

*Sygn. akt VI ACa 830/15*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 3 września 2015 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:*

*Przewodniczący - Sędzia SA Jacek Sadowski*

*Sędziowie: SA Marcin Strobel*

*SO (del.) Jolanta Pyżlak (spr.)*

*Protokolant: Izabela Nowak*

*po rozpoznaniu w dniu 3 września 2015 r. w Warszawie*

*na rozprawie sprawy z powództwa J. S.*

*przeciwko (...) S. A. Spółce Komandytowo - Akcyjnej w G.*

*o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone*

*na skutek apelacji pozwanego*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

*z dnia 4 września 2012 r.*

*sygn. akt XVII AmC 5500/11*

**I. oddala apelację;**

**II. zasądza od (...) S. A. Spółki Komandytowo - Akcyjnej w G. na rzecz J. S. kwotę 619,18 zł (sześćset dziewiętnaście złotych osiemnaście groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

Sygn. akt VI ACa 830/15

## UZASADNIENIE

Powódka - J. S. domagała się uznania za niedozwolone postanowień stosowanych przez pozwanego - (...) S.A. z siedzibą w G. o treści:

1. „Inwestor jest uprawniony do przeszacowania ceny nabycia określonej w ust. 1 według wskaźnika cen produkcji budowlano - montażowej publikowanego przez GUS. Przeszacowanie polega na zmianie wysokości rat opisanych w ust. 2 o różnicę pomiędzy wysokościami tychże rat wynikającymi z ich udziału procentowego w cenie przedmiotu nabycia, a kwotami uzyskanymi z ich przemnożenia przez miesięczne wskaźniki GUS dotyczące okresu od dnia podpisania umowy do dnia wyznaczonego jako termin wpłaty danej raty. Uwzględnieniu podlegają wskaźniki zmiany cen w/g GUS za okres od pierwszego dnia miesiąca, w którym została zawarta umowa do ostatniego dnia miesiąca poprzedzającego miesiąc, w którym przypada termin płatności danej raty. Rozliczenie przeszacowania rat następuje najpóźniej w terminie płatności ostatniej raty. W przypadku, gdy w dniu wyliczenia przeszacowania nie są jeszcze znane wskaźniki GUS za ostatnie miesiące, do wyliczeń przyjmuje się znaną wysokość wskaźnika w miesiącu poprzedzającym.”

2. W przypadku, gdy w wyniku dokonania pomiarów powykonawczych, wystąpi różnica rzeczywistej powierzchni wewnętrznej lokalu w stosunku do projektowanej powierzchni wewnętrznej lokalu i różnica ta będzie nie mniejsza niż 1% lub nie mniejsza niż 0,5m<sup>2</sup>, cena lokalu mieszkalnego zostanie odpowiednio skorygowana, zaś rozliczenie tej korekty nastąpi przy wpłacie ostatniej raty. Korekta ceny polegać będzie na pomnożeniu wartości każdej z rat przez współczynnik stanowiący stosunek powierzchni wewnętrznej lokalu mieszkalnego ustalonej powykonawczo do projektowej powierzchni wewnętrznej lokalu. W przypadku określonym w § 6 ust. 3 w/w różnice w wysokości rat zostaną zwaloryzowane za okres od pierwszego dnia miesiąca, w którym została zawarta umowa do ostatniego dnia miesiąca poprzedzającego miesiąc, w którym przypada termin płatności ostatniej raty. Waloryzacja różnic zostanie dokonana zarówno w przypadku nadpłaty, jak i niedopłaty Kupującego."

Powódka wniosła ponadto o zasądzenie od pozwanego na jej rzecz kosztów procesu według norm przepisanych.

Pozwany wniosł o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powódki na rzecz pozwanego kosztów procesu.

Wyrokiem z dnia 4 września 2012r. Sąd Okręgowy w Warszawie- Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uwzględnił powództwo w całości, orzekł w przedmiocie opłaty od pozwu oraz zarządził publikację prawomocnego wyroku w Monitorze Sądowym i Gospodarczym na koszt (...) S.A. z siedzibą w G..

Swoje rozstrzygnięcie Sąd Okręgowy oparł na następujących ustaleniach faktycznych i rozważaniach prawnych:

Pozwany - (...) S.A. z siedzibą w G. prowadzi działalność gospodarczą między innymi w zakresie realizacji projektów budowlanych związanych ze wznoszeniem budynków i robót budowlanych związanych ze wznoszeniem budynków mieszkalnych i niemieszkalnych. Pozwany posługiwał się w obrocie z konsumentami wzorcem umownym „PROJEKT UMOWY Ogólny Umowa przedwstępna o wybudowanie, ustanowienie odrębnej własności i sprzedaży lokalu mieszkalnego”, który zawiera zakwestionowane przez powoda postanowienia o następującej treści:

