



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
MAREK NIECHCIAŁ**

[Wersja jawna decyzji]

RBG-611-01/18/AS

Bydgoszcz, dnia 4 lutego 2019 r.

DECYZJA Nr RBG - 2/2019

- I. Na podstawie art. 23b ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2018 r., poz. 798 i 650 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy - po przeprowadzeniu postępowania w sprawie o uznanie postanowienia wzorca umowy za niedozwolone

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów -

uznaje się postanowienie wzorca umowy pn. *Formularz Przyjęcia Propozycji Nabycia Obligacji Serii (...) GetBack S.A.* stosowane przez Polski Dom Maklerski Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, o treści:

Nie złożono mi żadnych oświadczeń ustnych ani nie dostarczono żadnych informacji, które byłyby sprzeczne z informacjami zawartymi w Propozycji Nabycia Obligacji lub Warunkach Emisji Obligacji.

(zd. 3 pkt 1 Oświadczenia Inwestora w Formularzu Przyjęcia Propozycji Nabycia Obligacji serii (...) GetBACK S.A.)

za niedozwolone postanowienie umowne w rozumieniu art. 385¹ §1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2018 r., poz. 1025), co stanowi naruszenie art. 23a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów - i zakazuje się jego wykorzystywania.

- II. Na podstawie art. 23b ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2018 r., poz. 798 i 650 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy - po przeprowadzeniu z urzędu postępowania w sprawie o uznanie postanowienia wzorca umowy za niedozwolone

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów -

nakłada się na Polski Dom Maklerski Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie środek usunięcia trwających skutków naruszenia zakazu stosowania we wzorcu umowy niedozwolonego postanowienia umownego określonego w punkcie I sentencji niniejszej decyzji w postaci **obowiązku** skierowania listem poleconym - za zwrotnym potwierdzeniem odbioru - w terminie miesiąca od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji - **do wszystkich konsumentów, którzy nabyli za pośrednictwem Polskiego Domu Maklerskiego S.A. obligacje GetBack S.A. pisemnej informacji o wydaniu przez**

Prezesa UOKiK decyzji nr RBG 2/2019 z dnia 4 lutego 2019 r. o uznaniu przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów za niedozwolone postanowienia wzorca umowy, o którym mowa w punkcie I sentencji niniejszej decyzji o treści:

„Polski Dom Maklerski S.A. uprzejmie informuje, iż nabyła Pani /nabył Pan obligacje GetBack S.A. za pośrednictwem naszej spółki z wykorzystaniem Formularza Przyjęcia Propozycji Nabycia obligacji GetBack (...). W Formularzu tym Prezes UOKiK decyzją nr RBG-2/2019 z dnia 4 lutego 2019 r. stwierdził występowanie klauzuli niedozwolonej o treści: *Nie złożono mi żadnych oświadczeń ustnych ani nie dostarczono żadnych informacji, które byłyby sprzeczne z informacjami zawartymi w Propozycji Nabycia Obligacji lub Warunkach Emisji Obligacji.*

(zd. 3 pkt 1 zd. 2 Oświadczenia Inwestora w Formularzu Przyjęcia Propozycji Nabycia Obligacji serii (...) GetBACK S.A.).

W związku z powyższym postanowienie zawarte w Formularzu nie wiąże Panią/Pana, czyli jest bezskuteczne. Bezskuteczność ta powstaje z mocy prawa i nie jest konieczne stwierdzenie jej na drodze sądowej. Klauzulę uznaną za abuzywną należy zatem traktować tak, jakby w ogóle nie była zawarta w umowie.”

- III. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 3a w zw. z ust. 7 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2018 r., poz. 798 i 650 ze zm.) oraz w związku z art. 112 ust. 2 ww. ustawy oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy - w związku z uznaniem postanowienia wzorca umowy za niedozwolone

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów -

nakłada się na Polski Dom Maklerski Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie karę pieniężną w wysokości 2.074.483,00 zł (słownie: dwa miliony siedemdziesiąt cztery tysiące czterysta osiemdziesiąt trzy złote 00/100), z tytułu stosowania niedozwolonego postanowienia umownego we wzorcu umowy, o którym mowa w punkcie I sentencji decyzji, płatną do Funduszu Edukacji Finansowej.

- IV. Na podstawie art. 77 ust. 1 w związku z art. 80 i 83 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2018 r., poz. 798 i 650 ze zm.) w związku z art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2018 r., poz. 2096 ze zm.) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów obciąża **Polski Dom Maklerski Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie** kosztami ww. postępowania w sprawie o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone, zobowiązując tego przedsiębiorcę do zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kosztów postępowania w kwocie 127,86 złotych (słownie: sto dwadzieścia siedem złotych 86/100), w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

UZASADNIENIE

W dniu 11 czerwca 2018 r. - postanowieniem Nr RBG-30/2018 - Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (**dalej: Prezes UOKiK lub organ ochrony konsumentów**) - w związku z napływającymi skargami od konsumentów - wszczął **postępowanie wyjaśniające**, mające na celu wstępne ustalenie, czy działania podejmowane w związku z oferowaniem i sprzedażą obligacji korporacyjnych emitowanych przez GetBack Spółkę akcyjną z siedzibą we Wrocławiu (obecnie: w restrukturyzacji) - (dalej: **GetBack**) przez Idea Bank Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie (dalej: **Idea Bank**) oraz Polski Dom Maklerski Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie (dalej: **PDM lub Spółka lub Przedsiębiorca**) mogły naruszyć przepisy ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2018 r., poz.

798 i 650 ze zm.; dalej: uokik) w sposób uzasadniający wszczęcie postępowania w sprawie stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ust. 1 i 2 uokik.

W toku kontroli przeprowadzonej w ramach tego postępowania w PDM Prezes UOKiK pozyskał wzorzec umowy o nazwie **Formularz Przyjęcia Propozycji Nabycia Obligacji (...)** **GetBack S.A.** (dalej: **Formularz**) zaopatrzony w logo PDM wykorzystywany podczas oferowania obligacji prywatnych GetBack S.A. przez Spółkę jako formularz elektroniczny, w którym to formularzu znalazło się kwestionowane postanowienie.

Wyniki przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego dały podstawy do wszczęcia przez Prezesa UOKiK - postanowieniem Nr RBG-41/2018 z dnia 10 sierpnia 2018 r. (dalej: **Postanowienie**) - postępowania w sprawie o uznanie postanowienia wzorca umowy za niedozwolone stosowanego przez PDM we wzorcu umowy Formularz o treści:

Nie złożono mi żadnych oświadczeń ustnych ani nie dostarczono żadnych informacji, które byłyby sprzeczne z informacjami zawartymi w Propozycji Nabycia Obligacji lub Warunkach Emisji Obligacji.

(zd. 3 pkt 1 zd. 2 Oświadczenia Inwestora w Formularzu Przyjęcia Propozycji Nabycia Obligacji serii (...) GetBACK S.A.)

które to postanowienie może zostać uznane za niedozwolone postanowienie umowne, o którym mowa w art. 385¹ § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2018 r., poz. 1025 - dalej: k.c.), co może stanowić naruszenie art. 23a uokik.

W toku niniejszego postępowania Prezes UOKiK pismem z dnia 10 sierpnia 2018 r. wezwał PDM do ustosunkowania się do przedstawionego w Postanowieniu zarzutu.

W piśmie z dnia 13 grudnia 2018 r. (data wpływu: 19 grudnia 2018 r.) PDM wskazał, iż działalność Spółki opierała się na zezwoleniu na prowadzenie działalności maklerskiej wydanym przez Komisję Nadzoru Finansowego, które PDM utracił 8 listopada 2018r. Z uwagi na powyższe PDM nie prowadzi obecnie działalności gospodarczej, a jedynie podejmuje czynności zmierzające do zakończenia działalności maklerskiej. Zezwolenie administracyjne na prowadzenie działalności maklerskiej było wyłącznym zezwoleniem na prowadzenie działalności gospodarczej, które PDM posiadał.

Stanowisko Spółki

W piśmie z dnia 14 września 2018r. Polski Dom Maklerski S.A. przedstawił swoje stanowisko i wskazał, iż w jego ocenie, zarzut przedstawiony w Postanowieniu jest w całości bezpodstawny i jest rezultatem przyjęcia błędnego założenia w zakresie roli domu maklerskiego w ramach prywatnej oferty papierów wartościowych dłużnych (obligacji), a tym samym nieprawidłowego uznania przez Prezesa UOKiK tego, że PDM ma interes prawny w tym postępowaniu (jest jego stroną, tak w rozumieniu przepisu z art. 28 ustawy Kodeks postępowania administracyjnego, jak i w rozumieniu przepisu z art. 99b ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów).

W ocenie PDM, warunkiem koniecznym dla zastosowania przez Prezesa UOKiK wobec PDM przepisu z art. 23a uokik jest to, by dany wzorzec umowy (i w rezultacie postanowienia tego wzorca) znajdował zastosowanie w ramach relacji kontraktowej łączącej przedsiębiorcę (w tym wypadku PDM) z konsumentem (w tym wypadku z obligatariuszem emitenta GetBack SA).

Polski Dom Maklerski wskazał, iż nie ma on interesu prawnego w tym postępowaniu administracyjnym, gdyż nie był związany w ramach procesu oferowania papierów wartościowych, których to papierów wartościowych i dokumentacji ofertowej dotyczy postępowanie prowadzone przez Prezesa UOKiK, jakąkolwiek relacją kontraktową (umową z

konsumentami, obligatariuszami), a tym samym nie może być w jakimkolwiek przypadku stroną tego postępowania.

W ocenie Spółki, w ramach oferowania papierów wartościowych, w którym procesie to bierze udział dom maklerski nie ma jakiegokolwiek relacji kontraktowej, która łączyłaby ten dom maklerski w ramach oferty papierów wartościowych z konsumentem. PDM wskazuje, iż to przedsiębiorca GetBack S.A. stosował kwestionowane przez Prezesa UOKiK postanowienia w ramach wykorzystywanej dokumentacji ofertowej. PDM nie podejmował aktywności, przyjmującej postać wejścia w jakąkolwiek relację zobowiązaniową na rzecz konsumentów (inwestorów); takie aktywności były podejmowane wyłącznie przez GetBack S.A.

Następnie PDM wskazał na hipotetyczne skutki uznania kwestionowanego postanowienia za niedozwolone, jakie wywoła to na rynku kapitałowym, tj. szerokie rozlanie się skutków takiego uznania na rynek kapitałowy i możliwość kwestionowania ważności umów objęcia papierów wartościowych. W ocenie PDM, czysto hipotetyczne uznanie wyżej powołanych postanowień za klauzulę abuzywną może skutkować szczególnie dotkliwymi konsekwencjami w obrębie rynku kapitałowego (w tym np. rynku Catalyst), gdzie obligatariusze posiadający przykładowo tzw. *zdefaultowane* obligacje, czy też obligacje dla których miało miejsce tzw. naruszenie kowenantów (czy to typu *maintenance*, czy to typu *incurrence*) mogą kwestionować ważność umów ich nabycia. W przypadku uznania rzeczonych postanowień za klauzulę abuzywną dojdzie do wystąpienia sytuacji, w której to obligatariusz posiadający tzw. *zdefaultowane* obligacje poszukując możliwości odzyskania zainwestowanych środków będzie kwestionował ważność umowy objęcia/nabycia obligacji, w której to umowie - co jest standardem rynkowym - zawarte są postanowienia kwestionowane aktualnie przez Prezesa UOKiK.

Niezależnie od powyższego, PDM wskazał, że podobnie nieprawidłowe jest stanowisko, jakoby przedmiotowa klauzula umowna mogła prowadzić do utrudnienia dochodzenia przez konsumenta roszczeń względem Spółki lub podmiotu, przy pomocy którego dochodziło do zawarcia umowy nabycia. Jakiegokolwiek nienależyte wykonanie umowy przez jakikolwiek podmiot trzeci (tj. nie przez PDM) lub jego pracowników nie może obciążać PDM, albowiem brak jest umowy łączącej PDM z obligatariuszem-konsumentem. Emitentem obligacji pozostaje bowiem wyłącznie GetBack SA, a Spółka była oferującym instrumenty finansowe stosownie do art. 72 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz. U. z 2017 r. poz. 1768 ze zm.; dalej: *uoif*), co oznacza, że Spółka podejmuje czynności na rzecz emitenta papierów wartościowych GetBack, z którą to spółką Przedsiębiorcę łączy stosunek zobowiązaniowy. Innymi słowy brak jest roszczeń w stosunku do PDM, których dochodzenie przez konsumenta mogłoby zostać w jakimkolwiek sposób utrudnione przez postanowienie będące przedmiotem niniejszego postępowania.

Ponadto, PDM podkreślił, iż analizowana klauzula umowna nie może utrudnić dochodzenia roszczeń przez konsumenta z uwagi na ogólną zasadę rozkładu ciężaru dowodu statuowaną przez art. 6 k.c. Oznacza to, że w toku ewentualnego postępowania sądowego konsument w każdym wypadku byłby zobowiązany do wykazania, że złożono mu oświadczenia ustne lub dostarczono mu informacje, które byłyby sprzeczne z informacjami zawartymi w Propozycji Nabycia Obligacji lub Warunkach Emisji Obligacji, a zatem sytuacja procesowa konsumenta nie ulega z powodu postanowień Formularza jakiegokolwiek zmianie. Innymi słowy konsument niezależnie od treści postanowień Formularza obowiązany będzie w powyższym zakresie przeprowadzić dowód, natomiast treść badanego postanowienia nie tworzy jakiegokolwiek domniemania niewzruszalnego, ani jakiegokolwiek domniemania w ogóle, a zatem sytuacja procesowa konsumenta nie ulega z powodu badanego postanowienia pogorszeniu.

PDM wskazał dodatkowo, że w ocenie Spółki, kwestionowane postanowienie nie pogłębia skonfundowania konsumenta, ale wyjaśnia mu w sposób jasny i przejrzysty, że wzajemne prawa i obowiązki emitenta GetBack oraz obligatariuszy, wśród których mogą znajdować się konsumenci, określone zostały w: a) Propozycji Nabycia Obligacji; oraz b)

Warunkach Emisji Obligacji. Tym samym mamy tutaj do czynienia z klauzulą która w praktyce obrotu gospodarczego - gdzie jest powszechnie wykorzystywana - jest określana jako tzw. klauzulą integralności umowy, czy też z angielskiego jako tzw. *mergerclause*, która to klauzula jest wprowadzana do treści umowy zawieranej pomiędzy stronami w takim celu, by strony umowy o objęcie/nabycie obligacji na jej mocy ograniczyły treść zawartej umowy jedynie do tego co jest wyraźnie umieszczone w umowie (tj. w Propozycji Nabycia Obligacji i Warunkach Emisji Obligacji). Kwintesencją tych postanowień jest wskazanie tego, że Propozycja Nabycia Obligacji i Warunki Emisji Obligacji w całości kształtują relację umowną między GetBack S.A. a obligatariuszem, która to relacja dotyczy objęcia/nabycia obligacji przez konsumenta.

PDM podniósł ponadto, że z treści wyżej opisanego postanowienia umownego wynika wprost, że jeżeli pracownicy Idea Bank S.A. poinformowaliby konsumenta, że oprocentowanie obligacji GetBack jest wyższe, niż przewidziane w Propozycji Nabycia Obligacji lub Warunkach Emisji Obligacji, to taka informacja jako niepochodząca od emitenta i niezamieszczona w Propozycji Nabycia Obligacji lub Warunkach Emisji Obligacji pozostaje nieprawdziwa i konsument nie powinien podejmować na jej podstawie decyzji inwestycyjnej. Postanowienie nie odnosi się do dodatkowych okoliczności związanych z działaniami osób pośredniczących w oferowaniu obligacji i nie umożliwia, ani nie utrudnia konsumentowi podnoszenia zarzutów dotyczących dodatkowych oświadczeń lub zapewnień składanych w toku tego procesu przez osoby zaangażowane.

Następnie w piśmie z dnia 10 stycznia 2019 r. Spółka przedłożyła propozycję zobowiązania, o którym mowa w art. 23c ust. 1 uokik.

Prezes UOKiK, pismem z dnia 17 stycznia 2019 r. poinformował Spółkę o odmowie przyjęcia tegoż zobowiązania ze wskazaniem, iż szczegółowe uzasadnienie tej kwestii znajdzie się w końcowym rozstrzygnięciu (w decyzji), a także zawiadomił PDM o zakończeniu zbierania materiału dowodowego oraz o możliwości zapoznania się z aktami sprawy. Przedsiębiorca nie skorzystał z tej możliwości. Złożył natomiast wnioski dowodowe o przesłuchanie S.D.M., a także Zarządu Izby Domów Maklerskich i Zarządu Związku Banków Polskich w charakterze biegłych.

Prezes UOKiK ustalił następujący stan faktyczny:

Polski Dom Maklerski S.A. z siedzibą w Warszawie, w okresie od 20 marca 2012 r. do 8 listopada 2018 r. prowadził m.in. działalność maklerską związaną z rynkiem papierów wartościowych i towarów giełdowych (vide: wydruk z KRS-u, k.195-198v akt administracyjnych), a więc przeprowadzał emisje obligacji korporacyjnych na terenie całego kraju, kierując swoją ofertę do inwestorów instytucjonalnych, jak i indywidualnych (vide: wydruk ze strony www.polskidm.com.pl/onas.php, k. 193-194 akt admin.).

Przedsiębiorca jest wpisany do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem 0000359260, o numerze identyfikacji podatkowej (NIP) 956-227-37-88 i kapitale zakładowym całkowicie wpłaconym w wysokości 10.700.000,00 złotych. W okresie objętym analizowaną w niniejszej decyzji Prezesa UOKiK praktyką, działalność maklerska Spółki prowadzona była na podstawie zezwolenia na prowadzenie działalności maklerskiej udzielonego przez Komisję Nadzoru Finansowego - decyzja nr DRK/4020/10/27/98/1/12 z dnia 20 marca 2012 r. Decyzja ta następnie została przez Komisję Nadzoru Finansowego (dalej: KNF) cofnięta z dniem 8 listopada 2018 r.¹ z uwagi na udział PDM w organizacji procesu oferowania obligacji emitowanych przez GetBack SA (dalej: Obligacje), w sposób polegający na współpracy z podmiotem trzecim nieposiadającym uprawnień do świadczenia usług oferowania instrumentów finansowych, w ramach której Polski Dom Maklerski S.A. dokonywał czynności pośrednictwa w zbywaniu Obligacji, natomiast podmiot trzeci dokonywał czynności pośrednictwa w proponowaniu objęcia Obligacji, akceptując tym udział

¹ Komunikat KNF z dnia 08.11.2018r., https://www.knf.gov.pl/o_nas/komunikaty?articleId=63697&p_id=18 oraz informacja na stronie internetowej PDM <https://www.polskidm.com.pl/#>;

w procesie oferowania Obligacji podmiotu nieuprawnionego do wykonywania czynności oferowania instrumentów finansowych². KNF wyznaczyła także Spółce trzymiesięczny termin na zakończenie prowadzenia działalności maklerskiej przez PDM i nadała tej decyzji rygor natychmiastowej wykonalności.

Zezwolenie administracyjne na prowadzenie działalności maklerskiej było wyłącznym zezwoleniem, jakie PDM posiadał. [tajemnica przedsiębiorstwa].

Prezes UOKiK ustalił, iż PDM stosowała wzorzec umowy pod nazwą Formularz, w którym zamieszczone było postanowienie o treści:

Nie złożono mi żadnych oświadczeń ustnych ani nie dostarczono żadnych informacji, które byłyby sprzeczne z informacjami zawartymi w Propozycji Nabycia Obligacji lub Warunkach Emisji Obligacji.

(zd. 3 pkt 1 Oświadczenia Inwestora w Formularzu Przyjęcia Propozycji Nabycia Obligacji serii (...)) GetBack S.A.).

Wskazać w tym miejscu należy, iż w toku kontroli przeprowadzonej w ramach postępowania wyjaśniającego (sygn. RBG-403-01/18/EK) w dniach 20-21 czerwca 2018 r. w siedzibie PDM (dalej jako: **kontrola**) w sprawie m.in. oferowania obligacji korporacyjnych emitowanych przez GetBack za pośrednictwem PDM oraz Idea Bank, Prezes UOKiK ustalił, iż Formularz był przygotowywany dla każdej emisji obligacji korporacyjnych emitowanych przez GetBack, przy czym konstrukcja i treść tego Formularza była dla wszystkich emisji taka sama. Różniła się jedynie numerem serii w jego nazwie i treści linka do niego prowadzącego.

