego.

Na marginesie zauważyć należy, iż uwzględniając powództwo w zakresie art. 7 § 1 wzorca (k. 12) Sąd pominął z rozmysłem (oddalając w tym zakresie) sformułowanie o treści „z przyczyn wywołanych decyzją właściwego organu władzy państwowej, orzeczeniem sądu lub innego właściwego organu. W tej części Sąd nie stwierdził bowiem abuzywności postanowienia. Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji. O kosztach orzeczono stosowanie do art. 98 kpc. Publikację orzeczenia zarządzono stosownie do art. 479⁴⁴ kpc.



W Y R O K

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 stycznia 2005 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie Wydział VI Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA - SA Krystyna Karolus - Franczyk

Sędzia SA - SA Barbara Godlewska - Michalak

SO Jan Szachułowicz (spr.)

Protokolant: - Karolina Szadkowska

po rozpoznaniu w dniu 14 stycznia 2005 r. w Warszawie
na rozprawie sprawy z powództwa Tomasza Zagańczyka
przeciwko Canal+ Cyfrowy sp. z o.o. w Warszawie
o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone
na skutek apelacji pozwanego
od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie, Sądu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów z dnia 7 kwietnia 2004 r. sygn. akt XVII Amc 15/03

- 1) zmienia zaskarżony wyrok w punkcie 4 w ten sposób, że w miejsce "500 (pięćset)" wpisuje "80 (osiemdziesiąt)"
- 2) oddala apelację w pozostałym zakresie
- 3) oddala wniosek pozwanego o zasądzenie od powoda kosztów procesu za drugą instancję.

Sygn. Akt VIA Ca 616/04

Uzasadnienie

Powód wnosil o uznanie za niedozwolone szeregu bliżej określonych w pozwie postanowień zawartych w regulaminie umowy o abonament stosowanym w stosunkach z konsumentami przez pozwaną Canal +Cyfrowy Sp. z o.o. w Warszawie.

Strona pozwana wnosila o oddalenie powództwa.

Wyrokiem z dnia 7 kwietnia 2004r. Sąd Okręgowy w Warszawie, Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznał za niedozwolone i zakazał wykorzystywania w obrocie z konsumentami postanowienie wzorca umowy o treści:

„Operator Cyfry+ z ważnych przyczyn prawnych, technicznych, organizacyjnych lub ekonomicznych może wprowadzić zmiany liczby i rodzaju Programów wchodzących w skład poszczególnych Pakietów wymienionych odpowiednio w załącznikach nr 2, 3, 4 i 5 do umowy. Wyżej wymienione zmiany, wynikające z faktu zaistnienia okoliczności leżących poza kontrolą Operatora Cyfry+, uznane za siłę wyższą, zastąpienia danego programu o porównywalnej tematyce, rezygnacji z danego Programu z uwagi na jego niską oglądalność, zaprzestania nadawania Programu z przyczyn obciążających jego nadawcę nie wymagają zmiany umowy.”

W pozostałym zakresie Sąd Okręgowy oddalił powództwo, a ponadto ustalił wysokość wpisu ostatecznego na kwotę 500 zł, nakazał pobrać tę kwotę na rzecz Skarbu Państwa od pozwanego oraz zarządził publikację prawomocnego wyroku w Monitorze Sądowym i Gospodarczym.

Sąd pierwszej instancji uznał przytoczone wyżej postanowienie umowne za sprzeczne z art. 385³ pkt 8, 10 i 19 k.c. i wywiódł ten pogląd z następujących rozważań.

Strona pozwana rozprowadzając telewizyjne pakiety programowe może jednostronnie zmieniać programy zawarte w pakietach nie zmieniając umowy z abonentem.

