

Cezary Banasiński\*  
Monika Bychowska\*\*

## Między efektywnością administracji a pewnością sytuacji prawnej przedsiębiorców

(uwagi do ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego)

### Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Nowy instrument ochrony konsumentów
- III. Specyfika decyzji o zakończeniu postępowania w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone
- IV. Przesłanki uchylenia decyzji o uznaniu postanowień wzorca umowy za niedozwolone
- V. Istota wpisu do rejestru klauzul abuzywnych
- VI. Nowa nazwana praktyka naruszająca zbiorowe interesy konsumentów
- VII. „Pozaprocesowe” uprawnienia Prezesa UOKiK
- VIII. Decyzje tymczasowe w sprawach konsumenckich
- IX. Instytucja „tajemniczego klienta”
- X. Podsumowanie

### Streszczenie

Niniejsza publikacja dokonuje oceny zmian wprowadzanych do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zmiany dotyczą w szczególności zakresu i sposobu ochrony słabszych uczestników rynku przed związaniem ich umowami zawartymi z przedsiębiorcami, które zawierałyby niedozwolone postanowienia umowne. Nowelizacja ustawy przeorientowuje dotychczasowy system orzekania w sprawach dotyczących klauzul abuzywnych, a także wprowadza stypizowaną praktykę naruszającą interesy konsumentów na rynkach finansowych. Nowe regulacje dają Prezesowi UOKiK wysoki poziom dyskrecjonalności w zakresie orzekania; praktyka stosowania przyjętych rozwiązań pokaże dopiero czy zakładane przez ustawodawcę podwyższenie poziomu ochrony konsumentów w istocie zostanie osiągnięte.

**Klasyfikacja i słowa kluczowe:** K21, K20; konsument, ochrona konsumenta, usługi finansowe, tajemniczy klient, niedozwolone postanowienia umowne, ochrona zbiorowych interesów konsumentów, pewność prawa.

\* Doktor nauk prawnych; Instytut Prawa Konkurencji; e-mail: mbychowska@instytutkonkurencji.pl.

\*\* Doc. doktor nauk prawnych; Zakład Publicznego Prawa Gospodarczego i Prawa Bankowego w Instytucie Nauk Prawno-Administracyjnych WPiA UW oraz Instytut Prawa Konkurencji; e-mail: cbanasinski@instytutkonkurencji.pl.

## I. Wprowadzenie

W dniu 5 sierpnia 2015 r. Sejm RP uchwalił ustawę o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>1</sup>. Intencją wprowadzanych zmian jest wzmocnienie skuteczności systemu eliminowania z obrotu niedozwolonych postanowień wzorców umów zawieranych z konsumentami, tj. takich, które – zgodnie z art. 385<sup>1</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny – kształtują prawa i obowiązki konsumentów w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając ich interesy, z wyjątkiem postanowień określających główne świadczenia stron, sformułowanych w sposób jednoznaczny. Dotychczasowy system eliminowania z obrotu niedozwolonych postanowień wzorców umów oparty był na ocenie tych postanowień przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który orzekał o uznaniu danego postanowienia za niedozwolone i zakazywał jego wykorzystywania. Prawomocne orzeczenie sądu legitymowało Prezesa UOKiK do dokonania wpisu takiego postanowienia do rejestru postanowień wzorców umownych uznanych za niedozwolone, a następnie – w przypadku stosowania tego postanowienia przez przedsiębiorcę – do wszczęcia postępowania w sprawie praktyki naruszającej zbiorowy interes konsumentów i ewentualnego nałożenia na niego kary pieniężnej. W ocenie projektodawców ustawy obowiązujący system nie zapewniał skutecznej eliminacji niedozwolonych postanowień wzorców umów z obrotu; stan ten pogłębiany miał być przy tym rozbieżnościami w orzecznictwie sądów, w tym Sądu Najwyższego w odniesieniu do tzw. rozszerzonej prawomocności materialnej wyroków uznających powództwo w tych sprawach, co powodowało niepewność sytuacji prawnej po stronie przedsiębiorców. Należy także zaznaczyć, że dotychczasowy charakter prawny wpisu do rejestru wywoływał istotne wątpliwości natury konstytucyjnoprawnej, gdyż – jak podnosi się w literaturze – wpis miał charakter quasi-prawotwórczy, co pozostawało w sprzeczności z zamkniętym katalogiem źródeł prawa określonym w art. 87 Konstytucji RP. W myśl uzasadnienia do ustawy wprowadzane zmiany mają na celu nie tylko zwiększenie skuteczności działań Prezesa UOKiK w zakresie przeciwdziałania naruszeniom interesów konsumentów, lecz także mają prowadzić do istotnego zwiększenia pewności sytuacji prawnej przedsiębiorców.

W świetle skrótowo przedstawionego powyżej uzasadnienia, konieczność nowelizacji ustawy wydawać by się mogła w pełni zasadna. Analiza wprowadzanych zmian poddaje jednak w wątpliwość ten cel ich wdrożenia, jakim ma być zwiększenie pewności sytuacji przedsiębiorców. O ile bowiem projekt zwiększa skuteczność działania Prezesa UOKiK, o tyle wątpliwe jest czy zwiększa deklarowaną w uzasadnieniu do ustawy pewność sytuacji prawnej przedsiębiorców. W dotychczasowym stanie prawnym sytuacja prawna przedsiębiorców była względnie jasna – dopiero prawomocny wpis do rejestru klauzul niedozwolonych skutkował niekorzystnymi następstwami dla przedsiębiorcy wskutek stosowania niedozwolonego postanowienia w drodze uruchomienia postępowania w sprawie naruszenia zbiorowych interesów przedsiębiorców. Nowy system eliminowania klauzul niedozwolonych z obrotu gospodarczego oparty został na modelu zakazu stosowania we wzorcach umów zawieranych z konsumentami postanowień, o których mowa w art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c., czego konsekwencją jest możliwość wszczęcia nowego postępowania, zwanego postępowaniem w sprawie o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone (art. 47 ust. 1 ustawy). To nie sąd, ale organ administracji stwierdza, że określone postanowienie ma charakter

<sup>1</sup> Tekst jednolity ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, bez uwzględnienia omawianej nowelizacji – Dz.U. 2015, poz.184.

