PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA UOKiK W POZNANIU
ul. Zielona 8, 61-851 Poznań
Tel. (0-61) 852-15-17, 852-77-50, Fax (0-61) 851-86-44
E-mail: poznan@uokik.gov.pl

Poznań, dnia 7 maja 2010r.

RPZ- 61/12/09/JM

DECYZJA nr RPZ 4/2010

Stosownie do art. 33 ust. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. nr 50 poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, wszczętego z urzędu wobec Novum Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

I. na podstawie art. 28 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wobec uprawdopodobnienia w toku postępowania stosowania przez Novum Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, określonej w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 1 ww. ustawy, polegającej na stosowaniu we wzorcu umowy o nazwie: umowa przedwstępna sprzedaży budynku mieszkalnego z działką postanowień, które zostały wpisane do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone, o którym mowa w art. 479^{45} kpc, o treści:

1. (…) Strony dopuszczają możliwość nieznacznej zmiany powierzchni lokalu, którego dotyczy niniejsza umowa, maksymalnie do 3% powierzchni podanej w niniejszej umowie. Zmiana ta nie wpłynie na powierzchnię podaną w niniejszym paragrafie oraz na cenę przedmiotu umowy (§2 ust. 2)
2. Termin określony w ust. 1 (zakończenia budowy domu- przyp. Urzędu) może ulec zmianie jedynie w przypadku okoliczności siły wyższej. Strony postanawiają, że dla celów niniejszego ustępu termin „siła wyższa" będzie oznaczał działania sił natury pozostające poza kontrolą stron takie jak: klęski żywiołowe, trzęsienia ziemi, powódź, niesprzyjające warunki atmosferyczne polegające na spadku średniej temperatury dobowej w Poznaniu (podawanej przez Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej) poniżej -6 st. Celsjusza, uniemożliwiające prowadzenie robót ponad 7 dni, niedobór materiałów lub siły roboczej, których wystąpienia nie można było przewidzieć w dacie zawarcia niniejszej umowy, wojny, rozruchy społeczne, spór pracowniczy czy strajk pracowniczy, wpływające na świadczenie usług użyteczności publicznej lub transakcje istotne w procesie wytwarzania lub podczas transportu jakichkolwiek towarów czy materiałów niezbędnych do wybudowania budynku mieszkalnego, które nie zostały spowodowane przez sprzedającego lub któregokolwiek z jego wykonawców lub podwykonawców. O opóźnieniach z przyczyn określonych powyżej sprzedający niezwłocznie powiadomi kupującego. Przesunięcie terminu zakończenia budowy o 30 dni w stosunku do ustalonego w umowie nie będzie uznawane za opóźnienie (§3 ust. 2)
3. Sprzedający jest zwolniony od odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu niewykonania przedmiotu umowy, jeżeli jest ono następstwem działania siły wyższej. Strony postanawiają, że dla celów niniejszego ustępu 10 termin „siła wyższa" będzie

oznaczał działania sił natury pozostające poza kontrolą stron takie jak: klęski żywiołowe, trzęsienia ziemi, powódź, niesprzyjające warunki atmosferyczne polegające na spadku średniej temperatury dobowej w Poznaniu (podawanej przez Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej) poniżej -6 st. Celsjusza, uniemożliwiające prowadzenie robót ponad 7 dni, niedobór materiałów lub siły roboczej, których wystąpienia nie można było przewidzieć w dacie zawarcia niniejszej umowy, wojny, rozruchy społeczne, spór pracowniczy czy strajk pracowniczy, wpływające na świadczenie usług użyteczności publicznej lub transakcje istotne w procesie wytwarzania lub podczas transportu jakichkolwiek towarów czy materiałów niezbędnych do wybudowania budynku mieszkalnego, które nie zostały spowodowane przez sprzedającego lub któregokolwiek z jego wykonawców lub podwykonawców (§3 ust. 10)

4. (…) Nieobecność kupującego w drugim terminie odbioru przedmiotu umowy nie wstrzymuje dokonania odbioru technicznego przedmiotu umowy oraz biegu terminów płatności (§3 ust. 4)
5. W przypadku niestawiennictwa kupującego w drugim terminie, sprzedający może dokonać odbioru technicznego przedmiotu umowy jednostronnie, sporządzając protokół stwierdzający zakres wykonania i stan techniczny przedmiotu umowy (§ 3 ust. 5)
6. (…) W przypadku zmiany wysokości stawki podatkowej VAT, kupujący zobowiązuje się do wnoszenia wpłat z uwzględnieniem stawki podatkowej obowiązującej w dniu dokonywania wpłat oraz do ewentualnej dopłaty kwoty należnego podatku od towarów i usług w dniu zawarcia umowy sprzedaży nieruchomości w sytuacji, gdy w dniu zawierania umowy sprzedaży obowiązywać będzie wyższa stawka podatku VAT niż w dniu dokonywania wpłat przez kupującego (§5 ust. 2)
7. Kupujący ma prawo odstąpić od umowy w terminie do dnia …(miesiąc przed ostatecznym oddaniem domu). W razie odstąpienia od niniejszej umowy przez kupującego, sprzedający zwróci kupującemu, w terminie 30 dni od dnia doręczenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy na wskazane przez kupującego konto, wpłacone na poczet ceny zaliczki, pomniejszone o karę umowną w wysokości 3% ceny przedmiotu umowy, określonej w pkt D pierwszej części umowy (§ 7 ust. 1)
8. Sprzedającemu przysługuje umowne prawo odstąpienia od niniejszej umowy w terminie do dnia … (dzień podpisania aktu notarialnego) bez wyznaczenia kupującemu dodatkowego terminu w przypadkach:
   a) jeżeli kupujący spóźnia się, od drugiej raty, z płatnościami ceny o czas przekraczający 21 dni i pomimo wezwania do zapłaty zaległych kwot w dodatkowym terminie nie krótszym niż 7 dni, z uprzedzeniem o zamiarze odstąpienia od umowy, nie dokona należnych płatności
   b) dwukrotnego nie przystąpienia przez kupującego do zawarcia umowy sprzedaży w wyznaczonej dacie.

   W takich przypadkach sprzedający zwróci kupującemu sumę dokonanych wpłat bez oprocentowania pomniejszoną o karę umowną w wysokości 5% ceny przedmiotu umowy. Zwrot nastąpi w terminie 30 dni od dnia rozwiązania niniejszej umowy na wskazane przez kupującego konto (§ 7 ust. 2)
9. (…) Strony zobowiązują się do powiadamiania się nawzajem w formie pisemnej o każdorazowej zmianie adresu do korespondencji w terminie 14 dni od zmiany, pod rygorem uznania za skuteczne doręczenia na ostatni znany adres (§11),

po zobowiązaniu się przez Novum Plus Sp. z o.o. do podjęcia działań zmierzających do zaniechania naruszenia zbiorowych interesów konsumentów poprzez zmianę treści ww. postanowień w nowym wzorcu umowy oraz w umowach pozostających nadal w obrocie prawnym, **nakłada się na Novum Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu obowiązek wykonania tego zobowiązania** poprzez:

a) zawieranie nowych umów zgodnie z wzorcem umowy przedwstępnej sprzedaży budynku mieszkalnego wraz z działką, w którym kwestionowane postanowienia nie występują

b) wystąpienie do kontrahentów z propozycją zmian ww. postanowień we wszystkich nadal obowiązujących umowach poprzez podpisanie aneksów zgodnie z wzorcem umowy przedwstępnej sprzedaży budynku mieszkalnego wraz z działką, w którym kwestionowane postanowienia nie występują, w terminie 2 miesięcy od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji

II. na podstawie art. 28 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów **nakłada się na Novum Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu obowiązek** przekazania, w terminie 3 miesięcy od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji, informacji o stopniu realizacji zobowiązania nałożonego w punkcie I decyzji oraz kopii umów zawartych zgodnie z postanowieniami nowego wzorca umowy i dowodów potwierdzających przekazanie kontrahentom aneksów do obowiązujących nadal umów.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów- Delegatura w Poznaniu (dalej: Prezes Urzędu) wszczął z urzędu postępowanie wyjaśniające, mające na celu wstępne ustalenie, czy Novum Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu (dalej: Przedsiębiorca) stosuje postanowienia wzorców umów, które zostały wpisane do rejestru postanowień wzorców umów uznanych za niedozwolone, o którym mowa w art. 479^{45} kpc.

W trakcie prowadzonego postępowania Przedsiębiorca przedłożył wzorzec umowy deweloperskiej o nazwie: umowa przedwstępna sprzedaży budynku mieszkalnego wraz z działką, który wykorzystuje w obrocie z konsumentami. Przedsiębiorca poinformował, że w większości przypadków podpisane przez niego umowy znacznie odbiegają od załączonego wzoru, co jest wynikiem negocjowania postanowień umownych przez konsumentów. Wskazał ponadto, że od 1 czerwca 2007r. podpisał [usunięto] umowy, z których [usunięto] rozwiązano, a obecnie realizuje wyłącznie inwestycję o nazwie Osiedle Rozalin w Lusówku- Rozalinie, w gminie Tarnowo Podgórne. Przedsiębiorca przedstawił także kopie umów zawartych z konsumentami w oparciu o przedłożony wzorzec.

Analiza wzorca umowy przedwstępnej sprzedaży budynku mieszkalnego wraz z działką, wykazała, że zawarto w nim postanowienia, które mogą naruszać zbiorowe interesy konsumentów.

