

Sygn. akt VI ACa 1649/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 czerwca 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Małgorzata Manowska (spr.)

Sędzia SA – Urszula Wiercińska

Sędzia SA – Krzysztof Tucharz

Protokolant: – sekr. sądowy Ewelina Murawska

po rozpoznaniu w dniu 14 czerwca 2013 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa Z. R. i K. R.

przeciwko (...) S.A. w W.

o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone

na skutek apelacji pozwanej

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

z dnia 13 sierpnia 2012 r.

sygn. akt XVII AmC 2658/10

I zmienia zaskarżony wyrok częściowo to jest:

- 1) w punkcie pierwszym (rzymskim) w ten sposób, że powództwo oddala;*
- 2) w punktach trzecim, czwartym i piątym w ten sposób, że zasądza od Z. R. i K. R. na rzecz (...) S.A. w W. kwotę 360 zł. (trzysta sześćdziesiąt) tytułem zwrotu kosztów procesu;*

II zasądza od Z. R. i K. R. na rzecz (...) S.A. w W. kwotę 870 zł. (osiemset siedemdziesiąt) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

UZASADNIENIE

Powodowie - Z. R. i K. R. wnosili o uznanie za niedozwolone postanowienia wzorca umowy stosowanego przez pozwanego - (...) Spółka Akcyjna w W. o treści:

„(...) 3. W przypadku odstąpienia przez Sprzedającego od niniejszej Umowy z przyczyn określonych w pkt 2 niniejszego paragrafu lub rozwiązania jej na zasadach określonych w ust.4 poniżej Sprzedający zwróci Kupującemu w terminie 30 dni roboczych od daty rozwiązania Umowy pod warunkiem otrzymania podpisanych przez Kupującego faktur korygujących:

- pierwszą wpłatę dokonaną przez Kupującego określoną w § ust.2,
- drugą wpłatę dokonaną przez Kupującego określoną w § ust. 3 , Po potrąceniu:
- tytułem kary umownej kwoty 5 % ceny określonej w § ust. 1 niniejszej Umowy,
- kosztów przywrócenia lokalu do stanu zgodnego z pierwotną umową dokumentacją wykonawczą.

4. w przypadku rozwiązania Umowy na wniosek Kupującego z innych przyczyn leżących po jego stronie, przepisy ust. 3 niniejszego paragrafu stosuje się odpowiednio (...) ".

Pozwana wniosła o oddalenie powództwa. W uzasadnieniu podniosła, że odnosząc się do treści pozwu tut. Sąd nie jest właściwy do rozpoznania sporu bowiem powód żąda dokonania kontroli wzorca umownego in concreto z pominięciem abstrakcyjnego charakteru postępowań jakie mogą się toczyć przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów zgodnie z jego kognicją. Wskazała, że treść żądania pozwu pozostaje w ścisłym związku z Umową Przyrzeczenia Sprzedaży nr (...) z dnia 07 kwietnia 2008 r. do której powód przystąpił. W ocenie pozwanej, kwestionowane postanowienie było przedmiotem indywidualnych uzgodnień z powodem w związku z czym, nawet jeśli konkretna treść postanowienia została uznana za niedozwoloną przy użyciu wzorca umownego przez innego przedsiębiorcę, jej indywidualne wynegocjonowanie przez pozwaną przy stosowaniu jej wzorca umownego pozbawia treść tego postanowienia charakteru niedozwolonego. W dalszej kolejności pozwana zaprzeczyła abuzywności kwestionowanej klauzuli z uwagi na równomierne rozłożenie obowiązku zapłaty kary umownej w tej samej wysokości na skutek zaistnienia przyczyn leżących po stronie czy to powoda bądź pozwanej.

Wyrokiem z dnia 13 sierpnia 2012 r. Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznał za niedozwolone i zakazał stosowania przez (...) S.A. z siedzibą w W. w obrocie z konsumentami postanowienia wzorca umowy o następującej treści: 1. „[...] W przypadku odstąpienia przez Sprzedającego od niniejszej Umowy z przyczyn określonych w ust. 2 niniejszego paragrafu lub rozwiązania jej na zasadach określonych w ust. 4 poniżej Sprzedający zwróci Kupującemu w terminie 30 dni roboczych od daty rozwiązania Umowy, pod warunkiem otrzymania podpisanych przez Kupującego faktur korygujących: (...) po potrąceniu: - tytułem kary umownej kwoty 5% ceny określonej w § 7 ust. 1 niniejszej umowy, - kosztów przywrócenia lokalu do stanu zgodnego z pierwotną dokumentacją wykonawczą." 2. „W przypadku rozwiązania Umowy na wniosek Kupującego i z innych przyczyn leżących po jego stronie, przepis ust. 3 niniejszego paragrafu stosuje się odpowiednio [...]”.

