



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

Delegatura w Lublinie
20-012 Lublin, ul. Ochotnicza 10
Tel. (0-81) 532-35-31, 532-54-48,
Fax (0-81) 532-08-26
E-MAIL: LUBLIN@UOKIK.GOV.PL

Lublin , dnia 15 lipca 2010r.

RLU-61-7/2010/MW
za p.o.

DECYZJA RLU 10 /2010

Stosownie do art. 33 ust. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. Nr 107, poz. 887), po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, wszczętego z urzędu przeciwko Agencji „Amicus” W. Karpiński i Spółka- Spółka jawna w B.

- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

I. Na podstawie art. 26 ust.1 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz.331 ze zm.) uznaje się za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów określoną w art. 24 ust. 1 i 2 pkt.1 tej ustawy bezprawne działania Agencji „Amicus” W. Karpiński i Spółka- Spółka jawna w B. polegające na zamieszczeniu w stosowanych od 2009 r. w obrocie z konsumentami wzorcach:

a) „Umowy Pośrednictwa” (K) i (W) postanowienia o treści: *„Zamawiający i Pośrednik oświadczają, że postanowienia umowy zostały ustalone w drodze negocjacji i są one zgodne z ich interesami. Strony akceptują przedmiotowe postanowienia bez zastrzeżeń”*,

b) „Umowy pośrednictwa” (W) i (K) postanowienia o treści: *„W przypadku samodzielnego zawarcia umowy transakcyjnej przez Zamawiającego lub jego pełnomocnika z kontrahentem wskazanym przez Pośrednika oraz w razie naruszenia zasady wyłączności określonej w § 1 ust. 4 i 6 Zamawiający jest zobowiązany do zapłaty kary umownej w kwocie określonej w § 5 ust.1 liczonej od górnej granicy ceny ofertowej, określonej w § 3, w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania od Pośrednika”* ,

które to postanowienia zostały wpisane do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone, o którym mowa w art. 479⁴⁵ KPC

oraz nakazuje zaniechanie jej stosowania.

II. Na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz.331 ze zm.) w związku ze stwierdzeniem stosowania przez Agencję „Amicus” W. Karpiński i Spółka- Spółka jawna w B, praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów określonej w art. 24 ust. 1 i 2 pkt. 1 tej ustawy, nakazuje się w/w przedsiębiorcy - celem usunięcia trwających skutków naruszenia zbiorowych interesów konsumentów- usunięcie zakwestionowanych zapisów o treści:

„Zamawiający i Pośrednik oświadczają, że postanowienia umowy zostały ustalone w drodze negocjacji i są one zgodne z ich interesami. Strony akceptują przedmiotowe postanowienia bez zastrzeżeń” i

„W przypadku samodzielnego zawarcia umowy transakcyjnej przez Zamawiającego lub jego pełnomocnika z kontrahentem wskazanym przez Pośrednika oraz w razie naruszenia zasady wyłączności określonej w § 1 ust. 4 i 6 Zamawiający jest zobowiązany do zapłaty kary umownej w kwocie określonej w § 5 ust.1 liczonej od górnej granicy ceny ofertowej, określonej w § 3,w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania od Pośrednika”,

ze wszystkich umów pośrednictwa zawartych z konsumentami, które do dnia uprawomocnienia się decyzji nie zostały wykonane, w terminie 30 dni od uprawomocnienia się decyzji.

III. Na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. z 2000 r. Nr 98 poz. 1071 ze zm.) w związku z art. 83 i art. 105 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50 poz. 331 ze zm.) **umarza się** jako bezprzedmiotowe postępowanie w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, wszczęte przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów przeciwko Agencji „Amicus” W. Karpiński i Spółka- Spółka jawna w B, w zakresie zarzutu zamieszczenia w stosowanych w obrocie z konsumentami wzorcach Umowy Pośrednictwa” (W-Dz-) i (K) stosowanych w 2008r. postanowienia o treści:

a) „Zamawiający i Pośrednik oświadczają, że postanowienia umowy zostały ustalone w drodze negocjacji i są one zgodne z ich interesami. Strony akceptują przedmiotowe postanowienia bez zastrzeżeń”.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes Urzędu) przeprowadził postępowanie wyjaśniające RLU-405-32/09/JS w sprawie wzorców umownych stosowanych przez Agencję „Amicus” W. Karpiński i Spółka- Spółka jawna w B..

W toku tego postępowania przedsiębiorca przedłożył następujące wzorce umów:

- „Umowy pośrednictwa w kupnie nieruchomości z klauzulą wyłączności”,
- „Umowy pośrednictwa w sprzedaży nieruchomości”,
- „Umowy pośrednictwa w sprzedaży nieruchomości z klauzulą wyłączności”.

Nadto ocenie Prezesa Urzędu podlegały:

- stosowane w 2008r. przez w/w przedsiębiorcę wzorce:
 - 1/ Umowy pośrednictwa w kupnie nieruchomości (K) z klauzulą wyłączności
 - 2/ Umowy pośrednictwa w sprzedaży nieruchomości (W- Dz.)

- stosowane w 2009r. przez w/w przedsiębiorcę wzorce:

- 3 Umowy pośrednictwa w kupnie nieruchomości (K)
- 4/ Umowy pośrednictwa w sprzedaży nieruchomości (W).

Postępowanie wyjaśniające zostało zakończone Postanowieniem z dnia 10.12.2009r.

W związku z wynikami tego postępowania Prezes Urzędu wszczął Postanowieniem Nr 43/2010 z dnia 12 lutego 2010 r. postępowanie administracyjne RLU-61-7/2010/MW w sprawie naruszenia przez Agencję „Amicus” W. Karpiński i Spółka- Spółka jawna w B. zwanej dalej „Amicus” lub „Spółka”) zbiorowych interesów konsumentów, opisanych w art. 24 ust. 1 i 2 pkt.1 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz.331, ze zm.) zwanej dalej ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez stosowanie we wzorcach :

a) „Umowy Pośrednictwa” (W-Dz-) i (K) stosowanych od 2008r. oraz we wzorcach „Umowy Pośrednictwa” (K) i (W) stosowanych od 2009r. postanowienia o treści:

„Zamawiający i Pośrednik oświadczają, że postanowienia umowy zostały ustalone w drodze negocjacji i są one zgodne z ich interesami. Strony akceptują przedmiotowe postanowienia bez zastrzeżeń”.

b) „Umowy Pośrednictwa” (W) i (K) stosowanego od 2009r. postanowienia o treści:

*„W przypadku samodzielnego zawarcia umowy transakcyjnej przez Zamawiającego lub jego pełnomocnika z kontrahentem wskazanym przez Pośrednika **oraz w razie naruszenia zasady wyłączności określonej w § 1 ust. 4 i 6 Zamawiający jest zobowiązany do zapłaty kary umownej w kwocie określonej w § 5 ust.1 liczonej od górnej granicy ceny ofertowej, określonej w § 3, w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania od Pośrednika**” w zakresie treści objętych wytłuszczonym drukiem.*

Przedsiębiorca ustosunkowując się do postawionego zarzutu, pismem z dnia 27 lutego 2010r. wyjaśnił, iż w odniesieniu do pierwszego z zakwestionowanych postanowień, to w jego ocenie, zapis ten oznacza, że:

- a) projekt umowy był przedłożony konsumentowi przed jej zawarciem, zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 384 kc;
- b) treść umowy została ustalona w drodze negocjacji, w szczególności w zakresie

ceny sprzedaży nieruchomości, okresu obowiązywania umowy i wynagrodzenia Pośrednika;

c) w trakcie negocjacji konsument miał prawo wypowiedzieć się co do propozycji postanowień zaproponowanych przez pośrednika, mając realny wpływ na ich treść;

d) strony oświadczyły, że w postanowieniach umowy zostały wyrażone dostatecznie ich interesy;

e) przyjęty przez strony ostateczny tekst umowy nie budził, w ich ocenie, zastrzeżeń.

