



PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
MAŁGORZATA KRASNOŁĘBSKA-TOMKIEL

DDK-61-17/08/JTB

Warszawa, dn. 3 grudnia 2010 r.

DECYZJA DDK Nr 17/2010

I. Na podstawie art. 26 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania w sprawie stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, **Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznaje działanie Polskiego Związku Firm Deweloperskich z siedzibą w Warszawie**, stanowiące nieuczciwą praktykę rynkową, o której mowa art. 11 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. z 2007 r. Nr 171, poz. 1206), polegające na:

stosowaniu suplementu Kodeksu Dobrych Praktyk pod nazwą „Katalog Zasad Umowy Deweloperskiej”, zawierającego postanowienia sprzeczne z prawem,

za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, **i nakazuje zaniechanie jej stosowania.**

II. Na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, **Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nakazuje Polskiemu Związkowi Firm Deweloperskich z siedzibą w Warszawie publikację niniejszej decyzji** w całości na koszt Polskiego Związku Firm Deweloperskich na stronie internetowej przedsiębiorcy www.pzfd.pl (przy czym odnośnik do treści decyzji powinien zostać umieszczony na stronie głównej www.pzfd.pl) w ciągu 14 (czternaście) dni od daty jej uprawomocnienia się oraz utrzymywanie jej na wskazanej stronie internetowej przez okres 6 miesięcy, a ponadto **jednokrotną publikację pkt I sentencji decyzji** na koszt Polskiego Związku Firm Deweloperskich na jednej z trzech pierwszych stron dodatków o nieruchomościach do dzienników *Rzeczpospolita* (wydanie poniedziałkowe) oraz *Gazeta Wyborcza* (wydanie środowe) o objętości co najmniej 24 (dwadzieścia cztery) cm x 14 (czternaście) cm, rozmiar czcionki co najmniej 13 (trzynaście) w ciągu 30 (trzydzieści) dni od daty uprawomocnienia się przedmiotowej decyzji.

III. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), **Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nakłada na Polski Związek Firm Deweloperskich z siedzibą w Warszawie, karę pieniężną w wysokości 9 781,00 zł (słownie: dziewięć tysięcy siedemset osiemdziesiąt jeden zł)** płatną do budżetu państwa, z tytułu naruszenia zakazu, o jakim mowa w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

IV. Na podstawie art. 77 ust. 1 w związku z art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz stosownie do art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 ze zm., w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów **Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów obciąża Polski Związek Firm Deweloperskich z siedzibą w Warszawie kosztami** opisanego na wstępie **postępowania** w sprawie stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów oraz **zobowiązuje tego przedsiębiorcę do zwrotu** Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **kosztów postępowania w postaci kosztów opinii biegłego w kwocie 24 885,00 zł (słownie: dwadzieścia cztery tysiące osiemset osiemdziesiąt pięć złotych)** w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Uzasadnienie

Dnia 9 kwietnia 2008 r. na podstawie art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm. - dalej „uokik”) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej - „Prezes Urzędu”) wszczął przeciwko Polskiemu Związkowi Firm Deweloperskich z siedzibą w Warszawie przy ul. Żurawiej 32/34 (dalej – „PZFD”) postępowanie w sprawie w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów polegających na:

1. stworzeniu suplementu Kodeksu Dobrych Praktyk pod nazwą „Katalog Zasad Umowy Deweloperskiej”, którego postanowienia są sprzeczne z art. 385¹ i 385³ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), jako przypadek stosowania kodeksu dobrych praktyk zawierającego postanowienia sprzeczne z prawem, co może stanowić nieuczciwą praktykę rynkową w rozumieniu art. 11 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz. 1206 – dalej „upnpr”) i jako naruszenie zbiorowych interesów konsumentów może zostać uznane za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 uokik;
2. umieszczeniu w treści Uchwały nr 5/2007 Walnego Nadzwyczajnego Zgromadzenia Członków PZFD z dnia 14. 12. 2007 r., którą przyjęty został przez władze Polskiego Związku Firm Deweloperskich „Katalog Zasad Umowy Deweloperskiej” a następnie udostępnieniu treści przedmiotowej Uchwały na stronach www.pzfd.pl, następującego sformułowania: „**Kodeks Dobrych Praktyk (KDP) przyjęty do stosowania w 2005 r. przez Polski Związek Firm Deweloperskich (PZFD) zaakceptowany przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) wymagał opracowania szczegółowych zasad etyczno-biznesowych, jakie powinna spełniać umowa deweloperska zawierana pomiędzy deweloperami członkami PZFD a jej Klientami.**”, którego treść może sugerować konsumentom fakt zaakceptowania przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów postanowień „Katalogu Zasad Umowy Deweloperskiej” przy jednoczesnym braku takiej akceptacji, co może stanowić nieuczciwą praktykę rynkową w rozumieniu art. 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 4 ust. 1 upnpr i jako naruszenie zbiorowych interesów konsumentów może zostać uznane za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 uokik.

Podstawą wszczęcia przedmiotowego postępowania były ustalenia poczynione przez Urząd na podstawie analizy informacji zamieszczonych na stronach internetowych PZFD - www.pzfd.pl.

Postanowienie o wszczęciu postępowania wraz z zawiadomieniem doręczono PZFD dnia 11 kwietnia 2008 r.

PZFD w piśmie z dnia 25 kwietnia 2008 r. wyraził swoje stanowisko odnośnie do zarzutów zawartych w postanowieniu z dnia 9 kwietnia 2008 r. W przedmiotowym piśmie PZFD zakwestionował stanowisko Prezesa Urzędu w zakresie zarzutu pierwszego. Jednocześnie PZFD wyjaśnił, iż Uchwała nr 5/2007 Walnego Nadzwyczajnego Zgromadzenia Członków PZFD z dnia 14. 12. 2007 r. (dalej - „Uchwała 5/2007”) nie zawiera w swojej treści sformułowania zakwestionowanego przez Prezesa Urzędu. Jak wynikało z wyjaśnień PZFD sformułowanie to zostało umieszczone jedynie na stronie internetowej jako wprowadzenie Uchwały 5/2007. PZFD poinformował dodatkowo, iż w dniu 11 kwietnia 2008 r. zakwestionowane przez Prezesa Urzędu sformułowanie zostało trwale usunięte z jego strony internetowej.

Postanowieniem z dnia 29 lipca 2008 r. Prezes Urzędu zmienił treść zarzutu postawionego PZFD postanowieniem z dnia 9 kwietnia 2008 r., w zakresie zarzutu umieszczonego w pkt 2 postanowienia o wszczęciu niniejszego postępowania.

Postanowienie z dnia 29 lipca 2008 r., zmieniające postanowienie z dnia 9 kwietnia 2008 r., wraz z zawiadomieniem doręczono PZFD 4 sierpnia 2008 r.

Analiza materiału dowodowego zgromadzonego w trakcie niniejszego postępowania wykazała, iż przedmiotowa sprawa w zakresie zarzutu dotyczącego umieszczenia przez PZFD na stronach internetowych wraz treścią Uchwały 5/2007 sformułowania: „**Kodeks Dobrych Praktyk (KDP) przyjęty do stosowania w 2005 r. przez Polski Związek Firm Deweloperskich (PZFD) zaakceptowany przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) wymagał opracowania szczegółowych zasad etyczno-biznesowych, jakie powinna spełniać umowa deweloperska zawierana pomiędzy deweloperami członkami PZFD a jej Klientami**” została dostatecznie wyjaśniona. Jednocześnie samodzielny charakter tegoż zarzutu wskazywał, iż może stanowić przedmiot odrębnego rozstrzygnięcia. Z uwagi na to, zasadnym było wydanie przez Prezesa Urzędu decyzji częściowej w rozumieniu art. 104 § 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 ze zm.- dalej „K.p.a.”), Prezes Urzędu Decyzją Częściową DDK Nr 30/2008 z dnia 3 grudnia 2008 r. dokonał rozstrzygnięcia w zakresie zarzutu nr 2.

W piśmie z dnia 13 czerwca 2008 r. oraz z dnia 22 lipca 2008 r. PZFD podtrzymał swoje stanowisko odnośnie do zarzutu nr 1 składając jednocześnie wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w rozumieniu art. 59 uokik na okoliczność dopuszczalnych różnic pomiędzy projektowaną, a rzeczywistą powierzchnią użytkową mieszkań, wynikających z norm branżowych oraz zasad sztuki budowlanej.

Postanowieniem z dnia 30 września 2009 r., sygn. akt DDK-61-17/08/JTB Prezes Urzędu wydał postanowienie o przeprowadzeniu opinii biegłego na okoliczność występowania dopuszczalnych różnic pomiędzy projektowaną, a rzeczywistą powierzchnią użytkową mieszkań, powierzając sporządzenie opinii Politechnice Gdańskiej Katedra Podstaw Budownictwa i Inżynierii Materiałowej Wydział Inżynierii Ładowej Środowiska.

Pismem z dnia 29 kwietnia 2010 r. zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 10 § 1 K.p.a. Prezes Urzędu poinformował PZFD o możliwości wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań przed wydaniem decyzji.

Z powyższego uprawnienia Strona postępowania skorzystała. W dniu 11 maja 2010 r. z aktami sprawy zapoznał się jej pełnomocnik. Następnie pismem z dnia 18 maja 2010 r. PZFD podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko odnośnie zarzutu będącego przedmiotem niniejszego postępowania oraz odniósł się do Opinii biegłego. Ponadto PZFD przekazał treść uchwały nr 16/2009 Walnego Zgromadzenia Członków PZFD z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie zmiany Katalogu Zasad Umowy Deweloperskiej.

Pismem z dnia 18 maja 2010 r. PZFD podniosła zarzut odnośnie do niekompletności przedstawionych materiałów dowodowych zawartych na płycie CD (k. 93 akt postępowania), w związku z czym Prezes Urzędu postanowieniem z dnia 8 czerwca 2010 r., sygn. akt DDK-61-17/08/JTB zaliczył w poczet dowodów w niniejszym postępowaniu następujące dokumenty:

1. pismo Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 13 czerwca 2007 r. (sygn. akt DDK-076-48/07/JTB) skierowane do Głównego Inspektora Inspekcji Handlowej ws. przeprowadzenia kontroli w zakresie stosunku powierzchni projektowej lokali mieszkalnych w budynkach wielolokalowych do powierzchni powykonawczej lokali (zlecenie kontroli);
2. pismo Głównego Inspektora Inspekcji Handlowej z dnia 19 października 2007 r. (sygn. akt BK/ANU-41-44/07AJ) wraz załącznikami;
3. pismo Biura Kontroli i Bezpieczeństwa Produktów Głównego Inspektoratu Inspekcji Handlowej z dnia 19 listopada 2007 r. (sygn. akt BK/ANU-41-44/07/AJ) wraz z załącznikami.

Ponadto postanowieniem z dnia 16 czerwca 2010 r. (sygn. akt DDK-61-17/08/JTB) Prezes Urzędu ograniczył wobec PZFD prawo wglądu do materiału dowodowego w zakresie danych umożliwiających identyfikację przedsiębiorców objętych badaniem zawartych w piśmie Głównego Inspektora Inspekcji Handlowej z dnia 19 października 2007 r. (sygn. akt BK/ANU-41-44/07AJ) i jego załączniku oraz załączniku do pisma Biura Kontroli i Bezpieczeństwa Produktów Głównego Inspektoratu Inspekcji Handlowej z dnia 19 listopada 2007 r. (sygn. akt BK/ANU-41-44/07/AJ) w postaci płyty CD.

Pismem z dnia 16 czerwca 2010 r. zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 10 § 1 K.p.a. Prezes Urzędu poinformował PZFD o możliwości wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań przed wydaniem decyzji.

Z powyższego uprawnienia Strona postępowania skorzystała. W dniu 24 czerwca 2010 r. z aktami sprawy zapoznał się jej pełnomocnik.

Dodatkowo postanowieniem z dnia 26 lipca 2010 r., sygn. akt DDK-61-17/08/JTB Prezes Urzędu zaliczył w poczet dowodów w niniejszym postępowaniu następujące dokumenty:

1. pismo z dnia 9 marca 2010 r. skierowane przez konsumenta do PZFD, stanowiące załącznik nr 15 do skargi konsumenckiej z dnia 21 czerwca 2010 r., nr kancelaryjny 22837;
2. UMOWA O DZIEŁO nr DBA-2/117-58/09 z dnia 21 października 2009 r. zawarta pomiędzy Urzędem Ochrony Konkurencji i Konsumentów a Andrzejem Jackiem Tejchmanem-Konarzewskim wraz z aneksem z dnia 8 grudnia 2009 r. i załącznikami;
3. UMOWA O DZIEŁO nr DBA-2/117-59/09 z dnia 21 października 2009 r. zawarta pomiędzy Urzędem Ochrony Konkurencji i Konsumentów a Łukaszem Skarzyńskim wraz z aneksem z dnia 8 grudnia 2009 r. i załącznikami;
4. UMOWA O DZIEŁO nr DBA-2/117-60/09 z dnia 21 października 2009 r. zawarta pomiędzy Urzędem Ochrony Konkurencji i Konsumentów a Ireneuszem Marzec wraz z aneksem z dnia 8 grudnia 2009 r. i załącznikami;

5. UMOWA O DZIEŁO nr DBA-2/117-61/09 z dnia 21 października 2009 r. zawarta pomiędzy Urzędem Ochrony Konkurencji i Konsumentów a Krzysztofem Drag wraz z aneksem z dnia 8 grudnia 2009 r. i załącznikami;
6. UMOWA O DZIEŁO nr DBA-2/117-62/09 z dnia 21 października 2009 r. zawarta pomiędzy Urzędem Ochrony Konkurencji i Konsumentów a Łukaszem Widulińskim wraz z aneksem z dnia 8 grudnia 2009 r. i załącznikami;
7. lista płać Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nr 21 za czerwiec 2010 r.;
8. wtórniki wysłanych zleceń płatniczych dokonanych w dniu 4 czerwca 2010 r.

Następnie pismem z dnia 29 lipca 2010 r. zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 10 § 1 K.p.a. Prezes Urzędu poinformował PZFD o możliwości wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań przed wydaniem decyzji.

Z powyższego uprawnienia Strona postępowania skorzystała. W dniu 4 sierpnia 2010 r. z aktami sprawy zapoznał się jej pełnomocnik.

Prezes Urzędu ustalił następujący stan faktyczny:

PZFD jest ogólnopolskim związkiem pracodawców, zrzeszającym firmy deweloperskie (117 przedsiębiorstw – dane pochodzą z pisma z dnia 25 kwietnia 2008 r.), który jest wpisany do Krajowego Rejestru Sądowego – Rejestru Stowarzyszeń, Innych Organizacji Społecznych i Zawodowych, Fundacji i Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej pod numerem KRS 0000114107. Działa na podstawie Statutu przyjętego w dniu 14 czerwca 2007 r. Uchwałą nr 03/WZC/2007 na VIII Walnym Zgromadzeniu Członków Polskiego Związku Firm Deweloperskich. Głównym celem działalności PZFD jest m.in. działalność na rzecz polepszenia warunków realizacji budownictwa mieszkaniowego w ramach branży deweloperskiej, umacnianie właściwego wizerunku firm deweloperskich, ochrona praw zrzeszonych członków związku, reprezentowanie środowiska deweloperów i jego członków wobec organów władzy publicznej i administracji oraz innych instytucji i osób prawnych lub fizycznych.

Zgodnie ze Statutem PZFD najwyższą władzą związku jest Walne Zgromadzenie Członków, a każdy z członków posiada jeden głos (każdy z członków ma takie samo prawo decydowania o sprawach istotnych dla związku). Uchwałą z dnia 14 grudnia 2007 r. nr 5/2007 IX Walne Nadzwyczajne Zgromadzenie Członków PZFD przyjęło „Katalog Zasad Umowy Deweloperskiej” (dalej - „Katalog”). Przedmiotowy Katalog stanowi suplement Kodeksu Dobrych Praktyk przyjętego przez PZFD w 2003 r. Katalog obejmuje zbiór standardów jakie musi spełniać umowa zawierana przez członka PZFD z konsumentem (obowiązek przestrzegania jego postanowień przez wszystkich członków PZFD wynika z treści Uchwały). W praktyce treść umów zawieranych przez członków PZFD z konsumentami *de facto* będzie oparta na zasadach zawartych w Katalogu i przyjmie w dużej mierze ujednoliczoną formę. PZFD jest twórcą i zarazem podmiotem odpowiedzialnym za przestrzeganie stosowanych przez siebie: Kodeksu Dobrych Praktyk oraz Katalogu. .