Mając na uwadze dokonane ustalenia, postanowieniem z dnia 11 grudnia 2009r. Prezes Urzędu wszczął z urzędu postępowanie w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, w związku z podejrzeniem stosowania przez Novum Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu, praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, określonych w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegających na stosowaniu we wzorcu umowy przedwstępnej sprzedaży budynku mieszkalnego wraz z działką postanowień wpisanych do rejestru niedozwolonych postanowień umownych, o treści:

1. (…) Strony dopuszczają możliwość nieznacznej zmiany powierzchni lokalu, którego dotyczy niniejsza umowa, maksymalnie do 3% powierzchni podanej w niniejszej umowie. Zmiana ta nie wpłynie na powierzchnię podaną w niniejszym paragrafie oraz na cenę przedmiotu umowy (§2 ust. 2)
2. Termin określony w ust. 1 (zakończenia budowy domu- przyp. Urzędu) może ulec zmianie jedynie w przypadku okoliczności siły wyższej. Strony postanawiają, że dla celów niniejszego ustępu termin „siła wyższa" będzie oznaczał działania sił natury pozostające poza kontrolą stron takie jak: klęski żywiołowe, trzęsienia ziemi, powódź, niesprzyjające warunki atmosferyczne polegające na spadku średniej temperatury dobowej w Poznaniu

(podawanej przez Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej) poniżej -6 st. Celsjusza, uniemożliwiające prowadzenie robót ponad 7 dni, niedobór materiałów lub siły roboczej, których wystąpienia nie można było przewidzieć w dacie zawarcia niniejszej umowy, wojny, rozruchy społeczne, spór pracowniczy czy strajk pracowniczy, wpływające na świadczenie usług użyteczności publicznej lub transakcje istotne w procesie wytwarzania lub podczas transportu jakichkolwiek towarów czy materiałów niezbędnych do wybudowania budynku mieszkalnego, które nie zostały spowodowane przez sprzedającego lub któregokolwiek z jego wykonawców lub podwykonawców. O opóźnieniach z przyczyn określonych powyżej sprzedający niezwłocznie powiadomi kupującego. Przesunięcie terminu zakończenia budowy o 30 dni w stosunku do ustalonego w umowie nie będzie uznawane za opóźnienie (§3 ust. 2)

3. Sprzedający jest zwolniony od odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu niewykonania przedmiotu umowy, jeżeli jest ono następstwem działania siły wyższej. Strony postanawiają, że dla celów niniejszego ustępu 10 termin „siła wyższa" będzie oznaczał działania sił natury pozostające poza kontrolą stron takie jak: klęski żywiołowe, trzęsienia ziemi, powódź, niesprzyjające warunki atmosferyczne polegające na spadku średniej temperatury dobowej w Poznaniu (podawanej przez Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej) poniżej -6 st. Celsjusza, uniemożliwiające prowadzenie robót ponad 7 dni, niedobór materiałów lub siły roboczej, których wystąpienia nie można było przewidzieć w dacie zawarcia niniejszej umowy, wojny, rozruchy społeczne, spór pracowniczy czy strajk pracowniczy, wpływające na świadczenie usług użyteczności publicznej lub transakcje istotne w procesie wytwarzania lub podczas transportu jakichkolwiek towarów czy materiałów niezbędnych do wybudowania budynku mieszkalnego, które nie zostały spowodowane przez sprzedającego lub któregokolwiek z jego wykonawców lub podwykonawców (§3 ust. 10)
4. (…) Nieobecność kupującego w drugim terminie odbioru przedmiotu umowy nie wstrzymuje dokonania odbioru technicznego przedmiotu umowy oraz biegu terminów płatności (§3 ust. 4)
5. W przypadku niestawiennictwa kupującego w drugim terminie, sprzedający może dokonać odbioru technicznego przedmiotu umowy jednostronnie, sporządzając protokół stwierdzający zakres wykonania i stan techniczny przedmiotu umowy (§ 3 ust. 5)
6. (…) W przypadku zmiany wysokości stawki podatkowej VAT, kupujący zobowiązuje się do wnoszenia wpłat z uwzględnieniem stawki podatkowej obowiązującej w dniu dokonywania wpłat oraz do ewentualnej dopłaty kwoty należnego podatku od towarów i usług w dniu zawarcia umowy sprzedaży nieruchomości w sytuacji, gdy w dniu zawierania umowy sprzedaży obowiązywać będzie wyższa stawka podatku VAT niż w dniu dokonywania wpłat przez kupującego (§5 ust. 2)
7. Kupujący ma prawo odstąpić od umowy w terminie do dnia …(miesiąc przed ostatecznym oddaniem domu). W razie odstąpienia od niniejszej umowy przez kupującego, sprzedający zwróci kupującemu, w terminie 30 dni od dnia doręczenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy na wskazane przez kupującego konto, wpłacone na poczet ceny zaliczki, pomniejszone o karę umowną w wysokości 3% ceny przedmiotu umowy, określonej w pkt D pierwszej części umowy (§ 7 ust. 1)
8. Sprzedającemu przysługuje umowne prawo odstąpienia od niniejszej umowy w terminie do dnia … (dzień podpisania aktu notarialnego) bez wyznaczenia kupującemu dodatkowego terminu w przypadkach:
    a) jeżeli kupujący spóźnia się, od drugiej raty, z płatnościami ceny o czas przekraczający 21 dni i pomimo wezwania do zapłaty zaległych kwot w dodatkowym terminie nie krótszym niż 7 dni, z uprzedzeniem o zamiarze odstąpienia od umowy, nie dokona należnych płatności
    b) dwukrotnego nie przystąpienia przez kupującego do zawarcia umowy sprzedaży w wyznaczonej dacie.

W takich przypadkach sprzedający zwróci kupującemu sumę dokonanych wpłat bez oprocentowania pomniejszoną o karę umowną w wysokości 5% ceny przedmiotu umowy. Zwrot nastąpi w terminie 30 dni od dnia rozwiązania niniejszej umowy na wskazane przez kupującego konto (§ 7 ust. 2)

9. (…) Strony zobowiązują się do powiadamiania się nawzajem w formie pisemnej o każdorazowej zmianie adresu do korespondencji w terminie 14 dni od zmiany, pod rygorem uznania za skuteczne doręczenia na ostatni znany adres (§11).

Przedsiębiorca zawiadomiony o wszczęciu postępowania administracyjnego, pismem z dnia 29 grudnia 2009r. szczegółowo przedstawił swoje stanowisko w kwestii dopuszczalności zastosowania wobec niego art. 24 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i występowania przesłanek praktyki określonej w ww. przepisie. Wyjaśnił, że choć stosowany przez niego wzorzec podlegał modyfikacjom, to jednak w znacznej liczbie przypadków wskazane klauzule znajdowały zastosowanie. Przedsiębiorca podkreślił, że posługiwał się wzorcem umownym, o którym mowa w art. 384 Kodeksu cywilnego, a jego zachowanie polegające na oferowaniu wzorca jako propozycji umowy dla kontrahentów stanowiło działanie, które potencjalnie, w przypadku stwierdzenia bezprawności mogło godzić w zbiorowy interes konsumentów. Zdaniem Przedsiębiorcy, zastrzeżenia budzi natomiast wystąpienie przesłanki bezprawności. W świetle art. 384 i 385^1 Kodeksu cywilnego, dozwolone są bowiem w każdym przypadku postanowienia wzorca, które były przedmiotem indywidualnego ustalenia z konsumentem, z zachowaniem warunków równego traktowania konsumenta w kierunku zapewnienia mu wszechstronnej możliwości obiektywnej oceny sytuacji i skutków prawnych danego wzorca na jego sytuację prawną. Granica swobodnego kontraktowania konsumenta ograniczona jest także, jak wskazał Przedsiębiorca, klauzulą generalną z art. 353^1 Kodeksu cywilnego. Powołując stanowisko doktryny Przedsiębiorca podniósł, że kontroli na podstawie art. 385^1 i 385^3 Kodeksu cywilnego, nie podlegają postanowienia umów uzgodnione indywidualnie, tj. takie, które wykazują zaistnienie współpracy kontraktowej pomiędzy stronami. Do takich postanowień, choćby wyczerpywały znamiona art. 385^1 Kodeksu cywilnego stosuje się, zdaniem Przedsiębiorcy, zasady ogólne. Przedsiębiorca podkreślił, że stosowany przez niego wzorzec nie ma charakteru „sztywnego" i adhezyjnego. W praktyce prowadzonej działalności i kontaktów z konsumentami, każdy kontrahent otrzymuje umowę w formie elektronicznej, umożliwiającej jej edytowanie, poprzez co otrzymuje możliwość negocjowania umowy w pełnym jej zakresie i faktycznego wpływu na jej treść. Treść zawartych umów w oparciu o stosowany wzorzec nie jest, jak zaznaczył Przedsiębiorca, jednolita, a w całej działalności gospodarczej nie zdarzył się ani jeden przypadek, aby niekorzystne brzmienie postanowień wzorca było samoistną podstawą rezygnacji kontrahenta z transakcji. W ocenie Przedsiębiorcy, stosowanie w kontaktach z konsumentami wzorca umowy nie narusza żadnego przepisu prawa materialnego ani, w obliczu równego traktowania kontrahentów w prowadzonych negocjacjach, nie narusza zasad współżycia społecznego i dobrych obyczajów. Nie może być zatem mowy o zastosowaniu art. 24 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Przedsiębiorca wskazał, że mając na względzie art. 479^{43} Kodeksu postępowania cywilnego i rozszerzony skutek wyroku sądu antymonopolowego w zakresie klauzul niedozwolonych, konieczne jest dokonanie szczegółowej analizy, czy konkretne postanowienie jego wzorca jest identyczne z treścią konkretnej klauzuli umieszczonej w rejestrze klauzul niedozwolonych. Zdaniem Przedsiębiorcy, kontrola wzorca umownego na gruncie art. 24 ustawy może być dokonana jedynie w przypadku, kiedy treść danej klauzuli wzorca odpowiada swą treścią lub przynajmniej w swych skutkach, treści lub skutkom klauzuli wpisanej do rejestru.

Przedsiębiorca podniósł, że pierwsze z zakwestionowanych postanowień jedynie pozornie odpowiada klauzulom niedozwolonym wpisanym do rejestru w pozycjach: 155 i 1540. W klauzulach wpisanych do rejestru kluczową okoliczność stanowi to, że zmiana powierzchni lokalu wpływa na zmianę ceny i pozostaje poza wpływem konsumenta. W § 2 ust. 2 odchylenia od pierwotnie ustalonej powierzchni nie wpływają na zmianę ceny. Postanowienie to, zdaniem

Przedsiębiorcy, w równy sposób traktuje obie strony umowy i nie przewiduje zmiany ceny. Nie może zostać więc zakwalifikowane jako tożsame ze wskazanymi klauzulami niedozwolonymi.

W odniesieniu do § 3 ust. 2 i 10, Przedsiębiorca przyznał, że stosowana w nich definicja siły wyższej w pewnych zakresach pokrywa się z treścią klauzul wpisanych do rejestru. Przedsiębiorca zobowiązał się do podjęcia kroków niezbędnych do zaprzestania stosowania tych postanowień oraz usunięcia naruszeń w zawartych i obowiązujących umowach z konsumentami.

Przedsiębiorca uznał, że postanowienia § 3 ust. 4 i 5 wzorca nie są tożsame z klauzulami wpisanymi w pozycjach 364 i 365 rejestru, ponieważ przewidują skutek samoczynnego odbioru budynku w drugim wyznaczonym terminie odbioru. Klauzule niedozwolone odnoszą się natomiast do sytuacji, kiedy skutek tego odbioru następuje już w pierwszym terminie.

W zakresie regulacji zamieszczonej w § 5 ust. 2 wzorca, Przedsiębiorca podzielił stanowisko Prezesa Urzędu o jej tożsamości z klauzulami wpisanymi do rejestru niedozwolonych postanowień umownych, zobowiązując się do podjęcia kroków niezbędnych do zaprzestania stosowania tego postanowienia oraz usunięcia naruszeń w obowiązujących umowach zawartych z konsumentami.