W ocenie Spółki zakwestionowany zapis nie jest tożsamy z klauzulą wpisaną do rejestru pod nr 461. Zdaniem Spółki, w przypadku niedozwolonej klauzuli mamy do czynienia z sytuacją, w której przedsiębiorca uzyskał prawo do złożenia jednostronnego oświadczenia zmieniającego warunki umowy w ten sposób, by mogły być one uznane, zgodnie z treścią umowy za indywidualnie uzgodnione. Umowy o pośrednictwo w obrocie nieruchomościami będące przedmiotem niniejszej kontroli nie zawierały zapisów, które w jakikolwiek sposób stwarzałyby uprawnienia jednej ze stron umowy do jej zmiany. W tym kontekście należy zauważyć, argumentuje dalej Spółka, że zmiany umowy pośrednictwa, w świetle art. 180 ust.3 ustawy o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2004 r. Nr 261, poz. 2603) są dopuszczalne tylko w formie pisemnego, obustronnego oświadczenia woli i pod rygorem nieważności. Ponadto sformułowanie potwierdzające, że postanowienia umowne ustalone zostały w drodze negocjacji nie jest tożsame z zapisem niedozwolonym wskazującym, że są one uzgodnione indywidualnie. Wskazuje ono jedynie, że zawarcie umowy poprzedziły negocjacje, podczas których pośrednik i konsument wspólnie sformułowali treść zapisów umownych w taki sposób, aby nie naruszały one interesu konsumenta, co zostało potwierdzone przez niego w oświadczeniu, że nie ma żadnych zastrzeżeń do postanowień zawartej umowy.

Natomiast w odniesieniu do drugiego z zakwestionowanych zapisów to również w ocenie „Amicus”, nie jest ono tożsame ani nawet zbliżone z postanowieniem wpisanym do rejestru pod nr 1656.

W ocenie Spółki, zakwestionowane postanowienie jest zgodne z art. 180 ust.3 a w/w ustawy o gospodarce nieruchomościami, stanowiącym iż umowa pośrednictwa może być zawarta z zastrzeżeniem wyłączności na rzecz pośrednika lub przedsiębiorcy. W powyższym zakresie przepis ten odsyła do art. 550 kc zawierającego definicję wyłączności w pośrednictwie handlowym, który stanowi, że: „jeżeli w umowie sprzedaży zastrzeżona została na rzecz kupującego wyłączność bądź w ten sposób, że kupujący będzie jedynym odsprzedawcą zakupionych rzeczy na oznaczonym obszarze, nie może w zakresie, w którym wyłączność została zastrzeżona, ani bezpośrednio, ani pośrednio zawierać umowy sprzedaży, które mogłyby naruszać wyłączność przysługującą kupującemu.” W ocenie Spółki oznacza to „że zamawiający nie będzie zawierał wskazanych w art. 180 ust. 3 w/w ustawy umów za pośrednictwem innych osób bądź, że zamawiający nie będzie zawierał tych umów z pominięciem pośrednika lub przedsiębiorcy – zamawiający nie będzie ani bezpośrednio ani pośrednio zawierać tych umów tak, aby nie naruszyć przysługującej pośrednikowi lub przedsiębiorcy wyłączności”.

W dalszej części Spółka podnosi argumentację dotyczącą zasadności zastosowania w kwestionowanym postanowieniu zawierającym klauzulę wyłączności kary umownej jako rekompensaty z tytułu szczególnych starań związanych z wykonywaniem umowy przez pośrednika. Natomiast konsument zawierając umowę z pośrednikiem z klauzulą wyłączności przyjmuje świadomie i dobrowolnie wariant obrotu nieruchomością z powierzeniem czynności przygotowawczych pośrednikowi i

rezygnację z własnej aktywności w tym kierunku. Jeżeli w trakcie umowy konsument podejmuje jednak starania na własną rękę lub przez innego pośrednika, wówczas narusza regułę pośrednictwa wyłącznego przez co naraża na szwank interesy materialne pośrednika. Spółka powołuje również jako uzasadnienie konieczności zastrzeżenia kary umownej w przypadku zerwania przez konsumenta prawa wyłączności, w związku ze szczególnym nakładem obowiązków nałożonych na pośrednika, art. 181 ust.1 powołanej ustawy o gospodarce nieruchomościami oraz § 29 Standardów zawodowych pośredników w obrocie nieruchomościami, uchwalonych przez Polską Federację Rynku Nieruchomości uzgodnionych z Ministrem Infrastruktury (Dz. Urz. Nr 3 poz. 14).

Natomiast w ocenie Spółki powołana klauzula zakazana dotyczy sytuacji, w której pośrednik mógłby uzyskać niesłuszne wynagrodzenie nawet w sytuacji, gdyby nie podjął się czynności pośrednictwa, do wykonania których zobowiązał się w umowie pośrednictwa. Z klauzuli wyłączności nie wynika wprost prawo pośrednika do wynagrodzenia, jeżeli zachował on postawę bierną i nie zmierzał do dokonania obrotu nieruchomością przez zamawiającego.

W klauzuli, która występowała we wzorcu umownym stosowanym przez Spółkę występuje instytucja kary umownej, której nie należy utożsamiać z wynagrodzeniem należnym pośrednikowi za wykonanie usługi. W związku z tym porównywane klauzule nie są tożsame.

W ocenie Spółki, stosunek prawny ukształtowany na podstawie stosowanych przez Spółkę wzorców umownych ma tę cechę, że konsument zamawiający usługę zajmuje pozycję na równych prawach z pośrednikiem, a w świetle przytoczonych przez Spółkę przypadków niekiedy dominuje nad pośrednikiem.

Ponadto w trakcie realizacji umowy pośrednictwa zawieranej przez Spółkę nie wystąpiła sytuacja, w której Spółka dochodziłaby zapłaty kary umownej wobec zamawiającego usługę. W związku z tym zapisy umowne z nią związane miały charakter jedynie porządkowy.

Natomiast do czasu ostatecznego wyjaśnienia sprawy Spółka zaprzestała z dniem 20.02.2010r. stosowania klauzul umownych zakwestionowanych w postanowieniu o wszczęciu postępowania administracyjnego.

Spółka złożyła informację o wysokości przychodu osiągniętego w roku 2009r.

Przedsiębiorcę zawiadomiono o zakończeniu zbierania materiału dowodowego w sprawie pismem z dnia 31 maja 2010r. oraz o możliwości zapoznania się z materiałem dowodowym zebrany w sprawie, z którego to uprawnienia Spółka nie skorzystała .

Prezes Urzędu ustalił następujący stan faktyczny:

Agencja „Amicus” W.Karpinski i Spółka- Spółka jawna prowadzi działalność gospodarczą na podstawie umowy spółki jawnej z dnia 29.10.1990r. Przedsiębiorca przedstawił odpis aktualny z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, do którego jest wpisany pod nr xxx Profil działalności Spółki to działalność, między innymi w zakresie pośrednictwa w obrocie nieruchomościami.