Z ustaleń Urzędu wynika, iż znajdujące się w Katalogu następujące postanowienia:

- A. pkt II. 6 *„Zobowiązanie dewelopera, że powierzchnia wykonanego lokalu wyliczona metodą zapisaną w umowie, nie będzie różnić się od powierzchni zapisanej w umowie o więcej niż 2%. W takim przypadku uważa się, że lokal wykonano zgodnie z umową i stronom nie przysługuje prawo do odstąpienia od umowy z powołaniem w/w okoliczności. Różnice powierzchni przekraczające 2%*

uprawniają kupującego do odstąpienia od umowy z powołaniem w/w okoliczności. (...)”;

- B. pkt IV. 3 *„Określenie przypadków, gdy cena planowana może różnić się od ostatecznej z tytułu, np: a) rozliczenia powierzchni wykonanej zgodnie z pkt II.5, b) wzrostu podatku VAT w trakcie trwania umowy, c) waloryzacji cen o wzrost kosztów inwestycji na podstawie zapisanego w umowie sposobu waloryzacji opartego o powszechnie dostępne wskaźniki, np. GUS, Sekocenbud. We wszystkich przypadkach wzrostu cen opisanych w pkt. 3 kupującemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy, z zastrzeżeniem pkt II.6 o ile łączny wzrost ceny przekroczy 10% ceny całkowitej”*, które zgodnie z wyjaśnieniami PZFD w związku z podjęciem przez PZFD uchwały nr 16/20009 z dnia 4 czerwca 2009 r. otrzymało brzmienie: *„Określenie przypadków, gdy cena planowana może różnić się od ostatecznej z tytułu, np: a) rozliczenia powierzchni wykonanej zgodnie z pkt II.5, b) waloryzacji cen o wzrost kosztów inwestycji na podstawie zapisanego w umowie sposobu waloryzacji opartego o powszechnie dostępne wskaźniki, np. GUS, Sekocenbud. We wszystkich przypadkach wzrostu cen opisanych w pkt. 3 kupującemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy, z zastrzeżeniem pkt II.6 o ile łączny wzrost ceny przekroczy 10% ceny całkowitej”* są sprzeczne z art. 385¹ oraz art. 385³ k.c.

W piśmie z dnia 25 kwietnia 2008 r. PZFD odniósł się do przedmiotowego zarzutu i przedstawił swoje stanowisko. Z treści przedmiotowego pisma wynika, iż Katalog określa w sposób szczegółowy zasady jakimi powinny kierować się firmy-członkowie PZFD w konstruowaniu stosowanych w obrocie konsumenckim wzorców umów. Zdaniem PZFD wypracowane przedmiotowe standardy, dotyczące najistotniejszych elementów umowy (przedmiot, cena, stan prawny, terminy i zasady regulowana wzajemnych zobowiązań, odpowiedzialność stron) równoważą interesy i zapewniają bezpieczeństwo stronom transakcji. Jednocześnie PZFD wyjaśnił, iż Katalog wskazuje minimalny poziom standardów, jakim powinny odpowiadać umowy zawierane przez członków PZFD z konsumentami, co nie wyklucza prowadzenia negocjacji przy zawieraniu konkretnych umów. W dalszej części pisma PZFD zakwestionował stanowisko Prezesa Urzędu dotyczące niezgodności z prawem wskazanych przez Prezesa Urzędu postanowień Katalogu.

Odnosząc się do zarzutu Prezesa Urzędu wobec postanowienia wskazanego w pkt A postanowienia o wszczęciu niniejszego postępowania PZFD wskazał, iż zakwestionowane postanowienie dotyczy świadczenia głównego dewelopera (*„stanowi element określenia głównego świadczenia dewelopera, jakim jest zobowiązanie do wybudowania i przeniesienia na konsumenta własności mającego powstać w przyszłości lokalu, o powierzchni określonej z tolerancją do 2%”* – por. pismo PZFD z dnia 25 kwietnia 2008r., k.- 43 akt postępowania). Postanowienie to zostało zawarte w części Katalogu dotyczącej „Przedmiotu umowy” i w sposób wyraźny określa, że powierzchnia lokalu może różnić się od projektu w granicach 2%. Taka redakcja postanowienia - zdaniem PZFD - stanowi określenie przedmiotu umowy, którym zgodnie z tym postanowieniem jest wykonanie lokalu z założoną w ten sposób tolerancją. Jednocześnie PZFD wyjaśnił, iż taki sposób określenia przedmiotu świadczenia wynika z uwarunkowań technologicznych i zarzucił Prezesowi Urzędu, iż bezpodstawnie twierdzi jakoby wskazana przez PZFD wielkość progu 2% była nieuzasadniona.

PZFD wskazał, przytaczając definicję obiektu budowlanego w rozumieniu przepisów Prawa budowlanego (art. 5 ustawy Prawo budowlane tj. Dz. U. z 2006 r., Nr 156, poz. 1118 ze zm.), iż przy realizacji obiektów budowlanych obowiązują zasady wynikające z ww. przepisów, przepisów aktów wykonawczych oraz stosowanych norm branżowych powoływanych w przepisach. PZFD przedstawił przykładowe normy branżowe wykorzystywane w trakcie realizacji obiektów budowlanych (np. Norma PN-B-03002:1999 oraz PN-B-10110), których stosowanie dopuszcza istnienie odchyleń do różnych elementów

wykorzystywanych w trakcie realizacji, co skutkuje skumulowaniem dopuszczanych tolerancji wymiarowych. W opinii PZFD wskazane różnice uwidaczniają się w wymiarach pomieszczeń, a przez to wpływają na powierzchnię lokali. Podkreślając jednocześnie, iż wskutek zastosowania wskazanych norm istnienie określonych tolerancji pozostaje w zgodzie z przepisami Prawa budowlanego. Normy te, zgodnie z wyjaśnieniami PZFD *„dopuszczają z jednej strony wykonanie elementów budynku z określoną tolerancją wymiarów dla jednych elementów, natomiast inne nakładają obowiązek wykonania elementów (np. wykończeniowych) z określoną dokładnością. Skutkuje to możliwością uzyskania wymiarów różnych od zakładanych w projekcie wykonawczym, przy czym pozostaje to w zgodzie z prawem budowlanym. Omawiana sytuacja dotyczy w szczególności wymiarów pomieszczeń. W wyniku tych skumulowanych dopuszczalnych zgodnie z zasadami sztuki budowlanej odchyłek, mogą zmienić się powierzchnie poszczególnych lokali.”* (por. pismo PZFD z dnia 25 kwietnia 2008r., k. 45 akt postępowania). PZFD stanął na stanowisku, iż niniejsze postępowanie powinno wykazać, iż przyjęty w Katalogu próg tolerancji w wysokości 2% jest uzasadniony względami technologicznymi, jest zgodny z przepisami prawa i jest nie do uniknięcia pomimo dołożenia wszelkiej staranności na etapie wykonawstwa. Zdaniem PZFD powołane przez niego względy o charakterze technicznym skutkują tym, iż w praktyce zawsze powierzchnia powykonawcza będzie się różnić nieznacznie od projektowanej, co zdaniem PZFD powinny potwierdzić badania przeprowadzone przez Inspekcję Handlową zlecone przez Prezesa Urzędu. Jednocześnie PZFD wniósł o włączenie do akt niniejszej sprawy i przeprowadzenie dowodu z wyników kontroli przeprowadzonej w 2007 r. przez IH na zlecenie Prezesa Urzędu na okoliczność istnienia różnicy pomiędzy powierzchnią projektowaną a powykonawczą lokali mieszkalnych w budynkach wielolokalowych oraz ustalenia sposobu dokonania obliczeń powierzchni powykonawczej lokali.

Ponadto w opinii PZFD treść przedmiotowego postanowienia z uwagi na powyższe wyjaśnienia nie pozostaje w sprzeczności z dobrymi obyczajami, ani nie narusza rażąco interesów konsumenta, przez co nie spełnia przesłanek określonych w art. 385¹ § 1 k.c. Zdaniem PZFD taki sposób ukształtowania treści umowy trudno uznać za sprzeczny z dobrymi obyczajami, gdyż nie wykracza on przeciw uznanym w społeczeństwie zasadom moralnym lub przyjętej w obrocie uczciwości. Co więcej w opinii PZFD dopuszczenie możliwości odstępowania przez konsumenta od umowy w przypadku wystąpienia najmniejszej, nawet kilkucentymetrowej różnicy w powierzchni, której nie sposób uniknąć ze wskazanych przez PZFD względów technicznych, stanowiłoby naruszenie dobrych obyczajów oraz zasad zdrowego rozsądku.

Jednocześnie zdaniem PZFD treść kwestionowanego postanowienia nie stanowi również rażącego naruszenia interesów konsumentów, co jest przesłanką konieczną do uznania postanowienia za niedozwolone. W niniejszej sytuacji, zgodnie z powołanym przez PZFD orzecnictwem, nie dochodzi bowiem do nieusprawiedliwionej dysproporcji praw i obowiązków na niekorzyść konsumenta. Co więcej zdaniem PZFD lokal wykonany w granicach określonej w Katalogu tolerancji nie skutkuje jego nieprzydatnością i stanowi realizację celu zawarcia umowy. PZFD wyjaśnił ponadto, że ewentualne zmiany pozostają dla konsumenta obojętne z ekonomicznego punktu widzenia, gdyż w przypadku zwiększenia powierzchni cena będzie wyższa, a w przypadku zmniejszenia odpowiednio niższa, a jego zwiększone świadczenie pieniężne będzie odpowiednikiem większej powierzchni lokalu. Zdaniem PZFD stanowi to dla konsumenta korzyść w sytuacji dalszej odsprzedaży lokalu na rynku wtórnym, w postaci wyceny zgodnej z powierzchnią (odpowiednio wyższej). Jednocześnie PZFD podkreślił, iż zwiększenie ceny w wyniku zwiększenia powierzchni nie stanowi naruszenia interesów konsumenta, gdyż *„zgodnie z jasno określonymi warunkami umowy, powinien się liczyć z taką ewentualnością i upewnić się, czy dysponuje wystarczającą po temu ilością środków pieniężnych”*, co wynika również z postanowień Kodeksu (por. pkt I.

2 Kodeksu: „Klient powinien upewnić się czy ma wystarczającą ilość środków pieniężnych, które są niezbędne do nabycia planowanej inwestycji.”).

PZFD wskazał również, iż treść przedmiotowego postanowienia nie odpowiada żadnej klauzuli z listy „szarych klauzul” (art. 385³ k.c.), ani treści żadnej z klauzul wpisanych do Rejestru. W opinii PZFD fakt, iż postanowienie to określa główne świadczenie strony wyłącza możliwość zakwalifikowania go jako tożsamej z jedną z wymienionych na szarej liście, które to klauzule w razie wątpliwości uznaje się za niedozwolone.

W opinii PZFD przedmiotowego postanowienia nie można uznać za niezgodne z art. 385³ pkt 2 k.c., ponieważ z niewykonaniem zobowiązania mielibyśmy do czynienia w przypadku określenia przedmiotu świadczenia jako lokalu o zagwarantowanej w umowie ściśle określonej powierzchni. Natomiast w niniejszym przypadku Katalog wyraźnie określa tolerancję, w ramach której zostanie wykonany lokal.

Przedmiotowe postanowienie nie spełnia w opinii PZFD również przesłanek art. 385³ 19 k.c., gdyż nie przewiduje jednostronnej zmiany przedmiotu świadczenia (np. w postaci dowolnych zmian powierzchni lokalu, zmian projektu skutkujących zmianą powierzchni, bowiem określa jedynie próg tolerancji przy uwzględnieniu uwarunkowań technologicznych).

Zdaniem PZFD przedmiotowe postanowienie nie stanowi również naruszenia art. 385³ 20 k.c., ponieważ deweloper nie dokonuje zmiany ceny (nie określa, nie podwyższa jej), która jest „jedynie funkcją ustaloną w drodze obmiarów wykonawczych powierzchni wykonywanego mieszkania (mieszczącej się w ramach przyjętej tolerancji) oraz ustalonej przez strony ceny za metr kwadratowy.” (por. pismo PZFD z dnia 25 kwietnia 2008r., k. 48 akt postępowania). Jednocześnie to rozwiązanie mieści się - w opinii PZFD - w granicach wskazanych przez Dyrektywę Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków umowach konsumenckich (dalej - „Dyrektywa 93/13/EWG”).

Ponadto w opinii PZFD treść przedmiotowego postanowienia nie wykazuje tożsamości z treścią żadnej z klauzul wpisanych do Rejestru. Jednocześnie powołując się na przykładową klauzulę z Rejestru uznaną przez SOKiK za niedozwoloną wyrokiem z dnia 10 października 2004 r., sygn. akt XVII Amc 47/03, PZFD wskazał, iż Prezes Urzędu zakwestionował przedmiotową klauzulę m.in. z powodu braku określenia maksymalnego zakresu modyfikacji, który można byłoby uznać za zmianę przedmiotu świadczenia. W związku z tym zdaniem PZFD należy przyjąć, iż Prezes Urzędu dopuścił sytuację, w której modyfikacja mieszcząca się w ramach określonego przez dewelopera progu, nie będzie stanowić zmiany przedmiotu świadczenia. W opinii PZFD z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

Dodatkowo PZFD powołując orzecznictwo (wyrok SOKiK z dnia 25 marca 2004 r., XVII Ama 51/2003) zakwestionował skuteczność rozszerzonej prawomocności wyroków *erga omnes* wydawanych w sprawach o uznanie postanowień wzorców umów za niedozwolone.

Odnosząc się do zarzutu Prezesa Urzędu wobec postanowienia wskazanego w pkt B postanowienia o wszczęciu niniejszego postępowania PZFD wskazał, iż zakwestionowane postanowienie dotyczy świadczenia głównego konsumenta co do zapłaty ceny – „wskazuje sposób ustalenia ostatecznej wysokości należnej ceny”, a przez to nie spełnia przesłanek określonych w art. 385¹ § 1 k.c.

Jednocześnie PZFD wyjaśnił, iż przedmiotowe postanowienie opiera się wyłącznie na obiektywnych czynnikach mających wpływ na koszt budowy, co nie skutkuje wzbogaceniem dewelopera kosztem konsumenta (zmiana powierzchni = zmiana kosztów budowy; zmiana stawki podatku VAT – co do zasady obciąża końcowego odbiorcę towarów i usług i w związku z tym z punktu widzenia przedsiębiorcy powinna być neutralna - por. pismo PZFD z dnia 25 kwietnia 2008r., k. 50 akt postępowania).

Ponadto PZFD podkreślił, iż w jego opinii przedmiotowe postanowienie nie stanowi również naruszenia art. 385³ 20 k.c., gdyż dotyczy ono „zmiany ceny” (co oznacza nie tylko jej zwiększenie ale również obniżenie). Ponadto na podstawie tego postanowienia deweloper nie określa, nie podwyższa (obniża) ceny, gdyż stanowi ona funkcję ustalonej powierzchni powykonawczej oraz ceny za metr kwadratowy i podlega ewentualnie waloryzacji w oparciu o przyjęte i wskazane, obiektywne wskaźniki oraz nie umożliwia ono deweloperowi zmiany tej ceny (określenie, podwyższenie, obniżenie). Jednocześnie zdaniem PZFD przyjęte rozwiązanie wyznacza „rozsądną granicę” ewentualnego wzrostu ceny na poziomie 10%, po przekroczeniu której konsument będzie mógł odstąpić od umowy. W ocenie PZFD zupełne uniemożliwienie waloryzacji ceny na podstawie obiektywnych wskaźników „wykraczałoby poza racjonalne względy ochrony interesów konsumentów” (por. pismo PZFD z dnia 25 kwietnia 2008r., k. 55 akt postępowania).

PZFD podkreślił jednocześnie, iż w przypadku interpretacji przepisów k.c. dotyczących niedozwolonych postanowień umownych należy uwzględniać przepisy Dyrektywy 93/13/EWG, które - zdaniem PZFD nie przyznają konsumentowi bezwzględnego prawa do odstąpienia od umowy w przypadku jakiegokolwiek zmiany ceny [ust. 1 lit l) załącznika do Dyrektywy]. Co więcej PZFD stoi na stanowisku, iż przepisy Dyrektywy 93/13/EWG, nie zakazują waloryzacji cen, o ile jasno zostanie wskazana metoda służąca do zmiany ceny [ust. 2 lit d) załącznika do Dyrektywy]. Ponadto PZFD wskazał, iż analogiczne stanowisko zajął Urząd Komitetu Integracji Europejskiej w piśmie z dnia 17 maja 2007 r. skierowanym do Dyrektora Departamentu Strategii i Rozwoju Mieszkalnictwa Ministerstwa Budownictwa (por. załącznik do pisma PZFD z dnia 25 kwietnia 2008r., k. – 80-81 akt postępowania) oraz orzecznictwo (m.in. orzeczenie sądu szwedzkiego Sądu Najwyższego z dnia 6 marca 1984 r., NJA 1984, wyrok SOKiK z dnia 18 maja 2005 r., sygn. XVII Amc 86/03).

PZFD zakwestionował jednocześnie możliwość zakwalifikowania przedmiotowego postanowienia jako tożsamego z postanowieniami wpisanymi do Rejestru, z uwagi na fakt, iż ewentualny wzrost ceny nie obciąża jedynie konsumenta, bowiem zgodnie z treścią omawianego postanowienia wzrost ceny powyżej 10% umożliwia konsumentowi odstąpienie od umowy.