Formularz ten, zawierający kwestionowane postanowienie, stosowany był dla wszystkich emisji obligacji spółki GetBack S.A. przeprowadzonych za pośrednictwem PDM, tj. w okresie od 30 sierpnia 2016 r. do dnia 30 marca 2018 r. (vide: pismo PDM z dnia 13 grudnia 2018 r., k. 235 akt admin.). Zostało przeprowadzonych 139 emisji obligacji GetBack (vide: płyta do pisma z 11 maja 2018 r. - k. 220 akt).

Prezes UOKiK ustalił ponadto, iż PDM świadczył na rzecz GetBack usługi pośrednictwa w zakresie proponowania nabycia obligacji w ofercie niepublicznej, a więc przedstawiał m.in. konsumentom możliwość nabycia obligacji emitowanych przez GetBack oraz organizował proces sprzedaży oferowanych aktywów.

W umowie na oferowanie obligacji serii (...) ³ w ofercie prywatnej zawartej pomiędzy GetBack a PDM strony ustaliły zakres prac, które zostaną wykonane przez PDM i obejmował on m. in. [tajemnica przedsiębiorstwa] (vide: par. 4 umowy, k. 203-204 akt administracyjnych).

Przy wykonywaniu ww. usług PDM współpracował m.in. z Idea Bankiem, który przedstawiał ofertę swoim klientom. Za współpracę z tym bankiem Spółce zostało cofnięte zezwolenie na prowadzenie działalności maklerskiej dnia 8 listopada 2018 r. przez Komisję Nadzoru Finansowego (vide: k. 229 akt).

Zapis na obligacje GetBack, oferowane przez PDM, odbywał się przy użyciu elektronicznego Formularza Przyjęcia Propozycji Nabycia. Link do tego Formularza otrzymywał każdy inwestor (konsument) od PDM w treści maila zatytułowanego „Propozycja Nabycia Obligacji serii (...) spółki GetBack S.A.”, po wcześniejszym wstępnym zapisie na obligacje korporacyjne emitowane przez GetBack (dokonywał tego pracownik Idea Banku w ramach tzw. wstępnego formularza). W tym mailu, wysyłanym z adresu zapisy@polskidm.com.pl, znajdowały się: skrótowe informacje na temat spółki GetBack, opis procedury składania zapisu na obligacje oraz wykaz z odnośnikami (linkami) do następujących dokumentów: Formularz, *Informacja o ofercie*, *Prezentacja*, *Warunki Emisji*

² Ibidem,

³ Treść umów do każdej emisji była do siebie podobna, różniła się jedynie numerami serii danej emisji,

Obligacji, Sprawozdania finansowe. Do tej wiadomości dołączony był plik w formacie pdf o nazwie „ (...) Propozycja Nabycia.pdf”.

W sytuacji, w której konsument był zainteresowany nabyciem obligacji powinien się - w teorii - osobiście zapisać klikając w znajdujący się w mailu link do Formularza i uzupełnić go o swoje dane osobowe oraz liczbę obligacji, które zamierza nabyć, a także powinien wskazać rachunek bankowy do wypłaty odsetek. Następnie, konsument otrzymywał od PDM (z adresu elektronicznego zapisy@polskidm.com.pl) odpowiedź z załączonym spersonalizowanym Formularzem w formacie .pdf i potwierdzeniem, iż dokonano zapisu na obligacje GetBack danej serii, a w celu zakończenia procesu zapisu niezbędne było dokonanie wpłaty odpowiedniej kwoty, za którą konsument chciał nabyć obligacje, na rachunek bankowy PDM. Po zaksięgowaniu środków konsument otrzymywał od PDM informację mailową (lub w formie papierowej, jeżeli wyraził taką wolę przy wypełnianiu Formularza), iż emisja obligacji danej serii doszła do skutku i dokonano przydziału konsumentowi obligacji.

Podsumowując, przyjęcie przez konsumenta propozycji nabycia obligacji, a w konsekwencji zawarcie umowy, następowało poprzez złożenie drogą elektroniczną Formularza dostępnego pod wcześniej udostępnionym przez PDM linkiem, który prowadził do konkretnej strony internetowej, a następnie przez opłacenie przez konsumenta obejmowanych obligacji.

Wyjaśnić także należy, iż z Propozycji Nabycia Obligacji GetBack wynikało, że - przykładowo - w serii PAA przedmiotem emisji było nie mniej niż 5 sztuk obligacji i nie więcej niż 3.000 sztuk, a cena jednostkowa jednej obligacji wynosiła 10.000 zł. Tak więc łączna minimalna suma, jaką mógł zapłacić konsument za obligacje GetBack w tej serii wyniosła 50.000 zł.

Prezes UOKiK ustalił ponadto, iż sam Formularz stosowany przez PDM skonstruowany był w ten sposób, że na samej górze widniało logo PDM, następnie poniżej znajdowały się puste pola do wypełnienia danymi konsumenta. W dalszej części zaś umieszczono szereg oświadczeń, jakie składa konsument, m.in. to kwestionowane w niniejszym postanowieniu. Były one automatycznie akceptowane przez konsumenta w momencie wysyłki formularza drogą elektroniczną do PDM. Konsument nie mógł ich odznaczyć ani skreślić. Jedynym wyborem, jaki przedsiębiorca pozostawił w tym zakresie konsumentowi była możliwość zaznaczenia pola dotyczącego prośby przesłania konsumentowi powiadomienia o przydziale obligacji w formie papierowej. Cała transakcja odbywała się zatem drogą elektroniczną, a konsument w sposób domyślny akceptował wszystkie wymienione w Formularzu oświadczenia (vide: k.162-162v akt admin.).

Ponadto, na Formularzu tym widniało również oświadczenie Polskiego Domu Maklerskiego, iż przyjmuje on od inwestora jego dane osobowe i przekazuje następnie emitentowi.

Z wyjaśnień odebranych 21 czerwca 2018 r. w toku kontroli przeprowadzonej w PDM od J.O., wiceprezesa PDM wynika, iż *GetBack potrzebował kogoś do przeprowadzenia procesu techniczno-organizacyjnego, sporządzenia dokumentów ofertowych, przyjmowania zapisów, wpłat, rozliczenia, subskrypcji, prowadzenia ewidencji obligacji i obsługi pożyczek* [czas: 4:57-5:38 minuta nagrania z odebrania oświadczenia], (...) - vide: plik audio o nazwie 2018.06.21_10.45_01 na płycie CD, załącznik nr 37 do protokołu z kontroli przeprowadzonej w PDM, k. 191 akt administracyjnych).

Następnie z oświadczeń odebranych dnia 21 czerwca 2018 r. od (...) Dyrektora PDM ds. projektów kapitałowych wynikało, iż *PDM, pełniąc funkcję domu maklerskiego, który pełnił funkcję oferującego, trzymamy się własnych procedur i koniec końców to my podejmujemy decyzję co do rozpoczęcia emisji* [czas: 5:06-5:18 minuta nagrania z odebrania oświadczenia] (...). *Emisje były proste w przygotowaniu* [czas: 6:06-6:12 minuta nagrania] (...). *Stosowaliśmy własne wzory, nie korzystaliśmy z wzorców GetBack* [czas: 10:26-10:43

minuta nagrania] - vide: plik audio o nazwie 2018.06.21_9.55_01 na płycie CD, zał. Nr 37 do protokołu z kontroli przeprowadzonej w PDM, k. 191 akt administracyjnych).

Jednocześnie Prezes UOKiK ustalił, na podstawie informacji zawartych w piśmie z 23 listopada 2018 r. Komisji Nadzoru Finansowego, iż stosowany model prowadzenia zapisów elektronicznych był rozwiązaniem własnym i opracowanym we własnym zakresie przez PDM. Również treść Formularzy Przyjęcia Propozycji Nabycia Obligacji była przygotowana samodzielnie przez PDM i wykorzystywana przy oferowaniu obligacji innych emitentów, przed rozpoczęciem oferowania obligacji GetBack S.A.

Wskazana w piśmie formuła: *Nie złożono mi żadnych oświadczeń ustnych ani nie dostarczono żadnych informacji, które byłyby sprzeczne z informacjami zawartymi w Propozycji Nabycia Obligacji lub Warunkach Emisji Obligacji* znajdowała się również w Formularzu Przyjęcia Propozycji Nabycia obligacji serii D (...) Sp. z o.o. z maja 2016r., oferowanych przez PDM.

Na potwierdzenie powyższego wskazać należy, iż z informacji ze strony internetowej (...) wynika również, iż Formularz Przyjęcia Propozycji Nabycia Obligacji Serii N (...) S.A. również zawierał kwestionowaną przez Prezesa UOKiK klauzulę (vide: notatka służbowa k. 230-231 akt administracyjnych).

Z powyższego wynika zatem, iż to właśnie PDM był podmiotem, który m.in. rozpowszechniał na rynku kapitałowym kwestionowaną przez Prezesa UOKiK klauzulę.

W piśmie z dnia 17 września 2018 r. (data wpływu 19 września 2018 r.) PDM wskazał, iż do Spółki, łącznie we wszystkich emisjach obligacji GetBack S.A. Formularze przestało w 2016 r. - [tajemnica przedsiębiorstwa], w 2017 r. - [tajemnica przedsiębiorstwa], natomiast do końca marca 2018 r. - [tajemnica przedsiębiorstwa] konsumentów i jest to jednocześnie liczba osób, które dokonały skutecznego zapisu na obligacje GetBack. Następnie Spółka wyjaśniła, iż zgodnie z przepisami regulującymi prowadzenie ofert za pośrednictwem firmy inwestycyjnej, jedynym rachunkiem do wpłat środków pieniężnych na obligacje był wydzielony rachunek należący do Polskiego Domu Maklerskiego i jako taki był każdorazowo wskazywany w dokumentacji emisyjnej. W związku z powyższym, wszystkie wpłaty środków pieniężnych tytułem nabycia obligacji, jakie były dokonywane przez konsumentów, zostały dokonane na rachunek PDM. Z informacji pochodzących od Polskiego Domu Maklerskiego wynika, iż za pośrednictwem Spółki w 2016 r. płatności tytułem wpłaty na zakup obligacji GetBack S.A. dokonało [tajemnica przedsiębiorstwa], w 2017 r. konsumentów takich było [tajemnica przedsiębiorstwa], natomiast w 2018 r. nabycia obligacji GetBack S.A. za pośrednictwem PDM dokonało [tajemnica przedsiębiorstwa]. Spółka wyjaśniła także, że różnica w liczbie konsumentów, którzy otrzymali formularz od PDM a liczbą osób, które wpłaciły środki na rachunki PDM wynika z faktu, iż nie wszystkie wpłaty środków pieniężnych dokonane przez konsumentów na obligacje zostały uwzględnione przy dokonaniu przydziału obligacji na rzecz tych konsumentów - wpłaty mogły zostać dokonane po terminie przyjmowania wpłat lub z uwagi na inne braki formalne nie zostać uznane przy dokonywaniu przydziału obligacji (i były one następnie konsumentom zwracane).

Spółka w piśmie z dnia 3 września 2018r. (data wpływu: 05 września 2018r.) wskazała, iż PDM w poprzednim roku obrotowym, tj. 2017r. osiągnął łączny przychód w wysokości [tajemnica przedsiębiorstwa], przedkładając rachunek zysków i strat na potwierdzenie tego faktu. Natomiast z pisma PDM z dnia 9 stycznia 2019 r. wynika, że szacunkowy obrót Spółki za rok 2018 wynosi [tajemnica przedsiębiorstwa], z tym że trwa badanie audytorskie sprawozdania finansowego PDM za 2018 r., które powinno się zakończyć do 28 lutego 2019 r.

Uwarunkowania prawne dotyczące obligacji korporacyjnych

Obligacje korporacyjne, stanowiące instrument inwestycyjny dostępny również osobom indywidualnym, są dłużnym papierem wartościowym, w którym emitent stwierdza, że jest dłużnikiem właściciela obligacji i zobowiązuje się wobec niego do spełnienia określonego świadczenia - najczęściej wykupu tych obligacji z należnymi obligatariuszowi (konsumentowi) odsetkami (art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 15 stycznia 2015r. o obligacjach; tj. Dz.U. z 2018 r., poz. 483; dalej: u.o.o.). Zgodnie z art. 5 ust.1 u.o.o. świadczenia wynikające z obligacji, sposób ich realizacji oraz związane z nimi prawa i obowiązki emitenta i obligatariuszy określają warunki emisji. Z punktu widzenia inwestorów - konsumentów, najistotniejsze jest to, że warunki emisji zawierają m.in. informację o ustanowionych zabezpieczeniach wiarytelności wynikających z obligacji albo o braku zabezpieczenia. Następnie, w przypadku emisji obligacji emitent udostępnia propozycję nabycia, w której zamieszcza się warunki emisji oraz informacje umożliwiające ocenę sytuacji finansowej emitenta, a także wskazuje cenę emisyjną obligacji lub sposób jej ustalania.

Mając powyższe na uwadze, z punktu widzenia interesów konsumentów, najistotniejszy jest fakt, iż za zobowiązania wynikające z obligacji emitent odpowiada całym swoim majątkiem (art. 13 u.o.o.) a także to, że wiarytelności z obligacji mogą nie być zabezpieczone (art. 28 ust.1 a contrario u.o.o.).

W tym miejscu warto zaznaczyć, iż od obligacji korporacyjnych (jak w niniejszej sprawie - przy obligacjach emitowanych przez GetBack) należy odróżnić obligacje skarbowe. Zasadnicza różnica między nimi polega na tym, że w przypadku tych pierwszych gwarantem wypełnienia umowy jest przedsiębiorca emitujący obligacje, zaś w przypadku tych drugich - Skarb Państwa. Dużo większe jest zatem ryzyko inwestowania w obligacje korporacyjne.

Wskazać także należy, iż na rynku pierwotnym emisja obligacji może następować na dwa sposoby: emisja niepubliczna (prywatna) oraz emisja publiczna. Ofertą niepubliczną (prywatną) jest proponowanie nabycia papierów wartościowych skierowane do najwyżej 149 imiennie wskazanych osób. W tym przypadku mniejsze są wymagania informacyjne - nie jest konieczne sporządzanie prospektu emisyjnego, ani memorandum informacyjnego. Emitent sporządza Propozycję Nabycia zgodnie z ustawą o obligacjach i udostępnia ją wybranym osobom. Oferta niepubliczna może być prowadzona bez pośrednictwa firmy inwestycyjnej.

Zgodnie zaś z art. 42 ust. 1 u.o.o. *zapis na obligacje lub przyjęcie propozycji nabycia obligacji składa się na piśmie pod rygorem nieważności. Zapis na obligacje lub przyjęcie propozycji nabycia obligacji mogą zostać złożone w postaci elektronicznej, jeżeli emitent w warunkach emisji tak postanowił.* W tym miejscu należy wskazać, iż każdorazowo w warunkach emisji obligacji emitent wskazywał, iż Formularze mogą być składane w formie elektronicznej, a w konsekwencji Formularze składane przez konsumentów nie wymagały ich podpisu. Analizowany w niniejszym postanowieniu Formularz był stosowany w ramach emisji prywatnej.

Mając na uwadze zebrany materiał dowodowy, Prezes UOKiK zważył, co następuje:

Naruszenie interesu publicznego

Stosownie do art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów *ochrona interesów przedsiębiorców i konsumentów podejmowana w ramach działań Prezesa UOKiK jest prowadzona w interesie publicznym.* Prezes UOKiK podejmuje się ochrony interesów konsumentów wyłącznie w interesie publicznym, tzn. wtedy, gdy daną praktyką przedsiębiorcy może być dotknięty każdy konsument w analogicznych okolicznościach⁴.

⁴Por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 13 stycznia 2009 r., sygn. akt XVII Ama 26/08.

Warunkiem koniecznym do uruchomienia instrumentów określonych w tej ustawie jest zatem zaistnienie takiego stanu faktycznego, w którym działania przedsiębiorców naruszają jej przepisy i jednocześnie stanowią zagrożenie dla interesu publicznego, bądź też naruszają ten interes. Podejmując więc działania określone w przywołanej ustawie, organ ochrony konkurencji występuje w funkcji rzecznika interesu publicznego⁵. Z przywołanej klauzuli generalnej wynika zatem, iż Prezes UOKiK podejmuje działania jedynie wtedy, gdy w następstwie działań naruszających ustawę zagrożony lub naruszony został interes publiczny.

Do naruszenia tego interesu dochodzi zatem, gdy skutki określonych działań mają charakter powszechny, dotycząc wszystkich potencjalnych podmiotów na danym rynku, a nie jedynie ściśle określonej ich grupy.⁶ Odbierane sygnały o niezgodnych z prawem działaniach przedsiębiorców, Prezes UOKiK ocenia pod kątem ich wpływu na ogół konsumentów.

W ocenie Prezesa Urzędu, rozpatrywana sprawa ma charakter publiczny, gdyż wiąże się z ochroną praw potencjalnie nieograniczonej liczby konsumentów, którzy byli lub mogli być narażeni na negatywne skutki stosowanego przez PDM niedozwolonego postanowienia wzorca umowy. Spółka prowadząc działalność w zakresie usług maklerskich na terenie całego kraju, występowała jako pośrednik przy sprzedaży obligacji GetBack i wykorzystywała wzorec umowy, a zatem ustalone z góry przed zawarciem umowy klauzule umowne, **na których treść konsument nie miał wpływu**. Stosowane przez Spółkę niedozwolone postanowienie umowne zawarte we wzorcu umownym mogło rażąco naruszyć interesy nieograniczonego kręgu konsumentów - każdego aktualnego i potencjalnego klienta. Formalnie rzecz biorąc, emisje prywatne ograniczone są do kręgu 149 osób, którym można zaoferować nabycie obligacji korporacyjne w ramach jednej emisji. Jednakże z uwagi na fakt licznych, następujących szybko po sobie emisji obligacji GetBack⁷, nie można było a priori założyć, iż ta właśnie emisja będzie ostatnia, a zatem działania mogły dotyczyć nieokreślonej z góry liczby konsumentów.

W tym stanie rzeczy Prezes UOKiK uznał, że w niniejszej sprawie ma miejsce naruszenie interesu publicznego, a zatem możliwe jest poddanie kwestionowanych działań Polskiego Domu Maklerskiego S.A. dalszej ocenie w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, pod kątem stosowania przez niego niedozwolonego postanowienia wzorca umowy.

Naruszenie art. 23a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Zgodnie z art. 23a uokik - zakazane jest stosowanie we wzorcach umów zawieranych z konsumentami niedozwolonych postanowień umownych, o których mowa w art. 385¹ § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2018 r., poz. 1025), dalej jako **k.c.**

Zgodnie zaś z powoływanym w art. 23a uokik przepisem art. 385¹ § 1 k.c. *postanowienia umowy zawieranej z konsumentem niezgodnione indywidualnie nie wiążą go, jeżeli kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy (niedozwolone postanowienia umowne). Nie dotyczy to postanowień określających główne świadczenia stron, w tym cenę lub wynagrodzenie, jeżeli zostały sformułowane w sposób jednoznaczny.*

Możliwość uznania postanowienia za niedozwolone zależna jest zatem od łącznego spełnienia następujących **przesłanek**:

⁵ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lipca 2001r., sygn. akt XVII Ama 108/00.

⁶ Por. Wyrok Sądu Najwyższego z 20 kwietnia 2017r., sygn. akt: III SK 21/16; Sąd Antymonopolowy w wyroku z dnia 3 kwietnia 2002r., sygn. akt XVII Ama 88/01, wyraźnie wskazał, iż „Celem ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie jest ochrona prywatnoprawnego interesu przedsiębiorcy bądź konsumenta”; Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 12 czerwca 2002r., sygn. akt XVII Ama 47/2001.

⁷ Vide: płyta CD do pisma z dnia 11.05.2018 r. (k. 220 akt administracyjnych);

- 1) postanowienie jest **stosowane** przez przedsiębiorcę wobec konsumentów,
- 2) postanowienie nie dotyczy sformułowanych w sposób jednoznaczny **głównych świadczeń stron** zawieranej na podstawie wzorca umowy,
- 3) postanowienie nie zostało indywidualnie uzgodnione oraz
- 4) postanowienie kształtuje prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami,
- 5) postanowienie narusza w sposób rażący interesy konsumenta.