Dowód: odpis aktualny z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego- karta 4- 6

Przedsiębiorca prowadząc działalność pośrednictwa w obrocie nieruchomościami od 1989r. zawiera umowy cywilnoprawne z kontrahentami, którymi są również osoby fizyczne zlecające sprzedaż nieruchomości mieszkalnych będących ich własnością lub kupno takich nieruchomości na rzecz osób fizycznych. Zatem w/w przedsiębiorca wchodzi w stosunki umowne z konsumentami.

Agencja „Amicus” oferuje swoje usługi na terenie województwa podlaskiego. Stwierdzić zatem należy, że działalność Spółki ma charakter lokalny.

Dowód: wyjaśnienia strony karty 63

Projekty umów pośrednictwa sprzedaży/zakupu nieruchomości przygotowywane z góry przed zawarciem umowy, zawierają gotowe, jednolite postanowienia, które po podpisaniu konkretnej wersji „Umowy pośrednictwa” wiążą strony umowy. W/w projekty stanowią zatem wzorzec umowny w rozumieniu art.384 §1 k.c.

Dowód : wzorce umów stosowane przez przedsiębiorców karty 16-45,

Agencja „Amicus” prowadząc w/w działalność, polegającą na pośrednictwie w obrocie nieruchomościami posługuje się w obrocie z kontrahentami wzorcami „Umowy pośrednictwa” o zróżnicowanej treści. Są to umowy pośrednictwa na zakup/sprzedaż nieruchomości z klauzulą wyłączności lub bez klauzuli wyłączności. W ramach wzorców umów tego samego rodzaju numeracja postanowień jest różna, zapisy takich samych umów różnią się nieznacznie treścią :

Prezes Urzędu ustalił, że w 2008r. przedsiębiorca stosował wzorce :

- „Umowa pośrednictwa” w sprzedaży nieruchomości (W- Dz.)
- „Umowa pośrednictwa” w kupnie nieruchomości (K)

Agencja „Amicus” zawierała z konsumentami w 2008r. umowy cywilnoprawne w oparciu o opracowany przez siebie wzorzec „Umowy pośrednictwa” ze sprzedającym – (W-Dz.) oraz „Umowy pośrednictwa” w kupnie nieruchomości (K). Przedmiotem umowy oznaczonej symbolem (W-Dz) było powierzenie pośrednikowi przez zamawiającego wykonania czynności zmierzających do sprzedaży nieruchomości (§ 1 pkt 1)” zaś oznaczonej symbolem (K) - kupno nieruchomości. W ramach umowy pośrednik zobowiązywał się do czynności takich jak: dokonania oględzin, opisu nieruchomości oraz wykonania dokumentacji zdjęciowej, sprawdzenia stanu prawnego i faktycznego nieruchomości, doradztwa na rzecz zamawiającego ceny nieruchomości, opracowania oferty sprzedaży i wprowadzenia jej na rynek w sposób według wyboru pośrednika, reklamowania oferty, udzielania informacji o ofercie potencjalnym kontrahentom, kompletowania dokumentacji potrzebnej do sporządzenia umowy przedwstępnej lub warunkowej sprzedaży, pomocy organizacyjnej w zawarciu umowy przyrzeczonej.

Zarówno we wzorcu „Umowy pośrednictwa (W-Dz.) jak i „Umowy pośrednictwa” (K) zamieszczony jest zapis o treści:

„Zamawiający i Pośrednik oświadczają, że postanowienia umowy zostały ustalone w drodze negocjacji i są one zgodne z ich interesami. Strony akceptują przedmiotowe postanowienia bez zastrzeżeń”.

Stosowanie w/w wzorców zostało zaniechane z końcem 2008r.

Dowód : wzorce umowy pośrednictwa karty 16-18, 26-29

Prezes Urzędu ustalił, że od 2009r. przedsiębiorca stosuje wzorce:

- 1) „Umowa pośrednictwa” w kupnie nieruchomości (K)
- 2/ „Umowa pośrednictwa” w sprzedaży nieruchomości (W).

Ad 1. Przedsiębiorca stosował od 2009r. w obrocie z konsumentami wzorzec „Umowy pośrednictwa (K).

Umowy dotyczyły pośrednictwa w kupnie nieruchomości na zasadzie wyłączności, co oznacza obowiązek dokonania transakcji kupna za pośrednictwem przedsiębiorcy (§1 ust.5 karta 39 -45) lub „ za wiedzą i przy udziale przedsiębiorcy” (§1 ust.5 karta 7-8).

Za naruszenie zasady wyłączności uznaje się zawarcie umowy pośrednictwa w zakresie objętym przedmiotem umowy z innym pośrednikiem, zawarcie umowy przedwstępnej, zobowiązaniowej lub rozporządzającej prawem do nieruchomości określonej w ust.1 z pominięciem przedsiębiorcy (§1ust.6 karta 7-8, 39-45).

Wynagrodzenie pośrednika regulował § 5 ust.1 stanowiący iż: „Pośrednikowi przysługuje wynagrodzenie w wysokości% ceny sprzedaży nieruchomości określonej w § 3+VAT, płatne bez wezwania po dokonaniu czynności pośrednictwa, o których mowa w §1 ust.2, nie później jednak niż w dniu zawarcia umowy sprzedaży nieruchomości lub przedwstępnej umowy sprzedaży nieruchomości. Za każdy dzień zwłoki w zapłacie wynagrodzenia pośrednikowi przysługują odsetki ustawowe”.

Wzorce umów zawierały obydwie kwestionowane zapisy, przy czym pierwszy z nich miał treść:

„W przypadku samodzielnego zawarcia umowy transakcyjnej przez Zamawiającego lub jego pełnomocnika z kontrahentem wskazanym przez Pośrednika oraz w razie naruszenia zasady wyłączności określonej w § 1 ust. 5 i 6 Zamawiający jest zobowiązany do zapłaty kary umownej w kwocie określonej w § 4ust. 1, w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania od Pośrednika, drugi zaś : ”Zamawiający i Pośrednik oświadczają, że postanowienia umowy zostały ustalone w drodze negocjacji i są one zgodne z ich interesami. Strony akceptują przedmiotowe postanowienia bez zastrzeżeń”.

Dowód : umowa pośrednictwa- karta 39-44

Ad.2) W roku 2009 przedsiębiorca zawierał z konsumentami umowy w oparciu o opracowane przez siebie wzorce „Umowy pośrednictwa (W) z klauzulą wyłączności. Przedmiotem umowy było: „powierzenie przedsiębiorcy wykonania czynności zmierzających do stworzenia możliwości sprzedaży nieruchomości” (§ 1 pkt 1), umowa wymienia również zakres zobowiązania pośrednika w tym zakresie tj.: dokonania oględzin, opisu nieruchomości oraz wykonania dokumentacji zdjęciowej, sprawdzenia stanu prawnego i faktycznego nieruchomości, doradztwa na rzecz zamawiającego ceny nieruchomości, opracowania oferty sprzedaży i wprowadzenia jej na rynek w sposób według wyboru pośrednika, reklamowania oferty, udzielania informacji o ofercie potencjalnym kontrahentom, kompletowania dokumentacji potrzebnej do sporządzenia umowy przedwstępnej lub warunkowej sprzedaży, pomocy organizacyjnej w zawarciu umowy przyrzeczonej.

Zasada wyłączności określona została w stosowanych wzorcach w ten sposób iż: „umowa jest zawarta na zasadzie wyłączności, co oznacza, obowiązek dokonania transakcji kupna za wiedzą i przy udziale Pośrednika. (§ 1 pkt 4 karta 11-12) lub „obowiązek dokonania transakcji kupna przez Przedsiębiorcę bez względu na sposób nawiązania kontaktu z kontrahentem, z wyjątkiem przypadku określonego w ust. 9” (§1 pkt.6 karta 30-37).

