



Sygn. akt III SK 25/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 kwietnia 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jolanta Strusińska-Żukowska (przewodniczący)

SSN Andrzej Wróbel

SSA Ewa Stefańska (sprawozdawca)

w sprawie z powództwa T. S.A. w K.
przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
o naruszenie zbiorowych interesów konsumentów,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 20 kwietnia 2017 r.,
skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego w W.
z dnia 21 sierpnia 2015 r., sygn. akt VI ACa 1.../15,

1. oddala skargę kasacyjną,

**2. zasądza od T. S.A. w K. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów kwotę 270 zł (dwieście
siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania
kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Decyzją nr RKR-15/2009 z dnia 21 września 2009 r. Prezes Urzędu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów:

I. 1. na podstawie art. 26 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm., zwanej dalej „ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów” lub „ustawą”), uznał za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów praktykę stosowaną przez E. S.A. z siedzibą w K. (obecnie: T. S.A. z siedzibą w K.), polegającą na obciążaniu odbiorców, niebędących właścicielami układów pomiarowo-rozliczeniowych, kosztami sprawdzenia prawidłowości działania tych układów w sytuacji, gdy układów tych nie poddano badaniom laboratoryjnym, co jest działaniem bezprawnym, tj. sprzecznym z § 43 ust. 3 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 4 maja 2007 r. w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemu elektromagnetycznego (Dz.U. Nr 93, poz. 623 ze zm.) i nakazał zaniechania jej stosowania;

2. na podstawie art. 26 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, uznał za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów praktykę stosowaną przez E. S.A. z siedzibą w K. (obecnie: T. S.A. z siedzibą w K.), polegającą na stosowaniu procedury sprawdzenia prawidłowości działania układu pomiarowo-rozliczeniowego za pomocą licznika wzorcowego, w ramach której za nieprawidłowo działający uznawany jest wyłącznie ten układ, dla którego licznik wzorcowy wskazał błąd odczytu o wartości co najmniej dwukrotnie przekraczającej normatywny limit błędu, właściwy dla sprawdzanego układu, co wyczerpuje znamiona nieuczciwej praktyki rynkowej z art. 5 ust. 3 pkt 3 i pkt 4 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U. Nr 171, poz. 1206, zwanej dalej „ustawą o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym”) i nakazał zaniechania jej stosowania;

II. na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zobowiązał E. S.A. z siedzibą w K. (obecnie: T. S.A. z siedzibą w K.) do opublikowania oświadczeń o treści określonej w decyzji;

III. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów:

1. z tytułu naruszenia zakazu, o jakim mowa w art. 24 ust. 1 i ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w zakresie opisanym w punkcie I.1 sentencji

decyzji, nałożył na E. S.A. z siedzibą w K. (obecnie: T. S.A. z siedzibą w K.) karę pieniężną w wysokości: 4.274.508 zł;

2. z tytułu naruszenia zakazu, o jakim mowa w art. 24 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w zakresie opisanym w punkcie I.2 sentencji decyzji, nałożył na E. S.A. z siedzibą w K. (obecnie: T. S.A. z siedzibą w K.) karę pieniężną w wysokości: 4.274.508 zł.

Na skutek odwołania powoda, wyrokiem z dnia 21 marca 2011 r. (sygn. akt XVII AmA ../09) Sąd Okręgowy w W. - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił zaskarżoną decyzję, zaś na skutek apelacji pozwanego, wyrokiem z dnia 31 stycznia 2012 r. (sygn. akt VI ACa ../11) Sąd Apelacyjny w W. uchylił wyrok Sądu pierwszej instancji w zakresie uchylającym punkty I.2, II.2 i III.2 zaskarżonej decyzji i w tej części sprawę przekazał Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania, oddalając apelację w pozostałym zakresie. Sąd drugiej instancji wskazał, że ponownie rozpoznając sprawę Sąd Okręgowy powinien rozważyć stanowisko pozwanego, według którego za poprawnie działający układ pomiarowo-rozliczeniowy może być uznany układ działający wadliwie.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy, wyrokiem z dnia 2 października 2012 r. (sygn. akt XVI AmA ../12) Sąd Okręgowy w W. - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie powoda w zakresie dotyczącym punktów I.2, II.2 i III.2 zaskarżonej decyzji.

Sąd pierwszej instancji ustalił, że E. S.A. z siedzibą w K. (obecnie: T. S.A. z siedzibą w K.) prowadzi działalność gospodarczą, której przedmiotem jest m.in. wytwarzanie, przesyłanie i dystrybucja energii elektrycznej. Spółka jest właścicielem układów pomiarowo-rozliczeniowych służących do pomiaru energii elektrycznej zużywanej przez odbiorców przyłączonych do sieci niskiego napięcia. U odbiorców przyłączonych do sieci dystrybucyjnej powoda, zakwalifikowanych do V grupy przyłączeniowej, zainstalowane są różne modele liczników energii elektrycznej, które różnią się m.in. określoną przez producenta tzw. klasą urządzenia, odpowiadającą wyrażonemu procentowo dopuszczalnemu błędowi wskazań. Dopuszczalny limit „uchybu” dla urządzeń zainstalowanych u odbiorców grupy V w sieci dystrybucyjnej powoda ustalony został na poziomie 1%, 2% lub 3%, przy czym dla ponad 70% urządzeń limit ten wynosi 2%.

Reklamacje prawidłowości działania układu pomiarowo rozliczeniowego załatwiane są przez powoda w oparciu o „Instrukcję postępowania przy wykrywaniu i likwidacji nielegalnego poboru energii elektrycznej w E. S.A.” (zwaną dalej „Instrukcją”). Powyższa procedura reklamacyjna odnosi się do wszystkich klientów Spółki, więc także do konsumentów. Zgodnie z pkt. 9.1 Instrukcji, po zgłoszeniu przez odbiorcę reklamacji dotyczącej uszkodzenia urządzenia pomiarowego, właściwa jednostka organizacyjna Spółki zobligowana jest do niezwłocznego, lecz nie później niż w ciągu 7 dni od dnia zgłoszenia, przeprowadzenia kontroli układu pomiarowo-rozliczeniowego. Zgodnie z pkt. 9.4 Instrukcji, sprawdzenia prawidłowości działania dokonuje się za pomocą licznika wzorcowego, posiadającego aktualne świadectwo wzorcowania. Sprawdzony licznik, którego błąd wykracza poza zakres (klasa dokładności licznika x2), należy przekazać do badania laboratoryjnego, a w miejsce zdemontowania zainstalować inny licznik. Również z opisu procedury kontroli zawartego w pkt. 9.6 Instrukcji wynika, że tylko licznik, którego błąd wykracza poza dopuszczalny zakres (klasa dokładności licznika x2), należy zdemontować i zabezpieczyć. W innych przypadkach licznik należy przekazać do badania laboratoryjnego lub ekspertyzy tylko na pisemne żądanie odbiorcy (pkt. 9.9 Instrukcji).