Przedsiębiorca

Zgodnie z art. 4 pkt 1 uokik, przez przedsiębiorcę rozumie się m.in. przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2018 r., poz. 646). Jednocześnie art. 4 ust. 1 ww. ustawy reguluje, że przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca działalność gospodarczą. Natomiast stosownie do art. 3 Prawa przedsiębiorców, działalnością gospodarczą jest zorganizowana działalność zarobkowa, wykonywana we własnym imieniu i w sposób ciągły.

Polski Dom Maklerski prowadzi działalność gospodarczą na podstawie wpisu do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod nr KRS 0000359260. W okresie objętym przedmiotową decyzją, prowadził on działalność maklerską związaną z rynkiem papierów wartościowych i towarów giełdowych (vide: wydruk z KRS-u, k.195-198v, k. 239-247 akt admin.), a więc przeprowadzał emisje obligacji korporacyjnych na terenie całego kraju, kierując swoją ofertę do inwestorów instytucjonalnych, jak i indywidualnych, w tym do konsumentów. Nie ulega zatem wątpliwości, że Spółka posiada status przedsiębiorcy w rozumieniu powoływanego powyżej art. 5pkt 1 uokik. Tym samym, PDM przy wykonywaniu działalności gospodarczej, podlega rygorom określonym w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów i jego działania mogą być oceniane w aspekcie naruszenia zakazu stosowania we wzorcach umów zawieranych z konsumentami niedozwolonych postanowień umownych.

Pomimo odebrania Spółce przez KNF zezwolenia na działalność maklerską, PDM nadal prowadzi działalność gospodarczą. Na dzień wydania przedmiotowej decyzji PDM nie został wykreślony z rejestru przedsiębiorców.

Stosowanie postanowień niedozwolonych we wzorcu umowy

W myśl art. 23a uokik - zakazane jest stosowanie we wzorcach umów zawieranych z konsumentami niedozwolonych postanowień umownych, o których mowa w art. 385¹ § 1 k.c.

Wskazany wyżej przepis ustanawia zakaz stosowania we wzorcach umów zawieranych z konsumentami postanowień niedozwolonych, o których mowa w art. 385¹ §1 k.c. Zrekonstruowanie treści zakazu wymaga sięgnięcia nie tylko do przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ale także do uregulowań kodeksu cywilnego, odnoszących się do wzorców umów i do postanowień niedozwolonych.⁸ O ile bowiem art. 385¹ §1 k.c. określa cywilnoprawne skutki zastosowania w umowie niedozwolonego postanowienia umownego, o tyle art. 23a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ustanawia publicznoprawny zakaz w tym zakresie.

W tym miejscu wskazać należy, iż przepis art. 23a uokik obowiązuje od 17 kwietnia 2016 r. Natomiast Dział IVb zawierający przepisy art. 479³⁶ - 479⁴⁴ (w tym art. 479³⁸ par. 1 kpc), dotyczący postępowania w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za

⁸ K. Pacuła [w:] K. Osajda (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów (art. 23a-23d i 99a-99f). Komentarz*, 2018, wyd. 1, Legalis;

niedozwolone, uchylony został ustawą z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r. poz. 1634; dalej: **zmuokik**), która weszła w życie właśnie w dniu 17 kwietnia 2016 r.

Oprócz faktu, iż rozstrzygnięcie w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone zostało przesunięte spod kognicji sądu ochrony konkurencji i konsumentów w poczet kompetencji Prezesa UOKiK, zmianie uległa także sama treść zakazu. Pierwotnie regulujący tę kwestię przepis art. 479³⁸ § 1 kpc stanowił, iż *powództwo w sprawach rozpoznawanych według przepisów niniejszego rozdziału może wytoczyć każdy kto według oferty pozwanego mógłby zawrzeć z nim umowę zawierającą postanowienie, którego uznania za niedozwolone żąda się pozwem*.

Przepis ten wskazywał, iż z punktu widzenia przedsiębiorcy musiały zaistnieć dwa elementy: oferta pozwanego (przedsiębiorcy) oraz możliwość zawarcia z nim umowy - a więc możliwość powstania węzła obligacyjnego pomiędzy konsumentem a przedsiębiorcą. Zakaz ten przedstawiany był w ujęciu podmiotowym.

Zakaz stosowania we wzorcach umów zawieranych z konsumentami postanowień niedozwolonych przeniesiony został całkowicie do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i opiera się obecnie na innej konstrukcji prawnej w odniesieniu do podmiotów, które posiadają legitymację bierną. Mianowicie, ustawodawca nie powtórzył wymogu potencjalnego zawarcia przez przedsiębiorcę (dawniej: pozwanego), będącego stroną postępowania przez Prezesa UOKiK, z konsumentem umowy (zawierającej postanowienie kwestionowane). Wynika stąd wniosek, iż rozszerzony został tym samym krąg podmiotów legitymowanych biernie, którym można postawić zarzut stosowania postanowienia niedozwolonego m.in. o podmioty, które przedstawiają konsumentowi ofertę, ale tej umowy nie zawierają, np. pośredniczą w zawieraniu umowy, a posługują się względem konsumentów (końcowych uczestników obrotu) określonymi wzorcami umownymi będącymi przedmiotem analizy w toku postępowania administracyjnego.

W tym miejscu przeprowadzić należy analizę prawnoporównawczą dwóch stanów prawnych dotyczących adresatów zakazu stosowania postanowień abuzywnych.

Zauważyć należy, iż na podstawie nieobowiązującego już przepisu art. 479³⁸ § 1 kpc niezbędnym elementem do uzyskania legitymacji biernej w procesie była złożona oferta oraz możliwość potencjalnego wejścia w jakikolwiek stosunek prawny z proponentem, który musiał być tym samym podmiotem (oferujący i zawierający umowę to musiał być ten sam podmiot). Natomiast, biorąc pod uwagę brzmienie przepisu art. 23a uokik, ustawodawca z podejścia podmiotowego przeniósł swą uwagę na czynność stosowania we wzorcu umowy postanowienia niedozwolonego. Wskazał, iż ta właśnie czynność jest zakazana, bez precyzowania okoliczności jej występowania oraz strony biernie legitymowanej.

Jeśli chodzi o brzmienie poprzednio obowiązującej regulacji w postępowaniu procesowym, wskazać należy, iż ustawodawca skupiał się głównie na sprecyzowaniu kręgu podmiotów posiadających legitymację czynną w danym postępowaniu o uznanie postanowienia za niedozwolone, nie zaś na legitymacji biernej.

Na potwierdzenie powyżej tezy należy wskazać, iż w wyroku Sądu Najwyższego z 12 marca 2015 r. sygn. akt: I CSK 201/14 Sąd ten nie zawęził tego grona i nie określił wyczerpującego kręgu podmiotów legitymowanych biernie. Wprost przeciwnie, narracja zawarta w uzasadnieniu zmierza w stronę otwartego spojrzenia na krąg podmiotów biernie legitymowanych z uwagi na różne komplikacje stanów faktycznych i odmienne konfiguracje podmiotowe, jakie w tych stanach faktycznych mogą wystąpić. Sąd nie zamyka tym samym drogi do ustalenia w przyszłości innych konfiguracji podmiotowych.

Z orzeczenia powyższego można wyprowadzić wniosek, iż Sąd Najwyższy dopuszcza taką sytuację, w której podmiot będący twórcą wzorca, który nie stosuje tego wzorca (gdyż robi to inny podmiot) w świetle art. 479³⁸ par. 1 kpc mógłby posiadać legitymację bierną w postępowaniu o uznanie postanowienia za niedozwolone. Jeszcze w poprzednim stanie

prawnym Sąd Najwyższy dostrzegał wieloetapowość procesu, które wieńczyło podpisanie umowy z konsumentem przy użyciu wzorca umownego. Już wtedy wyodrębniały się poszczególne etapy związane z czynnością stosowania wzorca umowy: etap samego tworzenia wzorca umowy, następnie przedstawiania oferty konsumentowi a finalnie zawarcia z nim umowy przy pomocy tego wzorca.

Na kanwie przywołanego wyżej wyroku, z rozważań Sądu Najwyższego wynika, iż definiuje on stosowanie wzorca jako posługiwanie się nim, proponowanie, czy też jako oferowanie przez bank zawarcia umowy ubezpieczenia z osobą trzecią w stosunku do ich relacji podstawowej (kredytowej) a więc z ubezpieczycielem. SN uznaje więc za oferującego proponenta - bank, który nie będzie przecież stroną umowy ubezpieczenia. Wywody Sądu Najwyższego dają asumpt do szerszego spojrzenia na definicję stosowania wzorca umowy, i to należy przypomnieć, na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego, a więc art. 479³⁸ par.1 kpc.

Wracając do przepisu art. 23a uokik podkreślić należy, iż przepis ten w ogóle nie wskazuje kręgu podmiotów legitymowanych biernie, a więc podmiotów wobec których można orzec zakaz stosowania postanowień uznanych za niedozwolone. Zgodnie ze stanowiskiem przedstawicieli doktryny stosowanie postanowienia następuje z chwilą, gdy przedsiębiorca rozpocznie stosowanie wzorca obejmującego postanowienia niedozwolone w ramach prowadzonej przez siebie działalności w tym znaczeniu, że stworzy warunki, w których możliwe będzie zawieranie z konsumentami umów przy wykorzystaniu tego wzorca, dojdzie do naruszenia zakazu ustanowionego w komentowanym przepisie⁹.

Można zatem wyodrębnić trzy czynności: sporządzenie wzorca umowy, czynność faktyczną w postaci stosowania wzorca umowy (oferowania czy pośredniczenia w transakcji) a następnie czynność prawną - zawieranie umowy na podstawie tego wzorca. Jak wynika z brzmienia przepisu, ustawodawca nie wymaga, aby obie te czynności były wykonywane przez tego samego przedsiębiorcę.

Mając na uwadze literalne brzmienie przepisu art. 23a uokik można odróżnić pojęcie stosowania wzorca umowy od zawarcia umowy przy wykorzystaniu wzorca z konsumentem. Wprawdzie najczęściej występujące w obrocie prawnym sytuacje dotyczące stosowania postanowień niedozwolonych znajdujących się we wzorcu umowy to sytuacje, w których ten sam podmiot (przedsiębiorca) posługuje się wzorcem umowy a następnie zawiera z konsumentami umowy na podstawie tego wzorca. Nie oznacza to jednak, że są to sytuacje jedyne.

Nie można bowiem wykluczyć bardziej złożonej sytuacji, w której inny podmiot (przedsiębiorca) będzie przygotowywał wzorzec, inny podmiot (przedsiębiorca) będzie ten wzorzec stosował (czy to na etapie składania konsumentowi oferty, czy też w trakcie przeprowadzania procesu sprzedaży jako pośrednik), a jeszcze inny podmiot będzie *de facto* zawierał umowę z konsumentem przy użyciu tego wzorca.

Orzecznictwo również dopuszcza różne konfiguracje podmiotowe w zakresie posługiwania się wzorcem. Słowa „posługiwać się” oraz „stosować” są w doktrynie i orzecznictwie używane wymiennie, zastępczo. Ponadto, jak wskazuje się w doktrynie, *stosowanie wzorca nie powinno być utożsamiane ze skutecznym zawieraniem umów przy jego wykorzystaniu¹⁰.*

Podsumowując zatem, wraz z wejściem w życie nowego przepisu art. 23a uokik, zmieniona została definicja pojęcia „stosowanie wzorca umowy” poprzez odejście od konieczności ustalania stosunku obligacyjnego pomiędzy proponentem a konsumentem. W związku z tym, stosowanie wzorca umowy należy rozumieć także jako stwarzanie warunków do zawarcia umowy. Tym samym, *de facto* nastąpiło rozszerzenie kręgu podmiotów biernie legitymowanych do postępowania o uznanie postanowienia wzorca

⁹ K. Pacuła [w:] K. Osajda (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji (...), op. cit.*,

¹⁰ Ibidem,

umowy za niedozwolone o wszelkiego rodzaju pośredników, czy też inne podmioty, które składają propozycje lub oferty konsumentom stwarzając przy tym warunki do zawarcia umowy, a więc niejako ich przygotowując do zawarcia umowy z podmiotem trzecim, czy też wykonując pewne czynności prowadzące do „skojarzenia” dwóch stron, doprowadzając je do zawarcia przyszłej umowy.

Należy zwrócić w tym miejscu uwagę, iż w umowach finansowych coraz częściej pojawia się instytucja pośrednika. Ma to miejsce zarówno przy udzielaniu kredytów konsumenckich, jak i przy udzielaniu przez banki kredytów hipotecznych. Często występują też pośrednicy - domy maklerskie - na rynku oferowania instrumentów finansowych dłużnych jakimi są obligacje korporacyjne. Jak już wcześniej wspomniano, rynek kapitałowy składa się z siatki złożonych relacji między jego uczestnikami, nieraz „niewidzialnych” dla przeciętnego inwestora. Obok klientów profesjonalnych lub detalicznych występują i zaangażowani są w obrót instrumentami finansowymi także emitenci papierów wartościowych, wystawcy innych instrumentów finansowych, firmy inwestycyjne (np. domy maklerskie, banki prowadzące działalność maklerską), instytucje kredytowe, zwykłe i alternatywne fundusze inwestycyjne, maklerzy papierów wartościowych, doradcy inwestycyjni, agenci firm inwestycyjnych, giełdy i spółki prowadzące rynki pozagiełdowe, depozyty papierów wartościowych, izby rozliczeniowe, centralni kontrahenci, agencje ratingowe, firmy audytorskie, kancelarie prawne czy wreszcie organy nadzoru. Wieloaspektowość omawianych relacji uwypukla okoliczność, że do działalności wielu z tych podmiotów mają zastosowanie różnego rodzaju przepisy (np. prawo spółek, rynku kapitałowego, bankowe), w tym prawo giełdowe, samoregulacje, kodeksy dobrych praktyk, a także zróżnicowanego charakteru sankcje: administracyjne, karne i cywilne.¹¹ Na potwierdzenie mnogości i skomplikowania wyżej opisanych relacji należy przywołać przedmiotową kontrolę wzorca umownego dokonywaną wobec Polskiego Domu Maklerskiego przez Prezesa UOKiK.

Ponadto, wskazać należy, iż sam rynek finansowy, jest rynkiem szczególnie dynamicznym, ciągle się rozwijającym, o dużym stopniu skomplikowania i w którym występują często niestandardowe rozwiązania prawne, których nie da się zamknąć w sztywnych ramach jednej ustawy i jednej definicji.

W tym miejscu należy się odnieść do twierdzeń PDM, iż w jego ocenie, warunkiem koniecznym do zastosowania przez Prezesa UOKiK przepisu art. 23a uokik jest to by dany wzorzec umowy znajdował zastosowanie w ramach relacji kontraktowej łączącej przedsiębiorcę z konsumentem, a PDM nie był związany w ramach procesu oferowania papierów wartościowych jakąkolwiek relacją kontraktową (umową z konsumentami, obligatariuszami GetBack) a tym samym nie może być w jakimkolwiek przypadku stroną tego postępowania.

W ocenie Prezesa UOKiK, mając na uwadze konstrukcję przedstawianego konsumentom Formularza oraz sam przebieg procesu oferowania a następnie nabywania obligacji przy udziale pośrednika, jakim był Polski Dom Maklerski, podkreślić należy, iż oferowanie nabycia obligacji a następnie zawarcie umowy z konsumentem w tym przedmiocie należy uznać za szczególny przypadek, nietypową umowę, przy realizacji której biorą udział różne podmioty, którym na każdym etapie można przypisać różną odpowiedzialność.

Podkreślić należy, iż Prezes UOKiK realizując swoje kompetencje nie działa w sferze prywatnoprawnej, a więc nie analizuje odpowiedzialności cywilnej, jaka może wystąpić pomiędzy podmiotami, a która wynika z regulacji przepisów dotyczących procesu nabywania obligacji (m.in. ustawy o obrocie instrumentami finansowymi czy też ustawy o obligacjach). Nie analizuje on także odpowiedzialności kontraktowej, która wynika z zawieranych umów pomiędzy pośrednikiem (domem maklerskim) a emitentem, ani tego, jak strony tę

¹¹ Jacek Dybiński, [w:] Mirosław Stec (red.) *Prawo instrumentów finansowych. System Prawa Handlowego*, 2016, Legalis;

odpowiedzialność uregulowały. Prezes UOKiK rozpatruje jedynie sferę publicznoprawnej odpowiedzialności, przez pryzmat przede wszystkim regulacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w szczególności przepisu art. 23a. Jak już wcześniej wspomniano, na podstawie tego przepisu wyróżnić można dwie czynności, o jakich mowa w tej normie prawnej - czynność faktyczną, jaką jest stosowanie postanowienia wzorca umowy oraz czynność prawną, jaką jest zawarcie umowy na podstawie stosowanego wzorca z konsumentem i to właśnie czynność faktyczna (stosowania wzorca) jest przedmiotem zainteresowań Prezesa UOKiK w niniejszej sprawie.

Ponadto, należy także wskazać na istotną okoliczność dla zdefiniowania pojęcia „stosowania postanowienia wzorca umownego”. Również w dotychczasowej praktyce uznawania przez sądy postanowień wzorca umowy za niedozwolone **ocena abuzowności tych postanowień przeprowadzana była w oderwaniu od faktycznego zawierania konkretnych umów**. Zdarzały się także sytuacje, w których przedsiębiorca stosujący wzorzec mógł nawet nie zawrzeć żadnej umowy na podstawie stosowanego wcześniej wzorca. Nie miało to bowiem znaczenia przy ocenie abuzowności danego postanowienia. Zawarcie umowy jest zatem - w toku abstrakcyjnej kontroli postanowień wzorca umowy uznanych za niedozwolone - procesem oderwanym od czynności samego stosowania takiego postanowienia.

Zakaz ustanowiony w art. 23a uokik odnosi się do wzorców umów, które wykorzystywane są w obrocie konsumenckim. Analogiczny wniosek można zresztą wyprowadzić z art. 385¹ par. 1 zdanie pierwsze k.c., do którego odsyła art. 23a uokik w celu dookreślenia pojęcia postanowień niedozwolonych. Samo pojęcie postanowienia niedozwolonego odnosi się bowiem do postanowień „umowy zawieranej z konsumentem”.¹² W kontekście kontroli abstrakcyjnej, która odrywa się od umów zawartych przy wykorzystaniu wzorca, wykładnia art. 22¹ k.c. może niekiedy nastroczać trudności w zakresie, w jakim przepis ten zakłada, że konsument jest osobą dokonującą czynności prawnej z przedsiębiorcą. Przepis ten musiałby być odczytywany w ten sposób, że to konsumenci powinni być adresatami wzorca umowy, w którym zamieszczono kwestionowane postanowienia.¹³

Jak wskazuje się w doktrynie prawa konkurencji i konsumentów, stosowanie wzorca nie powinno być utożsamiane ze skutecznym zawieraniem umów przy jego wykorzystaniu. O braku naruszenia zakazu z art. 23a uokik nie przesądza to, że przedsiębiorca ten zawarł jakąkolwiek umowę przy wykorzystaniu danego wzorca.¹⁴

W tym miejscu należy przyjrzeć się specyfice działania pośredników w zakresie pośredniczenia w transakcji nabywania obligacji korporacyjnych w ofercie niepublicznej oraz temu, jak ta specyfika wpływa na ich udział w procesie zawarcia umowy oraz jak ich udział może być odebrany przez konsumentów, czyli odbiorców instrumentów finansowych. Pojawiają się oni coraz częściej na tym rynku jako nieprofesjonalnie działający inwestorzy. Po drugiej stronie zaś występują duże podmioty gospodarcze (np. spółki akcyjne), obracające papierami wartościowymi i działający na ich rzecz domy maklerskie. Relacja ta jak widać nie jest symetryczna.