Wspomniany wyżej ust. 9 stanowił zaś, że „wyłączność nie dotyczy sprzedaży nieruchomości przez Zamawiającego we własnym zakresie, bez udziału innych pośredników w obrocie nieruchomościami, w okresie 7 dni od dnia zawarcia niniejszej umowy”.

Naruszenie zasady wyłączności określone zostało we wzorcach w ten sposób, że: za naruszenie zasady wyłączności uznaje się zawarcie umowy przedwstępnej, zobowiązującej bądź rozporządzającej prawem do nieruchomości określonej w ust.1 z pominięciem Przedsiębiorcy (§ 1 pkt 5 karta 11-12, § 1 pkt.8 karta 30-37).

We wzorcach zamieszczony jest również zapis, iż Zamawiający oświadcza, iż nieruchomość nie jest przedmiotem uprzednio zawartej umowy pośrednictwa z klauzulą wyłączności. (§ 1 ust.7 karta 11-12, § 1 ust.10 karty (30-37).

Wynagrodzenie pośrednika regulował § 5 ust.1 stanowiący iż: „Pośrednikowi przysługuje wynagrodzenie w wysokości% ceny sprzedaży nieruchomości określonej w § 3+VAT, płatne bez wezwania po dokonaniu czynności pośrednictwa, o których mowa w §1 ust. 2, nie później jednak niż w dniu zawarcia umowy sprzedaży nieruchomości lub przedwstępnej umowy sprzedaży nieruchomości. Za każdy dzień zwłoki w zapłacie wynagrodzenia pośrednikowi przysługują odsetki ustawowe”.

W „Umowie pośrednictwa” (W) zamieszczone są obydwie kwestionowane zapisy, przy czym pierwszy z nich ma treść określoną w § 5 pkt.2 *„W przypadku samodzielnego zawarcia umowy transakcyjnej przez Zamawiającego lub jego pełnomocnika z kontrahentem wskazanym przez Pośrednika oraz w razie naruszenia zasady wyłączności określonej w § 1 ust. 4 i 5 Zamawiający jest zobowiązany do zapłaty kary umownej w kwocie określonej w § 4 ust.1, w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania od Pośrednika”* zaś drugi w § 7.2 o treści *„Zamawiający i Pośrednik oświadczają, że postanowienia umowy zostały ustalone w drodze negocjacji i są one zgodne z ich interesami. Strony akceptują przedmiotowe postanowienia bez zastrzeżeń”(karty30-37) lub w wersji: „Zamawiający i Przedsiębiorca oświadczają, że akceptują przedmiotowe postanowienia bez zastrzeżeń” (karta 11-12) .*

W kontekście zapisu w § 5 pkt. 2 zauważyć należy iż § 1 ust.4 wzorca (W) z kart 30-37 miał treść: *„przedsiębiorca oświadcza, że posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone w związku wykonywaniem czynności pośrednictwa w obrocie nieruchomościami”. (karta 30-37)*

Dowód : umowy na wyłączność karta 11-12, 30-37

Prezes UOKIK ustalił, że do Rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone, o którym mowa w art. 479 ⁴⁵ KPC wpisane są następujące postanowienia :

- pod poz. nr 461 o treści: „Korzystając z prawa do indywidualnego uzgodnienia warunków umowy wnoszę o zmianę następujących elementów umowy :... poprzez nadanie im brzmienia jak w załączniku do umowy. Pozostałe nie wymienione wyżej postanowienia umowy uważam za indywidualnie uzgodnione, akceptując je bez zastrzeżeń, co potwierdzam własnoręcznym podpisem, znając skutki prawne postanowień umowy”;

-pod poz. Nr 1656 o treści: „Niniejsza umowa jest umową zawartą na wyłączność, co oznacza, że zamawiający oddaje sprawę do prowadzenia jednemu pośrednikowi i zobowiązuje się uiścić temu pośrednikowi wynagrodzenie określone w pkt.4, bez względu na to, w jaki sposób doszło do skojarzenia stron”.

Prezes UOKiK ustalił, że całkowita wysokość przychodu przedsiębiorcy Agencji „Amicus” W. Karpiński i Spółka- Spółka jawna w Białymstoku w roku 2009 wyniosła ██████████ zł.

Mając na uwadze zebrany materiał dowodowy, Prezes Urzędu zważył:

Wszczynając wobec wskazanego wyżej przedsiębiorcy postępowanie administracyjne, Prezes UOKiK postawił mu zarzut naruszenia zbiorowych interesów konsumentów, poprzez zamieszczenie w stosowanych w obrocie z konsumentami wzorcach „Umowy pośrednictwa” postanowień, które zostały wpisane do Rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone, o którym mowa w art. 479 (45) kpc. tj. art. 24 ust. 1 i 2 pkt. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazane jest stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Art. 24 ust. 2 stanowi, że przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działanie przedsiębiorcy, zaś pkt. 1 wymienia, że w szczególności jest to stosowanie postanowień wzorców umów, które zostały wpisane do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone, o którym mowa w art. 479⁴⁵ Kodeksu postępowania cywilnego.

W niniejszej sprawie postawione przedsiębiorcy zarzuty, aby mogły być skutecznie ocenione w ramach art. 24 ust. 1 i 2 pkt 1, muszą spełniać poniższe przesłanki:

1. stanowić działania przedsiębiorcy,
2. być działaniem bezprawnym, w tym, polegać na stosowaniu w obrocie konsumenckim postanowień wzorców umów, które zostały wpisane do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone,
3. godzić w zbiorowe interesy konsumentów.

Ad. 1 Działania przedsiębiorcy

Pierwsza z w/w przesłanek wynika z tego, że zarzut naruszenia zbiorowych interesów konsumentów może być postawiony wyłącznie przedsiębiorcy. Definicja „przedsiębiorcy” zawarta jest w art. 4 pkt. 1 ustawy o ochronie (...), zgodnie z którym, ilekroć w ustawie jest mowa o przedsiębiorcy, rozumie się przez to przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, zgodnie z którą: „przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna nie będąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną - wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą (art.4. ust.1). Przepisem do którego odsyła art. 4 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest art. 8 § 1 Kodeksu Spółek Handlowych tj. ustawy z dnia 15 września 2000 r. (Dz. U. Nr 94 poz. 1037 ze zm.) stanowiący iż Spółka osobowa może we własnym imieniu nabywać prawa, w tym własność nieruchomości i inne prawa rzeczowe, zaciągać zobowiązania, pozywać i być pozywana.

Zatem, Agencja „Amicus” W. Karpiński i Spółka- Spółka jawna w B. posiada przymiot przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 ust.1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (...).
Spełniona została zatem pierwsza z w/w przesłanek.

Ad. 2 Bezprawność

Druga przesłanka dotyczy „bezprawności” działań przedsiębiorcy Agencji „Amicus”. Bezprawność tradycyjnie ujmowana jest jako sprzeczność z obowiązującym porządkiem prawnym. Pojęcie „porządek prawny” obejmuje nakazy i zakazy wynikające z normy prawnej, a także nakazy i zakazy wynikające z norm moralnych i obyczajowych określanych jako zasady współżycia społecznego.