Sąd Okręgowy oddalił zgłoszone przez powoda wnioski o dopuszczenie dowodów z opinii biegłego sądowego i zeznań świadków, uznając je za nieprzydatne, albowiem zmierzające do ustalenia, że przy badaniu prawidłowości działania urządzenia pomiarowo-rozliczeniowego licznikiem wzorcowym prawidłowe jest przyjęcie, iż urządzenie działa poprawnie, o ile „uchyb” nie przekracza dwukrotności dopuszczalnego dla urządzenia limitu „uchybu”. Według Sądu pierwszej instancji konsument powinien być należycie poinformowany o wynikach przeprowadzonego badania, dlatego zbędne było odnoszenie się do specjalistycznej wiedzy inżynierskiej, która nie miała znaczenia dla oceny prawidłowości przekazywanych konsumentom informacji o wynikach badań konkretnych urządzeń zainstalowanych u konsumentów. Zdaniem Sądu Okręgowego, stosowana przez powoda praktyka, w wyniku której przyjmuje on, że urządzenie działa poprawnie w każdym przypadku, gdy licznik wzorcowy potwierdzi, iż reklamowane urządzenie pomiarowo-rozliczeniowe wskazuje błąd pomiaru nie

przekraczający dwukrotności limitu błędu właściwego dla danego urządzenia, jest działaniem bezprawnym, które narusza zbiorowe interesy konsumentów. Bezprawność tego działania polega na tym, że informując konsumenta o wyniku badania powód nie opiera się na rzeczywistym wyniku pomiaru urządzenia wzorcowego, ale za dopuszczalną normę „uchybu” przyjmuje wartość dowolnie ustaloną w Instrukcji jako dwukrotność dopuszczalnego „uchybu”, podczas gdy producenci urządzeń określają w oparciu o obowiązujące normy prawne dopuszczalne „uchyby” tych urządzeń na innym, niższym poziomie.

Sąd pierwszej instancji wskazał, że każdy klient powoda, w tym konsument, zgodnie z treścią § 43 ust. 1 i 2 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 4 maja 2007 r. w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemu elektromagnetycznego (Dz.U. Nr 93, poz. 623 ze zm.), ma prawo zgłoszenia przedsiębiorstwu energetycznemu reklamacji urządzenia pomiarowo-rozliczeniowego oraz żądania jego laboratoryjnego sprawdzenia. Działania powoda opisane w Instrukcji mogą powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji o reklamowaniu pracy urządzenia pomiarowego, której inaczej nie podjąłby. W sytuacji bowiem, gdy sam powód uznaje za wadliwe tylko takie urządzenie, które w wyniku zbadania licznikiem wzorcowym osiągnę „uchyb” na poziomie dwukrotności dopuszczalnego „uchybu”, konsument może ewentualnie podjąć decyzję o sprawdzeniu urządzenia w badaniach laboratoryjnych.

Według Sądu Okręgowego przeciętny konsument nie znając szczegółowych danych dotyczących wartości „uchybu” dopuszczonego przez producenta, nie będzie miał świadomości, że w trakcie kontroli rzeczywisty wynik przekroczy dopuszczalny „uchyb”, gdyż zgodnie z Instrukcją kontrolujący uzna licznik za poprawnie działający. Działając w zaufaniu do przedsiębiorstwa, które bada urządzenie za pomocą licznika wzorcowego, konsument może pozostawać w mylnym przeświadczeniu, że dokonany przez profesjonalistę pomiar jest wiarygodny, a limit błędu pomiaru, na podstawie którego stwierdzono poprawność działania danego urządzenia, ma umocowanie prawne. Skutkiem przeświadczenia o poprawności sprawdzenia i działania układu pomiarowo-rozliczeniowego może być zaakceptowanie przez konsumenta wyniku badania i nie kwestionowanie go, a w konsekwencji obciążenie go opłatą za badanie techniczne w przypadku, gdy

poprawność działania układu pomiarowo-rozliczeniowego nie zostanie potwierdzona. Takie zachowanie mieści się w kategorii wprowadzenia w błąd polegający na zaniechaniu podania konsumentowi istotnych informacji dotyczących procedury reklamacyjnej.

W ocenie Sądu pierwszej instancji, na ocenę zachowania powoda jako bezprawnego nie może wpłynąć jego doświadczenie inżynierskie oraz twierdzenie, że badania laboratoryjne nie potwierdzają istnienia wadliwości działania urządzeń pomiarowo-rozliczeniowych, gdy w wyniku badania licznikiem wzorcowym wykazywany „uchyb” mieści się w granicach dwukrotności dopuszczalnego dla danego urządzenia „uchybu”. Konsument powinien bowiem dysponować pełną wiedzą na temat wyniku badania urządzenia. Jest to o tyle istotne, że w skrajnych przypadkach, uwzględniając okoliczność, iż licznik wzorcowy też ma dopuszczalną normę „uchybu”, może zdarzyć się, że wartość „uchybu” na dwóch urządzeniach (badanym i badającym) ukształtuje się w taki sposób, iż suma dopuszczalnych błędów granicznych będzie większa niż dopuszczalny „uchyb”. Skoro więc skutkiem działania powoda może być powstrzymanie się konsumenta od dalszych decyzji dotyczących weryfikacji poprawności pracy urządzenia w ramach badań laboratoryjnych, to działanie powoda nosi znamiona nieuczciwej praktyki rynkowej wprowadzającej w błąd, która jako zakazana w art. 3 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, jest bezprawna. Praktyka ta jest także sprzeczna z dobrymi obyczajami, skoro zgodne z zasadami uczciwego obrotu jest podawanie prawdziwej i rzetelnej informacji kontrahentowi, który kwestionuje prawidłowość wykonywanej umowy, szczególnie wtedy, gdy konsument sam nie jest w stanie dokonać badania poprawności urządzenia, ani zweryfikować wyników badania i informacji o poprawności działania urządzenia, z uwagi na specjalistyczny zakres tego badania. Uznawanie przez konsumenta nieprawidłowego, bo przekraczającego dopuszczalny dla urządzenia „uchyb”, wyniku badania urządzenia, za wynik prawidłowy i nie kierowanie przez Spółkę urządzenia do badania laboratoryjnego, jest sprzeczne z dobrymi obyczajami, tym bardziej, że kosztami za badanie licznikiem wzorcowym obciążany jest konsument.

