

MARLENA PECYNA\*

## NIEUCZCIWE POSTANOWIENIA UMOWNE W PROJEKCIE DYREKTYWY O PRAWACH KONSUMENTA, ZASADACH *ACQUIS* I DCFR. RÓŻNE ŚRODKI DO TEGO SAMEGO CELU?

### 1. WPROWADZENIE

Problematyka nieuczciwych klauzul w umowach konsumenckich stanowi jedno z podstawowych zagadnień europejskiej harmonizacji prawa prywatnego, a to przede wszystkim za sprawą przyjętej i implementowanej już do porządków krajowych państw członkowskich Unii Europejskiej dyrektywy 93/13 z 13 kwietnia 1993 r. o nieuczciwych klauzulach w umowach konsumenckich<sup>1</sup>. Temat nie został jednak wyczerpany, a rozwój regulacji tej problematyki nie został zamknięty. Piętnaście lat po przyjęciu wyżej wspomnianej dyrektywy, tj. 8 października 2008 r., opublikowany bowiem został przez Komisję Europejską oficjalny projekt dyrektywy o prawach konsumenta<sup>2</sup>, której zakres zastosowania obejmuje między innymi problematykę zawartą w obowiązującej dyrektywie 93/13<sup>3</sup>. Projekt dyrektywy horyzontalnej jest rezultatem przeglądu europejskiego i w ślad za nim krajowego prawa konsu-

---

\* *Dr Marlena Pecyna, adiunkt w Katedrze Prawa Cywilnego Uniwersytetu Jagiellońskiego, członkini Polsko-Niemieckiego Centrum Prawa Bankowego UJ.*

<sup>1</sup> Dz. Urz. WE z 24 kwietnia 1993 r. L 95, s. 0029–0034.

<sup>2</sup> COM (2008) 614 final. Wspomniany projekt jest określany także mianem projektu dyrektywy horyzontalnej, które to określenie będzie również stosowane zamiennie w dalszej części opracowania.

<sup>3</sup> Oprócz dyrektywy 93/13 projekt dyrektywy o prawach konsumenta obejmuje także regulacje następujących dyrektyw: 85/577 z 20 grudnia 1985 r. o ochronie konsumenta w umowach zawieranych poza lokalem przedsiębiorstwa (Dz. Urz. z 1985 r. L 166/51), dyrektywę 97/7 z 20 maja 1997 r. o ochronie konsumenta w umowach zawieranych na odległość (Dz. Urz. z 1997 r. L 144/19), dyrektywę 1999/44 z 25 maja 1999 r. o niektórych aspektach sprzedaży konsumenckiej i związanych z nimi gwarancji (Dz. Urz. z 1999 r. L 171/12).

menckiego, tj. opartego na dyrektywach, których przedmiotem jest ochrona praw konsumentów<sup>4</sup>. Z politycznego punktu widzenia projekt ten jest istotny, bowiem w razie jego przyjęcia po stronie państw członkowskich powstanie obowiązek implementacji, która będzie musiała uwzględnić wymóg tzw. pełnej harmonizacji przewidzianej w art. 4, a stanowi kontrowersyjny problem<sup>5</sup>. Nie jest to co prawda pierwszy projekt dyrektywy, który przewiduje tzw. harmonizację maksymalną<sup>6</sup>, aczkolwiek obowiązujące wyjątki w tym zakresie obejmują wąski i szczególnie zakres regulacji, a projekt dyrektywy horyzontalnej łączy w sobie zagadnienia stanowiące fundamentalną problematykę *acquis communautaire*. Zgodnie z wprowadzającym memorandum, projekt dyrektywy horyzontalnej powstał w oparciu o metodę konsultacji (m.in. ze strony Parlamentu Europejskiego, państw członkowskich, przedsiębiorców, akademików, praktyków), która została następnie ujęta w Zieloną Księgę z 8 lutego 2007 r. W podsumowaniu została zawarta konkluzja, zgodnie z którą większość udzielających odpowiedzi na postawione zapytania opowiedziało się za przyjęciem horyzontalnego instrumentu prawnego mającego zastosowanie w wewnętrznych oraz transgranicznych umowach, opartego na tzw. docelowej pełnej harmonizacji (*targeted full harmonization*), którego przedmiotem winna być zrewidowana i ujednolicona problematyka podstawowych dyrektyw konsumenckich.

Z punktu widzenia przedmiotu uregulowania projektu dyrektywy horyzontalnej, w tym w zakresie zainteresowania niniejszego opracowania, tj. nieuczciwych klauzul umownych, ważkie znaczenie ma fakt tworzenia niejako paralelnie do projektu dyrektywy horyzontalnej w ostatnich latach tzw. projektów akademickich, których celem jest uogólnienie obowiązującego *acquis* lub stworzenie propozycji wspólnych modelowych europejskich norm prawnych, które, jeżeli nie stanowiłyby kodeksu jako aktu normatywnego powszechnie obowiązującego, to przynajmniej tzw. instrument opcjonalny<sup>7</sup>. W tym kontekście mowa jest przede wszystkim o tzw.

---

<sup>4</sup> Bazą dla projektu dyrektywy horyzontalnej był tzw. plan akcji o bardziej spójnym prawie umów (COM (2003) 68 final, Dz.Urz. 2003 C 63/1). Zob. np. G. Howells, R. Schulze: *Overview of the Proposed Consumer Rights Directive* (w:) G. Howells, R. Schulze: *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Munich 2009, s. 4, przyp. 9. Jednym z projektów europejskich, w ramach którego został przygotowany szczegółowy raport o implementacji poszczególnych dyrektyw konsumenckich do krajowych systemów prawnych, był projekt The EC Consumer Law Compendium, który został opublikowany w formie książkowej; zob. H. Schulte-Nölke, Ch. Twigg-Flesner, M. Ebers (eds.): *EC Consumer Law Compendium. The Acquis and its transposition in the Member States*, Munich 2008.

<sup>5</sup> Problematyka tzw. pełnej harmonizacji będzie przedmiotem rozważań w dalszej części artykułu, w szczególności w kontekście regulacji dotyczącej nieuczciwych klauzul w umowach konsumenckich.

<sup>6</sup> Zob. bowiem dyrektywę 2005/48 Parlamentu oraz Rady z 11 maja 2005 r. o nieuczciwych praktykach handlowych (Dz.Urz. z 2005 r. L 149/22) oraz dyrektywę 2008/48 Parlamentu i Rady z 23 kwietnia 2008 r. o kredycie konsumenckim i zmianie dyrektywy 87/102 (Dz.Urz. z 2008 r. L 122/66).

<sup>7</sup> Szerzej zob. Ch. Von Bar, H. Beale, E. Clive, H. Schulte-Nölke: Introduction (w:) Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke i in.: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, Munich 2009, s. 36 i n.; H. Schulte-Nölke: *Scope and Role of the Horizontal Directive and its Relationship to the CFR* (w:) G. Howells, R. Schulze: *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Munich 2009, s. 29 i n.