W praktyce treść niedozwolonego postanowienia umownego oznacza, że abonent nie może wypowiedzieć umowy zawartej na czas minimalny (12, 24 miesiące), o którym mowa w art. 6 §1 wzorca. Może jedynie wypowiedzieć umowę zawartą na czas nieokreślony z 3 miesięcznym okresem wypowiedzenia. Oznacza to, że przy zmianie programów w pierwszym okresie trwania umowy abonent skazany jest na opłacanie świadczenia, które nie było przedmiotem umowy i które mu np. nie odpowiada. Brak możliwości wypowiedzenia umowy skutkuje uznaniem postanowienia za niedozwolone w rozumieniu art. 385³ pkt 8, pkt 10 k.c. i pkt 19 k.c.

Strona pozwana sama wywodzi, że zawartość pakietu nie może być ściśle określona z uwagi np. na bankructwa nadawców czy niską oglądalność i w takiej sytuacji tym bardziej niedopuszczalnym jest pozbawienie abonenta prawa do wypowiedzenia umowy.

Uwzględniając powództwo w zakresie dotyczącym art. 7 §1 wzorca Sąd celowo pominął zawarte w tym artykule sformułowanie o treści „z przyczyn wywołanych decyzją właściwego organu władzy państwowej, orzeczeniem sądu lub innego właściwego organu”. W tej części Sąd nie stwierdził bowiem abuzywności postanowienia i rozstrzygnięcie sporu w tym zakresie mieści się w częściowym oddaleniu powództwa.

Treść pozostałych postanowień wskazanych w pozwie nie jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i nie narusza rażąco interesów konsumenta (art. 385¹ §1 k.c.), a ponadto nie można ich zakwalifikować do grupy niedozwolonych według kryteriów oznaczonych w poszczególnych punktach przepisu art. 385³k.c. Uzasadnia to oddalenie powództwa w pozostałym zakresie.

Jako podstawę rozstrzygnięcia o kosztach oraz o publikacji wyroku Sąd wskazał odpowiednio przepisy art. 98 i 479⁴⁴ k.p.c.

Apelację od wyroku wniosła strona pozwana zaskarżając orzeczenie w części zawierającej się w punktach 1 i 4 wyroku (uwzględniona część powództwa oraz rozstrzygnięcie o obciążeniu nie uiszczonymi kosztami sądowymi).

Apelujący pozwany wnosił o zmianę wyroku przez oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu, ewentualnie wnosił o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy w tym zakresie do ponownego rozpoznania podnosząc następujące zarzuty:

- naruszenie przepisu art. 233 §1 k.p.c. poprzez nieuwzględnienie specyfiki branży oraz faktu, że przyczyny zmiany zawartości pakietów są niezależne od pozwanego jak również pominięcie zeznań świadka F. Belkodji, co stanowi dodatkowo naruszenie art. 328 §2 k.p.c,
 - naruszenie przepisu art. 385¹ §1 k.c. poprzez jego niezastosowanie polegające na pominięciu klauzul generalnych zawartych w tym przepisie do oceny postanowienia umownego,
 - naruszenie przepisu art. 385³ pkt 8, 10 i 19 k.c. przez błędną subsumpcję co do pkt 8 oraz nie rozważenie pojęć „ważności przyczyn” i „istotnej cechy świadczenia” co do pkt 10 i 19.
- naruszenie art. 100 k.p.c. poprzez obciążenie kosztami w całości pozwanego pomimo oddalenia powództwa w przeważającym zakresie.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje.

Apelacja w przeważającej części, odnoszącej się do rozstrzygnięcia merytorycznego (pkt 1 wyroku) jest bezzasadna i zasługuje na uwzględnienie jedynie w tej części, w której kwestionuje zawarte w punkcie 4 zaskarżonego wyroku rozstrzygnięcie o obciążeniu strony pozwanej w całości nie uiszczonym wpisem sądowym.

Sąd Apelacyjny podziela wyrażony w apelacji pogląd, że powód sprawę w przeważającym zakresie przegrał. Z pisemnych motywów orzeczenia wynika, że Sąd Okręgowy nie zastosował właściwego przepisu prawa, a mianowicie art. 11 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych. Norma ta nakazuje by w sprawie niniejszej obciążyć nie uiszczonymi kosztami sądowymi pozwanego jednak przy odpowiednim zastosowaniu zasad obowiązujących przy zwrocie kosztów procesu. W tym wypadku należy kierować się zasadą wyrażoną w art. 100 zdanie pierwsze k.p.c. i wobec częściowego tylko uwzględnienia żądań pozwu reguła stosunkowego rozdzielenia kosztów wymaga pobrania od pozwanego jedynie kwoty 80 zł - odpowiedniej do stosunku w jakim pozwany sprawę przegrał.