Sąd Okręgowy uznał, że zaskarżona decyzja w zakresie punktów I.2, II.2 i III.2 jest prawidłowa, także w części dotyczącej nałożonej na powoda kary

pieniężnej, której wymiar nie narusza przesłanek określonych w art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zdaniem Sądu pierwszej instancji kara ta jest adekwatna do dokonanego przez powoda naruszenia prawa, a przy tym mogła zostać wymierzona w wysokości stanowiącej 10% przychodów powoda, a ustalono ją w wysokości zaledwie 0,17% tych przychodów. Skala naruszenia prawa została oceniona jako dosyć duża, z uwagi na powszechność stosowanej praktyki, powód bowiem zakresem swojego działania obejmuje województwo [...] i część czterech innych województw. Dla wymiaru kary znaczenie miała także świadomość Spółki, że co najmniej w niektórych ze sprawdzonych urzędów, badanie laboratoryjne mogłoby potwierdzić wadliwość działania układu pomiarowego. Stopień naganności zachowania powoda nie został więc uznany za znikomy.

Wyrokiem z dnia 12 września 2013 r. (sygn. akt VI ACa ..13) Sąd Apelacyjny w W. oddalił apelację powoda od wyroku Sądu pierwszej instancji. Sąd odwoławczy uznał, że Sąd Okręgowy dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych i prawidłowej oceny prawnej, w szczególności w zakresie wysokości nałożonej na powoda kary pieniężnej.

Na skutek skargi kasacyjnej powoda, wyrokiem z dnia 16 kwietnia 2015 r. (sygn. akt III SK 24/14) Sąd Najwyższy uchylił wyrok Sądu Apelacyjnego w W. i przekazał sprawę temu Sądowi do ponownego rozpoznania. Sąd Najwyższy uznał, że opisane w punkcie I.2 zaskarżonej decyzji zachowanie powoda stanowi nieuczciwą praktykę rynkową polegającą na działaniu wprowadzającym w błąd w rozumieniu art. 5 ust. 1 i ust. 3 pkt 3 i 4 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym i zarazem praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, o jakiej mowa w art. 24 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Skarga kasacyjna okazała się zasadna jedynie w części dotyczącej wysokości kary pieniężnej nałożonej na powoda.

Sąd Najwyższy wyjaśnił, że wymierzenie kary pieniężnej nie jest obligatoryjne, jednak możliwość jej nałożenia pojawia się już w przypadku nieumyślnego naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, gdyż odpowiedzialność z tytułu naruszenia przepisów ustawy ma charakter odpowiedzialności obiektywnej. Przy tym, w ramach zarzutu naruszenia art. 106 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie podlega kognicji Sądu

Najwyższego samo skorzystanie przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z uznaniowej kompetencji do nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej, możliwe jest tylko odniesienie się do zastosowanych w sprawie kryteriów wymiaru kary. W sprawie z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu, w którym przedsiębiorca skarży wymiar nałożonej kary, sąd powinien przede wszystkim odnieść się do przesłanek przedstawionych w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji oraz powołanych w odwołaniu okoliczności rzutujących - według przedsiębiorcy - na ocenę prawidłowości wysokości wymierzonej kary. Jeżeli weryfikacja zastosowanych przez organ oraz powołanych przez przedsiębiorcę przesłanek i okoliczności prowadzi sąd do konkluzji, że przesłanki te i okoliczności zastosowano prawidłowo, należy dokonać oceny nałożonej kary z punktu widzenia jej funkcji.

Zdaniem Sądu Najwyższego, ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie zawiera zamkniętego katalogu przesłanek, od których spełnienia uzależniona jest wysokość kar nakładanych na przedsiębiorców. Artykuł 111 ustawy stanowi jedynie, że przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 106 ustawy, należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów tego aktu. Przepis art. 111 ustawy, wskazując normatywne podstawy ustalania wysokości kar pieniężnych, wyznacza więc pewne podstawowe ramy dla swobodnego uznania Prezesa Urzędu. O ile rozważania na temat winy przedsiębiorcy są zbędne z punktu widzenia możliwości uznania jego zachowania za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, to element subiektywny w postaci umyślności lub nieumyślności naruszenia przepisów ustawy, jest okolicznością braną pod uwagę przy ustalaniu wysokości kary. Rozpoznając sprawę z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu nakładającej karę pieniężną, sąd powinien zatem rozstrzygnąć, w oparciu o ustalony w sprawie stan faktyczny, czy naruszenie przepisów ustawy było zawinione, tj. czy przedsiębiorca miał świadomość, że swoim zachowaniem narusza zakaz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, lub czy jako profesjonalny uczestnik obrotu mógł (powinien był) taką świadomość mieć.

Według Sądu Najwyższego nie można też poprzestać na procentowej analizie relacji między wymierzoną karą a przychodami przedsiębiorcy, gdyż o

represyjności nakładanej kary nie decyduje tylko jej procentowy stosunek do przychodów przedsiębiorcy. Obok kryteriów wymienionych w art. 111 ustawy, trzeba również kierować się korzyściami, jakie dzięki zakwestionowanej praktyce mógł odnieść przedsiębiorca oraz precedensowym charakterem podejmowanego rozstrzygnięcia, zgodnie z regułą, że tam, gdzie prawne granice zachowań przedsiębiorcy na rynku zostały już wyznaczone w orzecznictwie sądowym, dopuszczalne jest orzekanie kar pieniężnych lub nakładanie wyższych kar pieniężnych niż w przypadku praktyk, które cechują się swoistą nowością. Ustalenia te są istotne z punktu widzenia zapewnienia realizacji obowiązującego w tym zakresie standardu konstytucyjnego i konwencyjnego (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III SK 45/10, z dnia 15 maja 2014 r., sygn. akt III SK 44/13 i z dnia 19 sierpnia 2009 r., sygn. akt III SK 5/09).