Zasadach *Acquis*<sup>8</sup> oraz projekcie Wspólnego Systemu Odniesienia (*Draft Common Frame of Reference*)<sup>9</sup>)<sup>10</sup>. Ze względu na fakt, że zarówno projekt dyrektywy horyzontalnej był tworzony w podobnym czasie co ostatnio wymienione, w zasadzie nie można twierdzić o ich wzajemnym wpływie pod względem merytorycznym. Jednakże wszystkie wywodzą się z dotychczasowego doświadczenia w zakresie obowiązywania europejskiego prawa umów w poszczególnych porządkach krajowych, badań i analiz przeprowadzonych w tym zakresie, a także uwzględniają orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Ponadto wspomnianym projektom można przypisać pewne wspólne założenia politycznoprawne, w szczególności w zakresie stworzenia spójnego systemu norm prawa prywatnego, przynajmniej w dziedzinie prawa konsumenckiego, które stanowi dotychczas główny trzon europejskiej harmonizacji prawnej kształtowanej w ramach instrumentów prawnych składających się na prawo europejskie<sup>11</sup>, a także skorygowania pewnych rozwiązań w oparciu o badania oparte na ich funkcjonowaniu w obrocie prawnym. Warta odnotowania jest także okoliczność, że ewentualna wcześniejsza niemożność wpływu Zasad *Acquis* i DCFR na projekt dyrektywy o prawach konsumenta nie wyłącza takiej możliwości w toku dalszych prac nad projektem dyrektywy, bowiem jest on w obecnym czasie dyskutowany szczegółowo i każde państwo członkowskie w ramach przedstawianego stanowiska może chociażby uwzględnić rozwiązania zawarte w innych modelowych projektach w zakresie zastosowania dyrektywy, co może mieć także wpływ na ostateczny jej kształt, w razie gdy proces prawotwórczy zostanie doprowadzony do końca. To funkcjonalne powiązanie wyżej wymienionych projektów sprzyja podjęciu rozważań w oparciu o te projekty regulacji, choć ze względu na najbardziej określone ramy prawotwórcze dotyczące projektu dyrektywy horyzontalnej, ten ostatni został wybrany jako punkt odniesienia dla rozważań w tym opracowaniu, który będzie podlegał analizie w świetle odpowiednich rozwiązań przyjętych w Zasadach *Acquis* oraz DCFR, a także w kontekście dyrektywy 93/13 oraz orzeczeń

<sup>8</sup> Skrócona nazwa Zasad Obowiązującego Europejskiego Prawa Umów (Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)). Zob. publikacja w oryginale i w tłumaczeniu na język polski z wprowadzeniem: M. Pecyna, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* (dalej: KPP) 2008, z. 3, s. 809 i n., a przede wszystkim: *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract I. Pre-Contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, Munich 2007; Publikacja *Contract II* w druku.

<sup>9</sup> W skrócie DCFR. Zob. pełna wersja: Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke i in. (eds.): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, *op. cit.*

<sup>10</sup> O relacji tych dwóch projektów zob. także np. F. Zoll: *Unfair Terms in the Acquis Principles and Draft Common Frame of Reference: A Study of the Differences between the Two Closest Members of One Family*, *Juridica International* 2008, z. XIV, s. 69–70; M. Pecyna: *Europejskie Prawo Umów, Wprowadzenie* (do tłumaczenia Zasad *Acquis* — przypis M.P.), KPP 2008, z. 3, s. 809–813.

<sup>11</sup> Poza zakresem zainteresowania w tym opracowaniu, a to ze względu na jego przedmiot związany przede wszystkim z projektem dyrektywy horyzontalnej, pozostanie obszar europejskiej harmonizacji prawnej, która odbywa się niejako poza ramami obowiązków wynikających z konieczności przyjęcia określonych regulacji przez państwa członkowskie pod rygorem sankcji, a przejawia się np. w wewnętrznym prawotwórstwie, które wprowadza regulacje oparte na europejskich w szerszym zakresie, niż to wynika z zobowiązania państwa członkowskiego, bądź wzoruje się na rozwiązaniach przyjętych w innych państwach.

wydanych przez ETS na podstawie tej ostatniej, a to w celu przedstawienia stanowiska związanego z określonym problemem. Biorąc powyższe pod uwagę, rozważania dotyczyć będą w pierwszym rzędzie zakresu zastosowania regulacji dotyczącej nieuczciwych klauzul, a następnie dwóch podstawowych zagadnień związanych z tą problematyką, tj. związania nimi adherenta (tzw. kontrolą inkorporacji) oraz nieuczciwym charakterem danej klauzuli (tzw. kontrolą treści), a także oceny propozycji regulacji dyrektywy wobec wymogu tzw. pełnej harmonizacji jej postanowień.

## 2. ZAKRES REGULACJI O NIEUCZCIWYCH POSTANOWIENIACH UMOWNYCH

### 2.1. KRYTERIA UZASADNIAJĄCE ZAKRES KONTROLI POD WZGLĘDEM NIEUCZCIWOŚCI

Tradycyjnie, w tym w nawiązaniu do dyrektywy 93/13, zakres europejskiej regulacji o nieuczciwych postanowieniach umownych związany jest z zagadnieniem podmiotowym, w szczególności z podziałem podmiotów obrotu prawnego na konsumentów i przedsiębiorców, a także przedmiotowym, dotyczącym w szczególności problemu klauzul standardowych oraz postanowień nienegocjowanych indywidualnie. Wymienione kryteria wyznaczają przesłanki oceny treści stosunku prawnego, w tym przez ustalenie wiązania adherenta danym postanowieniem na etapie zawarcia umowy oraz kontrolę określonych postanowień umownych pod względem nieuczciwego charakteru. Konfiguracja tychże kryteriów wywołuje kontrowersje w związku z tym, że jej znaczenie odwołuje się do podstawowych zasad prawa prywatnego, a to swobody umów z jednej strony oraz słuszności kontraktowej z drugiej. Wymienione zasady w różny sposób współdziałają na siebie w ramach różnych uregulowań i projektów, a kryterium, które między innymi stanowi o rozszerzeniu lub ograniczeniu jednej zasady na rzecz szerszego zakresu zastosowania drugiej, jest między innymi charakter podmiotu stosunku prawnego, z którym łączy się tzw. mocniejszą bądź słabszą pozycję w stosunku prawnym. W ramach problematyki dotyczącej nieuczciwych klauzul umownych, charakter podmiotów stosunku prawnego nie stanowi jedynej miary odniesienia dla sposobu uregulowania tego zagadnienia, bowiem znaczenie ma także swoistego rodzaju podejście przedmiotowe związane z narzucaniem określonego (standardowego) postanowienia umownego przez jedną ze stron stosunku prawnego z wiążącym drugą stronę skutkiem, w którym celem jest określenie właściwych ram dla tej „prawotwórczej” prywatnej działalności. Wspomniane podejścia do regulacji problematyki nieuczciwych klauzul w umowach konsumenckich miały znaczenie w procesie tworzenia dyrektywy 93/13 o nieuczciwych klauzulach w umowach konsumenckich, jako że były repre-

zentowane przez przedstawicieli państw członkowskich. Ochrona tzw. słabszej strony stosunku prawnego jest bowiem charakterystyczna dla koncepcji francuskiej<sup>12</sup>, natomiast ograniczenie *quasi*-prawotwórczej działalności przedsiębiorców stanowi podstawę koncepcji niemieckiej<sup>13</sup>. Warto także zwrócić w tym miejscu uwagę na koncept pochodzący z angielskiego *common law*, które kładzie nacisk nie na określenie tzw. słabszej strony *in abstracto*, ale na jej pozycję w indywidualnym przypadku, zaś potrzebę ochrony przez kontrolę uzasadnia w oparciu o zasady zawarcia umowy, w szczególności przesłanki włączenia do umowy postanowień dorozumianych<sup>14</sup>. Powyższe modele mają znaczenie dla określenia zarówno podmiotowego, jak i przedmiotowego zakresu zastosowania danego projektu, tj. przez jego ograniczenie do ochrony konsumenta, uzależnienie kontroli od narzuconego (nienegocjowanego) bądź standardowego charakteru danej klauzuli, ale także dla systemu kontroli klauzul jej podlegających.