niedozwolony, decydując jednocześnie o nałożeniu kary na przedsiębiorcę. Zmiana ustawy wpisuje się tym samym w dotychczasową regulację ustawową opartą na konstrukcji zakazu określonych ustawowo zachowań przedsiębiorców i zarazem możliwości wszczęcia przez Prezesa UOKiK postępowania mającego na celu przestrzeganie tego zakazu. Ustawodawca stara się jednocześnie wkomponować nowy rodzaj postępowania w dotychczasowy system instytucji i narzędzi stosowanych w pozostałych postępowaniach, tj. w postępowaniu wyjaśniającym, postępowaniu antymonopolowym oraz postępowaniu w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. O ile jednak konstrukcje zakazu praktyk antykonkurencyjnych oraz w sprawach naruszenia zbiorowych interesów konsumentów oparte są na klauzulach generalnych odsyłających do ocen o charakterze pozaprawnym zachowań tam wskazanych, o tyle konstrukcja zakazu z art. 23a oparta została na odesłaniu do przepisów art. 385<sup>1</sup> k.c. Konstrukcja tego przepisu, jak najbardziej poprawna legislacyjnie, odsyła w swojej istocie do klauzuli generalnej z art. 385<sup>1</sup> § 1. Zgodnie zaś z tym przepisem, kryterium oceny decydującym o uznaniu postanowienia umownego za niedozwolone jest ukształtowanie praw i obowiązków konsumentów w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając ich interesy. Klauzula generalna wyrażona w art. 385<sup>1</sup> § 1 zawiera tym samym dwa kryteria oceny postanowienia umowy jako niedozwolonego: dobre obyczaje i interesy konsumentów. Obydwa kryteria odwołują się do ocen pozaprawnych. Nie ma przy tym wątpliwości, że pojęcie „dobre obyczaje” są w zasadzie równoważnikiem pojęciowym „zasad współżycia społecznego”, z uwagi na fakt, że – w myśl dotychczasowego orzecznictwa sądowego – do zasad tych zalicza się te pozaprawne reguły postępowania, które nie są sprzeczne z etyką, moralnością i aprobowanymi społecznie obyczajami<sup>2</sup>. Równie niedookreślone jest pojęcie „interesy konsumentów”, które w doktrynie rozumiane jest wyjątkowo szeroko, nie tylko jako interes ekonomiczny, lecz także jako interes uwzględniający takie aspekty, jak: zdrowie konsumentów i ich bliskich, strata czasu, dezorganizacja życia, przykrość czy zawód<sup>3</sup>. Naruszenie interesów konsumentów musi zostać przy tym zakwalifikowane jako rażące, co wymaga przyłożenia kryteriów nie tylko obiektywnych, jak wielkość strat rzeczywistych i grożących do poniesienia, lecz także uwzględnienia w ocenie – jak zauważa się w doktrynie – wysoce względnych wskaźników, jak np. siła marki czy renoma przedsiębiorcy<sup>4</sup>. Włącza to tym samym konstrukcję art. 23a w ramy typowej i dla prawa antymonopolowego i dla publicznego prawa konsumenckiego zakreślonego ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów dyskrejonalności organu administracji w orzekaniu o charakterze postanowienia wzorca umownego. Dyskrejonalności tej nie należy traktować jako zjawiska niepożądanego; nie pozostaje ona jednak bez konsekwencji dla stosowania prawa i pewności sytuacji prawnej przedsiębiorców. W praktyce przesuwana natomiast punkt ciężkości orzekania w sprawach uznania określonego postanowienia wzorca umownego na płaszczyznę wyjątkowo indywidualnego orzekania, prowadząc do zróżnicowanej, uzależnionej od konkretnego przypadku, oceny ukształtowania praw i obowiązków konsumentów we wzorcu umownym w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając ich interesy w danej sprawie. W efekcie,

<sup>2</sup> Zob. m.in. wyr. SN z 8 stycznia 2003 r., II CKN 1090/00, LexPolonica nr 358498; wyr. SN z 4 czerwca 2003 r., I CKN 473/01, LexPolonica nr 376355; wyr. SN z 7 marca 2003 r., I CKN 89/01, LexPolonica nr 2422491 czy wyr. SN z 13 lipca 2005 r., I CK 832/04, LexPolonica nr 381994.

<sup>3</sup> Zob. zwłaszcza Ł. Węgrzynowski, *Niedozwolone postanowienia jako środek ochrony słabszej strony umowy obligacyjnej*, Warszawa, 2006, s. 103 i n. oraz E. Łętowska, *Ochrona niektórych praw konsumentów*, Komentarz, wyd. 3, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2001, s. 105.

<sup>4</sup> Inaczej i trafnie Cz. Żuławska, która nie zalicza elementów subiektywnych do oceny wzorca umownego, lecz do kontroli incydentalnej [w:] G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, C. Żuławska (red.), *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. T. 1–2; LexisNexis, Warszawa 2011.

decyzje kończące postępowania nie są wolne od swobodnej oceny obu przesłanek uzasadniających uznanie określonego postanowienia jako abuzywnego w każdej indywidualnej sprawie. Stosując otwarte kryteria pozaprawne, organ antymonopolowy opiera każdą swoją decyzję na uzasadnieniu aksjologicznym i zarazem celowościowo-funkcjonalnym<sup>5</sup>. Nowy typ postępowania bynajmniej nie wzmacnia zatem pewności sytuacji prawnej przedsiębiorcy, zwłaszcza jeżeli uwzględni się, że uznanie przez organ administracji określonego postanowienia za abuzywne rodzi dla przedsiębiorcy szereg konsekwencji prawnych.

## II. Nowy instrument ochrony konsumentów

W myśl przepisu art. 23b ustawy Prezes Urzędu wydaje decyzję o uznaniu postanowienia wzorca umowy za niedozwolone i zarazem zakazuje jego wykorzystywania, jeżeli stwierdzi naruszenie zakazu określonego w art. 23a. W decyzji tej Prezes Urzędu może ponadto określić tzw. środki zaradcze, których funkcją jest konieczność usunięcia trwających skutków naruszenia zakazu; w szczególności może zobowiązać przedsiębiorcę do: 1) poinformowania konsumentów, będących stronami umów zawartych na podstawie wzorca, o uznaniu postanowienia tego wzorca za niedozwolone – w sposób określony w decyzji; 2) złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia o treści i w formie określonej w decyzji.

Regulacja art. 23b ustawy dopuszcza tym samym możliwość zobowiązania przedsiębiorców, wobec których stwierdzono niedozwolone postanowienie umowne do pozytywnego – oznaczonego w decyzji – zachowania, w określonych w decyzji terminach. Normy te zawierają luz decyzyjny w znaczeniu wyboru konsekwencji prawnej<sup>6</sup> ustalonego stanu faktycznego i jego subsumcji do treści zakazów z art. 23b ustawy. Po pierwsze bowiem, dyspozycja art. 23b ust. 2 ustawy ma charakter fakultatywny, tj. Prezes UOKiK może wskazać w decyzji sposób wykonania decyzji, ale nie musi tego uczynić, po drugie zaś, rodzaje zobowiązań wymienione w analizowanym przepisie nie stanowią ich *numerus clausus*, a jedynie przykłady. Powyższe można wręcz ocenić jako wzrost poziomu dyskrecjonalności, ponieważ przepis ust. 2 rozszerza możliwości orzecznicze organu w sposób nie dość jednoznaczny dla przedsiębiorców. Pozytywnie należy ocenić zmianę wprowadzoną do ustawy na etapie prac sejmowych, która zrównała katalog obowiązków, które może nakładać Prezes UOKiK w przypadku stwierdzenia stosowania niedozwolonych postanowień umownych z katalogiem obowiązków, o których mowa w art. 26, tj. przepisie dotyczącym decyzji w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Nie było jasne dlaczego projekt, na etapie prac w rządzie, w przypadku stosowania klauzul abuzywnych przewidywał dodatkowy w stosunku do art. 26 środek w postaci zwrotu uzyskanych korzyści. Warto zwrócić uwagę, że środek ten mógł znacząco zwielokrotnić sankcje wobec przedsiębiorcy, przy czym kontrola abstrakcyjna w dotychczasowym kształcie była pozbawiona tego typu sankcji. SOKiK nie był właściwym do zasądzania jakichkolwiek zadośćuczynień poszkodowanym konsumentom. Tymczasem projektowane na etapie rządowym rozwiązania nie tylko wprowadzały sankcję dla przedsiębiorcy w postaci kar finansowych, lecz także umożliwiały dodatkowo nakazanie wypłat pieniężnych konsumentom. Instytucja zwrotu konsumentom korzyści nasuwała nieodparte skojarzenie

<sup>5</sup> Szerzej w kwestii dyskrecjonalnego orzekania H. Duszka-Jakimko, *Dyskrecjonalność prawnika wobec zmian społecznych*, [w:] W. Staśkiewicz, T. Stawecki (red.), *Dyskrecjonalność w prawie*, LexisNexis, Warszawa 2010, s. 358.