Sąd Najwyższy wskazał, że ustalając skalę bezprawności zachowań powoda i skutki stosowanej przezeń praktyki, nie można tracić z pola widzenia tego, że chociaż przedsiębiorstwo obejmuje zakresem swojej działalności województwo [...] oraz część czterech innych województw, a krąg potencjalnych konsumentów, których interesy mogły zostać naruszone wskutek zakwestionowanej procedury sprawdzania urządzeń pomiarowo-rozliczeniowych, jest teoretycznie nieograniczony, to faktycznie praktyki te mogły zaszkodzić tylko odbiorcom energii, wobec których wdrożono postępowanie reklamacyjne. Okoliczność ta ma istotne znaczenie przy ocenie dolegliwości wymierzonej kary w aspekcie potencjalnych korzyści, jakie skarżący mógłby odnieść z tytułu przypisanej mu praktyki. Z ustaleń Prezesa Urzędu wynika zaś, że liczba sprawdzanych zgodnie z Instrukcją liczników w relacji do ilości urządzeń pomiarowo-rozliczeniowych zainstalowanych u odbiorców dostarczanej przez powoda energii, jest niewielka. Przy założeniu, że wszystkie liczniki uznane za prawidłowo działające (bo mieszczące się w granicach podwójnego „uchybu”), mogły być wadliwe z uwagi na przekroczenie dopuszczalnego przez producenta limitu błędu, pozostaje rozważyć, jakie korzyści mogło rzeczywiście uzyskać przedsiębiorstwo w wyniku stosowania opisanej procedury reklamacyjnej oraz czy mając na względzie owe korzyści i - dodatkowo - represyjne oraz prewencyjne cele kary, wymierzona skarżącemu kwota pieniężna jest proporcjonalna do wagi popełnionego czynu.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy, wyrokiem z dnia 21 sierpnia 2015 r. (sygn. akt VI ACa .../15) Sąd Apelacyjny w W. oddalił apelację powoda. W uzasadnieniu wyroku Sąd odwoławczy wskazał, że zgodnie z treścią art. 398²⁰ k.p.c. był on związany dokonaną w niniejszej sprawie przez Sąd Najwyższy wykładnią prawa, a w szczególności stanowiskiem co do zasadności uznania przez Prezesa Urzędu, że stosowanie przez powoda opisanej w punkcie I.2 decyzji praktyki reklamacyjnej stanowi nieuczciwą praktykę rynkową polegającą na działaniu wprowadzającym w błąd w rozumieniu art. 5 ust. 1 i ust. 3 pkt 3 i 4 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym i zarazem praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, o jakiej mowa w art. 24 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Sąd Apelacyjny ocenił jako niezasadne zarzuty apelacji dotyczące wysokości nałożonej na powoda kary pieniężnej. Wskazał, że uzasadniając wysokość nałożonej na powoda kary pieniężnej, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wziął pod uwagę wysokość przychodu przedsiębiorcy w 2008 r. wynoszącą 2.514.416.391,31 zł. Uwzględnił także fakt, że naruszenie nastąpiło na etapie wykonywania kontraktu, a praktyka - jako wymierzona we wszystkich konsumentów korzystających z usług Spółki - miała charakter powszechny. Wyjściowy poziom kary Prezes Urzędu określił na 0,2% przychodu, co odpowiada karze w wysokości 5.028.833 zł. Kara ta została obniżona łącznie o 15%, tj. o kwotę 754.325 zł, mając na uwadze okoliczność łagodzącą w postaci terminowego i wyczerpującego udzielania wyjaśnień przez Spółkę (obniżenie o 20%), a także okoliczność obciążającą w postaci znacznego zasięgu działania Spółki (podwyższenie o 5%).

Sąd odwoławczy wskazał, że z treści odwołania wynika, iż zarzut naruszenia art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów został postawiony z ostrożności procesowej, gdyż zasadnicze zarzuty odwołania zmierzały do zakwestionowania zasadności uznania stosowanej przez powoda praktyki reklamacyjnej za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów. Powód podniósł, że praktyka opisana w punkcie I.2 decyzji została wypracowana według najlepszej wiedzy inżynierskiej oraz doświadczenia w wieloletniej obsłudze układów pomiarowo-rozliczeniowych, a jej celem nie było stosowanie innych limitów błędów

niż określone dla danej klasy urządzenia, lecz wyłącznie dokonanie interpretacji wyników uzyskiwanych za pomocą licznika wzorcowego, w celu uzyskania jak najtrafniejszej oceny poprawności działania układu pomiarowo-rozliczeniowego. Ponadto celem i skutkiem stosowanych praktyk nie było przysporzenie powodowi bezpodstawnych korzyści, lecz zminimalizowanie obciążeń odbiorców w związku z wydatkami wynikającymi ze sprawdzenia i laboratoryjnego badania układu pomiarowo-rozliczeniowego.

Sąd drugiej instancji wskazał, że w odwołaniu powód zgłosił wnioski o przeprowadzenie dowodów: z zeznań świadka J. T. na okoliczność tego, że wydatki na sprawdzanie układów pomiarowo-rozliczeniowych przenoszone są w taryfie na wszystkich odbiorców energii elektrycznej poprzez stawkę opłaty abonamentowej oraz względów, jakie przesądziły o stosowaniu przez powoda zarzucanej praktyki z punktu 1.2 decyzji, a także z opinii biegłego sądowego lub Instytutu oraz z wyjaśnień Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki dotyczących sposobu ustalania taryf, w tym opłaty abonamentowej. Sąd Okręgowy na rozprawie w dniu 21 marca 2011 r. oddalił wnioski dowodowe powoda, zaś reprezentujący go profesjonalny pełnomocnik nie zgłosił zastrzeżenia do protokołu rozprawy na podstawie art. 162 k.p.c. Dlatego Sąd Apelacyjny za niezasadne uznał podniesione w apelacji zarzuty naruszenia art. 217 § 3 w związku z art. 227 k.p.c. przez oddalenie wniosków dowodowych powoda.

Ponadto, zdaniem Sądu odwoławczego, w apelacji powód nie zgłosił żadnych wniosków dowodowych zmierzających do wykazania skali i skutków stosowanej praktyki, jak też wysokości osiągniętych lub możliwych do osiągnięcia korzyści. Dopiero w piśmie procesowym z dnia 12 sierpnia 2015 r. pełnomocnik powoda powołał się na ustalenia wynikające z uzasadnienia zaskarżonej decyzji, dotyczące ilości reklamacji poprawności działania urządzeń pomiarowo-rozliczeniowych w latach 2008 i 2009, ilości uwzględnionych reklamacji, ilości badań laboratoryjnych przeprowadzonych na żądanie klienta oraz wysokości opłat pobranych od klientów. Sąd Apelacyjny stwierdził, że wskazane dane są bezsporne, jednak dotyczą tylko roku 2008 i pięciu miesięcy roku 2009. Ponadto, zdaniem Sądu drugiej instancji, powód bezzasadnie ograniczył wysokość możliwych do

osiągnięcia korzyści wynikających ze stosowanej praktyki jedynie do wysokości opłat pobranych od klientów.

