



Sygn. akt III SK 47/14

## **WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 9 kwietnia 2015 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

Prezes SN Teresa Flemming-Kulesza (przewodniczący)  
SSN Zbigniew Korzeniowski  
SSN Dawid Miąsik (sprawozdawca)

w sprawie z powództwa P. [...] przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o naruszenie zbiorowych interesów konsumentów i nałożenie kary pieniężnej, po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 9 kwietnia 2015 r., skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego w W. z dnia 22 stycznia 2014 r.,

**uchyla wyrok Sądu Apelacyjnego i przekazuje sprawę temu Sądowi do ponownego rozpoznania wraz z rozstrzygnięciem o kosztach postępowania kasacyjnego.**

### **UZASADNIENIE**

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Prezes Urzędu) decyzją z 3 grudnia 2010 r., uznał za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r.

o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331, ze zm., uokik) działanie P. (powód) stanowiące nieuczciwą praktykę rynkową, o której mowa art. 11 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U. z 2007 r. Nr 171, poz. 1206, upnpr) polegającą na stosowaniu suplementu Kodeksu Dobrych Praktyk (Kodeks) pod nazwą „Katalog Zasad Umowy Deweloperskiej” (Katalog), zawierającego postanowienia sprzeczne z prawem. W decyzji Prezes Urzędu nakazał zaniechanie stosowania tej praktyki, a ponadto opublikowanie decyzji w całości na stronie internetowej [www.pzfd.pl](http://www.pzfd.pl) oraz jednokrotną publikację pkt I sentencji decyzji na koszt powoda na jednej z trzech pierwszych stron dodatków o nieruchomościach do dzienników Rzeczpospolita (wydanie poniedziałkowe) oraz Gazeta Wyborcza (wydanie środowe). Ponadto, Prezes Urzędu nałożył na powoda karę pieniężną w wysokości 9.781,00 zł oraz obciążył powoda kosztami postępowania administracyjnego w postaci kosztów opinii biegłego.

Prezes Urzędu uznał za sprzeczne z prawem dwa postanowienia Katalogu o treści: 1) pkt II.6 „Zobowiązanie dewelopera, że powierzchnia wykonanego lokalu wyliczona metodą zapisaną w umowie, nie będzie różnić się od powierzchni zapisanej w umowie o więcej niż 2%. W takim przypadku uważa się, że lokal wykonano zgodnie z umową i stronom nie przysługuje prawo do odstąpienia od umowy z powołaniem w/w okoliczności. Różnice powierzchni przekraczające 2% uprawniają kupującego do odstąpienia od umowy z powołaniem w/w okoliczności”; 2) pkt IV.3 „Określenie przypadków, gdy cena planowana może różnić się od ostatecznej z tytułu, np: a) rozliczenia powierzchni wykonanej zgodnie z pkt II.5, b) waloryzacji cen o wzrost kosztów inwestycji na podstawie zapisanego w umowie sposobu waloryzacji opartego o powszechnie dostępne wskaźniki, np. GUS, Sekocenbud. We wszystkich przypadkach wzrostu cen opisanych w pkt. 3 kupującemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy, z zastrzeżeniem pkt II.6 o ile łączny wzrost ceny przekroczy 10% ceny całkowitej”.

Powód zaskarżył decyzję odwołaniem w całości. Sąd Okręgowy w W. wyrokiem z 11 lutego 2013 r. zmienił zaskarżoną decyzję w pkt I w ten sposób, że określił jako nieuczciwą praktykę rynkową stosowanie Katalogu zawierającego sprzeczne z prawem postanowienia pkt II.6 oraz IV.3, a w pkt III w ten sposób, że

nie nałożył na powoda kary pieniężnej. W pozostałej części odwołanie powoda zostało oddalone.