1. „Inwestor jest uprawniony do przeszacowania ceny nabycia określonej w ust. 1 według wskaźnika cen produkcji budowlano - montażowej publikowanego przez GUS. Przeszacowanie polega na zmianie wysokości rat opisanych w ust. 2 o różnicę pomiędzy wysokościami tychże rat wynikającymi z ich udziału procentowego w cenie przedmiotu nabycia, a kwotami uzyskanymi z ich przemnożenia przez miesięczne wskaźniki GUS dotyczące okresu od dnia podpisania umowy do dnia wyznaczonego jako termin wpłaty danej raty. Uwzględnieniu podlegają wskaźniki zmiany cen w/g GUS za okres od pierwszego dnia miesiąca, w którym została zawarta umowa do ostatniego dnia miesiąca poprzedzającego miesiąc, w którym przypada termin płatności danej raty. Rozliczenie przeszacowania rat następuje najpóźniej w terminie płatności ostatniej raty. W przypadku, gdy w dniu wyliczenia przeszacowania nie są jeszcze znane wskaźniki GUS za ostatnie miesiące, do wyliczeń przyjmuje się znaną wysokość wskaźnika w miesiącu poprzedzającym."

2. "W przypadku, gdy w wyniku dokonania pomiarów powykonawczych, wystąpi różnica rzeczywistej powierzchni wewnętrznej lokalu w stosunku do projektowanej powierzchni wewnętrznej lokalu i różnica ta będzie nie mniejsza niż 1% lub nie mniejsza niż 0,5m<sup>2</sup>, cena lokalu mieszkalnego zostanie odpowiednio skorygowana, zaś rozliczenie tej korekty nastąpi przy wpłacie ostatniej raty. Korekta ceny polegać będzie na pomnożeniu wartości każdej z rat przez współczynnik stanowiący stosunek powierzchni wewnętrznej lokalu mieszkalnego ustalonej powykonawczo do projektowej powierzchni wewnętrznej lokalu. W przypadku określonym w § 6 ust. 3 w/w różnice w wysokości rat zostaną zwaloryzowane za okres od pierwszego dnia miesiąca, w którym została zawarta umowa do ostatniego dnia miesiąca poprzedzającego miesiąc, w którym przypada termin płatności ostatniej raty. Waloryzacja różnic zostanie dokonana zarówno w przypadku nadpłaty, jak i niedopłaty Kupującego." .

Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów poddał treść przedmiotowego postanowienia wzorca umowy ocenie prawnej czy ma ono charakter niedozwolonego postanowienia umownego w rozumieniu art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. i uznał, iż powództwo jest uzasadnione. Podkreślił, że w postępowaniu o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone dokonuje się abstrakcyjnej oceny wzorca celem ustalenia, czy zawarte w nim klauzule

mają charakter niedozwolonych postanowień umownych w rozumieniu art. 385<sup>1</sup> k.c. Zgodnie z tym przepisem za niedozwolone postanowienia umowne uznaje się postanowienia umowy zawieranej z konsumentem nie uzgodnione indywidualnie, jeżeli kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy. Nie dotyczy to postanowień określających główne świadczenia stron, w tym cenę lub wynagrodzenie jeżeli zostały sformułowane w sposób jednoznaczny.

Sąd pierwszej instancji przyjął, że konsumenci generalnie nie mają wpływu na treść spornych postanowień uznając, że postanowienia nie są z nimi uzgadniane indywidualnie. Wskazał, iż pozwany posługiwał się w obrocie z konsumentami wzorcem umownym zawierającym zakwestionowane postanowienia. Podkreślił, iż w postępowaniu w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone przedmiotem oceny Sądu jest jedynie wzorzec umowny analizowany abstrakcyjnie, w oderwaniu od okoliczności zawarcia konkretnej umowy. Za nieskuteczne w niniejszym postępowaniu Sąd Okręgowy uznał twierdzenie strony pozwanej, że negocjacje z powodem podlegały wszystkim, w tym zakwestionowane postanowienia wzorca umowy. Wskazał, że pozwany nie wykazał, iż negocjował treść zakwestionowanych postanowień z konsumentami przed skierowaniem oferty do konsumentów, przez co nie obalił domniemania braku indywidualnego uzgodnienia postanowień wzorca umowy. Pozwany nie wykazał również, że nie stosował wzorca umowy przedwstępnej o wybudowanie, ustanowienie odrębnej własności i sprzedaży lokalu mieszkalnego zawierającego przedmiotowe postanowienie kierując ofertę zawarcia umowy w stosunku do innych konsumentów.

Zdaniem Sądu orzekającego zakwestionowane postanowienia nie określają także wprost świadczenia głównego wynikającego z umowy, czyli ceny za wybudowany lokal mieszkalny, tylko dotyczą tego świadczenia, między innymi poprzez klauzule waloryzacyjne. Odwołując się do poglądu wyrażonego przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 maja 2005r. o sygn. I CK 690/04, Sąd uznał, iż umowna klauzula waloryzacyjna może być poddana kontroli z punktu widzenia jej rzetelności kontraktowej (art. 385<sup>1</sup> do 385<sup>3</sup> k.c.).