<sup>6</sup> J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 240 in.

z kompensatami przyznawanymi przez sądy powszechne w przypadku pozwów zbiorowych. Jednak w przypadku pozwów zbiorowych ocena prawna roszczeń konsumentów, dokonywana przez sąd, jest szczegółowo uregulowana. Tak nie było w przypadku przepisu art. 23b ust. 2, w którym, w jego pierwotnym projektowanym kształcie, brak było jakichkolwiek przesłanek dla ustalania uzyskanych bezprawnie korzyści oraz przyznawania ich konkretnym konsumentom lub grupom konsumentów. Wydaje się w efekcie, że przy dużej niedookreśloności art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c., który – jak wskazuje dotychczasowe orzecznictwo SOKiK w zakresie stwierdzania niedozwolonych postanowień umownych – jest bardzo często podstawą kwestionowania klauzul, przyznanie Prezesowi UOKiK prawa do stosowania tak szerokiej sankcji było nieuzasadnione, co najpewniej zauważył ustawodawca, rezygnując z takiej regulacji.

W ustawie zabrakło – co bardzo istotne z punktu widzenia przedsiębiorców – nałożenia na Prezesa UOKiK jednoznacznego obowiązku uzasadniania, w jakim kontekście umownym kwestionowane postanowienie jest niedozwolone. Mając świadomość, że jest to materia, której omówienie każdorazowo znajdzie się w uzasadnieniu decyzji, należy zwrócić uwagę, że dotychczasowe doświadczenie z zakresu postanowień wpisywanych do rejestru postanowień niedozwolonych wskazuje na daleko idące niejednoznaczności kontekstu kwestionowanych postanowień. Przykładowo, do rejestru wpisane jest postanowienie umowy, które w zakresie nieuregulowanym w umowie odsyła do powszechnie obowiązujących przepisów (wpis nr 3191 w Rejestrze). Założyć należy, że zakwestionowanie tego postanowienia miało swoje specyficzne przyczyny związane z całym kontekstem umowy, lecz brak uzasadnienia w tym zakresie powoduje, że przedsiębiorca może – podobnie jak w przypadku części przywołanej poniżej klauzuli nr 4167 – rozumieć to jako całkowity zakaz wprowadzania we wzorcach umownych klauzul odsyłających do powszechnie obowiązujących przepisów, co – jak należy przyjąć – nie było zamierzeniem sądu orzekającego.

Niezależnie od powyższego, przepis ten jest niedopracowany z punktu widzenia dyspozycji zawartej w nim normy prawnej. Regulacja art. 23b ust. 1 wskazuje bowiem, że Prezes UOKiK przytacza w decyzji treść postanowienia uznanego za niedozwolone. Wydaje się, że przepis ten powinien wyraźnie nakazywać przytaczanie w decyzji treści postanowienia uznanego za niedozwolone lub też jego części. Doświadczenia wynikające z korzystania z obecnego rejestru postanowień niedozwolonych wskazują, iż w wyrokach uznających klauzule za abuzywne przytaczano całe postanowienie, mimo iż jedynie jego część zdaje się naruszać prawa konsumentów. Przykładowo, można wskazać postanowienie nr 4167: „W przypadkach nie wymienionych w naszym Regulaminie mają zastosowanie przepisy Kodeksu Cywilnego, a sądem właściwym do rozstrzygnięcia kwestii spornych jest sąd powszechny właściwy dla siedziby Sprzedawcy”. O ile zdanie 2 tej klauzuli jest oczywiście bezprawne, o tyle zdanie 1 wydaje się być oczywiście zgodne z prawem. Trudno bowiem uznać za zasadny całkowity zakaz wprowadzania we wzorcach umownych klauzul odsyłających do powszechnie obowiązujących przepisów (w Rejestrze brak jest uzasadnienia sądu wskazującego przesłanki uznania tej klauzuli za niedozwoloną). Jeżeli ustawa ma rzeczywiście na celu zwiększenie pewności prawnej przedsiębiorców i usunięcie niejasności związanych z obecnie obowiązującymi regulacjami, to przepis ten nie do końca realizuje przyjęte założenie.

### III. Specyfika decyzji o zakończeniu postępowania w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone

W kontekście zapewnienia pewności prawnej przedsiębiorców można mieć wątpliwości czy powielanie istniejącej struktury innych postępowań określonych w ustawie było zasadne. Wątpliwości w tej kwestii miał już chyba sam projektodawca, który prawdopodobnie świadomie pominął instytucję decyzji o uznaniu stosowania niedozwolonych postanowień i stwierdzeniu zaniechania ich stosowania, a zatem decyzji analogicznej do decyzji z art. 27 uokik, która dotyczy tego samego obszaru, tj. ochrony interesów konsumentów. Rzecz bowiem w tym, że o ile inne postępowania dotyczą zachowań przedsiębiorców, o tyle postępowanie w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone odnoszą się nie tyle do zachowań przedsiębiorców, ile do treści wzorców umów. Egzemplifikacją tego problemu jest art. 23c ust. 1 ustawy. W przepisie tym mowa jest o możliwości złożenia przez przedsiębiorcę zobowiązania do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zakończenia naruszenia zakazu. Ustawodawca zasadnie pomija konstrukcję uprawdopodobnienia określonego zachowania, typową dla decyzji zobowiązaniowej z art. 28 (podobnie art. 12) ustawy, będącą wyjątkiem od reguły formalnego przeprowadzenia dowodu, działającym na korzyść strony powołującej się na określony fakt<sup>7</sup>, stanowiąc „środek zastępczy dowodu w znaczeniu ścisłym, a zatem środek niedający pewności, lecz tylko wiarygodność (prawdopodobieństwo) twierdzenia o jakimś fakcie”<sup>8</sup>. Stosowania we wzorcu umownym określonego postanowienia nie da się uprawdopodobnić; postanowienie albo jest niedozwolone, albo też nie jest. Proste pominięcie w decyzji zobowiązaniowej kategorii uprawdopodobnienia jest jednak niewystarczające dla prawidłowego zbudowania przepisu art. 23c. W myśl tego przepisu, w brzmieniu zaproponowanym na etapie prac rządowych, przedsiębiorca mógł złożyć zobowiązanie do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zakończenia naruszenia zakazu, jeżeli Prezes Urzędu stwierdził naruszenie zakazu, o którym mowa w art. 23a. Oczywistym jest, że Prezes UOKiK może stwierdzić naruszenie ustawy (także w przypadku stosowania klauzul niedozwolonych) jedynie w drodze decyzji. Zatem odnośnie do rządowego brzmienia pojawiało się pytanie, w jakim trybie organ miałby stwierdzać stosowanie niedozwolonych postanowień przed wydaniem takiej decyzji tak, aby przedsiębiorca mógł złożyć zobowiązanie przed jej wydaniem. Decyzja zobowiązaniowa skracać ma przecież postępowanie właściwe, będąc metodą ugodowego, polubownego załatwienia sporu między przedsiębiorcą a organem administracji<sup>9</sup>; stąd też nazywana jest niekiedy quasi-porozumieniem<sup>10</sup> czy *sui generis* ugodą<sup>11</sup>. Na pozytywną ocenę zasługuje fakt, iż art. 23c ustawy w brzmieniu przyjętym przez ustawodawcę rezygnuje ze wskazania, iż konieczne dla złożenia zobowiązania jest uprzednie stwierdzenie naruszenia zakazu przez Prezesa UOKiK. Nadal jednak brzmienie art. 23c ustawy nie jest poprawne, nie

<sup>7</sup> Co nie oznacza jednak, „... że może ono w każdej sytuacji opierać się tylko na samych twierdzeniach strony. Odróżnienie aktu uprawdopodobnienia w stosunku do przeprowadzenia dowodu polega m.in. na tym, że uprawdopodobnienie przeprowadza się za pomocą środków nie skrupowanych wymaganiami stawianymi co do formy przez przepisy k.p.c.” (Postanowienie SN z 19 maja 2006 r., III CZ 28/06; niepubl.). Uprawdopodobnienie jest bowiem konstrukcją wprawdzie odmienną od udowodnienia, mniej rygorystyczną, lecz również „... obowiązującą stronę do wskazania pewnych okoliczności, które świadczyłyby, że uchybienie terminu nie wiąże się z brakiem staranności w działaniu” (postanowienie NSA z 25 listopada 2010 r., II GZ 350/10; orzeczenia.nsa.gov.pl oraz postanowienie NSA z 22 grudnia 2008 r., I FZ 477/08; orzeczenia.nsa.gov.pl).