Przedsiębiorca przyznał, że § 7 ust. 1 i 2 wzorca obciążający konsumenta karą umowną z tytułu dokonanego odstąpienia pokrywa się w części z treścią odpowiednich klauzul wpisanych do rejestru. Podobnie § 11 wzorca, który- zdaniem Przedsiębiorcy- może w swej zasadzie być tożsamy z treścią klauzul wpisanych do rejestru. W związku z powyższym, Przedsiębiorca zadeklarował, że podejmie kroki niezbędne do zaprzestania stosowania tych postanowień w ich dotychczasowym brzmieniu oraz usunie naruszenia w zawartych i obowiązujących umowach.

Podsumowując swoje stanowisko do postawionych zarzutów Przedsiębiorca podkreślił, że treść § 3 ust. 2 i 10, § 5 ust. 2, § 7 ust. 1 i 2 oraz § 11 jest przynajmniej w swym skutku tożsama z odpowiednimi klauzulami niedozwolonymi. Wyrażając ubolewanie nad tym faktem Przedsiębiorca zobowiązał się do podjęcia kroków niezbędnych do zaprzestania stosowania tych postanowień w stosowanym wzorcu oraz usunięcia wynikających z nich naruszeń w zawartych i obowiązujących nadal umowach. W zakresie zarzutu dotyczącego §2 ust. 2 Przedsiębiorca podniósł natomiast, że postanowienie to nie odpowiada zarówno w swej treści jak i skutkach klauzulom wpisanym do rejestru. Podkreślił, że przy zawieraniu umów w oparciu o stosowany wzorzec przyznaje kontrahentom istotne i wystarczające możliwości indywidualnego uzgadniania ich treści, które w praktyce częstokroć są przez konsumentów wykorzystywane. Odchylenia od pierwotnie ustalonej powierzchni przewidziane w §2 ust. 2 nie wpływają na zmianę ceny i nie naruszają tym samym w żaden sposób interesu konsumenta. Przedsiębiorca nie zgodził się także z zarzutem obejmującym § 3 ust. 4 i 5 podkreślając, że brak tu tożsamości z klauzulami niedozwolonymi i brak przesłanek do twierdzenia, aby pozycja konsumenta była bezprawnie przez niego wykorzystywana.

Kolejnym pismem z dnia 14 stycznia 2010r. Przedsiębiorca wniósł o wydanie decyzji w trybie art. 28 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zobowiązując się do zaniechania stosowania zarzuconej mu praktyki poprzez: zmianę postanowień dotychczas stosowanego wzorca umowy w zakresie, w jakim odnoszą się do niego zarzuty postawione przez Prezesa Urzędu, zmianę już istniejących i będących w trakcie wykonywania umów na umowy zawierające zmodyfikowaną treść, która będzie odpowiadała treści nowego wzorca oraz zawieranie nowych umów w oparciu o nowy wzorzec umowy.

Jednocześnie Przedsiębiorca wniósł o wyznaczenie terminu, nie krótszego niż 7 dni od dnia uprawomocnienia się decyzji Prezesa Urzędu, na zmianę postanowień dotychczas stosowanego wzorca z uwagi na konieczność przeredagowania zakwestionowanych postanowień. Z kolei, mając na względzie konieczność aneksowania [usunięto] umów pozostających w obrocie prawnym i zapoznania się klientów z proponowanymi zmianami, Przedsiębiorca wniósł o wyznaczenie terminu do wykonania tego zobowiązania na czas nie krótszy niż 2 miesiące od dnia uprawomocnienia się decyzji Prezesa Urzędu. Przedsiębiorca zobowiązał się ponadto do zawierania nowych umów w oparciu o nowy wzorzec, nie zawierający kwestionowanych postanowień, najpóźniej w terminie 7 dni od dnia uprawomocnienia się decyzji Prezesa Urzędu.

Przedsiębiorca podkreślił, że wykonanie przedstawionych zobowiązań doprowadzi do całkowitego wyeliminowania z obrotu prawnego istniejących i wykonywanych obecnie umów, zawierających zakwestionowane postanowienia naruszające zbiorowe interesy konsumentów, jak również zapobiegnie możliwości ich naruszania w odniesieniu do nowych klientów. Zdaniem Przedsiębiorcy, podjęte działania zabezpieczą w sposób należyty interes obecnych i przyszłych jego klientów. Przedsiębiorca wskazał dodatkowo, że fakt posługiwania się w obrocie kwestionowanymi postanowieniami nie przyniósł mu żadnych korzyści.

Pismem z dnia 5 lutego 2010r. Przedsiębiorca przedstawił swoje stanowisko co do zaproponowanych zmian postanowień zamieszczonych w nowym wzorcu umowy przedwstępnej sprzedaży budynku mieszkalnego wraz z działką. Wyjaśnił m.in., że klauzula zawierająca definicję siły wyższej została zastąpiona regulacją, która wyraża ogólną zasadę odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy przewidzianą w Kodeksie cywilnym, tj. ponoszenie odpowiedzialności za działania lub zaniechania zawinione. Przedsiębiorca wskazał, że usunął z wzorca postanowienia przyznające mu prawo dokonania jednostronnego odbioru domu, jednakże celem zdyscyplinowania kupującego do stawienia się na odbiór techniczny zdecydował o nałożeniu na kupującego kary umownej w wysokości 50 zł za każdy dzień opóźnienia, ograniczonej do wysokości 1% ceny. Przedsiębiorca wyjaśnił także, że z uwagi na treść art. 385^3 pkt 17 Kodeksu cywilnego postanowił zmniejszyć wysokość odstępnego do 2% ceny, zaznaczając jednocześnie, że przyznane konsumentowi prawo do odstąpienia od umowy nie zostało uzależnione od wystąpienia jakichkolwiek przesłanek. W ocenie Przedsiębiorcy, sytuacja konsumenta jest nader korzystna, gdyż bez podania jakiejkolwiek przyczyny może w każdej chwili, aż do miesiąca przed dokonaniem odbioru budynku, odstąpić od umowy, a we wzorcu brak jest symetrycznego prawa zastrzeżonego na jego rzecz. Zdaniem Przedsiębiorcy, brak zastrzeżenia odstępnego spowoduje całkowite osłabienie więzi prawnej łączącej strony umowy i trwanie przez długi czas okresu niepewności co do tego, czy kupujący umowę wykona i przerzucałoby na niego zbyt duże ryzyko kontraktowe, nie dyscyplinując w żaden sposób drugiej strony do lojalnego, zgodnego z umową postępowania. W ocenie Przedsiębiorcy, sytuacja konsumentów jest o wiele korzystniejsza aniżeli w przypadku pozostawienia im możliwości jedynie ustawowego odstąpienia od umowy. Przedsiębiorca wyjaśnił również, że jego prawo do odstąpienia od umowy występuje jedynie w przypadku zwłoki kupującego w zapłacie ceny i to pod warunkiem uprzedniego wezwania do zapłaty zaległości, z zagrożeniem skorzystania z możliwości odstąpienia od umowy. Podkreślił, że zrezygnował w takiej sytuacji z możliwości żądania kary umownej, wskazując na możliwość dochodzenia odszkodowania.

W kolejnym piśmie z dnia 16 marca 2010r. Przedsiębiorca poinformował o wykreśleniu z nowego wzorca postanowienia dopuszczającego możliwość zmiany powierzchni budynku, bez przyznania konsumentowi prawa do odstąpienia od umowy wskazując, że dokonane zmiany zmierzają bezpośrednio do zaniechania stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, o której mowa w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, co powoduje, że wniosek o wydanie decyzji w trybie art. 28 ustawy, uznać należy za uzasadniony.

W załączeniu do pisma z dnia 6 kwietnia 2010r. Przedsiębiorca przedłożył nowy wzorzec przedwstępnej umowy sprzedaży budynku mieszkalnego z działką.

Prezes Urzędu ustalił, co następuje:

Spółka pod firmą: Novum Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu jest wpisana do rejestru przedsiębiorców KRS pod numerem 0000206401. Przedmiotem działalności Spółki jest m.in. wznoszenie kompletnych obiektów budowlanych lub ich części *(dowód: odpis z Krajowego Rejestru Sądowego).*

Umowy z konsumentami Novum Plus Sp. z o.o. zawiera w oparciu o wzorzec umowy o nazwie: umowa przedwstępna sprzedaży budynku mieszkalnego wraz z działką.

W prowadzonym postępowaniu Prezes Urzędu zakwestionował przytoczone powyżej postanowienia: § 2 ust. 2, § 3 ust. 2, 4, 5 i 10, § 5 ust. 2, § 7 ust. 1 i 2 oraz § 11, uznając je za tożsame z postanowieniami wpisanymi do rejestru niedozwolonych postanowień umownych.

Wzorzec, w którym zamieszczone zostały ww. klauzule Przedsiębiorca wykorzystywał w obrocie konsumenckim od dnia 1 czerwca 2007r. Na jego podstawie zawarł [usunięto] umowy z konsumentami *(dowód: pismo Przedsiębiorcy z dnia 17 listopada 2009r.).*

W trakcie prowadzonego postępowania Przedsiębiorca zobowiązał się do zaniechania stosowania zarzucanej mu praktyki poprzez: usunięcie z obowiązujących umów kwestionowanych postanowień w drodze aneksów oraz zawieranie nowych umów w oparciu o nowy wzorzec umowy, w którym te postanowienie nie występują *(dowód: pisma Przedsiębiorcy z dnia 14 stycznia, 5 lutego i 16 marca 2010r.).*

Przedsiębiorca przedłożył nowy wzorzec umowy przedwstępnej sprzedaży budynku mieszkalnego wraz z działką, z którego postanowienie **§ 2 ust. 2** zostało usunięte.

Postanowienia **§ 3 ust. 2 i 10** zostały zastąpione postanowieniem o treści: „Sprzedający nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie ciążących na nim zobowiązań, w tym także zobowiązania do dotrzymania terminu, o którym mowa w pkt 6.1 (zakończenia realizacji budynku- przyp. Urzędu), jeżeli wynika to z działania siły wyższej lub przyczyn przez niego niezawinionych" (art. 6 pkt 6.2 nowego wzorca).

Kwestie związane z odbiorem budynku **(§ 3 ust. 4 i 5)** uregulowane zostały w następujący sposób: „W przypadku, gdy kupujący nie stawi się na pierwszy termin odbioru technicznego budynku, sprzedający ponownie wezwie pisemnie kupującego do przystąpienia do odbioru technicznego budynku w dniu wskazanym w zawiadomieniu, wysłanym z co najmniej czternastodniowym wyprzedzeniem. Nieobecność kupującego w drugim terminie odbioru nie wstrzymuje biegu terminów płatności wynikających z umowy. W przypadku opóźnienia kupującego w przystąpieniu do odbioru technicznego budynku, sprzedający ma prawo żądać zapłaty kary umownej z tytułu opóźnienia w wysokości 50 zł za każdy dzień opóźnienia, maksymalnie jednak w wysokości 1% ceny" (art. 6 pkt 6.5 nowego wzorca).