Na podstawie danych wskazanych w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji, Sąd Apelacyjny ustalił, że w 2008 r. wpłynęło 14.728 reklamacji poprawności działania urządzeń pomiarowych zgłoszonych przez konsumentów, z czego nie zostało uwzględnionych 9.694 reklamacje, co oznacza, że w tylu przypadkach stwierdzono prawidłowość działania urządzeń bez pomiarów laboratoryjnych, na podstawie stosowanej przez Spółkę procedury reklamacyjnej. Z danych tych nie wynika, w ilu wypadkach stwierdzenie prawidłowości działania urządzeń pomiarowych nastąpiło w sytuacji błędu odczytu nie przekraczającego 2-krotności wielkości błędu dopuszczalnego dla danej klasy urządzenia. Jednak biorąc pod uwagę okoliczność, że przeprowadzone w 2008 r. badania laboratoryjne na 1.424 zbadane urządzenia wykazały w 888 przypadkach nieprawidłowości działania urządzeń, zaś przy 279 wypadkach badań przeprowadzonych na żądanie klientów, w 178 przypadkach pobrano opłaty za badania laboratoryjne, co zgodnie ze stosowaną przez powoda Instrukcją oznacza, że w tylu wypadkach badanie zakończyło się stwierdzeniem prawidłowości działania urządzeń, Sąd drugiej instancji uznał za prawdopodobne, że co najmniej 36% urządzeń uznanych za prawidłowe mogłoby okazać się wadliwe przy przeprowadzeniu badania laboratoryjnego.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, biorąc pod uwagę możliwe do uzyskania przez powoda korzyści, należało uwzględnić nie tylko ilość pobranych opłat, ale także koszty, jakie przedsiębiorca musiałby ponieść w związku z przeprowadzeniem badań układów pomiarowych. Wskazany przez powoda w postępowaniu administracyjnym koszt sprawdzenia prawidłowości działania układu pomiarowo-rozliczeniowego: w wypadku, gdy badanie przeprowadza przedsiębiorstwo - wynosi 102,23 zł, a jeśli badanie przeprowadza zewnętrzna jednostka - jest to koszt wskazany w wystawionej przez to przedsiębiorstwo fakturze. Do powyższych kosztów należy doliczyć koszt demontażu i montażu licznika, który wynosi 44,84 zł. Łącznie daje to kwotę około 150 zł za badanie laboratoryjne jednego urządzenia, co pomnożone przez 3.490 urządzeń (36% urządzeń uznanych za działające prawidłowo w 2008 r.) daje kwotę 523.500 zł. Kwota ta nie uwzględnia kosztów obsługi reklamacji, ani dochodów z opłat

wnoszonych przez użytkowników urządzeń pomiarowych wykazujących wadliwie ilość zużytej energii, w sytuacji, gdy odczyt jest zawyżony w stosunku do rzeczywistego zużycia.

Sąd odwoławczy uznał za nieudowodnione podnoszone przez powoda w apelacji twierdzenie, że częściej występuje błąd polegający na zaniżaniu pomiaru zużycia energii. Powód ograniczył się bowiem do powołania badań wykazujących, że na 500 przypadków wadliwego działania urządzenia, tylko w 143 wypadkach doszło do zawyżenia wyniku odczytu. Nawet jednak z twierdzeń samego powoda wynika, że zawyżenie odczytu występuje w 29% wadliwie działających urządzeń pomiarowych, a tym samym co najmniej taki odsetek użytkowników urządzeń, które zgodnie z obowiązującą u powoda procedurą zostały uznane za prawidłowe, pomimo występującego w istocie błędu odczytu, zostaje obciążonych kosztami, których ponosić nie powinni.

W ocenie Sądu Apelacyjnego działanie powoda było zawinione, gdyż jako profesjonalista zobowiązany był do szczególnej staranności w prowadzeniu działalności gospodarczej, tymczasem świadomie stosował procedurę reklamacyjną pozwalającą na uznanie za prawidłowo działające urządzeń, których błąd odczytu przekraczał limit błędu właściwy dla danego urządzenia. Przy tym, nie ma podstaw do uznania, że był to najlżejszy stopień winy, skoro powód jako profesjonalista miał świadomość ustalonych przez producentów urządzeń limitów błędu odczytu, a także świadomość, że wadliwość lub prawidłowość działania urządzeń pomiarowych podlegających legalizacji można stwierdzić jedynie w wyniku badań laboratoryjnych przeprowadzonych przez uprawnione podmioty. Sąd odwoławczy uznał za bezzasadny podniesiony w apelacji argument, że działanie powoda było prowadzone w interesie konsumenta. Niewątpliwie celem praktyki było ograniczenie konieczności przekazywania liczników do badań laboratoryjnych, jednak nie miało to na celu ochrony interesów konsumentów, lecz interesów przedsiębiorcy związanych z koniecznością ponoszenia kosztów tych badań. Oceniając wysokość nałożonej na powoda kary pieniężnej, Sąd Apelacyjny wziął pod uwagę, że przedsiębiorca był świadomy bezprawności swojego zawinionego działania, praktyka miała charakter długotrwały (była stosowana ponad rok), nie doszło do zaprzestania stosowania praktyki przed wydaniem zaskarżonej decyzji.

Sąd odwoławczy podkreślił, że odwołanie w niniejszej sprawie zostało wniesione w dniu 8 października 2009 r., a więc w okresie obowiązywania przepisów regulujących postępowanie odrębne w sprawach gospodarczych, stąd - zgodnie z treścią art. 479¹² k.p.c. - na powodzie spoczywał obowiązek zgłoszenia w odwołaniu wszystkich twierdzeń, zarzutów i dowodów na ich poparcie, pod rygorem prekluzji dowodowej. Na przedsiębiorcy spoczywał także ciężar dowodu w zakresie okoliczności mających wpływ na wymiar kary pieniężnej, a w szczególności braku korzyści, jakie mogłyby wynikać ze stosowania procedury reklamacyjnej. Tymczasem ani w odwołaniu, ani w postępowaniu apelacyjnym (w szczególności po zapoznaniu się z uzasadnieniem wyroku Sądu Najwyższego) powód nie zgłosił żadnych wniosków dowodowych zmierzających do wykazania tych okoliczności.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego podniesione w apelacji zarzuty odnoszące się do wysokości nałożonej na powoda kary pieniężnej są bezzasadne. Kara ta znajduje oparcie we wskazanej przez Prezesa Urzędu argumentacji oraz okolicznościach faktycznych objętych ustaleniami Sądu Okręgowego, a także jest proporcjonalna do stwierdzonego naruszenia. Mieści się również w granicach określonych przepisem art. 106 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, gdyż stanowi 0,17% przychodu osiągniętego przez powoda w 2008 r. W ocenie Sądu odwoławczego orzeczona kara nie wpłynie negatywnie na płynność finansową powoda, jest adekwatna do stopnia zawinienia i stopnia szkodliwości popełnionego czynu, a także powinna podzielać na ukarany podmiot wychowawczo, aby uchybienia tego rodzaju nie powtórzyły się w przyszłości.