Wobec powyższego Sąd Apelacyjny orzekł jak w punkcie 1 wyroku na podstawie art. 386 §1 k.p.c.

Przechodząc do rozważań związanych z bezzasadną częścią apelacji Sąd Apelacyjny podzielić musi pogląd Sądu Okręgowego o abuzywnym charakterze klauzuli stanowiącej przedmiot postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie. Podziela także dokonaną ocenę prawną, choć argumentacja zawarta w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku wydaje się dość skąpa, niepełna i wymaga uzupełnienia. Brak ten daje się usunąć na obecnym etapie postępowania, a stosowne rozważania zostaną przedstawione przy rozpoznawaniu licznych zarzutów podniesionych przez stronę apelującą.

Sama w sobie specyfika branży, w której działa pozwany nic stanowi wystarczającego uzasadnienia dla stosowania abuzywnych klauzul umownych, Każda dziedzina działalności ludzkiej charakteryzuje się przecież swą własną, odrębną specyfiką, a apelujący nie wykazał by zasady funkcjonowania jego branży nakazywały inaczej oceniać treści klauzul generalnych - dobrych obyczajów i rażącego naruszenia interesów konsumenta lub by nakazywały dokonywać innej wykładni przepisów zawartych w art. 385³ k.c. Także powołana w apelacji niestabilność produktów na rynku produkcji telewizyjnych nie przesądza o tym, by stanowiące przedmiot postępowania apelacyjnego postanowienie umowne uznać za zgodne z dobrymi obyczajami oraz

za nie naruszające interesów konsumenta. Dokonana w dalszej części uzasadnienia ocena artykułu 7 §1 regulaminu w kontekście prawa materialnego i klauzul generalnych potwierdzi to stanowisko.

Podniesiona również w apelacji konieczność stosowania przez pozwanego mechanizmów rynkowych oraz mająca miejsce na rynku konkurencja nie są żadnymi nadzwyczajnymi okolicznościami w obecnie funkcjonującym porządku ekonomicznym. To przecież te właśnie czynniki leżą u podstaw nowych regulacji prawnych w stosunkach z konsumentami, w tym tych także regulacji, które stanowią prawną podstawę orzekania w sporze niniejszym.

O tym natomiast co jest dla konsumenta korzystniejsze powinien decydować on sam. Strona pozwana z góry natomiast zakłada, że wie lepiej co jest dla konsumenta korzystniejsze blokując mu możliwość rezygnacji w wypadku nie satysfakcjonujących zmian programowych. Sąd I instancji nie naruszył tu zasad logiki, doświadczenia życiowego i swobodnej oceny dowodów. To apelujący popełnia błąd utożsamiając swój własny interes z interesem ogółu konsumentów.

Należy zgodzić się z zarzutem apelacji naruszenia przepisu art. 328 §2 k.p.c. gdyż Sąd Okręgowy istotnie nie dokonał oceny zeznań świadka Belkodji. Analiza zeznań tego świadka przeprowadzona przez Sąd Apelacyjny prowadzi do wniosku, że uchybienie to nie ma jednak wpływu na wynik sprawy. Świadek rzeczywiście wyjaśniał zasady świadczenia usług przez pozwanego, w tym zagadnienie wycofywania programów z oferty. Treść tych zeznań nie może jednak zmienić oceny postanowienia umownego z punktu widzenia prawa materialnego.

Argument apelującego, że z zeznań świadka ma wynikać niezwykła rzadkość dokonywania w praktyce zmian programowych albo nawet nie zdarzanie się w ogóle takich zmian świadczy raczej o braku podstaw do stosowania spornego postanowienia regulaminu, niż o potrzebie jego utrzymywania w umowach z abonentami. Zeznania te zresztą w tym właśnie kontekście deprecjonują leżący u podstaw apelacji pogląd o niestabilności i nieprzewidywalnej zmienności rynku programów telewizyjnych, skoro zmiany programowe mają nie zdarzać się wcale lub występują rzadko.