Sąd pierwszej instancji przyjął, że w niniejszej sprawie zbiorowe interesy konsumentów są zagrożone przez brak zagwarantowania odstąpienia od umowy w przypadku jej zmiany. Zmiana umowy jest z kolei wywołana rozbieżnością powierzchni otrzymywanej w odniesieniu do powierzchni, co do której zawierano umowę. Sąd pierwszej instancji nie podzielił stanowiska powoda, zgodnie z którym 2% zmiana powierzchni jest wykonaniem zgodnie z umową. Zdaniem Sądu postanowienie II.6 Katalogu pozbawia konsumenta prawa do odstąpienia od umowy w przypadku, gdy zmiana powierzchni do 2% wynika z innych przyczyn niż różnica powierzchni wyliczona metodą zapisaną w umowie. Umowa z klientem zawierana może być już po uzyskaniu pozwolenia na budowę. Na tym etapie deweloper dysponuje jedynie podstawowymi schematami projektu. Przyjęcie już na początku inwestycji marginesu dopuszczalnej różnicy na poziomie 2% umożliwia profesjonalście niedochowanie w trakcie procesu należytej staranności. Z kolei postanowienie IV.3 Katalogu Sąd pierwszej instancji uznał za niejednoznaczne, ponieważ do przypadków odstąpienia od umowy z powodu wzrostu cen został włączony przypadek, o którym mowa w pkt II.6. Z kolei odstąpienie od umowy z pkt II.6. uwarunkowane jest zmianą powierzchni wykonanego lokalu i jest podstawą samoistną. Sprzeczności z prawem Sąd pierwszej instancji dopatrzył się w przepisach k.c. dotyczących skutków niewykonania zobowiązań z umów wzajemnych, odwołując się do art. 354, art. 355, art. 394, art. 395, art. 492 i art. 493 k.c.

Powód i Prezes Urzędu zaskarżyli wyrok Sądu pierwszej instancji apelacjami. Sąd Apelacyjny wyrokiem z 22 stycznia 2014 r., oddalił obie apelacje.

Zdaniem Sądu drugiej instancji, istotą postępowania jest ustalenie, czy powód dopuścił się nieuczciwej praktyki rynkowej w rozumieniu art. 11 upnpr. Powód jest twórcą Katalogu stanowiącego suplement Kodeksu. Spór dotyczy oceny kwestionowanych postanowień Kodeksu jako sprzecznych z prawem. Nie chodzi przy tym o sprzeczność z bezwzględnie obowiązującymi normami, skutkującą nieważnością stosowanych postanowień. Ponieważ opracowany przez powoda Katalog zawiera postanowienia, które mają być stosowane przez przedsiębiorców

w umowach z konsumentami, a umowy te zawierane są przy użyciu wzorców umów, istotne jest, czy postanowienia Katalogu nie są sprzeczne z art. 385<sup>1</sup> k.c., a więc czy mogą zostać uznane za niedozwolone postanowienia umowne. Dla uznania sprzeczności postanowień Katalogu z prawem wystarczające jest stwierdzenie, że postanowienia te kształtują stosunek umowny w sposób pogarszający sytuację kontrahenta dewelopera w stosunku do tego, co wynika z przepisów prawa, w tym przepisów o charakterze dyspozytywnym.

Postanowienie z pkt II.6 dotyczy zobowiązania dewelopera, że powierzchnia wykonanego lokalu wyliczona metodą zapisaną w umowie nie będzie się różnić od powierzchni zapisanej w umowie o więcej niż 2%, ze wskazaniem, że w takim wypadku uważa się, że lokal wykonano zgodnie z umową i stronom nie przysługuje prawo do odstąpienia od umowy, zaś różnice powierzchni przekraczające 2% uprawniają kupującego do odstąpienia od umowy. Istota tego postanowienia polega na narzuceniu kontrahentom dewelopera postanowienia uznającego odstępstwo od umowy w określonym zakresie co do powierzchni lokalu za wykonanie lokalu zgodnie z umową, a tym samym wyłącza odpowiedzialność dewelopera za nienależyte wykonanie umowy niezależnie od przyczyny, dla której powierzchnia wybudowanego lokalu jest różna od powierzchni projektowanej. Postanowienie to jest sprzeczne z bezwzględnie obowiązującym przepisem prawa, jakim jest art. 473 § 2 k.c., gdyż wyłącza odpowiedzialność dewelopera za szkodę wynikającą z rozbieżności w powierzchni lokalu powstałą z winy umyślnej.