## 2.2. KRYTERIUM PODMIOTOWE: KONSUMENT, PRZEDSIĘBIORCA, STRONA UMOWY

Projekt dyrektywy o prawach konsumenta jest z definicji ograniczony do stosunków prawnych o charakterze konsumenckim, kontynuując w ten sposób politykę ochrony konsumenta, która była założeniem także dla dyrektywy 93/13 o nieuczciwych klauzulach w umowach konsumenckich. Gwoli ścisłości należy wskazać na określenie konsumenta zawarte w art. 2 pkt 1 projektu dyrektywy horyzontalnej, zgodnie z którym konsumentem jest osoba fizyczna, która w umowach objętych zakresem zastosowania dyrektywy działa w celach pozostających poza zakresem jej działalności handlowej, gospodarczej, rzemieślniczej lub zawodowej. Jest to definicja, która odpowiada zawartej w art. 2 b) dyrektywy 93/13, przy czym wyłącza ona dodatkowo rzemiosło jako działalność, z którą powiązanie umowy eliminuje możliwość przypisania określonej osobie fizycznej statusu konsumenta. Jest to jednak zmiana wynikająca z dotychczasowej wykładni dyrektywy 93/13, na podstawie której działalność rzemieślnicza zaliczana była do handlowej<sup>15</sup>. Nieco

<sup>12</sup> Zob. J. Calais-Auloy, F. Steinmetz: *Droit de la consommation*, Dalloz 2006, s. 204 (podają za F. Zoll: *Unfair Terms in the Acquis Principles...*, *op. cit.*, s. 71, przyp. 14).

<sup>13</sup> Takie podejście wynikało z ustawy niemieckiej z 1977 r., której przedmiotem była regulacja standardowych postanowień umownych w stosunkach z przedsiębiorcami. Zob. np. M. Ebers (w.): H. Schulte-Nölke, R. Schulze, M. Ebers: *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Munich 2008, s. 210–211; H.–W. Micklitz: *The Principles of European Contract Law and the Protection of the Weaker Party*, *Journal of Consumer Policy* 2004, nr 27, s. 349.

<sup>14</sup> Zob. G.H. Treitel: *The Law of Contract*, London 2003, s. 201 i n., s. 215 i n.; M.H. Whincup: *Contract Law and Practice. The English System and Continental Comparisons*, The Hague–London–Boston 2001, s. 126–128, 209–210.

<sup>15</sup> Zob. np. J. Stuyck (w.): G. Howells, R. Schulze (eds.): *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Munich 2009, s. 128.

odmiennie określony został zakres podmiotowy zastosowania regulacji o nieuczciwych klauzulach umownych w Zasadach *Acquis*, które w tym zakresie, opierając się na postanowieniach dyrektywy 93/13, co ma ścisły związek z metodą tworzenia tych Zasad<sup>16</sup>, nie ograniczają ogólnie zakresu zastosowania regulacji o nieuczciwych postanowieniach umownych pod względem podmiotowym, wprowadzając jednakże ograniczenie podmiotowe w niektórych poszczególnych postanowieniach. Twórcy Zasad *Acquis* uznali, że obowiązujące *Acquis communautaire* nie pozwala na uogólnienie wszystkich norm konsumenckich w ramach regulacji o nieuczciwych postanowieniach umownych. W tym miejscu można wskazać na konsumencki charakter: domniemania ustalenia danego postanowienia umownego przez przedsiębiorcę, w razie gdy ta klauzula została sformułowana przez osobę trzecią (art. 6:101 pkt 2 *in fine*), skutku braku związania konsumenta postanowieniem umownym, z którym nie miał rzeczywistej możliwości zapoznania się (art. 6:201 pkt 4), nieuczciwego charakteru nienegocjowanego indywidualnie postanowienia umownego, ustanawiającego wyłączną jurysdykcję dla wszystkich sporów powstających w związku z umową na rzecz sądu siedziby lub miejsca zamieszkania przedsiębiorcy (art. 6:304), listy domniemań<sup>17</sup> nieuczciwości postanowień umownych (art. 6:305). Natomiast do pozostałych umów, w tym pomiędzy przedsiębiorcami oraz w ramach tzw. obrotu powszechnego, zastosowanie znajdują następujące postanowienia Zasad *Acquis* w ramach regulacji o nieuczciwych klauzulach umownych: dotyczące oceny danego postanowienia umownego ze względu na negocjowany lub nienegocjowany bądź wzorcowy (standardowy) charakter (art. 6:101 pkt 1–3), zasad inkorporacji danego postanowienia umownego do stosunku prawnego (art. 6:201 pkt 1–3), o pierwszeństwie postanowień negocjowanych przed nienegocjowanymi (art. 6:202), o wykładni *contra proferentem* (art. 6:203), o kolizji wzorców umownych (art. 6:204<sup>18</sup>), generalna klauzula wyznaczająca przesłanki nieuczciwego charakteru danego postanowienia umownego (art. 6:301), reguła transparentności postanowień nienegocjowanych indywidualnie (art. 6:302) oraz o skutkach uznania określonej klauzuli umownej za nieuczciwą (art. 6:306).

Z kolei DCFR w jeszcze inny sposób proponuje uregulowanie dotyczące nieuczciwych postanowień umownych, a to zarówno pod względem struktury regulacji, jak i jej zakresu. O ile bowiem w projekcie dyrektywy horyzontalnej oraz w Zasadach *Acquis* zagadnienie kontroli (nienegocjowanych indywidualnie) postanowień umownych pod względem ich nieuczciwego charakteru stanowi wyodrębnioną jednostkę redakcyjną (rozdział lub dział), o tyle w DCFR kwestie te są za-

---

<sup>16</sup> Zob. G. Dannemann: Introduction (w.): *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract I. Pre-Contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, Munich 2007, s. XXVIII–XXIX; M. Pecyna: *Europejskie Prawo Umów...*, *op. cit.*, s. 812–813.

<sup>17</sup> Domniemanie w rozumieniu tego uregulowania nie jest jednak pojęciem tożsamym z pojęciem domniemania prawnego, ale chodzi raczej o sugestię. Określenie „domniemanie” zostało użyte w języku polskim jako tłumaczenie z angielskiego *indicative*. Zob. w tej kwestii M. Pecyna: *Europejskie Prawo Umów...*, *op. cit.*, s. 814.