<sup>8</sup> Wyr. NSA z 5 maja 1995 r., SA/Wr 2223/94; LEX nr 26854 a także postanowienie WSA w Białymstoku z 21 lipca 2010 r., I SA/Bk 298/10; orzeczenia.nsa.gov.pl.

<sup>9</sup> A. Gill, M. Swora, *Decyzja zobowiązująca jako metoda rozwiązywania sporów w postępowaniu przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2005, nr 3, s. 105 i n.

<sup>10</sup> D. Miąsik [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, wyd. 1, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 738.

<sup>11</sup> A. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 397.

wskazuje bowiem w ogóle, w jakich okolicznościach zobowiązanie może być złożone; przyjmując zatem należy, że w każdym i w każdym czasie przed wydaniem decyzji kończącej postępowanie. Z drugiej strony, wprowadzenie regulacji odbiegającej od „klasycznej” decyzji zobowiązaniowej można by uznać za zbędne z punktu widzenia skutków decyzji kończącej postępowanie w sprawie klauzul. Skoro skutek ten skierowany ma być jedynie wobec przedsiębiorcy będącego stroną postępowania i jego klientów-konsumentów, to nie ma potrzeby stwierdzania bezprawności postanowienia, tak jak miało to miejsce w przypadku dotychczasowego systemu, w którym rejestr był quasi-źródłem prawa.

#### **IV. Przesłanki uchylenia decyzji o uznaniu postanowień wzorca umowy za niedozwolone**

Jako błąd wprowadzanej w życie ustawy należy wskazać brak (w art. 23c ust. 5 pkt 1) wskazania, że przesłanki do uchylenia decyzji zawarte w tej regulacji stanowią podstawę do uchylenia decyzji tylko w przypadkach, kiedy odpowiedzialnym za nieprawdziwe, niekompletne lub wprowadzające w błąd informacje lub dokumenty odpowiedzialny jest przedsiębiorca. Prezes UOKiK jest organem administracji odpowiedzialnym za rzetelne prowadzenie postępowania i dążenie do ustalenia prawdy obiektywnej. Nie jest zasadne wprowadzanie regulacji, które obciążają przedsiębiorcę za błędne ustalenia organu, jeżeli przedsiębiorca nie jest za to odpowiedzialny (nie ponosi żadnej winy w tym zakresie; organ może np. uzyskać błędne informacje od przedsiębiorcy, który nie był stroną postępowania). Należy podnieść, że przepis art. 23c ust. 5 pkt 1) jest analogiczny do art. 12 ust. 5 oraz art. 28 ust. 5 ustawy. Nie może to jednak zmieniać oceny, iż jest to regulacja błędna. Wydaje się, że należałoby zmienić w tym zakresie wszystkie te przepisy, posiłkując się art. 21 ust. 1 ustawy.

#### **V. Istota wpisu do rejestru klauzul abuzywnych**

W myśl uzasadnienia do ustawy, wpis do dotychczasowego rejestru klauzul niedozwolonych wywołuje istotne rozbieżności w orzecznictwie sądów i doktrynie co do tzw. rozszerzonej prawomocności materialnej wyroków uznających powództwo w tych sprawach, co prowadzi do niepewności prawa po stronie przedsiębiorców, a ponadto problemy związane z funkcjonowaniem rejestru, do którego wpisywane są postanowienia uznane przez sąd za niedozwolone, co dotyczy zwłaszcza rozbudowania rejestru i braku jego czytelności. Skłoniło to projektodawcę do zastąpienia istniejącego systemu koncepcją, która zmienia zasadniczą funkcję rejestru – rejestr ma mieć charakter edukacyjno-informacyjny, klauzule w nim zapisane stanowią zaś jedynie wskazówkę dla przedsiębiorców co do ewentualnej abuzywności klauzul tożsamyh z wpisanymi do rejestru. Rejestr ma ułatwiać ponadto ocenę zasadności wytoczenia powództwa w trybie kontroli abstrakcyjnej przez podmiot zainteresowany. Zgodnie z uzasadnieniem do ustawy, rejestr powinien również ulec udoskonaleniu, co dotyczy zwłaszcza sposobu wyszukiwania, a wyroki tam zamieszczane powinny być z uzasadnieniami.

Kwestie te wymagają szerszej refleksji. Bez wątplenia istnieją dwie linie orzecznicze; daje się również zaobserwować znaczna rozbieżność poglądów doktryny na charakter prawny wyroku SOKiK i wpisu do rejestru klauzuli uznanej za niedozwoloną. Pierwsza z nich stoi na stanowisku,

że wpis nie jest wiążący w sprawach dotyczących innego przedsiębiorcy<sup>12</sup> nawet, gdy postanowienie ma identyczne brzmienie<sup>13</sup>. Wpis obejmuje jedynie pozwanego przedsiębiorcę, a także inne podmioty, które miałyby legitymację czynną do wytoczenia powództwa, a więc konsumentów związanych postanowieniami tego wzorca<sup>14</sup>. Podnosi się przy tym, że rejestr nie jest źródłem prawa powszechnie obowiązującego, a jedynie specyficznym źródłem poznania prawa, co skutkuje brakiem możliwości uznania jego skuteczności *erga omnes*<sup>15</sup>; w przeciwnym przypadku rodziłoby to wątpliwości co do konstytucyjności rejestru. Z kolei druga linia orzecznicza, wyrażona najpełniej w uchwale SN z dnia 19 grudnia 2003 r.<sup>16</sup>, wychodzi z założenia, że zakazane jest posługiwanie się postanowieniem wpisanym do rejestru w stosunkach podobnego rodzaju nie tylko względem podmiotu, wobec którego wydano orzeczenie, lecz także wobec osób trzecich. Pogląd ten odwołuje się do treści art. 479<sup>43</sup> k.p.c., który kreować ma tzw. rozszerzoną prawomocność materialną wyroków SOKiK<sup>17</sup>, jak również do treści art. 7 dyrektywy 93/13, który zobowiązuje państwa członkowie do zapewniania środków, które przyczynią się do skutecznego wyeliminowania niedozwolonych klauzul z umów konsumenckich. Druga z przedstawionych linii orzeczniczych wydaje się w pełni zasadna. Po pierwsze, odwołuje się do wypracowanej w doktrynie i aprobowanej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego<sup>18</sup> koncepcji multicytryczności systemu prawa<sup>19</sup>, która zwraca uwagę na występowanie wielu ośrodków decyzyjnych tworzących prawo i decydujących o jego wykładni, podnosząc jednocześnie konieczność zapewnienia współistnienia tych ośrodków, czego skutkiem jest m.in. konieczność obustronnie przyjaznej wykładni, gwarantującej współdziałanie prawa krajowego i unijnego oraz utrzymanie pozycji prawa krajowego<sup>20</sup>. Po drugie, obawy, że wyroki SOKiK mające cechę rozszerzonej prawomocności materialnej tworzyłyby nowe źródła prawa, co naruszałoby art. 87 Konstytucji, zawierający zamknięty katalog źródeł prawa, ale również art. 95 ust.1 Konstytucji, zgodnie z którym władzę ustawodawczą w Rzeczypospolitej Polskiej sprawują Sejm i Senat<sup>21</sup> nie znajdują uzasadnienia w charakterze prawnym wyroku SOKiK uznającym daną klauzulę za niedozwoloną. Wyrok ten ma charakter deklaracyjny, co oznacza, że określona klauzula nie staje się abuzywna na podstawie wyroku SOKiK, ale ma taki charakter na mocy art. 385<sup>1</sup> k.c. Wyrok SOKiK pozostaje w efekcie aktem stosowania prawa. Pogląd ten potwierdza też orzecznictwo SN, w świetle którego wyrok SOKiK jest aktem stosowania, nie zaś stanowienia prawa, a tym samym nie tworzy normy prawnej, nawet jeżeli z mocy przepisu szczególnego uzyskuje rozszerzoną skuteczność<sup>22</sup>. Prounijna wykładnia dyrektywy 93/13 w orzecznictwie SN w uchwale III CZP 80/08 nie prowadzi przy tym obowiązującego systemu do sprzeczności z art. 87 Konstytucji RP.

