

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 8 lipca 2015 r.*

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

*Przewodniczący – Sędzia SA Aldona Wapińska*

*Sędziowie: SA Jan Szachulowicz*

*SO (del.) Mariusz Łodko (spr.)*

*Protokolant: prot. Izabela Nowak*

*po rozpoznaniu w dniu 8 lipca 2015 r. w Warszawie*

*na rozprawie sprawy z powództwa (...)z siedzibą w W.*

*przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

*o naruszenie zbiorowych interesów konsumentów i nałożenie kary pieniężnej*

*na skutek apelacji obu stron*

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

*z dnia 11 grudnia 2013 r.*

*sygn. akt XVII AmA 44/11*

*I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że nadaje mu treść:*

*1. uchyla w całości decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 3 grudnia 2010 r. (...);*

*2. zasądza od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz (...) z siedzibą w W. kwotę 1 427 zł (jeden tysiąc czterysta dwadzieścia siedem złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu;*

*II. oddala apelację pozwanego;*

*III. zasądza od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz (...) z siedzibą w W. kwotę 2 910 zł (dwa tysiące dziewięćset dziesięć złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego i kasacyjnego.*

Sygn. akt VI ACa 831/15

## UZASADNIENIE

Prezes Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej także: „**Prezes**”), 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., dalej „**uokik**”) działanie (...) w W. (dalej także: „**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, dalej: „**upnpr**”) polegającą na stosowaniu suplementu Kodeksu Dobrych Praktyk pod nazwą (...) (dalej także

„**Katalog**”), zawierającego postanowienia sprzeczne z prawem. W decyzji Prezes nakazał zaniechanie stosowania tej praktyki, a ponadto opublikowanie decyzji w całości na stronie internetowej (...) oraz jednokrotną publikację pkt I sentencji decyzji na koszt powoda na jednej z trzech pierwszych stron dodatków o nieruchomościach do dzienników (...) (wydanie poniedziałkowe) oraz Gazeta (...) (wydanie środowe). Ponadto, Prezes nałożył na powoda karę pieniężną w wysokości 9.781 zł oraz obciążył powoda kosztami postępowania administracyjnego w postaci kosztów opinii biegłego.

Prezes 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 Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów 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 punktu 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% umożliwi 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 dopatrył 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.

**Apelacje od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie wniósł Powód i Prezes.**

**Prezes UOKiK zaskarżył wyrok w zakresie punktu 2**, zarzucając naruszenie prawa materialnego, tj. art. 26 ust. 2 w zw. z art. 26 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 106 ust. 1 pkt 4 tej ustawy poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, a przez to uznanie, że nałożony na powoda obowiązek publikacji decyzji stanowi sankcję o charakterze represyjnym, wobec czego nałożenie tego obowiązku spełni represyjną funkcję kary, nałożonej na powoda na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 uokik, co doprowadziło do błędnego przyjęcia przez Sąd I instancji, że brak było uzasadnienia dla nałożenia na powoda kary pieniężnej.

Wskazując na powyższe wniosł o zmianę zaskarżonego wyroku w punkcie 2 przez oddalenie odwołania powoda w zakresie punktu III decyzji z dnia 3 grudnia 2010 r. oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego za II instancję według norm przepisanych.

**Powód zaskarżył wyrok w całości, zarzucając:**

1. naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 233 § 1 k.p.c., art. 244 § 1 k.p.c. i art. 328 § 2 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia oraz błędną ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego i brak należytego uzasadnienia, a w szczególności:

a. brak rozważenia opinii biegłego odnośnie dopuszczalnych różnic między projektowaną a rzeczywistą powierzchnią użytkową mieszkań i brak uwzględnienia jej wniosków, zgodnie z którymi nie jest możliwe wybudowanie mieszkania o powierzchni całkowicie zgodnej z projektem, a różnica powierzchni do 2% jest dopuszczalna,

b. bezpodstawne uznanie, że Pismo (...) z dnia 19 października 2007 r. zawiera zestawienie różnic pomiędzy projektowaną a rzeczywistą powierzchnią użytkową mieszkań, które wystąpiły w praktyce;

c. brak precyzyjnego wskazania źródła bezprawności zarzucanej powodowi praktyki;

2. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

a. art. 26 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 3 uokik w zw. z art. 11 ust. 2 upnpr w zw. z art. 354 k.c., art. 355 k.c., art. 394 k.c., art. 395 k.c., art. 471 k.c. oraz art. 487-497 k.c. poprzez bezpodstawne uznanie, że zapis pkt. II.6 Katalogu Zasad Umowy Deweloperskiej ustalającego dopuszczalną tolerancję 2% różnicy powierzchni wybudowanego przez dewelopera mieszkania w stosunku do projektu za sprzeczny z wymienionymi przepisami kodeksu cywilnego;

b. art. 26 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 3 uokik w zw. z art. 11 ust. 2 upnpr w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 358<sup>1</sup> § 2 k.c. w zw. z art. 17 oraz art. 20 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego przez bezpodstawne uznanie klauzuli waloryzacyjnej zamieszczonej w pkt IV.3 Katalogu zasad Umowy Deweloperskiej - której stosowanie jest wyraźnie dopuszczone przepisami ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego, za sprzeczną z kodeksem cywilnym;

c. art. 27 ust. 2 i 4 uokik w zw. z art. 2 ust. 1 lit. b Dyrektywy 2009/22/WE poprzez błędną wykładnię tych przepisów polegającą na uznaniu, że pozwalają one na nałożenie obowiązku publikacji decyzji na koszt przedsiębiorcy w innym celu, niż w celu wyeliminowania trwających skutków szkodliwej praktyki.

Wskazując na powyższe powód wniosł o orzeczenie, że Sąd zmienia zaskarżoną decyzję w punkcie I w ten sposób, że nie stwierdza stosowania przez powoda praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów i uchyła decyzję w pozostałym zakresie, ewentualnie o orzeczenie, że Sąd zmienia zaskarżoną decyzję w punkcie II w ten sposób, że uchyła obowiązek publikacji sentencji decyzji na koszt powoda w dziennikach (...) i Gazeta (...) oraz uchył punkty III i IV decyzji, względnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania, a także o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

**Sąd Apelacyjny w Warszawie wyrokiem z 22 stycznia 2014 r.** oddalił obie apelacje Zdaniem Sądu drugiej Instancji, istotą postępowania było ustalenie, czy powód dopuścił się nieuczciwej praktyki rynkowej w rozumieniu art 11 upnpr. Powód jest twórcą Katalogu stanowiącego suplement Kodeksu. Spór dotyczył oceny kwestionowanych postanowień, jako sprzecznych z prawem, przyjmując, że nie chodzi 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 odstąpienie 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, 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 w odpowiedzi na skargę kasacyjną powoda wniósł o jej oddalenie i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.

**Wyrokiem z dnia 9 kwietnia 2015 r.** Sąd Najwyższy uchylił wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie do ponownego rozpoznania wraz z rozstrzygnięciem o kosztach postępowania kasacyjnego, uznając, że skarga kasacyjna powoda ma uzasadnione podstawy. Sąd Najwyższy nie znalazł powodów dla uwzględnienia zarzutu nieważności postępowania sądowego, którego Powód upatrywał w dokonywanej przez sądy obu instancji zmianie podstawy prawnej dla kwalifikacji zachowania powoda, jako sprzecznego z prawem i powołał się na poglądy wyrażone w wyroku Sądu Najwyższego z 2 grudnia 2011 r., III CSK 136/11, z których wynika, że 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.

W ocenie Sądu Najwyższego, 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. Sąd Najwyższy rozpoznający skargę kasacyjną nie znalazł jednak podstaw 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 upatrywał sprzeczności z prawem zakwestionowanych postanowień Katalogu w ich tożsamości z postanowieniami 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. Na każdym etapie postępowania bezprawność zachowania powoda oparto na innej podstawie, o czym powód dowiadywał się dopiero po zapoznaniu się z uzasadnieniem wyroku. W ocenie Sądu Najwyższego, nie prowadziło 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 wykluczało 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 „niedozwoloną 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 dopatrzył się w naruszeniu art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. w wyniku potraktowania Katalogu, jako wzorca umowy i tej kwalifikacji Sąd Najwyższy nie podzielił. 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 było 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. Odwołał się do poglądów judykatury, bowiem 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 podzielił stanowiska Sądu Apelacyjnego w Warszawie, 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.

W ocenie Sądu Najwyższego, przepis art. 11 ust. 1 upnpr 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 upatrywał w wyłączeniu odpowiedzialności dłużnika (dewelопера) za szkodę wyrządzoną umyślnie wierzycielowi (nabywcy lokalu). Zakwestionowane w niniejszym postępowaniu postanowienie Katalogu mogło być rozumiane na różne sposoby, gdyż jest ono sformułowane nieprecyzyjnie, a przy tym składa się z trzech zdań o zróżnicowanym przedmiocie normowania. Uprawnione było przyjęcie założenia, zgodnie z którym zdanie 1 odnosi się do przedmiotu umowy i służy jego doprecyzowaniu, co potwierdza umieszczenie punktu II.6 w części Katalogu zatytułowanej „Przedmiot umowy”. Ponadto, z ustaleń poczynionych w toku postępowania w niniejszej sprawie wynikało, 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 Sąd Najwyższy doszedł do wniosku, 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 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 było zasadne.

Niezależnie od powyższego, Sąd Najwyższy podzielił także zarzuty skargi kasacyjnej dotyczące wadliwego zastosowania przez Sąd drugiej instancji art. 11 upnr 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 upnr). Przed wejściem w życie art. 4 ust. 2 upnr, 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 upnr wymagał uwzględnienia dodatkowych przesłanek przy kwalifikacji zachowania twórcy kodeksu jako takiej praktyki. Zasadny był 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 upnr przemawiały, zdaniem Sądu Najwyższego, dodatkowo podnoszone w piśmiennictwie zastrzeżenia, co do zgodności z prawem unijnym art. 11 upnr. Sąd Najwyższy 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. Art. 11 upnr pozostaje w sprzeczności z dyrektywą 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 upnr 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 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 upnr. 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 uznał, 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.

Uwzględniając poczynione wywody, Sąd Najwyższy rozpoznający kasację, na obecnym etapie nie widział 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.

#### ***Sąd Apelacyjny, po ponownym rozpoznaniu sprawy zważył, co następuje:***

Apelacją powoda była zasadna i zasługiwała na uwzględnienie w zakresie, w jakim zmierzała do uchylenia decyzji Prezesa UOKiK, na podstawie art. 479<sup>31a</sup> § 3 k.p.c. Na rozprawie przed Sądem Apelacyjnym w Warszawie skarżący powód zmodyfikował wnioski apelacji, domagając się do zmiany wyroku sądu I instancji, uwzględnienie odwołania i uchylenie zaskarżonej decyzji w całości. Przy ponownym rozpoznaniu apelacji stron, Sąd Apelacyjny uwzględnił motywy którymi kierował się Sąd Najwyższy, uchylając zaskarżony wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie oraz związane, na podstawie art. 398<sup>20</sup> k.p.c. wykładnią prawa dokonaną w tej sprawie przez Sąd Najwyższy. Z motywów uzasadnienia Sądu Najwyższego wynika przede wszystkim, że:

- w postępowaniu przed sądami obu instancji, Sąd Najwyższy nie dopatrywał się takich uchybień proceduralnych, które uzasadniałyby przyjęcie nieważności postępowania z powodu zmiany kwalifikacji zachowania powoda jako sprzecznego z prawem, a zarzut naruszenia przez Sąd Apelacyjny w Warszawie art. 473 § 2 k.c., rozpoznający apelację po raz pierwszy, został uznany za zasadny;

- podstawowym kryterium kwalifikacji praktyki twórcy kodeksu, zgodnie z brzmieniem art. 11 ust. 1 upnpr jest sprzeczność postanowień kodeksu z prawem, czego nie wypełnia stwierdzone przez sąd II instancji naruszenie art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. w wyniku potraktowania katalogu jako wzorca umowy, z uwagi, iż powód nie stosuje katalogu jako wzorca umowy, a ponadto, w brzmieniu tego przepisu nie można dopatrywać się podstawy do uznania postanowień kodeksu jako sprzecznych z prawem, bowiem postanowienia podlegające kontroli na tej podstawie są zgodne z prawem, ale ze względu na dodatkowe przesłanki wymienione w tym przepisie, są uznawane za niedozwolone;

- w konsekwencji poprzedniego poglądu, Sąd Najwyższy przyjął, że również samo naruszenie zasad współzycia społecznego lub dobrych obyczajów nie jest wystarczające do uznania postanowień kodeksu dobrych praktyk za sprzecznych z prawem w rozumieniu art. 11 ust. 1 upnpr;

- w rozpoznawanej sprawie nie było podstaw do uznania za sprzeczne z prawem kodeksu dobrych praktyk na podstawie art. 11 ust. 1 upnpr przez niezgodność z art. 473 § 2 k.c.;

- brzmienie art. 11 upnr oraz art. 4 upnr w dacie wydania decyzji przez Prezesa UOKiK, która jest przedmiotem postępowania, uzasadnia wnioski, że sama sprzeczność z prawem postanowień kodeksu nie była wystarczająca do uznania jej za nieuczciwą praktykę rynkową, a sprzeczność zachowania powoda z dobrymi obyczajami, należało określać zgodnie z duchem dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym, jako niezachowanie wymogów należytej staranności zawodowej na rynku budowlanym;

- stosowanie także klauzuli generalnej upnr uzasadnione było wnioskiem, że wolą ustawodawcy było objęcie twórców kodeksu dobrych praktyk zakresem stosowania ustawy, a stwierdzenie niezgodności art. 11 ust. 1 upnr z art. 5 ust. 5 zdanie 2 dyrektywy 2005/29 nie stoi na przeszkodzie zastosowaniu tego przepisu do oceny zachowania powoda w związku z klauzulą generalną z upnr;

- Prezes UOKiK miał uprawnienie do nakazania publikacji decyzji w całości lub w części na koszt przedsiębiorcy niezależnie od stwierdzenia potrzeby usunięcia trwających skutków naruszenia zbiorowych interesów konsumentów.

Uwzględniając wyżej zaprezentowane poglądy Sąd Najwyższy oraz dokonaną w sprawie wykładnię prawa apelacja powoda była uzasadniona. Trafnie powód zarzucił, że doszło do naruszenia wskazanych przepisów prawa materialnego, w postaci art. 26 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 3 uokik oraz art. 11 ust. 2 upnr w zw. z art. 354 k.c., art. 355 k.c., art. 394 k.c., art. 395 k.c., art. 471 k.c., art. 487 - 497 k.c. oraz art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. art. 358<sup>1</sup> k.c. i nieuprawnione przyjęcie, że powołane w zaskarżonej decyzji przepisy Katalogu Zasad Umowy Deweloperskiej są sprzeczne ze wskazanymi przepisami kodeksu cywilnego.

Trafnie i prawidłowo przyjął sąd I instancji, że nie było istotą sporu w rozpoznawanej sprawie ustalanie dopuszczalnej wielkości różnic pomiędzy projektowaną a rzeczywistą powierzchnią użytkową mieszkań, ale przedmiotem postępowania była ochrona interesów konsumentów przez zakazanie stosowania praktyk naruszających ich interesy, do których między innymi należy brak zagwarantowania odstąpienia od umowy w przypadku jej zmiany, która może być wywołana rozbieżnością powierzchni otrzymanej, w odniesieniu do powierzchni lokalu, która była przedmiotem na etapie zawarcia umowy z deweloperem, jeżeli takie zastrzeżenie w spornym Katalogu Zasad Umowy Deweloperskiej było niezgodne z prawem, na podstawie art. 11 ust. 1 upnr. Trafnie i prawidłowo przyjął również sąd I instancji, że postanowienia Katalogu, który był przedmiotem postępowania, nie mogą być uznane za niezgodne z prawem przez pryzmat ich oceny w odniesieniu do postanowień wpisanych do rejestru klauzul niedozwolonych, prowadzonego przez Prezesa UOKiK, z uwagi do odniesienie oceny nieuczciwości praktyki twórcy Katalogu do quasi norm prawnym, zamiast do konkretnych przepisów prawa, z którymi niezgodność jego postanowień powinna być stwierdzona, które zostały powołane przez pozwanego w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji. Stwierdzone na podstawie art. 385<sup>1</sup> k.c. przez Prezesa UOKiK niezgodności postanowień Katalogu, nie są niezgodne z prawem, ale noszą cech postanowień sprzecznych z dobrymi obyczajami, czy zasadami współżycia społecznego, które zgodnie z wykładnią dokonaną w rozpoznawanej sprawie przez Sąd Najwyższy, nie stanowią wystarczającej podstawy do uznania ich jako sprzecznych z prawem w rozumieniu art. 11 ust. 1 upnr. Już z tego względu, cytowane postanowienia Katalogu, oceniane przez Prezesa UOKiK w zaskarżonej decyzji, po pierwsze błędnie jako wzorzec umowy, którym w rozpatrywanym wypadku nie są i po drugie, kwalifikowane wadliwie jako sprzeczne z prawem, z uwagi na przypisanie im cech klauzul wpisanych do rejestru postanowień wzorców uznanych za niedozwolone, uzasadnia wnioski, że wskazane w decyzji podstawy uznania zapisów Katalogu jako sprzecznych z prawem, na podstawie art. 11 upnr, nie zostały dostatecznie wykazane. Problematyka rozszerzonej prawomocności wyroku wydanego w sprawie uznania postanowień wzorca umowy za niedozwolone, na podstawie art. 479<sup>43</sup> k.p.c. jest bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu, skoro jak wiążąco przesądził Sąd Najwyższy rozpoznający skargę kasacyjną, wykluczone jest dopatrywanie się w art. 385<sup>1</sup> k.c. podstawy dla uznania postanowień kodeksu dobrych praktyk, w rozumieniu art. 11 ust. 1 i 2 upnr jako sprzecznych z prawem, gdyż na tej podstawie wzorzec uznaje się za niedozwolony nie z powodu jego sprzeczności z prawem ale niesprawiedliwego ukształtowania praw i obowiązków konsumenta w ramach swobody umów, a postanowienia umowy sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa nie mogą być uznane za niedozwolone w rozumieniu tego przepisu.

Zatem wpisane do rejestru klauzule dają podstawę do uznania, że ich stosowanie w obrocie z konsumentami jest niedozwolone, ale nie mogą one być kwalifikowane jako quasi normy prawne, których bezwzględny charakter umożliwia kwalifikacje postanowień kodeksu dobrych praktyk (art. 11 ust. 2 upnpr), jako sprzecznego z prawem (art. 11 ust. 1 upnpr), ponieważ rejestr klauzul niedozwolonych, nie zawiera norm prawnych. Są to postanowienia, których abuzywność została stwierdzona orzeczeniem sądu, a więc potwierdzono sprzeczność tych postanowień z dobrymi obyczajami, a jak wskazał Sąd Najwyższy rozpoznający skargę kasacyjną, ta przesłanka, jak i sprzeczność z zasadami współżycia społecznego, nie jest wystarczająca do uznania sprzeczności z prawem w rozumieniu art. 11 ust. 1 upnpr.

Błędne było również założenie, że podstawą uznania postanowień Katalogu jako niezgodnych z prawem stanowi ich wykładnia w oparciu o brzmienie art. 385<sup>20</sup> pkt 10 i 20 k.c. w zw. z art. 385<sup>1</sup> k.c. Sformułowany przez ustawodawcę katalog 23 postanowień nie zawiera klauzul niedozwolonych, nie jest ani zamkniętą, ani otwartą ich listą. Przepis stanowi natomiast, że wątpliwości co do uznania określonej klauzuli za niedozwoloną należy w przypadku postanowień wymienionych w pkt 1–23 rozstrzygać przez ich kwalifikację jako niedozwolonych postanowień umownych (por. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania*, 2012, nb 438–439; K. Zagrobelny (w:) E. Gniewek, P. Machnikowski, *Komentarz*, 2013, art. 385<sup>3</sup>, nb 1–2; Cz. Żuławska (w:) G. Bieniek, *Komentarz*, t. I, 2011, s. 170 i n.). Chodzi o wątpliwości, jakie mogą się zrodzić podczas oceny postanowień umowy lub wzorca w świetle przesłanek określonych w przepisie art. 385<sup>1</sup> k.c. Lista postanowień odpowiada katalogowi typowych klauzul niedozwolonych wskazanych w dyrektywie nr 93/13/WE z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich. W przepisie tym chodzi o ułatwienie sądowi dociekań, czy rozważane in casu postanowienie wzorca kontraktowego stanowi postanowienie niedozwolone, to znaczy takie, które kształtuje prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy w oparciu o brzmienie art. 385<sup>1</sup> § 1 zdanie pierwsze k.c. (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 lutego 2006 r. I CK 297/05). Co zostało podkreślone wyżej, taka podstawa nie może być kwalifikowana jako niezgodność z prawem w rozumieniu art. 11 ust. 1 upnpr. Nadto jak przyjął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12 września 2014 r. (I CSK 624/13), zmiana ceny lokalu z uwagi na dokonany obmiar po zakończeniu inwestycji, nie narusza interesów konsumenta, w szczególności, gdy przy jej zawieraniu została ustalona górna granica tej zmiany, określona procentowo. Natomiast sama waloryzacja ceny nie jest bezwzględnie zakazana.

Wnioskowanie Sądu I instancji co do stwierdzenia naruszenia wskazanych przepisów prawa materialnego było błędne i opiera się na założeniu, że skoro w umowie deweloperskiej oznaczono precyzyjnie przedmiot umowy, to każde odstępstwo należy traktować jako niewykonanie zobowiązania, uprawniające konsumenta do odstąpienia od umowy. Nie każda różnica w powierzchni lokalu określonej w umowie, daje konsumentowi bezwzględne prawo odstąpienia od umowy. Jak stwierdził Sąd Najwyższy, rozpoznający skargę kasacyjną, mimo iż zakwestionowane postanowienie II.6 Kodeksu jest sformułowane nieprecyzyjnie, ale nie wyłącza prawa konsumenta do dochodzenia odszkodowania za niewłaściwe wykonanie zobowiązania, ale opiera się na założeniu, że jeżeli powierzchnia lokalu ustalona w umowie, nie będzie się różnić od powierzchni rzeczywistej nie więcej niż o 2 %, umowa wykonana jest prawidłowo, zaś rozliczenie stron następuje według powierzchni rzeczywistej. Jak trafnie zauważył Sąd Najwyższy, ustalenia poczynione w toku postępowania w niniejszej sprawie mogą prowadzić do wniosku, że ze względów technologicznych, niezbędne jest zapewnienie pewnego marginesu tolerancji dla powierzchni oddanego lokalu, w stosunku do powierzchni lokalu określonej w umowie zawieranej, czy to przed, czy to w trakcie procesu budowlanego.

Mimo, że przedmiotem postępowania w sprawie nie było ustalenie dopuszczalnej wielkości różnic pomiędzy opisanymi wyżej powierzchniami lokalu na różnym etapie procesu inwestycyjnego, to wniosków przeprowadzonego postępowania dowodowego nie można było pominąć. W szczególności z ustaleń opinii sporządzonej na potrzeby rozstrzygnięcia w sprawie, w toku postępowania administracyjnego przed Prezesem UOKiK, wynika, że do wyznaczania wskaźników dotyczących powierzchni budynków stosuje się między innymi Polskie Normy, a dopuszczalne różnice pomiędzy projektowaną, a rzeczywistą powierzchnią użytkową mieszkań, dochodzą nawet do 4,3 % tej powierzchni w przypadku mieszkań o powierzchni do 25 m<sup>2</sup>. Dla powierzchni mieszkań do 50 m<sup>2</sup> różnica może wynosić do 2,8 %, zaś dla mieszkań powyżej 100 m<sup>2</sup> różnica może wynosić 2,1 %

(wnioski opinii technicznej k. 214 akt postępowania przed Prezesem UOKiK). W tym zakresie Sąd Okręgowy dopuścił się również naruszenia wskazanych w apelacji przepisów postępowania (art. 233 k.p.c. i art. 244 k.p.c.) przez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i rozważenia dopuszczalnych różnic pomiędzy projektowaną a rzeczywistą powierzchnią użytkową mieszkań i w konsekwencji nie określenia precyzyjne źródła bezprawności zarzucanej Powodowi praktyki w postaci nienależytego wykonania zobowiązania. Skoro ze względów technologicznych, niezbędne jest zapewnienie pewnego marginesu tolerancji dla powierzchni oddanego lokalu, w stosunku do powierzchni lokalu określonej w umowie zawieranej, czy to przed, czy to w trakcie procesu budowlanego, nie może on być kwalifikowany jako niezachowanie należytej staranności przy wykonaniu zobowiązania, zgodnie z brzmieniem art. 355 k.c., która to staranność w przypadku deweloperów powinna uwzględniać właśnie zawodowy charakter tej działalności (§ 2), na co również zwrócił uwagę Sąd Najwyższy, rozpoznający skargę kasacyjną w sprawie, przyjmując że dla rozstrzygnięcia w rozpoznawanej sprawie, kluczowe jest ustalenie sprzeczności zachowania powoda również z dobrymi obyczajami, po uprzednim stwierdzeniu, że postanowienia kodeksu są sprzeczne z prawem w rozumieniu art. 11 upnpr, ale dobrymi obyczajami rozumianymi w duchu dyrektywy 2005/29 jako niedochowanie wymogów należytej staranności zawodowej na runku budowlanym. Ustalenia poczynione w toku postępowania do takich wniosków prowadzić nie mogą, czego dowodzi powołana wyżej opinia, a wykonanie lokalu w granicach dopuszczalnej procesem budowlanym tolerancji, nie może być traktowane jako nienależyte wykonanie umowy, które również nie może być uznane za nie spełnienie standardów zawodowych na rynku budowlanym. Oczekiwanie przez pozwanego, że deweloper winien wykonać zobowiązanie w całości i w 100 % zgodnie z projektem jest twierdzeniem nieuprawnionym. Wykonanie umowy z uwzględnieniem odstępstw od umowy, uzasadnionych procesem technologicznym, jest zgodne z brzmieniem art. 354 § 1 k.c. jest zgodne z treścią umowy oraz odpowiada jego celowi społeczno-gospodarczemu. Zatem nie każda zmiana, jak przyjął Sąd Okręgowy, powinna być rozważana w kategoriach niewykonania zobowiązania, jak i może być traktowana jako zmiana przedmiotu umowy. Skoro zgodnie z brzmieniem art. 355 k.c. nie ma jednego, powszechnie obowiązującego wzorca staranności wykonania zobowiązania, który powinien być formułowany według kryteriów obiektywnych. Określany jest najczęściej dla pewnych typów podmiotów i wykonywanych przez nie działań. Z reguły formułowany jest więc na poziomie przeciętnej staranności, jakiej można wymagać w danej sytuacji od dłużnika. Zawsze jednak konieczne jest uwzględnienie, że chodzi o wykonanie konkretnego zobowiązania w danej sytuacji. Oznacza to, że nie tylko należy uwzględnić pewne szczególne, odbiegające od przeciętnych, wymagania określone treścią zobowiązania, ale także szczególne warunki ich wykonania. Mogą one obniżyć lub podnieść poziom oczekiwań, istotny dla obiektywnego określenia należytej staranności wymaganej od dłużnika.

Natomiast podstawy do dokonania ustaleń faktycznych nie mogło stanowić pismo (...) z dnia 19 października 2007 r. zawierające zestawienie różnic pomiędzy projektowaną a rzeczywistą powierzchnią użytkową mieszkań, które wystąpiły w praktyce, gdyż brak stwierdzenia odstępstw w niektórych przypadkach, może dowodzić, iż takie pomiary szczegółowe po zakończeniu procesu budowlanego, nie były dokonane. Wnioski z tego pisma zostały zweryfikowane opinią o której mowa wyżej, a zarzuty co do mocy dowodowej tego dokumentu, podniesione w uzasadnieniu odwołania przez powoda, Sąd Apelacyjny w Warszawie uznaje za trafne i przekonujące. .

Biorąc pod uwagę powyższe, zaskarżoną decyzję należało uchylić w całości. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, wskazane w jej uzasadnieniu podstawy do uznania postanowień Kodeksu jako niezgodnych z prawem w rozumieniu art. 11 upnpr, jak też powołane w uzasadnieniu sądu I instancji przesłanki sprzeczności ich z prawem nie mogły stanowić uzasadnionej podstawy takiego twierdzenia. Z tego względu na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. w zw. z art. 479<sup>31a</sup> § 3 k.p.c. orzeczono jak w wyroku

Z powyższych względów, również apelacją pozwanego nie zasługiwała na uwzględnienie. Zmiana zaskarżonego wyroku sądu I instancji i uchylenie zaskarżonej decyzji, czyni zbędnym ustosunkowanie się do zarzutów apelacji pozwanego, które dotyczyły błędnej oceny materialnoprawnej i uznanie, że nałożony na powoda obowiązek publikacyjny decyzji, stanowi sankcję o charakterze represyjnym, wobec czego nałożenie tego obowiązku spełni funkcje represyjną kary, nałożonej na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 uokik. Uchylenie zaskarżonej decyzji w całości, czyni zbędnym

dokonywanie oceny, czy nałożenie kary pieniężnej miało uzasadnienie. W związku z tym, na podstawie art. 385 k.p.c. apelacja pozwanego została oddalona w całości.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. z uwzględnieniem stawek minimalnych wynagrodzenia fachowego pełnomocnika, ustalonych na podstawie § 14 ust 3 pkt 1 w zw. z § 12 ust 1 pkt 2 w zw. z § 12 ust. 4 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U.2013.490 j.t.). Na koszty postępowania przed sądem I instancji składa się opłata od odwołania, wynagrodzenie pełnomocnika oraz wykazane w spisie kosztów wydatki. Natomiast koszty postępowania apelacyjnego uwzględniają wydatki w postaci opłat od apelacji i kasacji oraz wynagrodzenie z uwzględnieniem stawek minimalnych.