Definicja bezprawności

W niniejszej sprawie działanie przedsiębiorców, polegające na stosowaniu postanowień wzorców umów wpisanych do rejestru niedozwolonych postanowień umownych, należy uznać za bezprawne nie tylko ze względu na fakt zdefiniowania w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów określonej praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów. O bezprawności tego działania przesądza również rozszerzona skuteczność wyroku w sprawie o uznanie postanowień umownych za niedozwolone, co wynika z art. 479⁴³ k.p.c. W momencie wpisania do rejestru zapisu uznanego przez sąd za niedozwolone postanowienie umowne, zapis staje się samodzielnie funkcjonującą zasadą, która została zakwestionowana. Ze względu na rozszerzoną skuteczność wyroku, klauzule spełniają funkcję podobną do przepisów prawa, zaś posługiwanie się nimi w kontaktach z konsumentami jest zakazane.

Wzorce umów stosowane przez przedsiębiorców w kontaktach z konsumentami podlegają szczególnej kontroli. Wzorzec umowy to doktrynalne określenie wszelkich jednostronnie przygotowanych z góry przed zawarciem umowy, gotowych klauzul umów w postaci warunków umów, ich wzorów, regulaminów, statutów itp. (*E. Łętowska, Prawo umów konsumenckich, C.H. Beck 2002, s. 292*).

W systemie polskiego prawa cywilnego ustawodawca przewidział instytucję abstrakcyjnej kontroli wzorców umownych, realizowanej w drodze postępowania o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie (wyroki: z dnia 29 września 2005 r., sygn. akt: VI

Aca 381/05; z dnia 16 listopada 2005 r., sygn. akt VI Aca 473/05), „celem postępowania w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone jest tzw. abstrakcyjna kontrola wzorców, dokonana w oderwaniu od konkretnej umowy, zaś wyrok uwzględniający powództwo przez uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone i zakazanie ich stosowania ma, zgodnie z art. 479⁴³ k.p.c., od chwili wpisania do odpowiedniego rejestru, skutek także wobec osób trzecich.(...)”.

Co więcej, jak wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 13 lipca 2006 r., sygn. akt III SZP 3/06, „stosowanie postanowień wzorców umów o treści tożsamej z treścią postanowień uznanych za niedozwolone prawomocnym wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów i wpisanych do rejestru, o którym mowa w art. 479⁴⁵ § 2 k.p.c. może być uznane w stosunku do innego przedsiębiorcy za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów”. Tak więc, dokonując oceny treści postanowień umownych wykorzystywanych przez przedsiębiorców we wzorcach umownych należy wykorzystywać reguły interpretacji wykształcone w nauce prawa i praktyce orzeczniczej. Stąd też, niedozwolone będą takie postanowienia umów, które mieszczą się w „hipotezie” klauzuli wpisanej do rejestru, której treść zostanie ustalona w oparciu o dokonaną jej wykładnię. Nie jest zatem konieczna dokładna, literalna identyczność klauzuli wpisanej do rejestru i klauzuli z nią porównywanej.

W wyroku z dnia 8 kwietnia 2008r. sygn. akt XVII Ama 105/2007, Sąd Okręgowy w Warszawie, Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów podjął się zdefiniowania przesłanki „stosowanie”. Stwierdził zatem, że „stosowanie” postanowień wzorca umowy oznacza jego umieszczenie we wzorcu używanym w obrocie z konsumentami. Strona zawierająca umowę z wykorzystaniem wzorca jest nim związana z chwilą zawarcia umowy, co oznacza, że wzorzec (i jego poszczególne postanowienia) mają zastosowanie do stosunku obligacyjnego związanego pomiędzy stronami z chwilą zawarcia umowy. Nie jest konieczne, aby przedsiębiorca powoływał się na to postanowienie tj. aby doszło do jego „użycia” w konkretnej umowie. Oznacza to, że samo wpisanie do umowy jest wystarczające, by wypełnić przesłankę „stosowania”.

Wypełnienie przesłanki bezprawności w pkt. I a) sentencji decyzji

W niniejszej sprawie Prezes UOKiK uznał za postanowienia wpisane do rejestru, o którym mowa w art.479⁴⁵ KPC. zapisy wzorców „Umów pośrednictwa” stosowane od 2009r. o treści:

„Zamawiający i Pośrednik oświadczają, że postanowienia umowy zostały ustalone w drodze negocjacji i są one zgodne z ich interesami. Strony akceptują przedmiotowe postanowienia bez zastrzeżeń „

Do Rejestru klauzul zakazanych pod poz. nr 461 na mocy wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 11 stycznia 2005r. sygn. akt. XVII Amc 70/04 dokonany został wpis o treści:

„Korzystając z prawa do indywidualnego uzgodnienia warunków umowy wnoszę o zmianę następujących elementów umowy :... poprzez nadanie im brzmienia jak w załączniku do umowy. Pozostałe nie wymienione wyżej postanowienia umowy uważam za indywidualnie uzgodnione, akceptuję je bez

zastrzeżeń, co potwierdzam własnoręcznym podpisem, znając skutki prawne postanowień umowy”.

Zapis o treści stosowanej przez przedsiębiorę od 2009r. we wszystkich wzorcach „Umowy pośrednictwa” tj. oznaczonych symbolami (K), (W) zawiera zapis w postaci oświadczenia obydwu stron umowy, że warunki umowy zostały negocjowane z konsumentem i konsument je w pełni akceptuje. Ocena wzorca umowy pod kątem tożsamości tego postanowienia z postanowieniem wpisanym do rejestru abstrahuje od treści konkretnych umów zawartych z konsumentami oraz skutkami prawnymi jakie wywołują. Natomiast płaszczyzną takiej oceny jest porównanie możliwych (potencjalnych) skutków prawnych jakie wywołuje postanowienie wpisane do rejestru i postanowienie zakwestionowane. Jeżeli skutki te są dla konsumenta tożsame, uznać należy, że postanowienie kwestionowane stanowi postanowienie wzorca umowy uznane za niedozwolone, o którym mowa w art. 479⁴⁵ KPC.

Przechodząc do oceny skutków prawnych kwestionowanego postanowienia stwierdzić należy, iż zapis w/w treści zawarty w umowie podpisanej przez konsumenta wywołuje skutek oświadczenia woli konsumenta o negocjowaniu warunków umowy z przedsiębiorcą. Zatem, konsument po podpisaniu takiego oświadczenia nie będzie mógł powołać się ochronę z art.385(1)kc, który stanowi, że postanowienia umowy zawieranej z konsumentem nie uzgodnione indywidualnie nie wiążą go, jeżeli kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy (§ 1). Zatem oświadczenie takie zawarte w umowie cywilnoprawnej, podpisanej przez konsumenta, może stanowić dowód, że strony negocjowały indywidualnie postanowienia umowy, co w konsekwencji skutkować będzie ważnością nawet tych postanowień, które kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy.