<sup>12</sup> Wyr. SN z dnia 20 września 2013 r. Sygn. akt II CSK 708/12, LEX nr 1385871.

<sup>13</sup> Wyr. SN z dnia 12 lutego 2014 r. Sygn. akt III SK 18/13, LEX nr 1448753.

<sup>14</sup> M. Skory, *Klauzule abuzywne w polskim prawie ochrony konsumenta*, Zakamycze, Kraków 2005, s. 304.

<sup>15</sup> J. Wszolek, *Rejestr klauzul niedozwolonych- zagadnienia systemowe oraz wątpliwości konstytucyjne wokół skutków wpisu*, „Monitor Prawniczy” 2011, nr 12.

<sup>16</sup> Uchwała SN z dnia 19 grudnia 2003r. Sygn. akt III CZP 95/03, Biul. SN 2003/12/11.

<sup>17</sup> Wyr. SA w Gdańsku z dnia 24 października 2013 r., Sygn. akt I ACa 575/13, LEX nr 1416186. Zob. także P. Gutkowski, M. Malaga, *Rozszerzona skuteczność wyroków SOKiK w sprawach dotyczących klauzul niedozwolonych*. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 2014 r., sygn. akt III SK 18/13. Pobrano z: <http://ikar.wz.uw.edu.pl/numery/23/pdf/108.pdf>.

<sup>18</sup> Wyr. TK z 11 maja 2005, K 18/04; OTK ZU 49/5/A/2005, a także wyr. TK z 24 listopada 2010 r., K 32/09; OTK ZU 108/9/A/2010.

<sup>19</sup> E. Łętowska, *Multicytryczność współczesnego systemu prawa i jej prawne konsekwencje*, PiP 2005, nr 4.

<sup>20</sup> *Ibidem*, str. 8–10.

<sup>21</sup> M. Skory, *Klauzule abuzywne...*, s. 306–308. Zob. także wyr. SN z 20 września 2013 r., II CSK 708/12 <http://sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia/II%20CSK%20708-12-1.pdf> i uchwałę SN z 13 grudnia 2013 r., III CZP 73/13, <http://sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia/III%20CZP%2073-13.pdf>.

<sup>22</sup> Wyr. SN z 13 maja 2010 r. III SK 29/09 LEX nr 694238.



W świetle powyższego, odnosząc się do art. 23d ustawy, należy po pierwsze stwierdzić, że zmiana dotychczasowego systemu wydaje się być przedwczesna. Z powszechnie dostępnych informacji wynika, że Pierwszy Prezes SN zwróciła się do pełnego składu SN o podjęcie stosownej uchwały, która ujednoczyć ma rozbieżności orzecznicze w kwestii skuteczności wyroków SOKiK i wpisu do rejestru; uchwała ta czyniłaby zbędnym wprowadzane zmiany. Oczywistym jest, że nie powinno się dokonywać zmian ustawy, jeżeli rozbieżności orzecznicze jest w stanie usunąć samo orzecznictwo; tego rodzaju zabiegi prowadzą do niepotrzebnej inflacji prawa. Po drugie, do ustawodawcy nie należy ocena konstytucyjności dotychczasowego systemu; dopóki nie orzeknie o tym Trybunał Konstytucyjny, dotychczasowy system w pełni korzysta z domniemania zgodności z Konstytucją. Po trzecie, z punktu widzenia założeń projektowanych zmian, zawartych w uzasadnieniu do projektu ustawy, art. 23d bynajmniej nie prowadzi do zwiększenia efektywności działania Prezesa UOKiK, lecz odwrotnie – osłabia ją wskutek zawężenia podmiotowej skuteczności rozstrzygnięć organu. Rozszerzona skuteczność wyroków SOKiK i wpisu do rejestru, czyli dotychczasowy system ograniczał wprawdzie pewność prawną przedsiębiorców, jednak z tego powodu, że był nietransparentny, obszerny oraz nie zawierał uzasadnień wyroków, co wręcz uniemożliwiało korzystanie z niego. Jednak zmiany systemu nie da się uzasadnić brakiem przejrzystości rejestru; brak jest w tym zakresie związku logicznego. Rejestr powinien być przejrzysty zarówno w starym, jak i w nowym systemie.

Niezależnie od uwag natury generalnej, rozwiązania zawarte w art. 23d nasuwają także uwagi szczegółowe. Regulacja ta nieprecyzyjnie wskazuje zakres związania przedsiębiorcy decyzją. Wynika z niej jedynie, że skutek decyzji dotyczy przedsiębiorcy, co do którego stwierdzono stosowanie niedozwolonego postanowienia umownego. Przepis ten winien być bardziej precyzyjny, tj. zawierać wskazanie, że chodzi o stwierdzenie stosowania niedozwolonego postanowienia umownego w tej decyzji, a zatem we wzorcu, który był badany w ramach postępowania zakończonego tą decyzją i tylko przez adresata decyzji tak, jak jest to uczynione w odniesieniu do skutku decyzji dla konsumentów. W brzmieniu przyjętym w ustawie art. 23d można odczytywać w ten sposób, że decyzją związany jest przedsiębiorca, wobec którego stwierdzono kiedykolwiek stosowanie niedozwolonej klauzuli i dotyczy to każdego stosowanego wzorca umownego (nawet nigdy nie kwestionowanego przez Prezesa UOKiK).

Należy także zwrócić uwagę na jeszcze inny brak przejrzystości tego przepisu, który dotyczy adresatów prawomocnej decyzji. Niejasność ta ujawnia się jaskrawo w przykładowym stanie faktycznym, który zakłada, że przedsiębiorca działa na różnych rynkach. Z jednej strony w art. 23d wskazano, iż decyzja ma skutek wobec przedsiębiorcy, co do którego stwierdzono stosowanie klauzuli niedozwolonej. Z drugiej natomiast – wskazano, iż decyzja ma skutek wobec wszystkich konsumentów, którzy zawarli z nim umowę na podstawie wzorca, który był badany w postępowaniu zakończonym decyzją. Jeżeli przedsiębiorca działa równolegle na dwóch różnych rynkach i w związku z tym stosuje dwa różne wzorce, które (oba) zawierają zakwestionowane postanowienia a Prezes UOKiK obejmie postępowaniem tylko jeden z tych wzorców, to może – w wyniku stosowania przepisu w projektowanym brzmieniu – pojawić się niepewność prawna, tak po stronie przedsiębiorców, jak i konsumentów. Jeżeli bowiem stwierdzona zostanie bezprawność klauzuli w jednym wzorcu, a drugi wzorec nie zostanie oceniony, to dojdzie do sytuacji, w której przedsiębiorca będzie musiał zrezygnować z tej klauzuli także w innych wzorcach, jednak konsumenci