Rozstrzygając, czy zakwestionowane przez powódkę postanowienia kształtują prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy Sąd Okręgowy wskazał, że „dobre obyczaje” to reguły postępowania niesprzeczne z etyką, moralnością i aprobowanymi społecznie obyczajami. Podał, że za sprzeczne z dobrymi obyczajami można uznać także działania zmierzające do niedoinformowania, dezorientacji, wywołania błędnego przekonania konsumenta, wykorzystania jego niewiedzy lub naiwności, a więc działania potocznie określane jako nieuczciwe, nierzetelne, odbiegające od przyjętych standardów postępowania. Pojęcie „interesów konsumenta” należy rozumieć szeroko, nie tylko jako interes ekonomiczny, mogą tu wejść w grę także inne aspekty: zdrowia konsumenta (i jego bliskich), jego czasu zbędnie traconego, dezorganizacji toku życia, przykrości, zawodu itp. Naruszenie interesów konsumenta wynikające z niedozwolonego postanowienia musi być rażące, a więc szczególnie doniosłe. W uzasadnieniu wskazano, że za „sprzeczne z dobrymi obyczajami” uznaje się wprowadzenie klauzul godzących w równowagę kontraktową, zaś „rażące naruszenie interesów konsumenta” polega na nieusprawiedliwionej dysproporcji praw i obowiązków na niekorzyść konsumenta w określonym stosunku umownym.

Odnosząc się do kwestii dobrej wiary, którym to pojęciem posłużono się w dyrektywie 93/13/WE, Sąd Okręgowy podzielił pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w wyroku z dnia 03 lutego 2006r., I CK 297/05, że przepis art. 385<sup>1</sup> § 1 zd. 1 k.c. jest odpowiednikiem art. 3 ust. 1 dyrektywy nr 93/13/WE, stanowiącym, że klauzulę umowną, która nie została uzgodniona indywidualnie, należy uznać za niedozwoloną, jeżeli naruszając zasadę dobrej wiary, powoduje istotną i nieusprawiedliwioną dysproporcję praw i obowiązków kontraktowych na niekorzyść konsumenta, przy czym rzeczą sądu jest ocena, czy nierównowaga jest „istotna”, czyli „rażąca” w rozumieniu odpowiedniego przepisu prawa polskiego.

Sąd I instancji uznał, że pierwsza kwestionowana przez powódkę klauzula zawarta w § 6 ust. 3 projektu umowy przedwstępnej stanowi niedozwolone postanowienie umowne w rozumieniu art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. Stosownie do art. 385<sup>3</sup> pkt 20 k.c. w razie wątpliwości uważa się, że niedozwolonymi postanowieniami umownymi są te, które w szczególności przewidują uprawnienie kontrahenta konsumenta do określenia lub podwyższenia ceny

lub wynagrodzenia po zawarciu umowy bez przyznania konsumentowi prawa odstąpienia od umowy. Niniejszym postanowieniem przedsiębiorca zagwarantował sobie możliwość podwyższenia ceny w związku z jej waloryzacją o wskaźnik cen produkcji budowlano - montażowej publikowany przez GUS, przy czym nie przyznał konsumentowi prawa odstąpienia od umowy w każdym przypadku wzrostu ceny.

Nadto Sąd pierwszej instancji wskazał, że w razie przeszacowania ceny nabycia lokalu mieszkalnego przez inwestora, co skutkowałoby podwyższeniem ceny do zapłaty przez konsumenta miałby on możliwość odstąpienia od umowy jedynie w przypadku wzrostu ceny brutto nabycia przedmiotu umowy przekraczającego 10% ceny całkowitej brutto. Zgodnie bowiem z treścią § 11 ust. 2 zd. 1 projektu umowy przedwstępnej kupującemu przysługuje prawo do odstąpienia od umowy z powodu wzrostu ceny brutto nabycia przedmiotu umowy przekraczającego 10% ceny całkowitej brutto wymienionej w § 6 ust. 1, o ile wzrost ceny wynika z przyczyn opisanych w § 5 ust 4 lub § 6 ust 3 niniejszej umowy. Z kolei postanowienie § 5 ust. 4 daje konsumentowi uprawnienie do odstąpienia od umowy tylko na ściśle określonych warunkach niekorzystnych dla konsumenta. Zdaniem Sądu Okręgowego konsument ma bardzo ograniczoną możliwość odstąpienia od umowy, a w pewnych przypadkach jest jej w ogóle pozbawiony, co pozwala przyjąć, iż zakwestionowana klauzula spełnia przesłanki z art. 385<sup>3</sup> pkt 20 k.c.

W ocenie Sądu pierwszej instancji zawsze w sytuacji wzrostu ceny, jaką ma zapłacić konsument powinien mieć on prawo odstąpienia od umowy, ponieważ może już nie być zainteresowany zakupem na zmienionych warunkach, ponadto może nie posiadać środków na zakup po nowej wyższej cenie. Podkreślono, że nawet przy kilkuprocentowym wzroście ceny, odnoszącym się do ceny nominalnej lokalu mieszkalnego dodatkowa kwota do zapłaty przez konsumenta może mieć wielką wartość, niemożliwą do uiszczenia przez konsumenta.