Postanowienie IV.3 Katalogu określa przypadki, w których cena planowana może różnić się od ostatecznej, zaś wzrost cen z przyczyn wymienionych w tym postanowieniu uprawnia kupującego do odstąpienia od umowy tylko o ile łączny wzrost cen przekroczy 10% ceny całkowitej. Samo zastosowanie klauzuli waloryzacyjnej nie jest sprzeczne z prawem. Przyczyną wzrostu ceny może być rozliczenie powierzchni wykonanej lokalu zgodnie z pkt II.5, zaś dopiero wzrost ceny przekraczający 10% ceny całkowitej uprawnia kontrahenta dewelopera do odstąpienia od umowy. Postanowienie to uprawnia zatem dewelopera do podwyższenia ceny lokalu po zawarciu umowy, w wypadkach wskazanych w treści postanowienia, wyłączając jednocześnie uprawnienie kontrahenta, w tym będącego konsumentem, do odstąpienia od umowy, o ile wzrost ceny nie przekroczy 10%.

Takie postanowienie umowne rażąco narusza interesy konsumenta, kształtując jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami. Na tej podstawie Sąd Apelacyjny uznał, że postanowienia Katalogu są sprzeczne z przepisami prawa i stanowią nieuczciwą praktykę rynkową w rozumieniu art. 11 upnr i praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 2 uokik.

Powód zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego skargą kasacyjną w całości.

Zaskarżonemu wyrokowi powód zarzucił naruszenie: 1) art. 378 § 1 k.p.c., art. 379 pkt 5 k.p.c., art. 2 i art. 45 ust. 1 Konstytucji RP; 2) art. 2 i art. 45 ust. 1 Konstytucji RP; 3) art. 378 § 1 k.p.c. w zw. z art. 382 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c.; 4) art. 26 ust. 1 uokik, art. 24 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 uokik, art. 4 ust. 1 upnr, art. 4 ust. 2 upnr, art. 11 ust. 1 i 2 upnr; 5) art. 26 ust. 1 u.o.k.k., art. 24 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 uokik, art. 4 ust. 1 upnr, art. 4 ust. 2 upnr, art. 11 ust. 1 i 2 upnr, w zw. z art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. oraz art. 65 § 1 i 2 k.c. i art. 473 § 2 k.c., art. 354 § 1 k.c. oraz art. 353<sup>1</sup> k.c.; 6) art. 26 ust. 1 uokik, art. 24 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 uokik; 7) art. 26 ust. 2 uokik.

Powód wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi drugiej instancji, ewentualnie o uchylenie także poprzedzającego go wyroku Sądu pierwszej instancji i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania temu Sądowi.

Prezes Urzędu w odpowiedzi na skargę kasacyjną powoda wniósł o jej oddalenie i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna powoda ma uzasadnione podstawy, jednakże nie wszystkie podniesione w niej zarzuty zasługują na uwzględnienie.

Sąd Najwyższy nie znalazł powodów dla uwzględnienia zarzutu nieważności postępowania sądowego w niniejszej sprawie. Powód upatrywał podstawy dla tego zarzutu w dokonywanej przez Sądy obu instancji zmianie podstawy prawnej dla kwalifikacji zachowania powoda jako sprzecznego z prawem. Zgodnie z poglądami wyrażonymi w wyroku Sądu Najwyższego z 2 grudnia 2011 r., III CSK 136/11, do

istoty konstytucyjnego prawa do sądu należy sprawiedliwość proceduralna. Obejmuje ona prawo do rzetelnego procesu, w którym podstawowym uprawnieniem jest możliwość bycia wysłuchanym. Prawo do wysłuchania zostaje naruszone, gdy sąd rozstrzyga o zgłoszonym roszczeniu na innej podstawie prawnej niż wskazywana przez stronę, bez poinformowania o takiej możliwości przed zamknięciem rozprawy.