Tymczasem w praktyce konsumenci zawierając umowy na podstawie opracowanych przez przedsiębiorcę wzorców zwykle nie mają rzeczywistego wpływu na treść konkretnych zapisów. Stanowi o tym art.385¹ § 3 kc.: „Nie uzgodnione indywidualnie są te postanowienia umowy, na których treść konsument nie miał rzeczywistego wpływu. W szczególności odnosi się to do postanowień umowy przejętych z wzorca umownego zaproponowanego konsumentowi przez kontrahenta”. Również w przypadku Spółki warunki zawartej umowy, pomimo zamieszczenia zakwestionowanego zapisu we wzorcu umownym, faktycznie mogą nie być negocjowane z konsumentem. Konsument w stosunkach cywilnoprawnych z profesjonalnym uczestnikiem obrotu, wykazuje się zasadniczo mniejszą znajomością norm prawnych oraz mniejszym doświadczeniem. Wskutek tego, często nie zwraca uwagi na wszystkie zapisy umowy lub też nieświadomie dokonuje niewłaściwej ich interpretacji. Konsument może też nie wiedzieć jakie skutki prawne w sferze jego interesów wywołują poszczególne zapisy wzorca umownego podsunięte do podpisania przez przedsiębiorcę. Wreszcie może w ogóle nie wiedzieć, że przysługuje mu prawo do negocjacji wszystkich zapisów umowy. Wszystkie w/w okoliczności uzasadniają twierdzenie, że również w okolicznościach niniejszej sprawy konsument mógł nie mieć rzeczywistego wpływu na zamieszczenie w umowie kwestionowanego wyżej zapisu. Zatem zamieszczenie w treści wzorca umownego oświadczenia woli konsumenta, które z góry ogranicza jego uprawnienia, uniemożliwiając mu ochronę prawną przewidzianą przez w/w przepisy kodeksu cywilnego stanowi niedozwolone postanowienie umowne z art. 385(1) §1 kc.

Podobnymi przesłankami kierował się SOKIK w wyroku z dnia 11 stycznia 2005r. sygn. akt. XVII Amc 70/04 twierdząc, iż kwestionowany wyżej powołany zapis narusza art. 385(1) §1 kc tj. kształtując prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interes. Zapis ten ma bowiem na celu związanie konsumenta treścią umowy zawartej z przedsiębiorcą, poprzez pisemne zagwarantowanie, że umowa była uzgadniania z konsumentem indywidualnie. Tymczasem pomimo zamieszczenia takiego zapisu w treści umowy, faktycznie konsument mógł nie mieć żadnej możliwości jej negocjowania. Również w przypadku Agencji „Amicus” warunki zawartej umowy mogą nie być negocjowane z konsumentem. Konsument zwykle nie ma rzeczywistego wpływu na zamieszczenie w umowie kwestionowanego wyżej zapisu lub na jego usunięcie. Zatem zamieszczenie w treści wzorca umownego oświadczenia woli konsumenta, które z góry ogranicza jego uprawnienia, uniemożliwiając mu ochronę prawną przewidzianą przez w/w przepisy kodeksu cywilnego stanowi niedozwolone postanowienie umowne z art. 385(1) §1 kc.

Podobnymi przesłankami kierował się SOK i K w wyroku z dnia 11 stycznia 2005r. sygn. akt. XVII Amc 70/04 twierdząc, iż kwestionowany zapis narusza art. 385(1) §1 kc tj. kształtując prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interes. Zapis ten ma bowiem na celu związanie konsumenta treścią umowy zawartej z przedsiębiorcą, poprzez pisemne zagwarantowanie, że umowa była uzgadniania z konsumentem indywidualnie. Tymczasem pomimo zamieszczenia takiego zapisu w treści umowy, faktycznie konsument mógł nie mieć żadnej możliwości jej negocjowania. Zatem, w ocenie Prezesa, oceniany zapis jest tożsamy z postanowieniem niedozwolonym wpisanym do rejestru pod nr 461, zaś o tożsamości porównywanych zapisów decyduje jednakowy, negatywny skutek jako może on wyrzucić dla konsumenta, zatem stanowi postanowienie wzorca umowy uznane za niedozwolone, o którym mowa w art. 479⁴⁵ KPC.

Wypełnienie przesłanki bezprawności w pkt. I b) sentencji decyzji

W niniejszej sprawie Prezes UOKiK uznał za postanowienia wpisane do rejestru, o którym mowa w art.479⁴⁵ KPC. zapis wzorców stosowanych od 2009r „Umowy pośrednictwa” (K), (W) o treści:

„W przypadku samodzielnego zawarcia umowy transakcyjnej przez Zamawiającego lub jego pełnomocnika z kontrahentem wskazanym przez Pośrednika oraz w razie naruszenia zasady wyłączności określonej § 1 ust. 4 i 6 Zamawiający jest zobowiązany do zapłaty kary umownej w kwocie określonej w § 5 ust.1 liczonej od górnej granicy ceny ofertowej, określonej w § 3, w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania od Pośrednika”.

Na wstępie zaznaczyć należy, iż wskutek tego, że przedsiębiorca stosował różne oznaczenie numeracji postanowień zamieszczonych we wzorcach umownych, w niektórych z nich wyżej cytowany zakwestionowany zapis odsyła również do „...naruszenia zasady wyłączności określonej w § 1 ust. 4 i 5...” zaś numeracji tej w tych samych wzorcach odpowiadają różne zapisy np. w § 1 ust. 4 wzorca „Umowy pośrednictwa” (karta 30-31) ma treść dotyczącą zakresu ubezpieczenia od

odpowiedzialności cywilnej, a zatem w ogóle nie dotyczącej zasady wyłączności. Dlatego konieczne jest sprecyzowanie kontekstu zakwestionowanego postanowienia, przede wszystkim co do rozumienia przez przedsiębiorcę naruszenia zasady wyłączności, niezależnie od tego, do których zapisów wzorca odsyła zakwestionowane postanowienie. Stwierdzić zatem należy, że naruszeniem zasady wyłączności, w kontekście zakwestionowanego postanowienia, jest w w/w wzorcach „... zawarcie umowy pośrednictwa w zakresie objętym przedmiotem umowy z innym pośrednikiem, zawarcie umowy przedwstępnej, zobowiązaniowej lub rozporządzającej prawem do nieruchomości określonej w ust.1 z pominięciem przedsiębiorcy” (§ 1 ust. 6 lub § 1 ust. 5 lub (§ 1 ust. 8). Dodatkowo naruszenie zasady wyłączności definiuje zapis wzorca „Umowy pośrednictwa” odsyłając do § 1 ust. 6 o treści:” umowa zostaje zawarta na czas... na zasadzie wyłączności, co oznacza obowiązek dokonania transakcji sprzedaży przez Przedsiębiorcę bez względu na sposób nawiązania kontaktu z kontrahentem, z wyjątkiem przypadku określonego w ust. 9 lub § 1 ust. 4 lub § 1 ust. 5 o treści: „umowa zostaje zawarta na czas... na zasadzie wyłączności, co oznacza obowiązek dokonania transakcji kupna za wiedzą i przy udziale przedsiębiorcy”, zaś wspomniany wyżej ust. 9 stanowi, że wyłączność nie dotyczy sprzedaży nieruchomości przez Zamawiającego we własnym zakresie, bez udziału innych pośredników w obrocie nieruchomościami, w okresie 7 dni od daty zawarcia niniejszej umowy.

O tym, że zakwestionowany zapis stanowi postanowienie wpisane do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone, o którym mowa w art. 479⁴⁵ KPC decyduje jego tożsamość z postanowieniem wpisanym do rejestru pod nr poz. 1656 o treści: **„Niniejsza umowa jest umową zawartą na wyłączność, co oznacza, że zamawiający oddaje sprawę do prowadzenia jednemu pośrednikowi i zobowiązuje się uiścić temu pośrednikowi wynagrodzenie określone w pkt. 4, bez względu na to w jaki sposób doszło do skojarzenia stron”** na podstawie wyroku SOK i K z dnia 9 kwietnia 2008r. sygn. akt. XVII Amc 297/07.