W pozostałym zakresie powództwo zostało oddalone.

Sąd Okręgowy ustalił, że pozwana — (...) SA w W. prowadzi działalność gospodarczą w zakresie między innymi budownictwa i inwestycji związanych z nieruchomościami. Pozwana przy zawieraniu umów przedstawiała konsumentom przygotowany przez siebie projekt umowy o nazwie „umowa przyrzeczenia sprzedaży wyodrębnionego lokalu mieszkalnego w wybudowanym w tym celu budynku wraz z miejscami parkingowymi", a kwestionowana klauzula stanowi część tego projektu umowy, który zawiera zakwestionowane przez powoda postanowienie.

Na podstawie zeznań świadków E. Z., J. M. i T. W. Sąd Okręgowy ustalił, że każdy z potencjalnych klientów może podjąć negocjacje w kontekście konkretnej umowy i rozmowy te na wstępnym ich etapie prowadzone są z pracownikiem (handlowcem). Jest to osoba z którą klient ma bezpośredni kontakt. Osoba ta nie ma uprawnień do wypowiedzania się w zakresie dokonywania zmian w stosunku do wzorca umownego, którym posługuje się pozwana. Natomiast propozycję przedłużoną przez konsumenta handlowiec przedkłada osobie umocowanej do podpisywania ostatecznych umów działowi klienta.

Sąd Okręgowy nie uwzględnił wniosku pozwanej o przeprowadzenie dowodu dotyczącego okoliczności badania § 9 wzorca umownego dotyczącego kar umownych przez Prezesa UOiKK, jako dotyczącego faktów nie mających istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Sąd I instancji uznał powództwo w dużej części za zasadne.

Wskazał, że stosownie do treści art. 479³⁶ i art. 479³⁸ k.p.c. przedmiotem postępowania prowadzonego przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie jest kontrola i analiza postanowień konkretnej, zawartej przez strony umowy, lecz kontrola abstrakcyjna wzorca umownego stosowanego przez przedsiębiorcę w obrocie konsumentami, którego postanowienia mogłyby kształtować treść stosunku prawnego w przypadku zawarcia umowy konsumenckiej. Fakt jednak, że powodowie byli stroną indywidualnej umowy zawartej z pozwaną, nie pozbawia Sądu Okręgowego poddania kontroli kwestionowanego postanowienia wzorca ponieważ legitymację czynną, do wytoczenia powództwa o uznanie postanowienia wzorca za niedozwolone, ma każdy kto według treści oferty mógłby z przedsiębiorcą zawrzeć umowę.

W dalszym ciągu Sąd I instancji stwierdził, że abstrakcyjna ocena postanowienia wzorca powinna uwzględniać dwa kryteria wskazane w art. 385¹ k.c. sprzeczność z dobrymi obyczajami i rażące naruszenie interesów konsumenta. Ocena ta poprzedzona jest badaniem spełnienia przesłanki iż kwestionowane postanowienie, które kształtuje prawa i obowiązki konsumenta nie zostało indywidualnie z nim uzgodnione, a dopiero w dalszej kolejności dokonywana jest ocena tego postanowienia pod kątem jego sprzeczności z dobrymi obyczajami i rażącego naruszenia interesów konsumenta. Ciężar udowodnienia indywidualnego uzgodnienia postanowienia umowy spoczywa z reguły na przedsiębiorcy w myśl art. 385¹ § 4 k.c. Nie jest przy tym przedmiotem kontroli Sądu Okręgowego, czy powód miał realny wpływ na treść postanowienia zaczerpniętego ze wzorca umownego i w związku z tym czy pozwana taką możliwość powodowi zapewniła, ale czy każdy potencjalny konsument, który mógłby z pozwaną zawrzeć umowę w oparciu o wzorec którym posługuje się przedsiębiorca miał zapewniony realny wpływ na treść postanowień tego wzorca umownego.

Zdaniem Sądu I instancji, podniesione przez pozwaną okoliczności świadczące o tym, iż konsument miał realny wpływ na treść kwestionowanego postanowienia umowy, nie zostały udowodnione. Z zeznań świadków wynika bowiem, że konsument mógł zaproponować pewne zmiany w treści wzorca przedkładając je osobie, która nie była umocowana do wprowadzenia odpowiednich zmian. Sąd Okręgowy wskazał, że nie można wykluczyć wypadków, w których indywidualny konsument negocjował warunki umowy przy użyciu wzorca również z osobami umocowanymi, natomiast w ramach kontroli abstrakcyjnej te wyjątkowe ewentualne postępowania wobec określonych konsumentów w niniejszym postępowaniu pozostają poza oceną prawną Sądu.