Sąd odwoławczy stwierdził, że wysokość nałożonej na powoda kary uwzględnia wszystkie przesłanki określone w art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, nie ma więc podstaw do jej zmniejszenia w jakimkolwiek stopniu. W szczególności powód nie wykazał istnienia okoliczności łagodzących dotyczących braku korzyści ze stosowania zarzucanej praktyki. Ponadto obniżenie kary wymierzonej w dolnych granicach ustawowego zagrożenia spowodowałoby, że przestałaby ona pełnić funkcje represyjną, wychowawczą oraz prewencyjną. Każdy przypadek naruszenia przepisów ustawy powinien być oceniany indywidualnie, a w niniejszej sprawie zachodzą okoliczności uzasadniające nałożenie kary pieniężnej pełniącej funkcję prewencyjną,

wychowawczą i represyjną, z uwagi na charakter praktyki, jej szkodliwość dla interesów konsumentów, zawinione działanie przedsiębiorcy oraz skalę praktyki dotyczącej potencjalnie wszystkich użytkowników urządzeń pomiarowych, będących odbiorcami energii elektrycznej od powoda.

Od wyroku Sądu Apelacyjnego w W. skargę kasacyjną wniósł powód T. S.A. z siedzibą w K., zaskarżając go w całości. Skarżący domagał się uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi drugiej instancji, ewentualnie Sądowi pierwszej instancji, ewentualnie uchylenia zaskarżonego wyroku i uwzględnienia odwołania powoda poprzez zmianę decyzji w punkcie III.2 i uchylenie nałożonej na powoda kary pieniężnej, ewentualnie jej obniżenie. Skarżący zarzucił:

1) naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, tj. art. 217 i art. 227 k.p.c. oraz art. 278 § 1 k.p.c. w związku z art. 162 k.p.c., a także w związku z art. 391 i 382 k.p.c. poprzez:

a) nieuwzględnienie zarzutu bezzasadnego oddalenia wniosków dowodowych powoda przez Sąd pierwszej instancji z uwagi na brak zastrzeżenia do protokołu rozprawy złożonego w trybie art. 162 k.p.c., podczas gdy zastrzeżenie takie zostało złożone;

b) zaniechanie przeprowadzenia postępowania dowodowego i przyjęcie, że wnioski dowodowe zawarte w odwołaniu od decyzji i w apelacji były nieprzydatne do rozpoznania sprawy, podczas gdy dotyczyły one odniesionych lub możliwych do odniesienia korzyści oraz stopnia zawinienia powoda;

2) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 106 i art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, na skutek:

a) przyjęcia, że proporcjonalność wymierzonej kary pieniężnej powinna być oceniana w kontekście jej dolegliwości z perspektywy całości przychodu powoda w 2008 r., a także stopnia zawinienia i szkodliwości popełnionego czynu, podczas gdy należało kierować się proporcjonalnością rozumianą w ten sposób, że kara ma pozostawać we właściwej proporcji nie tylko do potencjału ekonomicznego sprawcy, ale także przychodu (obrotu) z zakwestionowanej praktyki, tudzież korzyści jakie powód osiągnął lub zamierzał osiągnąć, zaś dysproporcja między tymi korzyściami

a poziomem nałożonej kary (ponad siedmiokrotna) uzasadnia odstąpienie od nałożenia kary, a co najmniej jej obniżenie;

b) przyjęcia, że powodowi nie można przypisać najłżejszego stopnia winy, więc nieuzasadnione jest odstąpienie od nałożenia kary lub jej obniżenie, podczas gdy brak jest podstaw, aby powodowi przypisywać umyślność (co najwyżej nieumyślne stosowanie praktyki), gdyż powód dochował należytej staranności przy ustalaniu procedury sprawdzania układów rozliczeniowo-pomiarowych;

c) nieuwzględnienia precedensowego charakteru sprawy, co uzasadnia odstąpienie od nałożenia kary, a co najmniej jej obniżenie.

Wnosząc o przyjęcie skargi kasacyjnej do rozpoznania powód wskazał na potrzebę wykładni przepisów prawnych budzących poważne wątpliwości oraz wywołujących rozbieżności w orzecznictwie: czy dokonując - na podstawie art. 106 i art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów - weryfikacji wysokości kary nałożonej na przedsiębiorcę przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, sąd powinien oceniać jej dolegliwość w relacji do siły ekonomicznej przedsiębiorcy mierzonej jego przychodem (a od 18 stycznia 2015 r. - obrotem), osiągniętym w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary, zaś dysproporcja między tak ustaloną podstawą wyliczenia kary a przychodem, tudzież korzyściami osiągniętymi z zakwestionowanej praktyki nie uzasadnia obniżenia kary, czy też dokonując weryfikacji tej kary sądy powinny kierować się zasadą proporcjonalności rozumianą w ten sposób, że kara ma pozostawać we właściwej proporcji nie tylko do potencjału ekonomicznego sprawcy, ale także przychodu (obrotu) z zakwestionowanej praktyki, tudzież korzyści jakie osiągnął lub zamierzał z niej osiągnąć, zaś brak tych korzyści bądź dysproporcja między nimi a poziomem nałożonej kary uzasadniają jej obniżenie, a nawet odstąpienie od wymierzenia kary.

Pozwany Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wnosił o oddalenie skargi kasacyjnej i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna powoda nie zasługuje na uwzględnienie.