Zakwestionowany w niniejszym postępowaniu **§ 5 ust. 2** otrzymał w nowym wzorcu treść: „W przypadku zmiany wysokości stawki podatkowej VAT, o której mowa w pkt 8.2 powyżej, kupujący zobowiązuje się do wnoszenia wpłat z uwzględnieniem stawki obowiązującej w dniu dokonywania wpłat oraz do ewentualnej dopłaty kwoty należnego podatku od towarów i usług w dniu zawarcia umowy, o której mowa w art. 9 umowy, w sytuacji gdy w dniu zawierania umowy, o której mowa w art. 9 umowy, obowiązywać będzie wyższa stawka podatku VAT niż w dniu dokonywania wpłat przez kupującego, przy czym w takim przypadku kupującemu przysługiwać będzie prawo odstąpienia od umowy, które będzie mogło być wykonane w terminie 30 dni od dnia otrzymania przez kupującego informacji o zmianie wysokości stawki podatku VAT i związanej z nią zmianą wysokości wpłat lub konieczności uiszczenia dopłaty, stosowanie do powyższych postanowień (…)" (art. 8 pkt 8.3 nowego wzorca).

Postanowienia zamieszczone w **§ 7 ust. 1 i 2** wzorca zastąpione zostały postanowieniami art. 10 pkt 10.1, 10.2 i 10.3 nowego wzorca, o treści wskazanej poniżej:

„Kupujący ma prawo odstąpić od umowy bez podania przyczyny w terminie nie późniejszym niż na 1 miesiąc przed terminem określonym w pkt 6.1 zd. 1 umowy. W razie odstąpienia od umowy przez kupującego, sprzedający zwróci kupującemu w terminie 30 dni od dnia doręczenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy na wskazane przez kupującego konto wpłacone na poczet ceny zaliczki, pomniejszone o odstępne w wysokości 2% ceny. Dla uniknięcia wątpliwości strony postanawiają, iż w przypadku odstąpienia od umowy przez kupującego z winy sprzedającego, kupujący nie będzie zobowiązany do zapłaty na rzecz sprzedającego odstępnego, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym".

„Sprzedającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy, w przypadku dopuszczenia się zwłoki przez kupującego w zapłacie rat na poczet ceny, stosownie do terminów określonych w harmonogramie płatności, począwszy od drugiej raty, jeżeli kupujący opóźnia się z ich zapłatą o okres przekraczający 21 dni od terminu wynikającego z harmonogramu płatności i pomimo

wezwania do zapłaty zaległych kwot w dodatkowym terminie nie krótszym niż 7 dni, z uprzedzeniem o zamiarze odstąpienia od umowy, nie dokona należnych płatności".

„W przypadku odstąpienia od umowy przez sprzedającego w myśl postanowień pkt 10.3 powyżej, sprzedający zwróci kupującemu sumę dokonanych przez niego wpłat bez oprocentowania pomniejszoną o odszkodowanie należne mu z tytułu odstąpienia od umowy, stosownie do postanowień art. 494 Kodeksu cywilnego (…).

Z kolei postanowienie **§ 11** otrzymało treść: „Wszelka korespondencja i zawiadomienia oraz inne dokumenty pomiędzy stronami, które mają zostać sporządzone zgodnie z umową zostaną dostarczone drugiej stronie osobiście lub listem poleconym lub poprzez uznaną firmę kurierską, na adres podany poniżej, o ile strony nie postanowią inaczej (…)" (art. 13 pkt 13.1 nowego wzorca).

Prezes Urzędu zważył, co następuje:

Zgodnie z art. 28 ustawy, jeżeli w toku postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów zostanie uprawdopodobnione- na podstawie okoliczności sprawy, informacji zawartych w zawiadomieniu, o którym mowa w art. 100 ust. 1, lub innych informacji będących podstawą wszczęcia postępowania- że przedsiębiorca stosuje praktykę, o której mowa w art. 24 powołanej ustawy, a przedsiębiorca, któremu jest zarzucane naruszenie tego przepisu, zobowiąże się do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zapobieżenia tym naruszeniom, Prezes Urzędu może w drodze decyzji, nałożyć obowiązek wykonania tych zobowiązań.

Przytoczony przepis jako przesłanki warunkujące możliwość wydania decyzji przez Prezesa Urzędu wskazuje: uprawdopodobnienie naruszenia zakazu określonego w art. 24 ustawy oraz zobowiązanie się przedsiębiorcy, któremu jest zarzucane takie naruszenie, do podjęcia lub zaniechania działań zmierzających do zapobieżenia naruszeniu.

Z uwagi na złożenie przez Novum Plus Sp. z o.o. wniosku o wydanie decyzji na podstawie art. 28 ustawy, niezbędne jest rozważenie, czy wskazane w tym przepisie warunki zaistniały w odniesieniu do działań i zobowiązań ww. Przedsiębiorcy.

W pierwszej kolejności rozważenia wymaga, czy stosowanie praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów zostało uprawdopodobnione na obecnym etapie postępowania.

Przedsiębiorcy zarzucono stosowanie praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, określonej w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazane jest stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy stanowi, że przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działania przedsiębiorcy, w szczególności stosowanie postanowień wzorców umów, które zostały wpisane do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone, o którym mowa w art. 479^{45} Kodeksu postępowania cywilnego.

Stwierdzenie przedmiotowej praktyki wymaga spełnienia dwóch przesłanek: **bezprawności działania przedsiębiorcy i naruszenia zbiorowego interesu konsumentów.**

Bezprawność praktyki przypisanej Przedsiębiorcy wynika z tożsamości stosowanych przez niego postanowień wzorca umowy przedwstępnej sprzedaży budynku mieszkalnego wraz z działką, z postanowieniami wpisanymi do rejestru niedozwolonych postanowień umownych.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądowym, Prezes Urzędu może stwierdzić stosowanie praktyki określonej w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów również w odniesieniu do przedsiębiorcy, który nie był stroną postępowania sądowego zakończonego wpisaniem danej klauzuli do rejestru niedozwolonych postanowień umownych.

Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 2 grudnia 2005r. sygn. akt VI ACa 760/05 podkreślił, że praktyką naruszającą zbiorowe interesy konsumentów jest posługiwanie się postanowieniem wpisanym do rejestru w oderwaniu od zagadnienia, czy wpis do rejestru powstał w związku ze stosowaniem wzorca umowy przez podmiot, co do którego bada się stosowanie praktyki. Naruszenie interesów konsumentów może nastąpić, jak wskazał Sąd, w wyniku działań podmiotów, które stosują klauzule abuzywne już wpisane do rejestru, przy czym wpis taki związany był z działaniami innych przedsiębiorców.

Z kolei w wyroku z dnia 25 maja 2005r. sygn. akt XVII Ama 46/04, Sąd Okręgowy w Warszawie- Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK) wyraził pogląd, że dla uznania określonej klauzuli za niedozwolone postanowienie umowne wystarczy stwierdzenie, że mieści się ona w hipotezie klauzuli wpisanej do rejestru i nie jest konieczna literalna zgodność porównywanych klauzul. Czynnikiem przesądzającym o podobieństwie klauzul powinien być bowiem zamiar, cel, jakiemu ma służyć kwestionowane postanowienie. Jeśli więc cel utworzenia spornej klauzuli odpowiada celowi sformułowania klauzuli uznanej za niedozwoloną, oba zapisy można uznać za tożsame.

Przedstawione powyżej orzecznictwo potwierdza uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 13 lipca 2006r. sygn. akt III SZP 3/2006, w której uznano, że *stosowanie postanowień wzorców umów o treści tożsamej z treścią postanowień uznanych za niedozwolone prawomocnym wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie- Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów i wpisanych do rejestru, o którym mowa w art. 479[45] Kodeksu postępowania cywilnego, może być uznane w stosunku do innego przedsiębiorcy za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 23a [1]*. Odwołując się do argumentów o charakterze celowościowym oraz kierując się potrzebą zapewnienia skuteczności tego przepisu, Sąd Najwyższy podkreślił, że *praktyka naruszająca zbiorowe interesy konsumentów obejmuje również przypadki wprowadzenia jedynie zmian kosmetycznych, polegających na przestawieniu szyku wyrazów lub zastąpieniu jednych wyrazów innymi, jeżeli tylko wykładnia postanowienia pozwoli stwierdzić, że jego treść mieści się w hipotezie zakazanej klauzuli. Stosowanie klauzuli o zbliżonej treści do klauzuli wpisanej do rejestru, która wywołuje takie same skutki godzi przecież tak samo w interesy konsumentów, jak stosowanie klauzuli identycznej co wpisana do rejestru. (…) Możliwość uznania zachowania przedsiębiorcy, polegającego na stosowaniu postanowień wzorców umownych, które nie mają identycznego brzmienia jak postanowienia wpisane do rejestru, za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, w sposób istotny zwiększa skuteczność obu instytucji (tj. niedozwolonych postanowień umownych oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumenta), zniechęcając przedsiębiorców do obchodzenia wpisów dokonanych w rejestrze niedozwolonych postanowień.*

Nie jest więc konieczna dokładna, literalna zbieżność klauzuli wpisanej do rejestru i klauzuli z nią porównywanej. Niedozwolone będą również takie postanowienia umów, które mieszczą się w hipotezie klauzuli wpisanej do rejestru, których treść zostanie ustalona w oparciu o dokonaną wykładnię.

W prowadzonym postępowaniu administracyjnym Prezes Urzędu uznał za niedozwolone postanowienie, zgodnie z którym: „(…) Strony dopuszczają możliwość nieznacznej zmiany powierzchni lokalu, którego dotyczy niniejsza umowa, maksymalnie do 3% powierzchni podanej w niniejszej umowie. Zmiana ta nie wpłynie na powierzchnię podaną w niniejszym paragrafie oraz na cenę przedmiotu umowy" (§2 ust. 2).

Wyrokiem z dnia 20 maja 2008r. sygn. akt XVII Amc 107/07, SOKiK orzekł, że niedozwolone jest postanowienie o treści: *Strony postanawiają, że zmiany powierzchni użytkowej do 3% wybudowanego lokalu mieszkalnego nie mają wpływu na cenę lokalu mieszkalnego. Jeżeli zmiany w powierzchni użytkowej będą przekraczały 3% to jedynie nadwyżka bądź niedomiar tej powierzchni powyżej lub poniżej 3% będą wyrównane w cenie ostatecznej.* Postanowienie to zostało następnie wpisane w pozycji 1478 rejestru niedozwolonych postanowień umownych. Z kolei, na podstawie wyroku z dnia 12 listopada 2007r. sygn. akt XVII Amc 108/07, SOKiK uznał za niedozwolone postanowienie w brzmieniu: *Strony zgodnie oświadczają, że: - w przypadku, gdy różnica w powierzchni lokalu mieszkalnego nr*

[1] W obowiązującej obecnie ustawie z dnia 16.02.2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów, praktyka naruszająca zbiorowe interesy konsumentów uregulowana została w art. 24.