Jak już wcześniej wspomniano, PDM dokonywał czynności maklerskich związanych z pośrednictwem w proponowaniu konsumentom nabycia obligacji GetBack w ofercie niepublicznej. Zgodnie z art. 72 *uoif przez oferowanie instrumentów finansowych rozumie się podejmowanie na rzecz emitenta papierów wartościowych, wystawcy instrumentu finansowego lub sprzedającego instrument finansowy czynności prowadzących do nabycia przez inne podmioty instrumentów finansowych, przez:*

¹² K. Pacuła [w:] K. Osajda (red.) Ustawa o ochronie (...), op. cit.,

¹³ Ibidem,

¹⁴ Ibidem,

1) prezentowanie, w dowolnej formie i w dowolny sposób, udostępnianych przez emitenta, wystawcę lub sprzedającego, informacji o instrumentach finansowych i warunkach ich nabycia, stanowiących wystarczającą podstawę do podjęcia decyzji o nabyciu tych instrumentów lub

2) pośredniczenie w zbywaniu instrumentów finansowych nabywanych przez podmioty w wyniku prezentowania informacji, o których mowa w pkt 1, lub

3) prezentowanie indywidualnie oznaczonym adresatom, w dowolnej formie i w dowolny sposób, udostępnianych przez emitenta, wystawcę lub sprzedającego informacji w celu:

a) promowania, bezpośrednio lub pośrednio, nabycia instrumentów finansowych lub

b) zachęcania, bezpośrednio lub pośrednio, do nabycia instrumentów finansowych.

Oferowanie instrumentów finansowych zgodnie z art. 72 ww. ustawy to czynność maklerska, na podstawie której firma inwestycyjna pełni rolę pośrednika pomiędzy (z jednej strony):

1) emitentami papierów wartościowych (art. 4 pkt 6 ustawy z dnia 29.07.2005r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (Dz. U. 2018, poz. 512); dalej: uop)

2) wystawiającymi instrumenty finansowe (art. 3 pkt 12 uop) lub

3) sprzedającym papiery wartościowe (art. 4 pkt 7 uop)

- oraz (z drugiej strony) inwestorami, do których kierowana jest określona oferta nabycia papierów wartościowych (lub w szerszym ujęciu - instrumentów finansowych).¹⁵ Pośrednictwo firmy inwestycyjnej w proponowaniu nabycia papierów wartościowych (instrumentów finansowych) wyraża się przede wszystkim w podjętych przez firmę inwestycyjną czynnościach faktycznych związanych z procesem szeroko rozumianego pozyskiwania inwestorów, którzy byliby zainteresowani nabyciem oferowanych publicznie czy też prywatnie aktywów. Pośrednictwo firmy inwestycyjnej może polegać na niejako „kojarzeniu” ze sobą potencjalnych nabywców oferowanych aktywów oraz emitentów/ wystawiających/ sprzedających papiery wartościowe lub też drugi rodzaj pośrednictwa, tj. pośrednictwo firmy inwestycyjnej w zbywaniu papierów wartościowych może polegać na zorganizowaniu przez firmę inwestycyjną procesu sprzedaży oferowanych aktywów, co może przybrać charakter swego rodzaju dystrybucji papierów wartościowych.¹⁶

W tym miejscu wskazać należy, iż przy oferowaniu obligacji w ofercie niepublicznej sprzedaży obligacji nie ma obowiązku pośredniczenia domu maklerskiego. Jednakże jeśli już występuje, to zajmuje pozycję profesjonalisty budzącego zaufanie konsumentów, uwiarygodnione np. zezwoleniem na prowadzenie działalności maklerskiej udzielanym przez Komisję Nadzoru Finansowego. W przedmiotowej sprawie, firma inwestycyjna pośrednicząca w oferowaniu instrumentów finansowych przyjmowała zapisy na obligacje korporacyjne zgodnie z warunkami emisji obligacji, a także przyjmowała od inwestorów wpłaty pieniężne z tytułu zapisów na obligacje. Były to wpłaty pochodzące od konsumentów na poczet nabycia obligacji w zależności od oferty, które przekazywane są przez dom maklerski emitentowi po potrąceniu wynagrodzenia, jakie na podstawie odrębnej umowy (pomiędzy emitentem a pośrednikiem) temu pośrednikowi przysługiwało.

W umowie na oferowanie obligacji serii (...) w ofercie niepublicznej zawartej pomiędzy GetBack a PDM strony ustaliły zakres prac, które zostaną wykonane przez PDM i obejmował on m. in.: [tajemnica przedsiębiorstwa] (vide: par. 4 umowy, k. 203-204 akt administracyjnych).

¹⁵ Zapadka [w:] Wierzbowski (red.) *Ustawa o obrocie instrumentami finansowymi. Komentarz*, 2014, Legalis,

¹⁶ Por. *Ibidem*,

Rozpatrując zatem sprawę pod kątem stosowania postanowienia niedozwolonego przez PDM jako pośrednika w dystrybuowaniu obligacji, należy spojrzeć na ten proces z punktu widzenia konsumentów. Otrzymywali oni pewne informacje na temat możliwości nabycia obligacji GetBack od domu maklerskiego, który jest profesjonalistą w zakresie oferowania usług maklerskich. Wszystkie informacje przekazywane były konsumentom elektronicznie ze skrzynki mailowej PDM. Konsumenci w tej korespondencji otrzymywali m.in. Formularz lub propozycje nabycia obligacji. Dokumenty te były opatrzone logo PDM. Ponadto w Formularzu znajdowało się także oświadczenie złożone przez PDM odnośnie przetwarzania danych osobowych w wyniku ich powierzenia przez GetBack. PDM przyjmował od konsumentów wypełnione oświadczenia, a następnie wskazywał swój rachunek bankowy do wpłat na poczet nabywanych obligacji, na który konsumenci przelewali swoje pieniądze.

Okolicznością bezsporną w tej sprawie jest zatem fakt, iż to PDM przygotowywał treść Formularza. Przygotował także całą platformę internetową do wymiany dokumentów mających prowadzić do zawarcia umowy, a następnie ją obsługiwał wysyłając do konsumentów różne dokumenty firmowane swoim logo oraz przyjmując składane przez nich oświadczenia elektroniczne, a następnie wpłaty na poczet nabywanych obligacji. Następnie obligatariusze, którzy nabyli obligacje GetBack za pośrednictwem PDM składali do niego reklamacje związane z nieprawidłowościami w procesie sprzedaży.

Mając powyższe na uwadze, nie można zatem stwierdzić, iż PDM nie stosował kwestionowanego postanowienia we wzorcu umownym, gdyż *de facto* to właśnie PDM dokonywał tych czynności faktycznych w ramach których posługiwał się Formularzem w procesie oferowania obligacji GetBack konsumentom, wypełniając tym samym dyspozycję przepisu z art. 23a uokik w zakresie stosowania wzorca umowy.

Odniesienie się Prezesa UOKiK do twierdzeń PDM o powszechnym wykorzystaniu kwestionowanego postanowienia w obrocie

W tym miejscu odnieść się należy do twierdzeń PDM, iż wykorzystywanie kwestionowanej przez Prezesa UOKiK klauzuli jest powszechną praktyką w obrębie rynku kapitałowego i znajduje ona powszechne zastosowanie przy ofertach papierów wartościowych. Ponadto PDM wskazał, iż kwestionowana klauzula jest przedstawiana przez Związek Banków Polskich jako rekomendowana do wykorzystania w ramach dokumentacji emisyjnej (vide: Rekomendacja Związku Banków Polskich w sprawie standardowej dokumentacji niepublicznych emisji krótko- i średnioterminowych obligacji nieskarbowych przeprowadzanych za pośrednictwem kilku dealerów (Warszawa, czerwiec 2002; dalej: Rekomendacja ZBP)), a także że była ona konsultowana z Prezesem UOKiK oraz nie została kiedykolwiek zakwestionowana przez jakikolwiek organ administracji publicznej, tj. czy to przez Prezesa UOKiK czy to przez Komisję Nadzoru Finansowego (dalej: KNF).

Nadmienić należy, iż Związek Banków Polskich to samorządowa organizacja banków zrzeszająca banki działające na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej¹⁷, która nie specjalizuje się w ocenie postanowień wzorców umów pod kątem ich abuzywności i z racji pełnionych funkcji zabezpiecza interesy banków, jako podmiotów działających na rynku finansowym. Ponadto, rekomendacja ta wydana została w 2002r., a w ocenie Prezesa UOKiK, w przeciągu 16 lat na rynku finansowym dokonały się dość liczne zmiany, gdyż rynek ten jest rynkiem dynamicznym, szybko reagującym na nowe potrzeby, nowe produkty czy też nowe formy zawierania umowy (np. umożliwienie składania zapisów na obligacje w formie elektronicznej a więc bez składania tradycyjnego podpisu przez nabywającego konsumenta). Nadto, ustawa z dnia 15 stycznia 2015r. o obligacjach po raz pierwszy wprowadziła możliwość złożenia zapisu na obligacje lub przyjęcie propozycji nabycia obligacji w postaci elektronicznej oraz to, że można je nabyć pod warunkiem. Tymczasem, jak wskazuje się w doktrynie, art. 42

¹⁷ <https://zbp.pl/o-zbp/dzialalnosc>;

ust. 1 u.o.o. nie znajduje odpowiednika w ustawie o obligacjach z 1995 roku¹⁸ (a więc obowiązującej podczas sporządzania Rekomendacji przez ZBP w 2002 r.).

Rekomendacja ZBP wydana w 2002 r. nie uwzględniała m.in. możliwości złożenia oświadczenia o nabyciu obligacji w postaci elektronicznej, a więc zawierania transakcji w sposób niebezpośredni, bez jednoczesnego udziału stron. W ocenie Prezesa UOKiK, nie ma zatem podstaw, by tę rekomendację uznawać za aktualną w obliczu tak istotnych zmian przepisów prawa dotyczących obligacji oraz po upływie tak długiego okresu czasu, przy zmienionych warunkach społeczno- gospodarczych.

Ponadto, podkreślić należy, iż rekomendacje tego typu nie mają charakteru wiążącego (zarówno dla profesjonalnych uczestników rynku, jak i dla inwestorów, a tym bardziej dla Prezesa UOKiK, jak i sądów) i każdy podmiot je stosujący ponosi indywidualną odpowiedzialność za jego stosowanie w obrocie gospodarczym.

Odnosząc się zaś do twierdzenia PDM, iż rekomendacja ta była konsultowana przed jej wdrożeniem z Prezesem UOKiK, **należy stanowczo zaprzeczyć takim twierdzeniom, albowiem Prezes UOKiK nie dokonuje akceptacji tego rodzaju dokumentów, ani stosowanych w nich postanowień.** Spółka nie przedstawiła również dowodów na tą okoliczność. Z uwagi na powyższe, twierdzenia PDM należy w tym zakresie uznać za gołostowne.

Ponadto, wskazać należy, iż przepisy dotyczące abuzywności zostały wprowadzone do kodeksu cywilnego i kodeksu postępowania cywilnego w dniu 1 lipca 2000 r. Zatem w momencie wydania Rekomendacji ZBP w czerwcu 2002 r. kwestie związane z kwalifikowaniem postanowień jako abuzywnych były nie za bardzo rozwinięte. Nie wykształciła się jeszcze doktryna ani judykatura dotycząca tego typu kwestii, która mogłaby stanowić dla autorów Rekomendacji jakikolwiek punkt odniesienia lub wskazywać kierunki i wytyczne przy badaniu abuzywności. Stąd tym bardziej nie można w ten sposób traktować Rekomendacji ZBP, który nie był i nie jest organem upoważnionym do dokonywania akceptacji wzorców umownych pod kątem występowania w nich postanowień niedozwolonych.

W odniesieniu do twierdzeń PDM dotyczących rzekomej akceptacji postanowienia przez KNF należy wskazać, iż Prezes UOKiK zwrócił się z zapytaniem do Komisji Nadzoru Finansowego z zapytaniem, czy postanowienie wzorca umowy, które jest przedmiotem analizy w niniejszym postępowaniu było kiedykolwiek oceniane przez ten organ lub KNF wyrażał w tym zakresie publiczną opinię na ten temat. W odpowiedzi w piśmie z dnia 23 listopada 2018 r. (data wpływu: 30 listopada 2018 r.) KNF poinformował, iż Komisja Nadzoru Finansowego oraz Urząd Komisji Nadzoru Finansowego nie wyrażały swojej opinii bądź zastrzeżeń jakiegokolwiek domowi maklerskiemu, Związki Banków Polskich lub innemu podmiotowi rynku finansowego w zakresie dopuszczalności stosowania takiej klauzuli. Należy jednak mieć na względzie, iż Komisja Nadzoru Finansowego nie akceptuje treści klauzul i fakt np. niezgłoszenia zastrzeżeń nie oznacza jej dorozumianej akceptacji czy dopuszczalności wykorzystywania w obrocie jako zgodnej z prawem. Z uwagi na powyższe, twierdzenia PDM w tym zakresie również należy uznać za gołostowne.

Postanowienia określające główne świadczenia stron

Przez pojęcie „głównych świadczeń stron” należy zasadniczo rozumieć elementy przedmiotowo istotne (*essentialia negotii*) umowy, które przyjmowane są przez strony na zasadzie wyraźnego, a nie domniemanego konsensusu, co wskazuje na indywidualne uzgodnienie treści tych postanowień. Nie ulega wątpliwości, że w praktyce są to postanowienia określające cenę oraz przedmiot świadczeń stron umowy. Za postanowienia określające świadczenia główne stron nie są natomiast uznawane postanowienia dotyczące

¹⁸ R. Woźniak, *Ustawa o obligacjach. Komentarz*, 2015r. Legalis,

świadczeń ubocznych, np. odsetki za opóźnienie, lub klauzule, które wywierają wpływ na wysokość świadczenia głównego, np. klauzule waloryzacyjne¹⁹.

Jak podkreśla się w orzecznictwie Sądu Najwyższego (dalej: SN), pojęcie głównych świadczeń stron należy interpretować raczej wąsko, w nawiązaniu do elementów przedmiotowo istotnych umowy. Ustawodawca posłużył się bowiem terminem „postanowienia określające główne świadczenia stron”, a nie zwrotem „dotyczące” takiego świadczenia, który ma szerszy zakres²⁰. Z drugiej jednak strony należy odnotować pogląd, iż dla określenia pojęcia głównego świadczenia stron nie ma przesądzającego znaczenia to, czy dane świadczenie należy do *essentialia negotii*. Z tej przyczyny zasięg tego pojęcia musi być zawsze ustalany *ad casum* z uwzględnieniem wszystkich postanowień oraz charakteru i celu zawieranej umowy²¹.

W niniejszej sprawie, z uwagi na fakt, iż podmiotem stosującym wzorzec umowy jest inny przedsiębiorca, niż zawierający z konsumentami umowę, wskazać należy, iż przesłanka ta traci na znaczeniu. Jednakże koncentrując się na sytuacji konsumenta, z którym zawierana mogła być za jego pomocą umowa o nabycie obligacji, wskazać należy, iż do *essentialia negotii* tejsze umowy należało nabycie obligacji GetBack w zamian za wpłacone pieniądze. Kwestionowane postanowienie nie dotyczy zatem głównego świadczenia stron, jakim są w tym wypadku obligacje i pieniądze wpłacone na podstawie dokonanej wyceny tychże obligacji.

Zakwestionowane postanowienie dotyczy bowiem oświadczenia inwestora (konsumenta), składanego przez dorozumianą akceptację poprzez wystanie Formularza do PDM, dotyczącego ryzyka, jakie wiąże się z nabyciem obligacji, a więc konsekwencji finansowych, jakie mogą wynikać z ich zakupu.

Przesłanka braku indywidualnego uzgodnienia

W przypadku postępowania w sprawie o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone przesłanka braku indywidualnego uzgodnienia nie ma znaczenia wobec abstrakcyjnego charakteru kontroli postanowienia wzorca umowy. Prezes UOKiK, nie bada w niniejszym postępowaniu konkretnych stosunków istniejących pomiędzy kontrahentami, ale wzorzec, jaki był stosowany przez PDM wobec potencjalnego konsumenta. Nie ma zatem znaczenia, czy jakieś konkretne warunki ewentualnej przyszłej umowy były między stronami negocjowane, ani nawet czy wzorzec był, czy też nie był, zastosowany przy zawieraniu jakiegokolwiek konkretnej umowy. Kontrola ta ma bowiem charakter oceny *ex ante* i obejmuje wzorzec, nie zaś konkretną umowę.

Dla oceny braku indywidualnego uzgadniania poszczególnych postanowień umownych zawartych w Formularzu istotne znaczenie ma sposób nabywania obligacji korporacyjnych emitowanych przez Getback i oferowanych przez PDM, tj. wymiana gotowych formularzy drogą elektroniczną, który uniemożliwiał jakąkolwiek ingerencję inwestora (konsumenta) w jego treść. Aby zawrzeć umowę o nabycie ww. obligacji PDM udostępniał tzw. wstępny formularz w formie elektronicznej do wypełnienia podstawowych danych osobowych (imię, nazwisko, PESEL, adres mailowy). Wysyłany był on przez konsumentów - którzy byli klientami Idea Banku - do PDM w celu otrzymania od niego Propozycji Nabycia obligacji. Następnie na podane adresy mailowe konsumenta oraz przedstawiciela Idea Banku (przy umowach zawieranych z jego udziałem) wysyłana była wiadomość z załączonym linkiem do elektronicznego Formularza. Po jego wypełnieniu i wysłaniu do PDM konsument otrzymywał potwierdzenie otrzymania formularza wraz z informacją o konieczności wpłaty środków finansowych w celu sfinalizowania transakcji nabycia obligacji. Poszczególne etapy transakcji odbywały się drogą elektroniczną za pomocą gotowych formularzy, w których

¹⁹ Wyrok SOKiK z dnia 1 marca 2007 r., sygn. akt XVII AmC 12/06.

²⁰ Wyrok SN z dnia 8 czerwca 2004 r., sygn. akt I CK 635/03.

²¹ Wyrok SN z dnia 8 listopada 2012 r., sygn. akt I CSK 49/12.

edytowalne były jedynie pola dotyczące danych osobowych, a więc nie było możliwości negocjowania przez konsumenta postanowień Formularza.

Wskazać zatem należy, że treść postanowień analizowanego wzorca umowy w postaci Formularza nie była ustalana, ani negocjowana w żadnym wypadku ze słabszą stroną umowy, dlatego też należy uznać, iż kwestionowane postanowienia umowne nie podlegały indywidualnemu uzgodnieniu.

Sprzeczność z dobrymi obyczajami

Klauzula generalna dobrych obyczajów stanowi odesłanie do ocen uzasadniających reguły moralne opierające się na wartościach powszechnie akceptowanych w Polsce. **Dobre obyczaje pojmowane są również jako reguły postępowania zgodne z etyką, moralnością i aprobowanymi społecznie normami i zasadami postępowania. Kryteriami decydującymi o sprzeczności z dobrymi obyczajami są wymóg nieusprawiedliwionego pokrzywdzenia i działanie wbrew dobrej wierze i uczciwości.** Przyjmuje się, iż nieusprawiedliwione pokrzywdzenie zachodzi wówczas, gdy stosując ogólne warunki umów lub wzorce, próbuje się chronić własne interesy kosztem partnera, bez dostatecznego brania pod uwagę jego interesów i bez przyznania mu wyrównania z tego tytułu.

Poprzez dobre obyczaje rozumiemy pewien powtarzalny wzorzec zachowań, który jest aprobowany przez daną społeczność lub grupę. Są to pozaprawne normy postępowania, którymi przedsiębiorcy winni się kierować. Ich treści nie da się określić w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tym praktykami życia gospodarczego. Wszystkie one podlegają zmianom w ślad za zmieniającymi się ideologiami politycznymi i społeczno-gospodarczymi oraz przewartościowaniami moralnymi. W szczególności zaś, dobre obyczaje to normy postępowania polecające nienadużywanie w stosunku do słabszego uczestnika obrotu posiadanej przewagi ekonomicznej.

Dobre obyczaje pozostają klauzulą generalną, która podlega konkretyzacji na okoliczność danego stanu faktycznego. Zgodnie z poglądem doktryny²², **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.** W stosunkach z konsumentami „dobry obyczaj” powinien wyrażać się we właściwym informowaniu o przysługujących uprawnieniach, niewykorzystywaniu pozycji profesjonalisty i rzetelnym traktowaniu partnerów umów. W takich stosunkach szczególne znaczenie mają te oceny zachowań podmiotów w świetle dobrych obyczajów, które odwołują się do takich wartości jak: **szacunek wobec partnera, uczciwość, szczerłość, zaufanie, lojalność, rzetelność i fachowość.** Działanie wbrew dobrym obyczajom w zakresie kształtowania treści stosunku obligacyjnego wyraża się w tworzeniu przez partnera konsumenta takich klauzul umownych, które godzą w równowagę kontraktową tego stosunku²³.