Zmiana kwalifikacji prawnej zachowania przedsiębiorcy w stosunku do kwalifikacji prawnej zawartej w decyzji Prezesa Urzędu jest dozwolona na etapie postępowania sądowego (wyrok Sądu Najwyższego z 27 sierpnia 2014 r., III SK 80/13). Należy jednak pamiętać, że zaskarżona odwołaniem decyzja organu ochrony konsumentów nie tylko zarzuca przedsiębiorcy naruszenie prawa przez opisane w jej sentencji zachowanie ale także wskazuje precyzyjnie podstawę prawną, według której organ dokonał oceny tego zachowania. W zależności od kwalifikacji prawnej dokonanej w decyzji organu ochrony konsumentów przedsiębiorca formułuje zarzuty odwołania. Przyjmuje także określoną linię obrony ukierunkowaną na podważenie ustaleń organu bądź przyjętej przez niego argumentacji prawnej. Dlatego dopuszczalna zmiana kwalifikacji prawnej zachowania przedsiębiorcy, dokonana na etapie postępowania sądowego, nie może zaskakiwać przedsiębiorcy w tym sensie, że o zmianie tej przedsiębiorca dowiaduje się dopiero z uzasadnienia wyroku. Jest to nie do pogodzenia ze wspomnianą powyżej zasadą sprawiedliwości proceduralnej, która odgrywa szczególne znaczenie w sprawach, w których na przedsiębiorców nakładane są dolegliwe sankcje finansowe.

Sąd Najwyższy w obecnym składzie nie znalazł jednak podstaw w niniejszej sprawie do stwierdzenia takiego naruszenia wymogu zapewnienia sprawiedliwości proceduralnej przez Sądy obu instancji, które uzasadniałoby stwierdzenie nieważności postępowania z uwagi na przesłankę, o której mowa w art. 379 pkt 5 k.p.c. W toku całego postępowania sądowego nie budziło wątpliwości, że przypisana powodowi praktyka naruszająca zbiorowe interesy konsumentów polega na stosowaniu Katalogu zawierającego postanowienia sprzeczne z prawem. W decyzji Prezesa Urzędu jako źródło dla bezprawności zachowania powoda na użytek stosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 uokik wskazano art. 11 ust. 1 w związku z art.

4 ust. 1 upnpr. Ta podstawowa i zasadnicza dla odpowiedzialności powoda kwalifikacja prawna nie uległa zmianie w toku postępowania. Każda z instancji dopatrzyła się jednak sprzeczności postanowień Katalogu z prawem na innej podstawie. Prezes Urzędu upatrywał sprzeczności z prawem zakwestionowanych postanowień Katalogu w ich tożsamości z postanowienia wpisanymi do rejestru postanowień umów uznanych za niedozwolone (art. 479<sup>43</sup> k.p.c.). Sąd pierwszej instancji przyjął ogólnikowo, że postanowienia Katalogu są sprzeczne z przepisami k.c. dotyczącymi umów wzajemnych. Sąd drugiej instancji dopatrzył się sprzeczności postanowienia II.6 Katalogu z art. 473 § 2 k.c. Jak trafnie wskazuje powód, na każdym etapie postępowania bezprawność jego zachowania oparto na innej podstawie, o czym powód dowiadywał się dopiero po zapoznaniu się z uzasadnieniem wyroku. Dlatego, mimo iż nie zmieniono w toku postępowania podstawy prawnej wskazanej w decyzji Prezesa Urzędu, to jednak – dzieląc zarzuty odwołania a następnie apelacji powoda co do bezprawności jego zachowania – wskazywano inną podstawę prawną tej bezprawności. Nie zapewniono przy tym powodowi prawa do wysłuchania co do tej zmienionej podstawy prawnej, co narusza art. 45 Konstytucji RP. Nie prowadzi to jednak do naruszenia art. 379 pkt 5 k.p.c., gdyż powód nie został pozbawiony całkowicie możliwości obrony swoich praw wskutek uchybień procesowych Sądów obu instancji (wyrok Sądu Najwyższego z 1 października 1998 r., I PKN 359/98). Sąd Najwyższy miał przy tym na względzie, że w ramach procesowej podstawy skargi kasacyjnej nie powołano art. 386 § 2 k.p.c., co wyklucza możliwość stwierdzenia przez Sąd Najwyższy nieważności postępowania przed Sądem pierwszej instancji, zaś zarzut naruszenia przez Sąd drugiej instancji art. 473 § 2 k.c. zastosowanego z uchybieniem wskazanych wyżej wymogów sprawiedliwości proceduralnej, został przez Sąd Najwyższy uznany za zasadny.