… po obmiarze dokonanym zgodnie z § 5 pkt 1 niniejszej umowy w stosunku do powierzchni projektowanej wskazanej w § 2 pkt 1 niniejszej umowy nie będzie przekraczać 3%, przez co strony rozumieją zarówno zmniejszenie, jak i zwiększenie powierzchni, to cena za lokal określona w § pkt 1 lit. a nie ulegnie zmianie; - w przypadku, gdy różnica w powierzchni lokalu mieszkalnego po obmiarze dokonanym zgodnie z § 5 pkt 1 niniejszej umowy w stosunku do powierzchni projektowanej wskazanej w § 2 pkt 1 niniejszej umowy będzie przekraczać 3%, przez co strony rozumieją zarówno zmniejszenie, jak i zwiększenie powierzchni, to cena za mieszkanie zostanie wyliczona jako stosunek ceny powierzchni mieszkania wraz z komórką lokatorską i balkonem (tarasem), opisanego w § 2 pkt 1 i powierzchni mieszkania wraz z komórką lokatorską i balkonem (tarasem) po dokonanym obmiarze (pozycja 1540 rejestru). Orzekając o abyzywności tego postanowienia SOKiK wskazał, że spełnia ono przesłanki klauzuli niedozwolonej w rozumieniu art. 385^1 § 1 Kodeksu cywilnego, kształtując prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami oraz rażąco naruszając interesy konsumentów. W ocenie SOKiK, zastosowanie ww. klauzuli powoduje, że konsument będzie zobowiązany do zaakceptowania faktu, że powierzchnia zakupionego lokalu jest inna od powierzchni przewidzianej w umowie. Prawa konsumenta zostaną naruszone zarówno wtedy, jeżeli okaże się, że powierzchnia lokalu jest do 3% mniejsza od powierzchni umówionej jak również wtedy, gdy okaże się, że powierzchnia jest do 3% większa od zakładanej w umowie. Jak podkreślił Sąd, w pierwszym przypadku, konsument otrzyma lokal, który przy dużych mieszkaniach może być nawet o kilka metrów mniejszy od umówionego, w drugim- konsument będzie zmuszony do zakupu odpowiednio większej ilości materiałów wykończeniowych, zmiany uprzedniej aranżacji itp. Zdaniem SOKiK, w rażącej sprzeczności z interesem konsumenta stoi możliwość przeniesienia na niego własności mieszkania o mniejszej powierzchni niż to, za które zapłacił. Zmniejszenie powierzchni lokali wydzielonych w budynku o znacznych rozmiarach o 3% stanowiło będzie bowiem dla sprzedającego znaczny, niczym nieuzasadniony zysk odniesiony kosztem konsumentów, co stoi w rażącej sprzeczności z zasadami uczciwości i przyzwoitości. Próg 3% został, w ocenie Sądu, określony na zbyt wysokim poziomie przez co stawia konsumenta na pozycji strony niepewnej rzetelności świadczenia kontrahenta. Biorąc pod uwagę możliwości współczesnej techniki budowlanej wybudowanie lokalu, którego powierzchnia będzie do 3% inna od pierwotnie zaplanowanej przez inwestora, może być wynikiem wyłącznie błędu lub niestaranności w sztuce budowlanej. SOKiK podkreślił, że różnica pomiędzy powierzchnią projektowaną a rzeczywistą mieszkania jest niczym nieuzasadniona ze względów technicznych, a przedsiębiorca winien wywiązać się ze swojego zobowiązania i zrealizować inwestycję zgodnie z projektem. SOKiK zakwestionował także uprawnienie przedsiębiorcy do zmiany ceny lokalu po zawarciu umowy, bez przyznania konsumentowi prawa do odstąpienia od umowy uznając, że w tym zakresie postanowienie to spełnia przesłanki klauzuli niedozwolonej z art. 385^3 pkt 20 Kodeksu cywilnego. Zdaniem SOKiK, możliwość nałożenia na konsumenta ciężaru finansowego, będącego wynikiem realizacji przez sprzedającego przedmiotu umowy niezgodnie z jej postanowieniami i projektem, jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i rażąco narusza interesy konsumenta.

W ocenie Prezesa Urzędu, postanowienie stosowane przez Przedsiębiorcę, mimo różnic w treści, jest tożsame w skutkach ze wskazanymi wyżej postanowieniami wpisanymi do rejestru niedozwolonych postanowień umownych. Niewątpliwie zobowiązuje konsumenta do akceptacji innej niż umówiona powierzchni wybudowanego budynku. Zmiana powierzchni w granicach do 3% nie jest bowiem traktowana jako zmiana warunków umowy. Wywołuje to szczególne wątpliwości w sytuacji, gdy budynek będzie miał mniejszą powierzchnię od tej, za którą konsument zgodnie z umową zapłacił. Przedsiębiorca osiągnie wówczas- jak słusznie zauważył SOKiK- nieuzasadniony zysk. Zdaniem Prezesa Urzędu, pomimo braku bezpośredniego wskazania, postanowienie to wywiera także niedozwolony skutek w przypadku zmiany powierzchni powyżej wyznaczonej granicy 3%. Skoro bowiem tylko zmiana powierzchni maksymalnie do 3% nie wpływa na zmianę ceny przedmiotu umowy, uzasadniony wydaje się w pełni wniosek, że zmiana powierzchni powyżej tego poziomu taki wpływ będzie wywierać. Kwestionowane postanowienie przyznaje zatem Przedsiębiorcy prawo do określenia ceny po

zawarciu umowy, bez przyznania konsumentowi prawa odstąpienia od umowy. Powyższe argumenty przesądzają, w ocenie Prezesa Urzędu, o tożsamości analizowanego postanowienia z przytoczonymi klauzulami wpisanymi do rejestru.

Prezes Urzędu zakwestionował także postanowienie o treści: „Termin określony w ust. 1 (zakończenia budowy domu- przyp. Urzędu) może ulec zmianie jedynie w przypadku okoliczności siły wyższej. Strony postanawiają, że dla celów niniejszego ustępu termin siła wyższa będzie oznaczał działania sił natury pozostające poza kontrolą stron takie jak: klęski żywiołowe, trzęsienia ziemi, powódź, niesprzyjające warunki atmosferyczne polegające na spadku średniej temperatury dobowej w Poznaniu (podawanej przez Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej) poniżej -6 st. Celsjusza, uniemożliwiające prowadzenie robót ponad 7 dni, niedobór materiałów lub siły roboczej, których wystąpienia nie można było przewidzieć w dacie zawarcia niniejszej umowy, wojny, rozruchy społeczne, spór pracowniczy czy strajk pracowniczy, wpływające na świadczenie usług użyteczności publicznej lub transakcje istotne w procesie wytwarzania lub podczas transportu jakichkolwiek towarów czy materiałów niezbędnych do wybudowania budynku mieszkalnego, które nie zostały spowodowane przez sprzedającego lub któregokolwiek z jego wykonawców lub podwykonawców. O opóźnieniach z przyczyn określonych powyżej sprzedający niezwłocznie powiadomi kupującego. Przesunięcie terminu zakończenia budowy o 30 dni w stosunku do ustalonego w umowie nie będzie uznawane za opóźnienie (§3 ust. 2)".

Ściśle związane z ww. postanowieniem jest także kolejne postanowienie wzorca (§3 ust. 10) przewidujące, że: „Sprzedający jest zwolniony od odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu niewykonania przedmiotu umowy, jeżeli jest ono następstwem działania siły wyższej. Strony postanawiają, że dla celów niniejszego ustępu 10 termin siła wyższa będzie oznaczał działania sił natury pozostające poza kontrolą stron takie jak: klęski żywiołowe, trzęsienia ziemi, powódź, niesprzyjające warunki atmosferyczne polegające na spadku średniej temperatury dobowej w Poznaniu (podawanej przez Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej) poniżej -6 st. Celsjusza, uniemożliwiające prowadzenie robót ponad 7 dni, niedobór materiałów lub siły roboczej, których wystąpienia nie można było przewidzieć w dacie zawarcia niniejszej umowy, wojny, rozruchy społeczne, spór pracowniczy czy strajk pracowniczy, wpływające na świadczenie usług użyteczności publicznej lub transakcje istotne w procesie wytwarzania lub podczas transportu jakichkolwiek towarów czy materiałów niezbędnych do wybudowania budynku mieszkalnego, które nie zostały spowodowane przez sprzedającego lub któregokolwiek z jego wykonawców lub podwykonawców".

Obydwa postanowienia wprowadzają do umowy to samo pojęcie siły wyższej, wiążąc z wystąpieniem okoliczności zaliczonych do siły wyższej skutek w postaci przesunięcia terminu wykonania zobowiązania przez Przedsiębiorcę bądź zwolnienia się Przedsiębiorcy z odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Zdaniem Prezesa Urzędu, postanowienia te są tożsame z postanowieniami wpisanymi do rejestru niedozwolonych postanowień umownych w pozycjach: 883, 1382 i 367.