Sąd ten uznał, że również druga kwestionowana przez powoda klauzula zawarta w § 5 ust. 3 projektu umowy przedwstępnej stanowi niedozwolone postanowienie umowne w rozumieniu art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c., gdyż wypełnia normę przepisu art. 385<sup>1</sup> pkt 20 k.c. Jeśli powierzchnia nabywanego lokalu mieszkalnego okaże się większa niż zakładana w projekcie z przyczyn leżących po stronie inwestora, cena zostanie podwyższona, a mimo to konsument będzie miał prawo do odstąpienia od umowy tylko w określonych przypadkach. Zgodnie bowiem z treścią § 5 ust. 4 projektu umowy tylko w sytuacji, gdy różnica, o której mowa w zakwestionowanym i omówionym wyżej postanowieniu § 5 ust. 3 przekroczy 5% kupujący ma prawo odstąpienia od umowy w trybie § 11 ust. 2, który przewiduje kolejne obwarowanie ograniczające prawo do odstąpienia od umowy z powodu wzrostu ceny brutto nabycia przedmiotu umowy przekraczającego 10% ceny całkowitej brutto. Tym samym konsument ma bardzo ograniczoną możliwość odstąpienia od umowy, a w pewnych przypadkach jest jej w ogóle pozbawiony. Ta niekorzystna sytuacja nie zostaje zniwelowana poprzez stwierdzenie zawarte w postanowieniu, iż waloryzacja różnic zostanie dokonana zarówno w przypadku nadpłaty, jak i niedopłaty kupującego, nie zmienia bowiem faktu niezwykle istotnego z punktu widzenia konsumenta, jak brak możliwości odstąpienia od umowy zawsze w przypadku podwyższenia ceny. Sąd Okręgowy uznał, iż na gruncie zaskarżonego postanowienia, gdy rzeczywista powierzchnia nabywanego lokalu okaże się mniejsza od projektowanej o mniej niż 0,5 m<sup>2</sup> lub mniej niż 1%, cena lokalu nie zostanie skorygowana przez inwestora, więc konsument nie otrzyma zwrotu ceny mimo mniejszej powierzchni ostatecznej lokalu.

W ocenie Sądu Okręgowego zakwestionowane postanowienia kształtują prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając ich interesy, dlatego też uznał, że stanowią one niedozwolone postanowienia umowne w rozumieniu art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. i zakazał ich stosowania na podstawie art. 479<sup>42</sup> k.p.c.

Publikację prawomocnego wyroku na koszt pozwanego zarządzono na podstawie art. 479<sup>44</sup> k.p.c.

Apelację od tego wyroku wniósł pozwany zaskarżając go w całości i podnosząc następujące zarzuty:

1. rażące naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

- przepisu art. 385<sup>3</sup> pkt. 20 k.c. poprzez jego błędne zastosowanie i błędne przyjęcie, iż przepis ten ma zastosowanie do oceny klauzuli indeksacyjnej (waloryzacyjnej) zawartej w § 6 ust. 3 wzorca umowy, poprzez wadliwe przyjęcie, iż § 6 ust. 3 wzorca wprowadza dla pozwanego uprawnienie kształtujące do określenia lub podwyższenia ceny, podczas gdy kwestionowany zapis wzorca stanowi w istocie klauzulę waloryzacyjną, opartą o art. 358<sup>1</sup> § 2 k.c. i w ogóle nie podlega ocenie w oparciu o przepis art. 385<sup>3</sup> pkt 20 k.c., a może jedynie podlegać ocenie w oparciu o klauzulę generalną zawartą w 385<sup>1</sup> § 1 k.c., a nadto brak zastosowania w toku wykładni prawa krajowego (art. 385<sup>3</sup> pkt. 20 k.c.) zapisów Dyrektywy Rady 93/13/EWG, to jest ustępu 2 lit. d załącznika nr 1 tejże Dyrektywy, który to przepis Dyrektywy wyraźnie rozróżnia klauzule indeksacyjne (waloryzacyjne) od uprawnienia sprzedawcy do podwyższenia lub określenia ceny;

- przepisu art. 288 akapit 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dawny artykuł 249 TWE), w zakresie w jakim wymaga on od państwa członkowskiego osiągnięcia rezultatu przewidzianego przez dyrektywę, a zarazem wymaga od sądu krajowego by interpretował prawo krajowe w zgodzie z dyrektywą, na podstawie której prawo krajowe zostało wprowadzone,

- przepisu art. 358<sup>1</sup> § 2 k.c. w zw. art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. a także art. 65 § 2 k.c. w zw. z § 6 ust. 3 wzorca umowy poprzez wadliwe przyjęcie, iż klauzula § 6 ust. 3 wzorca umowy służy zagwarantowaniu przedsiębiorcy możliwości podwyższenia ceny w związku z jej waloryzacją, podczas gdy stosowanie postanowienia § 6 ust. 3 wzorca umowy mającego charakter klauzuli waloryzacyjnej (indeksacyjnej), prowadzi bądź to do podwyższenia bądź też do obniżenia ceny lokalu, zależnie od aktualnej wysokości wskaźnika cen produkcji budowlano - montażowej GUS ,