związani z przedsiębiorcą tym drugim wzorcem nie będą mogli dochodzić roszczeń, ponieważ nie zawarli oni umowy według badanego wzorca, mimo że w ich umowach również znajduje się zakwestionowana klauzula. Jak wynika z uzasadnienia do ustawy, intencją przepisu było ułatwienie konsumentom dochodzenia roszczeń związanych z zawarciem umów na podstawie zakwestionowanego wzorca. Zatem przedstawiona niejasność wydaje się być wynikiem świadomych decyzji ustawodawcy. Przedsiębiorca będzie jednak – jak wskazano wyżej – miał obowiązek wykreślenia zakwestionowanej klauzuli ze wszystkich wzorców, nawet jeżeli jej abuzywność w drugim wzorcu będzie budziła wątpliwości. Ta sama klauzula nie musi bowiem naruszać prawa w każdych okolicznościach, tj. w każdym wzorcu. Przykładowo, klauzula, która w jednym wzorcu wyraźnie uprzywilejowuje przedsiębiorcę, w drugim wzorcu może być równoważona przez analogiczne uprawnienia dla konsumenta. Ponadto w różnych branżach istnieją różne uwarunkowania, które mogą mieć odzwierciedlenie we wzorcu mogącym być w związku z tym odmiennie ocenianym (także w dotychczasowym systemie, Prezes UOKiK badając tożsamość klauzul z tymi wpisanymi do obecnego rejestru brał pod uwagę np. tożsamość branży). Żeby uniknąć tych niejasności Prezes UOKiK będzie musiał zawsze objąć postępowaniem wszystkie wzorce stosowane przez danego przedsiębiorcę po to, aby jednoznacznie określić, w którym wzorcu klauzula jest bezprawna, a w którym nie narusza ona prawa. Odstąpienie przez Prezesa UOKiK od objęcia postępowaniem jednego wzorca (a więc nie wydanie decyzji o umorzeniu postępowania), np. z uwagi na to, że uzna, iż nie jest on wadliwy, zawsze będzie powodowało niepewność sytuacji tak przedsiębiorców, jak i konsumentów.

## VI. Nowa nazwana praktyka naruszająca zbiorowe interesy konsumentów

W myśl art. 24 w ust. 2 pkt 4) zakazane jest „proponowanie konsumentom nabycia usług finansowych, które nie odpowiadają potrzebom tych konsumentów ustalonym z uwzględnieniem dostępnych przedsiębiorcy informacji w zakresie cech tych konsumentów lub proponowanie nabycia tych usług w sposób nieadekwatny do ich charakteru”. Konstrukcja tej regulacji, niedookreślona i niejasna, nie pozwala na skuteczne z nią polemizowanie. Można natomiast śmiało stwierdzić, że gdyby postanowienie o tak niejednoznacznej treści zamieszczone zostało we wzorcu umownym stosowanym w obrocie z konsumentami, to z pewnością zostałyby uznane przez Prezesa UOKiK za niedozwolone. Brzmienie art. 24 ust. 2 pkt 4 pozwala bowiem na zakwestionowanie zawsze i w każdych okolicznościach działań przedsiębiorców świadczących usługi finansowe. Rozumiejąc konieczność konstruowania przepisów w sposób abstrakcyjny a nie kazuistyczny, na tak sformułowaną dyspozycję przepisu, którego naruszenie skutkować może dotkliwymi sankcjami finansowymi zgodzić się jednak nie można. Nawet przedsiębiorcy dokładający wyjątkowej staranności w zakresie przestrzegania praw konsumentów, nigdy nie będą mieć pewności czy „proponowanie nabycia usług finansowych odpowiada potrzebom konsumentów”. Co więcej, przepis ten przerzuca *de facto* całkowitą odpowiedzialność za zawarcie umowy na przedsiębiorcę. Nawet w sytuacji, gdy konsument w pełni świadomie podejmie decyzję o zawarciu umowy o świadczenie usługi finansowej, mimo iż nie była ona dla niego przeznaczona lub nie w pełni odpowiadała jego potrzebom, będzie mógł następnie taką umowę na podstawie decyzji Prezesa UOKiK zakwestionować. Co więcej, aby być pewnym, że zarzut na podstawie projektowanego

przepisu nie zostanie przedsiębiorcy postawiony będzie on musiał nawet zniechęcać konsumentów, którzy będą zainteresowani tym produktem, a nawet zdecydowani na jego zakup. W stosunku do brzmienia tego przepisu na etapie prac rządowych, w ustawie zrezygnowano nawet z otwartego katalogu wytycznych dotyczących cech konsumentów, co czyniło tę regulację przynajmniej nieco czytelniejszą.

Zauważyć należy, że nawet prawo ochrony konkurencji, które ze swojej istoty nacechowane jest elementami ekonomicznymi, nie daje Prezesowi UOKiK tak dużego luzu decyzyjnego, jak proponowana regulacja. Jak wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie prawo nie może być tworzone wyłącznie z myślą o sprawności działania organu administracji, lecz musi także gwarantować wolności i prawa przedsiębiorców<sup>23</sup>. Instrumentalizm prawa, w tym publicznego prawa konsumentkiego nie może zdominować zasadniczej funkcji prawa administracyjnego gospodarczego, jaką jest kontrola jednostki nad wykonywaniem prawa przez państwo<sup>24</sup>. Kwestia luzów normatywnych, umożliwiających dyskrecjonalność działania organu antymonopolowego ma fundamentalne znaczenie dla sytuacji prawnej adresatów norm tego prawa, a zwłaszcza ich pewności prawnej służącej w demokratycznym państwie prawnym ochronie konstytucyjnie gwarantowanej autonomii jednostki<sup>25</sup>. Aspekt pewności prawa odnosi się nie tylko do postulatu stabilności systemu prawa (porządku prawnego)<sup>26</sup>, lecz także pewności, że w oparciu o obowiązujące prawo jego adresat może swobodnie kształtować swoje interesy ekonomiczne<sup>27</sup>. Ten drugi aspekt dotyczy, w świetle orzecznictwa konstytucyjnego, takich cech prawa, które umożliwiają decydowanie adresata normy prawnej o swoim postępowaniu w oparciu o „pełną znajomość przesłanek działania organów państwowych oraz konsekwencji prawnych”, jakie jego działania mogą pociągnąć za sobą<sup>28</sup>; chodzi zatem o przewidywalność działania organu administracji i zarazem o możliwość prognozowania działań własnych (dostateczna określoność prawa). Oba te aspekty są równej rangi i wzajemnie się dopełniają. Oznacza to, że zasada określoności prawa pozostaje w ścisłym związku z zasadą pewności prawa<sup>29</sup>. Stąd też nie ulega wątpliwości, że ochrona konsumentów przed nieuczciwym działaniem przedsiębiorców oferujących usługi finansowe powinna być formułowana w sposób bardziej precyzyjny, wskazujący konkretne, stypizowane zachowania uznawane za niedozwolone, o ile jednak istnieje w ogóle konieczność wprowadzenia w tym zakresie odrębnej regulacji. Zaznaczyć bowiem należy, że już w dotychczasowym stanie prawnym Prezes UOKiK miał kompetencje do wszczęcia postępowania przeciwko przedsiębiorcom, którzy wprowadzają konsumentów w błąd (art. 5 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym); czym bowiem, jak nie

<sup>23</sup> „Prawo mające znaczenie tylko dla organu administracyjnego, nie istnieje i istnieć nie powinno” Tak A. Błaś, *W sprawie jakości działania organów administracji publicznej w demokratycznym państwie prawa*, [w:] J. Łukasiewicz (red.), *Jakość administracji publicznej*, MKN Mitel, Rzeszów 2004, s. 63. Zob. też D. Kijowski, *Kryteria oceny jakości prawa administracyjnego*, [w:] D. Kijowski, A. Miruć, A. Sulawko-Karetko (red.), s. 64–65.

<sup>24</sup> Taka też jest geneza prawa administracyjnego. Szeroko: W. Jaworski, *Nauka prawa administracyjnego. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 1924, s. 8.

<sup>25</sup> K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 216. Zob. także E. Morawska, *Klauzula państwa prawnego w Konstytucji RP na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, TNOiK, Toruń 2003, s. 221 in.; M. Wojciechowski, *Uwagi na marginesie pewnego twierdzenia na temat pewności prawa*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2005, nr 15, s. 203 in.; T. Zieliński, *Pewność prawna w stosunkach pracy*, „Studia Prawnicze” 1988, nr 3, s. 4 in.