<sup>18</sup> Norma przejęta z art. II.–4:209 DCFR.

mieszczone w różnych rozdziałach księgi drugiej<sup>19</sup>, a w ich ramach — w mniejszych jednostkach redakcyjnych tekstu prawnego. Różnica w strukturze związana jest przede wszystkim z charakterem wspomnianych projektów. Propozycja dyrektywy horyzontalnej ma w założeniu stanowić akt prawa wspólnotowego, a Zasady *Acquis* stanowią jego uogólnione odzwierciedlenie, wobec czego ich struktura wiąże się z zakresem regulacji samego *Acquis communautaire* oraz problemową systematyką. Natomiast założeniem DCFR jest propozycja pełnego systemu prawa prywatnego, którego struktura nawiązuje do tradycyjnej pandektowej<sup>20</sup>. Powyższe funkcje wspomnianych projektów wpływają zatem na systematykę regulacji w nich zawartych. W DCFR znakomita większość norm poświęconych problematyce nieuczciwych klauzul umownych ma charakter powszechny, tj. niezależny od charakteru stron umowy. Abstrahując zatem od kryterium podmiotowego, zostały uregulowane: definicje postanowienia nienegocjowanego indywidualnie (art. II.–1:110) i wzorcowego (standardowego) (art. II.–1:109), tzw. kolizja wzorców umownych (art. II.–4:209), wykładnia *contra proferentem* (art. II.–8:103), pierwszeństwo postanowienia negocjowanego (art. II.–8:104), wiążący charakter postanowienia nienegocjowanego indywidualnie (art. II.–9:103), zasada transparentności postanowienia nienegocjowanego indywidualnie (art. II.–9:401 pkt 1), skutki uznania danego postanowienia za nieuczciwe (art. II.–9:408). Interesujące jest, że w DCFR kwestia podmiotowa ma wpływ na przesłanki uznania danego postanowienia umownego za nieuczciwe, bowiem przewidziane są trzy normy stanowiące o tzw. teście na nieuczciwość danej klauzuli, tj. w umowach konsumenckich (art. II.–9:403), między przedsiębiorcami (art. II.–9:405) oraz między osobami niebędącymi przedsiębiorcami (art. II.–9:404). Natomiast wyłącznie konsumencki charakter ma postanowienie o skutku w postaci możliwości uznania za nieuczciwe postanowienie umowne, które nie spełnia wymogów transparentności (art. II.–9:402 pkt 2), o nieuczciwym charakterze postanowienia narzuconego przez przedsiębiorcę przewidującego dla wszystkich sporów związanych z umową wyłączną jurysdykcję sądu miejsca siedziby przedsiębiorcy (art. II.–9:409) oraz lista klauzul, które są objęte domniemaniem<sup>21</sup> nieuczciwego charakteru (art. II.–9:410).

Przedstawione wyżej zakresy podmiotowe regulacji omawianych projektów wskazują wstępnie na koncepcje leżące u ich podstaw. Z projektu dyrektywy o prawach konsumenta można by zatem wnioskować, że opiera się on na potrzebie ochrony tzw. słabszej strony umowy i ze względu jedynie na określone w dyrektywie przesłanki podmiotowe przyznaje tylko konsumentowi ochronę w zakresie uregulowanym tymże projektem, nie podejmując refleksji nad przedmiotowymi racjami proponowanej regulacji. O twórcach Zasad *Acquis* można twierdzić, że

<sup>19</sup> Księgi w DCFR to najogólniejsze jednostki redakcyjne tekstu prawnego.

<sup>20</sup> Zob. szerzej F. Zoll: *Unfair Terms in the Acquis Principles and Draft Common Frame of Reference: A Study of the Differences between the Two Closest Members of One Family...*, op. cit., s. 72–73.

<sup>21</sup> W tym przypadku DCFR używa terminologii *presumed*, co może oznaczać, że chodzi o domniemanie prawne.

uwzględnili aksjologię związaną z przedmiotem regulacji o nieuczciwych postanowieniach umownych, w określonych przypadkach uogólniając normy konsumenckie, aczkolwiek z jednoczesnym ograniczeniem wynikającym z przyjętej metodologii pracy przyjętej w Grupie *Acquis*. Natomiast w pewnym sensie najbardziej wolnymi od założeń obowiązującego *Acquis communautaire* byli członkowie Zespołu DCFR<sup>22</sup>, którzy proponując modelowe normy europejskiego prawa prywatnego kierowali się przede wszystkim przedmiotowym zakresem regulacji związanym z charakterem postanowień umownych, które mają zostać poddane szczególnemu systemowi kontroli, uwzględniając jednocześnie w koniecznych ramach obowiązujące normy prawa europejskiego. Jednakże samo wskazanie zakresu podmiotowego danej regulacji nie przesądza jeszcze o przyjęciu określonej koncepcji ochrony oraz jej skutków, bowiem punkt ciężkości spoczywa na wspomnianym już charakterze postanowień umownych, które są objęte regulacją szczególną względem ogólnej kontroli treści stosunku prawnego wynikającego z umowy. Wobec powyższego kolejnym punktem tego opracowania będą rozważania o przedmiotowym zakresie kontroli ujętej w ramy regulacji o nieuczciwych postanowieniach umownych.

### 2.3. KRYTERIUM PRZEDMIOTOWE: POSTANOWIENIE NIENEGOCJOWANE INDYWIDUALNIE, WZORZEC UMOWNY, KAŻDE POSTANOWIENIE UMOWNE

Projekt dyrektywy o prawach konsumenta zawiera w motywach uzasadnienie jego ochrony w aspekcie związanym z postanowieniami umownymi (motywy 45–47), wskazując na istnienie potrzeby tej ochrony przed nieuczciwymi postanowieniami umownymi, które nie były indywidualnie negocjowane, takie jak wzorce umowne. Natomiast postanowienia projektu nie powinny znaleźć zastosowania do klauzul umownych, na które konsument wyraził zgodę w toku negocjacji, przy czym w zakresie negocjacji nie mieści się przypadek, w którym konsument ma możliwość wyboru między różnymi postanowieniami umownymi sformułowanymi przez przedsiębiorcę lub osobę trzecią w imieniu przedsiębiorcy. Ogólnie poza zakresem uregulowania projektu dyrektywy horyzontalnej pozostawia się postanowienia umowne, które bezpośrednio lub pośrednio odzwierciedlają imperatywne lub dyspozytywne normy prawne państw członkowskich oraz konwencji międzynarodowych, których państwa członkowskie lub Wspólnota jest stroną (motyw 46). Przedstawione wyżej motywy nie do końca znalazły wierne odzwierciedlenie w regulacji projektu dyrektywy, tj. w art. 30, w szczególności jeżeli chodzi o siatkę pojęciową.

---

<sup>22</sup> DCFR Team. O strukturze i pracach tej grupy zob. (w:) Ch. Von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (eds.): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition, op. cit.*, s. 47 i n.