Sąd Najwyższy uznał za zasadne zarzuty skargi odnoszące się do art. 11 ust. 1 upnpr. Zgodnie z tym przepisem „nieuczciwą praktyką rynkową jest stosowanie kodeksu dobrych praktyk, którego postanowienia są sprzeczne z prawem”. Praktyki tej dopuszcza się twórca kodeksu dobrych praktyk, którego postanowienia są sprzeczne z prawem (art. 11 ust. 2 upnpr). Podstawowym warunkiem kwalifikacji praktyki twórcy kodeksu jako nieuczciwej praktyki rynkowej

jest sprzeczność postanowień kodeksu z prawem. Dopiero stwierdzenie takiej sprzeczności upoważnia w dalszej kolejności do weryfikacji przesłanek z art. 4 ust. 1 upnpr.

Bezprawności postanowienia IV.3 Katalogu Sąd drugiej instancji dopatrywał się w naruszeniu art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. w wyniku potraktowania Katalogu jako wzorca umowy. Tej kwalifikacji Sąd Najwyższy nie podziela. Wzorcem umów jest zbiór postanowień umownych powstały przed zawarciem umowy, który jest w określony sposób wykorzystywany przez proponenta przy zawieraniu umowy. Powód nie wykorzystuje wzorca przy zawieraniu umowy. Już ta okoliczność wyklucza zastosowanie art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. Ponadto, nie można dopatrywać się w art. 385<sup>1</sup> k.c. podstawy dla uznania postanowień kodeksu dobrych praktyk za sprzeczne z prawem. Przepis ten pozwala na uznanie, w ramach kontroli abstrakcyjnej, za niedozwolone takiego postanowienia wzorca umowy, które kształtuje prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy. Postanowienia podlegające kontroli na podstawie art. 385<sup>1</sup> k.c. są postanowieniami zgodnymi z prawem, lecz właśnie ze względu na dodatkowe przesłanki wskazane w tym przepisie, są uznawane za niedozwolone i w konsekwencji niewiążące konsumenta. Postanowienia wzorców umów uznaje się za niedozwolone nie z powodu ich sprzeczności z prawem, lecz z powodu niesprawiedliwego ukształtowania praw i obowiązków konsumentów w ramach swobody kontraktowej. Sąd Najwyższy orzekł w uchwale z 13 stycznia 2011 r., III CZP 119/10, że postanowienie wzorca umowy sprzeczne z bezwzględnie obowiązującym przepisem ustawy nie może być uznane za niedozwolone postanowienie umowne w rozumieniu art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. Dlatego nie można przyjąć na użytek art. 11 ust. 1 upnpr, że sprzeczne z prawem - w rozumieniu tego przepisu - jest stosowanie kodeksu dobrych praktyk zawierającego postanowienie spełniające przesłanki art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. W tym zakresie Sąd Najwyższy nie podziela stanowiska Sądu Apelacyjnego, zgodnie z którym samo naruszenie zasad współżycia społecznego lub dobrych obyczajów jest wystarczające do uznania postanowień kodeksu dobrych praktyk za sprzeczne z prawem w rozumieniu art. 11 ust. 1 upnpr. Tym samym niewłaściwie zastosowano ten przepis w związku z art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c.