W piśmie z dnia 13 czerwca 2008 r. PZFD podtrzymał swoje stanowisko odnośnie do uzasadnionego charakteru wskazanego przez niego progu dopuszczalnych zmian powierzchni lokali. Jednocześnie poinformował, iż zlecił Instytutowi Techniki Budowlanej, będącemu jednostką badawczo-rozwojową w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 25 lipca 1985 r. o jednostkach badawczo-rozwojowych (Dz. U. z 2001 r., Nr 33, poz. 388 ze zm.) przygotowanie opinii technicznej w przedmiotowym zakresie.

Ponadto odnośnie do drugiego z zakwestionowanych przez Prezesa Urzędu postanowień Katalogu zaproponował zmianę jego treści na następującą: „*Określenie przypadków, gdy cena planowana może różnić się od ostatecznej z tytułu, np: a) rozliczenia powierzchni wykonanej zgodnie z pkt II.5, b) waloryzacji cen o wzrost kosztów inwestycji na podstawie zapisanego w umowie sposobu waloryzacji opartego o powszechnie dostępne wskaźniki, np. GUS, Sekocenbud, NBP lub inne wskaźniki ogłaszane przez władzę publiczną. We wszystkich przypadkach wzrostu cen opisanych w pkt. 3 kupującemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy, z zastrzeżeniem pkt II.6 o ile łączny wzrost ceny przekroczy 10% ceny całkowitej*”. PZFD podkreślił jednocześnie, iż takie rozwiązanie jest uzasadnione z uwagi na fakt, iż próg 10%, dopiero którego przekroczenie upoważnia konsumenta do odstąpienia od umowy, dotyczy łącznej zmiany ceny z powodu wszystkich wskazanych w postanowieniu przyczyn oraz całego okresu umowy.

Pismem z dnia 22 lipca 2008 r., stanowiącym odpowiedź PZFD na wyjaśnienia Prezesa Urzędu z dnia 14 lipca 2008 r. dotyczące sposobu przeprowadzania dowodu z opinii

biegłego, PZFD potwierdził, iż jego pismo z dnia 13 czerwca 2008 r. stanowiło wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii jednostki naukowej w rozumieniu przepisów o zasadach finansowania nauki. PZFD wniósł jednocześnie o przeprowadzenie dowodu z opinii Instytutu Techniki Budowlanej w Warszawie zgodnie z art. 59 uokik, na okoliczność dopuszczalnych różnic pomiędzy projektowaną a rzeczywistą powierzchnią użytkowa mieszkań, wynikających z norm branżowych i zasad sztuki budowlanej.

Pismem z dnia 18 maja 2010 r. PZFD podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko odnośnie do zarzutów postawionych w niniejszym postępowaniu, wniósł o umorzenie postępowania oraz odniósł się do Opinii biegłego. Ponadto PZFD przekazał treść uchwały nr 16/2009 Walnego Zgromadzenia Członków PZFD dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie zmiany Katalogu Zasad Umowy Deweloperskiej – zmianie uległa treść postanowienia pkt IV. 3 Katalogu (wyeliminowany został zapis dotyczący możliwości zamiany ceny z uwagi na zmianę stawki VAT – obecna treść: *„Określenie przypadków, gdy cena planowana może różnić się od ostatecznej z tytułu, np: a) rozliczenia powierzchni wykonanej zgodnie z pkt II.5, b) waloryzacji cen o wzrost kosztów inwestycji na podstawie zapisanego w umowie sposobu waloryzacji opartego o powszechnie dostępne wskaźniki, np. GUS, Sekocenbud. We wszystkich przypadkach wzrostu cen opisanych w pkt. 3 kupującemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy, z zastrzeżeniem pkt II.6 o ile łączny wzrost ceny przekroczy 10% ceny całkowitej”*).

PZFD odnosząc się do materiału dowodowego w postaci wyników kontroli IH zawartych na płycie CD wskazał, iż z uwagi na brak identyfikacji źródeł, opisu metodologii, wskazania czasu i miejsca przeprowadzonego badania, osób przeprowadzających badanie, podmiotów i przedmiotów podlegających badaniu materiał ten uniemożliwia jego weryfikację, a przez to pozbawiony jest wartości dowodowej.

Odnosząc się do Opinii biegłego PZFD wskazał, iż jego zdaniem potwierdza ona występowanie dopuszczalnych różnic pomiędzy powierzchnią rzeczywistą a projektowaną lokali w budynku murowanym na poziomie od 4,3% (dla mieszkań o pow. 25 m. kw.) do 2,1 % (dla mieszkań o pow. 100 m. kw.), przy jednoczesnej zgodności wykonanego budynku z projektem. Zdaniem PZFD próg przyjęty w Katalogu na poziomie 2% jest zatem niższy, niż wynikający z wartości wskazanych w Opinii biegłego. Ponadto odnosząc się do Opinii biegłego PZFD wskazał, iż twierdzenie w niej zawarte dotyczące odchyłek występujących dla budynków ze ścianami prefabrykowanymi nie ma praktycznej doniosłości z uwagi na niestosowanie obecnie przedmiotowej technologii.

Ponadto PZFD zakwestionował wniosek zawarty w pkt 4 (str. 71 Opinii biegłego) Opinii biegłego, który wskazuje, iż dokładność wykonania powierzchni w praktyce kształtuje się na poziomie 1% (*„Z naszych doświadczeń oraz innych autorów wynika, że przy normalnym poziomie wykonawstwa w odniesieniu do powierzchni budowli i mieszkań uzyskuje się zwykle dokładność wykonania powierzchni rzędu 1% dla każdego z analizowanych w opracowaniu systemów budownictwa.”*). W opinii PZFD przedmiotowa teza wobec wniosków zawartych w pkt 3 Opinii biegłego (str.71 Opinii biegłego) oraz pozostałych wywodów ma charakter arbitralny i nie poddaje się w żaden sposób weryfikacji. Skutkiem czego nie spełnia standardów dowodu z opinii biegłego wskazywanych przez orzecznictwo. Zgodnie bowiem z powołanym przez PZFD wyrokiem SN z dnia 19 maja 1998 r., sygn. akt II UKN 55/98 sposób uzasadnienia opinii biegłego powinien umożliwiać jej kontrolę sądową. Zdaniem PZFD Opinia biegłego z uwagi na arbitralny charakter wniosku zawartego w pkt 4 (str. 71 Opinii biegłego) nie zawiera elementów umożliwiających jej kontrolę sądową według kryteriów wskazanych przez orzecznictwo - zgodności z zasadami logiki, doświadczenia życiowego i wiedzy powszechnej, poziomu wiedzy biegłego, podstaw teoretycznych opinii, a także sposobu motywowania oraz stopnia skuteczności wyrażonych w niej wniosków. Ponadto zdaniem PZFD z uwagi na użycie przez biegłego

w kwestionowanym wniosku sformułowania „zwykle” skutkuje brakiem jednoznaczności i stanowczości Opinii biegłego.

PZFD zgodził się z tezą zawartą w Opinii biegłego, zgodnie z którą „*faktyczna różnica w powierzchni zaprojektowanych a wybudowanych mieszkań jest zwykle mniejsza, aniżeli maksymalna różnica, jaka może się pojawić w przypadku realizacji budynku w zgodzie z zasadami sztuki budowlanej*” (por. pismo PZFD z dnia 18 maja 2010 r., k. 226 – akt postępowania). Zdaniem PZFD stanowi to potwierdzenie pierwotnego wniosku Opinii biegłego zawartego w pkt 3 (str. 71 Opinii biegłego), wskazującego, iż dopuszczalne różnice pomiędzy projektowaną a rzeczywistą powierzchnią użytkową mieszkań w przypadku zgodności wykonanego budynku z projektem dla budynków murowanych zawierają się w przedziale od 4,3% (dla mieszkań o pow. 25 m. kw.) do 2,1 % (dla mieszkań o pow. 100 m.kw.).

W opinii PZFD powyższy wniosek z Opinii biegłego dowodzi, iż określony w Katalogu próg 2% jest niższy, niż wynikający z norm branżowych w zakresie wykonawstwa. Tym samym przedmiotowe postanowienie Katalogu jest dla konsumenta korzystne, gdyż zapewnia mu wyższy, niż wynikający z zasad ogólnych, poziom ochrony.

PZFD odnosząc się do zarzutów Prezesa Urzędu w zakresie drugiego z zakwestionowanych postanowień Katalogu (pkt IV.4 Katalogu) podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko. Wskazał, iż waloryzacja przewidziana w tym postanowieniu dotyczy zmiany wysokości kosztów, a nie ceny, przy czym „*dotyczy zmiany wysokości kosztów zobiektywizowanych, a nie - wzrostu kosztów konkretnej inwestycji, oderwanych od sytuacji na rynku*” (por. pismo PZFD z dnia 18 maja 2010 r., k. – akt postępowania). PZFD ponownie przytoczył treść Dyrektywy 93/13/EWG, orzecznictwo i stanowisko UKIE wskazujące na brak konieczności zapewnienia konsumentowi bezwzględnie prawa do odstąpienia od umowy w każdym przypadku wzrostu ceny, podkreślając istnienie zasady dokonywania wykładni prawa krajowego przychylnie prawu unijnemu.

PZFD wskazał jednocześnie szereg klauzul wpisanych do Rejestru, które nie są w jego opinii tożsame z treścią postanowienia zawartego w Katalogu:

- „*kwestionowana klauzula różni się od klauzuli nr 1884 i 1883 z Rejestru, albowiem dotyczy również sytuacji, gdy „stawka wskaźnika jest ujemna”;*
- *z tych samych względów kwestionowana klauzula różni się od klauzuli nr 1509 z Rejestru (dotyczy „zmiany”, a nie tylko „wzrostu”);*
- *kwestionowana klauzula różni się od klauzuli nr 1499/1498, która abstrahuje od wzrostu kosztów, a nadto odnosi się do wskaźnika usług konsumpcyjnych;*
- *kwestionowana klauzula różni się od klauzuli nr 1385, jako że przewiduje maksymalny poziom waloryzacji - a tym samym pozwala klientowi oszacować przy zawarciu umowy maksymalny poziom potencjalnego wzrostu ceny, i zabezpieczyć odpowiednie środki na taką okoliczność;*
- *kwestionowana klauzula różni się od klauzuli nr 884, gdzie brano pod uwagę tylko kurs „niższy”;*
- *kwestionowana klauzula różni się od klauzuli nr 284, gdzie w żaden sposób nie określono wskaźników ani maksymalnej wysokości waloryzacji”* (por. pismo PZFD z dnia 18 maja 2010 r., k. 227 – akt postępowania).

Oceniając przedstawiony stan faktyczny Prezes Urzędu zważył, co następuje:

Zgodnie z art. 24 ust. 2 uokik, przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działanie przedsiębiorcy. W związku z powyższym, dla uznania działania przedsiębiorcy za niezgodne z zawartym w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów zakazem stosowania praktyk naruszających zbiorowe

interesy konsumentów należy wykazać, iż spełnione zostały kumulatywnie trzy następujące przesłanki:

1. kwestionowane działanie jest działaniem przedsiębiorcy;
2. działanie to jest bezprawne;
3. działanie to godzi w zbiorowy interes konsumentów.

Ad 1.

Art. 4 pkt 1 uokik pojęcie przedsiębiorcy definiuje jako przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, a także:

- a) osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej,
- b) osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu,
- c) osobę fizyczną, która posiada kontrolę, w rozumieniu pkt 4, nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, jeżeli podejmuje dalsze działania podlegające kontroli koncentracji, o której mowa w art. 13,
- d) związek przedsiębiorców w rozumieniu pkt 2 - na potrzeby przepisów dotyczących praktyk ograniczających konkurencję oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Zgodnie z art. 4 pkt 2 uokik przez związek przedsiębiorców rozumie się izby, zrzeszenia i inne organizacje zrzeszające przedsiębiorców, o których mowa w pkt 1, jak również związki tych organizacji.

PZFD jest ogólnopolskim związkiem pracodawców, zrzeszającym firmy deweloperskie. Jest wpisany do Krajowego Rejestru Sądowego – Rejestru Stowarzyszeń, Innych Organizacji Społecznych i Zawodowych, Fundacji i Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej pod numerem KRS 0000114107. Niniejsze postępowanie dotyczy praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu przepisów uokik. Z uwagi na powyższe należy stwierdzić, iż PZFD jest przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów uokik.

Ad 2.

Bezprawność to sprzeczność zachowania z przepisami prawa. Bezprawność jest czynnikiem o charakterze obiektywnym, niezależnym od wystąpienia szkody, czy od zamiaru podmiotu dopuszczającego się działań bezprawnych. Przepis art. 24 uokik zawiera otwarty katalog działań stanowiących praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 powołanej ustawy, za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów uważa się m.in. nieuczciwe praktyki rynkowe. Oznacza to, że jeśli mamy do czynienia z nieuczciwą praktyką rynkową w rozumieniu upnpr, która jednocześnie narusza zbiorowe interesy konsumentów, takie działanie w świetle prawa może zostać uznane się za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów.

Zgodnie z art. 4 ust. 1 upnpr, stosowana przez przedsiębiorcę praktyka rynkowa jest nieuczciwa, jeżeli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy, w trakcie jej zawierania lub po zawarciu. Przedmiotowy przepis stanowi klauzulę generalną, która na okoliczność stosowania danej praktyki będzie podlegała stosownej konkretyzacji. Zgodnie z przepisami upnpr nieuczciwe praktyki rynkowe dzielą się na wprowadzające w błąd, agresywne praktyki rynkowe oraz praktyki polegające na stosowaniu sprzecznego

z prawem kodeksu dobrych praktyk (art. 4 ust. 2 upnpr). Do uznania ww. działań za praktykę rynkową należy badać je poprzez pryzmat klauzuli generalnej zamieszczonej w art. 4 ust. 1 upnpr. Oznacza to, iż by wykazać, że stosowane przez danego przedsiębiorcę praktyki stanowią nieuczciwą praktykę rynkową w rozumieniu przepisów upnpr, należy odnieść się zarówno do definicji praktyki polegającej na stosowaniu sprzecznego z prawem kodeksu dobrych praktyk (art. 11 ust. 1 upnpr), jak i do ogólnej definicji nieuczciwej praktyki rynkowej z art. 4 ust. 1 upnpr.

Przepisy unpr stanowią implementację do polskiego porządku prawnego Dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniającej Dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE, 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz Rozporządzenia (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady. Zgodnie z przedmiotową Dyrektywą, postanowienia kodeksów postępowania (kodeksów dobrych praktyk) nie mogą być sprzeczne z przepisami obowiązującego prawa. Jednocześnie Dyrektywa zawiera upoważnienie dla państw członkowskich, dając im w tym zakresie swobodę wyboru, do stosowania wobec twórców kodeksów, których przepisy są sprzeczne z prawem, tych samych środków i procedur, które są przewidziane dla zwalczania nieuczciwych praktyk rynkowych. Z tej możliwości skorzystał Ustawodawca polski sankcjonując tego rodzaju działania pod postacią nieuczciwej praktyki rynkowej zdefiniowanej w art. 11 ust. 1 upnpr. Tak zdefiniowanej praktyki dopuszcza się twórca kodeksu dobrych praktyk, którego postanowienia są sprzeczne z prawem. Za twórcę kodeksu dobrych praktyk przepisy upnpr uznają każdy podmiot, w tym przedsiębiorcę lub związek przedsiębiorców, odpowiedzialny za przygotowanie i wprowadzenie w życie lub nadzór nad przestrzeganiem takiego kodeksu (art. 11 ust. 3 upnpr).

W niniejszej sprawie koniecznym stało się przeanalizowanie przez Prezesa Urzędu, czy stosowany przez PZFD Katalog stanowi kodeks dobrych praktyk w rozumieniu przepisów upnpr i czy postanowienia zawarte w tym Katalogu są sprzeczne z prawem. Jednocześnie należało rozważyć, czy przedmiotowe działanie PZFD ma nieuczciwy charakter, tzn. czy jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcać zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta na jednym z etapów związanych z kontaktowaniem - przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu.