Jak wynika z uzasadnienia w/w wyroku, w związku z wydaniem którego, postanowienie zostało zamieszczone w rejestrze klauzul zakazanych, wypełnia ono treść klauzuli abuzywniej zawartej w art. 385³ pkt. 22 kc. który ustanawia zasadę, iż niedozwolonym postanowieniem umownym jest takie, które przewiduje obowiązek wykonania zobowiązania przez konsumenta mimo niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez jego kontrahenta. Postanowienie to jest sprzeczne z naturą umów wzajemnych z art. 487 § 2 oraz 488 kc, a do takich należą umowy konsumenckie, gdyż przyznaje korzyść w postaci pełnego wynagrodzenia dla pośrednika także w przypadku niewykonania przez niego umowy, naruszając w ten sposób interes słabszej strony umowy tj. konsumenta, który nie otrzymuje żadnej korzyści wobec niewykonania obowiązków przez pośrednika, a nadto jest zobowiązany do powstrzymania się przed szukaniem na własną rękę konsumentów. Postanowienie abuzywne rozrywa związek między wykonaniem zobowiązań przez każdą ze stron umowy. Konsument zobowiązany jest bowiem zapłacić wynagrodzenie pośrednikowi także wtedy, gdy ten ostatni nie spełnił swojego świadczenia”.

Porównanie klauzuli abuzywniej z postanowieniem kwestionowanym nie może abstrahować od rodzaju umowy, a zatem od rodzaju stosunku prawnego łączącego strony. Skoro zatem zakazana klauzula abuzywna dotyczy umowy pośrednictwa na wyłączność to postanowienie oceniane pod kątem tożsamości musi być

zamieszczone w umowie takiego samego rodzaju. Stąd, przedmiotem analizy Prezesa Urzędu jest postanowienie zamieszczone we wzorcu „Umowy pośrednictwa” na wyłączność, które zastrzega od konsumenta karą umową w wysokości równiej wynagrodzeniu pośrednika z tytułu wykonania umowy w przypadku naruszenia klauzuli wyłączności.

Cytowany wyżej, zakwestionowany zapis zawiera zastrzeżenie od konsumenta kary umownej w wysokości równiej wynagrodzeniu pośrednika z tytułu wykonania umowy w 2 opisanych niżej przypadkach:

- zawarcia umowy transakcyjnej przez Zamawiającego lub jego pełnomocnika z kontrahentem wskazanym przez Pośrednika lecz bez udziału Pośrednika,
- naruszenia zasady wyłączności określonej w § 1 ust. 4 i 6 (lub 5 i 6) , a zatem w przypadku zawarcie umowy pośrednictwa w zakresie objętym przedmiotem umowy z innym pośrednikiem, zawarcie umowy przedwstępnej, zobowiązaniowej lub rozporządzającej prawem do nieruchomości z pominięciem przedsiębiorcy oraz naruszenie obowiązku dokonania transakcji sprzedaży przez Przedsiębiorcę bez względu na sposób nawiązania kontaktu z kontrahentem (poza przypadkiem znalezienia samodzielnie przez konsumenta kontrahenta w terminie 7 dni oz zawarcia umowy) lub naruszenie obowiązku dokonania transakcji kupna za wiedzą i przy udziale przedsiębiorcy.

W kontekście powyższego, Prezes Urzędu kwestionuje w/w zapis, gdyż na jego podstawie pośrednik może domagać się od konsumenta zapłaty kary umownej w wysokości równiej wynagrodzeniu za wykonanie zobowiązania w sytuacji, gdy konsument naruszy zasadę wyłączności w sposób określony w umowie. Zatem w przypadku, gdy konsument sam znajdzie sobie kontrahenta i zawrze z nim umowę przedwstępną, zobowiązaniową lub rozporządzającą prawem do nieruchomości z pominięciem pośrednika, możliwe jest obciążenie konsumenta koniecznością zapłaty kary umownej równej wynagrodzeniu pośrednika za wykonanie umowy, nawet wtedy gdy pośrednik nie podjął żadnych czynności w celu wykonania zobowiązania. Narusza to zasadę ekwiwalentności umów wzajemnych, do których należy umowa pośrednictwa.

Porównanie zapisu kwestionowanego i klauzuli wpisanej do rejestru prowadzi do wniosku, że zasada wyłączności w obydwu porównywanych postanowieniach polega na tym samym tj. oferta sprzedaży/kupna nieruchomości może być złożona wyłącznie pośrednikowi, z którym konsument zawarł umowę pośrednictwa. Naruszeniem zasady wyłączności jest nie tylko zawarcie umowy o pośrednictwo na wyłączność z innym pośrednikiem ale również „złożenie oferty kupna przedmiotowej nieruchomości bezpośrednio Zamawiającemu”- konsumentowi. Zatem tak samo jak w przypadku klauzuli abuzywnej konsument zobowiązany jest do powstrzymania się przed szukaniem na własną rękę kontrahenta. Skutkiem złamania przez konsumenta zasady wyłączności, niezależnie od tego czy pośrednik wykonał umowę, jest konieczność zapłaty kary umownej, równej wynagrodzeniu pośrednika za wykonanie umowy. Zatem, skutek naruszenia zasady wyłączności w zakwestionowanym postanowieniu może być dla konsumenta taki sam jak w przypadku klauzuli abuzywnej wpisanej do rejestru.

Zatem, z uwagi na powyższe uznać należy, iż w/w zapis jest tożsamy z postanowieniem wpisanym do rejestru pod nr 1656, jest zatem postanowieniem wpisanym do rejestru, o którym mowa w art.479⁴⁵ KPC.

Ustosunkowując się do argumentacji przedsiębiorcy, wywodzącego zasadność zamieszczenia takiego rygору za naruszenie zasady wyłączności, stwierdzić należy, że w ocenie Prezesa, jest ona całkowicie bezzasadna. Prezes Urzędu nie kwestionuje prawa pośrednika do zawierania umów pośrednictwa na wyłączność ani konsekwencji w postaci konieczności zapłaty przez konsumenta kary umownej w sytuacji, gdy dokona on transakcji z kontrahentem skierowanym przez pośrednika lecz z jego pominięciem. Niedopuszczalna jest natomiast w ocenie Prezesa UOKiK sytuacja, w której konsument musi zapłacić pośrednikowi karą umową w wysokości równej wynagrodzeniu przysługującemu pośrednikowi w przypadku wykonania umowy pośrednictwa, gdy konsument, wprowadzając umowę na wyłączność, ale znajduje na własną rękę kontrahenta i doprowadza do nabycia/sprzedaży nieruchomości na jego rzecz. Zatem, pośrednik może otrzymać od konsumenta pełne wynagrodzenie nawet wtedy, gdy nie podjął się żadnych czynności zmierzających do wykonania umowy. Kwestionowany zapis stwarza właśnie możliwość zaistnienia takiej sytuacji. Nie zmienia powyższej oceny zapis, iż wyjątkiem od naruszenia zasady wyłączności jest znalezienie przez konsumenta kontrahenta na własną rękę w ciągu 7 dni po zawarciu umowy. Wszak nie ma żadnej gwarancji, niezależnie od obowiązujących pośredników standardów postępowania, że po upływie owych 7 dni pośrednik podejmie wszystkie lub przynajmniej niektóre czynności, do których zobowiązał się w umowie.