Pomocne przy ocenie abuzywnego charakteru postanowienia wzorca umowy w kontekście dobrych obyczajów może być dokonanie **testu weryfikacji „przyzwoitości” danej klauzuli.** Należy w związku z tym zbadać, czy oceniane postanowienie wzorca umowy jest sprzeczne z ogólnym wzorcem zachowań przedsiębiorców wobec konsumentów. Wymaga to ustalenia, jak wyglądałyby prawa lub obowiązki konsumenta w braku takiej klauzuli lub przy zastosowaniu istniejących przepisów o charakterze dyspozytywnym. Jeżeli konsument byłby - na podstawie ogólnych przepisów - w lepszej sytuacji, gdyby konkretnego

²² K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2002 r., str. 804.

²³ Wyrok SN z dnia 13 lipca 2005 r., sygn. akt I CK 832/04.

postanowienia wzorca nie było, należy przyjąć, że może ono mieć charakter abuzywny²⁴. Test taki zostanie przeprowadzony przy analizie abuzywności kwestionowanego postanowienia w dalszej części niniejszej decyzji.

Rażące naruszenie interesów konsumenta

Daną klauzulę będzie można uznać za abuzywną, kiedy umowne ukształtowanie praw i obowiązków konsumenta rażąco narusza jego interesy. Generalnie można przyjąć, iż chodzi tu o sytuacje, w których w sposób rażąco naruszona została równowaga interesów stron umowy i to przez to, iż jedna z nich wykorzystwała swoją przewagę, układając ogólne warunki lub wzorce umowne. Pojęcie „interesów” konsumenta należy interpretować szeroko, nie tylko jako niekorzystne ukształtowanie jego sytuacji ekonomicznej. **Należy tu uwzględnić także takie aspekty, jak niedogodności organizacyjne, stratę czasu, dezorganizację, wprowadzenie w błąd, nierzetelne traktowanie, czy naruszenie prywatności konsumenta**²⁵.

Interpretacji, kiedy mamy do czynienia z rażącym naruszeniem interesów konsumenta, a kiedy tylko ze zwykłym nie należy sprowadzać do kategorii czysto ekonomicznej, gdyż nie chodzi tu o kryteria rachunkowe, a więc porównanie pieniężnej wartości świadczeń. **Określenie „rażąco” należy odnieść do znacznego odbiegania przyjętego uregulowania od zasad uczciwego (słusznego) wyważenia praw i obowiązków.** Za tego typu zasady konstruuje modelowe (optymalne) ukształtowanie praw i obowiązków umownych stron traktowane są przepisy ustawowe o charakterze dyspozytywnym. Stąd też nie jest możliwe ustalenie pewnych ogólnych kryteriów, których spełnienie w każdej sytuacji automatycznie prowadzi do uznania, że interesy danego konsumenta zostały rażąco naruszone. Oznacza to, że ocena, czy postanowienia zawartej umowy rażąco naruszają interesy konsumenta, powinna być dokonywana *in concreto*, przy uwzględnieniu całokształtu okoliczności danego przypadku. W tym zakresie zasadne jest sięgnięcie do Dyrektywy Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich która stanowi, że daną klauzulę należy uznawać za niedozwoloną, gdy naruszając zasadę wzajemnego zaufania, powoduje znaczącą (istotną) i nieusprawiedliwioną dysproporcję praw i obowiązków na niekorzyść konsumenta (art. 3 ust. 1). W związku z tym pojęcie „rażącego naruszenia interesów konsumenta” można utożsamiać z istotną i nieusprawiedliwioną dysproporcją praw i obowiązków na jego niekorzyść. Ponadto, przy określaniu stopnia naruszenia interesów konsumenta należy stosować nie tylko kryteria obiektywne (np. wielkość poniesionych czy groźących strat), lecz również względy subiektywne związane bądź to z przedsiębiorcą (np. renomą firmy), bądź to z konsumentami (np. seniorzy, dzieci). Konieczne jest zbadanie, jaki jest zakres groźących potencjalnemu konsumentowi strat lub niedogodności²⁶. Jak wskazał w jednym z kluczowych orzeczeń Sąd Najwyższy - dokonując wykładni art. 385¹ k.c. - rażące naruszenie interesów konsumenta oznacza nieusprawiedliwioną dysproporcję praw i obowiązków na jego niekorzyść w określonym stosunku obligacyjnym.

Podsumowując, obie wskazane art. 385¹ k.c. formuły prawne (tj. dobre obyczaje oraz rażące naruszenie interesów konsumentów) służą do oceny tego, czy standardowe klauzule umowne zawarte we wzorcu umownym przekraczają określone przez ustawodawcę granice rzetelności kontraktowej twórcy wzorca w zakresie kształtowania praw i obowiązków konsumenta.

²⁴ Wyrok SN z dnia 19 marca 2007 r., sygn. akt III SK 21/06, Wyrok SN z dnia 29 sierpnia 2013 r., sygn. I CSK 660/12.

²⁵ Wyrok SN z dnia 8 czerwca 2004 r., sygn. akt I CK 635/03.

²⁶ Por. wyrok SA z Warszawy z dnia 13 marca 2014 r., sygn. akt VI ACa 1733/13; wyrok SOKiK z dnia 26 maja 2015 r., sygn. akt XVII AmC 2615/14.

Klauzule szare

Pomocnym narzędziem w celu identyfikacji postanowień niedozwolonych pod kątem naruszenia dobrych obyczajów oraz rażącego naruszenia interesów konsumentów są tzw. klauzule szare. Ich przykładowy katalog określony został w art. 385³ k.c. i zawiera najbardziej typowe i znane z praktyki obrotu postanowienia naruszające równowagę kontraktową stron. Samo jednak zamieszczenie klauzuli wśród postanowień wymienionych w omawianym katalogu nie powinno przesądzać automatycznie o jej niedozwolonym charakterze. Nie jest bowiem wykluczone, iż konkretna klauzula, mimo iż objęta listą, nie ma niedozwolonego charakteru. W konkretnym przypadku może się okazać, iż nie prowadzi ona do rażącego naruszenia interesów konsumentów. Dlatego też katalog klauzul zawarty w art. 385³ k.c. należy traktować jako listę tzw. klauzul szarych. Jak wynika z orzecznictwa SN, postanowienie umowne, które zostało umieszczone w przykładowym katalogu nieuczciwych postanowień umownych nie jest *per se* nieuczciwym postanowieniem umownym. Treść tego katalogu nie przesądza statusu danego postanowienia jako niedozwolonego postanowienia umownego (postanowienia wzorca umowy). Wykaz ten należy kwalifikować jako swoistą wskazówkę co do rodzaju postanowień, które mogą budzić zastrzeżenia z punktu widzenia ich zgodności z interesami i uprawnieniami konsumentów²⁷.

Ocena postanowienia wzorca umowy stosowanego przez przedsiębiorcę

W niniejszej decyzji kwestionowane jest następujące postanowienie wzorca umowy:

Nie złożono mi żadnych oświadczeń ustnych ani nie dostarczono żadnych informacji, które byłyby sprzeczne z informacjami zawartymi w Propozycji Nabycia Obligacji lub Warunkach Emisji Obligacji.

(zd. 3 pkt 1 Oświadczenia Inwestora w Formularzu Przyjęcia Propozycji Nabycia Obligacji serii (...) GetBACK S.A.)

W ocenie Prezesa UOKiK zakwestionowane postanowienie wzorca umowy stosowane przez Spółkę, jest sprzeczne z dobrymi obyczajami a także rażąco narusza interesy konsumentów.

Za zasady wyrażające dobry obyczaj, które zostały naruszone w przypadku powyższej klauzuli, należy uznać:

- zasadę uczciwego budowania warunków umowy w oparciu o prawdziwy i rzetelny stan faktyczny dotyczący okoliczności lub warunków zawierania umowy;
- zasadę nieutrudniania dochodzenia roszczeń od przedsiębiorcy oraz podmiotów przy pomocy, których wykonuje czynności względem konsumenta związane z zawarciem umowy.

Zasada uczciwego budowania warunków umowy w oparciu o prawdziwy i rzetelny stan faktyczny jest jedną z podstawowych zasad, jaka obowiązuje w prawie zobowiązań. W sytuacji, gdy przedsiębiorca stosuje wzorzec umowny, a następnie zawiera z konsumentem umowę w sposób adhezyjny, to przedsiębiorca z góry ustala treść tej umowy, a klient otrzymuje ją niejako w narzuconej z góry formie i treści, bez możliwości negocjowania. Dotyczy to w szczególności sytuacji, gdy jest to Formularz z wygenerowanymi edytowalnymi polami do wypełnienia danych osobowych i zamieszczonymi pod nimi oświadczeniami bez możliwości opcjonalnego zaznaczenia innej treści, niż w nich narzucona, a taka sytuacja ma miejsce w niniejszej sprawie.

W ocenie Prezesa UOKiK, w zakresie stwierdzenia w postanowieniu umownym okoliczności faktycznych, jak np. podawanych na etapie przedkontraktowej informacji ustnych lub innych informacji sprzecznych z informacjami zawartymi we wzorcu, Spółka

²⁷ Wyrok SN z dnia 11 października 2007 r., sygn. akt III SK 19/07.

powinna - zgodnie z zasadami uczciwości kupieckiej - zadbać o umożliwienie konsumentowi wyboru właściwej opcji, by mógł on złożyć oświadczenie w tej kwestii, które odpowiada stanowi faktycznemu.

Wskazać zatem należy, iż biorąc pod uwagę jak przebiegał proces oferowania obligacji GetBack konsumentom przez PDM, zasadniczo stwierdzić można, iż Spółka jest beneficjentem tego postanowienia. Oznacza to, że (przy założeniu, że postanowienie to nie zostałyby zakwestionowane jako niedozwolone), Spółka mogłaby powołać się na ten zapis w sytuacji zgłoszenia przez konsumenta niezgodności informacji przekazanych mu ustnie na etapie oferowania mu obligacji z dokumentami przekazanymi od emitenta.

Przy braku wyraźnych dowodów związanych z przekazywaniem konsumentowi na etapie przedkontraktowym nierzetelnych informacji związanych z oferowanymi obligacjami (np. nagraniami rozmowy z pośrednikiem lub dalszym pośrednikiem), i zestawienia jedynie dwóch sprzecznych oświadczeń stron sporu, analizowane postanowienie umowne może powodować wzmocnienie argumentacji Spółki związanej z brakiem wystąpienia nieprawidłowości przy nabywaniu tego typu produktów inwestycyjnych. Konsument będzie tym samym w gorszej sytuacji, w jakiej znajdowałby się, gdyby tego postanowienia w Formularzu nie było, gdyż Przedsiębiorca może powoływać się, że klient - zawierając umowę - złożył oświadczenie o treści kwestionowanej w niniejszym zarzucie.

Wskazać należy, iż konsument, zawierając umowę w ten sposób, że wystanie Formularza powoduje domyślną akceptację wszystkich znajdujących się w nim oświadczeń, znajduje się w niekorzystnej sytuacji zarówno prawnej, jak i faktycznej. Musi bowiem zaakceptować postanowienia, które mogą być niezgodne z rzeczywistymi okolicznościami, które wystąpiły na etapie przedkontraktowym. Nie ma możliwości wyrażenia sprzeciwu, jeżeli w jego ocenie zaistniał inny stan faktyczny, niż opisany w kwestionowanym postanowieniu. W konsekwencji znajduje się on w przeświadczeniu, iż postanowienie to jest dla niego wiążące i może dojść do sytuacji, w której to zrezygnuje z prób jego zakwestionowania, nawet w sytuacji, gdyby złożono mu oświadczenie ustne lub podano informacje w innej formie, które byłyby sprzeczne z informacjami podanymi w mailu od PDM z Propozycją Nabycia Obligacji.

Takie postanowienie może wywoływać u konsumenta dezorientację i błędne przekonanie odnośnie możliwości powołania się na przeciwne argumenty i podjęcia działań obronnych, np. złożenia stosownego oświadczenia o uchyleniu się od skutków oświadczenia woli złożonego pod wpływem błędu, o czym mowa w art. 84 §1 k.c., czy powołania się na roszczenie wskazane w art. 12 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U. z 2017 r. poz. 2070 ze zm.) - dalej: u.p.n.p.r. - w związku z podejrzeniem stosowania nieuczciwych praktyk rynkowych stosowanych przez przedstawicieli instytucji finansowych, którzy mogli oferować i doradzać mu zapis na obligacje korporacyjne emitowane przez Getback.

Oceniając treść kwestionowanego postanowienia w Formularzu nie sposób nie uwzględnić również okoliczności nabycia ww. obligacji przez konsumenta za pośrednictwem PDM. Należy przy tym przypomnieć, iż zgodnie z art. 385² k.c. oceny zgodności postanowienia umowy z dobrymi obyczajami dokonuje się według stanu z chwili zawarcia umowy, biorąc pod uwagę jej treść, okoliczności zawarcia oraz uwzględniając umowy pozostające w związku z umową obejmującą postanowienie będące przedmiotem oceny. W tym kontekście istotny jest udział m.in. przedstawicieli Idea Banku w fazie przedkontraktowej nabywania obligacji przez konsumenta. Na podstawie umowy konsorcjum zawartej pomiędzy PDM a Idea Bankiem przedstawiciele tegoż banku byli odpowiedzialni za tzw. pierwszy kontakt z klientem, który polegał na rozmowie telefonicznej lub spotkaniu osobistym celem zaferowania mu nabycia obligacji korporacyjnych emitowanych przez Getback. Par. 2 ust. 1 umowy konsorcjum z dnia 29.03.2018r. pomiędzy PDM a Idea Bankiem stanowi, że [tajemnica przedsiębiorstwa].

W sytuacji, gdy w transakcji pośredniczy dodatkowa osoba trzecia (lub podmiot trzeci - tak jak w niniejszej sprawie jest to Idea Bank S.A.) może dojść do świadomego lub nieświadomego zniekształcenia przekazu, a w konsekwencji udzielenia konsumentowi nieprawdziwych czy też wprowadzających w błąd informacji dotyczących istotnych warunków umowy, a także pominięcia istotnych warunków umowy lub też w inny sposób zniekształcenia zachowania rynkowego słabszej strony umowy. Z uwagi na powyższe, kwestionowane w niniejszym postępowaniu postanowienie może nie odpowiadać prawdzie, a konsument nie ma żadnego wpływu na to, aby je zmienić czy złożyć na piśmie oświadczenie przeciwne.

Mając powyższe na uwadze, należy zatem wskazać, iż kwestionowane w niniejszej decyzji postanowienie może prowadzić do utrudnienia dochodzenia przez konsumenta roszczeń względem PDM lub podmiotu, przy pomocy którego dochodziło do zawarcia umowy nabycia względem konsumenta w związku z nienależytym wykonaniem umowy przez podmioty, które działają na zlecenie PDM. Należy bowiem zauważyć, iż to Spółka lub jej podwykonawca, powołując się na analizowane postanowienie umowne w toku sporu z konsumentem - może próbować uwolnić się od swojej odpowiedzialności w przypadku stosowania nieuczciwych praktyk rynkowych względem konsumenta na etapie zawierania umowy. W ocenie Prezesa UOKiK, postanowienie to ma na celu zabezpieczenie Przedsiębiorcy lub jego partnerów biznesowych przed ewentualnymi skargami czy reklamacjami konsumentów, w przypadku gdy zorientują się, iż przekazano im inne informacje na etapie przedkontraktowym przy osobistym lub telefonicznym kontakcie z pośrednikiem lub innym podmiotem, a inne w wiadomości mailowej przesyłanej przez PDM z Propozycją Nabycia Obligacji.

Niezależnie od powyższych argumentów należy nadmienić, iż przy ocenie abuzywnego charakteru postanowienia wzorca umowy danej klauzuli pomocne może być dokonanie testu weryfikacji „przyzwoitości”. Należy zatem go przeprowadzić w ten sposób, że należy ustalić, jak kształtowałaby się sytuacja prawna konsumenta w przypadku braku tej klauzuli. Wskazać należy, iż sytuacja konsumenta byłaby w takim przypadku zdecydowanie korzystniejsza. Gdyby konsument otrzymał inne informacje, które byłyby sprzeczne z tym, co przeczytał w Formularzu, nie miałby przeszkód umownych (formalnych) w postaci tego właśnie kwestionowanego zapisu. Niewątpliwie ułatwiłoby to również dochodzenie ewentualnych roszczeń w związku ze skorzystaniem z instytucji uchylenia się od skutków oświadczenia woli złożonego pod wpływem błędu czy roszczeń wskazanych w art. 12 u.p.n.p.r. Konsument byłby w takiej sytuacji pozbawiony poczucia (a co za tym idzie faktycznej możliwości), iż przeoczył swoją szansę na podniesienie przeciwnych twierdzeń, gdyż uprzednio zgodził się na treść kwestionowanego postanowienia.

W analizowanej w niniejszym zarzucie klauzuli rażące naruszenie interesów konsumentów polega na możliwym naruszeniu interesów ekonomicznych konsumenta, gdyż przedmiotowe postanowienie umowne może utrudniać klientowi dochodzenie roszczeń - przy ewentualnych, możliwych do wystąpienia stratach związanych z inwestycją w obligacje korporacyjne emitowane przez GetBack - w sytuacji, w której informacje udzielone mu na etapie przedkontraktowym różnią się od tych zamieszczonych np. w Warunkach Emisji Obligacji. Ponadto przedmiotowe postanowienie prowadzi do dezorientacji konsumenta w zakresie jego sytuacji faktycznej i prawnej, gdyż jeżeli zorientuje się, że przed zawarciem umowy otrzymał sprzeczne informacje o inwestowaniu w obligacje z informacjami zawartymi w dokumentach udostępnianych przez PDM, to po zapoznaniu się z analizowanym postanowieniem może zrezygnować z dochodzenia roszczeń. Konsument może nie posiadać również wiedzy co do zakresu przysługujących mu uprawnień po uświadomieniu sobie, że podano mu informacje sprzeczne w porównaniu z tymi, które znajdują się w udostępnionych wcześniej dokumentach.

Zgodnie z zasadą rzetelności i uczciwości kupieckiej, w ocenie Prezesa UOKiK, oczywistym być powinno to, że informacje przekazywane konsumentowi ustnie, czy

elektronicznie przez pośrednika (czy jakiegokolwiek przedsiębiorcę) są zgodne z ofertą emitenta, której warunki sporządzono na piśmie i które będą stanowiły warunki umowy zawartej z konsumentem. W ocenie Prezesa UOKiK, treść kwestionowanej klauzuli tę zasadę narusza.

Zastosowanie zaś takiego zapisu powoduje, iż to na konsumenta przechodzi ciężar porównywania i weryfikacji informacji, jakie otrzymał ustnie, czy elektronicznie od pośrednika z informacjami i ostatecznymi warunkami umowy nabycia obligacji, jakie podpisał. Po stronie konsumenta zatem pojawiają się dodatkowe niedogodności związane z dodatkowymi czynnościami, których by nie musiał wykonywać gdyby nie to postanowienie.