Wbrew zarzutom apelacji nie wszystkie przyczyny zmiany pakietu programowego objęte punktem 1 zaskarżonego wyroku są niezależne od pozwanego. Ten osąd Sąd Apelacyjny opiera o treść art. 7 §1 regulaminu. W taki sposób można bowiem zakwalifikować jedynie pewne sytuacje faktyczne związane z tą częścią spornego postanowienia umownego, która brzmi „zaprzestania nadawania programu z przyczyn obciążających jego nadawcę”. Nawet jednak ta część sytuacji faktycznych nie zmienia poglądu o abuzywności omawianego postanowienia umownego, co znajduje oparcie w ocenie w świetle zasad prawa materialnego.

Przechodząc do omówienia zarzutów naruszenia prawa materialnego tmlczy dokonać uzupełniającej oceny artykułu 7 §1 regulaminu z punktu widzenia klauzul generalnych zawartych w art. 385¹ §1 k.c. gdyż Sąd Okręgowy badał to postanowienie umowne jedynie w kontekście trzech punktów przepisu art. 385³ k.c.

Treść art. 7 §1 regulaminu nie jest dostatecznie jasna i zrozumiała nawet dla wyrobionej i odczytanej osoby.

Przede wszystkim nie wiadomo dokładnie co wchodzi wg operatora w skład pojęcia „siła wyższa”. Czy tylko wymienione na wstępie przyczyny prawne, techniczne, organizacyjne lub ekonomiczne, czy może także zdarzenia polegające na zastąpieniu programu innym o porównywalnej tematyce, rezygnacji z programu ze względu na niską oglądalność lub z powodu zaprzestania nadawania programu. Nie można więc ustalić zakresu okoliczności uzasadniających zmianę zawartości pakietu.

Samo użycie pojęcia „siła wyższa” jest niezwykle mylące i wprowadzające w błąd, Żadna bowiem z wyliczonych przyczyn zmiany zawartości pakietu, uznana przez operatora za siłę wyższą w rzeczywistości nie jest taką siłą, rozumianą przecież jednolicie jako zdarzenie o charakterze katastrofy, wynikające z działań przyrody i trudne do przewidzenia i zapobieżenia albo jako zdarzenie zależne od ludzi lecz nadzwyczajne i zewnętrzne takie jak wojna, powstanie, zamieszki, rewolucja. Operator używając więc w regulaminie pojęcia

„siła wyższa” w zupełnym oderwaniu od jego treści wprowadza konsumentów w błąd, a jednocześnie zakres normatywny art. 7 §1 regulaminu jest jeszcze trudniejszy do jednoznacznego ustalenia.

Dodatkowo sama budowa drugiego, długiego zdania postanowienia umownego z gramatycznego punktu widzenia nasuwa wątpliwości (np. zastosowany sposób odmiany słów „uznawane”, „zastąpienia”) co skutkuje jeszcze większymi komplikacjami przy ustalaniu normatywnej treści art. 7 §1 regulaminu.

Argumentem potwierdzającym powyższe wywody jest także odmienna ocena omawianej klauzuli umownej w różnych postępowaniach sądowych, co podnosił sam apelujący w piśmie z dnia 11 stycznia 2005r.

Kształtowanie praw abonenta (praw do odbioru pakietu programów) w sposób zagmatwany, niedookreślony, niezrozumiały i przy wprowadzającym w błąd użyciu pojęcia „siła wyższa” jest nie do zaakceptowania i należy zdaniem Sądu Apelacyjnego zakwalifikować jako niewątpliwie sprzeczne z dobrymi obyczajami i rażąco naruszające interesy konsumenta. Tym samym zaskarżone postanowienie regulaminu stanowi niedozwolone postanowienie umowne w takim zakresie, jaki wynika z treści punktu 1 zaskarżonego wyroku (art. 385¹ §1 k.c). Oceny tej nie może zmienić ani specyfika branży, zależność lub niezależność zmian programowych od pozwanego ani też powoływane zasady konkurencji albo mechanizmy rynkowe.