Przepis art. 11 ust. 1 upnr został także naruszony przez zastosowanie go w okolicznościach niniejszej sprawy w związku z art. 473 § 2 k.c. Nie ulega wątpliwości, że naruszenie tego ostatniego przepisu przez powoda uzasadniałoby kwalifikację postanowień Katalogu jako sprzecznych z prawem. Z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika, że sprzeczności pkt. II.6 Katalogu z art. 473 § 2 k.c. Sąd drugiej instancji upatruje w wyłączeniu odpowiedzialności dłużnika (dewelopera) za szkodę wyrządzoną umyślnie wierzycielowi (nabywcy lokalu). Zakwestionowane w niniejszym postępowaniu postanowienie Katalogu można rozumieć na różne sposoby, gdyż jest ono sformułowane nieprecyzyjnie, a przy tym składa się z trzech zdań o zróżnicowanym przedmiocie normowania. W myśl punktu II.6 zd. 1 Katalogu deweloper ma się zobowiązać, że rzeczywista powierzchnia wykonanego lokalu wyliczona metodą określoną w umowie nie będzie różnić od powierzchni zapisanej w umowie o więcej niż 2% (II.6. zd. 1). Uprawnione jest zatem przyjęcie założenia, zgodnie z którym zdanie 1 odnosi się do przedmiotu umowy i służy jego doprecyzowaniu. Założenie to potwierdza umieszczenie punktu II.6 w części Katalogu zatytułowanej „Przedmiot umowy”. Ponadto, z ustaleń poczynionych w toku postępowania w niniejszej sprawie wynika, że ze względów technologicznych konieczne jest zapewnienie pewnego marginesu tolerancji dla powierzchni oddawanego lokalu, w stosunku do powierzchni lokalu określonej w umowie zawieranej przed lub w trakcie procesu budowlanego. Z kolei z punktu II.6 zd. 2 Katalogu wynika, że jeżeli rzeczywista powierzchnia lokalu nie będzie różnić się od powierzchni określonej w umowie o więcej niż 2% uważa się, że lokal wykonano zgodnie z umową i stronom nie przysługuje prawo do odstąpienia od umowy z powołaniem w/w okoliczności. Natomiast w myśl punktu II.6 zd. 3 „Różnice powierzchni przekraczające 2% uprawniają kupującego do odstąpienia od umowy z powołaniem w/w okoliczności”. Zestawiając zdanie 2 i 3 punktu II.6 Katalogu należy przyjąć, że nie wyłączają one odpowiedzialności dewelopera za szkodę wyrządzoną z winy umyślnej konsumentowi przez niewłaściwe wykonanie zobowiązania. Te fragmenty punktu II.6 Katalogu ograniczają tylko prawo konsumenta do odstąpienia od umowy (na co wskazuje spójnik „i” między fragmentem „lokal wykonano zgodnie z umową” a resztą zdania 2 „stronom nie przysługuje prawo do odstąpienia...”) poprzez potwierdzenie wskazanego wyżej

znaczenia, jakie należy nadać zdaniu 1. Jedynie w przypadku oderwania od treści całego punktu II.6 fragmentu zdania 2 „uważa się, że lokal wykonano zgodnie z umową” istnieją podstawy do stwierdzenia naruszenia art. 473 § 2 k.c., co jednak nie jest zasadne.

Niezależnie od powyższego, Sąd Najwyższy podziela także zarzuty skargi kasacyjnej dotyczące wadliwego zastosowania przez Sąd drugiej instancji art. 11 upnpr w związku z art. 11 dyrektywy 2005/29. Z regulacji normatywnej obowiązującej w dacie wydania decyzji organu wynika, że nieuczciwą praktyką rynkową było stosowanie sprzecznego z prawem kodeksu dobrych praktyk, jeżeli stosowanie to było jednocześnie sprzeczne z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształcało lub mogło zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu (art. 4 ust. 2 w związku z art. 4 ust. 1 upnpr). Przed wejściem w życie art. 4 ust. 2 upnpr, w brzmieniu nadanym przez art. 49 pkt 1 ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (Dz.U. z 2014 r., poz. 827), sama sprzeczność z prawem postanowień kodeksu nie była wystarczająca do uznania zachowania twórcy kodeksu za nieuczciwą praktykę rynkową. Przepis art. 4 ust. 1 upnpr wymagał uwzględnienia dodatkowych przesłanek przy kwalifikacji zachowania twórcy kodeksu jako takiej praktyki. W świetle powyższy wywodów za zasadny należało także uznać zarzut naruszenia art. 378 § 1 k.p.c. w zw. z art. 382 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. przez przyjęcie, że dla rozstrzygnięcia sprawy nie miało znaczenia ustalenie sprzeczności zachowania powoda z dobrymi obyczajami, rozumianymi w duchu dyrektywy 2005/29 jako niedochowanie wymogów należytej staranności zawodowej na rynku budowlanym.