Przepisy upnpr zawierają definicję legalną kodeksów dobrych praktyk, pod pojęciem których należy rozumieć „*zbiór zasad postępowania, a w szczególności norm etycznych i zawodowych, przedsiębiorców, którzy zobowiązali się do ich przestrzegania w odniesieniu do jednej lub większej liczby praktyk rynkowych*” (art. 2 pkt 5 upnpr). Definicja legalna kodeksów dobrych praktyk w upnpr zwiększa znaczenie aktów samokontroli przedsiębiorców, które mają charakter pozaprawny z uwagi na fakt, iż co do zasady wynikają z dobrowolnego zobowiązania przedsiębiorcy do przestrzegania zasad etycznych (por. *A. Mokrysz – Olszyńska, Rola Kodeksów dobrych praktyk w ochronie konsumenta, (w:) Ochrona konkurencji i konsumentów w Polsce i Unii Europejskiej (studia prawnoekonomiczne) pod red. C. Banasińskiego, Warszawa 2005, s. 274*). Należy podkreślić, iż upnpr nie nakłada na przedsiębiorców obowiązku ustanowienia lub przystępowania do kodeksów dobrych praktyk w danej branży. Nie reguluje także wewnętrznych procesów samoregulacji przedsiębiorców. Upnpr wskazuje jedynie kryteria, określa ramy prawne dla ich tworzenia, dając przedsiębiorcy wskazówki czego mu nie wolno czynić aby stworzony przez niego akt samoregulacji nie naraził się na zarzut nieuczciwej praktyki rynkowej – np. art. 11 upnpr

(por. „Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz” pod. red. C. Banasiński, E. Piontek, Warszawa 2009, s. 446).

Rozważając znaczenie i rolę jaką mogą odgrywać kodeksy dobrych praktyk w obrocie rynkowym należy wskazać, iż służą one przede wszystkim „cywilizowaniu” w sposób wewnętrzny danej branży. Kodeksy dobrych praktyk stanowią zatem przejaw wizji społecznej odpowiedzialności biznesu, a jednym z jej skutków jest swoistego rodzaju możliwość wyróżnienia się przez przedsiębiorców biorących udział w takiej inicjatywie. Grupa przedsiębiorców określonej branży tworząc akt samoregulacji określa w nim najogólniej rzecz ujmując prawa i obowiązki swoje i swoich kontrahentów (konsumentów). Co do zasady kodeks dobrych praktyk to dokument zawierający normy/zasady postępowania na poziomie wyższym jeśli chodzi o uprawnienia konsumentów niż w przypadku przepisów prawa, gdyż tylko w takiej sytuacji można uznać akt samoregulacji za kodeks dobrych praktyk. Taki bowiem jest cel tworzenia aktów samoregulacji w postaci kodeksów dobrych praktyk. Co więcej zasady przyjmowane w ramach kodeksów dobrych praktyk są jednym z czynników kształtujących miarę dobrych obyczajów, czyli kryterium uczciwości danej praktyki rynkowej (por. art. 4 ust. 1 upnpr). Z tego też powodu za wysoce szkodliwe i sprzeczne z duchem samoregulacji należy uznać kodeksy dobrych praktyk, które *„nie wnoszą nic ponad to, co jest zagwarantowane prawem lub, co gorsze ograniczają zakres odpowiedzialności przedsiębiorców w stosunku do przepisów bezwzględnie obowiązujących”* (zob. A. Mokrysz – Olszyńska, Rola Kodeksów dobrych praktyk w ochronie konsumenta, w: Ochrona konkurencji i konsumentów w Polsce i Unii Europejskiej (studia prawnoekonomiczne) pod red. C. Banasińskiego, Warszawa 2005, s. 278).

Zatem kodeksy dobrych praktyk nie powinny zawierać regulacji sprzecznych z prawem. Co więcej postanowienia zawarte w aktach samoregulacji nie powinny budzić najmniejszych wątpliwości, co do ich zgodności z prawem i dobrymi obyczajami kupieckimi. W przeciwnym wypadku kodeksy dobrych praktyk nie spełniają swojej roli i w rzeczy samej nie są tymi aktami za jakie powinny uchodzić w zamierzeniu ich twórcy/podmiotu stosującego i w zakresie oczekiwań konsumentów. Za niedopuszczalne zatem należy uznać przypadek kiedy kodeks dobrych praktyk reguluje prawa i obowiązki konsumenta w sposób niezgodny z dobrymi obyczajami, a tym bardziej niezgodny z prawem.

Kodeks Dobrych Praktyk (dalej – „Kodeks”) jest stosowany przez PZFD od 2003 r. jako dokument branżowy mający na celu zapewnienie konsumentom usług świadczonych przez jego sygnatariuszy na określonym poziomie i jako taki może cieszyć się swoistą renomą oraz zaufaniem wśród konsumentów. Każdy członek PZFD ma obowiązek przestrzegania Kodeksu, a w przypadku naruszenia jego postanowień sygnatariusz może zostać wykluczony z PZFD.

Uchwałą z dnia z dnia 14 grudnia 2007 r. nr 5/2007 IX Walne Nadzwyczajne Zgromadzenie Członków PZFD przyjęło Katalog. Przedmiotowy Katalog zawiera uszczegółowienie przedstawionych w Kodeksie Dobrych Praktyk zagadnień dotyczących m.in. umowy zawieranej pomiędzy deweloperem a kupującym. Kodeks Dobrych Praktyk w I części pkt 5 – 7 zawiera postanowienia dotyczące umowy. W pkt 7 wymienione zostały ogólnie elementy jakie powinna zawierać umowa:

„Umowa powinna zawierać następujące elementy:

- a. opis przedmiotu umowy*
- b. termin rozpoczęcia realizacji inwestycji*
- c. czas realizacji inwestycji*
- d. zobowiązanie, iż roboty budowlane wykonywane przez firmy wykonawcze na rzecz Firmy deweloperskiej będącej członkiem PZFD objęte są rękojmią i co najmniej trzyletnią gwarancją*

- e. cenę z podziałem na elementy składowe oraz warunki płatności
- f. informację o zastosowanych materiałach i technologiach użytych do realizacji budowy.”

Katalog, jako suplement Kodeksu, zawiera rozwinięcie ww. punktu Kodeksu dotyczącego elementów z jakich powinna składać się umowa. Katalog grupuje przedmiotowe elementy w następujących działach:

- „I. Strony umowy
- II. Przedmiot umowy
- III. Podstawowe zobowiązania stron (w tym termin realizacji wzajemnych zobowiązań – pkt 4)
- IV. Cena (w tym określenie ceny i wszystkich jej składowych – pkt 2)
- V. Realizacja umowy (w tym zasady udzielania gwarancji oraz informacja o przysługującej rękojmi – pkt 9)
- VI. Przepisy porządkowe.”

Prezes Urzędu zakwestionował jako sprzeczne z prawem następujące postanowienia zamieszczone w Katalogu:

- A. pkt II. 6 „Zobowiązanie dewelopera, że powierzchnia wykonanego lokalu wyliczona metodą zapisaną w umowie, nie będzie różnić się od powierzchni zapisanej w umowie o więcej niż 2%. W takim przypadku uważa się, że lokal wykonano zgodnie z umową i stronom nie przysługuje prawo do odstąpienia od umowy z powołaniem w/w okoliczności. Różnice powierzchni przekraczające 2% uprawniają kupującego do odstąpienia od umowy z powołaniem w/w okoliczności. (...)”;
- B. pkt IV. 3 „Określenie przypadków, gdy cena planowana może różnić się od ostatecznej z tytułu, np: a) rozliczenia powierzchni wykonanej zgodnie z pkt II.5, b) wzrostu podatku VAT w trakcie trwania umowy, c) waloryzacji cen o wzrost kosztów inwestycji na podstawie zapisanego w umowie sposobu waloryzacji opartego o powszechnie dostępne wskaźniki, np. GUS, Sekocenbud. We wszystkich przypadkach wzrostu cen opisanych w pkt. 3 kupującemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy, z zastrzeżeniem pkt II.6 o ile łączny wzrost ceny przekroczy 10% ceny całkowitej”, które zgodnie z wyjaśnieniami PZFD w związku z podjęciem przez PZFD uchwały nr 16/20009 z dnia 4 czerwca 2009 r. otrzymało brzmienie: „Określenie przypadków, gdy cena planowana może różnić się od ostatecznej z tytułu, np: a) rozliczenia powierzchni wykonanej zgodnie z pkt II.5, b) waloryzacji cen o wzrost kosztów inwestycji na podstawie zapisanego w umowie sposobu waloryzacji opartego o powszechnie dostępne wskaźniki, np. GUS, Sekocenbud. We wszystkich przypadkach wzrostu cen opisanych w pkt. 3 kupującemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy, z zastrzeżeniem pkt II.6 o ile łączny wzrost ceny przekroczy 10% ceny całkowitej”.

Katalog zawiera postanowienia regulujące prawa i obowiązki przyszłych stron umowy, które to postanowienia są w sposób bezpośredni inkorporowane do wzorców umów tworzonych przez członków PZFD. W efekcie konkretny wzorzec umowy danego przedsiębiorcy składa się z obowiązkowej części postanowień sporządzonych na bazie Katalogu oraz ewentualnie z części złożonej z dodatkowych postanowień. Oznacza to, iż trzon każdego z poszczególnych wzorców umów członków będzie, co do zasady identyczny z Katalogiem. Jednocześnie należy zauważyć, iż skutkiem przedmiotowej konstrukcji jest to, iż sposób uregulowania praw i obowiązków konsumentów został określony z góry, jednostronnie przez PZFD w Katalogu.

W rozpatrywanym przypadku Katalog zawiera postanowienia sprzeczne z przepisami prawa, gdyż wykazują one cechy klauzul wpisanych do rejestru postanowień wzorców

umowy uznanych za niedozwolone, o którym mowa w art. 479⁴⁵ ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm. – dalej „k.p.c.”), które zostały już uznane prawomocnym wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK) za sprzeczne z przepisami k.c. dotyczącymi niedozwolonych postanowień umownych.

Zgodnie bowiem z art. 479⁴³ k.p.c., który rozszerza prawomocność wyroku wydanego w sprawie o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone na osoby trzecie, posługiwanie się postanowieniem, które zostało wpisane do Rejestru niedozwolonych postanowień umownych, po uznaniu go przez SOKiK za niedozwolone, jest prawnie zakazane, przez co klauzule wpisane do rejestru przyjmują charakter *quasi* norm prawnych. Skutek tzw. prawomocności rozszerzonej następuje od chwili wpisania wzorca umowy do Rejestru, prowadzonego przez Prezesa Urzędu, o którym mowa w art. 479⁴⁵ § 2 k.p.c. Konsekwencją umieszczenia postanowienia umownego w Rejestrze jest to, że posłużenie się nim będzie miało skutek wprowadzenia do obrotu elementu bezwzględnie przez prawo zakazanego. Wpis klauzuli do wskazanego powyżej Rejestru oznacza, że posługiwanie się nią w obrocie jest zakazane (tak: Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 19 grudnia 2003 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 95/03, Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 29 września 2005 r. w sprawie o sygn. akt VI ACa 381/05, Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 2 grudnia 2005 r. w sprawie o sygn. akt VI ACa 760/05, Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 13 lipca 2006 r., sygn. akt III SZP 3/06). Z uwagi na powyższe stanowisko PZFD dotyczące jego wątpliwości co do skuteczności rozszerzonej prawomocności orzeczeń sądowych *erga omnes* wydawanych w sprawach o uznanie postanowień wzorców umów za niedozwolone należy uznać za bezzasadne.

Ad A)

W opinii Prezesa Urzędu wprowadzenie do obrotu postanowienia zawartego w pkt II. 6 Katalogu - „Zobowiązanie dewelopera, że powierzchnia wykonanego lokalu wyliczona metodą zapisaną w umowie, nie będzie różnić się od powierzchni zapisanej w umowie o więcej niż 2%. W takim przypadku uważa się, że lokal wykonano zgodnie z umową i stronom nie przysługuje prawo do odstąpienia od umowy z powołaniem w/w okoliczności. Różnice powierzchni przekraczające 2% uprawniają kupującego do odstąpienia od umowy z powołaniem w/w okoliczności. (...)” wywoła takie same skutki jak zakazane klauzule abuzywne wpisane do Rejestru umożliwiające profesjonalście podwyższenie ceny lub wynagrodzenia po zawarciu umowy bez przyznania konsumentowi prawa odstąpienia od umowy, uprawniające kontrahenta konsumenta do jednostronnej zmiany umowy bez ważnych przyczyn wskazanej w umowie, a przez to jest sprzeczne z przepisami k.c. - art. 385¹ § 1 k.c. oraz 385³ pkt 10, 20 k.c. Przykładem takiej klauzuli są postanowienia abuzywne wpisane do rejestru pod poz.:

227 - „*W przypadku zmiany powierzchni lokalu wnikającej z inwentaryzacji powykonawczej, cena ulegnie zmianie o wartość wynikającą z pomnożenia różnicy w powierzchni lokalu przez cenę jednego metra kwadratowego ustaloną w umowie*” (wyrok SOKiK z dnia 10 października 2004 r., sygn. akt XVII Amc 47/03);

1540 - „*Strony zgodnie oświadczają, że: - w przypadku gdy różnica w powierzchni lokalu mieszkalnego nr... po obmiarze dokonany zgodnie z par. 5 pkt 1 niniejszej umowy w stosunku do powierzchni projektowanej wskazanej w par. 2 pkt 1 niniejszej umowy nie będzie przekraczać 3%, przez co strony rozumieją zarówno zmniejszenie, jak i zwiększenie powierzchni, to cena za lokal mieszkalny określona w par. 3 pkt 1 lit. a) nie ulegnie zmianie, - w przypadku gdy różnica w powierzchni lokalu mieszkalnego, po obmiarze dokonany zgodnie z par. 5 pkt 1 niniejszej umowy w stosunku do powierzchni projektowanej wskazanej w par. 2 pkt 1 nin. umowy będzie przekraczać 3% to cena za mieszkanie zostanie wyliczona*

jako stosunek ceny powierzchni mieszkania wraz z komórką lokatorską i balkonem /tarasem/, opisanego w par. 2 pkt 1 i powierzchni mieszkania wraz z komórką lokatorską i balkonem /tarasem/ po dokonanych obmiarze.” (wyrok SOKiK z dnia 12 listopada 2007 r., sygn. akt XVII AmC 108/0 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 18 lipca 2008 r., sygn. akt VI ACa 400/08).

Analizując treść przedmiotowego postanowienia z Katalogu należy wskazać, iż skutkiem wprowadzenia go do obrotu będzie przede wszystkim uniemożliwienie konsumentowi odstąpienia od umowy w przypadku wzrostu ceny w wyniku zwiększenia się powierzchni lokalu. Faktem jest, iż PZFD w Katalogu przewiduje obowiązek dokonania rozliczenia w każdej sytuacji wystąpienia różnicy, jednak w przypadku zwiększenia powierzchni lokalu mieszkalnego konsument zostanie obciążony dodatkowymi kosztami, co powinno skutkować przyznaniem mu prawa do odstąpienia od umowy. PZFD wyjaśnia, iż nie stanowi to naruszenia interesów konsumenta, gdyż ten otrzymuje lokal o większej powierzchni niż określona w umowie, który będzie mógł później odsprzedać na rynku wtórnym za odpowiednio wyższą cenę. Fakt ten jednak nie ma znaczenia dla niniejszego rozstrzygnięcia, gdyż przedmiotem badania nie są ewentualne przyszłe działania rynkowe konsumenta.

Jednocześnie ze stanowiska PZFD wynika, iż konsument powinien być przygotowany na taką sytuację, gdyż obowiązek ten w postaci zapewnienia środków na inwestycję wynika z postanowienia obowiązującego go Kodeksu (por. pkt I. 2 Kodeksu: *„Klient powinien upewnić się czy ma wystarczającą ilość środków pieniężnych, które są niezbędne do nabycia planowanej inwestycji.”*). Z tego też względu w opinii PZFD przedmiotowe postanowienie nie narusza w sposób rażący interesów konsumenta, który dzięki temu postanowieniu może tylko zyskać. Co więcej zdaniem PZFD niewprowadzenie 2% progu tolerancji i umożliwienie konsumentowi odstąpienia od umowy w przypadku wystąpienia najmniejszej nawet różnicy w powierzchni lokalu byłoby sprzeczne z dobrymi obyczajami.