Nie ma racji apelujący wywodząc, że prawidłowe działanie sądu w niniejszej i podobnych sprawach powinno w pierwszym rzędzie polegać na skontrolovaniu, czy oceniana klauzula umowna mieści się w zbiorze opisanym przepisem art. 385³ k.c, a dopiero w następnej kolejności skontrolovaniu z punktu widzenia przepisu art. 385¹ k.c. Katalog zawarty w art. 385³ k.c. nie jest bowiem zamknięty i wyczerpujący z uwagi na frazę „w szczególności”. Tak więc możliwa jest ocena klauzuli umownej jako niedozwolonej nawet w wypadku niedokonania subsumcji z zastosowaniem kryteriów z art. 385³ k.c. Klauzula stanowiąca przedmiot niniejszego postępowania daje się natomiast zakwalifikować jako niedozwolona zarówno według zasad ogólnych jak i szczególnych i to w dowolnej kolejności.

Zarzut związany z założeniem, że sporne postanowienie umowne określa główne świadczenie pozwanego jest tylko w tym sensie uzasadniony, że istotnie Sąd Okręgowy nie dokonał oceny tej kwestii pomimo podnoszenia jej już w odpowiedzi na pozew. Zarzut ten okazuje się jednak nieuzasadniony jeśli chodzi o jego wpływ na ocenę możliwości kwalifikowania skarżonej klauzuli jako abuzywnej.

Gdyby bowiem nawet założyć, że art. 7 §1 regulaminu określa główne świadczenie pozwanego (art. 385¹ §1 zdanie drugie k.c), to z pewnością nie można by stwierdzić, że został sformułowany w sposób jednoznaczny. Wyjaśnienie tego poglądu leży w tej samej, przedstawionej już powyżej argumentacji, przesądzającej o niejasności, zagmatwaniu i niedookreśleniu treści zawartej w art. 7 §1 regulaminu.

Niezależnie od tego należy wyrazić pogląd, że wspomniany zapis regulaminu nie określa jednak głównego świadczenia pozwanego, scharakteryzowanego w innej części regulaminu, a mianowicie w art. 2. Treść natomiast art. 7 §1 wskazuje tylko - w niezrozumiały sposób - na możliwe odstępstwa od składu programowego pakietu.

Zarzut związany z zastosowaniem art. 385³ pkt 10 k.c. jest także nieuzasadniony. Celem spornej klauzuli jest bowiem niewątpliwie nadanie pozwanemu uprawnienia do jednostronnej zmiany umowy przez zmianę liczby i rodzaju programów wchodzących w skład umówionego pakietu, a wskazanych w art. 7 §1 przyczyn nie można uznać za ważne.

Pozwany wylicza przyczyny prawne, techniczne, organizacyjne lub ekonomiczne nie opisując ich jednak bliżej i nie precyzując ich w jakikolwiek sposób, dodaje do nich jednak przymiotnik „ważne”. Samo postawienie wyrazu „ważne” nie sprawia wszakże, że dana przyczyna np. organizacyjna staje się ważna.

Przyczyny umożliwiające jednostronną zmianę zakresu świadczenia pozwanego muszą być rzeczywiście „ważne”, a nie tylko dlatego, że tak ocenił i nazwał je pozwany. Spełnienie tego wymogu mogłoby nastąpić przez bliższe sprecyzowanie przyczyn, i tylko tych rzeczywiście ważnych w odróżnieniu od posługiwania się pojęciem przyczyn w ogóle bliżej nieokreślonych. Wówczas użycie przymiotnika „ważne”

byłoby zresztą zupełnie zbędne, gdyż o ważności każdej sprawy czy rzeczy wystarczająco świadczy sama jej materia.