Prezes UOKiK zdaje sobie sprawę z tego, iż w dobie szeroko rozwiniętego marketingu i psychologii sprzedaży, przedsiębiorcy w szeroko rozumianym handlu, wykorzystują różne środki perswazji, czy inne formy wpływania na decyzje konsumentów poprzez odpowiednie treści czy formę. Należy także mieć na uwadze ogólną tendencję przedsiębiorców do przedstawiania swojej oferty handlowej w bardziej korzystnym świetle, z wyeksponowaniem elementów, które w ocenie nabywcy będą najbardziej atrakcyjne, a przemilczeniem tych mniej korzystnych o sprzedawanym produkcie. Jednakże stosowanie postanowienia umownego, które poprzez swoją treść powoduje uznanie za niebyłe wszelkich twierdzeń, jakie mogły pojawić się na etapie oferowania produktu, a które mogły być odmienne od tego, co ostatecznie znalazło się w umowie, stanowi złamanie zasady uczciwości kontraktowej. Przy nabywaniu obligacji korporacyjnych, produkcie skomplikowanym w swoich skutkach prawnych i finansowych dla zwykłego konsumenta, jakiejkolwiek techniki sprzedażowe prowadzące do zmanipulowania obrazu prawdziwej oferty lub po prostu przekazujące nieprawdę należy uznać za niedozwolone i prawnie zakazane. Tym samym, na rynku finansowym, przy zawieraniu umów o nabycie obligacji korporacyjnych w formie elektronicznej, takie działania wywołują szczególnie poważne skutki. **Wprowadzanie takich zapisów umownych do wzorców jest w ocenie Prezesa UOKiK niedopuszczalne.**

Prezes UOKiK, ma także na względzie fakt powszechnie znany, a mianowicie to, że produkty finansowe sprzedają osoby wyszkolone w tego typu czynnościach, których głównym zadaniem jest sprzedać produkt, za co otrzymują stosowne wynagrodzenie. Sama ta prawidłowość rynkowa jest powszechna i akceptowalna do momentu, gdy nie występuje misseling, nieuczciwe praktyki rynkowe oraz nie pojawiają się w wzorcach umowy zapisy takie jak kwestionowany, który zaprzecza uczciwości kupieckiej i wywołuje realne szkody u konsumentów. A przy sprzedaży produktów finansowych składanie oferty i przedstawianie produktu konsumentowi powinno odbywać się przy wyraźnym przedstawieniu nie tylko korzystnych stron, ale także niekorzystnych, a więc powinno wiązać się z rzetelnym przekazaniem konsumentowi zagrożeń wynikających z zakupu np. obligacji korporacyjnych.

Tym samym ww. postanowienie narusza dobre obyczaje i w sposób rażący interesy konsumenta, a tym samym stanowi niedozwolone postanowienie umowne zgodnie z art. 385¹ § 1 k.c.

W tym miejscu odnieść się należy do twierdzeń PDM, jakoby kwestionowana przez Prezesa UOKiK klauzula umowna nie mogła prowadzić do utrudnienia dochodzenia roszczeń przez konsumenta względem Spółki lub podmiotu, przy pomocy którego dochodziło do zawarcia umowy. PDM wskazał, iż jakiejkolwiek nienależyte wykonanie umowy przez jakikolwiek podmiot trzeci lub jego pracowników nie może obciążać PDM, albowiem brak jest umowy łączącej PDM z obligatariuszem - konsumentem.

Prezes UOKiK pragnie zauważyć, iż nienależyte wykonanie umowy, a więc odpowiedzialność kontraktowa to nie jest jedyny reżim odpowiedzialności, jaki można zastosować wobec działań lub zaniechań PDM w świetle jego roli w procesie sprzedawania czy pośredniczenia w sprzedaży obligacji GetBack konsumentom. Jak już wcześniej wspomniano Prezes UOKiK działa w sferze odpowiedzialności publicznoprawnej, a czyn, jaki zarzucany jest Spółce - a więc stosowanie postanowienia niedozwolonego we wzorcu umowy

- ma charakter deliktu konsumenckiego, zdefiniowanego w art. 23a uokik i odpowiedzialność z tego tytułu przypisywana jest na podstawie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Na gruncie przepisów prawa cywilnego analizowane są jedynie skutki ww. działań PDM, jakie mogą powstać wobec konsumentów.

PDM zaprzeczyła ponadto, jakoby *kwestionowane postanowienie naruszałoby zasadę uczciwego budowania warunków umowy w oparciu o prawdziwy i rzetelny stan faktyczny dotyczący okoliczności lub warunków zawierania umowy.*

W ocenie Prezesa UOKiK, odnosząc się do powyższego, podkreślić należy, iż proces oferowania nabycia obligacji GetBack przeprowadzany był przez Spółkę, a więc podmiot profesjonalny w zakresie prowadzenia działalności maklerskiej. PDM posiadał zezwolenie Komisji Nadzoru Finansowego do prowadzenia tego rodzaju działalności. Taki podmiot może wzbudzać większe zaufanie i poczucie bezpieczeństwa wśród konsumentów, którzy dokonują z nim transakcji. Konsument zatem miał pełne prawo traktować Spółkę jak profesjonalistę, posiadającego specjalistyczną wiedzę i wymagać o niej otrzymania informacji o stanie prawnym i faktycznym zgodnym z rzeczywistością. Nakładając na to treść kwestionowanego postanowienia, konsument otrzymuje w ten sposób przekaz, iż informacje udzielone mu przez podmiot profesjonalny przy procesie sprzedaży obligacji korporacyjnych (bezpośrednio przez Spółkę lub podmiot współpracujący, jak np. Idea Bank) mogły nie zgadzać się z tym, co otrzymał jako załączniki do przesyłanych wiadomości mailowych. Tym samym mógł wystąpić u niego stan dezorientacji, czy wobec tego, że złożył oświadczenie jak w postanowieniu kwestionowanym, to czy może próbować chociaż dochodzić swoich roszczeń, skoro w formularzu znajdowała się informacja odmienna.

Zasadniczo więc u podstaw abuzywności analizowanej klauzuli leży narzucenie konsumentowi we wzorcu umowy narracji (w formie osobistych oświadczeń), która może prowadzić do ustalenia w formie pisemnej okoliczności zawarcia kontraktu w sposób sprzeczny z ich faktycznym przebiegiem, co w konsekwencji może powodować utrudnienie po stronie konsumenta możliwości dochodzenia roszczeń związanych z zawartą umową oraz umożliwi uwolnienie się od odpowiedzialności Spółki lub podmiotu trzeciego z nim współpracującego za nieuczciwe działania lub zaniechania na etapie przedkontraktowym. Może ona także prowadzić do niedogodności, po stronie konsumenta, związanych z większym nakładem pracy i koniecznością porównywania ofert składanych mu w sposób ustny przez pośrednika a następnie w formie pisemnej lub elektronicznej w samej umowie przez GetBack.

Ponadto, PDM wskazał na hipotetyczne skutki uznania kwestionowanego postanowienia za niedozwolone, jakie wywoła to na rynku kapitałowym, i **możliwość kwestionowania ważności umów objęcia papierów wartościowych**. Przykładowo, może dojść do wystąpienia sytuacji, w której to obligatariusz posiadający tzw. *zdefaultowane* obligacje poszukując możliwości odzyskania zainwestowanych środków będzie **kwestionował ważność umowy objęcia/nabycia obligacji, w której to umowie zawarte są postanowienia kwestionowane aktualnie przez Prezesa UOKiK.**

Odnosząc się do powyższego, w imieniu Prezesa UOKiK, wyjaśnić należy, iż stosowanie postanowień niedozwolonych rodzi pewne skutki prawne, przede wszystkim takie, że postanowienia uznane za niedozwolone nie wiążą konsumentów w tym zakresie. Potwierdza to stanowisko doktryny, zgodnie z którym *postanowienia umowy uznane za niedozwolone (abuzywne) nie wiążą konsumenta. Jest to szczególny rodzaj sankcji, który należy odróżnić od nieważności, wzruszalności oraz bezskuteczności względnej i zawieszanej. Zgodnie z dominującym poglądem doktryny, komentowany przepis przewiduje sankcję bezskuteczności częściowej ex lege, która znajduje zastosowanie z mocy ustawy i działa ex tunc*²⁸. Strony zaś są związane umową w pozostałym zakresie. Jeśli jednak okaże

²⁸ P. Miklaszewicz, [w:] K. Osajda (red.) Kodeks cywilny. Komentarz, 2018, Legalis,

się, iż konsument udowodni przed Sądem w toku kontroli *in concreto*, że klauzula niedozwolona miała taki wpływ na zawartą przez niego umowę, iż nie jest możliwe dalsze jej wykonywanie, to nie można wykluczyć w tym zakresie nawet stwierdzenia jej nieważności.

Prezes UOKiK prowadząc postępowanie administracyjne, ocenia przede wszystkim to, czy dane zachowanie narusza przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Jeśli dana sprawa, leży w kompetencjach Prezesa UOKiK i leży ona w interesie publicznym, Prezes UOKiK nie może i nie powinien zaniechać swoich działań mając na względzie rzekome negatywne skutki rynkowe, które mogłyby wystąpić po stronie przedsiębiorcy będącego stroną prowadzonego postępowania oraz dla całego rynku. Nie może to być przestanką do np. umorzenia prowadzonego postępowania.

Uzasadnienie dla nieprzyjęcia zobowiązania złożonego przez PDM

Zgodnie z art. 23c uokik jeżeli przedsiębiorca przed wydaniem decyzji, o której mowa w art. 23b ust.1, zobowiąże się do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zakończenia naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 23a, lub usunięcia skutków tego naruszenia, Prezes Urzędu może, wydając decyzję, o której mowa w art. 23b ust.1 zobowiązać przedsiębiorcę do wykonania tych zobowiązań. Z powyższego wynika, iż decyzja wydana w trybie art. 23b ust.1 w zw. z art. 23c ust.1 uokik jest decyzją o charakterze uznaniowym, w związku z czym Prezes UOKiK nie ma obowiązku wydania decyzji zobowiązującej w każdym przypadku, gdy wniesie o to przedsiębiorca. Przepis ten nie nakłada na organ ochrony konsumentów obowiązku wydania decyzji zobowiązującej²⁹, a jedynie stwarza mu prawną możliwość wydania takiej decyzji³⁰.

Odnosząc się do samej treści złożonego przez Spółkę zobowiązania w niniejszej sprawie, należy zauważyć, że PDM wskazał, iż podjęcie następujące działania zmierzające do usunięcia negatywnych skutków naruszenia, które miałyby polegać na:

- całkowitym usunięciu postanowienia wzorca umowy Formularz Przyjęcia Propozycji Nabycia Obligacji Serii (...) GetBack o treści: *Nie złożono mi żadnych oświadczeń ustnych ani nie dostarczono żadnych informacji, które byłyby sprzeczne z informacjami zawartymi w Propozycji Nabycia Obligacji lub Warunkach Emisji Obligacji,*
- przedłożeniu konsumentom (tj. obligatariuszom GetBack) osobiście lub w korespondencji za pośrednictwem operatora pocztowego oświadczenia woli PDM do wzorców umowy Formularz Przyjęcia Propozycji Nabycia Obligacji Serii (...) GetBack o treści: *Nie złożono mi żadnych oświadczeń ustnych ani nie dostarczono żadnych informacji, które byłyby sprzeczne z informacjami zawartymi w Propozycji Nabycia Obligacji lub Warunkach Emisji Obligacji,* zostają usunięte całkowicie i trwale z obowiązujących umów poprzez usunięcie z nich postanowienia o ww. treści oraz o tym, że mają niedozwolony charakter i nie mogą być stosowane przez jakąkolwiek firmę inwestycyjną,
- przedłożeniu do Izby Domów Maklerskich, Związku Banków Polskich oraz do wszystkich firm inwestycyjnych, nadzorowanych przez KNF, informacji o decyzji zobowiązującej oraz skutkach z niej wynikających, a także o zorganizowaniu spotkania roboczego dla ww. podmiotów, którego przedmiotem będzie abuzywność kwestionowanego postanowienia,
- opublikowaniu na stronie internetowej www.polskidm.com.pl i utrzymywaniu na niej przez okres co najmniej 12 miesięcy informacji o decyzji zobowiązującej oraz skutkach z niej wynikających,

²⁹ Wyrok SOKiK z dnia 13 lutego 2012 r. sygn. akt XVII Ama 217/10.

³⁰ M. Radwański, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów Komentarz*, pod red. E. Stawicki, A. Stawicki, Warszawa 2011, s. 647.

- przekazaniu przez Polski Dom Maklerski na rachunek Fundacji Instytut Ochrony Praw Konsumentów kwoty 20.000 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych) w celu wspierania działalności tego stowarzyszenia.

Prezes UOKiK uznał, że niezasadne jest przyjmowanie zobowiązania przedsiębiorcy w odniesieniu do kwestionowanego w niniejszym postępowaniu postanowienia wzorca umowy. Za takim rozstrzygnięciem przemawiają następujące argumenty.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na ogólnopolski zakres działania przedsiębiorcy, a także skalę naruszeń (ponad [tajemnica przedsiębiorstwa] obsługiwanych konsumentów, którzy nabyli obligacje GetBack, w dużej mierze osób starszych, inwestujących oszczędności swojego życia, często w produkt niedopasowany do ich potrzeb), oraz rolę profesjonalnego pośrednika, mającego zaufanie społeczne, które zostało nadużyte w przypadku oferowania i sprzedaży obligacji GetBack konsumentom.

Nieuchronność ukarania sprawcy za tego typu naruszenie jest istotnym elementem prewencji ogólnej, jak i szczególnej. Rozstrzygnięcie Prezesa UOKiK sprowadza się nie tylko do zakazu stosowania niedozwolonej klauzuli przez przedsiębiorcę będącego stroną postępowania, ale również ma na celu odstraszenie innych uczestników rynku przed powielaniem kwestionowanych naruszeń, aby nie było konieczności wszczynania osobnych postępowań w stosunku do tych podmiotów. W sytuacji wydania decyzji na podstawie art. 23c ust. 1 w zw. z art. 23b ust.1 uokik organ ochrony konsumentów nie mógłby - zgodnie z art. 23c ust. 4 uokik - nałożyć na Spółkę kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 3a uokik, co - z punktu widzenia celów postępowania, jak i propozycji zobowiązania przedstawionej przez Spółkę w zakresie usunięcia skutków naruszenia - nie byłoby zasadne.

W ocenie organu ochrony konsumentów, niecelowym jest korzystanie w analizowanej sytuacji z instrumentu przewidzianego w art. 23c w zw. z art. 23b ust.1 uokik. Wydanie decyzji zobowiązującej musi bowiem służyć realizacji głównego celu działania Prezesa UOKiK, jakim jest ochrona interesu publicznego, który w przypadku wydania decyzji, o jaką wnioskuje przedsiębiorca, nie byłby należycie chroniony³¹. Należy bowiem wskazać, iż ostateczne rozstrzygnięcie powinno być zgodne nie tyle z interesem przedsiębiorcy, co przede wszystkim z interesem konsumentów. Jednym z głównych celów niniejszej decyzji jest usunięcie kwestionowanego postanowienia, a także przyczynienie się do tego, aby transakcje odbywające się na rynku finansowym wolne były od klauzul niedozwolonych oraz prowadzone były w oparciu o zasadę uczciwości i rzetelności kupieckiej wobec konsumentów.

Przede wszystkim jednakże, wskazać należy, iż w tzw. postępowaniach klauzulowych Prezes UOKiK kładzie także duży nacisk na usunięcie skutków kwestionowanych naruszeń. W niniejszej sprawie, nie można pomijać faktu, iż PDM jako dom maklerski, brał udział - na dużą skalę - w sprzedaży obligacji GetBack, podczas której mogło dochodzić do licznych nieprawidłowości, co w konsekwencji miało negatywny wpływ na sytuację finansową konsumentów (obligatariuszy). Zawarta w analizowanym Formularzu klauzula powoduje, iż niemożliwe jest ustalenie realnych skutków, jakie mogła za sobą pociągnąć, z uwagi na fakt, że miała prowadzić do uznawania za bezzasadne wszelkich zgłoszeń dokonywanych przez konsumentów w zakresie niezgodności informacyjnych pomiędzy etapem przedkontraktowym a faktycznymi warunkami nabycia obligacji. W ocenie Prezesa UOKiK, PDM - w ramach ewentualnego zobowiązania - powinien wziąć na siebie odpowiedzialność prawną oraz społeczną, a także finansową za stosowanie kwestionowanej klauzuli i jej ewentualne skutki, czego w ocenie Prezesa UOKiK nie zrobił. Czynności, do jakich zobowiązał się PDM są w ocenie Prezesa UOKiK niewystarczające. Prezes UOKiK oczekuje od przedsiębiorców w składanych przez nich zobowiązaniach podjęcia takich czynności, które

³¹ A.Doering, *Decyzje zobowiązujące kończące postępowania w sprawach dotyczących praktyk ograniczających konkurencję oraz w sprawach dotyczących praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów*, Dodatek do Monitora Prawniczego Nr 8/2010, s. 44.

będą wywoływać wobec konsumentów dalej idące skutki. Tymczasem w sytuacji przyjęcia przez organ ochrony konsumentów zobowiązania zaproponowanego przez PDM, jego skutki nie byłyby korzystniejsze dla konsumentów niżby to wynikało z decyzji, w której to Prezes UOKiK uzna kwestionowane postanowienie za niedozwolone i nałoży na przedsiębiorcę karę pieniężną. Tym bardziej, iż w obecnym stanie prawnym kara pieniężna nałożona na instytucję finansową będzie stanowiła przychód Funduszu Edukacji Finansowej. Środki finansowe przeznaczone na ten Fundusz mogą być wykorzystane na realną pomoc osobom korzystającym z usług finansowych, w tym konsumentom nabywającym obligacje korporacyjne. Zgodnie z art. 43b ust. 1 ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o rozpatrywaniu reklamacji przez podmioty rynku finansowego i o Rzeczniku Finansowym (Dz. U. z 2018 r., poz. 2038 ze zm.) środki Funduszu przeznacza się na finansowanie edukacji finansowej, w szczególności na: organizację kampanii edukacyjnych i informacyjnych mających na celu zwiększenie świadomości finansowej społeczeństwa, opracowywanie strategii edukacji finansowej i monitorowanie jej realizacji, opracowywanie programów edukacyjnych i wydawanie publikacji popularyzujących wiedzę w zakresie funkcjonowania rynku finansowego, zagrożeń na nim występujących oraz podmiotów na nim działających, współpracę z innymi podmiotami, w tym podmiotami rynku finansowego, w zakresie opracowywania dokumentów dotyczących edukacji finansowej (...).

W ocenie Prezesa UOKiK, bardzo istotną kwestią jest fakt, iż zaproponowana przez Spółkę kwota przysporzenia (20.000 zł - słownie: dwadzieścia tysięcy złotych) nie spełnia swoich celów przede wszystkim z uwagi na jej niewielką wysokość w porównaniu z korzyściami (przychodami), jakie osiągnęła Spółka z pośredniczenia w transakcjach sprzedaży obligacji GetBack konsumentom oraz przeznaczenie jej w sposób niedopasowany do potrzeb. Tak ustalona wartość rekompensaty publicznej nie może w żadnym zakresie umożliwić podjęcia, przez wybraną organizację konsumencką, działań zmierzających do pomocy poszkodowanym obligatariuszom, ani również w inny sposób istotnie nie wpłynie na poprawę sytuacji ww. obligatariuszy.

Należy przypomnieć, iż zakup jednej obligacji wiązał się dla konsumentów z wydatkiem rzędu 10.000 zł, co dla indywidualnego inwestora - konsumenta jest dużą kwotą, przy czym najczęściej warunki nabycia przewidywały, iż obligacji tych należało nabyć kilka. Gdy zatem konsument nabył np. 5 sztuk obligacji, której cena jednostkowa wynosiła 10.000 zł, w momencie niewypłacalności spółki GetBack jego strata wyniosła 50.000 zł, co jest kwotą niebagatelną, jeśli chodzi o transakcje przeprowadzane przez osoby fizyczne, jakimi są konsumenci. Nie obarczając PDM odpowiedzialnością za całość przebiegu transakcji nabycia obligacji GetBack przez konsumentów, nie można nie porównywać kwoty zaproponowanej rekompensaty do straty choćby poniesionej przez jednego przeciętnego obligatariusza. Jest to zatem niewspółmierne porównanie, gdyż zaproponowana kwota nie wystarczyłaby nawet na pokrycie strat jednego obligatariusza. Gdy zaś poszkodowanych obligatariuszy jest ponad [tajemnica przedsiębiorstwa], z kwoty 20.000 zł, zaproponowanej przez PDM na pomoc jednemu obligatariuszowi przypada mniej niż [tajemnica przedsiębiorstwa] zł.

Reasumując, biorąc pod uwagę całokształt okoliczności niniejszej sprawy, Prezes UOKiK uznał iż z uwagi na interes publiczny, zasadnym rozwiązaniem jest wydanie decyzji uznającej za niedozwolone kwestionowanego postanowienia wzorca umowy wraz z elementami wskazanymi w pkt II oraz III sentencji niniejszej decyzji.

Całokształt tych okoliczności uzasadnia - w ocenie organu ochrony konsumentów - nieprzyjęcie zobowiązania.