Trudno jednak zgodzić się z tym stanowiskiem PZFD. Na podstawie przedmiotowego postanowienia konsument zostaje pozbawiony możliwości otrzymania mieszkania o powierzchni przez siebie wybranej. PZFD w stosowanym przez siebie Katalogu decyduje w sposób jednostronny i arbitralny, iż przedmiot umowy (lokal mieszkalny) może różnić się w granicach do 2% powierzchni od tego na jaki zdecydował się konsument. Oznacza to, iż lokal, jaki otrzyma konsument może być po wybudowaniu nawet o 2% większy od umówionego albo o 2% mniejszy, niż ten na jaki zdecydował się podpisując umowę. W praktyce konsument, mimo określonego progu do chwili wydania mu lokalu nie będzie wiedział o jakiej powierzchni otrzyma lokal. Może okazać się, iż zamiast lokalu o umówionej powierzchni 50 mkw. będzie to lokal o powierzchni: 49 m kw., 49,5 m kw., 5,05 m kw. 51 m kw. Przy czym w każdej sytuacji występowania różnicy w powierzchni projektowanej, a powykonawczej mieszczącej się w określonej z góry przez PZFD granicy lokal będzie zgodny z umową. Należy jednocześnie zaznaczyć, iż lokal o powierzchni mniejszej lub większej od umówionej będzie nie tyle nieprzydatny dla konsumenta, co po prostu nie będzie spełniał jego oczekiwań. Zmiana powierzchni lokalu mieszkalnego, będąca skutkiem zmiany wymiaru poszczególnych pomieszczeń (potwierdza to sam PZFD – w piśmie z dnia 25 kwietnia 2008 r., k. – 45/46 akt postępowania), może bowiem skutkować zmniejszeniem ich funkcjonalności (pomieszczenie zamiast kształtu kwadratu będzie mieć kształt prostokąta). Ponadto zmiana powierzchni lokalu, która może przełożyć się na kształt i wymiary poszczególnych pomieszczeń może spowodować wymierne straty finansowe po stronie konsumenta. Zwiększenie powierzchni pociągnie za sobą konieczność poniesienia dodatkowych kosztów związanych np. z zakupem większej ilości materiałów wykończeniowych, zmniejszenie powierzchni może zaś skutkować koniecznością wymiany wcześniej zamówionych mebli (okażą się zbyt dużych rozmiarów), a nawet niemożnością

wykończenia w sposób uprzednio zamierzony przez konsumenta (np. zmniejszenie powierzchni łazienki uniemożliwi montaż planowanej przez konsumenta wanny, szafki albo wymusi zmianę kształtu tych przedmiotów). Konsument nie ma jednak możliwości odstąpienia od umowy w przypadku, w którym zmiana powierzchni lokalu spowoduje wzrost ceny.

PZFD wskazuje, iż konsument ma możliwość odstąpienia od umowy w przypadku, gdy wzrost ceny przekroczy 10% ze wszystkich przyczyn (zmiana powierzchni lokalu, waloryzacja). Należy jednak zauważyć, iż w praktyce może dojść do sytuacji, w której zostanie przekroczony 2% próg tolerancji w powierzchni lokalu ale różnica w cenie nie przekroczy 10 % wskazanych w Katalogu jako uprawniających konsumenta do odstąpienia od umowy (wyniesie np. 9,9%). Zgodnie z postanowieniem Katalogu konsument będzie zobowiązany do zapłacenia ceny wyższej i nie będzie miał możliwości odstąpienia od umowy. Dla konsumenta może to oznaczać konieczność dopłaty na rzecz dewelopera kwoty ok. 50 000zł (10% od ceny mieszkania na poziomie 500 000zł).

W przedmiotowym postanowieniu PZFD jednostronnie i arbitralnie definiuje taki właśnie sposób określenia przedmiotu świadczenia. Jednocześnie z góry formułuje próg tolerancji, tym samym pozostawiając pewną swobodę w wykonaniu tak zdefiniowanego przedmiotu świadczenia. Należy zauważyć, iż taka konstrukcja powoduje, iż konsument od samego początku pozostaje na przegranej pozycji w stosunku do profesjonalisty. Deweloper bowiem nie musi przykładać się do należytego wykonania zobowiązania, gdyż doskonale zdaje sobie sprawę, iż ma ten właśnie margines bezpieczeństwa w postaci 2% progu tolerancji. W przypadku jeśli deweloper nie przekroczy określonego w Katalogu 2% progu tolerancji, to zgodnie z przedmiotowym postanowieniem będzie to równoznaczne z wykonaniem przez niego zobowiązania zgodnie z umową. Tym samym nie narazi się on na zarzut niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Należy również podkreślić, iż wprowadzenie przedmiotowego rozwiązania (możliwość zmiany powierzchni lokalu w granicach 2%) skutkuje brakiem jednoznacznego określenia przedmiotu świadczenia kontrahenta, gdyż w momencie zawierania umowy konsument nie wie o jakiej powierzchni ostatecznie otrzyma lokal.

Odrębną kwestią do przeanalizowania jest kwestia wielkości ustalonego przez PZFD na poziomie 2% progu różnicy pomiędzy powierzchnią projektowaną lokalu mieszkalnego, a jego powierzchnią powykonawczą

PZFD stanął na stanowisku, iż wprowadzenie do Katalogu określonego progu tolerancji na poziomie 2% jest uzasadnione warunkami technologicznymi i zgodne z prawem. Nawet jeśli przyjąć, iż powierzchnia powykonawcza lokalu mieszkalnego nie odpowiada powierzchni projektowanej z uwagi na uwarunkowania technologiczne – na co wskazuje PZFD, to i tak trudno zgodzić się ze stanowiskiem PZFD, iż wykonanie lokalu mieszkalnego z tolerancją dotyczącą jego powierzchni na poziomie 2% przy dzisiejszych możliwościach techniki nadal będzie mieściło się w pojęciu należytej staranności.

Zdaniem Prezesa Urzędu wybudowanie lokalu, którego powierzchnia będzie do 2% różniła się od planowanej może być jedynie wynikiem błędu lub niestaranności w sztuce budowlanej. Profesjonalista przy wykorzystaniu dobrodziejstw współczesnej techniki i zachowaniu należytej staranności ma praktyczną możliwość zminimalizowania występowania tego rodzaju zjawiska. Badania przeprowadzone przez Inspekcję Handlową oraz Opinia biegłego wskazuje, iż w praktyce różnice między powierzchnią projektowaną, a powykonawczą lokali mieszkalnych w budynkach wielolokalowych kształtują się na znacznie niższym poziomie niż ustalony przez PZFD. Oznacza to, iż określony arbitralnie przez PZFD w Katalogu próg tolerancji odbiega od faktycznie występujących w rzeczywistości różnic między powierzchnią projektowaną, a powykonawczą lokali, które zostały wykonane z zachowaniem wymogów sztuki budowlanej. Tym samym przyjęcie przez

PZFD w Katalogu dopuszczalnej różnicy na poziomie 2% już na początku inwestycji umożliwi profesjonalście niedochowanie przez niego w trakcie procesu budowlanego należytej staranności. Ponadto, dzięki temu rozwiązaniu nie będzie on mógł zostać pociągnięty do odpowiedzialności z tytułu nienależytego wykonania umowy, jeżeli różnica w powierzchni nie przekroczy 2%. Tym samym konsument zostaje niejako odgórnie zmuszony przez postanowienie Katalogu wraz ze wszystkimi tego konsekwencjami do zaakceptowania faktu, iż lokal będący przedmiotem umowy będzie posiadał inną powierzchnię niż ten, który zdecydował się kupić.

Stanowisko Prezesa Urzędu potwierdzają zarówno wyniki badania przeprowadzonego przez Inspekcję Handlową, jak i Opinia biegłego.

Z badań przeprowadzonych w 2008 r. na zlecenie Prezesa Urzędu przez Inspekcję Handlową w zakresie występujących w praktyce różnic pomiędzy powierzchnią projektowaną, a powykonawczą (badaniem objętych zostało 2071 lokali) wynika, iż średnio powierzchnia powykonawcza lokalu była o 0,33% większa od powierzchni projektowanej (zamawianej przez konsumenta), przy czym mediana wyniosła 0,16% tj. połowa lokali posiadała powierzchnię powykonawczą większą od projektowanej o ponad 0,16%, a druga połowa lokali mniejszą od tej wartości. W przypadku konsumentów, którzy otrzymali mniejszy lokal niż zamawiali, średnia wyniosła 1,29%, a mediana 1,05%. Natomiast konsumenci, którzy otrzymali lokal większy od zamawianego, otrzymywali ten lokal większy średnio o 1,46%, przy medianie 0,95% (wyniki badania IH wraz z analizą statystyczną danych zostały zaliczone w poczet materiału dowodowego Postanowieniem z dnia 8 czerwca 2010 r., sygn. akt DDK-61-17/08/JTB, k. 93 – akt postępowania).

Na występowanie różnic w stosunku powierzchni projektowanej do powykonawczej lokali na podobnym poziomie wskazuje Opinia biegłego. Zgodnie z Opinią biegłego należy wskazać, iż występujące w praktyce rozbieżności między projektowaną powierzchnią użytkową mieszkań, a rzeczywistą zależą od zastosowanej normy „*W przypadku normy PN-70/B-02365 różnice mogą wynikać z uwagi na inne wymiary elementów projektowanych i wykonanych (np. wymiary projektowe bez tynków i podłóg, wymiary powykonawcze z tynkami i podłogami). W przypadku normy PN-ISO 9836:1997 różnice mogą mieć miejsce w budynkach, w których zastosowano lekkie (przestawne) ścianki działowe (zmiana ustawienia tych ścianek działowych w stosunku do projektu nie wymaga zatwierdzenia przez nadzór budowlany i może być przeprowadzona w trakcie budowy). Powierzchnia lekkich (przestawnych) ścianek działowych wchodzi w skład powierzchni netto (powierzchni użytkowej kondygnacji), natomiast powierzchnię stałych ścianek działowych zalicza się do powierzchni konstrukcji.*” (por. Opinia biegłego s. 70).

Jednocześnie Opinia biegłego wskazuje, iż na występowanie dopuszczalnych różnic pomiędzy porównywanymi powierzchniami w przypadku zgodności wykonanego budynku z projektem mają wpływ: konstrukcja budynku, usytuowanie mieszkania w trakcie konstrukcyjnym oraz powierzchnia mieszkań – „*Największe różnice w powierzchni, np. 4.3%, otrzymuje się dla małych mieszkań (np. pow. 25 m²) usytuowanych w jednym trakcie w budynku murowanym czterokondygnacyjnym lub wyższym. Dla powierzchni mieszkania 50 m² w budynkach murowanych czterokondygnacyjnych lub wyższych dopuszczalna odchyłka może wynosić 2.8%, a dla mieszkań o powierzchni 100 m² już tylko 2.1%. Dla budynków ze ścianami prefabrykowanymi dopuszczalna odchyłka może wynosić 0.6%-1.2%*” (por. Opinia biegłego s. 71). Należy jednocześnie wskazać, iż z Opinii biegłego wyraźnie wynika, iż wskazane przez biegłego wartości mają charakter maksymalny, nieprzekraczalny i mogą mieć miejsce tylko i wyłącznie przy jednoczesnym występowaniu wszystkich możliwych odchyłek konstrukcyjnych i materiałowych. Oznacza to, iż ewentualne wystąpienie różnicy w powierzchni projektowanej do powykonawczej na wskazanym poziomie będzie miało charakter nadzwyczajny. Tym samym należy przyjąć za biegłym, iż obecny poziom techniki

budowlanej umożliwia przedsiębiorcy przy zachowaniu należytej staranności zminimalizowanie wystąpienia ewentualnych różnic pomiędzy powierzchnią projektowaną, a powykonawczą lokali, które teoretycznie mogą mieć miejsce ze względu na charakter procesu budowlanego – „Wynikająca z tego charakteru możliwość wystąpienia odchyłek wymiarów elementów budynku jest dobrze znana projektantom i wykonawcom budynków. Na podstawie tej wiedzy już na etapie ustalania powierzchni projektowanego mieszkania można określić wymiary z uwzględnieniem odchyłek w taki sposób, aby powierzchnia powykonawcza lokalu różniła się od projektowanej w minimalny sposób. Wykonawcy mogą (z uwzględnieniem dostępnej wiedzy o wielkościach występujących odchyłek i ich wpływie na wielkość mieszkań) zminimalizować różnicę pomiędzy powierzchnią projektowaną, a powierzchnią powykonawczą mieszkań. Redukcja różnicy pomiędzy deklarowaną, a ostateczną powierzchnią mieszkania (dostarczoną klientowi) jest więc kwestią zachowania staranności wykonania przez wykonawców.” (por. Opinia biegłego s. 71). Jednocześnie biegły wskazuje, iż ewentualny próg tolerancji oscyluje w granicach 1%. Wartość tą potwierdzają również wyniki badania Inspekcji Handlowej. Co więcej z badań IH wynika, iż w praktyce możliwe jest zminimalizowanie ewentualnych odchyłek do poziomu zero (w 10% zbadanych przypadków nie stwierdzono różnic pomiędzy powierzchnią projektowaną a powykonawczą – por. pismo GIIH z dnia 19 listopada 2007 r., k. 259 – akt postępowania).

Odnosząc się do stanowiska PZFD dotyczącego wyników Opinii biegłego należy wskazać, iż PZFD, kwestionując podane przez biegłego wartości w zakresie występujących różnic pomiędzy powierzchnią projektowaną a powykonawczą lokali mieszkalnych, milczeniem pominął, iż wartości te mają charakter maksymalny, nieprzekraczalny i wystąpienie ich w rzeczywistości będzie stanowić sytuację wyjątkową. Może zatem zdarzyć się tak, iż z uwagi na obecny poziom technologii i wiedzy, sytuacja taka w praktyce nie zaistnieje. Tym samym przy ewentualnym wystąpieniu wszystkich wskazanych w opracowaniu odchyłek konstrukcyjnych i materiałowych ewentualne wyższe wartości odchyłek mogą być jedynie wynikiem czynnika ludzkiego (błąd w sztuce budowlanej).

Do obliczenia przedmiotowych wartości biegły uwzględnił szerokie spektrum warunków zarówno o charakterze konstrukcyjnym, materiałowym i technologicznym, co pozwala przyjąć wiarygodną podstawę sporządzenia opinii. Jednocześnie wyniki zostały poprzedzone szeregiem przeprowadzonych przez biegłego obliczeń, co wbrew twierdzeniom PZFD umożliwia przeprowadzenie kontroli Opinii biegłego. Biegły w Opinii wskazuje w sposób szeroki przyczyny i uwarunkowania powstawania różnic pomiędzy powierzchnią projektowaną, a powykonawczą lokali mieszkalnych, podsumowując swoje badania we wnioskach. Należy jednocześnie podkreślić, iż Opinia biegłego dotyczy nie tylko różnic między projektowaną a rzeczywistą powierzchnią użytkową mieszkań, ale również – co logiczne i oczywiste - przyczyn ich występowania. Opinia biegłego jednoznacznie wskazuje, iż zależą one od szeregu czynników o zróżnicowanym charakterze (materiałowy, konstrukcyjny oraz ludzki). Z Opinii biegłego wyraźnie wynika, iż o ile trudno mieć wpływ na czynniki o charakterze materiałowym i konstrukcyjnym to ogromne znaczenie przy minimalizowaniu ewentualnych różnic odgrywa czynnik ludzki. Oznacza to, iż profesjonaliści przy wykorzystaniu posiadanej przez nich fachowej wiedzy w zakresie uwarunkowań technologicznych mających wpływ na wystąpienie różnic (argumentacja PZFD tylko potwierdza takie stanowisko) mogą minimalizować ich zakres, łącznie z możliwością ich eliminacji, przy zachowaniu należytej staranności i wykorzystaniu obecnej techniki. Wszystkie rozwiązania polegające na umożliwieniu profesjonalistom niewykonanie zobowiązania zgodnie z umową należy zatem uznać za niedopuszczalne.

Nie do przyjęcia zatem jest sytuacja umożliwiająca z góry wykonanie zobowiązania w sposób nienależyty, dzięki postawionemu marginesowi błędu, jakim niewątpliwie jest określony przez PZFD próg tolerancji na poziomie 2%. Konsekwencją tego rozwiązania jest

to, o czym wspomniano powyżej: zmuszenie konsumenta do zaakceptowania faktu, iż lokal będący przedmiotem umowy będzie posiadał inną powierzchnię niż ten, który zdecydował się kupić. Po drugie skutkiem tego rozwiązania jest uniemożliwienie konsumentowi dochodzenia przez niego przysługujących mu roszczeń z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania przez dewelopera, zmniejszenie funkcjonalności poszczególnych pomieszczeń, bądź konieczność poniesienia przez niego dodatkowych kosztów w przypadku zwiększenia powierzchni mieszkania. Konsument nie ma jednak możliwości odstąpienia od umowy w przypadku jeśli wzrost ceny nie przekroczy, zgodnie z drugim z kwestionowanych postanowień wprowadzających ograniczenie możliwości odstąpienia od umowy z powodu wzrostu ceny, 10% ceny całkowitej. W tym miejscu należy podkreślić, iż rozwiązania te zostały wprowadzone przez PZFD w kodeksie dobrych praktyk, co niewątpliwie jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i rażąco narusza interesy konsumentów.

Należy podkreślić, iż przyjmując stanowisko PZFD wskazujące na niemożliwość uniknięcia powstawania różnic między powierzchnią projektowaną, a powykonawczą lokali mieszkalnych, uwzględniając jednocześnie wyniki badań Opinii biegłego należałoby dla każdego z mieszkań obliczać indywidualny próg tolerancji – wszak teoretycznie nie można go uniknąć. Jednocześnie ewentualny próg tolerancji powinien zostać określony na jak najniższym poziomie, co wynika zarówno z Opinii biegłego jak i badań IH. Te ostatnie bowiem wskazują, iż możliwe jest w praktyce zminimalizowanie ewentualnych odchylek do poziomu zero.

Z uwagi na powyższe należy przyjąć, iż próg tolerancji przyjęty przez PZFD w Katalogu na poziomie 2% nie ma uzasadnienia.