W ocenie Sądu I instancji sporne postanowienie odpowiada treści art. 385³ pkt 17 k.c. gdyż zastrzeżona kara umowna nakłada na konsumenta, który nie wykonał zobowiązania lub odstąpił od umowy obowiązek rażąco wygórowanej kary umownej lub odstępnego. Jednocześnie Sąd Okręgowy wskazał, że przy ocenie kary umownej jako wygórowanej nie ma decydującego znaczenia jakim wskaźnikiem procentowym określana jest kara umowna, bo jak wynika z dotychczasowego orzecznictwa za zbyt wygórowane uznawane są kary w wysokości 3 % , 5 % jak i 10 % i 15 %. Sam wskaźnik procentowy nie ma decydującego wpływu na uznanie klauzuli jako niedozwolonej. Kara umowna w rozumieniu art. 483 k.c. jest zastrzeżeniem umownym, że naprawienie szkody nastąpi przez zapłatę określonej sumy. Roszczenie to zastępuje roszczenie wynikające z art. 471 k.c. gdzie obowiązek wykazania szkody związku przyczynowego pomiędzy zdarzeniem a powstałą szkodą leży po stronie wierzyciela. Tym samym przy odstąpieniu przez konsumenta od umowy na podstawie treści kwestionowanej klauzuli wierzyciel uprawniony jest do dokonania potrącenia kwoty w wysokości 5 % wartości ceny. Skoro jednak, jak wskazał Sąd I instancji kara umowna ma służyć w głównej mierze skompensowaniu wierzycielowi konkretnej szkody na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przedsiębiorca winien był wykazać, że w przypadkach w których została zastrzeżona kara umowna prawdopodobne jest, wystąpienie szkody w wysokości zbliżonej do niej. Okoliczności tej pozwana nie wykazała.

Z tych względów Sąd Okręgowy uznał, że zakwestionowane postanowienie wzorca umownego stosowanego przez pozwanego w obrocie z konsumentami stanowi niedozwolone postanowienie umowne w rozumieniu art. 385³ pkt 17 k.c. i zakazał jego stosowania na podstawie art. 479⁴² k.p.c.

Sąd I instancji wskazał, że kwestionowane postanowienie zobowiązuje również do potrącenia z dokonanych wpłat kosztów przywrócenia lokalu do stanu zgodnego z pierwotną dokumentacją i w tym zakresie treść tego postanowienia jest również abuzywna. Dokonanie zmian w lokalu następuje po zgodnym oświadczeniu woli obu stron, w wyniku czego określony zostaje przedmiot przyszłej umowy. Skutkiem skorzystania z uprawnienia jakim jest odstąpienie w myśl art. 494 k.c., powstaje wzajemny obowiązek zwrotu drugiej stronie tego co otrzymała na mocy umowy, strony mogą żądać również naprawienia szkody. Zdaniem Sądu Okręgowego, trudno uznać, iż każda indywidualna adaptacja pomieszczenia uwzględniająca potrzeby określonego klienta jest potencjalną szkodą dla przedsiębiorcy dokonującego tych zmian za zgodą obydwu stron.

Mając powyższe na względzie Sąd I instancji uznał, że kwestionowana przez powodów klauzula w zakresie zwrotu kosztów przywrócenia lokalu do stanu zgodnego z pierwotną dokumentacją wykonawczą, stanowi niedozwolone postanowienie umowne w rozumieniu art. 385¹ § 1 k.c., bowiem kształtuje prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy.

Sąd Okręgowy oddalił powództwo jedynie w części jaka odnosi się do postanowienia umownego o treści „(...) Sprzedający zwróci Kupującemu w terminie 30 dni roboczych od daty rozwiązania Umowy, pod warunkiem otrzymania podpisanych przez Kupującego faktur korygujących:

- pierwszą wpłatę dokonaną przez Kupującego określoną w § ust2,
- drugą wpłatę dokonaną przez Kupującego określoną w § 7 ust. 3, (...)” - bowiem ta część postanowienia nie narusza art. 385¹ § 1 k.c. Zwrot wpłaconego świadczenia mieści się w granicach dobrego obyczaju i jest w interesie konsumenta.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wniosła pozwana zaskarżając wyrok w części uwzględniającej powództwo.