Niezasadne są zarzuty naruszenia przepisów postępowania, tj. art. 217 i art. 227 k.p.c. oraz art. 278 § 1 k.p.c. w związku z art. 162 k.p.c., a także w związku z art. 391 i 382 k.p.c. Na stronie 14 uzasadnienia Sąd Apelacyjny wskazał, że na rozprawie w dniu 21 marca 2011 r. (k. 508 akt) Sąd Okręgowy oddalił wnioski dowodowe powoda, zaś jego profesjonalny pełnomocnik nie zgłosił zastrzeżenia do protokołu w trybie art. 162 k.p.c. Dlatego Sąd odwoławczy uznał za bezzasadne podniesienie w apelacji zarzutów naruszenia art. 217 § 3 w związku z art. 227 k.p.c. Z protokołu rozprawy Sądu Okręgowego z dnia 21 marca 2011 r. wynika, że wydane zostało wówczas postanowienie o oddaleniu wniosków powoda o dopuszczenie dowodów z zeznań świadków oraz danych statystycznych. Pełnomocnik powoda nie zgłosił wówczas zastrzeżenia do protokołu w trybie art. 162 k.p.c. Natomiast na rozprawie w dniu 2 października 2012 r. (k. 634 akt) Sąd Okręgowy oddalił wnioski powoda o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego i pozostałe wnioski dowodowe (nie precyzując, jakie). Pełnomocnik powoda zgłosił wówczas zastrzeżenie do protokołu w trybie art. 162 k.p.c., lecz nie wskazał, naruszenie jakich przepisów procedury zarzuca. Zastrzeżenie to było więc nieskuteczne, czego konsekwencją było uznanie zarzutu apelacji za nietrafny. W judykaturze za utrwalony należy uznać pogląd, że z treści art. 162 k.p.c. wynika, iż strona ma zwrócić uwagę sądowi na uchybienie przepisom postępowania. Oznacza to, że nie jest wystarczające zwrócenie się do sądu o zaprotokołowanie, że strona zgłasza i wnosi o wpisanie zastrzeżenia do protokołu. Zastrzeżenie będzie skuteczne wówczas, jeżeli strona wskaże przepisy, które - jej zdaniem - sąd naruszył (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2013 r., sygn. akt V CSK 544/12, LEX nr 1438426).

Sąd Apelacyjny trafnie wskazał, że ani w apelacji, ani później, w toku postępowania apelacyjnego po przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd Najwyższy, powód nie zgłosił wniosków dowodowych zmierzających do wykazania skali i skutków stosowanej praktyki, a także wysokości osiągniętych lub możliwych do osiągnięcia korzyści. Dopiero w piśmie procesowym z dnia 12 sierpnia 2015 r. powołał się na ustalenia wynikające z uzasadnienia zaskarżonej decyzji, dotyczące ilości reklamacji, poprawności działania urządzeń pomiarowo-rozliczeniowych w latach 2008 i 2009, ilości uwzględnionych reklamacji, ilości

badań laboratoryjnych przeprowadzonych na żądanie klientów i wysokości opłat pobranych od klientów. Sąd odwoławczy uwzględnił powyższe dane w ustaleniach faktycznych, jednocześnie wyjaśniając, że są to dane bezsporne, lecz dotyczące tylko 2008 roku i części 2009 roku.

Niezrozumiałe jest zawarte w skardze kasacyjnej twierdzenie powoda, że wnioski dowodowe wskazane w punktach 1 i 4 (tj. dowód z opinii biegłego i dowody z danych statystycznych) zostały ponownie podniesione w apelacji powoda z dnia 14 grudnia 2012 r. Podniesione bowiem mogą być zarzuty, zaś wnioski dowodowe powinny zostać zawnioskowane lub zgłoszone. Powód w apelacji nie zgłosił nowych wniosków dowodowych, zaś jego twierdzenia ze skargi kasacyjnej zmierzają do obejścia rygorów wynikających z art. 162 k.p.c., których nie zachował. Ponadto, z uwagi na datę wydania zaskarżonej decyzji (21 września 2009 r.), w niniejszej sprawie miały zastosowanie nieobowiązujące już przepisy procedury gospodarczej, w tym art. 479¹² k.p.c., który przewidywał prekluzję ustawową. Dlatego powód powinien wszystkie wnioski dowodowe zgłosić już w odwołaniu, o ile nie udowodnił, że potrzeba ich powołania powstała później. Wnioski dowodowe zgłoszone przez powoda w odwołaniu zostały oddalone przez Sąd pierwszej instancji, zaś powód nie zgłosił skutecznie zarzutu do protokołu w trybie art. 162 k.p.c. W tej sytuacji skarżący utracił możliwość powoływania się w apelacji na naruszenie prawa przez Sąd pierwszej instancji. Natomiast z uwagi na niezgłoszenie w apelacji nowych wniosków dowodowych, Sąd drugiej instancji ich nie oddalił, co czyni zarzut niezasadnym. Nie miał również obowiązku Sąd odwoławczy prowadzenia postępowania dowodowego z urzędu, bo ciężar dowodzenia spoczywał na powodzie.

Nietrafny jest również zarzut naruszenia prawa materialnego, tj. art. 106 i art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Przepis art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy (w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania zaskarżonej decyzji) stanowi, że Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ustawy. Natomiast zgodnie z art. 111

ustawy (w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania zaskarżonej decyzji) przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy.

Kwestia proporcjonalności kary była przedmiotem licznych wypowiedzi w orzecznictwie. W uzasadnieniu wyroku z dnia 19 sierpnia 2009 r. (sygn. akt III SK 5/09, OSNP 2011 nr 9-10, poz. 144) Sąd Najwyższy wskazał, że można jedynie rozważyć, czy wysokość kary spełniała wymogi wynikające z zasady proporcjonalności, gdy podstawę wymiaru kary stanowił przychód przedsiębiorcy uzyskiwany ze sprzedaży różnych tytułów, a praktyka ograniczająca konkurencję miała miejsce na rynku właściwym obejmującym tylko jeden z tytułów prasowych wydawanych przez tego przedsiębiorcę. W takiej sytuacji Sąd Najwyższy uznał, że zasada proporcjonalności sugeruje zrelatywizowanie wymierzonej kary pieniężnej do wysokości przychodów uzyskiwanych ze sprzedaży dziennika, którego sprzedaż była źródłem pozycji dominującej. Z kolei w uzasadnieniu wyroku z dnia 21 kwietnia 2011 r. (sygn. akt III SK 45/10, LEX nr 901645) Sąd Najwyższy wskazał, że sądy orzekające w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu nakładającej karę pieniężną nie mogą poprzestać na procentowej ocenie relacji między wymierzoną karą a przychodami przedsiębiorcy, gdyż o represyjności nakładanej kary nie decyduje tylko jej procentowy stosunek do przychodów przedsiębiorcy.