Odnosząc się do wynikającego z Kodeksu obowiązku konsumenta zapewnienia odpowiedniej ilości środków finansowych należy stwierdzić, iż w związku z możliwością jednostronnego zwiększenia powierzchni lokalu oraz waloryzacji ceny PZFD przerzuca ryzyko prowadzonej działalności gospodarczej przez deweloperów na konsumentów. Profesjonalny uczestnik obrotu rynkowego powinien skalkulować koszty inwestycji w taki sposób, aby zminimalizować to ryzyko dla siebie. Konsument kupując produkt (lokal mieszkalny) powinien w momencie zawierania umowy znać jego ostateczną cenę. Konsument zawierając umowę o wybudowanie lokalu mieszkalnego o określonym metrażu nie może być zaskakiwany zmianą ceny, która wynikać będzie z większej lub mniejszej powierzchni mieszkania niż ta, za którą zdecydował się zapłacić. Powszechne jest bowiem zaciąganie kredytów na zakup mieszkania i w przypadku, gdy mieszkanie, na które zdecydował się konsument okaże się większe niż wynikające z zawartej umowy może spowodować konieczność zaciągnięcia dodatkowego kredytu, na który konsumenta może być już nie stać.

Jednocześnie należy zauważyć, iż nie istnieje obowiązek wprowadzenia klauzul waloryzacyjnych. Strony umowy decydują o jej *essentialia negotii* (towar – cena). Nie mają obowiązku waloryzacji ceny. Jeśli jednak profesjonalista wprowadza taką możliwość dla siebie, aby zredukować ryzyko poniesienia ewentualnej straty, żeby nie powiedzieć z chęci osiągnięcia zysku (celem prowadzenia działalności gospodarczej jest przecież maksymalizacja zysków) albo skutku swojego błędu (różnica w powierzchni powykonawczej lokalu w stosunku do planowanej powodująca wzrost ceny), musi on zapewnić konsumentowi prawo odstąpienia od umowy. Zakwestionowane postanowienie przyznaje wyłącznie profesjonalistcie uprawnienie do zmiany ceny lokalu po zawarciu umowy, nie przyznając konsumentowi w zamian uprawnienia w postaci prawa odstąpienia od umowy.

Ad B)

W opinii Prezesa Urzędu wprowadzenie do obrotu postanowienia zamieszczonego w pkt IV. 3 Katalogu - „Określenie przypadków, gdy cena planowana może różnić się od ostatecznej z tytułu, np: a) rozliczenia powierzchni wykonanej zgodnie z pkt II.5,

b) wzrostu podatku VAT w trakcie trwania umowy, c) waloryzacji cen o wzrost kosztów inwestycji na podstawie zapisanego w umowie sposobu waloryzacji opartego o powszechnie dostępne wskaźniki, np. GUS, Sekocenbud. We wszystkich przypadkach wzrostu cen opisanych w pkt. 3 kupującemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy, z zastrzeżeniem pkt II.6 o ile łączny wzrost ceny przekroczy 10% ceny całkowitej” wywoła takie same skutki jak zakazane klauzule abuzywne wpisane do Rejestru umożliwiające profesjonalście podwyższenie ceny lub wynagrodzenia po zawarciu umowy bez przyznania konsumentowi prawa odstąpienia od umowy, a przez to jest sprzeczne z przepisami k.c. - art. 385¹ § 1 k.c. oraz 385³ pkt 20 k.c. Przykładem takiej klauzuli są postanowienia abuzywne wpisane do Rejestru m.in. pod poz.:

885 - „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” (wyrok SOKiK z dnia 18 maja 2005 r., sygn. akt XVII Amc 86/03);

1385 - „Po wpłaceniu przez Nabywcę wszystkich rat wynikających z harmonogramu, a także po wykonaniu inwentaryzacji powykonawczej, Edbud dokona korekty ceny wymienionej w ust. 1, a następnie ją zwaloryzuje. Waloryzacja dokonana będzie z zastosowaniem publikowanych przez GUS wskaźników zmian cen (publikacja GUS pt. "Ceny robót budowlano-montażowych i obiektów budowlanych", tablica 2 "Wskaźniki cen i niektórych budynków i budowli", symbol BKOB 112, Budynki o dwóch mieszkaniach i wielomieszkaniowe) w stosunku do poziomu cen określonego w ust. 1 i uwzględniać będzie terminy i wielkość dokonanych wpłat. Wpłaty podlegają waloryzacji do dnia faktycznej zapłaty. Waloryzacja będzie uwzględniona w rozliczeniu końcowym, jeżeli wzrost skorygowanej ceny przekroczy 1% jej wartości wyjściowej." (wyrok SOKiK z dnia 5 maja 2006 r., sygn. akt XVII AmC 126/05);

1498 - „W przypadku, gdy w okresie obowiązywania umowy skumulowany wskaźnik inflacji, obliczony na podstawie miesięcznych wskaźników wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych, publikowanych przez Prezesa GUS w Biuletynie Statystycznym GUS, za okres liczony od miesiąca, w którym została podpisana umowa do miesiąca, w którym dokonana została ostatnia wpłata przekroczy wartość 1%. Cena zostanie podwyższona o kwotę waloryzacji warunkowej.” (wyrok SOKiK z dnia 17 października 2006 r., sygn. akt XVII AmC 122/05 oraz wyrok SA w Warszawie z dnia 28 marca 2008 r., sygn. akt VI ACa 1078/07);

1509 - „W przypadku wzrostu cen usług budowlanych lub materiałów budowlanych Deweloperowi przysługuje prawo do waloryzacji kwot pozostających do zapłaty. Deweloper pisemnie powiadomi Kupującego o zmianie ceny oraz wartości rat pozostających do zapłaty. W takim przypadku Kupującemu przysługuje prawo odstąpienia od Umowy na zasadach określonych w par. 8 ust. 1. Jeżeli w wyniku waloryzacji kwot cena, o której mowa w par. 5 ust. 1 wzrośnie co najmniej o 10%, kupującemu przysługuje prawo odstąpienia od Umowy, a Deweloper zwróci Kupującemu wszystkie dotychczas wpłacone kwoty.” (wyrok SOKiK z dnia 28 listopada 2007 r., sygn. akt XVII AmC 237/07);

1883 – „Strony ustalają, iż cena podlega zwiększeniu w oparciu "o wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych" GUS (wskaźnik wyliczany miesiąc do miesiąca, z wyłączeniem sytuacji, gdy stawka wskaźnika jest ujemna), począwszy od dnia zawarcia Umowy. W przypadku, gdy w analogicznym okresie "wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej" GUS będzie wyższy niż wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych", wówczas cena zostanie zwaloryzowana według "wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej" GUS. Cena wskazana w ust. 1 będzie waloryzowana miesięcznie, według zasad określonych w niniejszym ustępie, nie dłużej niż do terminu wskazanego w par. 6 ust. 1 i 2. Kwotę waloryzacji, obliczoną według powyższych zasad Kupujący zobowiązuje się wpłacić

w terminie wymagalności ostatniej części ceny, nie później niż przed odbiorem lokalu. Sprzedający przedstawi Kupującemu wyliczenie waloryzacji wraz z zawiadomieniem o możliwości odbioru lokalu" (wyrok SOKiK z dnia 30 marca 2010 r., XVII AmC 335/0).

Przedmiotowe postanowienie Katalogu stanowi przykład tzw. klauzul waloryzacyjnych (występujących pod postacią np. wskaźników czy też zmiany powierzchni lokalu), której stosowanie w obrocie skutkuje niczym innym jak właśnie podwyższeniem ceny, o którym mowa w art. 385³ pkt 20 k.c. W efekcie zastosowania przez PZFD klauzuli waloryzacyjnej cena ustalona w umowie ulega zmianie. Waloryzacja następuje w trakcie trwania umowy, czyli już po jej zawarciu. Wbrew argumentom PZFD nie mamy do czynienia z zastosowaniem funkcji jaką jest zdaniem PZFD cena, lecz jej zmianą. W przypadku kwestionowanych klauzul dochodzi do zmiany ceny w wyniku zmiany powierzchni lokalu mieszkalnego (przedsiębiorca ma możliwość podwyższenia ceny przedmiotu umowy po zawarciu umowy) bądź zastosowania wskaźników, jednak konsumentowi nie przysługuje prawo odstąpienia od umowy z tego powodu. Stanowisko takie potwierdza orzecznictwo - patrz wyroki SOKiK z dnia 10 października 2004 r., sygn. akt XVII Amc 47/03, z dnia 9 września 2004 r., sygn. akt XVII Amc 12/04, w wyroku z dnia 21 kwietnia 2010, sygn. akt XVII AmA 53/09 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 18 lipca 2008 r., sygn. akt VI ACa 400/08.

PZFD argumentuje, iż faktycznie konsument ma prawo do odstąpienia od umowy z powodu wzrostu ceny jeśli wzrost ten przekroczy 10% ceny całkowitej. Zdaniem PZFD stanowi to „rozsądną granicę” możliwego wzrostu ceny i zapewnia równowagę stronom umowy, gdyż część (w przypadku, kiedy wzrost ceny przekracza 10%) ryzyka przejmuje na siebie deweloper.

Odnosząc się do tego stanowiska należy przede wszystkim podkreślić, iż profesjonalista dysponuje możliwością skalkulowania kosztów inwestycji celem zminimalizowania ryzyka gospodarczego, jakim obarczone jest prowadzenie działalności gospodarczej, z którą z kolei wiąże się osiągnięcie zysków. Wskazana w Katalogu „rozsądna granica” na poziomie 10 % została jednostronnie ustalona przez PZFD i narzucona z góry konsumentowi. Jednocześnie z uwagi na fakt, że PZFD jest organizacją reprezentującą przedsiębiorców, których działalność gospodarcza nastawiona jest co do zasady na maksymalizację zysku, można stwierdzić, że takie rozłożenie ryzyka jest działaniem świadomym, które nie przyniesie deweloperom-członkom PZFD strat.

Przedmiotowe postanowienia Katalogu autorytatywnie umożliwiają podwyższenie ceny lokalu, także w wyniku zwiększenia jego powierzchni i jednocześnie arbitralnie przesądzają, iż konsument będzie mógł odstąpić od umowy z tego powodu ale dopiero wówczas, gdy cena wzrośnie o więcej niż 10% ceny całkowitej. Jak już wskazano powyżej dodatkowe koszty, jakimi może zostać obciążony konsument mogą sięgać kilkudziesięciu tysięcy złotych, i nie będzie on miał możliwości odstąpienia od umowy jeśli wzrost ten nie przekroczy określonego przez PZFD progu. Oznacza to, iż w takiej sytuacji konsument zostaje obciążony całością ryzyka związanego z prowadzoną przez profesjonalistę działalnością gospodarczą, któremu natomiast przypadną wyłącznie związane z tą działalnością zyski.

W niniejszej sytuacji kwestionowane przez Prezesa Urzędu postanowienia Katalogu umożliwiają profesjonalistom podwyższenie ceny po zawarciu umowy na podstawie zarówno klauzuli waloryzacyjnej, jak i w wyniku zmiany powierzchni mieszkania nie zapewniając jednocześnie konsumentowi prawa do odstąpienia od umowy. Zgodnie z postanowieniem konsument może odstąpić od umowy dopiero po zmianie ceny powyżej 10 %. PZFD wprowadzając ten próg opiera swoje stanowisko na swoim doświadczeniu („rozsądna granica”) i interpretacji prawa wspólnotowego. PZFD powołując się na przepisy Dyrektywy

93/13/EWG, orzecznictwo sądów państw członkowskich oraz stanowisko UKIE wskazuje, iż przedmiotowa Dyrektywa nie zakazuje waloryzacji cen i nie potwierdza konieczności zapewnienia konsumentowi bezwzględnego prawa odstąpienia od umowy w przypadku zmiany ceny po zawarciu umowy. Zdaniem PZFD ten pogląd należy uznać za uzasadniony ze względu na zasadę dokonywania interpretacji przepisów prawa krajowego z uwzględnieniem praw wspólnotowego.

Odnosząc się do powyższego stanowiska należy podkreślić, iż powołane przez PZFD orzeczenie sądu szwedzkiego zostało wydane przed uchwaleniem przepisów Dyrektywy 93/13/EWG. Ponadto odnosząc się do powołanego przez PZFD jako oficjalne stanowisko UKIE w zakresie interpretacji przepisów Dyrektywy 93/13/EWG należy wskazać, iż opinia organu administracji nie ma charakteru normatywnego. Została sporządzona na potrzeby innej sprawy i nie ma mocy dowodowej w niniejszym postępowaniu. Jednocześnie należy podkreślić, iż kompetencje do dokonywania wiążącej interpretacji prawa Unii Europejskiej przysługują Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej (por. Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE 2008 C 115/1). Z uwagi na powyższe należało odrzucić przedmiotowy argument PZFD.

Jednocześnie odnosząc się do treści przedmiotowych przepisów Dyrektywy 93/13/EWG należy wskazać, iż poglądy doktryny (por. E. Łętowska „Ustawa o ochronie niektórych praw konsumentów – komentarz”, Wydawnictwo C.H. BECK, Warszawa 2000, s. 108, *„Zmiana ceny przez kontrahenta konsumenta dopuszczalna jest tylko wówczas, gdy konsumentowi służy odpowiednik w postaci prawa odstąpienia od umowy”*) oraz ugruntowane i liczne orzecznictwo wyraźnie wskazują, iż w przypadku przyznania przedsiębiorcy możliwości określenia lub podwyższenia ceny po zawarciu umowy konsument powinien mieć zapewnione prawo do odstąpienia od umowy. Przykładowo SOKiK w wyroku z dnia 18 maja 2008 r., sygn. XVII Amc 86/03, z dnia 18 października 2006 r. wyraźnie stwierdził: *„(...) klauzula narusza art. 385¹ § 1 k.c. i art. 385³ pkt. 20 k.c., gdyż przewidując możliwość podniesienia ceny pozwany nie przewidział możliwości odstąpienia od umowy przez konsumenta. Zdaniem Sądu wzrost stawki podatku stanowi wprawdzie zdarzenie niezależne od stron, jednak podatek VAT stanowi element ceny. Wzrost stawki podatku jest, zatem wzrostem ceny i konsument musi mieć bezwzględnie zapewnione, stosownie do art. 385³ pkt 20 k.c., prawo do odstąpienia od umowy.”*). Należy zauważyć, iż zarówno powołane stanowisko doktryny jak także orzecznictwa nie uzależniają przyznania konsumentowi prawa do odstąpienia od umowy w przypadku zwiększenia ceny po zawarciu umowy od jakiegoś progu. Wprost przeciwnie z powołanych wyroków oraz doktryny wynika, iż konsument powinien mieć zapewnione prawo do odstąpienia od umowy w każdym przypadku, gdy przedsiębiorca zapewnia sobie możliwość określenia lub podwyższenia ceny po zawarciu umowy.

Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, iż kwestionowane przez Prezesa Urzędu postanowienia zawarte w Katalogu są sprzeczne z przepisami prawa, gdyż wykazują cechy postanowień wpisanych do Rejestru, stanowiących *quasi* normy prawne

Z uwagi na powyższe nie znajduje również uzasadnienia stanowisko PZFD wskazujące, iż kwestionowane postanowienia Katalogu określające główne świadczenia stron, są zgodne z dobrymi obyczajami oraz nie naruszają w sposób rażący interesów konsumentów. Przedmiotowe postanowienia z Katalogu noszą cechy postanowień wpisanych do Rejestru, których abuzywność, a więc sprzeczność z dobrymi obyczajami oraz możliwość naruszenia przez nich w sposób rażący interesów konsumentów, została już oceniona przez SOKiK. Poddanie przez SOKiK przedmiotowych klauzul abuzywnych badaniu przesądziło również, iż wbrew opinii PZFD, postanowienia tego rodzaju (zarówno te wskazujące na zmianę ceny z uwagi na zmianę wskaźnika waloryzacji jak również te wpływające na cenę

w sposób pośredni np. zmiana powierzchni lokalu mieszkalnego skutkująca zmianą ceny) nie określają głównych świadczeń stron.

Będący przedmiotem analizy w niniejszym postępowaniu Katalog stosowany przez PZFD jako kodeks dobrych praktyk ma na celu uregulowanie stosunków konsument-deweloper w sposób korzystny dla konsumenta. Stosowanie kodeksu dobrych praktyk przez PZFD obejmuje nie tylko stworzenie, przyjęcie i przekazanie przedmiotowego kodeksu do obowiązkowego wykorzystywania (formułowania wzorców umów przez poszczególnych członków w oparciu o jego treść) przez jego członków. PZFD również upublicznił na swoich stronach internetowych informacje dotyczące przyjęcia tego kodeksu. Z informacjami tymi może zapoznać się każdy, nie tylko członkowie ale również konsumenci poszukujący informacji dotyczących branży deweloperskiej. Konsument, którego uwagę przyciągnęło logo PZFD dotrze do informacji związanych z przedmiotowym kodeksem, którego formalnym twórcą jest PZFD. Dla konsumenta fakt stosowania przez PZFD, jako organizacji branżowej, kodeksu dobrych praktyk może mieć ogromne znaczenie przy podejmowaniu decyzji dotyczącej m.in. wyboru kontrahenta. Z drugiej strony związek przedsiębiorców będąc świadomym tego odbioru wykorzystuje fakt posiadania kodeksu dobrych praktyk do celów marketingowych.