<sup>26</sup> Stabilność ta przy tym charakter względny, gdyż przedsiębiorca obok różnych rodzajów ryzyka ekonomicznego musi liczyć się z ryzykiem możliwości zmiany przepisów. Zob. K. Kiczka, *Pewność sytuacji prawnej jednostki w publicznym prawie gospodarczym*, [w:] A. Błaś (red.), *Pewność sytuacji prawnej jednostki w prawie administracyjnym*, LEX a WoltersKluwer business, Warszawa 2012, s. 231–232 oraz w tym samym tomie M. Kotulski, *Równość prawa w planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym*, s. 254.

<sup>27</sup> Wyr. TK z 14 czerwca 2000 r., P 3/000; OTK ZU nr 5/2000, poz. 138. Zob. także B. Brożek, *Pewność prawna jako stabilność strukturalne*, „Forum Prawnicze” 2011, nr 6, s. 23.

<sup>28</sup> Wyr. TK P 3/00. Zob. także z nowszego orzecznictwa wyroki TK z: 13 listopada 2012 r., K 2/12, OTK ZU nr 10/A/2012, poz. 121 czy 12 lipca 2011 r., K 26/09, OTK ZU nr 6/A/2011, poz. 54.

<sup>29</sup> Szerzej: C. Banasiński, *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.

wprowadzaniem w błąd jest proponowanie usług finansowych, które nie odpowiadają potrzebom konsumentów. Należy zatem zadać pytanie, w jakim celu wprowadzany jest przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 i z jakiego powodu objęci są nim wyłącznie przedsiębiorcy świadczący usługi finansowe, skoro w taki sam naganny sposób może zachowywać się każdy inny przedsiębiorca, działający w każdej z możliwych branż (jako przykład podać należy niechciane zakupy drogich garnków przez starszych konsumentów na spotkaniach). Wpisanie do ustawy regulacji, która wskazuje jako przejaw naruszenia zbiorowych interesów konsumentów niedozwolonych zachowań dotyczących tylko jednego rynku (usługi finansowe) mija się z systematyką ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Jak podkreśla się w literaturze i jak wynika z kompetencji Prezesa UOKiK, ustawa ma charakter horyzontalny, co oznacza, że organ ma możliwość uruchamiania swoich kompetencji na wszystkich rynkach z zastrzeżeniem wyjątków ustawowych. Uregulowania sektorowe znajdują się w odrębnych ustawach, dotyczących tych branż, które wymagają dodatkowego „doregulowania” (telekomunikacja, usługi finansowe, energetyka i in.). Prowadzi to do wniosku, że jeżeli ustawodawca decyduje się objąć regulacją sektor usług finansowych, to należałoby to uczynić w regulacji sektorowej (ustawa o usługach finansowych czy ustawa – Prawo bankowe).

## VII. „Pozaprosesowe” uprawnienia Prezesa UOKiK

Kwestią wymagającą zajęcia stanowiska jest także art. 49a, zgodnie z którym, bez wszczynania postępowania Prezes UOKiK może wystąpić do przedsiębiorcy w sprawach z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów, przedsiębiorca zaś, do którego Prezes Urzędu skierował wystąpienie może w terminie określonym w wystąpieniu, nie krótszym niż 14 dni od dnia jego otrzymania, przekazać stanowisko w sprawie, której wystąpienie dotyczy. Proponowana regulacja jest całkowicie zbędna. Prezes UOKiK ma wystarczające instrumentarium do wyjaśniania wszelkich okoliczności spraw, które są przedmiotem jego zainteresowania. Jeżeli przed wszczęciem postępowania właściwego ma wątpliwości, co do jakiegokolwiek aspektu sprawy może podjąć postępowanie wyjaśniające. Jeżeli więc przepis art. 49a ma dawać możliwość wstępnego wyjaśniania, np. drobnych, wstępnych kwestii, to jest to bezpodstawne dublowanie instrumentów. Jak wynika z uzasadnienia ustawy, art. 49a ma dawać Prezesowi UOKiK możliwość, w sprawach budzących wątpliwość, skierowania do przedsiębiorcy wystąpienia przed wszczęciem postępowania. Cel tego przepisu jest zatem bliźniaczy do tego, który ma art. 48 regulujący postępowanie wyjaśniające. Z drugiej strony, cel ten nie znajduje żadnego odzwierciedlenia w brzemieniu proponowanego przepisu, który w ogóle nie wskazuje przesłanek do stosowania tego instrumentu. W przeciwieństwie do art. 48, sama treść przepisu art. 49a nie stanowi czemu ma służyć takie wystąpienie; nie zdefiniowany został również przedmiot takiego wystąpienia. Ponadto rozwiązanie art. 49a – w przeciwieństwie do regulacji z zakresu postępowania wyjaśniającego i właściwego – nie wskazuje, jaki status ma przedsiębiorca przy jego zastosowaniu (czy jest stroną w rozumieniu k.p.a.?) ani też jakie prawa mu przysługują (czy ma prawo żądać wglądu do np. zawiadomienia albo wniosku, jeśli był on inicjatorem działań organu?).

Dodatkowo brak udzielenia wyjaśnień – zgodnie z art. 49a ust. 1 – nie skutkuje możliwością nałożenia kary na przedsiębiorcę; art. 49a ust. 2 posługuje się sformułowaniem, że przedsiębiorca może przedstawić Prezesowi UOKiK stanowisko w sprawie. Iluzoryczne jest konstruowanie norm ustawowych w sytuacji, w której ich niewykonanie nie jest zagrożone sankcją. Jednocześnie, co

należy zaznaczyć, wnioski o udzielenie wyjaśnień poza postępowaniem systemowo nie mogą być związane z nakładaniem kar za ich nieudzielenie. W związku z tym, przepis ten może wydłużać działania Prezesa UOKiK, ponieważ indagowany przedsiębiorca, któremu nie grozi żadna sankcja, może skutecznie zwlekać z udzieleniem odpowiedzi albo nie udzieli jej w ogóle. Należy także podnieść, że regulacja ta winna zawierać wskazanie, że w ramach przewidzianej w niej kompetencji, Prezes UOKiK może wystąpić do jednego przedsiębiorcy maksymalnie określoną (niewielką) ilość razy, czego w tym przepisie zabrakło. Chodzi o uniknięcie sytuacji, w której organ administracji będzie, poza jakimkolwiek postępowaniem, prowadził długotrwałe wyjaśnienia, podczas gdy takie powinny być prowadzone wyłącznie w ramach postępowania.

## VIII. Decyzje tymczasowe w sprawach konsumenckich

Poważne wątpliwości budzi art. 101a wprowadzający możliwość wydania przez Prezesa UOKiK decyzji tymczasowej w sprawach konsumenckich – ochrony zbiorowych interesów konsumentów. Wskazać należy, że podobne kontrowersje wzbudzał ten instrument w odniesieniu do prawa antymonopolowego; na etapie prac legislacyjnych wskazywano, iż jest to instrument istotnie ingerujący w działalność gospodarczą. Nie dość, że decyzje tymczasowe powstrzymują przedsiębiorcę od określonego zachowywania się na rynku, pomimo braku prawomocnego orzeczenia odnośnie do kwalifikacji tego zachowania oraz ograniczają prawo do obrony przed wydaniem decyzji kończącej postępowanie, to w dodatku decyzja kończąca postępowanie może stanowić, że wstrzymane decyzją tymczasową zachowanie przedsiębiorcy było zgodne z prawem. W takiej sytuacji przedsiębiorca nawet nie może skutecznie domagać się odszkodowania z tytułu poniesionych strat względem Skarbu Państwa. Wprowadzenie do ustawy decyzji tymczasowej w sprawach dotyczących ochrony konkurencji uzasadniane było faktem, że analogiczna regulacja obowiązuje w przepisach unijnych (konieczność harmonizacji), a także tym, że naruszanie zakazów konkurencji porównywalne jest do popełniania przestępstw gospodarczych, które na długo destabilizują rynek rozumiany jako płaszczyzna konkurowania (gospodarowania na rynku), co może w konsekwencji wpływać na całą gospodarkę państwa. W przypadku decyzji tymczasowych w sprawach dotyczących ochrony konsumentów brakuje takiego uzasadnienia. Do przestrzegania przepisów dotyczących ochrony konsumentów zobligowani są również mali przedsiębiorcy, którzy nie posiadają pozycji dominującej i nie korzystają z ogromnych zasobów kapitałowych. Zastosowanie wobec nich decyzji tymczasowej, zamiast osiągnięcia celu pozytywnego w postaci wyeliminowania zachowań (dopiero) podejrzanych o nielegalne, może natomiast doprowadzić do wyeliminowania przedsiębiorcy z rynku.