Jeśli zaś chodzi o przyczyny wymienione po słowach „siłę wyższą” to pierwsza z nich - zastąpienie programu innym o porównywalnej tematyce nie jest żadną przyczyną lecz skutkiem. Pozwany chciałby więc mieć możliwość dokonywania zmiany zawartości pakietu programowego z tej przyczyny, że zmieni jeden program na inny. Zasady logiki, na które powołuje się strona apelująca w tym wypadku zawiodą.

Następna z przyczyn - niska oglądalność - także nasuwa wątpliwości co do „ważności” uzasadniającej jednostronną zmianę umowy. Zasady doświadczenia życiowego wskazują bowiem, że szereg abonentów może z góry i od początku decydować się na korzystanie z usług takich jakie świadczy pozwany jedynie dla kilku programów o niskiej właśnie oglądalności. Dla tej właśnie grupy osób usunięcie tych kilku programów z pakietu oznacza ustanie powodów, dla których w ogóle przystąpili do umowy z operatorem.

Sąd nie odmawia pozwanemu prawa do określenia przedmiotu swojego świadczenia w sposób elastyczny. Istota sporu nie jest zresztą związana z tak zarysowanym problemem, co zdaje się błędnie sugerować apelujący pozwany. Cała ta kwestia wiąże się raczej z koniecznością przyjęcia założenia, że elastycznej zawartości pakietów towarzyszyć powinny: czytelność i klarowność zapisów umownych o zmianach w zawartości pakietów oraz odpowiadające prawom operatora do zastosowania zmian programowych uprawnienia konsumenta np. możliwość rezygnacji z usług, bądź też odpowiadające prawom operatora do zmian istotnie ważne i sprecyzowane przyczyny.

Sąd nie odmawia pozwanemu także prawa do wzbogacenia pakietu o nowy program w celu sprawdzenia, czy zdobędzie on planowaną publiczność. Ta sugestia apelującego jest niczym nie poparta.

Kolejna przyczyna - zaprzestanie nadawania programu z przyczyn obciążających jego nadawcę - także kwalifikuje się z przepisu art. 385³ pkt 10 k.c. Nie wiadomo bowiem dokładnie czy „zaprzestanie nadawania programu” odnosi się do zaniechania samego pozwanego czy też do zaniechania pierwotnego nadawcy. Do zapisu tego możliwe jest bowiem przyporządkowanie takiej sytuacji faktycznej, w której to jedynie sama strona pozwana zaprzestaje nadawania (rozpowszechniania) egzystującego cały czas programu na przykład z powodu sporu z pierwotnym nadawcą. Klauzula ta nie nosiłaby cech abuzywności gdyby np. brzmiała „zaprzestania nadawania przez innego nadawcę programu rozprowadzanego przez operatora”.

W odniesieniu natomiast do ewentualnego wystąpienia „siły wyższej” to przyczyna ta uzasadniałaby zmianę zawartości pakietu programowego, ale tylko wówczas gdyby pojęcie to zastosowane zostało przez pozwanego w normalnym i utrwalonym jego znaczeniu. Pozwany formułując regulamin uwikłał jednak omawiany termin w związek z innymi okolicznościami, nie mającymi z siłą wyższą nic wspólnego. Siła wyższa nie występuje w zaskarżonym postanowieniu regulaminu jako samoistna przyczyna, stanowiąca oddzielną podstawę do jednostronnej zmiany umowy.

Zasadne było także powołanie się przez Sąd Okręgowy na punkt 8 art. 385³ k.c. Zastąpienie przecież przez pozwanego pewnego programu innym, o podobnej tematyce to nic innego jak uzależnienie spełnienia świadczenia od woli pozwanego. Podobnie w wypadku zmiany pakietu z powodu ważnych jedynie dla pozwanego, bliżej nie określonych przyczyn np. organizacyjnych albo prawnych.

Analogicznie nie należy podążać za poglądami apelacji kwestionującymi zastosowanie punktu 19 omawianego przepisu. W istocie bowiem sporna klauzula przewiduje dla pozwanego jednostronne uprawnienie do zmiany, bez ważnych przyczyn, istotnych cech świadczenia. Przesłanka „ważnych przyczyn” omówiona została już powyżej, natomiast przesłanka „istotnych cech świadczenia” wymaga wyjaśnienia.