Pomimo, iż mamy do czynienia z kodeksem dobrych praktyk, trudno jednak uznać ten dokument za obejmujący rozwiązania korzystne dla konsumenta skoro zawiera postanowienia sprzeczne z prawem. Oceniając Katalog jako pewną całość, kompleksowo regulującą prawa i obowiązki konsumenta, należy stwierdzić, iż z uwagi na sprzeczność z prawem niektórych jego elementów, konstrukcja ta musi zostać oceniona negatywnie. Zamiast bowiem, zgodnie z ideą kodeksu dobrych praktyk przyznawać konsumentom dodatkowe uprawnienia nie wynikające z przepisów prawa, analizowany Katalog pozbawia konsumentów uprawnień zagwarantowanych przepisami prawa.

Z uwagi na to, świadomość istnienia kodeksu dobrych praktyk, odbieranego przez konsumentów jako gwarancja bezpieczeństwa kontraktowania, mogła zatem zniekształcać zachowanie rynkowe przed zawarciem umowy dotyczącej produktu potencjalnego klienta i skutkować podjęciem decyzji, której w innych warunkach nie podjąłby.

W świetle definicji decyzji dotyczącej umowy (art. 2 pkt 7 upnpr) decyzję konsumenta należy odnosić zarówno do sytuacji, w której konsument postanowi dokonać określonej czynności, jak i wówczas, gdy powstrzymuje się od jej dokonania. Oznacza to, iż należy uwzględnić nie tylko fakt zawarcia umowy, lecz również wewnętrzne odczucia konsumenta, którymi kierował się decydując się na konkretny krok w zakresie zawarcia bądź nie umowy z konkretnym deweloperem. W niniejszej sprawie decyzje dotyczące umowy należy rozpatrywać nie tylko jako samo podpisanie umowy z deweloperem, ale również wszystkie działania, które pozostają z tym w związku. Fakt posługiwania się przez danego dewelopera logo Kodeksu Dobrych Praktyk mógł wpłynąć na wybór kontrahenta w przypadku porównywalnych ofert deweloperów (cena, rozkład, lokalizacja, terminy realizacji). Konsument mógł wybrać dewelopera o renomie potwierdzonej faktem stosowania przez niego Kodeksu Dobrych Praktyk, jako gwarancji usług określonej jakości. Mogło to również spowodować samo zainteresowanie konsumenta ofertą sygnatariusza Kodeksu. Taki sposób postrzegania PZFD i stosowanego przez niego kodeksu dobrych praktyk potwierdza skarga konsumentka – *„Przynależność do PZFD i posługiwanie się tą informacją w materiałach reklamowych firmy może mieć istotne znaczenie dla konsumentów przy wyborze ewentualnego kontrahenta. Zabieg ten zwiększa bowiem wiarygodność oraz poziom zaufania konsumentów do działań deweloperów zrzeszonych w PZFD. (...)”* (por. pismo z dnia 9 marca 2010 r.

skierowane przez konsumenta do PZFD, stanowiące załącznik nr 15 do skargi konsumenckiej z dnia 21 czerwca 2010 r., nr kancelaryjny 22837, k. 273 – akt postępowania).

Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym posługuje się pojęciem przeciętnego konsumenta. To w odniesieniu do przeciętnego konsumenta powinna być dokonywana ocena każdej praktyki rynkowej, w tym praktyki polegającej na stosowaniu sprzecznego z prawem kodeksu dobrych praktyk. Należy zbadać, czy zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta mogło zostać zniekształcone, a przez co mogło skutkować podjęciem przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął. Tzn. czy fakt stosowania przez PZFD kodeksu dobrych praktyk w postaci Katalogu mógł wpłynąć na zainteresowanie się ofertą członków PZFD. W celu dokonania ustalenia niezbędne staje się przeanalizowanie definicji przeciętnego konsumenta w oparciu o przepisy ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym z uwzględnieniem orzecznictwa ETS, orzecznictwa polskich sądów oraz poglądów doktryny.

Definicja przeciętnego konsumenta zamieszczona w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym jest wynikiem dorobku orzeczniczego Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Zgodnie z art. 2 pkt 8 upnpr przez przeciętnego konsumenta rozumie się konsumenta, który jest dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny. Oceny tej powinno dokonać się z uwzględnieniem czynników społecznych, kulturowych, językowych i przynależności danego konsumenta do szczególnej grupy konsumentów, przez co rozumie się dającą się jednoznacznie zidentyfikować grupę konsumentów, szczególnie podatną na oddziaływanie praktyki rynkowej lub na produkt, którego praktyka rynkowa dotyczy, ze względu na szczególne cechy, takie jak wiek, niepełnosprawność fizyczna czy umysłowa. Stopniowy rozwój orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości doprowadził do utrwalenia modelu konsumenta jako konsumenta rozważnego, przeciętnie zorientowanego, mającego prawo do rzetelnej informacji niewprowadzającej w błąd, zawierającej wszelkie niezbędne dane wynikające z funkcji i przeznaczenia danego towaru.

Informacje dotyczące stosowania przez PZFD są skierowane do nieograniczonej liczby odbiorców, potencjalnych klientów jego członków. Informacje te są rozpowszechniane zarówno przez PZFD na swojej stronie internetowej, jak i członków PZFD w formie reklam z wykorzystaniem różnych kanałów informacyjnych (prasa, Internet, radio). Istnienie prawdopodobieństwa, iż z informacjami dotyczącymi stosowania przez PZFD będą zapoznawały się osoby zainteresowane branżą deweloperską z uwagi na zakup mieszkania, nie jest wystarczające do wyodrębnienia wspólnej cechy odbiorców przedmiotowej informacji. Wśród osób poszukujących odpowiedniej dla nich oferty sprzedaży lokalu mieszkalnego będą zarówno osoby znające rynek dobrze, jak i te, które w swoich poszukiwaniach stawiają pierwsze kroki. Oznacza to, iż przyjmując model przeciętnego konsumenta na potrzeby niniejszego rozstrzygnięcia należy pominąć przesłankę segmentacji.

Przeciętnego konsumenta należy rozumieć jako dostatecznie dobrze poinformowanego, uważnego i ostrożnego przy uwzględnieniu czynników społecznych, kulturowych i językowych - charakterystycznych dla polskiego konsumenta. Wskazanie na cechy takie jak dostateczne poinformowanie, uwaga oraz ostrożność określa pewien zespół cech mentalnych konsumenta (jego „przeciętność”), polegającą na tym, że z jednej strony można wymagać od niego pewnego stopnia wiedzy i orientacji w rzeczywistości. Z drugiej strony nie można jednak uznać, że jego wiedza jest kompletna i profesjonalna oraz że konsument nie ma prawa pewnych rzeczy nie wiedzieć. Przeciętny konsument nie posiada wiedzy specjalistycznej w danej dziedzinie, ale przede wszystkim rozumie kierowane do niego informacje i potrafi je wykorzystać do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej produktu. Nie jest naiwny, ale z drugiej strony nie potrafi ocenić sytuacji tak jak profesjonalista. Niemniej jednak nawet ostrożny, uważny konsument ma prawo do rzetelnej

informacji, która przy założeniu dokonania z jego strony aktów staranności celem zrozumienia istoty kierowanych do niego przez przedsiębiorcę informacji, nie będzie wprowadzać w błąd.

W niniejszej sprawie należy wskazać, iż przeciętny konsument poszukujący odpowiadającej mu oferty, posiadający rozeznanie na rynku deweloperskim ma prawo spodziewać się, iż z faktem stosowania przez PZFD kodeksu dobrych praktyk w postaci Katalogu wiążą się pewne korzystne rozwiązania, w tym pewnego rodzaju bezpieczeństwo przed nieuczciwymi działaniami wobec niego jako potencjalnego klienta, gwarantowane przez PZFD.

PZFD sam przyznaje, iż stworzenie Kodeksu spotkało się z pozytywną reakcją opinii publicznej, która uznała akt samoregulacji stworzony przez PZFD za przejaw „*polepszenia relacji pomiędzy przedstawicielami branży deweloperskiej a klientami. Wprowadzenie kodeksu w życie stało się przyczynkiem do eliminowania zdarzających się przypadków niezgodnych z nim praktyk (...)*” (por. Pismo z dnia 24 kwietnia 2008 r., k. 41 akt postępowania). W zamierzeniu PZFD Katalog jako uzupełnienie istniejącego już Kodeksu miał przysłużyć się do eliminacji „*pojawiających się nieprawidłowości, w szczególności poprzez uszczegółowienie warunków, jakimi powinna odpowiadać umowa deweloperska – stanowiąca fundament relacji dewelopera z klientem*” (por. j.w.). Konsument mogli zatem, a nawet powinni zgodnie z zamierzeniem PZFD, postrzegać kodeks dobrych praktyk jako akt zwiększający zaufanie do związku i jednocześnie gwarantujący rzetelne i uczciwe postępowanie jego członków wobec konsumentów. Tymczasem Katalog, z uwagi na sprzeczność z prawem niektórych jego postanowień, regulujących niekorzystnie sytuację prawną konsumentów, nie spełnia oczekiwań jakie konsument mogli mieć wobec niego jako kodeksu dobrych praktyk.

Mówiąc o zachowaniu rynkowym konsumenta należy interpretować to pojęcie możliwie najszerzej, gdyż może nim być każde postępowanie konsumenta mogące wywołać skutek o charakterze rynkowym. W związku z tym w pojęciu tym mieści się również decyzja konsumenta dotycząca produktu, przez którą należy rozumieć nie tylko sam fakt zawarcia określonej umowy lecz również wszystkie inne czynności, podjęte przez konsumenta w związku z taką decyzją. W praktyce oznacza to, iż decyzją dotyczącą umowy może być także samo zainteresowanie się ofertą danego przedsiębiorcy lub rezygnacja z oferty innego. Konsumenta podejmującego tak rozumianą decyzję skłonić mógł do tego w omawianej sytuacji fakt stosowania przez PZFD kodeksu dobrych praktyk (Katalogu). Konsument mógł mieć pewność, iż umowa zawarta z deweloperem-członkiem PZFD zapewni równowagę stron, a przez to i bezpieczeństwo transakcji, jaką gwarantuje Katalog. Mogło to doprowadzić do sytuacji, w której konsument zainteresował się ofertą członków PZFD, podmiotu stosującego kodeks dobrych praktyk, którego celem jest dbałość o interesy konsumentów. Skutkiem tego mogło dojść do zniekształcenia zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy (art. 4 ust. 1 upnpr).

Kontynuując, praktyka rynkowa będzie uznana za nieuczciwą, jeśli pozostaje sprzeczna z dobrymi obyczajami i w sposób istotny zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania lub po zawarciu. W związku z powyższym zasadne jest dokonanie oceny przesłanki nieuczciwości w kontekście naruszenia dobrych obyczajów oraz możliwości zniekształcenia w sposób istotny zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy, tj. na etapie kierowania do niego informacji. Dobre obyczaje podlegają konkretyzacji na okoliczność danego stanu faktycznego. Zgodnie z poglądem doktryny *sprzeczne z dobrymi obyczajami są działania, które zmierzają do niedoinformowania, dezorientacji, wywołania błędnego przekonania u klienta,*

wykorzystania jego niewiedzy lub naiwności (...) czyli takie działanie, które potocznie określone jest jako nieuczciwe, nierzetelne, odbiegające in minus od przyjętych standardów postępowania (tak: K. Pietrzykowski red., Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2002 r., str. 804). W niniejszej sprawie należy uwzględnić fakt, iż kodeksy dobrych praktyk z założenia stanowią jeden z czynników kształtujących miarę dobrych obyczajów, stanowiąc kryterium uczciwości kupieckiej. Przypadek, kiedy przedsiębiorca stosuje kodeks dobrych praktyk, którego celem jest podwyższenie standardów, zawiera postanowienia sprzeczne z prawem należy uznać za przejaw niezgodności z dobrymi obyczajami. Narusza bowiem prawo do uczciwego kontraktowania. Jednocześnie przypadek taki stanowi przejaw naruszenia dobrych obyczajów w postaci prawa do rzetelnej informacji, jaką profesjonalista – przedsiębiorca powinien kierować do przeciętnego konsumenta (dostatecznie poinformowanego, ostrożnego i uważnego). Naruszenia tak rozumianych dobrych obyczajów dopuścił się PZFD stosując Katalog, którego postanowienia są sprzeczne z prawem. Oznacza to, iż przedmiotowe działanie PZFD spełnia przesłanki nieuczciwej praktyki rynkowej polegającej na stosowaniu kodeksu dobrych praktyk, którego postanowienia są sprzeczne z prawem (art. 11 ust. 1 upnpr), ponieważ jest jednocześnie sprzeczne z dobrymi obyczajami i w sposób istotny zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy dotyczącej produktu (art. 4 ust. 1 upnpr).

Bezprawność działania PZFD w niniejszej sprawie polega zatem na naruszeniu art. 11 ust. 1 zw. z art. 4 ust. 1 upnpr. Stanowi to przesłankę uznania przedmiotowego bezprawnego działania PZFD za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 uokik.

Ad 3.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie podaje definicji „zbiorowego interesu konsumentów”, wskazując jednak w przepisie art. 24 ust. 3, że nie jest nim suma indywidualnych interesów konsumentów. Naruszenie zbiorowego interesu konsumentów oznacza zatem narażenie na uszczerbek interesów znacznej grupy lub wszystkich konsumentów, poprzez stosowaną przez przedsiębiorcę praktykę, obejmującą tak działania, jak i zaniechania. Ponadto, godzenie w zbiorowe interesy konsumentów może polegać zarówno na ich naruszeniu, jak i na zagrożeniu ich naruszenia. O tym, czy naruszony został interes zbiorowy, nie zawsze przesądza kryterium ilościowe, ponieważ niekiedy jeden ujawniony przypadek naruszenia prawa konsumenta może być przejawem stosowanej praktyki naruszającej interes zbiorowy. W jednym z orzeczeń Sąd Najwyższy stwierdził, iż *nie jest zasadne uznawanie, że postępowanie z tytułu naruszenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów można wszcząć tylko wtedy, gdy zagrożone są interesy wielu odbiorców, a nie jest to możliwe w sytuacji, gdy pokrzywdzonym jest tylko jeden konsument. Wydawane orzeczenie ma bowiem wymiar znacznie szerszy, pełni także funkcję prewencyjną, służy bowiem ochronie także nieograniczonej liczbie potencjalnych konsumentów* (wyrok SN z dnia 12 września 2003 r., I CKN 504/01).

Dla stwierdzenia naruszenia zbiorowych interesów konsumentów istotne jest ustalenie, że konkretne działanie przedsiębiorcy nie ma ściśle określonego adresata, lecz jest kierowane do nieoznaczonego z góry kręgu podmiotów. Oznacza to, że nie ilość faktycznych, potwierdzonych naruszeń, ale przede wszystkim ich charakter, a w związku z tym możliwość (choćby tylko potencjalna) wywołania negatywnych skutków wobec określonej zbiorowości przesądza o naruszeniu zbiorowego interesu. W niniejszej sprawie bez wątpienia mamy do czynienia z naruszeniem praw potencjalnie nieograniczonej liczby konsumentów, których prawo do uczciwego kontraktowania zostało naruszone w wyniku stosowania przez PZFD kodeksu dobrych praktyk, zawierającego postanowienia sprzeczne z prawem. Prezes

Urzędu podejmując rozstrzygnięcie zawarte w niniejszej decyzji wziął pod uwagę działania PZFD odnoszące się do naruszenia zbiorowych interesów konsumentów.

Rozstrzygnięcie podejmowane w niniejszej sprawie w ramach realizacji interesu publicznego nie dotyczy więc sytuacji pojedynczych konsumentów, lecz służy przeciwdziałaniu zaburzeniom występującym na rynku oraz negatywnym zjawiskom naruszającym jego prawidłowe funkcjonowanie. Podejmowane przez Prezesa Urzędu działania mają przeciwdziałać tak rozumianym dysfunkcjom rynkowym także poprzez kształtowanie właściwych postaw rynkowych, wyznaczając wymagane i oczekiwane standardy zachowań uczestników rynku.