Ad II. Wykonanie obowiązku, o którym mowa w pkt II sentencji decyzji

Zgodnie z art. 23b ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes UOKiK wydaje decyzję o uznaniu postanowienia wzorca umowy za niedozwolone i zakazującą jego wykorzystywania, jeżeli stwierdzi naruszenie zakazu określonego w art. 23a ww. ustawy. Zgodnie z ustępem 2 tego artykułu w decyzji, o której mowa w ust. 1, Prezes Urzędu może określić środki usunięcia trwających skutków naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 23a, w szczególności zobowiązać przedsiębiorcę do:

- 1) poinformowania konsumentów, będących stronami umów zawartych na podstawie wzorców, o których mowa w ust. 1, o uznaniu za niedozwolone postanowień tego wzorca - w sposób określony w decyzji;
- 2) złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia o treści i w formie określonej w decyzji.

Prezes Urzędu zdecydował o zastosowaniu środków usunięcia trwających skutków naruszenia zakazu stosowania we wzorcu umowy niedozwolonego postanowienia umownego, określonego w punkcie I sentencji niniejszej decyzji.

Konsumenci, którzy nabyli za pośrednictwem Polskiego Domu Maklerskiego obligacje GetBack w oparciu o wzorzec - Formularz zawierający kwestionowane przez Prezesa Urzędu w przedmiotowej decyzji postanowienie, ponoszą skutki zawarcia tych umów.

W związku z powyższym, Prezes UOKiK, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone, nałożył na PDM środek usunięcia trwających skutków naruszenia zakazu stosowania we wzorcach umów niedozwolonego postanowienia umownego określonego w punkcie I sentencji niniejszej decyzji w postaci **obowiązku** skierowania listem poleconym - za zwrotnym potwierdzeniem odbioru - w terminie miesiąca od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji - **do wszystkich konsumentów, którzy nabyli za pośrednictwem Polskiego Domu Maklerskiego S.A. obligacje GetBack S.A. pisemnej informacji o wydaniu przez Prezesa UOKiK decyzji nr RBG 2/2019 z dnia 4 lutego 2019 r. o uznaniu przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów za niedozwolone postanowienia wzorca umowy, o którym mowa w punkcie I sentencji niniejszej decyzji o treści:**

*„Polski Dom Maklerski S.A. uprzejmie informuje, iż nabyła Pani /nabył Pan obligacje GetBack S.A. za pośrednictwem naszej firmy z wykorzystaniem Formularza Przyjęcia Propozycji Nabycia obligacji GetBack (...). W Formularzu tym Prezes UOKiK decyzją nr RBG-2/2019 z dnia 4 lutego 2019 r. stwierdził występowanie klauzuli niedozwolonej o treści: *Nie złożono mi żadnych oświadczeń ustnych ani nie dostarczono żadnych informacji, które byłyby sprzeczne z informacjami zawartymi w Propozycji Nabycia Obligacji lub Warunkach Emisji Obligacji.**

(zd. 3 pkt 1 Oświadczenia Inwestora w Formularzu Przyjęcia Propozycji Nabycia Obligacji serii (...) GetBACK S.A.).

W związku z powyższym postanowienie zawarte w Formularzu nie wiąże Panią/Pana, czyli jest bezskuteczne. Bezskuteczność ta powstaje z mocy prawa i nie jest konieczne stwierdzenie jej w drodze sądowej. Klauzulę uznaną za abuzywną należy zatem traktować tak, jakby w ogóle nie była zawarta w umowie.”

Nałożenie na Spółkę obowiązku, o którym mowa w punkcie II sentencji decyzji, ma na celu poinformowanie tychże konsumentów, że są posiadaczami obligacji GetBack (jeśli jeszcze nie posiadają takiej informacji), a przede wszystkim zapewnić, by każdy konsument, który nabył obligacje GetBack za pośrednictwem PDM uzyskał informację, iż Prezes UOKiK wydał niniejszą decyzję, w której uznał kwestionowane postanowienie Formularza za abuzywne i poinformowanie tych konsumentów o skutkach tej abuzywności. Umożliwi to zatem konsumentom ocenę sytuacji, w której się znajdują i ewentualnie

rozważenie możliwości dochodzenia swoich roszczeń wobec PDM lub innego uczestnika procesu sprzedaży obligacji emitowanych przez GetBack.

Ad III. Kara pieniężna za stosowanie niedozwolonego postanowienia umownego opisanego w pkt I sentencji decyzji

W pkt III sentencji niniejszej decyzji Prezes UOKiK nałożył na PDM karę pieniężną na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 3a w zw. z ust. 7 pkt 1 uokik. Zgodnie z tym przepisem kara pieniężna może być nałożona w wysokości nie większej niż 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 23a ustawy. Zgodnie zaś z art. 106 ust. 7 pkt 1 uokik, *w przypadku gdy przedsiębiorca nie dysponuje przed wydaniem decyzji danymi finansowymi niezbędnymi do ustalenia obrotu za rok obrotowy poprzedzający rok nałożenia kary, Prezes UOKiK, nakładając karę pieniężną na podstawie ust.1 uwzględnia obrót osiągnięty przez przedsiębiorcę w roku obrotowym poprzedzającym ten rok.* W piśmie z dnia 9 stycznia 2019 r. PDM wskazał jedynie swój szacunkowy obrót za 2018 r. wskazując jednocześnie, iż badanie audytorskie sprawozdania finansowego za 2018 rok jest w toku i powinno zakończyć się do dnia 28 lutego 2019 r. W związku z tym, Prezes UOKiK, nakładając na PDM karę pieniężną niniejszą decyzją, uwzględnił obrót osiągnięty przez Spółkę w 2017 r. [tajemnica przedsiębiorstwa]. Okoliczność ta nie wpływa zatem znacząco na wysokość kary pieniężnej nałożonej niniejszą decyzją przy wykorzystaniu dyspozycji przepisu z art. 106 ust.7 pkt 1 uokik.

Z przepisu art. 106 ust.1 uokik wynika, że kara pieniężna za naruszenie zakazu określonego w art. 23a ustawy, ma charakter fakultatywny. O tym, czy w konkretnej sprawie zasadne jest nałożenie kary pieniężnej decyduje, w ramach uznania administracyjnego, Prezes UOKiK.

Nakładanie kar pieniężnych w świetle wyżej przywołanego przepisu ma charakter fakultatywny. W uzasadnieniu projektu o zmuokik (Druk sejmowy VII kadencji Nr 3662) wskazano, że wprowadzenie możliwości nakładania kar przez Prezesa UOKiK za stosowanie niedozwolonych postanowień we wzorcach umów jest niezbędne dla zapewnienia skuteczności przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazujących stosowania takich postanowień.³²

W niniejszej sprawie Prezes UOKiK uznał za zasadne skorzystanie z przysługującego mu na mocy przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uprawnienia do nałożenia kary pieniężnej na PDM za stosowanie niedozwolonej klauzuli umownej, o której mowa w pkt I sentencji niniejszej decyzji. Zdaniem Prezesa UOKiK, okoliczności niniejszej sprawy, przede wszystkim charakter stosowanej przez Spółkę klauzuli i negatywne skutki w sferze ekonomicznych i pozaekonomicznych interesów konsumentów, jakie może ona wywołać, wskazują na celowość zastosowania tego środka represji. Należy zwrócić uwagę, że przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie określają przesłanek, od których uzależnione byłoby podjęcie decyzji o nałożeniu kary. Ustawodawca wskazał jedynie w art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów te okoliczności, które Prezes Urzędu ma obowiązek uwzględnić decydując o wymiarze kary pieniężnej. W ocenie Prezesa UOKiK, zasadnym jest w niniejszej sprawie wymiarzenie kary pieniężnej z uwagi na cele prewencji indywidualnej i ogólnej, jak również cel represyjny. Należy mieć na względzie okoliczności, iż stosowanie zakwestionowanego postanowienia umownego miało miejsce w stosunku do wszystkich licznych klientów Przedsiębiorcy, a Spółka była jednym z większych dystrybutorów obligacji GetBack. PDM, jako dom maklerski współtworzył standardy zachowań rynkowych. Specyfika naruszenia - długotrwałość i współpraca z innymi pośrednikami (jak np. IdeaBank) - sprawia, że jest ona szczególnie szkodliwa i wywołuje negatywne skutki w odniesieniu do ekonomicznych oraz pozaekonomicznych interesów

³² Król - Bogomilska, [w:] M. Namysłowska (red.) Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, 2016r., Legalis,

konsumentów. Nałożenie kary pieniężnej służyć będzie zatem jako środek odstraszący PDM od stosowania podobnych działań w przyszłości (prewencja indywidualna). Kara pieniężna spełni również funkcję represyjną, to znaczy stanowić będzie dolegliwość dla strony niniejszego postępowania uzasadnioną stwierdzeniem naruszenia interesów konsumentów.

Rozstrzygnięcie o karze ma również być sygnałem dla innych profesjonalnych uczestników rynku usług finansowych, że tego typu działania nie mogą być podejmowane - pod rygorem sankcji finansowej (prewencja ogólna).

W tym miejscu należy zaznaczyć, iż prewencja ogólna w niniejszej sprawie ma bardzo istotne znaczenie. Należy mieć bowiem na uwadze okoliczności podnoszone przez PDM w piśmie z dnia 14 września 2018r., w którym wskazywał on, iż podobne klauzule występują powszechnie w obrocie, i że w obrębie krajowego rynku kapitałowego stosowanie takich postanowień jest praktyką rynkową z powodzeniem wykorzystywana od wielu lat.

W ocenie Prezesa UOKiK, zasadnym jest w niniejszej sprawie wymierzenie kary pieniężnej z uwagi na cele prewencji indywidualnej i ogólnej, jak również cel represyjny.

Umyślność i nieumyślność działania przedsiębiorcy

Zgodnie z art. 106 ust. 1 uokik kara pieniężna może być nałożona w przypadku, gdy do naruszenia przepisów tej ustawy doszło co najmniej nieumyślnie. Ustawa dopuszcza zatem możliwość uznania, iż naruszenie przepisów ustawy może być dokonane nie tylko nieumyślnie, ale także umyślnie. Zgodnie z art. 9 ustawy z dnia z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. z 2018 r. poz. 1600 ze zm.) czyn zabroniony popełniony jest umyślnie, jeżeli sprawca ma zamiar jego popełnienia, to jest chce go popełnić albo przewidując możliwość jego popełnienia, na to się godzi. Z kolei czyn zabroniony popełniony jest nieumyślnie, jeżeli sprawca nie mając zamiaru jego popełnienia, popełnia go jednak na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, mimo że możliwość popełnienia tego czynu przewidywał albo mógł przewidzieć.

W polskim prawie karnym pojęcie umyślności jest zatem definiowane szeroko - jako obejmujące umyślność w formie zarówno zamiaru bezpośredniego, jak i ewentualnego. Szerokie definiowanie pojęcia umyślności powoduje, że rozgraniczenie umyślności i nieumyślności w płaszczyźnie oddzielenia zamiaru ewentualnego (będącego formą umyślności) od lekkomyślności (będącą formą nieumyślności) jest utrudnione.

Należy jednak, mimo, że w obydwu przypadkach sprawca przewiduje możliwość popełnienia przestępstwa, wprowadzić następujące rozróżnienie:

- a) w przypadku zamiaru ewentualnego (umyślność) sprawca godzi się na jego popełnienie,

natomiast w przypadku

- b) lekkomyślności (nieumyślność) sprawca przewidując możliwość popełnienia czynu zabronionego liczy na to, że uniknie popełnienia takiego czynu.

Jak wynika z orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III SK 45/10, *Sąd rozpoznający sprawę z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu nakładającej karę pieniężną winien rozstrzygnąć, w oparciu o ustalone w sprawie okoliczności faktyczne, czy naruszenie przepisów ustawy było „zawinione”, to jest czy przedsiębiorca miał świadomość, że swoim zachowaniem narusza zakaz praktyk ograniczających konkurencję, lub czy jako profesjonalny uczestnik obrotu mógł (powinien był) taką świadomość mieć.* Chodzi zatem o ustalenie świadomości naganności swojego zachowania przez przedsiębiorcę lub też ustalenie powinności posiadania takiej świadomości. Z orzeczenia SOKiK z dnia 3 czerwca 2011 r. w sprawie XVII AmA 23/10 wynika z kolei, że: (...) przy ustaleniu winy umyślnej, należało udowodnić powodowi **zamiar stosowania w obrocie niedozwolonych postanowień umownych**, (...). Z powyższych orzeczeń można

zatem wysnuć wniosek, iż by móc zarzucić przedsiębiorcy umyślność działania w zakresie stosowania klauzul niedozwolonych, musi on mieć świadomość, iż dana klauzula jest niedozwolona lub taką świadomość mieć powinien oraz mieć zamiar stosowania takiej klauzuli we własnym wzorcu. W efekcie przedsiębiorca taki godzi się na popełnienie czynu zabronionego. Gdy na to się nie godzi umyślności w działaniu przypisać mu nie można. To samo dotyczy sytuacji, w której przedsiębiorca nie ma świadomości, iż jego działanie narusza przepisy prawne. Jeśli jednak jego nieświadomość naruszenia norm prawnych nie jest usprawiedliwiona, gdyż winien on wiedzieć, iż jego działania są niedozwolone, to jego działanie należy uznać za nieumyślne, ale jednak zawinione.

Konieczność brania pod uwagę przestanki umyślności bądź nieumyślności w przypadku stosowania kar pieniężnych wynika bezpośrednio z art. 106 ust. 1 uokik. Z tego względu nakładając karę pieniężną, Prezes UOKiK uwzględnił całokształt okoliczności sprawy, które wskazywać mogą na nieumyślny charakter naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu stosowania we wzorcach umów postanowień niedozwolonych. PDM powoływał się na rekomendacje ZBP z czerwca 2002 r., na których opierał się przy tworzeniu dokumentów związanych z emisją i dystrybucją obligacji, a także na standardy rynkowe panujące w zakresie nabywania obligacji korporacyjnych. W ocenie Prezesa UOKiK, argumenty te są nietrafione i świadczą o nieaktualizowaniu swoich informacji przez PDM odnośnie standardów rynkowych i obowiązujących przepisów w tym zakresie. Dlatego też należy uznać stosowanie kwestionowanej klauzuli przez PDM jako działanie nieświadome, jednakże ocenione jako nieświadomość nieusprawiedliwiona z uwagi na profesjonalną rolę Spółki jako domu maklerskiego organizującej i przeprowadzającej cały proces sprzedaży obligacji GetBack.

W zgromadzonym materiale dowodowym nie ma jednoznacznych dowodów potwierdzających wyraźną wiedzę lub zamiar Spółki związany ze stosowaniem postanowienia, które ma charakter abuzywny. W związku z powyższym, zebrane w toku niniejszego postępowania informacje wskazują na wspomniane wyżej nieumyślne działanie przedsiębiorcy. Pomimo tego - jak już wcześniej wskazano - samo stwierdzenie nieumyślności zakwestionowanego naruszenia daje podstawę do nałożenia kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 3a uokik.

Zasady kalkulacji kary

Ustalenie wysokości kary pieniężnej ma charakter wieloetapowy. Ustalając wysokość nakładanej kary pieniężnej należy uwzględnić w szczególności okoliczności naruszenia przepisów ustawy oraz uprzednie naruszenie przepisów ustawy, a także okres, stopień oraz skutki rynkowe naruszenia przepisów ustawy, przy czym stopień naruszenia Prezes Urzędu ocenia biorąc pod uwagę okoliczności dotyczące natury naruszenia, działalności przedsiębiorcy, która stanowiła przedmiot naruszenia (art. 111 ust. 1 pkt 1 uokik). Na tej podstawie ustalona zostaje **kwota bazowa**. W dalszej kolejności należy rozważyć - stosowanie do art. 111 ust. 2 uokik - czy w sprawie występują okoliczności obciążające i łagodzące oraz jaki powinny mieć wpływ na wysokość kary.

Stosownie do art. 106 ust. 3 pkt 1 uokik obrót, o którym mowa w art. 106 ust. 1 uokik, oblicza się jako sumę przychodów wykazanych w rachunku zysków i strat - w przypadku przedsiębiorcy sporządzającego taki rachunek na podstawie przepisów o rachunkowości.

Podstawą obliczenia wysokości kary w niniejszym postępowaniu stanowi potwierdzony rachunkiem zysków i strat obrót Spółki osiągnięty w 2017 r., który wyniósł **[tajemnica przedsiębiorstwa]** - vide: k. 17-19 akt adm. Maksymalny wymiar kary, jaką można nałożyć na przedsiębiorcę wynosi **[tajemnica przedsiębiorstwa]**- tj. 10% całkowitego obrotu osiągniętego przez PDM w 2017 r.

Okoliczności naruszenia przepisów ustawy

Okoliczności naruszenia zostały już opisane szczegółowo wcześniej w niniejszej decyzji. W niniejszym postępowaniu stwierdzono stosowanie przez Spółkę niedozwolonego postanowienia wzorca umowy w Formularzu o treści:

Nie złożono mi żadnych oświadczeń ustnych ani nie dostarczono żadnych informacji, które byłyby sprzeczne z informacjami zawartymi w Propozycji Nabycia Obligacji lub Warunkach Emisji Obligacji.

(zd. 3 pkt 1 Oświadczenia Inwestora w Formularzu Przyjęcia Propozycji Nabycia Obligacji serii (...) GetBACK S.A.).

Upřednie naruszenie

Należy wskazać, że zgodnie z przepisem art. 111 ust. 1 uokik, Prezes Urzędu, ustalając wysokość nakładanej kary pieniężnej, uwzględnia m.in. upřednie naruszenie przepisów ustawy. Dotychczas Prezes UOKiK nie prowadził postępowania przeciwko Polskiemu Domowi Maklerskiemu, a więc nie wystąpiła przestanka upředniego naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Okres trwania naruszenia

Okolicznościami naruszenia, na które należy zwrócić uwagę są długotrwałość i stosowanie niedozwolonego postanowienia w sposób systemowy. Postanowienie umowne zawarte w Formularzu Przyjęcia Propozycji Nabycia Obligacji Serii (...) GetBack S.A. stosowane przez Polski Dom Maklerski Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, o treści:

Nie złożono mi żadnych oświadczeń ustnych ani nie dostarczono żadnych informacji, które byłyby sprzeczne z informacjami zawartymi w Propozycji Nabycia Obligacji lub Warunkach Emisji Obligacji.

(zd. 3 pkt 1 Oświadczenia Inwestora w Formularzu Przyjęcia Propozycji Nabycia Obligacji serii (...) GetBACK S.A.)

stosowane było od 30 sierpnia 2016r. do 30 marca 2018r., a więc przez prawie dwa lata. Okres stosowania ww. klauzuli należy zatem ocenić jako **długotrwały**.

Stopień i skutki naruszenia (z uwzględnieniem natury naruszenia, działalności przedsiębiorcy będącej przedmiotem naruszenia i specyfiki rynku)

Przy ustaleniu kwoty bazowej należy rozważyć wagę omawianego naruszenia, która również winna być ustalana przez pryzmat szkodliwości danego naruszenia oraz skutków, które powoduje. W ocenie Prezesa UOKiK, nie ma wątpliwości, że zastosowanie klauzuli niedozwolonej jest przejawem nierównorzędnego traktowania konsumentów.

Wskazać w tym miejscu należy, PDM kierował ofertę nabycia obligacji GetBack do konsumentów, którzy mieli zainwestować w te obligacje niemałe kwoty, a częstokroć były to oszczędności ich życia. Przypomnieć należy, iż z propozycji nabycia obligacji GetBack wynikało, iż zakup jednej obligacji wiązał się z wydatkiem rzędu 10.000 zł, co dla indywidualnego inwestora - konsumenta jest dużą kwotą, przy czym najczęściej warunki nabycia przewidywały, iż obligacji tych należało nabyć kilka. Przykładowo - w serii PAA przedmiotem emisji było nie mniej niż 5 sztuk obligacji i nie więcej niż 3.000 sztuk, a cena jednostkowa jednej obligacji wynosiła 10.000 zł. Łączna minimalna wartość obligacji, jakie mógł nabyć konsument wynosiła 50.000 zł, co jest kwotą niebagatelną, jeśli chodzi o transakcje przeprowadzane przez osoby fizyczne, jakimi są konsumenci.