W apelacji zarzuciła:

1) Sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego wskutek naruszenia przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, a mianowicie:

a) art. 479³⁹ k.p.c. poprzez uwzględnienie w części powództwa dochodzonego przez Powodów pozwem z dnia 10 września 2010r., mimo, że termin zawity do jego wniesienia, wynoszący 6 (sześć) miesięcy od zaniechania stosowania przez Pozwaną postanowienia wzorca umowy, o którego uznanie za niedozwolony wnosili Powodowie upłynął w lipcu 2009r., i nie oddalenie w całości tegoż powództwa, jako wniesionego po terminie wbrew zarzutom podniesionym przez Pozwaną;

b) art. 479³⁸ k.p.c. w zw. z art. art. 479³⁶ k.p.c. poprzez przyjęcie do rozpoznania i uwzględnienie w części przez Sąd Okręgowy w Warszawie S.A. - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów żądania pozwu Powodów w trybie postępowania w sprawach o uznanie postanowienia wzorca umowy za niedozwolone (kontrola abstrakcyjna), podczas gdy treść pozwu, odpowiedzi na odpowiedź na pozew oraz zarzutów w nich sformułowanych wskazywała, że żądanie Powodów dotyczyło kontroli indywidualnej umowy przyrzeczenia sprzedaży nr (...) z dnia 7 kwietnia 2008r. zawartej z nimi przez Pozwaną;

c) Art. 228 §1 i 2 k.p.c. i art. 233§1 k.p.c. przez wykroczenie poza granicę swobodnej oceny dowodów i dokonanie ustaleń sprzecznych z materiałem dowodowym, zasadami logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego, w tym:

- dowolne przyjęcie, że „Podniesione przez pozwaną okoliczności świadczące o tym, iż powód miał realny wpływ na treść kwestionowanego postanowienia umowy, w związku z czym jest indywidualnie uzgodniony, nie jest udowodniony, ponieważ podniesione okoliczności odnoszą się do konkretnie tego powoda.” podczas gdy zeznania świadków: J. M. i T. W. wskazują jednoznacznie na generalną możliwość negocjowania oraz tryb negocjowania umów przez klientów z Pozwaną, oraz

- błędne przyjęcie, że konsument mógł zaproponować pewne zmiany w treści wzorca przedkładając je osobie, która nie była umocowana do wprowadzenia odpowiednich zmian i taki konsument nie ma świadomości wpływu na treść wzorca, a jedynie ugruntowaną świadomość, iż dalszy proces decyzyjny jest poza jego wpływem.

d) Art. 227 w zw. z art. 236 i 328 § 2 k.p.c. przez pominięcie bez podania uzasadnienia zgłoszonych przez Pozwaną dowodów z dokumentów, o których przeprowadzenie wносиła Pozwana w piśmie procesowym z dnia 21 maja 2012r. na okoliczność upływu terminu zawitego do wniesienia pozwu w trybie postępowania w sprawach o uznanie postanowienia wzorca umowy za niedozwolone oraz na okoliczność, że kara umowna w wysokości 5%, o której mowa w kwestionowanym postanowieniu wzorca – umowy odpowiada prawu i warunkom faktycznym i, że brak jej przymiotu rażącego wygórowania; oraz poprzez niewyjaśnienie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia tj. nie wskazanie przyczyn, dla których Sąd nie dopuścił dowodów z dokumentów, o których przeprowadzenie wносиła Pozwana w piśmie procesowym z dnia 21 maja 2012r. i w konsekwencji odmówił im mocy dowodowej.

2) Naruszenie prawa materialnego, w wyniku błędów wskazanych powyżej, przez jego błędną wykładnię, a mianowicie:

a) art. 385³ pkt.17 k.c. w zw. z art. 385¹ §1 k.c. i art. 483§ 1 k.c. polegającą na uznaniu, że „W ocenie Sądu postanowienie, którego powód żąda uznania jako niedozwolone odpowiada treści art. 385³ pkt. 17 k.c. tj. zastrzeżona kara umowna nakłada na konsumenta, który nie wykonał zobowiązania lub odstąpił od umowy obowiązek rażąco wygórowanej kary umownej (...)” oraz uznaniu, że „Skoro kara umowna ma służyć w głównej mierze skompensowaniu wierzycielowi konkretnej szkody na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przedsiębiorca winien był wykazać, że w przypadkach w których została zastrzeżona kara umowna prawdopodobne jest, wystąpienie szkody w wysokości zbliżonej do niej. A tego pozwana w niniejszym postępowaniu nie wykazała.” a w konsekwencji przyjęcie, że zakwestionowane postanowienia umowne spełniają przesłanki do uznania ich za niedozwolone postanowienia umowne w rozumieniu art. 385¹ k.c., co w odniesieniu do ustalonego w sprawie stanu faktycznego nie było uzasadnione;

oraz

b) art. 385¹ §1 k.c. polegającą na tym, iż „Sąd uznał, że kwestionowana przez powoda klauzula w zakresie zwrotu kosztów przywrócenia lokalu do stanu zgodnego z pierwotną dokumentacją wykonawczą, stanowi niedozwolone postanowienie umowne w rozumieniu art. 385¹ §1 k.c.”, i przyjął, że zakwestionowane postanowienie umowne kształtują prawa i obowiązki konsumenta sprzecznie z dobrymi obyczajami, co w odniesieniu do ustalonego w sprawie stanu faktycznego nie było uzasadnione,

W konkluzji skarżąca wносиła o zmianę zaskarżonego i oddalenie powództwa w całości.