Wymieniony wyżej artykuł, w ust. 1 określając zakres zastosowania tej regulacji, nie odwołuje się bowiem do pojęcia postanowienia nienegocjowanego indywidualnie użytego w motywach, a wcześniej w dyrektywie 93/13 (art. 3 ust. 1). Zgodnie bowiem z tym przepisem rozdział projektu (o uprawnieniach dotyczących postanowień umownych) stosuje się do klauzul umownych przygotowanych/sformułowanych wcześniej przez przedsiębiorcę lub osobę trzecią, na którą konsument wyraził zgodę, nie mając możliwości zmiany jej treści, w szczególności jeżeli takie postanowienia są częścią wcześniej sformułowanej umowy standardowej. Powyższe jest doprecyzowane w art. 30 ust. 2, na podstawie którego okoliczność, że konsument miał możliwość zmiany treści pewnych aspektów postanowień umownych lub jednego szczególnego postanowienia, nie wyłącza zastosowania tego rozdziału projektu dyrektywy horyzontalnej do innych postanowień umownych, które kształtują część umowy. W art. 33 projektu dyrektywy został ustalony ciężar dowodu indywidualnego negocjowania określonego postanowienia umownego w ten sposób, że nałożony on został na przedsiębiorcę, jeżeli podnosi on, że dana klauzula była indywidualnie negocjowana. W art. 30 ust. 3 zostało powtórzony wyłączenie zastosowania projektu dyrektywy ujęte w wyżej przedstawionym motywie 46. Biorąc pod uwagę powyższe, można zauważyć, że regulacja projektu dyrektywy nawiązuje do uregulowania zawartego w dyrektywie 93/13, choć warto zwrócić uwagę na pewne zróżnicowanie w tym kontekście. W art. 30 ust. 1 projektu dyrektywy horyzontalnej nie posłużono się bowiem pojęciem postanowienia nienegocjowanego indywidualnie (użytego w motywie 45), jak to jest w art. 3 ust. 1 i 2 dyrektywy 93/13, a ponadto określenie zakresu przedmiotowego zastosowania projektu dyrektywy o prawach konsumenta (z różnicą względem art. 3 ust. 1 dyrektywy 93/13 polegającą na tym, że wprost podlegają regulacji projektu dyrektywy postanowienia sformułowane także przez osobę trzecią w imieniu przedsiębiorcy) ujęte we wspomnianym art. 30 ust. 1, ma charakter zamknięty, gdy tymczasem dyrektywa 93/13 w art. 3 ust. 2 tę samą definicję traktuje raczej jako jeden z przypadków nienegocjowanego charakteru określonej klauzuli, pozostawiając tym samym zakres innych przypadków, w których należy przyjąć, że określone postanowienie nie było negocjowane indywidualnie, chociaż tradycyjnie na gruncie dyrektywy 93/13 przyjmowano, że jest to określenie pojęcia nienegocjowanego indywidualnie postanowienia, co znalazło taki wyraz w większości krajowych porządków prawnych państw członkowskich UE<sup>23</sup>. Artykuł 30 ust. 1 projektu dyrektywy horyzontalnej, podobnie jak art. 3 ust. 1 i 2 dyrektywy 93/13 (inaczej niż w motywach), nie odwołuje się do samego pojęcia wzorca umownego (*standard contract term*), ale do jego opisowego określenia jako postanowienia umownego,

<sup>23</sup> Por. M. Ebers: *Unfair Contract Terms Directive (93/13)* (w:) H. Schulte-Nölke, Ch. Twigg-Flesner, M. Ebers (eds.): *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Munich 2008, s. 226; J. Stuck: *Unfair Terms* (w:) G. Howells, R. Schulze (eds.): *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law...*, op. cit., s. 116.

stanowiącego element wcześniej sformułowanej umowy standardowej (*standard contract*). W związku z powyższym należy zwrócić uwagę, że różnica w sformułowaniu art. 30 ust. 1 projektu dyrektywy horyzontalnej oraz art. 3 ust. 2 dyrektywy 93/13 może mieć znaczenie właśnie w odniesieniu do wzorców umownych. O ile bowiem na podstawie dyrektywy 93/13 można twierdzić, że uznanie, iż określona klauzula stanowi wzorzec umowny, nie musi *ex definitione* oznaczać, że jest ona nienegocjowana indywidualnie<sup>24</sup>, to z art. 30 ust. 1 projektu dyrektywy o prawach konsumenta można wywieść, że postanowienie stanowiące element umowy standardowej w każdym przypadku podlega kontroli określonej w projekcie dyrektywy horyzontalnej. Konsekwencją takiego stanowiska byłoby przyjęcie, że w stosunku do wzorców umownych nie byłby dopuszczalny dowód ich negocjowania, który mógłby zostać przeprowadzony przez przedsiębiorcę na podstawie art. 33 projektu dyrektywy horyzontalnej. Zgodnie z tym ostatnim postanowieniem na przedsiębiorcy spoczywa dowód indywidualnego negocjowania danego postanowienia umownego w celu wyłączenia jego kontroli na podstawie regulacji projektu tej dyrektywy. Taki rozkład ciężaru dowodu wywołuje wątpliwości co do zasadności techniki regulacji (także na gruncie dyrektywy 93/13), która, wprowadzając pozytywne określenie postanowienia nienegocjowanego indywidualnie, przewiduje jednocześnie, że w sporze między konsumentem a przedsiębiorcą znaczenie ma negatywne określenie, tj. standardowego postanowienia indywidualnie negocjowanego. Należy zwrócić w tym miejscu uwagę, że dyrektywa 93/13 w art. 3 ust. 2 odwraca ten ciężar dowodu jedynie dla wzorców umownych, a nie postanowień indywidualnie nienegocjowanych, jak w projekcie dyrektywy o prawach konsumenta. Skutkiem takiego sposobu uregulowania jest przyjęcie domniemania, że w umowach konsumenckich wszystkie postanowienia mają narzucony charakter w rozumieniu art. 30 ust. 1 projektu dyrektywy horyzontalnej. Taki wniosek, zakładając racjonalność przyjętej w projekcie dyrektywy horyzontalnej regulacji, zdaje się potwierdzać wyżej wyrażone stanowisko o niedopuszczalności dowodu indywidualnego negocjowania wzorca umownego. Gdyby bowiem przyjąć, że postanowienie umowne stanowiące element umowy standardowej, wskazane w art. 30 ust. 1 *in fine*, stanowi jedynie szczególny przykład objęty domniemaniem nienegocjowanego charakteru, to należałoby przyjąć, że projekt dyrektywy w odniesieniu do wzorców umownych stanowi o podwójnym domniemaniu takiego ich charakteru: jednym wynikającym z art. 30 ust. 1 i drugim wynikającym z art. 33. Nie jest jednak wykluczone stanowisko, że wskazanie w art. 30 ust. 1 projektu dyrektywy postanowienia wzorcowego stanowi jedynie podanie przykładu klauzuli podpadającej pod określenie nienegocjowanego charakteru w rozumieniu art. 30 ust. 1 *in principio*, który może zostać co do zasady podważony przez przed-

---

<sup>24</sup> Zob. F. Zoll: *Unfair Terms in the Acquis Principles and Draft Common Frame of Reference...*, *op. cit.*, s. 74 oraz literatura podana w przyp. 28 w odniesieniu do prawa niemieckiego.

siębiorcę na podstawie art. 33 projektu dyrektywy horyzontalnej<sup>25</sup>. Pierwszy pogląd jest spójniejszy i uwzględnia główną cechę postanowienia wzorcowego, tj. wcześniejsze sformułowanie dla wielu stosunków prawnych i narzucenie drugiej stronie. Możliwość negocjowania wzorca umownego pozbawia go bowiem zasadniczej funkcji w obrocie, która odnosi się do standaryzacji określonych umów i związanej z nią możliwości alokacji ryzyka gospodarczego, co wpływa na koszty nawiązania stosunku prawnego. Ponadto uznanie danego postanowienia za element umowy standardowej właściwie prowadzi do praktycznej niemożliwości dowodu na okoliczność przeciwną, bowiem wtedy umowa przestaje mieć charakter standardowy, a staje się indywidualną. Na podstawie powyższego można twierdzić, że zakresem zastosowania projektu dyrektywy horyzontalnej objęte są postanowienia standardowe oraz indywidualne objęte domniemaniem nienegocjowanego charakteru. W odniesieniu do postanowień standardowych skuteczność dowodu przeprowadzonego na podstawie art. 33 projektu dyrektywy uzależniona jest zatem od wykazania indywidualnego charakteru postanowienia umownego oraz okoliczności zaprzeczających narzucony charakter tego postanowienia, a to faktu, że konsument miał możliwość wpływu na zmianę treści danego postanowienia.