Wyrokiem z dnia 18 maja 2005r. sygn. akt XVII Amc 86/03, SOKIK uznał za niedozwolone postanowienie o treści: *W przypadku wystąpienia w trakcie realizacji budowy niekorzystnych warunków atmosferycznych takich jak np. niskie temperatury poniżej -5° C, ulewne deszcze trwające przez co najmniej 30 dni lub też wystąpienia innych podobnych i niezależnych od Sprzedającego przeszkód, Sprzedający zastrzega sobie prawo do przedłużenia terminów, o których mowa w ust. 1 o czas trwania tych przeszkód, nie dłużej niż o 3 miesiące* (pozycja 883 rejestru). W uzasadnieniu tego wyroku SOKiK podkreślił, że zapis ten stanowi niedozwolone postanowienie umowne w rozumieniu art. 385^3 pkt 2 Kodeksu cywilnego. Wyłącza bowiem odpowiedzialność przedsiębiorcy względem konsumenta za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, stanowiąc tym samym sprzeczną z dobrymi obyczajami próbę przeniesienia ryzyka gospodarczego na konsumenta. Wyrokiem z dnia 5 grudnia 2006r. sygn. akt XVII Amc 126/05, SOKiK zakwestionował natomiast postanowienie o treści: *Termin, o którym mowa w ust. 1 może ulec przesunięciu tylko na skutek okoliczności zewnętrznych, na które Edbud, pomimo zachowania należytej staranności nie ma wpływu, a w szczególności siły wyższej, działań organów administracji samorządowej i państwowej oraz podmiotów, od których*

zależy możliwość prowadzenia robót budowlanych, a w szczególności dostawców mediów i urządzeń infrastruktury technicznej, związanych z Edbudem stosownymi porozumieniami lub umowami, warunków atmosferycznych, które uniemożliwiają wykonanie robót budowlanych, wystąpienia w trakcie prowadzenia robót budowlanych konieczności wykonania dodatkowych robót, potwierdzonych wpisem do dziennika budowy, których w chwili podpisywania niniejszej umowy nie można było przewidzieć (pozycja 1382 rejestru)- uznając je za niedozwolone postanowienie umowne w rozumieniu art. 385^1 § 1 Kodeksu cywilnego. W ocenie SOKiK, termin realizacji umowy i przekazania klientowi lokalu mieszkalnego jest jednym z istotnych postanowień umowy deweloperskiej. Opóźnienie w tym zakresie może spowodować po stronie klienta dodatkowe koszty, m.in. konieczność zapewnienia mieszkania z uwagi na przedłużający się termin zakończenia inwestycji. SOKiK uznał, że dopuszczalne jest jedynie określenie zamkniętego katalogu przesłanek, umożliwiających przesunięcie terminu zakończenia realizacji inwestycji, które mogą znaleźć zastosowanie w przypadku zajścia wyjątkowych okoliczności. Zdaniem Sądu, odmienne uregulowanie tej kwestii narusza art. 385^3 pkt 2 Kodeksu cywilnego, gdyż wyłącza wobec konsumenta odpowiedzialność przedsiębiorcy za nieterminowe wykonanie zobowiązania. Otwarty katalog przesłanek pozwalających na opóźnienie terminu zakończenia inwestycji powoduje bowiem, że cały ciężar ryzyka inwestycyjnego przerzucony został na konsumenta, co w ocenie SOKiK jest niedopuszczalne.

SOKiK uznał także za niedozwolone postanowienie o treści: *Sprzedający może być zwolniony od odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem siły wyższej. Zdarzeniami siły wyższej są takie zdarzenia, które stoją na przeszkodzie wykonania obowiązku Sprzedającego określonego w niniejszej umowie, które wystąpiły lub stały się stronom po jej zawarciu, których nikt nie mógł przewidzieć w chwili zawarcia umowy, które są zewnętrzne w stosunku do działalności Sprzedającego, a w szczególności: pożar, susza, powódź, trzęsienia ziemi, strajk, uszkodzenie maszyny i surowców niezbędnych do wykonania umowy i inne podobne zdarzenia* (wyrok z dnia 22 listopada 2004r. sygn. akt XVII Amc 55/03). Postanowienie to zostało wpisane następnie do rejestru w pozycji 367. SOKiK stwierdził, że postanowienie to stanowi klauzulę niedozwoloną określoną w art. 385^3 pkt 2 Kodeksu cywilnego. Zalicza bowiem do okoliczności siły wyższej zwalniającej przedsiębiorcę z odpowiedzialności takie zdarzenia, które w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego nie stanowią zdarzeń egzoneracyjnych jak np. strajk czy uszkodzenie maszyn i surowców niezbędnych do wykonania umowy. Powołując stanowisko Sądu Najwyższego, SOKiK podkreślił, że siłą wyższą są zdarzenia zewnętrzne, mające swoje źródło poza urządzeniem, z którego funkcjonowaniem związana jest odpowiedzialność odszkodowawcza, a poza tym nie są możliwe do przewidzenia oraz zapobieżenia. Zdaniem SOKiK, wymienione w postanowieniu okoliczności nie spełniają tych przesłanek.

Zakwestionowane postanowienia mieszczą się, w ocenie Prezesa Urzędu, w hipotezach przytoczonych klauzul niedozwolonych. Podobnie jak ww. klauzule abuzywne, wskazują okoliczności, których wystąpienie powoduje, że Przedsiębiorca może nie dotrzymać terminu wykonania umowy bez narażenia się na zarzut nienależytego wykonania umowy i których wystąpienie wyłącza odpowiedzialność odszkodowawczą Przedsiębiorcy za niewykonanie umowy. Pierwsze z postanowień przewiduje przy tym, że niedotrzymanie terminu wykonania budynku do 30 dni od umówionego nie stanowi w ogóle opóźnienia w realizacji umowy. Zdaniem Prezesa Urzędu, pomimo zdefiniowania pojęcia siły wyższej, nie można stwierdzić, że katalog okoliczności wymienionych w kwestionowanym postanowieniu określony został precyzyjnie i dotyczy jedynie wyjątkowych sytuacji. Podzielając przedstawione powyżej orzecznictwo należy wskazać, że nie wszystkie wymienione w tym postanowieniu okoliczności mogą zostać uznane za siłę wyższą (np. niedobór materiałów lub siły roboczej, strajk, spór pracowniczy). Niezależnie więc od użytych sformułowań postanowienie to, tak jak ww. klauzule abuzywne, przerzuca całkowicie na konsumenta ryzyko gospodarcze związane z wystąpieniem określonych zdarzeń, które zarazem zwalniają Przedsiębiorcę z odpowiedzialności za niewykonanie bądź nienależyte wykonanie umowy.

Jako niedozwolone uznane zostały ponadto postanowienia § 3 ust. 4 i 5, pozwalające Przedsiębiorcy na dokonanie jednostronnego odbioru budynku w przypadku nie stawienia się

konsumenta na ostateczny termin odbioru. Zgodnie z ww. postanowieniami: „(…) Nieobecność kupującego w drugim terminie odbioru przedmiotu umowy nie wstrzymuje dokonania odbioru technicznego przedmiotu umowy oraz biegu terminów płatności. W przypadku niestawiennictwa kupującego w drugim terminie sprzedający może dokonać odbioru technicznego przedmiotu umowy jednostronnie, sporządzając protokół stwierdzający zakres wykonania i stan techniczny przedmiotu umowy".

Zdaniem Prezesa Urzędu, postanowienia te są tożsame z klauzulami wpisanymi w pozycjach: 364 i 365 rejestru niedozwolonych postanowień umownych, na podstawie wyroku SOKiK z dnia 22 listopada 2004r. sygn. akt XVII Amc 55/03 o treści odpowiednio: *W razie niestawiennictwa kupującego w wyznaczonym terminie przekazania, sprzedający dokona samodzielnie odbioru przedmiotu umowy i będzie to jednoznaczne z wykonaniem przez sprzedającego umowy w tym zakresie. Strony zgodnie ustalają, że w takim przypadku sprzedający upoważniony jest do wystawienia odpowiedniej faktury* oraz *W sytuacji określonej w art. 6 tego paragrafu jednostronny protokół sporządzony przez sprzedającego zastępuje protokół odbioru.* W uzasadnieniu ww. wyroku SOKiK stwierdził, że pierwsze z postanowień jest niedopuszczalne w świetle art. 385^1 § 1 Kodeksu cywilnego, ponieważ pozwala przedsiębiorcy dokonać odbioru lokalu bez obecności konsumenta i jednocześnie zwolnić się wobec konsumenta z odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Taki zapis, zdaniem SOKiK, rażąco narusza interes konsumenta. Z kolei drugie postanowienie, w ocenie SOKiK, jest niedozwolone na podstawie art. 385^1 § 1 i 385^3 pkt 9 Kodeksu cywilnego. Pozwala bowiem przedsiębiorcy, kosztem interesu konsumenta, uznać za sporządzony pod jego nieobecność jednostronny protokół odbioru za równoważny z tym podpisanym przez obie strony. Postanowienie to przyznaje zatem przedsiębiorcy uprawnienie do dokonywania wiążącej interpretacji umowy.

Prezes Urzędu uznał, że zakwestionowane postanowienia wywołują tożsame skutki jak wskazane klauzule abuzywne. Przede wszystkim pozbawiają konsumenta prawa do odbioru technicznego lokalu i możliwości stwierdzenia wykonania umowy przez Przedsiębiorcę, skoro nieobecność konsumenta nie wstrzymuje dokonania odbioru. Przyznają zarazem Przedsiębiorcy uprawnienie do dokonania wiążącej interpretacji umowy w zakresie uznania, że jednostronny protokół, w którym Przedsiębiorca stwierdza zakres i stan techniczny wykonanych prac, może zastąpić protokół odbioru sporządzony w obecności konsumenta i przez niego podpisany. W konsekwencji, Przedsiębiorca może zwolnić się wobec konsumenta z odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Jednostronny odbiór budynku, bez obecności konsumenta, może bez wątpienia prowadzić do pozbawienia konsumenta możliwości dochodzenia roszczeń z tytułu ewentualnych wad technicznych budynku, które nie zostały uwzględnione w sporządzonym przez Przedsiębiorcę protokole z odbioru.

W prowadzonym postępowaniu zakwestionowano również postanowienie §5 ust. 2 wzorca, które przewiduje, że: „(…) W przypadku zmiany wysokości stawki podatkowej VAT, kupujący zobowiązuje się do wnoszenia wpłat z uwzględnieniem stawki podatkowej obowiązującej w dniu dokonywania wpłat oraz do ewentualnej dopłaty kwoty należnego podatku od towarów i usług w dniu zawarcia umowy sprzedaży nieruchomości w sytuacji, gdy w dniu zawierania umowy sprzedaży obowiązywać będzie wyższa stawka podatku VAT niż w dniu dokonywania wpłat przez kupującego".

Postanowienie to jest tożsame z klauzulami niedozwolonymi wpisanymi w pozycji 885 i 1386 rejestru niedozwolonych postanowień umownych, o treści: *Do ceny netto zostanie doliczony podatek VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami. Na dzień podpisania umowy stawka podatku VAT na lokal mieszkalny wynosi 7%, a na garaż i miejsce parkingowe 22%. W przypadku zmiany stawki podatku VAT nastąpi odpowiednia zmiana ceny* (wpis na podstawie wyroku SOKiK z dnia 18 maja 2005r. sygn. akt XVII Amc 86/03) oraz *Strony oświadczają, że ustalona pomiędzy nimi cena przedmiotu umowy uwzględnia obecnie obowiązujące stawki podatku VAT od sprzedaży lokali, wobec czego gdyby stawki te uległy zmianie, cena przedmiotu umowy ulegnie zmianie proporcjonalnie do zmiany stawek podatku VAT (…)* (wpis na podstawie wyroku SOKiK z dnia 5 grudnia 2006r. sygn. akt XVII Amc 126/05). W uzasadnieniu ww. wyroków SOKiK stwierdził, że wzrost stawki podatku stanowi wprawdzie

zdarzenie niezależne od woli stron, jednak podatek jest elementem ceny. W przypadku zmiany ceny konsumentowi przysługiwać powinno uprawnienie do odstąpienia od umowy, bez konieczności ponoszenia z tego tytułu żadnych dodatkowych obciążeń. W związku z powyższym, SOKiK ocenił, że w zakresie, w jakim postanowienia te pozwalają przedsiębiorcy na podwyższenie ceny w przypadku wzrostu stawki podatku VAT, są niedozwolone w rozumieniu art. 385^3 pkt 20 Kodeksu cywilnego.