Interes konsumentów należy rozumieć jako interes prawny (a nie faktyczny), a więc uznany przez ustawodawcę na zasługujący na ochronę i zabezpieczenie. W literaturze przedmiotu zwraca się uwagę, iż określenie stałego czy zamkniętego katalogu interesów konsumentów nie jest możliwe, ani też zasadne (patrz: M. Szydło, „Publicznoprawna ochrona zbiorowych interesów konsumentów”, *Monitor Prawniczy* 2004/17/791). Naruszenie zbiorowego interesu konsumentów powiązane jest z naruszaniem interesów gospodarczych konsumentów. Pod tym pojęciem należy rozumieć zarówno naruszenie interesów *stricte* ekonomicznych (o wymiarze majątkowym), jak również prawo konsumentów do uczestniczenia w przejrzystych i niezakłóconych przez przedsiębiorcę warunkach rynkowych. W tym też aspekcie w niniejszej sprawie nastąpiło naruszenie interesu gospodarczego konsumentów poprzez stosowanie niezgodnych z prawem postanowień kodeksu dobrych praktyk, który z założenia powinien regulować prawa i obowiązki konsumenta korzystniej niż przepisy prawa.

Zastosowanie art. 26 ust. 1 uokik

Zgodnie z art. 26 ust. 1 uokik, Prezes Urzędu wydaje decyzję o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i nakazuje zaniechanie jej stosowania, jeżeli przedsiębiorca naruszył zakaz określony w art. 24 uokik.

PZFD nie zaniechał stosowania zakwestionowanych w niniejszym postępowaniu postanowień Katalogu. Wprowadzona przez PZFD zmiana w zakresie postanowienia zamieszczonego w pkt IV. 3 Katalogu nie zmienia istoty przedmiotowego postanowienia. Postanowienie to bowiem nadal umożliwia profesjonalście podwyższenie ceny lub wynagrodzenia po zawarciu umowy bez przyznania konsumentowi prawa odstąpienia od umowy. Z uwagi na to Prezes Urzędu stwierdził brak podstaw do uznania zaniechania przedmiotowej praktyki.

W przedmiotowej sprawie zostały spełnione przesłanki konieczne do stwierdzenia praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, określonej w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 uokik oraz przesłanki wydania decyzji o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i nakazaniu zaniechania jej stosowania wskazanych w art. 26 ust. 1 uokik.

Mając na uwadze powyższe, orzeka się jak w pkt I sentencji niniejszej decyzji.

II. Rozstrzygnięcie w pkt II sentencji decyzji.

Prezes Urzędu nałożył na PZFD, na podstawie art. 26 ust. 2 uokik obowiązek publikacji decyzji w całości na koszt PZFD na stronie internetowej PZFD www.pzfd.pl (przy czym odnośnik do treści decyzji powinien zostać umieszczony na stronie głównej www.pzfd.pl) w ciągu 14 dni od daty uprawomocnienia się przedmiotowej decyzji oraz utrzymywania jej na przedmiotowej stronie internetowej przez okres 6 miesięcy, a ponadto jednokrotną publikację pkt I sentencji decyzji na koszt Polskiego Związku Firm Deweloperskich na jednej z trzech pierwszych stron dodatków o nieruchomościach do

dzienników *Rzeczpospolita* (wydanie poniedziałkowe) oraz *Gazeta Wyborcza* (wydanie środowe) o objętości co najmniej 24 (dwadzieścia cztery) cm x 14 (czternaście) cm, rozmiar czcionki co najmniej 13 (trzynaście) w ciągu 30 (trzydzieści) dni od daty uprawomocnienia się przedmiotowej decyzji.

Zgodnie z art. 26 ust. 2 uokik Prezes Urzędu wydając decyzję stwierdzającą stosowanie praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, nakazując przedsiębiorcy zaniechanie jej stosowania może jednocześnie określić środki usunięcia trwających skutków naruszenia zbiorowych interesów konsumentów. Środki usunięcia mogą przybrać postać: zobowiązania przedsiębiorcy do złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia o określonej treści lub formie oraz zobowiązania do publikacji decyzji w całości lub w części na koszt przedsiębiorcy. W niniejszej sprawie Prezes Urzędu zdecydował o zastosowaniu drugiego z ww. dodatkowych środków.

Należy wskazać, że zamieszczenie w decyzji o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i nakazującej zaniechanie jej stosowania elementów dodatkowych ma zmierzać do wyeliminowania skutków praktyki.

W niniejszej sprawie mamy do czynienia z działaniem, które w istotny sposób mogło zniekształcić zachowanie rynkowe konsumenta, w wyniku którego konsument mógł podjąć decyzję dotyczącą umowy jakiej nie podjąłby w innych okolicznościach. PZFD stosuje Katalog będący kodeksem dobrych praktyk, który zawiera postanowienia sprzeczne z prawem. Konsumentom mając na uwadze *ratio legis* powstania kodeksu dobrych praktyk, jako aktu regulującego w sposób korzystniejszy niż przepisy prawa wzajemne stosunki między deweloperami, a klientami mogli na tej podstawie dokonywać wyboru swojego kontrahenta. W rzeczywistości jak to zostało wykazane powyżej postanowienia zawarte w Katalogu są sprzeczne z prawem, a ich stosowanie pogarsza sytuację prawną konsumentów. Przekonanie o korzystnym uregulowaniu pozycji konsumenta w Katalogu ma charakter trwały z uwagi na niezaprzeszanie stosowania przedmiotowej praktyki, dlatego też Prezes Urzędu celem eliminacji jej skutku uznał za zasadne nakazanie podania do wiadomości szerokiego kręgu odbiorców informacji o praktyce PZFD, która została uznana za bezprawną.

Mając na uwadze powyższe, orzeka się jak w pkt II sentencji niniejszej decyzji.

III. Rozstrzygnięcie w pkt III sentencji decyzji.

Stosownie do art. 106 ust. 1 pkt 4 uokik, Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu, osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dopuścił się stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24.

Przepisy uokik wprowadziły zasadę fakultatywności kar nakładanych przez Prezesa Urzędu na przedsiębiorców, którzy dopuścili się naruszenia tego zakazu. W przypadku stwierdzenia jego naruszenia przez przedsiębiorcę Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę karę pieniężną.

Art. 106 ust. 1 pkt 4 ww. ustawy przewiduje możliwość nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej w wysokości nie większej niż 10% przychodu, osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenie kary. Ustawa nie przesądza bezwzględnie wysokości kary nakładanej przez Prezesa Urzędu, który decyduje o tym w każdym konkretnym przypadku, kierując się założeniem, że sankcja musi spełniać zarówno funkcję

represyjną, jak i prewencyjną (dyscyplinującą). Przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 106-108 uokik, Prezes UOKiK powinien wziąć pod uwagę w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy (art. 111 uokik).

W niniejszej sprawie zostało udowodnione, iż doszło do naruszenia przez PZFD określonego w art. 24 uokik zakazu stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów w sposób określony w pkt I sentencji decyzji. Charakter i uciążliwość tego naruszenia uzasadniają nałożenie na PZFD kary pieniężnej.

Za udowodnione należy uznać, iż doszło do naruszenia przez PZFD określonego w art. 24 uokik zakazu w sposób określony w pkt I sentencji niniejszej decyzji. Daje to podstawy do nałożenia na PZFD kary pieniężnej określonej w art. 106 ust. 1 pkt 4 uokik. Przy ustalaniu wysokości kary Prezes Urzędu przyjął za podstawę obliczeń kwotę odpowiadającą wysokości szacowanego przez PZFD przychodu osiągniętego w 2009 r. wynoszącego 1 917 917,36 zł. Stosownie do zapisu art. 106 ust. 1 pkt 4 uokik, maksymalna kara może stanowić 10 % przychodu, co stanowi kwotę 191 791, 73 zł.

Dopuszczenie się naruszenia przepisów ustawy może nastąpić zarówno umyślnie, jak też i nieumyślnie. Kara pieniężna może zostać nałożona także w przypadku, gdy przedsiębiorca „choćby nieumyślnie” dopuścił się określonego czynu (art. 106 ust. 1 uokik). Oznacza to, że kara może być nałożona, także w przypadku, gdy po stronie przedsiębiorcy nie będzie występować wina, rozumiana jako świadomość bezprawności zachowania.

Nakładając karę pieniężną określoną w art. 106 ust. 1 pkt 4 uokik Prezes Urzędu wziął pod uwagę, czy określone w ww. przepisie naruszenie dokonane było co najmniej nieumyślnie. Konieczność brania pod uwagę przesłanki winy w przypadku stosowania kar pieniężnych wynika bezpośrednio z art. 106 ust. 1 uokik. Z tego względu, nakładając karę pieniężną, Prezes Urzędu wziął pod uwagę całokształt okoliczności sprawy, które wskazywać mogą na umyślny charakter naruszenia przez PZFD zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Jak zostało bowiem wskazanej powyżej, PZFD świadomy pozytywnego odbioru Kodeksu przez konsumentów, celowo stosuje w Katalogu zawierający postanowienia umożliwiające podwyższenie ceny w wyniku jej waloryzacji jak i zmiany powierzchni mieszkania bez przyznania konsumentowi prawa do odstąpienia od umowy. W ten sposób PZFD świadomie wykorzystując wpływ jaki może mieć na decyzje podejmowane przez konsumentów fakt stosowania przez związek kodeksu dobrych praktyk, wprowadził do niego postanowienia sprzeczne z prawem. Wymiernym skutkiem tych postanowień jest pogorszenie sytuacji prawnej konsumentów oraz minimalizacja konieczność poniesienia przez członków PZFD dodatkowych kosztów związanych z ryzykiem prowadzonej przez nich działalności gospodarczej.

Zatem, w ocenie Prezesa Urzędu, przedmiotowe działanie PZFD wskazuje na umyślne naruszanie przez PZFD zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, co stanowi okoliczność obciążającą, powodującą zwiększenie wysokości kary.

Ustalenie kary w przedmiotowej sprawie miało charakter wieloetapowy. W pierwszej kolejności Prezes Urzędu dokonał oceny wagi stwierdzonych praktyk i na tej podstawie ustalił kwotę bazową, stanowiącą podstawę do dalszych ustaleń wysokości kary, a następnie – w oparciu o zaistniałe w sprawie okoliczności mające wpływ na wysokość kary – dokonał gradacji ustalonej kwoty bazowej.

W powyższym kontekście wzięto pod uwagę, iż naruszenie przez PZFD zbiorowych interesów konsumentów polegało na stosowaniu nieuczciwej praktyki rynkowej, która zniekształcała zachowanie rynkowe konsumenta. Prezes Urzędu zważył, że w wyniku wykorzystania przez PZFD oczekiwań konsumentów wobec aktu samoregulacji jakim jest

Katalog zawarł w nim postanowienia sprzeczne z prawem, których skutkiem wprowadzenia do obrotu jest pogorszenie sytuacji prawnej konsumentów.

Mając na uwadze szczególny charakter niniejszej sprawy (stosowanie sprzecznych z prawem postanowień kodeksu dobrych praktyk), wpływ działań PZFD na proces decyzyjny konsumenta (przedmiotowa praktyka ujawniła się na etapie przedkontraktowym) oraz długotrwałość praktyki (Katalog obowiązuje od 1 marca 2008 r. do nadal), Prezes Urzędu przyjął, iż waga naruszeń w przedmiotowej sprawie kształtuje się na poziomie 0,3 % przychodu osiągniętego przez PZFD w 2009 r. Tym samym ustalona przez Prezesa Urzędu kwota bazowa stanowiąca równowartość 0,3 % przychodu osiągniętego przez PZFD wynosi 5 753,75 zł.

W związku z powyższym, Prezes Urzędu uznał, iż zaistniała w niniejszej sprawie okoliczność naruszenia zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów (umyślność) uzasadniają zwiększenie wyjściowego poziomu kwoty bazowej będącej podstawą wymierzenia kary. Ponadto Prezes Urzędu uwzględnił ogólnopolski zasięg praktyki, czego skutkiem jest również zwiększenie wyjściowego poziomu kwoty bazowej. W efekcie uwzględnienia ww. okoliczności obciążających kwota bazowa uległa zwiększeniu o 70%. Z uwagi na brak prawomocnego wyroku sądowego potwierdzającego fakt stosowania przez PZFD uprzednio praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, Prezes Urzędu nie uwzględnił tej okoliczności obciążającej przy wymiarze kary. Jednocześnie brak jest w niniejszej sprawie okoliczności łagodzących, które miałyby wpływ na zmniejszenie kary w przedmiotowym postępowaniu, np. dobrowolne zaniechania praktyki w wyniku działań podjętych przez Prezesa Urzędu.

Orzeczona kara powinna stanowić dolegliwość dla uczestnika niniejszego postępowania, tak aby jej nałożenie skutkowało w przyszłości zapobieżeniem zaistnienia podobnych sytuacji. Nakładana kara ma pełnić również funkcję odstrasżającą i wychowawczą w stosunku do innych uczestników rynku.

W ocenie Prezesa Urzędu wymierzona kara w wysokości 0,51 % przychodu uzyskanego przez PZFD w 2009 r. i stanowiąca około 5,1 % maksymalnego wymiaru kary przewidzianego w art. 106 ust. 1 pkt 4 uokik jest adekwatna do stopnia naruszenia przepisów ww. ustawy i współmierna do możliwości finansowych PZFD. Kara w tej wysokości obliczona z uwzględnieniem wyżej wskazanych okoliczności zdaniem Prezesa Urzędu spełni jej podstawowe funkcje: represyjną i odstrasżającą w niniejszym przypadku. Stanowi dolegliwość dla uczestnika niniejszego postępowania, jednocześnie daje uzasadnione podstawy, by sądzić, iż PZFD nie dokona naruszenia przepisów uokik w przyszłości.

Ponadto wydaje się, iż kara w tej wysokości spełni również funkcję edukacyjną, wychowawczą i odstrasżającą w stosunku do innych uczestników rynku. Kara w przedmiotowej wysokości powinna przyczynić się do zapewnienia trwałego zaniechania naruszania w przyszłości reguł odnoszących się do ochrony praw konsumentów zarówno przez PZFD, jak i innych profesjonalistów. Zdaniem Prezesa Urzędu tak obliczona kara daje nadzieję, iż jej wymiar edukacyjny i wychowawczy zostanie osiągnięty.

W świetle powyższych okoliczności, po uwzględnieniu zaistniałych w postępowaniu okolicznościach obciążających wysokość kary za poszczególne naruszenia ustalono na poziomie **9 781,00 zł** (słownie: dziewięć tysięcy siedemset osiemdziesiąt jeden zł).

Mając na uwadze powyższe, orzeka się jak w pkt III sentencji niniejszej decyzji.

Zgodnie z art. 112 ust. 3 uokik karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: NBP o/o Warszawa Nr 51101010100078782231000000.

IV. Rozstrzygnięcie w pkt IV sentencji decyzji.

Zgodnie z art. 80 uokik Prezes Urzędu rozstrzyga o kosztach w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie. Stosowanie do art. 77 ust. 1 uokik, jeżeli w wyniku postępowania Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przepisów ustawy, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, jest obowiązany ponieść koszty postępowania.

Postępowanie w sprawie stosowania przez przedsiębiorcę praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów zostało wszczęte z urzędu, a w jego wyniku Prezes Urzędu w punkcie I sentencji niniejszej decyzji stwierdził naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Kosztami niniejszego postępowania są m.in. wydatki związane z przeprowadzeniem na wniosek PZFD dowodu z opinii biegłego. W piśmie z dnia 13 czerwca 2008 r. PZFD złożył wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w rozumieniu art. 59 uokik na okoliczność dopuszczalnych różnic pomiędzy projektowaną, a rzeczywistą powierzchnią użytkową mieszkań, wynikających z norm branżowych oraz zasad sztuki budowlanej. Należy zauważyć, iż pomimo, że przedmiotowa Opinia biegłego nie przesądziła o kierunku rozstrzygnięcia, to została w pełni wykorzystana przez Prezesa Urzędu jako materiał uzupełniający, pomocniczy przy ocenie argumentów podnoszonych przez PZFD. Jednocześnie należy wskazać, iż z uwagi na stwierdzenie przez Prezesa Urzędu w niniejszej sprawie, iż PZFD dopuścił się praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, PZFD został obciążony kosztami postępowania, na które składają ja się koszty sporządzenia opinii biegłego w wysokości **24 885,00 zł** (słownie: dwadzieścia cztery tysiące osiemset osiemdziesiąt pięć złotych).

Wobec tego orzeczono jak w punkcie IV sentencji niniejszej decyzji.

Koszty niniejszego postępowania, na podstawie art. 264 § 1 K.p.a., w związku z art. 83 i art. 80 uokik, przedsiębiorca obowiązany jest wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie w NBP o/o Warszawa Nr 51101010100078782231000000 w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 uokik w związku z art. 479²⁸ § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. K.p.c. od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

W przypadku jednak kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach zawartego w punkcie IV sentencji niniejszej decyzji, stosownie do art. 81 ust. 5 uokik w związku z 479³² § 1 i 2 K.p.c., można wnieść zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie tygodnia od dnia doręczenia niniejszej decyzji.

Otrzymuje: Polski Związek Firm Deweloperskich z siedzibą w Warszawie reprezentowany przez: radcę prawnego Andrzeja Springera z kancelarii Bartkowiak Wojciechowski Wawrzynowicz Springer Sp. J. ul. Wspólna 50 lok. 14, 00-684 Warszawa