- przepisu art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. poprzez jego błędną interpretację i błędne przyjęcie, iż stosowane przez pozwanego postanowienia umowne w treści wskazanej w punkcie I skarżonego wyroku naruszają dobre obyczaje i rażąco naruszając interes konsumentów stanowiąc przez to niedozwolone klauzule umowne,

- przepisów art. 358<sup>1</sup> § 2 k.c. i wprowadzonego mocą art. 20 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego, załącznika - wzoru prospektu informacyjnego, które to regulacje prawne wprost przewidują dopuszczalność stosowania klauzul waloryzacyjnych, w tym w relacji deweloper-konsument,

II. rażące naruszenie przepisów postępowania, mające wpływ na przebieg sprawy, a to:

- przepisu art. 479<sup>42</sup> § 1 k.p.c. poprzez jego wadliwe zastosowanie i zakazanie stosowania objętego żądaniem pozwu postanowienia § 6 ust. 3 i § 5 ust. 3 wzorca umowy, pomimo iż istotę swoich zarzutów dotyczących ograniczenia prawa do odstąpienia od umowy w przypadku zastosowania § 6 ust. 3 wzorca umowy Sąd Okręgowy skierował wobec innych, nieobjętych żądaniem pozwu postanowień wzorca umowy, mianowicie § 5 ust. 4 i § 11 ust. 2 wzorca umowy, co prowadzi do sytuacji, w której Sąd Okręgowy zakazuje stosowania klauzuli waloryzacyjnej i klauzuli dotyczącej zmiany powierzchni lokalu, z uwagi na istniejącą (w ocenie Sądu Okręgowego) wadliwość innej klauzuli umownej - ograniczającej prawo do odstąpienia od umowy.

Wskazując na powyższe zarzuty pozwany wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku w całości, poprzez oddalenie powództwa w całości, oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 12 czerwca 2013r. Sąd Apelacyjny w Warszawie oddalił apelację pozwanej i zasądził od pozwanej na rzecz powódki koszty procesu.

W wyniku skargi kasacyjnej wniesionej przez pozwaną Sąd Najwyższy wyrokiem z dnia 2 kwietnia 2015r. w sprawie I CSK 257/14 uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania. W uzasadnieniu wskazano na konieczność poczynienia ustaleń jakiego rodzaju umowę strony zawarły, jakie są główne świadczenia stron, czy skorzystanie z mechanizmu waloryzacji zostało pozostawione swobodnej decyzji kontrahenta konsumenta, czy też ma być regułą, rozważenia czy różnice w lokalu projektowanym i wykonanym są

nieuniknione także w starannie prowadzonym procesie budowlanym oraz czy postanowienia dotyczące obliczenia powykonawczej powierzchni lokali i dostosowania do niej świadczenia kupującego z uwzględnieniem możliwego stopnia szczegółowości pomiaru i warunków odstąpienia od umowy nie godzą w interesy konsumenta sprzecznie z dobrymi obyczajami. Sąd Najwyższy wyraził przy tym pogląd, iż co do zasady wprowadzenie do wzorca umowy mechanizmu waloryzowania ceny za lokal mieszkalny według zobiektywizowanych wskaźników, na które żadna ze stron nie ma wpływu, nie jest równoznaczne z upoważnieniem podmiotu zobowiązanego do wybudowania i sprzedaży lokalu do „określenia lub podwyższenia ceny” za lokal w rozumieniu art. 385<sup>3</sup> pkt 20 k.c. Przyjęcie, że w takim przypadku konsument musi mieć zagwarantowane nieograniczone prawo odstąpienia od umowy zdaniem Sądu Najwyższego byłoby równoznaczne z przerzuceniem na kontrahenta konsumenta wszelkiego ryzyka związanego z działaniem czynników rynkowych, sprawiających, że wzajemne świadczenie kupującego traciło na wartości przez czas związania umową. Ogólny wzorzec kontroli z art. 385<sup>1</sup>§1 k.p.c. nie przewiduje obowiązku wprowadzania do umowy nieograniczonego uprawnienia do odstąpienia od niej w przypadku zastosowania waloryzacji umownej.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

### **Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje:**

Apelacja jest niezasadna.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego co do stosowania przez pozwanego zakwestionowanego wzorca umownego i braku indywidualnego uzgodnienia postanowień wzorca umowy. Ustalenia te wymagają jednak uzupełnienia, podobnie, jak i rozważania prawne.

Przedstawiony przez strony wzorzec umowy wypełnia obecnie definicję umowy uregulowanej w ustawie z dnia 16 września 2011 r. o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego (Dz. U. 2011 Nr 232 poz. 1377). Przed wejściem w życie ww. ustawy umowa taka miała charakter umowy nienazwanej. Jak się wskazywało w orzecznictwie tego rodzaju umowa, spełniająca przesłanki z art. 9 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 24 czerwca 1994r. o własności lokali (Dz. U. 2000 Nr 80 poz. 903), niezależnie od jej zatytułowania, stanowiła w istocie umowę deweloperską. Umowa taka ma charakter umowy właściwej, a nie przedwstępnej, unormowanej w art. 389 k.c. Umowa deweloperska to umowa nienazwana, o charakterze mieszanym, powstała w wyniku specjalnego połączenia czynności realizowanych w ramach budowlanego procesu inwestycyjnego, z docelowym zamiarem przekazania inwestycji (budynku, lokalu) drugiej stronie umowy. Na umowę tę składają się elementy treści różnych umów nazwanych, tworzących jednolitą całość, z zachowaniem jednak przez tę umowę cech oryginalności w stosunku do ustawowych typów umów, których elementy zawiera. Główne świadczenia stron to po stronie konsumenta – obowiązek zapłaty, a po stronie dewelopera – obowiązek wybudowania budynku i lokalu o określonej powierzchni i standardzie oraz zobowiązanie do ustanowienia i przeniesienia na konsumenta prawa odrębnej własności lokalu wraz z udziałem w nieruchomości wspólnej.