Przy określaniu zakresu zastosowania projekt dyrektywy horyzontalnej nawiązuje zatem w sposób wyraźny do regulacji dyrektywy 93/13, w szczególności wyrażając tzw. mieszane podejście do uregulowania problematyki nieuczciwych postanowień umownych. Chroniąc konsumenta, projekt dyrektywy horyzontalnej nie stanowi jednocześnie o pełnej ochronie, tj. także w odniesieniu do postanowień umownych, które zostały wynegocjowane, co byłoby konsekwencją przyjęcia w pełni stanowiska o konieczności ochrony tzw. słabszej strony umowy. Z drugiej strony zakresem wyłączenia spod kontroli nie są objęte jedynie standardowe postanowienia, a to w celu ograniczenia jednostronnego kształtowania treści stosunku prawnego przez jedną ze stron na zasadzie *quasi*-prawotwórczej. Chodzi bowiem o szerszy aspekt, a mianowicie o ograniczenie nadużycia pozycji kontraktowej jednej strony (przedsiębiorcy) przez narzucenie treści stosunku prawnego drugiej stronie (konsumentowi). Można zatem przyjąć, że wzorzec umowny jest objęty zakresem zastosowania projektu dyrektywy horyzontalnej w każdym przypadku, a inne postanowienia umowne nie podlegają kontroli, jeżeli przedsiębiorca dowiedzie jego negocjowany charakter. Zgodnie z uwagami wyżej poczynionymi odnośnie do regulacji zawartej w art. 30 ust. 1, projekt dyrektywy horyzontalnej nie określa wprost, kiedy dana klauzula nie była nienegocjowana, czy została wynegocjowana. Z powołanego wyżej artykułu należy jednak wnosić, że przedsiębiorca winien wykazać, że konsument miał możliwość zmiany treści zaproponowanej przez niego (przedsiębiorcę) klauzuli. Jeżeli konsument skorzystał z takiej możliwości i dana

<sup>25</sup> Tak J. Stuyck: *Unfair Terms* (w:) G. Howells, R. Schulze (eds.): *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law...*, *op. cit.*, s. 129.

klauzula została zmieniona, dowód takiej zmiany nie będzie uciążliwy do przeprowadzenia. Natomiast problematyczna pod względem dowodowym jest okoliczność istnienia po stronie konsumenta możliwości zmiany treści danego postanowienia umownego, z której to możliwości konsument nie skorzystał. Przy czym uważam, że nie będzie wystarczającym dowodem podpisanie przez konsumenta oświadczenia, które zostało sformułowane przez przedsiębiorcę, zgodnie z którym konsument na przykład nie wyraża woli zmiany określonego regulaminu czy jego postanowień bądź nie korzysta z takiej możliwości. Natomiast nie byłoby wykluczone przyjęcie jako dowodu pisemnego własnoręcznego oświadczenia konsumenta o podobnej treści, ale przy jednoczesnym dowodzie okoliczności, że konsument miał rzeczywistą możliwość zapoznania się z danymi postanowieniami umownymi, zrozumienia ich treści oraz skutków prawnych, zastanowienia się nad nimi, jeżeli wyraził takie życzenie, oraz ewentualnej dyskusji czy uzyskania wyjaśnień. Takie ogólne sformułowanie projektu dyrektywy, zaczerpnięte zresztą z dyrektywy 93/13, z pewnością nie sprzyja spójnej ocenie różnych, a także podobnych przypadków.

Zasady *Acquis* do regulacji dyrektywy 93/13 nawiązują w rozdziale 6, który dotyczy nienegocjowanych postanowień umownych, choć nie są to tożsame regulacje. Już z tytułu tej części Zasad *Acquis* wynika zakres przedmiotowy zastosowania tego rozdziału, a znajduje potwierdzenie w art. 6:101 pkt 1, przy czym wzorzec umowny został ujęty jako jeden z przykładów klauzul nienegocjowanych. Zasady *Acquis*, w ślad za dyrektywą 93/13 i podobnie do projektu dyrektywy horyzontalnej, wprowadzają określenie postanowienia nienegocjowanego (art. 6:101 pkt 2), a na proponenta nakładają ciężar dowodu okoliczności, że wzorzec umowny był indywidualnie negocjowany (art. 6:101 pkt 4). Określenie postanowienia nienegocjowanego indywidualnego w Zasadach *Acquis* nawiązuje do definicji z dyrektywy 93/13, jednakże bez ograniczenia podmiotowego. Ponadto z art. 6:101 pkt 1 zd. 1 wynika, że przesłanka sformułowania danej klauzuli wcześniej jest jedną z okoliczności wpływających na ocenę możliwości adherenta wpływu na treść danej klauzuli, a nie jak na przykład w projekcie dyrektywy horyzontalnej stanowi okoliczność niezależną, niejako wstępną do oceny kwestii możliwości wpływu adherenta (w projekcie dyrektywy — konsumenta) na treść postanowienia. Zasady *Acquis* wprowadzają także domniemanie w umowach konsumenckich sformułowania danego postanowienia przez przedsiębiorcę, jeżeli określone ono zostało przez osobę trzecią. Obalenie tego domniemania wiąże się z obowiązkiem wykazania przez przedsiębiorcę wprowadzenia danego postanowienia do umowy przez konsumenta. Jak wyżej wskazano, Zasady *Acquis* nakładają na proponenta ciężar dowodu indywidualnego negocjowania wzorca umownego, czyli możliwości wpływu drugiej strony na treść tej klauzuli<sup>26</sup>. Jest to dowód okoliczności, że w danym stosunku prawnym wzorzec

---

<sup>26</sup> Zob. T. Pfeiffer, M. Ebers (w:) *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*. *Contract I...*, *op. cit.*, s. 215–216.

umowny przestał być wzorcem, ale stał się klauzulą indywidualnie negocjowaną. Natomiast dowód nienegocjowanego charakteru klauzuli indywidualnej obciąża stronę, która z tego faktu może wywodzić skutki prawne, czyli zasadniczo adherenta. Zasady *Acquis* wprowadzają określenie wzorca umownego pomimo jego braku w dyrektywie 93/13. Zgodnie bowiem z art. 6:101 pkt 3, wzorcem umownym jest postanowienie, które zostało sformułowane wcześniej dla wielu umów pomiędzy różnymi stronami i nie było indywidualnie negocjowane przez strony. Z tego określenia wynika, że przesłanka sporządzenia klauzuli wcześniej stanowi samodzielną podstawę oceny. Natomiast ze względu na odwołanie się do nienegocjowanego charakteru postanowienia umownego można wnioskować, że jest to odesłanie do jego określenia, w którym z kolei sporządzenie postanowienia wcześniej ma wpływ na ocenę możliwości wpływu adherenta na jego treść. Jest to określenie nawiązujące do definicji wzorca umownego z art. II.–1:108 DCFR, aczkolwiek systematyka regulacji DCFR powoduje, że podobne określenia są czytelniejsze. W DCFR pierwszą jest bowiem definicja wzorca umownego, a kolejną — postanowienia nienegocjowanego indywidualnie. W tym ostatnim zakresie należy odwołać się do art. II.–1:110, który podobnie jak Zasady *Acquis* uzależnia nienegocjowany charakter klauzuli od braku możliwości wpływu jednej strony na jej treść, w szczególności ze względu na wcześniejsze sformułowanie, a niezależnie od tego, czy jest to wzorzec umowny, czy nie. Regulacja DCFR (art. II.–1:110 pkt 4), podobnie jak projekt dyrektywy horyzontalnej w odniesieniu do umów konsumenckich, nakłada na przedsiębiorcę ciężar dowodu negocjowanego charakteru postanowienia umownego, natomiast w zakresie wzorców umownych ciężar dowodu indywidualnego negocjowania określonego postanowienia został nałożony na stronę, która się na tę okoliczność powołuje (art. II.–1:110 pkt 3), czyli w praktyce na proponenta, podobnie jak w regulacji Zasad *Acquis*. Ponadto DCFR podobnie jak projekt dyrektywy o prawach konsumenta wyłącza negocjowany charakter postanowienia, w przypadku gdy druga strona wybrała jedną z kilku narzuconych jej klauzul (art. II.–1:110 pkt 2).