Odnosząc się natomiast do treści obowiązujących przepisów, na które powołuje się przedsiębiorca, to stwierdzić należy iż klauzula wyłączności, o której mowa w art. 180 ust. 3a ustawy o gospodarce nieruchomościami w zw. z art. 550 k.c. nie uprawnia pośrednika do żądania prowizji, jeżeli w toku postępowania o zapłatę zostanie wykazane, że do zawarcia umowy sprzedaży nieruchomości doszło wskutek samodzielnych działań sprzedającego niezwiązanych z czynnościami pośrednika. Stanowisko takie wynika również z orzecznictwa sądowego np. z wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 30 kwietnia 2009r. sygn. akt. I ACa 249/09. Również istotę umowy pośrednictwa w sprzedaż/kupnie nieruchomości w ten sposób wyjaśnił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23.11.2004r. (I CK 270/04, LEX nr 339711) wskazując, że: „pośrednik nabywa prawo do wynagrodzenia tylko wtedy, gdy stworzone przez niego warunki doprowadzą zainteresowanych do zawarcia głównej umowy, a zatem całe ryzyko gospodarcze spoczywa na pośredniku”. W orzeczeniu tym Sąd podniósł, iż „decydujące dla powstania prawa pośrednika do wynagrodzenia jest stworzenie przez niego sposobności i możliwości zawarcia przez kontrahentów umowy kupna – sprzedaży nieruchomości, jeżeli rzeczywiście w wyniku tego doszło do zawarcia takiej umowy. Ciężar wykazania, że pośrednik dochodzący wynagrodzenia faktycznie stworzył sprzedającym sposobność do zawarcia umowy sprzedaży spoczywa na pośredniku”.

Ad.3.

Trzecia z wymienionych wyżej przesłanek, jest spełniona, gdy dane działanie przedsiębiorcy godzi w interesy konsumentów, jako zbiorowości, gdyż ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów chroni interesy nieograniczonej liczby konsumentów, których nie da się zidentyfikować. Z takim przypadkiem mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Zakwestionowane działanie przedsiębiorcy prowadzącego biuro pośrednictwa w obrocie nieruchomościami godzi w interesy ogółu korzystających z jego usług konsumentów, ale także każdego potencjalnego konsumenta, który zdecyduje się zawrzeć z tym przedsiębiorcą umowę, o korzystanie z jego usług. Naruszane przy tym interesy konsumentów nie mają

jednostkowego charakteru, ale są wspólne dla z góry nieustalonej zbiorowości konsumentów. Należy zatem stwierdzić, iż spełniona została druga z przesłanek uznania działania przedsiębiorców za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów.

W związku ze spełnieniem wszystkich przesłanek należało uznać, iż działanie Agencji „Amicus” stanowi praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, wymienioną w art. 24 ust. 1 i 2 pkt.1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Art. 26 ust.1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, że Prezes Urzędu wydaje decyzję o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i nakazującą zaniechanie jej stosowania, jeżeli stwierdzi naruszenie zakazu określonego art. 24.

Informacja przedsiębiorców złożona pismem z dnia 27.02.2010r. o tym, że do dnia wydania niniejszej decyzji, powstrzymując się od stosowania obydwu kwestionowanych zapisów nie może być utożsamiana z zaprzestaniem stosowania przez przedsiębiorcę zarzuconej mu praktyki z uwagi na to, że oświadczenie przedsiębiorcy nie może być złożone pod warunkiem ani z zastrzeżeniem terminu.

Z uwagi na powyższe, wobec stwierdzenia stosowania przez Agencję „Amicus” praktyki z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wydanie decyzji w oparciu o art. 26 ust. 1 w/w ustawy było uzasadnione.

Stąd, orzeczono jak w pkt. I sentencji decyzji.

Ad. II

Art. 26 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, że w decyzji, o której mowa w art.1, Prezes Urzędu może określić środki usunięcia trwających skutków naruszenia zbiorowych interesów konsumentów w celu zapewnienia wykonania nakazu, zaś art. 27 ust. 4 w/w ustawy, że przepis art. 26 ust. 2 tej ustawy stosuje się odpowiednio.

W ocenie Prezesa Urzędu środkiem właściwym do usunięcia trwających skutków naruszenia zbiorowych interesów konsumentów w przypadku wydania decyzji stwierdzającej zaniechanie stosowania praktyki z art. 24, będzie nakazanie przedsiębiorcy, aby usunął z umów zawartych z konsumentami zakwestionowane postanowienie, np. poprzez aneksowanie tych umów w odniesieniu do tych, które nie zostały wykonane do dnia uprawomocnienia się decyzji.

Prezes Urzędu wskazał przedsiębiorcy termin do wykonania nakazu tj. 30 dni od daty uprawomocnienia się decyzji.

Stąd, orzeczono jak w pkt. II sentencji decyzji.

Ad. III

Prezes UOKiK zarzucił Agencji „Amicus” W. Karpiński i Spółka- Spółka jawna w B. stosowanie praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, polegającej na zamieszczeniu w stosowanych w obrocie z konsumentami wzorcach Umowy Pośrednictwa” (W-Dz-) i (K) w 2008r. postanowienia o treści:

„Zamawiający i Pośrednik oświadczają, że postanowienia umowy zostały ustalone w drodze negocjacji i są one zgodne z ich interesami. Strony akceptują przedmiotowe postanowienia bez zastrzeżeń”.

Analiza stanu faktycznego sprawy prowadzi do wniosku, że przedsiębiorca stosował wzorzec umowy „Umowy pośrednictwa” (W-Dz-) i (K), w którym znajduje się zakwestionowane postanowienie do końca 2008r. W roku 2009r. wprowadził nowe wzorce umowne „Umowy pośrednictwa” (K) i (W), które również zawierały zakwestionowane postanowienie.

Art. 105 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, że nie wszczyna się postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania, upłynął rok.

Z powyższego przepisu wynika, iż wskazany wyżej upływ terminu powoduje niemożność badania, czy zachowanie przedsiębiorcy ma rzeczywiście charakter niedozwolony. Upływ terminu z art. 105 2/w ustawy uwzględniany jest z urzędu. Skutkiem upływu terminu jest niemożność wszczęcia postępowania w tym zakresie. Natomiast wszczęte postępowanie powinno zostać umorzone przez Prezesa UOKiK jako bezprzedmiotowe.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy przedsiębiorca zakończył stosowanie wzorców umownych „Umowy pośrednictwa” (W-Dz-) i (K) z końcem 2008r. Zatem, uznać należy, że z końcem 2008r. zaprzestał ich stosowania. Okres 1 roku, o którym mowa w art. 105 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, liczony od dnia 1 stycznia 2009r. upłynął z dniem 31 grudnia 2009r. Zatem postępowanie administracyjne wszczęte przez Prezesa Urzędu w dniu 12 lutego 2010r. zostało wszczęte z uchybieniem terminu z art. 105 w/w ustawy.

Zgodnie z art. 83 ustawy o ochronie (...) w sprawach nie uregulowanych w tej ustawie, do postępowania przed Prezesem Urzędu stosuje się przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego.

Art. 105 KPA stanowi natomiast, że organ administracji państwowej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania, gdy z jakiegokolwiek przyczyny stało się ono bezprzedmiotowe.

Bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego oznacza, że brak jest któregoś z elementów materialnego stosunku prawnego, a wobec tego nie można wydać decyzji załatwiającej sprawę przez rozstrzygnięcie co do jej istoty.

Postępowanie administracyjne w zakresie stosowanych w 2008r. wzorców umownych „Umowy pośrednictwa” (W-Dz-) i (K) zawierających zakwestionowane postanowienie należy zatem umorzyć jako bezprzedmiotowe na podstawie art. 105 § 1 kpa w związku z art. 83 i 105 ustawy o ochronie (...).

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w pkt. III sentencji.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie (...), w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c. od decyzji Prezesa UOKiK 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 – Delegatura w Lublinie.

Z upoważnienia Prezesa UOKIK
Dyrektor Delegatury UOKIK w
Lublinie
Ewa Wiszniowska

Otrzymuje :