Nadmienić należy, iż były to często osoby podatne na informacje przekazywane w trakcie procesu sprzedażowego, który odbywał się ustnie lub w formie maila, gdyż jako inwestorzy-konsumenci nie dysponowali fachową wiedzą z zakresu finansów. Wspomnieć

także należy, iż ponad [tajemnica przedsiębiorstwa] obligatariuszy były to osoby starsze w wieku 65 lat i powyżej. Są to często osoby, które - w wyniku misselingu przy oferowaniu im obligacji korporacyjnych Getback - straciły oszczędności całego swojego życia, które miały zostać przeznaczone na godne funkcjonowanie na emeryturze.

Należy mieć na uwadze fakt, iż PDM występował w procesie sprzedaży jako profesjonalny podmiot posiadający zezwolenie KNF, cieszący się zaufaniem konsumentów. Następnie występujący w jego imieniu inni pośrednicy (jak np. IdeaBank), na etapie przedkontraktowym udzielali konsumentom informacji ustnie lub w innej formie odnośnie wad i zalet sprzedawanego produktu, jakim były obligacje GetBack. Na podstawie tych właśnie informacji mogło dochodzić do nieprawidłowości. Zastosowanie zatem kwestionowanego postanowienia, które w swej istocie jakby „unicestwia” cały etap przedkontraktowy, jaki miał miejsce właśnie ustnie czy mailowo (o ile był sprzeczny z informacjami zawartymi w oficjalnej dokumentacji - a mógł być sprzeczny) mający na celu uwolnienie od odpowiedzialności pośredników za to, jakich informacji udzielili konsumentom w formie ustnej lub mailowej, należy uznać za bardzo szkodliwy.

Konsumenci, którym przedstawiono ofertę nabycia obligacji GetBack nie byli profesjonalistami w zakresie dokonywania transakcji na rynku usług kapitałowych a dokonywali tych czynności za pośrednictwem profesjonalnego domu maklerskiego. Oczekiwali zatem uczciwego i rzetelnego potraktowania.

Stopień naruszenia dobrych obyczajów również należy zatem ocenić jako bardzo poważny.

Ponadto wskazać należy, iż klauzula była stosowana w stosunku do każdego konsumenta, który chciał nabyć obligacje GetBack za pośrednictwem PDM. Każda taka osoba była narażona na stosowanie wobec niej kwestionowanego postanowienia w Formularzu. PDM wskazało, iż za jego pośrednictwem w latach 2016 - 2018, nabycia obligacji GetBack S.A. dokonało ponad [tajemnica przedsiębiorstwa] osób.

Mając powyższe na uwadze wskazać należy, iż skutki stosowania kwestionowanego postanowienia są znaczne.

Wyliczenie kwoty bazowej kary

Mając na względzie powyżej przedstawione okoliczności, ustalono kwotę bazową kary na poziomie [tajemnica przedsiębiorstwa] % obrotu uzyskanego przez przedsiębiorcę w 2017 r., co stanowi kwotę kary w wysokości [tajemnica przedsiębiorstwa].

Okoliczności łagodzące i obciążające

Po ustaleniu kwoty bazowej należy rozważyć wystąpienie okoliczności łagodzących i obciążających, które mają wpływ na wysokość kary (art. 111 ust. 2 uokik).

Zgodnie z art. 111 ust. 3 pkt 2 w zw. z pkt. 1 uokik, **okolicznościami łagodzącymi** w przypadku naruszenia zakazu stosowania niedozwolonych postanowień wzorców umów są w szczególności:

- a) dobrowolne usunięcie skutków naruszenia,
- b) zaniechanie stosowania zakazanej praktyki przed wszczęciem postępowania lub niezwłocznie po jego wszczęciu,
- c) podjęcie z własnej inicjatywy działań w celu zaprzestania naruszenia lub usunięcia jego skutków,
- d) współpraca z Prezesem Urzędu w toku postępowania, w szczególności przyczynienie się do szybkiego i sprawnego przeprowadzenia postępowania.

Prezes UOKiK, kalkulując karę pieniężną, **nie znalazł okoliczności łagodzących, które miałyby wpływ na wysokość kary pieniężnej**. PDM w piśmie z dnia 13 grudnia 2018 r. wskazał, iż Formularz stosowany był dla wszystkich emisji obligacji spółki GetBack przeprowadzanych za pośrednictwem PDM, tj. w okresie od dnia 30 sierpnia 2016 r. do dnia 30 marca 2018 r. Zaniechanie stosowania kwestionowanego postanowienia było zatem samoistne. Wynikało bowiem z faktu zakończenia emitowania przez GetBack obligacji, co spowodowało zaniechanie stosowania formularza przez PDM, nie zaś z faktu podjęcia takich działań przez PDM. W związku z tym Prezes UOKiK uznał, iż nie wystąpiła przesłanka do obniżenia kary pieniężnej z tytułu zaniechania stosowania kwestionowanego postanowienia.

Zgodnie z art. 111 ust. 4 pkt 2 w zw. z pkt. 1 uokik, **okolicznościami obciążającymi** w przypadku naruszenia zakazu stosowania niedozwolonych postanowień wzorców umów są:

- a) znaczny zasięg terytorialny naruszenia lub jego skutków,
- b) znaczne korzyści uzyskane przez przedsiębiorcę w związku z dokonaniem naruszeniem,
- c) dokonanie uprzednio podobnego naruszenia,
- d) umyślność naruszenia.

W przypadku stosowanej przez PDM klauzuli występuje przesłanka znacznego zasięgu terytorialnego naruszeń i ich skutków, co wynika przede wszystkim ze znaczącego zasięgu terytorialnego działalności Spółki, który obejmuje niemal cały kraj (działania pośrednictwa w oferowaniu nabycia obligacji GetBack dokonywane były głównie drogą elektroniczną) oraz liczby klientów, których było łącznie w latach 2016-2018 ponad **[tajemnica przedsiębiorstwa]** osób.

Postanowienie wzorca kwestionowane w niniejszym postępowaniu jest stosowane przez Przedsiębiorcę powszechnie w ramach działalności gospodarczej, a zatem postanowienie to stosowane jest w stosunku do wszystkich konsumentów, którzy skorzystali z usług maklerskich PDM przy oferowaniu obligacji GetBack i te obligacje nabyli.

Mając powyższe na uwadze, Prezes UOKiK ustalił występowanie okoliczności znacznego zasięgu naruszenia i dużej liczby osób dotkniętych praktyką przedsiębiorcy, co powoduje podwyższenie kary o [tajemnica przedsiębiorstwa] %.

Dotychczas Prezes Urzędu nie wydawał wobec Spółki decyzji o uznaniu postanowień wzorca umowy za niedozwolone, a zatem **nie można zastosować art. 111 ust. 4 pkt 1) lit. c w zw. z ust. 2 uokik i ustalić takiej okoliczności obciążającej, którą należy uwzględnić ustalając wysokość kary pieniężnej**. W związku z tym, iż przedsiębiorca uprzednio nie naruszał przepisów w/w ustawy **nie ma podstaw do podwyższenia kary pieniężnej z tego tytułu**.

W świetle powyższego, łącznie należy podwyższyć Spółce kwotę bazową o 20%, tj. o kwotę **[tajemnica przedsiębiorstwa]** zł.

Kara pieniężna wyniesie zatem łącznie 2.074.483,00 zł.

W związku z powyższym, Prezes UOKiK postanowił nałożyć na Polski Dom Maklerski karę pieniężną w wysokości **2.074.483,00 zł**, co odpowiada **[tajemnica przedsiębiorstwa] %** obrotu przedsiębiorcy i **[tajemnica przedsiębiorstwa] %** kary maksymalnej.

Kara pieniężna w tej wysokości jest, w ocenie Prezesa UOKiK, proporcjonalna do wagi i charakteru naruszenia stwierdzonego wobec PDM. Jest przy tym powiązana z obrotem realizowanym przez Przedsiębiorcę w zakresie działalności maklerskiej, której dotyczy naruszenie praw konsumentów. Kara w powyższej wysokości pozwoli zrealizować funkcję represyjną, tj. dolegliwość z tytułu stosowania klauzul abuzywnych, jak również funkcje prewencji indywidualnej i ogólnej (zniechęcania względem podejmowania podobnych naruszeń w przyszłości przez tego przedsiębiorcę, jak i innych uczestników rynku, zwłaszcza

uczestników rynku kapitałowego). Ponadto, w związku z przeznaczeniem kwoty kary na Fundusz Edukacji Finansowej należy także wskazać, iż kara pieniężna zyskuje walor „użyteczności publicznej” z uwagi na fakt, iż kwota ta będzie mogła być wykorzystana na m.in. edukację finansową konsumentów. **Powyższe uzasadnia rozstrzygnięcie o karze pieniężnej zawarte w punkcie III decyzji.**

Zgodnie z art. 112 ust. 3 uokik, karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji na rachunek bankowy Funduszu Edukacji Finansowej nr 41 1130 1017 0020 0706 6123 4725.

Wobec powyższego orzeczono jak w punkcie III sentencji decyzji.

Ad IV. Koszty postępowania

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

W punkcie I sentencji niniejszej decyzji organ ochrony konkurencji i konsumentów w wyniku przeprowadzonego postępowania w sprawie o uznanie postanowienia wzorca umowy za niedozwolone stwierdził naruszenie przez PDM przepisów ustawy (art. 23a uokik). Spełniona została zatem przesłanka wynikająca z art. 77 ust. 1 uokik pozwalająca na obciążenie tego przedsiębiorcy kosztami przeprowadzonego postępowania, którymi są dla Prezesa Urzędu wydatki związane korespondencją prowadzoną w toku niniejszego postępowania. Nałożony obowiązek zwrotu kosztów znajduje uzasadnienie w tym, iż w toku postępowania Prezes Urzędu poniósł koszty korespondencji w wysokości 127,86 zł.

Koszty niniejszego postępowania określone w pkt IV rozstrzygnięcia niniejszej decyzji Spółka obowiązana jest wpłacić w terminie 14 dni od uprawomocnienia się niniejszej decyzji, na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów NBP o/o Warszawa nr 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000.

Wobec powyższego, Prezes Urzędu orzekł jak w pkt IV sentencji niniejszej decyzji.

Ustosunkowanie się Prezesa UOKiK do wniosków dowodowych złożonych przez PDM po zamknięciu postępowania dowodowego w niniejszej sprawie

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż wszystkie wnioski dowodowe zostały złożone przez Spółkę po zamknięciu przez Prezesa UOKiK postępowania dowodowego w niniejszej sprawie, o czym przedsiębiorca został poinformowany w piśmie z dnia 17 stycznia 2018 r. Z uwagi na powyższe należy uznać je za spóźnione. Niezależnie od powyższego organ ochrony konsumentów pragnie zwrócić uwagę na poniższe argumenty świadczące o niezasadności tychże wniosków.

Zgodnie z art. 52 ust. 1 uokik Strona powołująca się na dowód ze świadków, jest obowiązana wskazać fakty, które mają być potwierdzone zeznaniami poszczególnych świadków, oraz podać dane umożliwiające prawidłowe wezwanie świadka.

Spółka w piśmie z dnia 18 stycznia 2019 r. złożyła wniosek o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania S.D.M. (Prezesa Zarządu Polskiego Domu Maklerskiego S.A. w okresie, którego dotyczy prowadzone przez Prezesa UOKiK postępowanie) na okoliczność brzmienia, rozumienia i procesu kształtowania przez przedsiębiorcę GetBack S.A. postanowień stosowanych we wzorcu umowy *Formularz Przyjęcia Propozycji Nabycia Obligacji Serii (...)* GetBack S.A., które to postanowienie może zostać uznane za niedozwolone postanowienie

umowne. PDM wskazał, iż wskazany dowód ma fundamentalne znaczenie dla przedmiotowej sprawy, a jego przeprowadzenie pozwoli na wykazanie zarówno tego, że PDM nie stosował powołanych przez Prezesa UOKiK postanowień, jak i tego, że postanowienia te nie są tzw. klauzulą abuzywną.

W ocenie Prezesa UOKiK, wniosek PDM jest niepełny, gdyż nie wskazano, w jakim charakterze S.D.M. miałby zeznawać, czy w charakterze świadka, czy też PDM wniósł o przesłuchanie go w charakterze strony postępowania. Ponadto, niezrozumiałe jest, w jakim zakresie S.D.M. miałby zeznawać odnośnie rozumienia i procesu kształtowania kwestionowanego postanowienia -przez GetBack, czy też przez PDM. Ponadto, zaznaczyć należy, iż Spółka przedstawiała już wielokrotnie swoje stanowisko odnośnie brzmienia, rozumienia i procesu kształtowania postanowień umownych w kwestionowanym Formularzu, tak więc jej stanowisko jest Prezesowi UOKiK znane. Co więcej, S.D.M. składał już wyjaśnienia przed Prezesem UOKiK w toku przeprowadzonej kontroli, w związku z czym Prezes UOKiK nie widzi podstaw do ponownego przeprowadzania dowodu.

Gdyby zaś przyjąć, że wniosek dowodowy PDM należy potraktować jako wniosek o przesłuchanie S.D.M. w charakterze świadka, to podkreślić należy, iż zgodnie z art. 52 ust. 1 uokik przesłuchanie świadka ma prowadzić do ustalenia pewnych faktów, a więc okoliczności faktycznych. Wskazane przez PDM okoliczności dotyczą zaś rozumienia pojęcia stosowania postanowienia niedozwolonego oraz oceny, czy stosowana klauzula była abuzywna. Nie są to okoliczności faktyczne a jedynie opinie świadka na wskazany wyżej temat. Okoliczności, na jakie zeznawać miałby S.D.M., tj. ocena stosowania abuzywności kwestionowanego postanowienia należy do sfery oceny prawnej i jako taka leży w kompetencjach Prezesa UOKiK, nie zaś Spółki.

Na marginesie jedynie, zaznaczyć należy, iż *strona powołująca się na dowód ze świadków jest obowiązana podać dane umożliwiające prawidłowe wezwanie świadka*. Natomiast we wniosku dowodowym nie został podany adres zamieszkania lub pobytu świadka, na który Prezes UOKiK mógłby wystać ewentualne wezwanie.

Spółka w piśmie z dnia 21 stycznia 2019 r. oraz w piśmie z dnia 25 stycznia 2019 r. wniosła o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania biegłych, tj. z przesłuchania Zarządu Izby Domów Maklerskich oraz Zarządu Związku Banków Polskich na okoliczność:

- powszechnego wykorzystywania przez firmy inwestycyjne w Polsce w ramach oferty papierów wartościowych postanowień, które są kwestionowane w tym postępowaniu przez Prezesa UOKiK
- relacji prawnych występujących pomiędzy firmą inwestycyjną a obligatariuszem w przypadku czynności maklerskiej z art. 69 ust.2 pkt 6 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi.

Zgodnie z art. 54 ust.1 uokik *w sprawach wymagających wiadomości specjalnych Prezes UOKiK, po wysłuchaniu wniosków stron co do liczby biegłych i ich wyboru, może wezwać jednego lub kilku biegłych w celu zasięgnięcia ich opinii*

W ocenie Prezesa UOKiK, okoliczności na które miałby zostać wezwany biegły zawnioskowany przez PDM nie są wiadomościami specjalnymi. Okoliczność podnoszona przez Spółkę, iż kwestionowana klauzula jest powszechnie wykorzystywana w obrocie jest okolicznością natury faktycznej i dotyczy praktyki firm inwestycyjnych, jaka występuje na rynku finansowym. Okoliczności faktyczne, jakie są istotne w przedmiotowym postępowaniu są natomiast ustalane przez Prezesa UOKiK na podstawie środków dowodowych zmierzających do ustalenia faktów, a nie opinii biegłych, które to opinie stanowią ocenę już ustalonego stanu faktycznego dokonaną przez biegłego. Dowód z opinii biegłego nie nadaje się zatem do ustalenia okoliczności, w postaci wykorzystywania przez firmy inwestycyjne określonych postanowień czy też relacji prawnych pomiędzy firmą inwestycyjną a obligatariuszem.

Na potwierdzenie powyższego wskazać należy stanowisko doktryny, zgodnie z którym *rozstrzygnięcie sprawy wymaga wiadomości specjalnych wtedy, gdy przy jej rozpoznaniu wyłoni się zagadnienie mające znaczenie dla rozstrzygnięcia, którego wyjaśnienie przekracza zakres wiadomości i doświadczenia życiowego osób mających wykształcenie ogólne i nie jest możliwe bez posiadania wiadomości specjalnych w określonej dziedzinie nauki, z którą wiąże się rozpatrywane zagadnienie*³³. Natomiast dokonywanie ustaleń faktycznych w postępowaniu należy do Prezesa UOKiK i biegły nie może go w tej roli zastępować³⁴.

Ponadto, w ocenie Prezesa UOKiK, okoliczność powszechnego stosowania klauzuli w obrocie nie ma znaczenia dla niniejszego postępowania. Prezes UOKiK wyjaśniał już wcześniej w decyzji, iż okoliczność ta nie może mieć charakteru usprawiedliwiającego abuzywny charakter klauzuli stosowanej przez PDM.

Odnośnie okoliczności dotyczących relacji prawnych występujących pomiędzy firmą inwestycyjną a obligatariuszem wskazać należy, iż relacje te nie są przedmiotem niniejszego postępowania.

W tym miejscu wskazać należy, iż *przedmiotem opinii biegłego nie może być również ustalenie obowiązującego stanu prawnego oraz zasad stosowania i wykładni obowiązujących przepisów prawa. Przyjmuje się bowiem, że pojęcie wiadomości specjalnych nie obejmuje wiedzy dotyczącej treści obowiązującego prawa oraz reguł jego tłumaczenia*.³⁵

Reasumując, wnioski złożone przez PDM - zarówno w zakresie przesłuchana S.D.M., jak i biegłych - należy uznać nie tylko jako spóźnione, ale również jako niezasadne w świetle ustalonych w toku postępowania okoliczności faktycznych, jak i charakteru postępowania w sprawę uznana postanowień wzorca umowy za niedozwolone.

Pouczenie do decyzji

Zgodnie z art. 81 ust. 1 uokik w związku z art. 479²⁸ § 2 kpc - od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie miesiąca od dnia jej doręczenia.

W przypadku jednak kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach zawartego w punkcie IV niniejszej decyzji, stosownie do treści art. 81 ust. 5 uokik w związku z art. 479³² § 1 i 2 kpc, należy 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.

Zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 9 w związku z art. 32 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2018 r., poz. 300 ze zm.), odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów podlega opłacie stałej w kwocie 1.000 zł.

Zgodnie z art. 102 ust. 1 i ust. 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych Sąd może przyznać zwolnienie od kosztów sądowych osobie prawnej lub jednostce organizacyjnej niebędącej osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, jeżeli wykazała, że nie ma dostatecznych środków na ich uiszczenie. Zgodnie z art. 105 ust. 1 i ust. 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, wniosek o przyznanie zwolnienia

³³ J. Kruger [w:] red. A. Stawicki, E. Stawicki, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, s.888,

³⁴ Ibidem,

³⁵ Wyrok SN z 1 lipca 1998r., I PKN 203/98;

od kosztów sądowych należy zgłosić na piśmie lub ustnie do protokołu w sądzie, w którym sprawa ma być wytoczona lub już się toczy.

Stosownie do treści art. 117 § 1, § 2, § 3 i § 4 Kodeksu postępowania cywilnego strona zwolniona przez sąd od kosztów sądowych w całości lub części, może domagać się ustanowienia adwokata lub radcy prawnego. Osoba prawna lub inna jednostka organizacyjna, której ustawa przyznaje zdolność sądową, niezwolniona przez sąd od kosztów sądowych, może się domagać ustanowienia adwokata lub radcy prawnego, jeżeli wykaże, że nie ma dostatecznych środków na poniesienie kosztów wynagrodzenia adwokata lub radcy prawnego. Wniosek o ustanowienie adwokata lub radcy prawnego strona zgłasza wraz z wnioskiem o zwolnienie od kosztów sądowych lub osobno, na piśmie lub ustnie do protokołu, w sądzie, w którym sprawa ma być wytoczona lub już się toczy.

Z upoważnienia Prezesa Urzędu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów
Dyrektor Delegatury Urzędu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów w Bydgoszczy
Piotr Adamczewski