Brak we wzorcu umowy, który poddany został kontroli Prezesa Urzędu w niniejszym postępowaniu postanowień gwarantujących konsumentowi prawo do odstąpienia od umowy w przypadku zmiany stawki podatku VAT, pozwala na stwierdzenie tożsamości analizowanego postanowienia z postanowieniami wpisanymi do rejestru.

Zdaniem Prezesa Urzędu, za niedozwolone uznać można również postanowienia § 7 ust. 1 i 2 wzorca, które regulują kwestie związane z ustalaniem kar umownych w przypadku odstąpienia od umowy przez konsumenta lub Przedsiębiorcę.

§ 7 ust. 1 przewiduje, że: „Kupujący ma prawo odstąpić od umowy w terminie do dnia …(miesiąc przed ostatecznym oddaniem domu). W razie odstąpienia od niniejszej umowy przez kupującego, sprzedający zwróci kupującemu, w terminie 30 dni od dnia doręczenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy na wskazane przez kupującego konto, wpłacone na poczet ceny zaliczki, pomniejszone o karę umowną w wysokości 3% ceny przedmiotu umowy, określonej w pkt D pierwszej części umowy". Z kolei w § 7 ust. 2 wskazano, że: „Sprzedającemu przysługuje umowne prawo odstąpienia od niniejszej umowy w terminie do dnia … (dzień podpisania aktu notarialnego) bez wyznaczenia kupującemu dodatkowego terminu w przypadkach:

c) jeżeli kupujący spóźnia się, od drugiej raty, z płatnościami ceny o czas przekraczający 21 dni i pomimo wezwania do zapłaty zaległych kwot w dodatkowym terminie nie krótszym niż 7 dni, z uprzedzeniem o zamiarze odstąpienia od umowy, nie dokona należnych płatności
d) dwukrotnego nie przystąpienia przez kupującego do zawarcia umowy sprzedaży w wyznaczonej dacie.

W takich przypadkach sprzedający zwróci kupującemu sumę dokonanych wpłat bez oprocentowania pomniejszoną o karę umowną w wysokości 5% ceny przedmiotu umowy. Zwrot nastąpi w terminie 30 dni od dnia rozwiązania niniejszej umowy na wskazane przez kupującego konto".

W swoim orzecznictwie SOKiK kwestionuje zarówno kary umowne ustalone na poziomie 5% wartości przedmiotu, jak i fakt obciążenia nimi wyłącznie konsumenta.

I tak, np. w wyroku z dnia 2 grudnia 2004r. sygn. akt XVII Amc 9/04, SOKiK uznał za niedozwolone postanowienie o treści: *„W przypadku odstąpienia Kupującego od niniejszej umowy, Sprzedający dokona zwrotu nominalnej wartości wpłaconych przez Kupującego środków pieniężnych w terminie 14 dni od daty wprowadzenia przez Sprzedającego nowego Kupującego z potrąceniem 5% wartości lokalu mieszkalnego będącego przedmiotem umowy, bez powiadomienia na piśmie".* Klauzula ta została następnie wpisana do rejestru niedozwolonych postanowień umownych w pozycji 389. Uzasadniając wydany wyrok SOKiK podkreślił, że ww. postanowienie spełnia przesłanki klauzul niedozwolonych, o których mowa w art. 385^3 pkt 16 i 17 Kodeksu cywilnego. Przewiduje bowiem rażąco wygórowaną karą umowną, którą w przypadku rozwiązania umowy obciążony zostaje wyłącznie konsument. Z kolei wyrokiem z dnia 5 grudnia 2006r. sygn. akt XVII Amc 126/05 za niedozwolone uznano postanowienie o treści: *W przypadku odstąpienia od umowy w trybie § 8 ust. 4, nabywca zapłaci Edbud-owi karę umowną w wysokości 5% wartości umowy oraz pokryje koszty opisane w § 8 ust. 5. Nabywca wyraża zgodę na potrącenie ww. kwot z środków podlegających zwrotowi* (pozycja 1394 rejestru). Rozstrzygnięcie o abuzywnym charakterze tego postanowienia SOKiK oparł na stwierdzeniu rażącej dysproporcji praw i obowiązków obu stron umowy. Wysokość opłaty, jaką zobowiązany jest zapłacić konsument w przypadku wypowiedzenia przez niego umowy bądź odstąpienia od umowy przez przedsiębiorcę w przypadku opóźnienia w zapłacie którejkolwiek raty lub dwukrotnego nieprzystąpienia do podpisania aktu notarialnego (5% wartości umowy), w porównaniu z wysokością kary umownej zastrzeżonej na wypadek

nienależytego wykonania zobowiązania przez przedsiębiorcę (2% wartości umowy) wskazuje- zdaniem Sądu- że przedsiębiorca, wykorzystując swoją przewagę kontraktową istniejącą w chwili zawierania umowy, ukształtował obowiązki i uprawnienia konsumenta w sposób dalece mniej korzystny niż własne prawa i obowiązki. Sąd podkreślił, że tak zróżnicowane traktowanie stron umowy jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i rażąco narusza interesy konsumentów.

Na nierówność w ukształtowaniu praw i obowiązków stron umowy w zakresie przyznanego stronom uprawnienia do odstąpienia od umowy, SOKiK zwrócił uwagę także w uzasadnieniu wyroku z dnia 12 listopada 2007r. sygn. akt XVII Amc 108/07, na podstawie którego za niedozwolone uznano postanowienie o treści: *1. Sprzedający ma prawo odstąpienie od tej umowy w przypadku opóźnienia przez kupującego w zapłacie choćby jednej raty o 14 dni, po uprzednim wysłaniu pisemnego wezwania do zapłaty i wyznaczenia dodatkowego terminu wynoszącego 14 dni do spłaty zaległości. W tym przypadku wynagrodzenie zapłacone sprzedającemu zostanie zwrócone na rachunek bankowy wskazany przez kupującego w terminie 60 dni od daty odstąpienia od umowy po potrąceniu zadatku. 2. Kupujący ma prawo odstąpienia od tej umowy w przypadku, gdy: -zwłoka w realizacji umowy wynosi więcej niż 90 dni. W tym przypadku wynagrodzenie zapłacone sprzedającemu zostanie zwrócone na rachunek bankowy wskazany przez kupującego w terminie 14 dni od daty odstąpienia od umowy po potrąceniu zadatku; - bank nie udzieli mu kredytu na sfinansowanie mieszkania, w tym przypadku do pisma zawierającego oświadczenie o odstąpieniu winno być dołączone pismo z banku, z którego wynika odmowa udzielenia kredytu, a wynagrodzenie zapłacone sprzedającemu zostanie zwrócone na rachunek bankowy wskazany przez kupującego w terminie 30 dni od daty odstąpienia od umowy, przy czym wynagrodzenie to zostanie pomniejszone o część zadatku w kwocie 1.000 zł* (pozycja 1542 rejestru). SOKiK podkreślił m.in., że opóźnienie konsumenta w zapłacie powoduje powstanie obowiązku zapłaty odsetek, co niweluje i rekompensuje przedsiębiorcy skutki opóźnienia. SOKiK zakwestionował także możliwość potrącenia zadatku wyłącznie w przypadku odstąpienia od umowy przez sprzedającego, podczas gdy odstąpienie od umowy przez konsumenta nie powoduje powstania analogicznego roszczenia po jego stronie. Jak zauważył Sąd, w takim stanie rzeczy konsument może jedynie stracić, a przedsiębiorca jedynie zyskać. Taki zapis umowny skutkuje, w ocenie Sądu, rażącą nierównością stron i niesymetrycznością łączącego je stosunku zobowiązaniowego.

Analiza § 7 ust. 1 i 2 wzorca umowy stosowanego przez Przedsiębiorcę pozwala, w ocenie Prezesa Urzędu na uznanie, że postanowienia te mieszczą się w hipotezach przywołanych wyżej klauzul niedozwolonych. Oparte bowiem zostały na tych samych zasadach. Z jednej strony obciążają konsumenta obowiązkiem zapłaty rażąco wygórowanej kary umownej w wysokości 5% wartości przedmiotu umowy, z drugiej- kształtują prawa i obowiązki stron umowy bez zachowania odpowiedniej symetrii. W każdym przypadku odstąpienia od umowy, niezależnie od tego, która ze stron i z jakiej przyczyny realizuje to uprawnienie, wyłącznie konsument obciążony zostaje obowiązkiem zapłaty kary umownej na rzecz Przedsiębiorcy. W żadnej sytuacji wzorzec nie zastrzega natomiast kary umownej na rzecz konsumenta, względnie nie zwalnia konsumenta z obowiązku zapłaty kary umownej na rzecz Przedsiębiorcy. Konsument został zatem zobowiązany do zapłaty rażąco wygórowanej kary umownej na rzecz Przedsiębiorcy, nie mogąc samemu żądać takiego samego świadczenia w analogicznej sytuacji. W rażącym stopniu naruszyć może to interesy konsumenta zwłaszcza w przypadku odstąpienia przez niego od umowy z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez Przedsiębiorcę wskutek np. rażącego niedbalstwa Przedsiębiorcy. Niewątpliwie prawa i obowiązki konsumenta ukształtowane zostały w sposób mniej korzystny niż prawa i obowiązki Przedsiębiorcy. Zgodzić należy się z opinią SOKiK wyrażoną w uzasadnieniu wskazanego powyżej wyroku z dnia 12 listopada 2007r. sygn. akt XVII Amc 108/07, że w takiej sytuacji konsument może jedynie stracić na odstąpieniu od umowy, natomiast przedsiębiorca przeciwnie- jedynie zyskać. W razie niewykonania zobowiązania przez konsumenta (§ 7 ust. 2), Przedsiębiorca może potrącić karę umowną w wysokości 5% ceny przedmiotu umowy, z kolei w sytuacji odwrotnej, gdy od umowy odstępuje konsument (§ 7 ust. 1), nawet z powodu rażących uchybień Przedsiębiorcy, i tak zobowiązany jest do zapłaty kary umownej na rzecz Przedsiębiorcy. Powyższe względy pozwalają, zdaniem Prezesa

Urzędu, na stwierdzenie tożsamości klauzul stosowanych przez Przedsiębiorcę z klauzulami wpisanymi do rejestru.