## 2.4. WYBÓR KRYTERIUM KONTROLI

Z powyższych rozważań wynika, że w przedstawionym wyżej zakresie projekt dyrektywy horyzontalnej, odbiegając nieznacznie od rozwiązań przyjętych w dyrektywie 93/13, nawiązuje także do regulacji zawartej w DCFR, natomiast Zasady *Acquis*, odchodząc w podanych wyżej aspektach regulacji co do zakresu podmiotowego od regulacji dyrektywy 93/13, podtrzymują jej uregulowanie w zakresie przedmiotowym. Wszystkie jednak projekty pozostają przy konieczności oceny danego postanowienia pod względem ich nienegocjowanego lub negocjowanego charakteru. Rozważania w oparciu o wspomniane projekty, a także w oparciu o skutki implementacji dyrektywy 93/13 ukazują jednakże, jakie trudności związa-

ne są z zastosowaniem tej przesłanki, w szczególności pod względem dowodowym, zwłaszcza w umowach konsumenckich, co prowadzi do rozchwiania systemu i niepewności w stosowaniu prawa. Powyższe stwierdzenie znajduje także odzwierciedlenie w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącym wykładni dyrektywy 93/13. W dotychczasowej praktyce orzeczniczej ocenie Trybunału podlegały klauzule umowne, których przedmiotem była właściwość sądu w sporze między konsumentem a przedsiębiorcą, ustalona według siedziby przedsiębiorcy<sup>27</sup>, bądź zapis na sąd polubowny<sup>28</sup>. Głównymi problemami były kwestie dopuszczalności działania sądu rozstrzygającego spór między konsumentem a przedsiębiorcą z urzędu w celu oceny nieuczciwego charakteru danego postanowienia, tj. bez jego zaskarżenia przez konsumenta bądź złożenia zarzutu nieuczciwości takiej klauzuli oraz samo zagadnienie nieuczciwego charakteru postanowień o wspomnianej wyżej treści. Pomijając w tym miejscu szczegółowe przedstawienie motywacji ETS przy rozstrzyganiu spraw opartych na pytaniach prejudycjalnych, należy zwrócić uwagę na trudność i wynikającą z niej niekonsekwencję w stosunku do regulacji dyrektywy 93/13, co jest związane z przesłanką nienegocjowanego charakteru postanowienia umownego podlegającego kontroli. Działanie sądu z urzędu, zwłaszcza przy ocenie klauzuli stanowiącej o prorogacji sądu, oznacza bowiem, biorąc pod uwagę zakres przedmiotowy dyrektywy 93/13, założenie nienegocjowanego charakteru postanowienia podlegającego ocenie, gdy tymczasem dyrektywa ta wprowadza jedynie domniemanie nienegocjowanego charakteru wzorców umownych<sup>29</sup>. Trybunał w najnowszym orzeczeniu (*Pannon*) stwierdza (odwołując się także do orzeczenia w sprawie *Oceano*), że system ochrony ustanowiony w dyrektywie 93/13 opiera się na założeniu, że konsument ma słabszą pozycję względem przedsiębiorcy, zarówno pod względem możliwości negocjacyjnych, jak i ze względu na poziom wiedzy. Takie stanowisko odbiega od treści regulacji dyrektywy, która jednak wyraża tzw. mieszane podejście w kwestii kontroli postanowień umownych w umowach konsumenckich, co zostało wyżej przedstawione. Jednakże Trybunał, wydając orzeczenia w każdej z dotychczas rozpoznanych sprawach, które dotyczyły wykładni dyrektywy 93/13, zauważył, jakie trudności praktyczne i aksjologiczne stwarza podejście do problematyki nieuczciwych klauzul umownych wyrażone w dyrektywie 93/13, co powinno zostać zweryfikowane przy okazji proponowania nowej regulacji dotyczącej tego zagadnienia. Projekt dyrektywy horyzontalnej, modyfikując pewne kwestie, nie podejmuje jednak próby rozwiązania podstawowych problemów, a właściwie konserwuje *status quo* w tym zakresie, co zostało wyżej przedstawione.

---

<sup>27</sup> Zob. wyrok z 27 czerwca 2000 r., *Oceano Grupo Editorial SA* (połączone sprawy C–240/98 do C–244/98), z 21 listopada 2002 r., *Cofidis* (C–473/00), z 4 czerwca 2009 r., *Pannon* (C–243/08).

<sup>28</sup> Zob. wyrok z 26 października 2006 r., *Mostaza Claro* (C–168/05).

<sup>29</sup> O spornych kwestiach na podstawie sprawy *Oceano* — zob. M. Pecyna: *Prorogacja sądu w obrocie konsumenckim*, KPP 2003, z. 4, s. 839 i n.

Wobec tego należy zwrócić uwagę na propozycje, które do tej przesłanki się nie odwołują. Mowa w tym miejscu o wspomnianej wyżej koncepcji francuskiej, w ramach której w umowach konsumenckich kontroli podlegają wszystkie klauzule, a okoliczność ich nienegocjowania lub negocjowania nie jest brana pod uwagę. Natomiast uwzględniając pewne zróżnicowanie w zależności od wpływu konsumenta (czy szerzej strony) na treść klauzuli, można odwołać się do propozycji, które tę okoliczność nakazują uwzględniać przy ocenie charakteru danego postanowienia pod względem uczciwości bądź nieuczciwości<sup>30</sup>, przy odpowiednim skonstruowaniu generalnej klauzuli kontroli. W tej koncepcji nie jest konieczne badanie kwestii narzucenia danego postanowienia konsumentowi, czyli kontroli podlegają wszystkie klauzule w umowach konsumenckich (poza tymi, które określają główną treść umowy<sup>31</sup>), ale dokonywana jest ona w oparciu o test uczciwości, w ramach którego bierze się także negocjowany lub nienegocjowany charakter danego postanowienia umownego. Natomiast w umowach między przedsiębiorcami, w których okoliczność wynegocjowania danego postanowienia umownego mogłaby stanowić negatywną przesłankę kontroli w ramach testu nieuczciwości, co nie wyłączałoby możliwości podnoszenia zarzutów na zasadach ogólnych, tj. określających przesłanki kontroli treści umowy. W stosunkach prawnych między przedsiębiorcami nacisk mógłby zostać położony na kontrolę wzorców umownych (nieokreślających głównej treści umowy, podobnie jak w umowach konsumenckich), a to z uwagi na zasadność ograniczenia działalności *quasi*-prawotwórczej, przy czym wzorcem może być tylko postanowienie, które nie podlegało negocjacji, gdyż w przeciwnym razie staje się ono klauzulą indywidualną i negocjowaną. Istotna w tym zakresie byłaby kwestia przyjęcia odpowiedniego rozwiązania dotyczącego samego wzorca umownego. Z praktycznego punktu widzenia określenie wzorca jako postanowienia umownego wcześniej sformułowanego w celu wielokrotnego wykorzystania jest niewystarczające dla jednoznacznej manifestacji wzorcowego charakteru tego postanowienia. W tym zakresie można by pomyśleć o dodaniu przesłanki wyrażenia wzorca na piśmie (co nie jest i nie ma być jednoznaczne z formą pisemną), tzn. w formie wydruku czy innego rodzaju zapisu. Byłoby to bowiem i tak usankcjonowanie praktyki w zakresie tworzenia wzorców umownych, a z punktu widzenia stosowania prawa mające znaczenie dla dopuszczalności kontroli postanowień umownych pod względem ich nieuczciwego charakteru w umowach między przedsiębiorcami.