Analiza zakwestionowanych postanowień umownych pod kątem przesłanek z art. 385<sup>1</sup> i 385<sup>3</sup> k.c. wymaga uwzględnienia szerszego kontekstu, w jakim te postanowienia funkcjonują, stąd też prawidłowo Sąd Okręgowy badał również zapisy dotyczące prawa odstąpienia od umowy, choć nie były one objęte żądaniem pozwu. Tym samym zarzut naruszenia art. 479<sup>42</sup>§1 k.p.c. jest niezasadny.

Skoro Dyrektywa Rady 93/13/EWG z 5 kwietnia 1993r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz. U. UE L z 21 kwietnia 2003r.) została implementowana do polskiego porządku prawnego ustawą z 2 marca 2000r. o ochronie praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny (Dz. U. Nr 22 poz. 271 ze zm.), to prawidłowo również Sąd Okręgowy zastosował przepisy prawa krajowego tj. art. 385<sup>1</sup> i 385<sup>3</sup> k.c., a nie przepisy samej dyrektywy.

Jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy, zawarcie w umowie postanowień przewidujących waloryzację świadczenia na podstawie obiektywnych czynników co do zasady nie oznacza przyznania kontrahentowi konsumenta prawa do jednostronnego podwyższenia świadczenia w rozumieniu art. 385<sup>3</sup> pkt 20 k.c. Jednakże należy zauważyć, iż w

niniejszej sprawie zapis kwestionowanego postanowienia został sformułowany w taki sposób, że w istocie deweloper został uprawniony do jednostronnego podjęcia decyzji czy dokonywać przeliczenia świadczenia czy też nie. Zapis wzorca zawiera bowiem sformułowanie: „deweloper jest uprawniony”, co oznacza zdaniem Sądu Apelacyjnego, iż zostało to pozostawione jego swobodnemu uznaniu. Kolejne zdania zakwestionowanego postanowienia dotyczą jedynie sposobu przeszacowania ceny, a nie uprawnień stron. Decyzja dewelopera może zależeć od tego czy np. przy niewielkim wzroście wskaźnika jest celowe przeliczenie, ale oznacza to też, że podejmie on taką decyzję, wtedy gdy jest to dla niego korzystne. Zdaniem Sądu Apelacyjnego sformułowanie wskazanego postanowienia wskazuje, że waloryzacja nie następuje w każdym przypadku, lecz zależy od podjęcia takiej decyzji przez dewelopera, a ten nie ma obowiązku podjąć decyzji o przeliczeniu świadczenia konsumenta, jeśli wskaźniki spadną. Wbrew twierdzeniom strony pozwanej z kwestionowanego zapisu nie wynika roszczenie dla konsumenta o dokonanie np. ujemnej waloryzacji świadczenia. Skoro waloryzacja nie następuje automatycznie, to nie jest objęta wyłączeniem z art. 385<sup>1</sup> k.p.c. dotyczącym głównych świadczeń stron.