Ponadto apelująca wносиła o uzupełnienie i powtórzenie postępowania dowodowego przez przeprowadzenie:

a) dowodu z dokumentu tj. protokołu dotyczącego wprowadzonych zmian w umowach przyrzeczenia sprzedaży w IV kwartale 2008 roku z dnia 31.12.2008r. na okoliczność wprowadzenia przez Pozwaną zmian do wzorca umowy przyrzeczenia sprzedaży lokalu i zaniechania stosowania zakwestionowanego postanowienia wzorca umowy w treści wskazanej przez Powodów w pozwie, oraz

b) dowodu z następujących dokumentów:

1. projekt umowy nr (...) - inwestycja (...) I etap /uwzględniający zaproponowane przez konsumenta zmiany, w tym wysokość kar umownych/, formularz rejestracyjny umowy oraz podpisana umowa - akt notarialny.

2. projekt umowy nr (...) - inwestycja (...) /uwzględniający zaproponowane przez konsumenta zmiany, w tym wysokość kar umownych/, formularz rejestracyjny do umowy oraz podpisana umowa - akt notarialny.

3. projekt umowy nr (...)... - inwestycja (...) /uwzględniający zaproponowane przez konsumenta zmiany, w tym wysokość kar umownych/, - projekt umowy nr (...) /po dalszych zmianach/, formularz rejestracyjny do umowy oraz podpisana umowa - akt notarialny.

4. projekt umowy nr (...) - inwestycja (...) /uwzględniający zaproponowane przez konsumenta zmiany/, formularz rejestracyjny do umowy, propozycje pełnomocnika konsumenta do umowy oraz podpisana umowa - akt notarialny,

na okoliczność negocjowania przez Pozwaną umów z klientami Pozwanej będącymi konsumentami oraz uwzględniania przez Pozwaną propozycji klientów odnośnie postanowień umów, w tym dotyczących kar umownych, oraz

c) dowodu z następujących dokumentów:

1. umowa nr (...) z dnia 7 kwietnia 2008 r. wraz z załącznikiem nr 2 do umowy,

2. umowa o rezerwacji lokalu mieszkalnego z dnia 20 grudnia 2007 r..

3. oświadczenie o odstąpieniu od umowy oraz wezwanie do zapłaty z dnia 17 lutego 2009 r. wraz z potwierdzeniem nadania do Powodów i awizowania przesyłki,

4. umowa nr (...) przyrzeczenia sprzedaży wyodrębnionego lokalu mieszkalnego z dnia 29 października 2009r. na okoliczność szkody poniesionej przez Pozwaną wskutek niewykonania umowy przez Powodów. Wszystkie ww. dowody zostały załączone do pisma Pozwanej z dnia 21 maja 2012r. znajdującego się w aktach sprawy.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja zasługuje na uwzględnienie, aczkolwiek nie wszystkie podniesione w niej zarzuty są zasadne.