W uzasadnieniu innego wyroku z dnia 4 marca 2014 r. (sygn. akt III SK 34/13, LEX nr 1463897) Sąd Najwyższy stwierdził, że po uwzględnieniu skali działalności przedsiębiorcy, dla której miarodajną wielkością jest uzyskiwany przychód w ogóle (a nie z rynku praktyki) i poziom rentowności, w połączeniu z koniecznością realizacji funkcji kar pieniężnych, może dojść do przesunięcia w górę progu kary pieniężnej, w przypadku którego naruszenie zasady proporcjonalności byłoby na tyle widoczne, że zasadne byłoby uchylenie wyroku Sądu drugiej instancji wyłącznie ze względu na utrzymanie kary pieniężnej w nieproporcjonalnej wysokości. Natomiast w uzasadnieniu wyroku z dnia 15 maja 2014 r. (sygn. akt III SK 54/13, OSNP 2015 nr 11, poz. 156) Sąd Najwyższy wyjaśnił, że nie każda kara pieniężna w wysokości przekraczającej poziom przychodów uzyskiwanych ze sprzedaży towaru, którego dotyczy praktyka, jest nieproporcjonalna.

W uzasadnieniu wyroku z dnia 10 stycznia 2017 r. (sygn. akt III SK 61/15) Sąd Najwyższy stwierdził ponadto, że linia orzecznicza zapoczątkowana sprawami o sygn. akt III SK 5/09 oraz III SK 45/10, nie nakłada na Prezesa Urzędu obowiązku ustalania przychodu przedsiębiorcy ze sprzedaży towaru, którego dotyczy praktyka, którego naruszenie skutkowałby koniecznością uchylecia decyzji, bądź orzeczenia Sądu. Orzecznictwo to daje przedsiębiorcy oraz sądom orzekającym w sprawach z odwołania od decyzji Prezesa podstawę dla zmiany wysokości kary pieniężnej, gdy z okoliczności faktycznych sprawy będzie wynikało, że kara pieniężna mieszcząca się w granicach wyznaczonych przez art. 106 ust. 1 ustawy jest jednak nieproporcjonalna z uwagi na skalę przychodu ze sprzedaży towarów, których dotyczy praktyka. W podobny sposób wypowiedział się Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 16 kwietnia 2015 r. (sygn. akt III SK 24/14, LEX nr 1747354).

Z powołanych orzeczeń wynika, że ustalenie wysokości kary w proporcjonalnej wysokości jest kwestią indywidualną, zależną od okoliczności faktycznych danej sprawy. Jednakże w szczególności w sytuacji, gdy np. skutki praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów ograniczają się do określonego rynku (np. regionalnego, zamiast krajowego), bądź praktyka ograniczająca konkurencję ma miejsce na rynku właściwym obejmującym tylko jeden rodzaj towaru oferowanego przez przedsiębiorcę, zasada proporcjonalności może wskazywać na potrzebę zrelatywizowania wymierzonej kary pieniężnej do wysokości przychodów uzyskiwanych na tym węższym rynku. Zdaniem Sądu Najwyższego w niniejszej sprawie taka szczególna sytuacja nie miała miejsca, albowiem wprawdzie przedmiotem działalności powoda jest wytwarzanie, przesyłanie i dystrybucja energii elektrycznej, jednakże skarżący niezasadnie domaga się odniesienia wysokości kary do przychodu uzyskanego jedynie z zakwestionowanej praktyki.

Ponadto podkreślenia wymaga okoliczność, że w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku przedstawiona została rozbudowana, wszechstronna i wyczerpująca argumentacja Sądu drugiej instancji zawierająca ocenę i uzasadnienie czynników, jakie zostały wzięte pod uwagę przy dokonywaniu analizy proporcjonalności wymierzonej kary. Sąd Apelacyjny uwzględnił charakter

naruszenia, jego długotrwałość, stopień szkodliwości dla konsumentów, stopień zawinienia sprawcy, a także konieczność ekonomicznej odczuwalności kary w stosunku do zakresu (skali) działalności przedsiębiorcy i rentowności tej działalności. Wysokość wymierzonej kary pozostaje także w adekwatnej relacji do korzyści, które przedsiębiorca mógł uzyskać na skutek stosowania niedozwolonej praktyki. Sąd odwoławczy podał szacunkowe wyliczenie prawdopodobnych korzyści powoda wynikających ze ograniczenia kosztów badań laboratoryjnych urządzeń pomiarowo-rozliczeniowych, pomijając korzyści wynikające z kosztów obsługi reklamacji oraz dochody z opłat wnoszonych przez użytkowników urządzeń pomiarowych wykazujących wadliwie ilość zużytej energii, w sytuacji, gdy odczyt był zawyżony w stosunku do rzeczywistego zużycia. Nie może odnieść skutku kwestionowanie tych wyliczeń przez powoda w skardze kasacyjnej, skoro są to kwestie wymagające udowodnienia, zaś powód w postępowaniu przed sądem powszechnym temu obowiązкови nie podołał.

Prawidłowa jest również ocena Sądu Apelacyjnego, że działanie powoda miało charakter zawiniony, gdyż jako profesjonalista zobowiązany był do szczególnej staranności w prowadzeniu działalności gospodarczej, tymczasem świadomie stosował procedurę reklamacyjną pozwalającą na uznanie za prawidłowo działające urządzeń, których błąd odczytu przekraczał limit błędu właściwy dla danego urządzenia. Trafnie uznał Sąd drugiej instancji, że w niniejszej sprawie nie ma podstaw do uznania, że był to najlżejszy stopień winy, skoro powód jako profesjonalista miał świadomość ustalonych przez producentów urządzeń limitów błędu odczytu, a także świadomość, że wadliwość lub prawidłowość działania urządzeń pomiarowych podlegających legalizacji można stwierdzić jedynie w wyniku badań laboratoryjnych przeprowadzonych przez uprawnione podmioty. Stosując procedurę reklamacyjną opartą o pomiary dokonywane za pomocą licznika wzorcowego, powód powinien mieć świadomość stosowania nieuczciwej praktyki rynkowej. Ponadto, ponieważ przedsiębiorca dysponował wiedzą specjalistyczną popartą badaniami naukowymi, zasadne było nieuwzględnienie czynnika precedensowego charakteru przedmiotowej sprawy.

Mając na uwadze wskazane okoliczności Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji, na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c.

kc