Wprawdzie zasadnie podnosi pozwana, że nie można uznać zapisu dotyczącego waloryzacji świadczenia za niedozwolone postanowienie umowne o jakim mowa w art. 385<sup>3</sup> pkt 20 k.c., jednak podlega on ocenie na podstawie art. 385<sup>1</sup> §1 k.c. Waloryzacja wprawdzie następuje na podstawie obiektywnych niezależnych wskaźników, które są również dostępne konsumentowi, jednak są to wskaźniki przyszłe, nieznanne w dacie zawierania umowy, nie można zatem stwierdzić, iż wysokość ostatecznego świadczenia konsumenta da się przewidzieć z góry. Jak wyżej wskazano konsumentowi nie zostało przyznane prawo domagania się również ujemnej waloryzacji w przypadku spadku wskaźników. Nadto przy ocenie powyższego wzorca należy wziąć pod uwagę również prawo odstąpienia w przypadku wzrostu ceny. Zostało ono zastrzeżone, gdy wzrost ceny przekroczy 10%. Zdaniem Sądu Apelacyjnego próg ten został ustawiony za wysoko: dziesięcioprocentowy wzrost ceny oznacza, że konsument musi zapłacić kilkadziesiąt tysięcy złotych więcej za lokal. Dla wielu konsumentów jest to kwota trudna do uzyskania, szczególnie w przypadku finansowania inwestycji kredytem bankowym. W obecnych warunkach rynkowych proces budowlany jest dosyć szybkim procesem, jak się wskazuje w publikacjach prasowych w istocie wynosi przeciętnie od 18 do 24 miesięcy, a deweloper co do zasady powinien tak skalkulować ryzyko gospodarcze przedsięwzięcia, aby mógł je zrealizować również w przypadku wzrostu cen towarów i usług. Jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy brak jest podstaw, aby całe ryzyko gospodarcze przedsięwzięcia przerzucać na dewelopera, jednak nie można tracić na uwadze, iż to deweloper prowadzi działalność gospodarczą, a nie konsument. W przypadku jeśli waloryzacja jest automatycznie przewidziana w umowie, konsument musi się przygotować na ewentualne podwyższenie świadczenia i uwzględnić je w planie wydatków na poczet świadczenia głównego, jednak w tym przypadku decyzja o przeliczeniu świadczenia została pozostawiona swobodnemu uznaniu dewelopera, a konsument jest narażony na kilkuprocentowy wzrost ceny bez możliwości skorzystania z prawa odstąpienia. Zdaniem Sądu Apelacyjnego postanowienie to jest sprzeczne z dobrymi obyczajami, bowiem nie przyznaje konsumentowi prawa żądania przeliczenia ceny lokalu, gdy przewidziane w umowie wskaźniki spadną, a zatem zachodzi rażąca dysproporcja uprawnień stron. Ponadto przyznanie konsumentowi prawa odstąpienia dopiero w przypadku, gdy cena wzrośnie powyżej 10% narusza rażąco interesy konsumenta, bowiem może nie być on w stanie zapłacić takiej kwoty, natomiast deweloper po odstąpieniu konsumenta od umowy, może sprzedać mieszkanie innemu nabywcy na cenę adekwatną do jego aktualnej wartości. Tym samym należy uznać, iż zasadnie Sąd Okręgowy uznał przedmiotową klauzulę umowną dotyczącą waloryzacji za abuzywną. Wprawdzie nie można uznać, iż w każdym przypadku wzrostu ceny konsument powinien mieć zagwarantowane prawo odstąpienia od umowy, jednak ustalenie tego progu na poziomie 10%, zdaniem Sądu Apelacyjnego, nie chroni dostatecznie praw konsumenta. Biorąc pod uwagę interesy obydwu stron i ich nierówną pozycję należy uznać, iż umowa może przewidywać waloryzację świadczenia nabywcy na podstawie zobiektywizowanych czynników, jednakże powinien to być mechanizm działający w obydwie strony i nie uzależniony od subiektywnej decyzji dewelopera, nadto konsument powinien mieć zagwarantowane szerzej prawo odstąpienia od umowy. W sprawie I CSK 624/13 (wyrok z dnia 12 września 2014r.) Sąd Najwyższy uznał, iż przyznanie konsumentowi prawa odstąpienia w przypadku wzrostu ceny powyżej 5 % chroni jego prawa w sposób dostateczny. Sąd Apelacyjny w obecnym składzie podziela tę ocenę.

W toku postępowania apelacyjnego na wniosek pozwanej Sąd Apelacyjny dopuścił dowód z dokumentu z akt sprawy VI ACa 831/15 w postaci „Opinii technicznej dotyczącej różnic pomiędzy projektowaną a rzeczywistą powierzchnią użytkową mieszkań” sporządzonej na zlecenie Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w lutym 2010r. przez Katedrę (...) Politechniki (...) oraz z „Raportu dotyczącego różnic powierzchni w budynkach wybudowanych do projektowanych” sporządzonego przez (...) Związek Firm (...) na okoliczność występujących w praktyce różnic pomiędzy projektowaną a rzeczywistą powierzchnią użytkową mieszkań i ich przyczyn. Dokumenty te w niniejszym postępowaniu mają walor dokumentów prywatnych, jednak wnioski z nich płynące nie były kwestionowane przez stronę powodową. Wnioski te zostały też zaakceptowane przez Sąd Apelacyjny w sprawie VI ACa 831/15 z 8 lipca 2015r. Z dokumentów tych a w szczególności z opinii Politechniki (...) wynika, iż w praktyce bardzo często występują rozbieżności pomiędzy projektowaną powierzchnią użytkową mieszkań a ich powierzchnią rzeczywistą. Zachowanie całkowitej zgodności powierzchni powykonawczej z powierzchnią projektowaną często nie jest możliwe ze względu na charakter procesu budowlanego. Różnice te mogą wynikać z niedokładności wykonania budynku z powodu ograniczonej dokładności narzędzi pomiarowych, ograniczonych możliwości wykonania dokładnych pomiarów oraz zmienności wymiarów elementów budowlanych (k. 298; str. 57 opinii). W zależności od zastosowanej normy i powierzchni lokalu różnice te mogą maksymalnie dochodzić do 4,3% w małych lokalach (ok. 25m<sup>(2)</sup>), do 2,8 % w średnich (ok. 50m<sup>(2)</sup>), oraz do 2,1% w dużych (ok. 100m<sup>(2)</sup>). Jednakże wskazane różnice mają charakter różnic maksymalnych i w istocie zostały wyliczone przy założeniu jednoczesnego występowania wszystkich możliwych dopuszczalnych odchyłek konstrukcyjnych i materiałowych. Jest to sytuacja ekstremalna i przy zachowaniu należytej staranności wykonawcy nie powinna się zdarzyć (k. 312).