Za koniecznością zastosowania w niniejszej sprawie klauzuli generalnej z upnpr przemawiają dodatkowo podnoszone w piśmiennictwie poważne zastrzeżenia co do zgodności z prawem unijnym art. 11 upnpr. Sąd Najwyższy w niniejszej sprawie miał na względzie, że przepis art. 5 ust. 5 zd. 2 dyrektywy 2005/29 interpretowany jest przez TSUE w ten sposób, że za sprzeczne z dyrektywą 2005/29 uznaje się przepisy prawa krajowego zakazujące *per se* innych praktyk rynkowych niż wymienione w załączniku I do dyrektywy 2005/29. W piśmiennictwie wskazuje się, że art. 11 upnpr pozostaje w sprzeczności z

dyrektywa 2005/29, ponieważ uznaje opisane w nim zachowanie za nieuczciwą praktykę rynkową bez możliwości weryfikacji w konkretnym stanie faktycznym przesłanek nieuczciwej praktyki z klauzuli generalnej. Z art. 11 ust. 1 upnpr wynika, że opisana w jego treści praktyka (stosowanie postanowień kodeksu dobrych praktyk, którego postanowienia są sprzeczne z prawem) jest nieuczciwa w każdych okolicznościach. Zdaniem Sądu Najwyższego w obecnym składzie z art. 11 ust. 1 zd. 4 lit. b) dyrektywy 2005/29 nie wynika upoważnienie dla państw członkowskich do rozbudowania katalogu nieuczciwych praktyk rynkowych zakazanych w każdych okolicznościach o praktykę taką, jak unormowana w art. 11 upnpr. Przepis art. 11 dyrektywy 2005/29 uprawnia jedynie państwa członkowskie do wprowadzenia możliwości stosowania względem twórców kodeksów dobrych praktyk środków przewidzianych w prawie krajowym do zwalczania nieuczciwych praktyk rynkowych. Sąd Najwyższy uznaje natomiast, że z treści przepisów upnpr wynika jednoznacznie, iż wolą ustawodawcy krajowego było objęcie twórców kodeksów dobrych praktyk zakresem zastosowania ustawy. Stwierdzenie niezgodności art. 11 ust. 1 upnpr z art. 5 ust. 5 zd. 2 dyrektywy 2005/29 nie stoi zatem na przeszkodzie zastosowaniu tego przepisu do oceny zachowania powoda w związku z klauzulą generalną z upnpr.

Mając na względzie powyższe wywody, na obecnym etapie nie ma potrzeby szczegółowego ustosunkowania się do poszczególnych zarzutów obejmujących swym zakresem naruszenie art. 26 ust. 2 uokik. Sąd Najwyższy uznaje jednak, że przepis ten upoważnia Prezesa Urzędu do nakazania publikacji decyzji w całości lub części na koszt przedsiębiorcy niezależnie od stwierdzenia potrzeby usunięcia trwających skutków naruszenia zbiorowych interesów konsumentów. Obowiązek publikacyjny traktowano w piśmiennictwie i orzecznictwie w zróżnicowany sposób. Przeważała jednak praktyka, zgodnie z którą funkcje prewencyjno-wychowawcze obowiązku publikacyjnego uzasadniają potraktowanie go jako instytucji odrębnej od środków usunięcia skutków naruszenia. Niezależnie od powyższego w sprawach dotyczących stosowania nieuczciwej praktyki rynkowej istnieje przynajmniej potencjalny (z uwagi na krótki termin przedawnienia roszczeń) związek między obowiązkiem publikacyjnym a usunięciem trwających skutków naruszenia. Zgodnie z art. 12 upnpr konsument może dochodzić różnego rodzaju roszczeń w razie

dokonania nieuczciwej praktyki rynkowej przez przedsiębiorcę. Uzyskanie przez konsumenta informacji, za sprawą realizacji obowiązku publikacyjnego z art. 26 ust. 2 uokik, że pewne postanowienia zawartej przez niego umowy mogą opierać się na postanowieniach kodeksu dobrych praktyk sprzecznych z prawem, bądź naruszających wymogi staranności zawodowej (w ramach dobrych obyczajów), może skłonić do wystąpienia z roszczeniami przeciwko deweloperowi, który skonstruował umowę z konsumentem w oparciu o postanowienia Katalogu.

Mając powyższe na względzie, Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji.