

***Sygn. akt I ACa 125/13***

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

***Dnia 17 lipca 2013 r.***

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie:

***Przewodniczący – Sędzia SA – Edyta Jefimko***

***Sędzia SA – Zbigniew Stefan Cendrowski***

***Sędzia SO del. – Joanna Zaporowska /spr./***

***Protokolant – ref. staż. Julia Murawska***

po rozpoznaniu w dniu 17 lipca 2013 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z powództwa D. K. i M. K. (1)

przeciwko (...) Spółce Akcyjnej w W.

o zapłatę

i z powództwa wzajemnego (...) Spółki Akcyjnej w W.

przeciwko D. K. i M. K. (1)

o zapłatę

na skutek apelacji (...) Spółki Akcyjnej w W.

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 2 października 2012 r. sygn. akt I C 471/11

***1. umarza postępowanie apelacyjne w zakresie zaskarżenia rozstrzygnięcia co do powództwa wzajemnego;***

***2. oddala apelację;***

***3. zasądza od (...) Spółki Akcyjnej w W. na rzecz D. K. i M. K. (1) kwotę 2700 (dwa tysiące siedemset) zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego za postępowanie apelacyjne.***

Sygn. akt I ACa 125/13

## UZASADNIENIE

Powodowie D. K. i M. K. (1) wnieśli o zasądzenia od pozwanej (...) S.A. z siedzibą w W. kwoty 31.657,50 zł z odsetkami ustawowymi od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty, tytułem kary umownej ustanowionej przez strony w § 15 ust. 2 umowy przedwstępnej z dnia 7 marca 2007 r. Powodowie domagali się także zasądzenia na ich rzecz solidarnie od pozwanej kwoty 1404,84 zł z odsetkami ustawowymi od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty tytułem zwrotu kosztów ubezpieczenia pomostowego kredytu hipotecznego za okres od dnia 1 stycznia 2009 r. do dnia 30 czerwca 2009 r. oraz zwrotu kosztów procesu.

Pozwana (...) S.A. z/s w W. wniosła o oddalenie powództwa w całości oraz zwrot kosztów procesu. W uzasadnieniu pozwana wskazała, że zgodnie z umową przedwstępną z dnia 7 marca 2007 roku przedmiot umowy miał zostać wybudowany i udostępniony powodom do dnia 30 czerwca 2008 roku (§ 3 ust. 2). Stosownie do treści § 15 ust. 2 umowy przedwstępnej dopiero w przypadku niewywiązania się pozwanej z terminu określonego w § 3 tej umowy i przekroczenia go o ponad 6 miesięcy, powodom przysługiwałaby kara umowna w wysokości odsetek ustawowych liczonych od ceny określonej w § 4 ust. 1 umowy za każdy dzień zwłoki ale nie większy niż 10 % ceny, o której mowa w § 4 ust.1 umowy. Pozwana wywodziła, że nie uchybiła umownemu terminowi udostępnienia powodom lokalu, ustalonego na dzień 30 czerwca 2008 r., ponieważ nastąpiło to w dniu 1 grudnia 2008 r. Zanegowała, aby umowa z powódką zawierała niedozwolone klauzule umowne oraz zaprzeczyła by stosowała agresywną praktykę rynkową, korzystała z gotowych wzorców, a jedynie projektów umów, które podlegały negocjacji.

Pozwem wzajemnym (...) S.A. z siedzibą w W., wniósł o zasądzenie od pozwanych wzajemnych D. K. i M. K. (1), kwoty 100 000 zł z odsetkami w wysokości ustawowej liczonymi od dnia wniesienia pozwu wzajemnego do dnia zapłaty, tytułem dopłaty do pierwotnej ceny lokalu nr (...) zakupionego przez powodów w inwestycji (...) w W., ze względu na skokowy i nieprzewidywalny wzrost ceny tego lokalu mieszkalnego w latach 2006-2009 oraz zasądzenie od pozwanej wzajemnej na rzecz powoda wzajemnego kosztów procesu.

W odpowiedzi na pozew wzajemny pozwani wzajemni wnieśli o jego oddalenie, z zasądzeniem kosztów procesu wywołanych powództwem wzajemnym.

Sąd Okręgowy wyrokiem z dnia 2 października 2012 r.

I. zasądził od pozwanego (...) S.A. z siedzibą w W. solidarnie na rzecz powodów: M. K. (2) i M. K. (1) kwotę 23.169 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 23 kwietnia 2011 r. do dnia zapłaty;

II. w pozostałym zakresie powództwo oddalił;

III. zasądził od pozwanego (...) S.A. z siedzibą w W. na rzecz powodów: M. K. (2) i M. K. (1) kwotę 2129,70 zł tytułem zwrotu kosztów procesu;

IV. oddalił w całości powództwo wzajemne;

V. zasądził od pozwanego (...) S.A. z siedzibą w W. solidarnie na rzecz powodów: M. K. (2) i M. K. (1) kwotę 3.600 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w sprawie z powództwa wzajemnego.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

W dniu 7 marca 2007 r. strony zawarły umowę przedwstępną w formie pisemnej, w której pozwana (sprzedający) zobowiązała się do wybudowania i - po ustanowieniu odrębnej własności - do sprzedania powodom (kupującym) lokalu mieszkalnego nr (...) za cenę 458.174,00 zł wraz ze stanowiskiem parkingowym nr (...) i (...) oraz komórką lokatorską w realizowanej przez pozwaną inwestycji (...) w W.. W § 4 umowy strony ustaliły, że z tytułu sprzedaży lokalu wraz z udziałem w części wspólnej budynku oraz udziałem w działce, opisanymi w § 1 pkt 2 umowy, kupujący zapłaci na rzecz sprzedającego cenę 6.080 zł pomnożoną przez ilość metrów powierzchni użytkowej lokalu, liczoną zgodnie z § 2 niniejszej umowy oraz wartość zmian w aranżacji lokalu, o których mowa w § 20 pkt 2 umowy oraz 980 zł pomnożone przez ilość metrów powierzchni balkonu/logii/tarasu oraz 9.000 zł za magazynek oraz 15.980 zł za stanowisko parkingowe, powiększoną o obowiązujący podatek VAT, który w dniu zawarcia umowy wynosił 7% dla mieszkania, balkonu/logii/tarasu i magazynka oraz 22% dla stanowiska parkingowego (umowa § 4 k. 22). W § 3 ust. 2 umowy strony ustaliły, że lokal zostanie wybudowany i udostępniony kupującym w terminie do 30 czerwca 2008 r., a w § 4 ust. 2 umowy określono harmonogram płatności. Poszczególne

wpłaty miały następować wraz z zakończeniem – wykonaniem kolejnych etapów prac przez sprzedającego, przy czym przedostatnia rata (10%) miała nastąpić na 7 dni przed odbiorem lokalu, zaś pozostała jeszcze do zapłaty kwota z ceny nie później niż 7 dni przed zawarciem aktu notarialnego (umowy przyrzeczonej), o którym mowa w § 5 pkt 1 umowy. W § 6 wskazano, że po zakończeniu budowy sprzedający zawiadomi kupującego o dacie przeprowadzenia odbioru lokalu (ust. 1). W czasie przeprowadzenia odbioru lokalu zostanie spisany protokół potwierdzający wykonanie lokalu zgodnego z załącznikami oraz zostanie dokonany obmiar lokalu (ust. 2). Jeżeli w czasie odbioru lokalu będzie on zgodny ze specyfikacją wymienioną w załącznikach strony podpiszą protokół odbioru lokalu (ust. 3). Jeżeli strony stwierdzą, że lokal nie jest zgodny ze specyfikacją wymienioną w załącznikach strony podpiszą protokół odbioru lokalu pod warunkiem, że sprzedający zobowiąże się do wykonania w możliwie krótkim czasie wszelkich zaległych prac i naprawy małoistotnych usterek (ust. 4). Wydanie kluczy do lokalu nastąpi po uregulowaniu przez kupującego całej ceny (ust. 5). W § 14 zapisano, że jeżeli sprzedający przekroczy termin 30 czerwca 2008 r. o okres 6 miesięcy stronom przysługuje prawo rozwiązania umowy z zastrzeżeniem postanowień § 15 pkt 3 umowy, zgodnie z którym termin 30 czerwca 2008 r. może ulec przesunięciu bez skutków przewidzianych w § 14 pkt 1 umowy w wyniku działania siły wyższej, decyzji administracyjnych, zmiany przepisów oraz innych niezależnych od sprzedającego przeszkód powodujących przesunięcie terminu rozpoczęcia bądź zakończenia budowy. Zgodnie z § 15 ust. 2 umowy, jeżeli sprzedający nie wywiąże się z terminu, o którym mowa w § 3 umowy (30 czerwca 2008 r.) i przekroczy ten termin o ponad 6 miesięcy zapłaci na rzecz kupującego karę umowną w wysokości odsetek ustawowych liczonych od ceny, o której mowa w § 4 pkt 1 za każdy dzień zwłoki, ale nie więcej niż 10% ceny, o której mowa w § 4 ust. 1.

W dniu 10 marca 2007 r. do umowy zawarto aneks nr (...), zmianie uległ pkt 1 § 1 umowy w ten sposób, iż sprzedający zobowiązał się do wybudowania i ustanowienia odrębnej własności lokalu mieszkalnego nr (...) wraz ze stanowiskiem nr (...) na poziomie -1.

Aneks nr (...) został zawarty w dniu 19 grudnia 2008 r. i zmieniał stanowisko parkingowe z nr (...) na (...).

Aneks nr (...) został zawarty w dniu 25 lutego 2009 r. i dotyczył zmiany miejsca parkingowego z nr (...) na (...).

Aneks nr (...) został zawarty w dniu 4 sierpnia 2009 r., zmieniał postanowienia pkt 1 § 1 i pkt 1 § 4 oraz § 2, i tak sprzedający zobowiązał się do wybudowania i po ustanowieniu odrębnej własności do sprzedania kupującemu lokalu mieszkalnego nr (...) wraz z miejscem postojowym nr (...)i nr (...) na poziomie -1 w garażu podziemnym oraz magazynkiem nr (...)na piętrze 1, zwanego dalej lokalem zlokalizowanym na działce, o której mowa wyżej, na podstawie aktu notarialnego, w stanie wolnym od jakichkolwiek obciążeń. Plan lokalu stanowi załącznik nr 1, plan lokalizacji stanowisk parkingowych stanowi załącznik nr IB. Standard wykończenia lokalu opisany jest w załączniku nr 2 do niniejszej umowy. Natomiast w pkt 1 § 4 strony ustaliły, że z tytułu sprzedaży lokalu wraz z udziałem w części wspólnej budynku oraz udziałem w działce, opisanymi w § 1 pkt 2 niniejszej umowy kupujący zapłaci na rzecz sprzedającego cenę 6.080 zł pomnożoną przez ilość metrów powierzchni użytkowej lokalu liczonej zgodnie z § 2 niniejszej umowy oraz wartość zmian w aranżacji lokalu o których mowa w § 20 pkt 2 niniejszej umowy oraz 980 zł pomnożonej przez ilość metrów powierzchni balkonu/logii/tarasu oraz 9.000 zł za magazynek oraz 32.824,60 zł za stanowiska parkingowe, powiększoną o obowiązujący podatek VAT, który w dniu zawarcia umowy wynosi 7% dla mieszkania, balkonu/logii/tarasu oraz 22% dla stanowisk parkingowych. Zgodnie z § 2 różnica wynikająca ze zmiany ceny tj. 16500 zł brutto zostanie zapłacona przez kupującego w terminie 12 miesięcy od dnia podpisania aktu notarialnego.

W dniu 1 grudnia 2008 r. udostępniono lokal powodom (zgodne oświadczenie pełnomocników stron).

W dniu 25 czerwca 2009 r. pomiędzy stronami doszło do zawarcia umowy ostatecznej (przyrzeczonej) w formie pisemnej tj. umowy ustanowienia odrębnej własności lokalu mieszkalnego, na mocy której ustanowiono odrębną własność lokalu nr (...) o powierzchni 67,63 m<sup>2</sup>, w formie aktu notarialnego przed notariuszem J. J. za Nr Rep. (...), za cenę łączną 458.174 zł.

W związku z zawarciem umowy przyrzeczonej dopiero w dniu 25 czerwca 2009 r. powodowie obowiązani byli do uiszczenia na rzecz Banku (...) S.A. kwoty 1404,84 zł, tytułem obowiązkowego ubezpieczenia pomostowego kredytu hipotecznego za okres od 1 stycznia 2009 do 30 czerwca 2009 r.

Powyższy stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił w oparciu o dowody z zeznań świadków: Ł. J., A. F., K. P., M. M. i zeznań stron oraz z niezakwestionowanych co do autentyczności dokumentów złożonych do akt.

Dowód z zeznań świadka A. F. Sąd ocenił jako wiarygodny: świadek potwierdził, że możliwość negocjacji umów istniała w niewielkim zakresie, a zawierane umowy były jednolite, nieznanemu mu były przypadki wynegocjowania np. innego systemu naliczania kar umownych niż proponowany przez Spółkę.

Podobnie zeznania Ł. J., M. M.

i K. P. potwierdziły tezę powodów o niemożności negocjowania warunków umów praktycznie w żadnej części. W tym zakresie Sąd Okręgowy ocenił te dowody jako wiarygodne i mogące stanowić element stanu faktycznego. Pokrywały się one bowiem zarówno z twierdzeniami powodów jak i znalazły potwierdzenie w zeznaniach świadka A. F..

Dowód z przesłuchania powoda M. K. (1) Sąd Okręgowy ocenił jako wiarygodny i mogący stanowić podstawę ustaleń faktycznych w części dotyczącej okoliczności zawarcia umowy przedwstępnej i umowy ostatecznej, w tym braku jakiegokolwiek możliwości negocjacji jej postanowień.

Sąd dopuścił również dowód z przesłuchania świadka A. S., W. Ł., A. A. i M. O., którzy zgodnie przyznali, że do elementów umowy poddających się negocjacjom należał np. harmonogram spłat, wysokość rat, ilość rat lub cena oraz że każda taka umowa zawierała § 5 podobnej treści.

Na rozprawie w dniu 20 grudnia 2011 r. Sąd Okręgowy oddalił wniosek o przesłuchanie w charakterze strony A. N. oraz w charakterze świadków M. O. i A. S., na okoliczności wskazane w pozwie wzajemnym, uznając, że okoliczności, które pozwana zamierzała udowodnić za pomocą tych środków dowodowych są nieistotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Przy tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że uzasadnione jest powództwo w zakresie żądania zapłaty kary umownej z tytułu zwłoki w wydaniu lokalu w stosunku do umownie określonego terminu, jednak nie w wysokości żądanej przez powodów.

Niesporne pomiędzy stronami było to, że łączyła je umowa deweloperska, która należy do grupy umów nienazwanych. W umowie tej strony umowy: powodowie (osoby fizyczne), którzy budowany lokal zamierzali nabyć oraz pozwanej (przedsiębiorcy) ustanowili system kar umownych należnych m.in. kupującemu w razie uchybienia przez sprzedawcę (pozwaną) terminowi przewidzianemu na wydanie lokalu.

Spór w sprawie ogniskował się natomiast wokół kwestii prawnych: dokonania interpretacji postanowień umów łączących strony pod kątem ustalenia zgodnego zamiaru stron co do terminu wybudowania i udostępnienia powodom lokalu, co ma zasadnicze znaczenie dla oceny, czy pozwana wypełniła terminowo swe zobowiązanie umowne, czy też terminowi temu uchybiła. To z kolei warunkuje ocenę zasadności naliczania przez powodów kar umownych za cały okres zwłoki.

Strony zgodnie stwierdziły, że udostępnienie lokalu powodom nastąpiło w dniu 1 grudnia 2008 r., co zostało potwierdzone protokołem technicznym. Natomiast jak wynika z oświadczenia obydwu stron umowy ostatecznej zawartej w dniu 25 czerwca 2009 r., wydanie lokalu kupującemu nastąpiło w dniu 16 lutego 2009 r. (§ 9.1 aktu notarialnego).

Aby dokonać oceny żądania powódki, obejmującego karę umowną z tytułu nieterminowego wybudowania i udostępnienia lokalu mieszkalnego nr (...), należy dokonać wykładni oświadczeń woli stron zawartych w umowach regulujących ich wzajemne prawa i obowiązki (art. 65 § 2 k.c).

Decydująca jest rzeczywista wola stron, jeżeli okaże się, że strony nie przyjmowały tego samego znaczenia oświadczenia woli, wówczas właściwy dla prawa sens oświadczenia woli ustala się na podstawie przypisania normatywnego, czyli tak, jak adresat oświadczenia sens ten rozumiał i rozumieć powinien. Za wiążące uznać trzeba więc takie rozumienie oświadczenia woli, jakie wynikało z danego zapisu. Twórca umowy formułujący oświadczenie woli winien był uczynić to w taki sposób, aby treść zapisu była jasna dla obu stron umowy i nie poddawała się różnej interpretacji. Zawarte w art. 65 k.c. zasady tłumaczenia oświadczeń woli złożonych w formie pisemnej wymagają uwzględnienia całego złożonego oświadczenia woli, a nie tylko wybranego dowolnie fragmentu (Sąd Okręgowy powołał się przy tym na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 sierpnia 1994 r., I CKN 100/94, Lex nr 293258; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 stycznia 2002 r., V CKN 679/00, Lex nr 54342; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 września 2004 r., III CK 400/03, Lex nr 174201).

Mając to na uwadze Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że dla oceny znaczenia oświadczeń zawartych w umowie przedwstępnej z dnia 7 marca 2007 r., dotyczących kwestii terminu realizacji inwestycji oraz możliwości naliczania przez nabywcę kar umownych, wziąć należy pod uwagę to, że obydwie strony umowy przedwstępnej nie należą do tego samego rodzaju podmiotów tzn. pozwana Spółka jest profesjonalistą w branży budowlanej, więc doskonale odróżnia znaczenie słów typu: „wybudowanie”, „udostępnienie”, „wydanie” lokalu, natomiast powodowie nie są specjalistami w tej dziedzinie, z ich punktu widzenia najistotniejsze jest to, kiedy faktycznie wejdą w posiadanie lokalu, za który zapłacili.

W umowie przedwstępnej zawartej w formie pisemnej w dniu 7 marca 2007 r. wskazano, że lokal zostanie wybudowany i udostępniony kupującemu w terminie do 30 czerwca 2008 roku (§ 3 ust. 2 umowy), z którego przekroczeniem o określony czas powiązany został powiązany obowiązek zapłaty kary umownej (§ 15 ust. 2 umowy). Według treści art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

Sąd Okręgowy uznał, że skoro umowa z dnia 7 marca 2007 r. określała termin realizacji inwestycji na dzień 30 czerwca 2008 r., to w tym dniu pozwana Spółka zobowiązana była do udostępnienia powodom lokalu. Pozwana opóźniła się z wykonaniem swego zobowiązania umownego. Pozwana nie powoływała się w sprawie na brak swej winy w opóźnieniu udostępnienia lokalu, do którego doszło dopiero w dniu 1 grudnia 2008 r. Ta data, zdaniem Sądu Okręgowego, wyznacza moment, od którego zgodnie z umową należą się stronie powodowej odsetki ustawowe za zwłokę (kara umowna).

Zgodnie z art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. postanowienia umowy zawieranej z konsumentem niezgodnione indywidualnie nie wiążą go, jeżeli kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy (niedozwolone postanowienia umowne). Nie dotyczy to postanowień określających główne świadczenia stron, w tym cenę lub wynagrodzenie, jeżeli zostały sformułowane w sposób jednoznaczny. W myśl § 2 cytowanego przepisu, jeżeli postanowienie umowy zgodnie z § 1 nie wiąże konsumenta, strony są związane umową w pozostałym zakresie. Za niezgodnione indywidualnie uznaje się te postanowienia umowy, na których treść konsument nie miał rzeczywistego wpływu. W szczególności odnosi się to do postanowień umowy przejętych z wzorca umowy zaproponowanego konsumentowi przez kontrahenta (§ 3), natomiast § 4 stanowi, że ciężar dowodu, że postanowienie zostało uzgodnione indywidualnie, spoczywa na tym, kto się na to powołuje.

W wyroku z dnia 28 lutego 2008 r. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznał za niedozwolone postanowienie wzorca umowy o treści: „Strony oświadczają, że rozliczenie z tytułu umowy sprzedaży dokumentowanej niniejszym aktem notarialnym pomiędzy spółką a kupującymi zostały dokonane, a zatem wszelkie wzajemne roszczenia wynikające z łączącego ich stosunku prawnego uznają za zaspokojone i wygasłe” (sygn. akt XVII Amc 89/07, MSiG 2008/241/15694). Taki zapis wzorca umowy jest zbliżony do zapisów zawartych w § 5 umowy ustanowienia odrębnej własności lokalu nr (...) i jego sprzedaży z dnia 25 czerwca 2009 roku, tj. „ Strony niniejszej umowy oświadczają, że w dniu 7 marca 2007 roku zawarły w formie pisemnej umowę przedwstępną sprzedaży lokalu mieszkalnego i miejsca parkingowego, będących przedmiotem niniejszej umowy, zmienioną późniejszym aneksem, i oświadczają, że

zawierając niniejszą umowę są rozliczone z tytułu wszelkich umów między sobą zawartych oraz innych zobowiązań i nie zachowują względem siebie żadnych roszczeń wynikających z tych umów, za wyjątkiem roszczeń z tytułu zawarcia opisanej w §7 umowy sprzedaży udziału we własności lokalu niemieszkalnego – hali garażowej, a także roszczeń z tytułu rękojmi i gwarancji oraz opłat czynszowo-administracyjnych”.

Powodowie zawierając umowę działali jako konsumenci, w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego regulujących problematykę klauzul abuzywnych. Zdaniem Sądu Okręgowego za niewiążące postanowienia zawarte w przedmiotowej umowie należało uznać te, które uzależniały obowiązek zapłaty kary umownej za nieterminowe spełnienie świadczenia przez pozwaną od przekroczenia terminu o 6 miesięcy, ograniczające górną wysokość tej kary, oraz te, które stanowią o zrzeczeniu się wszelkich roszczeń wynikających z zawartych umów. Postanowienia takie są niedozwolone z mocy art. 385<sup>(1)</sup> § 1 k.c., a pozwana nie udowodniła – wbrew obowiązkowi wynikającemu z § 4 przywołanego przepisu - że wskazane postanowienia umowne zostały uzgodnione indywidualnie pomiędzy stronami i nie stanowiły standardowego wzorca umowy, który nie podlegał negocjacji. W oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy - w szczególności jednolite w tej mierze wypowiedzi powoda M. K. (1) oraz świadków A. F., Ł. J., M. M. i K. P. Sąd Okręgowy uznał, że powodowie nie mieli żadnego wpływu na brzmienie zawartej z pozwaną umowy, a jej poszczególne postanowienia - w tym analizowany § 5 umowy i § 15 ust. 2 umowy przedwstępnej z dnia 7 marca 2007 r. - nie zostały uzgodnione indywidualnie (możliwość negocjacji dotyczyła jedynie ubocznych kwestii np. terminu zapłaty pierwszej raty czy formy umowy przedwstępnej, co potwierdził w swoich zeznaniach W. Ł., M. O. i A. A..

Ponadto zdaniem Sądu Okręgowego zastrzeżona w § 15 umowy przedwstępnej możliwość sześciomiesięcznego opóźnienia wyłączającego roszczenia z tytułu kary umownej narusza rażąco interesy konsumenta (ograniczając odpowiedzialność względem niego). W umowie nie zostało zawarte podobne postanowienie umowne na rzecz samego konsumenta i dodatkowo w § 15 ust. 3 przewidziano wyłączenie kary umownej z kilku przyczyn niezależnych od pozwanego (siła wyższa, decyzje administracyjne, zmiany przepisów oraz inne niezależne od sprzedającego przeszkody powodujące przesunięcie terminu rozpoczęcia bądź zakończenia budowy). Wprowadzenie dodatkowego terminu sześciomiesięcznego osłabia i podważa realność zobowiązania z § 3 ust. 2 umowy. Termin wykonania zobowiązania jest jednym z podstawowych elementów tego rodzaju umowy i nabiera szczególnego znaczenia dla konsumenta, zwłaszcza w przypadku finansowania zakupu poprzez kredyt. Wprowadzenie zapisu umownego o dacie spełnienia świadczenia powinno zachować swoje realne znaczenie w umowie, a odstępstwo od takiego zobowiązania powinno wynikać z określonych okoliczności, które przedsiębiorca podejmujący się określonego zobowiązania i dysponujący stosownym doświadczeniem zawodowym powinien przewidywać.

Podsumowując, skoro postanowienia umowne uzależniające obowiązek zapłaty kary umownej od przekroczenia terminu do spełnienia świadczenia przez sprzedawcę, ograniczające jej wysokość oraz stanowiące o zrzeczeniu się wszelkich roszczeń wynikających z zawartych umów, są niedozwolone i niewiążące, to wobec wykazanego faktu pozostawania w zwłoce przez pozwaną przez okres od 1 lipca 2008 r. do 30 listopada 2008 r., pozwana zobligowana jest do zapłaty na rzecz powodów kary umownej równej odsetkom ustawowym za okres zwłoki liczony od ceny brutto za lokal. Powodowie wywiązali się w całości i terminowo ze swoich obowiązków związanych z zapłatą kolejnych transz. Tak ustalona kara umowna wynosi 23.169 zł. Dla wyliczenia jej wysokości uwzględniono, że pozwany dopuścił się 154 dni opóźnienia, w związku z wydaniem lokalu dopiero 1 grudnia 2008 r., zamiast 30 czerwca 2008 r.

Natomiast jeśli chodzi o wskazania co do ceny to wiążące były te uczynione w umowie przedwstępnej, albowiem zmiana uczyniona w aneksie nr (...) do umowy była późniejsza niż okres za który powodowie żądali naliczenia kary umownej.

W związku z powyższym zmiana ta nie może oddziaływać na wysokość kary umownej. Do obliczeń należało uwzględnić wartości brutto, czyli powiększoną o podatek VAT. Powierzchnię lokali wraz z pomieszczeniami przynależnymi, które składały się na podstawie iloczynu, Sąd uwzględnił w wymiarze faktycznym, czyli takim jaki podany jest w umowie przyrzeczonej.

O odsetkach od zasądzonej należności z tytułu kary umownej za zwłokę w wydaniu lokalu Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 481§ 1 i 2 k.c. w zw. z art. 455 k.c. uznając, że pozwana popadła w stan opóźnienia od dnia następnego po wezwaniu jej do zapłaty kwoty dochodzonej pozwem, co nastąpiło z chwilą doręczenia jej odpisu pozwu, a dalej idące żądanie w tym zakresie (tj. od dnia wniesienia pozwu do chwili jego doręczenia stronie pozwanej), podlegało oddaleniu.

Oдноśnie żądania zasądzenia na rzecz powodów solidarnie od pozwanej kwoty 1404,84 zł z odsetkami ustawowymi od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty tytułem zwrotu kosztów ubezpieczenia pomostowego kredytu hipotecznego za okres od dnia 1 stycznia 2009 r. do dnia 30 czerwca 2009 r., Sąd Okręgowy zauważył, że zgodnie z art. 484 § 1 k.c. (zdanie drugie) żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły. Nie jest więc dopuszczalne domaganie się zapłaty odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary umownej, jeżeli ani w umowie, ani w przepisach regulujących dany rodzaj zobowiązania, nie zastrzeżono możliwości żądania zapłaty odszkodowania do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody. Wobec powyższego żądanie w tym zakresie zostało oddalone.

Oдноśnie powództwa wzajemnego Sąd Okręgowy stwierdził, że jest ono w całości nieuzasadnione. Podstawę roszczenia stanowił art. 357<sup>1</sup> k.c.

Zdaniem Sądu Okręgowego wzrost wartości cen nieruchomości nie może być w żaden sposób identyfikowany za stratą powoda wzajemnego, wyrażającą się różnicą w cenie konkretnej nieruchomości objętej umową zawartą przez strony w czerwcu 2007 r., a możliwą do uzyskania ceną za analogiczny lokal w latach późniejszych. Z punktu widzenia przesłanek określonych w art. 357<sup>1</sup> k.c. nie może mieć znaczenia to o ile wzrosła w okresie realizacji umowy wartość lokalu, ale ewentualnie o ile wzrosły koszty budowy 1 m<sup>2</sup> lokalu, gdyż tylko te mogłyby ewentualnie wpływać na stratę powoda wzajemnego, gdyby ich wzrost sprawił, że ustalona w umowie cena za analogiczną powierzchnię, nie pokryłaby kosztów jej wytworzenia (i ta różnica byłaby nadto rażąca w myśl powołanego uregulowania). Oczywiście, że wzrostem cen nieruchomości, mogą współwystępować inne zjawiska gospodarcze (wzrost kosztów robocizny czy też cen gruntów), wpływające na wynik ekonomiczny dewelopera, jednak powód wzajemny nie wykazał w żaden sposób, że na ich skutek poniósł stratę.

Powód wzajemny zakupił grunt pod inwestycję w 2005 r., a więc przed wzrostem cen nieruchomości, a pozwani wzajemni zgodnie z umową łączącą strony nie uiszczali ceny po zakończeniu budowy jednorazowo, ale stopniowo, po realizacji kolejnych etapów budowy. Transze powiązane były z postępem robót, co zabezpieczało dewelopera przed ryzykiem wzrostu kosztów budowy. Powód wzajemny nie wykazał, że poniósł stratę na skutek wykonania umowy łączącej go z pozwanymi wzajemnymi.

Nadto Sąd Okręgowy zaznaczył, że stosunek prawny łączący strony wygasł z chwilą wykonania przez strony świadczeń wzajemnych (nastąpiło to w dacie podpisania umowy przyrzeczonej), a w konsekwencji brak jest podstaw do kształtowania przez Sąd stosunku zobowiązaniowego w oparciu o instytucję uregulowaną w art. 357<sup>1</sup> k.c..

Z tych wszystkich względów powództwo wzajemne o zapłatę kwoty 100.000 zł Sąd Okręgowy oddalił całości.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c., art. 100 k.p.c. i 108 § 1 k.p.c., ustalając wysokość zwrotu kosztów procesu proporcjonalnie do stosunku wygranej tj. kwotę 2129 zł (pkt. III wyroku) oraz koszty zastępstwa procesowego powodów (pозwanych wzajemnych) zgodnie z § 6 ust. 5 i 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę z urzędu (Dz.U. nr 163, poz. 1349 ze zm.).

Apelację od wyroku Sądu pierwszej instancji w części obejmującej punkty I, III, IV i V wniósł pozwany (powód wzajemny). Wyrokowi zarzucił:

1) naruszenie prawa materialnego przez błędną wykładnię przepisu art. 353<sup>1</sup> k.c. i art. 483 k.c. oraz § 15 umowy przedwstępnej z dnia 7 marca 2007, polegające na błędnej interpretacji wyżej wymienionych przepisów i zapisu umowy skutkującym błędnym przyjęciem, że:

a) doszło do nienależytego wykonania umowy przedwstępnej z 7 marca 2007 r., podczas gdy w/w umowa została wykonana przez pozwaną Spółkę zgodnie z jej treścią i zgodnym zamiarem stron, tj. lokal udostępniono w dopuszczalnym okresie wydłużenia realizacji inwestycji i wydano klientowi po zapłaceniu przez kupującego 100% ceny za lokal,

b) postanowienia umów przedwstępnej i przyrzeczonej nie zostały indywidualnie wynegocjowane i zostały narzucone powodowi wbrew ich woli, podczas gdy powodowie przez cały okres współpracy z pozwaną Spółką nie zgłaszali jej żadnych uwag i zastrzeżeń co do podpisywanych umów, mimo iż posiadali możliwość negocjowania umów,

2) naruszenie przepisów prawa materialnego przez błędną interpretację art. 353<sup>1</sup> k.c. oraz § 5 umowy ustanowienia odrębnej własności lokalu mieszkalnego i jego sprzedaży z dnia 25 czerwca 2009, polegającej na błędnej interpretacji w/w przepisu i zapisów umowy przyrzeczonej skutkującej błędnym przyjęciem, że:

a) pozwana Spółka jest zobowiązana do zapłaty kary umownej w postaci odsetek za opóźnienie w udostępnieniu lokalu powodowi, podczas gdy strony dobrowolnie zrzekły się wzajemnych roszczeń w umowie ustanowienia odrębnej własności lokalu mieszkalnego z dnia 25 czerwca 2009r.,

b) zapis w umowie przyrzeczonej o wzajemnym zrzeczeniu się roszczeń godzi w równowagę kontraktową stron, podczas gdy zrzeczenie się roszczeń obejmowało obie strony transakcji,

3) naruszenie prawa procesowego, tj. art. 233 § 1 k.p.c. przez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, polegającego na niewyjaśnieniu przyczyn, dla których dowodom z zeznań świadków M. O., A. S., A. A. i W. Ł. Sąd odmówił wiarygodności opierając się jedynie na zeznaniach świadków strony powodowej,

4) naruszenie prawa procesowego tj. art. 328 § 2 k.p.c. poprzez niewłaściwe uzasadnienie wyroku, polegające na niewyjaśnieniu przyczyn, dla których dowodom z zeznań świadków M. O., A. S., A. A. i W. Ł. Sąd odmówił wiarygodności opierając się jedynie na zeznaniach świadków strony powodowej,

5) naruszenie prawa procesowego tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i wybiórczą oraz jednostronną analizę zeznań świadków, którego skutkiem jest bezpodstawny zarzut pozbawienia powodów możliwości negocjowania postanowień umowy przedwstępnej z dnia 7 marca 2007 r. i przyrzeczonej z dnia 25 czerwca 2009 r.,

6) naruszenie prawa procesowego tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, którego skutkiem jest bezpodstawny zarzut nieudowodnienia przez pozwaną Spółkę, że wskazane postanowienia umowne zostały uzgodnione indywidualnie między stronami, podczas gdy pozwana Spółka wskazała w sprawie konkretnych świadków za pośrednictwem których wykazała możliwość negocjacji kontraktu,

7) naruszenie art. 385<sup>1</sup> k.c. przez zbyt ogólne stwierdzenie stosowania przez pozwaną wobec powodów niedozwolonych klauzul umownych,

8) naruszenie prawa procesowego tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, przez oddalenie istotnego wniosku dowodowego pozwanej o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego co do wyceny nieprzewidywalnego wzrostu wartości lokalu strony powodowej na skutek czego nie wyjaśniono okoliczności istotnej dla rozstrzygnięcia sprawy co doprowadziło do błędnego ustalenia faktycznego, polegającego na przyjęciu, że nie istniała strata po stronie pozwanej,



9) nierozpoznanie istoty sprawy – powództwa wzajemnego – poprzez niedokonanie analizy podstaw i zasadności roszczenia z pozwu wzajemnego i oddalenie wniosków dowodowych w tym zakresie.

W konkluzji apelująca Spółka wniosła o zmianę wyroku poprzez oddalenie powództwa w zakresie punktów I, III, IV i V, ewentualnie uchylenie wyroku Sądu Okręgowego i przekazanie sprawy do ponownego rozpatrzenia.

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

Na rozprawie przed Sądem drugiej instancji w dniu 17 lipca 2013 r. pełnomocnik pozwanej Spółki (powódki wzajemnej) oświadczył, że ogranicza zakres apelacji do punktów I i III wyroku, natomiast cofa apelację w pozostałym zakresie, tj. co do rozstrzygnięcia o powództwie wzajemnym. Pełnomocnik powodów wnosił o odrzucenie apelacji.

Oświadczenie o cofnięciu apelacji nie podlega kontroli sądu (v.: uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2000 r. III CZP 6/00 LEX nr 40100, postanowienie Sądu Najwyższego z 30 maja 2001 r. III CA 2/01 LEX nr 550958). W przypadku cofnięcia apelacji nie znajduje zastosowania art. 203 § 1, 2 i 4 k.p.c., w szczególności dla możliwości umorzenia postępowania apelacyjnego nie ma znaczenia stanowisko strony przeciwnej w tej kwestii ani też etap postępowania apelacyjnego, byleby tylko nie doszło jeszcze do wydania wyroku przez sąd II instancji (v.: Kodeks postępowania z komentarzem pod red. M. Manowskiej Warszawa 2011 r., t. 1 s.747). Mając to na uwadze Sąd Apelacyjny umorzył postępowanie apelacyjne w zakresie rozstrzygnięcia dotyczącego powództwa wzajemnego na podstawie art. 391 § 2 k.p.c.

Odnosnie apelacji pozwanej Spółki w pozostałym zakresie należy stwierdzić, że nie ma ona uzasadnionych podstaw.

W pierwszej kolejności istnieje konieczność odniesienia się do zarzutów naruszenia prawa procesowego, od ich trafności z kolei zależy bowiem ocena prawidłowości poczynionych przez Sąd pierwszej instancji ustaleń faktycznych. Ze sformułowanymi w apelacji zarzutami naruszenia prawa procesowego nie można się zgodzić. W szczególności nie można podzielić poglądu o naruszeniu przez ten Sąd zasady swobodnej oceny dowodów wyrażonej w art. 233 § 1 k.p.c. przez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, a to przyczyn dla których odmówił wiarygodności zeznaniom świadków M. O., A. S., A. A. i W. Ł. oraz wybiórczo i jednostronnie potraktował te zeznania. Należy stwierdzić, że Sąd Okręgowy uznał zeznania wskazanych świadków za wiarygodne co do tego, że możliwość negocjacji umów między stronami dotyczyła jedynie ubocznych kwestii np. terminu zapłaty pierwszej raty czy formy umowy przedwstępnej. To wynika bowiem z ich zeznań, natomiast co do pozostałych okoliczności związanych z zawieraniem umów z klientami pozwanej Spółki świadkowie ci wypowiadali się bardzo ogólnikowo. Odnosnie szczegółowych negocjacji Sąd Okręgowy uznał natomiast za miarodajne zeznania pozostałych świadków i szczegółowo je omówił, co znalazło wyraz w uzasadnieniu orzeczenia. Osoby te były klientami strony pozwanej, zawierały z nią umowy analogiczne jak powodowie, prowadziły rozmowy z przedstawicielami Spółki, stąd miały bardzo szczegółowe i wiarygodne informacje o tym, jak wyglądały negocjacje w praktyce. Sąd Okręgowy prawidłowo uznał na podstawie tych zeznań, że negocjacje odnośnie będącego przedmiotem zainteresowania w niniejszej sprawie § 15 umowy z dnia

7 marca 2007 r. oraz § 5 umowy z dnia 25 czerwca 2009 r. były praktycznie niemożliwe. Świadek Ł. J. precyzyjnie opisał, że kiedy nie chciał podpisać umowy przyrzeczonej ze zrzeczeniem się kary umownej pozwana Spółka wypowiedziała mu umowę. Interweniował w Spółce i powiedziano mu, że istnieje możliwość podpisania umowy jedynie na warunkach narzuconych przez nią. Odebrał działanie Spółki jako szantaż. Według świadka nie było też żadnych możliwości negocjowania zapisów umowy zwanej przedwstępną. Jednoznaczne były również zeznania świadka A. F., który próbował zmienić niektóre zapisy obydwu umów, zawieranych z pozwaną Spółką, ale spotkał się z odmową. Opóźnienie w wybudowaniu jego lokalu wynosiło już 11 miesięcy, zgłosił roszczenia, a wówczas pozwana rozwiązała z nim umowę. Umowę przyrzeczoną podpisał po interwencji Miejskiego Rzecznika Konsumentów. O braku możliwości jakichkolwiek negocjacji umów zeznawał też M. M., który ostatecznie podpisał akt notarialny z obawy o wypowiedzenie mu umowy kredytowej przez bank. Jedynie świadek K. P. zdołał wynegocjować wykreślenie w umowie notarialnej punktu o wzajemnym zrzeczeniu się roszczeń, ale był to pierwszy taki przypadek, bo jak stwierdził świadek „był to środek podpisywania aktów notarialnych” i „mniej więcej od tego momentu pojawiła się

taktyka podpisywania aktów bez zrzeczenia się roszczeń”. Z zeznań powoda wynikało, że w jego przypadku nie było żadnych możliwości negocjowania zapisów umów o karze umownej i zrzeczeniu się roszczeń. Powód miał świadomość swojej złej pozycji jako strony stosunku zobowiązaniowego łączącego go z pozwaną Spółką, bowiem kontaktował się z innymi osobami w podobnej sytuacji.

Jak z powyższego wynika ustalenia Sądu Okręgowego co do braku możliwości negocjacji umów zawieranych przez powoda mają oparcie w dowodach z zeznań świadków i powoda, którym dał wiarę. Ocena materiału dowodowego dokonana przez Sąd pierwszej instancji nie jest więc wybiórcza, jest zgodna z zasadami doświadczenia życiowego i logiki, zaś apelujący nie zdołał jej skutecznie podważyć z tej tylko przyczyny, że ocenia sprawę inaczej.

Nie jest też trafny zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 328 § 2 k.p.c. Za dominujący w orzecznictwie można uznać pogląd, że o uchybieniu przepisowi art. 328 § 2 k.p.c. można by mówić jedynie wtedy, gdyby uzasadnienie zaskarżonego orzeczenia nie zawierało danych pozwalających na kontrolę tego orzeczenia (v. np.: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2001 r. ICKN 185/01 LEX nr 52726). Uzasadnienie zaskarżonego wyroku w sposób dostateczny wyjaśnia przyczyny, dla których Sąd Okręgowy oparł się na wskazanych wyżej dowodach osobowych.

Reasumując należy zatem stwierdzić, że nie doszło do zarzucanych naruszeń prawa procesowego, ustalony stan faktyczny ma oparcie w przeprowadzonych dowodach, zaś Sąd Apelacyjny przyjmuje go za własny, czyniąc podstawą rozstrzygnięcia.

Sąd Apelacyjny akceptuje również wywód prawny przeprowadzony przez Sąd Okręgowy w uzasadnieniu wyroku. Ustosunkowując się do zawartych

w apelacji zarzutów naruszenia prawa materialnego należy zauważyć, że Sąd ten nie naruszył art. 353<sup>1</sup> k.c., który wyznacza granice swobody umów. Granice te zostały w omawianym przypadku przekroczone, gdyż dowiedzione zostało, że tak umowa deweloperska z 7 marca 2007 r. (zwana przedwstępna), jak i umowa z dnia 25 czerwca 2008 r., zawierały klauzule niedozwolone, których negocjowanie przez powodów nie było możliwe. Definicję klauzul niedozwolonych zawiera art. 385<sup>1</sup> k.c. który stanowi, że postanowienia umowy zawieranej z konsumentem nie uzgodnione indywidualnie nie wiążą go, jeżeli kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy. Zgodnie z art. 385<sup>1</sup> § 4 k.c. ciężar dowodu, że postanowienie zostało uzgodnione indywidualnie, spoczywa na tym, kto się na to powołuje. Pozwana nie wykazała, że sporne postanowienia zostały wynegocjowane. Powodowie nie mieli żadnej możliwości kształtowania treści spornych zapisów mając świadomość, że umowa

z modyfikacjami nie zostanie z nimi zawarta. Wiedzieli to choćby ze sposobu w jaki traktowani byli inni klienci Spółki, gdyż klienci ci kontaktowali się ze sobą, a nawet utworzyli w tym celu forum internetowe oraz interweniowali w sprawie praktyk pozwanej Spółki u Miejskiego Rzecznika Konsumentów.

Nie ulega wątpliwości, że rażąco narusza interesy jednej ze stron możliwość naliczenia przez nią kary umownej, pomimo nieterminowego wykonania umowy przez drugą stronę, dopiero po przekroczeniu o sześć miesięcy terminu wybudowania i udostępnienia lokalu. Tego rodzaju zapis umowy rażąco narusza interes konsumenta, na rzecz którego nie zastrzeżono analogicznego, symetrycznego uprawnienia. Przeciwnie pozwana Spółka była uprawniona do pobierania odsetek za ewentualne opóźnienie w zapłacie rat przez powodów bez żadnych ograniczeń.

Sąd Okręgowy uznając więc zapisy § 15 ust. 2 umowy deweloperskiej za niedozwoloną klauzulę umowną nie naruszył przepisu art. 483 k.c., stanowiącego definicję kary umownej. Zastrzeżenie kary tej było dozwolone, jednak uzależnienie możliwości jej naliczenia od upływu dodatkowego sześciomiesięcznego terminu od wybudowania i udostępnienia lokalu stanowiło niedopuszczalne, rażące naruszenie interesu konsumenta. Ograniczenia odpowiedzialności dewelopera przez wprowadzanie terminu, po upływie którego klient może skorzystać z uprawnienia do żądania zapłaty kary umownej uznane zostały za postanowienia niedozwolone wyrokiem SOKiK z dnia 17 sierpnia 2006 r. (sygn. XVII Amc 100/05 LEX nr 240747).

Nie można uznać też za uprawnione zawarte w apelacji twierdzenie, że dla stron wiążące było zawarte w § 5 umowy notarialnej stwierdzenie o zrzeczeniu się wzajemnym roszczeń.

Wskazane przez Sąd Okręgowy orzeczenie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 28 lutego 2008 r. wydane w sprawie sygn. XVII Amc 89/07 MSiG 2008/241/15694) jest wcześniejsze niż data zawarcia między stronami umowy z dnia 25 czerwca 2009 r. Stosowanie klauzuli wpisanej do rejestru niedozwolonych postanowień umownych prowadzonego przez Prezesa UOKiK (o którym mowa w art. 479<sup>(45)</sup> k.p.c.) może być uznane w stosunku do innego przedsiębiorcy za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 13 lipca 2006 r. III SZP 3/06 LEX nr 197804), ponadto prawomocny wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, od chwili wpisania uznanego za niedozwolony postanowienia wzorca umowy do rejestru, wywołuje skutki wobec osób trzecich, a więc charakteryzuje się rozszerzoną prawomocnością (art. 479<sup>(43)</sup> k.p.c.). Trafnie zatem Sąd Okręgowy wskazał, że analogiczny zapis do zawartego w umowie stron

z dnia 25 czerwca 2009 r., uznany już został za klauzulę niedozwoloną, co wywołuje skutki wobec osób trzecich, a więc i stron niniejszej sprawy. Gdyby nawet uznać, że rozszerzona prawomocność polega na tym, że konsumenci mogą powoływać się na skutki uznania za niedozwoloną klauzuli i zakazu jej stosowania wyłącznie wobec podmiotu, wobec którego to orzeczono (v.: wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 7 marca 2005 r. XVII Ama 6/04 LEX nr 156794), nie ma przeszkód by w dokonaniu kontroli incydentalnej, której skutkiem jest stwierdzenie bezskuteczności konkretnego postanowienia umowy na podstawie art. 385<sup>(1)</sup> § 1 k.p.c. (v. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 25 października 2012 r. I CZ 135/12 LEX nr 1293690). Tymczasem § 5 umowy z dnia 25 czerwca 2009 r. zawierający zapis o dokonaniu rozliczenia z tytułu umowy sprzedaży między stronami, i wzajemnym uznaniu roszczeń wynikających z łączącego je stosunku prawnego za zaspokojone i wygasłe, stanowi wprost klauzulę niedozwoloną zawartą w katalogu wyszczególnionym w art. 385<sup>(3)</sup> pkt. 2) k.p.c. Przepis ten stanowi, że w razie wątpliwości uważa się, że niedozwolonymi postanowieniami umownymi są te, które w szczególności wyłączają lub istotnie ograniczają odpowiedzialność względem konsumenta za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Jak natomiast trafnie wskazuje Anna Kamińska w komentarzu: Niedozwolone klauzule umowne w umowach deweloperskich (LEX nr 129672): nie ma najmniejszych wątpliwości, iż wszelkie postanowienia zmierzające do ograniczenia czy wyłączenia odpowiedzialności dewelopera z tytułu niewykonania bądź nienależytego wykonania umowy deweloperskiej, są klauzulami abuzywnymi. Wynika to wprost z treści art. 385<sup>(3)</sup> pkt 2 k.c.

Wbrew opinii apelującej Spółki to, że powód zawierał umowę deweloperską z dnia 7 marca 2007 r., a następnie umowę przeniesienia własności lokalu z dnia 25 czerwca 2009 r., nie będąc „pod presją” (którą apelująca błędnie rozumie wyłącznie jako przymus bezpośredni) nie oznacza braku możliwości ustalenia abuzywności zapisów umów. Odmienne rozumowanie zaprezentowane w apelacji prowadziłyby bowiem do interpretacji przepisów o zakazie stosowania wobec konsumentów niedozwolonych postanowień umownych sprzecznie z dyrektywą nr 93/13/WE z 5 kwietnia 1993 r. o nieuczciwych warunkach w umowach konsumenckich (Dz. Urz. WE z 1993 r. L 95, s.29), będącą m.in. podstawą implementacji tych przepisów do polskiego porządku prawnego.

Mając powyższe na uwadze apelację, w części dotyczącej powództwa głównego, należało oddalić jako niezasadną (art. 385 k.p.c.). Wobec cofnięcia apelacji z powództwa wzajemnego bezprzedmiotowe stały się zarzuty apelacji zawarte w jej punktach 8 i 9.

Podstawą rozstrzygnięcia o kosztach procesu w instancji odwoławczej były przepisy art. 98 § 1 i 3 i art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., jak również § 6 pkt 6 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 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. Nr 163, poz. 1349 ze zm.), przy przyjęciu, że powoda wzajemnego należy uznać również za przegrywającego sprawę w zakresie orzeczenia o tym powództwie (art. 391 § 2 w zw. z art. 203 § 2 zd. 2 k.p.c.).