Przede wszystkim wskazać należy, że zdaniem Sądu Apelacyjnego fakt, czy postanowienia umów, które w swojej działalności zawiera pozwana mogły być negocjowane przez konsumenta nie ma znaczenia dla wyniku oceny wzorca umowy pod kątem jego abuzywności. Postanowieniami wzorców umów (ogólne warunki umów, wzorce umów, regulaminy) są klauzule opracowane przed zawarciem umowy i wprowadzone do stosunku prawnego przez przedsiębiorcę w taki sposób, że druga strona nie ma wpływu na ich treść. Stanowczo należy podkreślić, że indywidualne uzgodnienie, o jakim mowa w art. 385 [1] par. 1 k.c. nie ma wpływu na rozstrzygnięcie sprawy o uznanie postanowienia wzorca umowy za niedozwolone. Kontrola przeprowadzana przez sąd w postępowaniu w takiej sprawie odnosi się bowiem do wzorca, ma charakter abstrakcyjny i jest dokonywana w interesie publicznym, to jest w celu ochrony zbiorowego interesu konsumentów. Jest ona przeprowadzana w oderwaniu od konkretnego stosunku umownego, niezależnie od tego, czy pomiędzy stronami doszło w ogóle do zawarcia umowy z wykorzystaniem tego wzorca oraz w oderwaniu od warunków ekonomicznych i gospodarczych działalności prowadzonej przez przedsiębiorcę, specyfiki czy organizacji tej działalności (porównaj np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 21 października 2011 r., VI ACa 420/11, LEX nr 1120261). Dlatego też nie są indywidualnie uzgodnionymi sporządzone z wyprzedzeniem klauzule, jeżeli kontrahent nie miał wpływu na ich treść, nawet wówczas, gdy wzorzec wykorzystano tylko jednokrotnie. W sytuacji, gdy konsument zawarł z przedsiębiorcą umowę, negocjując wcześniej postanowienia wzorca, to po prostu umowa zostaje zawarta bez jego zastosowania. Nie uniemożliwia to jednak dalszej abstrakcyjnej kontroli tego wzorca, która prowadzić ma do eliminacji z obrotu określonych postanowień wzorców, nie zaś postanowień umów. Prawdliwość powyższej tezy potwierdza brzmienie art. 385 [1] par. 1 k.c., z którego wynika, że konsumenta nie wiążą postanowienia już zawartej umowy, jeżeli kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy. Zapis bowiem o braku związania postanowieniami umowy wskazuje, że postanowienia te już musiały zostać wprowadzone do treści stosunku zobowiązaniowego. Przyjęcie natomiast powyższej reguły przy kontroli abstrakcyjnej wzorca czyniłoby tę kontrolę iluzoryczną. Okazałoby się bowiem, że pewna część konsumentów w wyniku negocjacji doprowadziłaby do wyłączenia niedozwolonego postanowienia z treści umowy, ale pewna część konsumentów w dalszym ciągu umowy takie zawierałaby ze skutkiem

braku związania określonym w art. 385 [1] par. 1 k.c. Powołany przepis należy, zdaniem Sądu Apelacyjnego rozumieć w ten sposób, że postanowienia wzorca, które nie zostały zakazane w obrocie z konsumentami w ramach kontroli abstrakcyjnej, nie wiążą konsumenta w przypadku włączenia ich do umowy, jeśli nie zostały indywidualnie uzgodnione i w konkretnym przypadku kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy. Jeśli natomiast określone postanowienie wzorca umowy zostało uznane za abuzywne i wpisane do rejestru, o jakim mowa w art. 479 [45] par. 2 k.p.c. to zakaz jego stosowania w obrocie z konsumentami pod rygorem m. in. skutków wynikających z art. 24 ustęp 1 pkt. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów dotyczy wyłącznie wzorca. Jeśli natomiast postanowienie o treści identycznej jak zakazana pojawi się w charakterze indywidualnie negocjowanego postanowienia umowy, należy je uznać za wiążące dla konsumenta. Powyższe wynika z faktu, że czym innym jest kontrola indywidualna konkretnej umowy, a czym innym kontrola abstrakcyjna wzorca, który przedsiębiorca powszechnie stosuje, i który – z przyczyn oczywistych – nie podlega negocjacjom. Negocjacjom bowiem nie może podlegać tworzenie wzorca, ale konstruowanie postanowień indywidualnej umowy.

Z powyższych względów zarzuty apelacji i wnioski dowodowe dotyczące możliwości negocjowania spornego postanowienia wzorca umowy nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Bezasadne są również zarzuty dotyczące pominięcia wniosków dowodowych dotyczących rzekomego zaprzestania przez pozwaną stosowania zakwestionowanego przez powoda wzorca umowy dawniej, niż sześć miesięcy przed wniesieniem pozwu. Pozew w sprawie niniejszej wniesiony został jeszcze pod rządami art. 479 [37] k.p.c. i w czasie obowiązywania przepisów o postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych, które uchylone zostały z dniem 3 maja 2012 r. Z mocy jednak art. 9 ustęp 1 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, uchylone przepisy znajdują zastosowanie do postępowań wszczętych przed dniem jej wejścia w życie. W postępowaniu w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone stosowane były przepisy o postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych w tym prekluzja dowodowa, która z mocy art. 479 [37] k.p.c. wyłączona była jedynie w stosunku do powoda. Pozwanego obowiązywały natomiast reguły wskazane w art. 479 [14] par. 2 k.p.c. Odpowiedź na pozew w sprawie niniejszej wniesiona została w dniu 4 listopada 2010 r. Brak w niej jakiegokolwiek zarzutu dotyczącego zaprzestania stosowania wzorca umowy w okresie dalszym niż pół roku przed wniesieniem pozwu. Przeciwnie, pozwana podnosiła, że na skutek wezwania wystosowanego przez Prezesa UOKiK dostosowała postanowienia wzorca umowy w sposób zapewniający zachowanie równowagi kontraktowej. W tym stanie rzeczy podniesienie zarzutu upływu terminu zawitego o jakim mowa w art. 479 [39] k.p.c. i zgłoszenie dowodów na tę okoliczność dopiero w piśmie wniesionym w dniu 22 maja 2012 r. rażąco narusza art. 479 [14] par. 2 k.p.c. Po pierwsze, potrzeba powołania tego zarzutu i dowodów nie powstała, wbrew twierdzeniom pozwanej na skutek twierdzeń powodów zawartych w piśmie z dnia 23 kwietnia 2012 r. Ciężar dowodu co do okoliczności zaprzestania stosowania wzorca umowy i upływu terminu określonego w art. 479 [39] k.p.c. jak również obowiązek zgłoszenia właściwego twierdzenia w tym względzie obciąża pozwanego przedsiębiorcę i nie jest uzależnione od pierwotnego stanowiska powoda. Ponadto, w piśmie powodów brak jest jakichkolwiek tego typu sformułowań, które uzasadniałyby dopiero po dwóch latach postępowania zgłoszenia tego typu twierdzeń i dowodów. Po drugie, słusznie uznał Sąd Okręgowy, że protokół sporządzony przez pracowników pozwanej na okoliczność zmiany wzorca umowy nie jest dowodem świadczącym o zaprzestaniu stosowania spornego wzorca. Nie doszło zatem do naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 479 [39] k.p.c. ani art. 217 §1 i 2 w zw. z art. 328 §2 k.p.c.

Nie jest również uzasadniony zarzut, że żądanie powodów dotyczyło kontroli indywidualnej umowy zawartej pomiędzy stronami. Odniesienia do tej umowy były wskazywane bowiem jedynie jako przykłady obrazujące abuzywność zakwestionowanego wzorca. Sąd Okręgowy natomiast dokonał kontroli abstrakcyjnej wzorca stosowanego przez pozwaną, co powoduje, że nie doszło do naruszenia art. 479³⁸ k.p.c. w zw. z art. art. 479³⁶ k.p.c.

Pomimo powyższego, apelacja zasługiwała na uwzględnienie.

Postanowienie wzorca umowy, które zostało uznane za niedozwolone podlega wpisowi do rejestru prowadzonego przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (art. 479 [45] par. 2 k.p.c.). Wpisanie zakazanej klauzuli do powyższego rejestru ma istotny skutek, gdyż zgodnie z art. 479 [43] k.p.c. wyrok prawomocny ma skutek wobec

osób trzecich od chwili wpisania tej klauzuli do rejestru. W związku z tym, według art. 479 [42] par. 1 k.p.c. w razie uwzględnienia powództwa sąd w sentencji wyroku przytacza treść postanowień wzorca umowy uznanych za niedozwolone. Przytoczenie to jednak, z uwagi na skutki z art. 479 [43] k.p.c. musi uwzględniać kontekst w jakim kwestionowane postanowienie funkcjonuje we wzorcu w taki sposób, aby osoba trzecia zapoznając się z rejestrem z góry mogła ocenić w jakiej sytuacji stosowanie abuzywnego postanowienia jest zakazane. Ani żądanie pozwu, ani tym bardziej treść wyroku Sądu Okręgowego tego warunku nie spełnia. W pozwie powodowie żądali uznania za niedozwolone wzorca umowy zaczynającego się od słów: „W przypadku odstąpienia przez sprzedającego od niniejszej umowy z przyczyn określonych w ustępie 2 niniejszego paragrafu... „. Przytoczona przez powodów klauzula nie uwzględnia jednak przyczyn odstąpienia od umowy, co czyni ją oderwaną od konkretnego wzorca. Wyrok Sądu Okręgowego natomiast, który jeszcze dodatkowo okroił sporne postanowienie nie wskazuje nawet z jakich kwot pozwany miałby potrącić kary umowne, co uznane zostało za niedozwolone. Wyroku Sądu I instancji powodowie nie zaskarżyli, a w takim kształcie nie precyzuje on sensownej klauzuli, która miałaby zostać uznana za abuzywną.

Ponadto, badając sporną klauzulę na tle konkretnego wzorca umowy Sąd Apelacyjny doszedł do przekonania, że nie jest ona abuzywna. Abuzywności tej klauzuli upatruje Sąd I instancji w spełnieniu przesłanek określonych w art. 385 [3] pkt. 17 k.c. Wskazać jednak należy, że kwestia rażącego wygórowania kary umownej podlega ocenie nie tylko przez proste odniesienie wysokości tej kary do przedmiotu zobowiązania, ale oceniana jest również w kontekście zachowania równowagi kontraktowej, naruszenia dobrych obyczajów i rażącego naruszenia interesów konsumenta. Równowaga taka w przedstawionym do kontroli wzorcu umowy została zachowana, gdyż taki sam mechanizm kar umownych co w przypadku konsumenta został również zastrzeżony w par. 8 pkt. 6 wzorca. Natomiast karę umowną w wysokości 5 % wartości świadczenia trudno uznać bez wątpliwości za rażąco wygórowaną. Sąd Okręgowy przyjął, że zakwestionowana wysokość kary umownej jest rażąco wygórowana, gdyż pozwana nie udowodniła, że jej wysokość jest zbliżona do poniesionej w wyniku odstąpienia od umowy szkody. Przede wszystkim zauważyć wypada, że art. 385 [3] pkt. 17 k.c. nie kreuje domniemania, że każda kara umowna jest rażąco wygórowana. Jeśli zatem powodowie powoływali się na fakt rażącego wygórowania tej kary to powinni ten fakt udowodnić. Dowód taki nie został przeprowadzony, gdyż, jak wskazano powyżej samo powołanie się na wartość zastrzeżonych 5 % w stosunku do przedmiotu świadczenia o także wysokiej wartości nie przesądza o rażącym wygórowaniu kary umownej. Wątpliwości w tym zakresie mogą natomiast być rozstrzygane w ramach postępowania sądowego dotyczącego indywidualnej umowy na podstawie art. 484 par. 2 k.c. Dodać przy tym należy, że jak prawidłowo wskazuje skarżąca istotą kary umownej, wyrażoną w art. 484 par. 1 k.c. jest brak obowiązku wykazania przez wierzyciela szkody.

Po trzecie wreszcie wskazać należy, że biorąc pod uwagę ustęp 2 par. 9 wzorca umowy, który jako przyczynę naliczenia kary umownej wskazuje niewykonanie przez konsumenta zobowiązania o charakterze pieniężnym, zastrzeżenie kary umownej, w tej części postanowienie wzorca umowy jest bezwzględnie nieważne jako sprzeczne z art. 438 par. 1 k.c. Przepis ten umożliwi bowiem zastrzeżenie kary umownej wyłącznie w przypadku niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Kara umowna w powyższym zakresie zastrzeżona została natomiast na wypadek niewykonania zobowiązania o charakterze pieniężnym. Wprawdzie z zapisu tej części postanowienia wzorca umownego wynika stricte, że kara ta dotyczy odstąpienia od umowy, istotny jest tu jednak charakter obowiązku, z którym związane to prawo odstąpienia. Obowiązek ten natomiast ma charakter zobowiązania pieniężnego. W sytuacji, gdy w części sporna klauzula dotknięta jest bezwzględną nieważnością, nie może ona jednocześnie spełniać przesłanki abuzywności.

Odnosnie do tej części postanowienia wzorca umowy, która zastrzega obowiązek konsumenta pokrycia kosztów przywrócenia lokalu do stanu zgodnego z pierwotną dokumentacją wykonawczą, to zastrzeżenie takiego obowiązku mieści się w dyspozycji art. 493 k.c. Na skutek odstąpienia od umowy ma bowiem dojść do przywrócenia stanu sprzed zawarcia umowy. Brak jest zatem podstaw, aby w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie konsumenta koszty przywrócenia lokalu do stanu zgodnego z pierwotną dokumentacją ponosiła pozwana. Zakwestionowana część spornego postanowienia nie kształtuje praw i obowiązków konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, ani nie narusza rażąco jego interesów, gdyż chodzi w niej o zwrot kosztów przywrócenia lokalu do stanu zgodnego z pierwotną dokumentacją wykonawczą, która została zmieniona na wyraźne życzenie klienta

zawierającego umowę. Skoro zatem ten sam konsument nie wywiązuje się z umowy i z tej przyczyny sprzedający odstępuje od niej, to słuszne jest, aby sprzedający dysponował po tym odstąpieniu lokalem w takim stanie, jaki zwykle jest oferowany do sprzedaży.

Mając na uwadze przedstawione wyżej okoliczności Sąd Apelacyjny uznał apelację za zasadną i na podstawie art. 386 par. 1 k.p.c. orzekł jak na wstępie.

O kosztach procesu orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c. i par. 14 ustęp 3 pkt. 2 oraz par. 12 ustęp 1 pkt. 2 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 z urzędu jak również na podstawie par. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 stycznia 2013 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego z urzędu.