Przesłanki niedozwolonego postanowienia umowy, o którym mowa w art. 385^3 pkt 9 Kodeksu cywilnego, spełnia z kolei, zdaniem Prezesa Urzędu, postanowienie o treści: „(…) Strony zobowiązują się do powiadamiania się nawzajem w formie pisemnej o każdorazowej zmianie adresu do korespondencji w terminie 14 dni od zmiany, pod rygorem uznania za skuteczne doręczenia na ostatni znany adres" (§11).

Postanowienie to jest tożsame z klauzulą uznaną za niedozwoloną wyrokiem SOKiK z dnia 16 kwietnia 2007r, sygn. akt XVII Amc 43/06 i wpisaną następnie do rejestru niedozwolonych postanowień umownych w pozycji 1207. Zgodnie z sentencją ww. wyroku niedozwolone są postanowienia o treści: *W przypadku zmiany adresu każda ze stron zobowiązana jest niezwłocznie pisemnie powiadomić o tym drugą stronę. W przypadku nie powiadomienia o zmianie adresu, korespondencja kierowana na ostatni znany adres będzie uznawana za skutecznie doręczoną.* W ocenie Prezesa Urzędu, nie może budzić także wątpliwości tożsamość tego postanowienia z klauzulą o treści: *Oświadczenia i zawiadomienia Activ Investment przesłane kupującemu na podany adres do korespondencji uważa się za skutecznie doręczone. Kupujący zobowiązany jest w trakcie trwania niniejszej umowy do natychmiastowego zawiadomienia Activ Investment o każdej zmianie adresu swego zamieszkania, pod rygorem uznania za skutecznie doręczone oświadczeń i zawiadomień Activ Investment przesłanych kupującemu na adres wskazany w niniejszej umowie* (klauzula wpisana do rejestru w pozycji 1482, na podstawie wyroku SOKiK z dnia 20 maja 2008r. sygn. akt XVII Amc 107/07).

Stosownie do art. 61 Kodeksu cywilnego, oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. W ocenie Prezesa Urzędu, ww. postanowienie pozwala Przedsiębiorcy na dokonanie wiążącej interpretacji umowy w zakresie uznania, że doszło do skutecznego doręczenia skierowanych do konsumenta oświadczeń Przedsiębiorcy, w przypadku zmiany adresu konsumenta wskazanego w umowie. W sytuacji opisanej w zakwestionowanym postanowieniu, konsument może zostać pozbawiony możliwości rzeczywistego zapoznania się z oświadczeniem woli Przedsiębiorcy, a jednocześnie narażony będzie na jego skutki, w tym związane z obowiązkiem zapłaty kary umownej w przypadku rozwiązania umowy.

Mając na uwadze powyższe, Prezes Urzędu uznał, że na obecnym etapie postępowania uprawdopodobniona została bezprawność działań Przedsiębiorcy, wynikająca z tożsamości zakwestionowanych postanowień wzorca umowy z postanowieniami wpisanymi do rejestru niedozwolonych postanowień umownych. Zakwestionowane postanowienia nie mają wprawdzie identycznego brzmienia jednakże, w ocenie Prezesa Urzędu, wykładnia ich treści prowadzi do wniosku, że mogą mieścić się w hipotezach przytoczonych klauzul niedozwolonych.

Do uznania, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z praktyką, określoną w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, niezbędne jest ponadto uprawdopodobnienie, że bezprawne działanie Przedsiębiorcy godzące w interes konsumentów dotyczy tzw. **zbiorowego interesu konsumentów.** W uzasadnieniu wyroku z dnia 10 kwietnia 2008r. sygn. akt III SK 27/07, Sąd Najwyższy wyjaśnił, że gramatyczna wykładnia tego pojęcia prowadzi do wniosku, że chodzi o zachowanie przedsiębiorcy, które godzi w interesy grupy osób stanowiących określony zbiór. Rezultaty tej wykładni modyfikuje zastrzeżenie, że nie jest zbiorowym interesem konsumentów suma interesów indywidualnych. Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że przy konstruowaniu pojęcia „zbiorowy interes konsumentów" nie można opierać się tylko i wyłącznie na tym, czy oceniana praktyka skierowana jest do nieoznaczonego z góry kręgu podmiotów. W ocenie Sądu, wystarczające powinno być ustalenie, że zachowanie przedsiębiorcy nie jest podejmowane w stosunku do zindywidualizowanych konsumentów, lecz względem członków danej grupy (określonego kręgu podmiotów), wyodrębnionych spośród ogółu konsumentów, za pomocą wspólnego dla nich kryterium. Sąd Najwyższy uznał zatem, że *praktyką naruszającą zbiorowe interesy konsumentów jest (...) takie zachowanie przedsiębiorcy, które podejmowane jest w warunkach wskazujących na powtarzalność zachowania w stosunku do indywidualnych*

konsumentów wchodzących w skład grupy, do której adresowane są zachowania przedsiębiorcy, w taki sposób, że potencjalnie ofiarą takiego zachowania może być każdy konsument będący klientem lub potencjalnym klientem przedsiębiorcy.

Zdaniem Prezesa Urzędu, działanie Przedsiębiorcy godzić może w interesy nieograniczonej liczby konsumentów, których nie da się zidentyfikować. Niezgodnymi z prawem działaniami może bowiem zostać dotknięta nieograniczona liczba osób, tzn. wszyscy konsumenci, którzy zawarli z Przedsiębiorcą umowę przedwstępną sprzedaży budynku mieszkalnego z działką oraz wszyscy jego potencjalni klienci. W tym wypadku, z samej istoty posługiwania się przez Przedsiębiorcę wzorcem umownym wynika powtarzalność jego zachowania wobec takich osób.

Z uwagi na powyższe, Prezes Urzędu uznał za uprawdopodobnioną drugą przesłankę zarzuconej Przedsiębiorcy praktyki tj. naruszenie zbiorowego interesu konsumentów.

Wnosząc o wydanie decyzji w trybie art. 28 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Przedsiębiorca zobowiązał się do zaniechania stosowania zarzucanej mu praktyki poprzez: zmianę postanowień dotychczas stosowanego wzorca umowy w zakresie, w jakim odnoszą się do niego zarzuty Prezesa Urzędu, zawieranie nowych umów w oparciu o nowy wzorzec umowy oraz zmianę już istniejących i będących w trakcie wykonywania umów na umowy zawierające zmodyfikowaną treść, która będzie odpowiadała treści nowego wzorca.

Przedsiębiorca usunął z nowego wzorca § 2 ust. 2 i zmodyfikował pozostałe postanowienia, tj. § 3 ust. 2, 4, 5 i 10, §5 ust. 2, § 7 ust. 1 i 2 oraz § 11 nadając im treść, która nie pozwala na ich zakwalifikowanie jako tożsamych z klauzulami wpisanymi do rejestru niedozwolonych postanowień umownych i dalsze kwestionowanie w prowadzonym postępowaniu. Nowy wzorzec umowy może zostać wprowadzony do obrotu w miejsce dotychczas stosowanego. W odniesieniu do umów pozostających nadal w obrocie prawnym Przedsiębiorca zobowiązał się do wprowadzenia stosownych aneksów, na podstawie których postanowienie § 2 ust. 2 zostanie usunięte, a pozostałe postanowienia zmodyfikowane w sposób zgodny z treścią nowego wzorca.

W świetle powyższego Prezes Urzędu uznał, że podjęte przez Przedsiębiorcę zobowiązanie zmierza bezpośrednio do zapobieżenia naruszeniom art. 24 ustawy. Spełniona została zatem druga, obok uprawdopodobnienia stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, przesłanka warunkująca wydanie decyzji na podstawie art. 28 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W pkt Ia sentencji decyzji Prezes Urzędu nałożył zatem na Przedsiębiorcę obowiązek wykonania przyjętego zobowiązania poprzez zawieranie nowych umów zgodnie z wzorcem umowy przedwstępnej sprzedaży budynku mieszkalnego wraz z działką, w którym kwestionowane postanowienia nie występują.

Biorąc ponadto pod uwagę, że fakt podpisania przez kontrahentów Przedsiębiorcy aneksów zgodnie z postanowieniami nowego wzorca umowy przedwstępnej jest okolicznością niezależną od Przedsiębiorcy, w zakresie zobowiązania złożonego w odniesieniu do umów pozostających nadal w obrocie prawnym, Prezes Urzędu nałożył na Przedsiębiorcę obowiązek przedstawienia kontrahentom propozycji zmiany ww. umów w drodze stosownych aneksów (pkt I b sentencji decyzji). Prezes Urzędu uznał, że mimo podjętych działań Przedsiębiorca nie miałby możliwości skutecznego wykonania zobowiązania do aneksowania tych umów.

W związku z opracowanym i przedłożonym w trakcie prowadzonego postępowania nowym wzorcem umowy Prezes Urzędu uznał, że nie jest konieczne wyznaczenie, o co wnosił Przedsiębiorca, terminu co najmniej 7 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji, do wprowadzenia tego wzorca do obrotu prawnego. Wniosek Przedsiębiorcy o wyznaczenie tego terminu założony został na wstępnym etapie postępowania, kiedy Przedsiębiorca nie przedstawił jeszcze nowego wzorca, a termin ten był konieczny, zdaniem Przedsiębiorcy, do *przeredagowania zakwestionowanych postanowień.*

Zgodnie z art. 28 ust. 2 ww. ustawy, Prezes Urzędu wyznaczył Przedsiębiorcy termin wykonania zobowiązania określonego w pkt I b sentencji decyzji. W tym zakresie Prezes Urzędu uwzględnił wniosek Przedsiębiorcy i wyznaczył termin 2 miesięcy od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji na wprowadzenie aneksów do nadal obowiązujących umów. Zdaniem Prezesa Urzędu, jest to termin wystarczający do skutecznego wykonania wszystkich niezbędnych w tym celu czynności, biorąc pod uwagę zarówno liczbę umów, jak również możliwości organizacyjne i techniczne Przedsiębiorcy.

Na podstawie art. 28 ust. 3 ustawy, Prezes Urzędu nałożył na Przedsiębiorcę obowiązek przekazania, w terminie 3 miesięcy od dnia uprawomocnienia się decyzji, informacji o realizacji zobowiązania nałożonego w punkcie I sentencji decyzji oraz przedłożenia kopii umów zawartych zgodnie z postanowieniami nowego wzorca umowy i dowodów potwierdzających przekazanie kontrahentom aneksów do obowiązujących nadal umów.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479^{28} § 2 k.p.c. - od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie- Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwóch tygodni od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów- Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Poznaniu.

Z upoważnienia Prezesa Urzędu
Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Dyrektor Delegatury w Poznaniu
Jarosław Krüger

Otrzymuje:
Pan Tomasz Janaszczyk- *pełnomocnik Novum Plus Sp. z o.o.*
JLSW Lis Janaszczyk Stachura- Radcowie Prawni Spółka Partnerska
ul. Piękna 30
60-591 Poznań