Przekonanie apelującego, że dostarcza abonentom sygnał cyfrowy, który dopiero po rozkodowaniu daje dostęp do programów i w związku z tym zmiana programów nie zmienia istotnych cech świadczenia, skoro jest nim tylko wysłanie w eter samego sygnału cyfrowego może wynikać jedynie z braku rozsądnych argumentów u apelującego i nie wymaga komentarza.

Sąd Apelacyjny podziela pogląd Sądu Okręgowego, że zmiana zawartości pakietu przesądza o zmianie istotnych cech świadczenia. Oczywiście nie dla każdego abonenta określone zmiany programowe będą równie istotne. Kontrola abuzywności klauzul umownych ma jednak charakter abstrakcyjny, a należy liczyć się z tym, że dla określonego kręgu abonentów pewne zmiany programowe będą miały istotne znaczenie, ponieważ chcą oni za swoje pieniądze oglądać te a nie inne programy.

Nie można zgodzić się z apelującym, że zapadły wyrok prowadzi do sytuacji, w której każdy konsument pod byle pretekstem rozwiąże umowę. Usunięcie klauzul abuzywnych z obrotu nie daje bowiem abonentom nowego, dodatkowego prawa do rozwiązania umowy. To pozwany wreszcie jest autorem regulaminu i władny jest opracować nowe postanowienia, nie noszące cech niedozwolonych, a zarazem regulujące problematykę zmian programowych w pakietach. O ile natomiast szkodliwe są dla pozwanego okresy promocji przez niego stosowane - na co także wskazuje strona apelująca - nie ma chyba przeszkód do ich zaniechania.

Na marginesie jedynie należy pokrótce ustosunkować się do dodatkowych, nie omówionych jeszcze okoliczności, a podniesionych w piśmie pozwanego z dnia 11 stycznia 2005r. i nie stanowiących właściwej materii apelacyjnej ze względu na termin, w którym pismo to zostało wniesione.

Postępowanie w innej („bliźniaczej” według określenia pozwanego) sprawie nie ma takiego wpływu na rozstrzygnięcie w sprawie niniejszej jak wywodzi to strona apelująca. W sprawie tamtej, z powództwa Prezesa UOKiK przeciwko temu samemu pozwanemu przedmiotem postępowania była również kontrola abuzywności §7 regulaminu, a Sąd Okręgowy oddalił powództwo w szerszym zakresie niż miało to miejsce w sprawie niniejszej. Pozwany wniósł apelację (sprawa VIA Ca 81/04), a wyrok Sądu Okręgowego uprawomocnił się w części oddalającej powództwo.

Sąd Apelacyjny nie podziela poglądu o rozszerzonej prawomocności wyroku I tamtej sprawy w zakresie, w którym powództwo oddalono. Prawidłowa wykładnia przepisu art. 479⁴³ k.p.c. prowadzi do wniosku, że prawomocność ta wiąże się jedynie z tą częścią, rozstrzygnięcia, która znajduje odbicie w treści wpisu do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone. Wpisowi podlega natomiast tylko klauzula uznana za niedozwoloną z pominięciem postanowień, w stosunku do których powództwo zostało oddalone.

Tak więc argumentacja apelującego jest także w tej części nieuzasadniona, a dodatkowo bezprzedmiotowa skoro nie doszło jeszcze do skutecznego wpisu do rejestru jako wyniku tamtego, bliźniaczego sporu sądowego.

Wobec powyższych rozważań należało orzec jak w punkcie 2 sentencji wyroku na podstawie art. 385 k.p.c.

Postępowanie apelacyjne strona pozwana niemal w całości przegrała, gdyż wygrana odnosi się tylko do błędnego orzeczenia o pobraniu 500 złotych kosztów sądowych. Przepis art. 100 k.p.c. nie daje zatem podstaw do uwzględnienia wniosku pozwanego o zasądzenie od powoda kosztów procesu za drugą instancję (punkt 3 wyroku).