Jak wynika z tego dokumentu, różnice między powierzchnią projektowaną a wykonaną są normalnym zjawiskiem w procesie budowlanym i może do nich dochodzić również w starannie prowadzonym procesie budowlanym. Nie mniej jednak różnice te nie powinny przekraczać maksymalnych wartości wskazanych w tej opinii. Z dokumentu tego wynika również, iż w starannie prowadzonym procesie budowlanym przy normalnym poziomie wykonawstwa w odniesieniu do powierzchni budowlanej i mieszkań uzyskuje się zwykle dokładność wykonania powierzchni rzędu 1% (k. 312).

Zapis wzorca umowy przewidujący obliczenie faktycznie wykonanej powierzchni lokalu i dostosowania do niej wzajemnego świadczenia konsumenta przewiduje dostosowanie ceny zarówno w przypadku, gdy powierzchnia jest mniejsza, jak i większa. Co do zasady w sytuacji, gdy różnice w powierzchni pojawiają się również w starannie prowadzonym procesie budowlanym, postanowienie dotyczące dostosowania ceny do faktycznej powierzchni lokalu, nie oznacza akceptacji nienależytej staranności ze strony dewelopera, ani uprawnienia do jednostronnej zmiany istotnych cech świadczenia.

Jednak w niniejszej sprawie prawo odstąpienia od umowy zostało przyznane konsumentowi dopiero, gdy różnica w powierzchni przekroczy 5%, a zatem jest to różnica znacznie większa niż wskazane wyżej maksymalne wartości dopuszczalnych odchyłek konstrukcyjnych i materiałowych. Oznacza to akceptację nie tylko wyżej wskazanych dopuszczalnych różnic powierzchni w procesie budowlanym, ale również niestaranności w wykonaniu zobowiązania, skoro jak wynika z ww. opinii, większe niż wskazane w nim różnice w powierzchni są skutkiem błędów wykonawczych. Tego rodzaju postanowienie umowne zdaniem Sądu Apelacyjnego narusza dobre obyczaje, akceptuje bowiem również nienależyte wykonanie zobowiązania przez dewelopera, nie dając konsumentowi prawa odstąpienia od umowy w takiej sytuacji. Nawet analizowany w sprawie VI ACa 831/15 Kodeks Dobrych Praktyk Deweloperskich przewidywał prawo odstąpienia od umowy już w sytuacji, gdy różnica w powierzchni przekraczała 2%, a zatem w znacznie szerszym zakresie niż w przypadku analizowanego postanowienia umownego.

Konsument może być niezadowolony z otrzymanego świadczenia wzajemnego nie tylko w przypadku otrzymania większego lokalu, ale również mniejszego. Ponadto w niniejszej sprawie prawo odstąpienia zostało obwarowane jeszcze jednym warunkiem tj. wzrostem ceny ponad 10%, a zatem kwestionowany wzorzec dopuszcza nienależyte wykonanie umowy w zakresie powierzchni lokalu poza dopuszczalne różnice w procesie budowlanym i pozbawia konsumenta prawa odstąpienia od umowy, gdy cena nie wzrośnie ponad 10%, podczas gdy podwyżka taka może



znacznie wykraczać poza jego możliwości finansowe. Zdaniem Sądu Apelacyjnego prawo odstąpienia powinno być zagwarantowane już po wzroście ceny o ponad 5%, tak jak przy poprzedniej klauzuli.

Podzielić należy natomiast wywody Sądu Okręgowego dotyczące oceny postanowienia stanowiącego o braku rozliczeń, gdy różnica w powierzchni wynosi mniej niż 0,5m<sup>2</sup> lub mniej niż 1%. Wprawdzie zasada jest stosowana zarówno w przypadku, gdy jest to na korzyść konsumenta (powierzchnia większa), jak i jego niekorzyść (powierzchnia mniejsza niż umówiona), jednak to deweloper prowadzi proces inwestycyjny i odpowiada za to, a wyłączenie możliwości zwrotu części świadczenia w przypadku, gdy konsument otrzyma wzajemne świadczenie mniejsze od umówionego, narusza dobre obyczaje (zasady uczciwości i rzetelności), nawet przy uwzględnieniu faktu, iż dotyczy to jedynie niewielkiej powierzchni. Ponadto postanowienie to niewątpliwie narusza interesy ekonomiczne konsumenta, którego sytuacja finansowa jest nieporównywalna z sytuacją dewelopera. Jest to nieusprawiedliwiona dysproporcja praw i obowiązków stron, niekorzystna dla konsumenta, dla którego kwota kilku tysięcy złotych może być również kwotą znaczną.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 385 k.p.c. Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji.

O kosztach orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c. biorąc pod uwagę koszty dojazdu poniesione przez powódkę przy poprzednim rozpoznaniu sprawy przez Sąd Apelacyjny.