## IX. Instytucja „tajemniczego klienta”

Podobnie restrykcyjne narzędzie wprowadza regulacja art. 105la, można natomiast mieć wątpliwość co do jego przydatności. Celem tej normy prawnej jest pozyskanie dowodów na okoliczność, że przedsiębiorca stosuje praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów. Tymczasem stwierdzenie ewentualnych nieprawidłowości u przedsiębiorcy poprzez wykorzystanie instytucji „tajemniczego klienta” (*mystery shopper*) ma charakter jednorazowy, ponieważ po dokonaniu zakupu, kontrolujący ma obowiązek poinformować, że jest w trakcie kontroli i nie może liczyć na to, że konkretny przedsiębiorca lub kolejny jego pracownik ponownie zachowa się

nieprawidłowo. Wynika z tego, że dowód pozyskany w wyniku dokonania zakupu przez tajemniczego klienta dotyczyć będzie indywidualnego przypadku zadziałania pracownika przedsiębiorcy. Tymczasem praktyką naruszającą zbiorowe interesy konsumentów jest takie zachowanie przedsiębiorcy, które podejmowane jest w warunkach wskazujących na powtarzalność zachowania w stosunku do indywidualnych konsumentów wchodzących w skład grupy, do której adresowane są zachowania przedsiębiorcy, przy czym potencjalnie adresatem takiego zachowania może być każdy konsument będący klientem lub potencjalnym klientem przedsiębiorcy. Tym samym do naruszenia zbiorowych interesów konsumentów jest konieczne, aby działanie przedsiębiorcy zostało skierowane nie do konkretnego adresata, lecz do pewnego nieoznaczonego kręgu podmiotów; dopiero takie działanie jest w stanie wywołać niekorzystne następstwa w odniesieniu do każdego z konsumentów i zagrażać – przynajmniej potencjalnie – każdemu innemu konsumentowi. Otwarte jest zatem pytanie: czy z założenia indywidualne wykorzystanie instytucji „tajemniczego klienta” będzie wystarczające do wszczęcia postępowania przeciwko temu przedsiębiorcy pod zarzutem naruszenia „zbiorowych” interesów konsumentów, w tym wykazania istnienia interesu publicznego szczególnie, jeśli przedsiębiorca udowodni, iż procedury, które u niego obowiązują wskazują, że nieprawidłowość była jednorazowa i zawiniona jedynie przez pracownika.

## X. Podsumowanie

Podsumowując, nowelizacja ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ma na celu wprowadzenie nowych (kolejnych) instrumentów służących ochronie słabszych uczestników rynku. Przeorientowuje ona dotychczasowy model przeciwdziałania stosowaniu przez przedsiębiorców niedozwolonych postanowień umownych. W naszej ocenie nowelizacja w sposób oczywisty wpłynie też na przedsiębiorców działających w obrocie z konsumentami. Wpływ ten jednak jest mało dla nich przewidywalny i stawia przed nimi nowe wyzwania, którym będą musieli sprostać, niestety – ze względu na niedookreśloność wprowadzanych rozwiązań – odbywać się to będzie w dużej mierze na zasadzie prób i błędów, przy jednoczesnym pozostawieniu organowi dużej dyskrecjonalności w zakresie orzekania. Choć ustawę w przyjętym brzmieniu należy ocenić co do zasady jako poprawną, tak w zakresie legislacyjnym, jak i merytorycznym, w stosunku do projektu z etapu prac rządowych, to dopiero praktyka jej stosowania pokaże czy zmiany rzeczywiście wpłyną na poziom ochrony konsumentów, czy też jedynie utrudniają funkcjonowanie przedsiębiorcom.

## Bibliografia

- Banasiński C., *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Błaś A., *W sprawie jakości działania organów administracji publicznej w demokratycznym państwie prawa*, [w:] J. Łukasiewicz (red.), *Jakość administracji publicznej*, MKN Mitel, Rzeszów 2004.
- Duszka-Jakimko H., *Dyskrecjonalność prawnika wobec zmian społecznych*, [w:] W. Staśkiewicz, T. Stawecki (red.), *Dyskrecjonalność w prawie*, LexisNexis, Warszawa 2010.
- Gill A., Swora M., Decyzja zobowiązująca jako metoda rozwiązywania sporów w postępowaniu przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, „Przegląd Prawa Publicznego” 2005, nr 3.
- Gutkowski P., Małaga M., Rozszerzona skuteczność wyroków SOKiK w sprawach dotyczących klauzul niedozwolonych. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 2014 r., sygn. akt III SK 18/13. Pobrano z: <http://ikar.wz.uw.edu.pl/numery/23/pdf/108.pdf>.

- Jaworski W., *Nauka prawa administracyjnego. Zagadnienia ogólne*, Instytut Wydawniczy „Biblioteka Polska”, Warszawa 1924.
- Kiczka K., *Pewność sytuacji prawnej jednostki w publicznym prawie gospodarczym*, [w:] A. Błaś (red.), *Pewność sytuacji prawnej jednostki w prawie administracyjnym*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2012.
- Kijowski D., *Kryteria oceny jakości prawa administracyjnego*, [w:] D. Kijowski, A. Miruć, A. Suławko-Karetko (red.), *Jakość prawa administracyjnego*, Tom 1, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2012
- Kotulski M., *Równość prawa w planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym*, [w:] A. Błaś (red.), *Pewność sytuacji prawnej jednostki w prawie administracyjnym*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2012.
- Łętowska E., *Ochrona niektórych praw konsumentów, Komentarz*, wyd. 3, C.H. Beck, Warszawa 2001.
- Łętowska E., *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej prawne konsekwencje*, PiP 2005, nr 4.
- Miąsik D. [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, wyd. 1, C.H. Beck, Warszawa 2009.
- Morawska E., *Klauzula państwa prawnego w Konstytucji RP na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, TNOiK, Toruń 2003.
- Wróblewski J., *Sądowe stosowanie prawa*, PWN, Warszawa 1988.
- Skory M., *Klauzule abuzywne w polskim prawie ochrony konsumenta*, Zakamycze, Kraków 2005.
- Stawicki A. [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011.
- Węgrzynowski Ł., *Niedozwolone postanowienia jako środek ochrony słabszej strony umowy obligacyjnej*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2006.
- Wojciechowski M., *Uwagi na marginesie pewnego twierdzenia na temat pewności prawa*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2005, nr 15.
- Wojtyczek K., *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999.
- Wróblewski J., *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988.
- Wszolek J., *Rejestr klauzul niedozwolonych- zagadnienia systemowe oraz wątpliwości konstytucyjne wokół skutków wpisu*, „Monitor Prawniczy” 2011, nr 12.
- Zieliński T., *Pewność prawna w stosunkach pracy*, „Studia Prawnicze” 1988, nr 3.
- Żuławska Cz., [w:] Bieniek G., Ciepła H., Dmowski S., Gudowski J., Kołakowski K., Sychowicz M., Wiśniewski T., Żuławska C. (red.), *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. T. 1–2, LexisNexis, Warszawa 2011.