Rozważania o zakresie przedmiotowym regulacji o nieuczciwych klauzulach umownych doprowadziły do wniosku, że potrzebna jest próba konstruktywnego przemyślenia pewnych wieloletnich już założeń i koncepcji, a nie ich utrwalanie, zwłaszcza że niezmiennie wywołują one rozbieżności w stosowaniu prawa, a także

<sup>30</sup> Zob. raport The Law Commission and The Scottish Law Commission (LAW COM No 292), s. 31–32.

<sup>31</sup> O tym wyłączeniu będzie mowa niżej.

prowadzą do nieprzejrzystych i niepewnych rozwiązań. Niewłaściwe oznaczenie zakresu kontroli prowadzi bowiem do problemów z określeniem zasad tej kontroli, które będą przedmiotem badań w kolejnej części opracowania.

### 3. SYSTEM KONTROLI W RAMACH REGULACJI O NIEUCZCIWYCH POSTANOWIENIACH UMOWNYCH

#### 3.1. KONTROLA W RAMACH USTALANIA TREŚCI STOSUNKU PRAWNEGO NA ETAPIE ZAWARCIA UMOWY. EWOLUCJA I SPÓR O ZASADNOŚĆ

##### 3.1.1. JEDNOLITY MECHANIZM KONTROLI W DYREKTYWIE 93/13

Biorąc pod uwagę projekty regulacji stanowiące podstawę rozważań niniejszego opracowania, można wskazać na dwa podstawowe etapy kontroli postanowień umownych, a to w ramach procedury zawarcia umowy (inkorporacja danego postanowienia do stosunku prawnego) oraz jako badanie treści danego postanowienia na podstawie tzw. testu nieuczciwości. Takie ogólne rozróżnienie znajduje odzwierciedlenie w wielu krajowych porządkach prawnych państw członkowskich, w tym po dokonaniu implementacji dyrektywy 93/13, chociaż z samej dyrektywy ono nie wynika. W dyrektywie 93/13 kontrola postanowień umownych związana jest bowiem z oceną pod względem przesłanek nieuczciwości na podstawie tzw. generalnej klauzuli kontroli (art. 3 ust. 1) oraz tzw. szarej listy klauzul nieuczciwych stanowiących załącznik do dyrektywy. Ponadto w dyrektywie 93/13 wprowadzona została zasada prokonsumenckiej wykładni postanowienia umownego, które zostało sformułowane na piśmie (art. 5) z wyłączeniem kontroli klauzul w ramach tzw. kontroli abstrakcyjnej (art. 7 ust. 2). W art. 5 dotyczącym wykładni postanowień umownych zostało wprowadzone także zastrzeżenie o obowiązku sformułowania klauzul wyrażonych na piśmie w jasnym i zrozumiałym języku, co stanowi wyraz tzw. zasady transparentności<sup>32</sup>. Z dyrektywy 93/13 nie wynika wprost, jakie są skutki naruszenia wspomnianej reguły przejrzystości postanowienia umownego, chociaż ze względu na systematykę regulacji można by przyjąć, że związany jest on z problematyką wykładni danej klauzuli. Z drugiej strony może występować przypadki, w których niezrozumiałość lub niejasność danej klauzuli nie może zostać usunięta w drodze wykładni, a wtedy trudno przyjąć, że jest możliwa interpretacja na korzyść konsumenta, bo nie można ustalić wariantów interpretacyjnych, a w konsekwencji dokonać wyboru tego, który będzie korzystny dla konsumenta. W tym zakresie na

---

<sup>32</sup> Zob. zamiast wielu M. Bednarek (w:) E. Łętowska (red.): *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań — część ogólna*, Warszawa 2006, s. 606 i n. i podana tam literatura.

gruncie dyrektywy 93/13 należy odwołać się do punktu i) aneksu do dyrektywy, z którego wynika „domniemanie” nieuczciwego charakteru postanowienia umownego zastrzegającego bezwzględne związanie konsumenta klauzulami, z którymi nie miał on rzeczywistej możliwości zapoznania się przed zawarciem umowy. Z powyższego wynika, że niedochowanie przesłanek transparentności postanowienia nienegocjowanego może na podstawie dyrektywy 93/13 prowadzić do uznania go za nieuczciwe, a ponadto ogólniejsza zasada, że brak rzeczywistej możliwości zapoznania się z treścią postanowienia umownego może stanowić podstawę stwierdzenia jego nieuczciwości i skutku w postaci niezwiązania konsumenta tym postanowieniem. Z powyższych rozważań wynika zatem, że dyrektywa 93/13 nie stanowi o kontroli postanowień nienegocjowanych indywidualnie w ramach procedury zawarcia umowy, ale jej ciężar przesuwa na etap kontroli treści, w ramach której ma także znaczenie kwestia możliwości dostępu konsumenta do określonego postanowienia umownego, który realizuje się między innymi przez zapoznanie się z daną klauzulą oraz odpowiednie sformułowanie pod względem językowym.

Jak wyżej zostało wspomniane, najnowsze propozycje regulacji europejskich dotyczących kontroli postanowień umownych w stosunkach konsumenckich zakładają dwuetapowy system, wobec tego dalsze rozważania zostaną temu poświęcone.

### 3.1.2. ZNACZENIE ZASADY TRANSPARENTNOŚCI W PROJEKCIE DYREKTYWY HORYZONTALNEJ

Projekt dyrektywy horyzontalnej wprowadza w art. 31 regulację dotyczącą przesłanek transparentności postanowień umownych (tak zatytułowany jest wspomniany artykuł projektu), w ramach której stanowi o obowiązku wyrażenia klauzul umownych w jasnym, zrozumiałym języku oraz ich czytelności (art. 31 ust. 1), przy czym w motywach do projektu wskazuje się na uprawnienie przedsiębiorcy do wyboru czcionki oraz rozmiaru tekstu, w którym postanowienia mają być sformułowane. Ponadto postanowienia umowne winny zostać udostępnione konsumentowi w sposób, który umożliwia mu zapoznanie się z nimi przed zawarciem umowy z uwzględnieniem sposobu ich komunikacji (art. 31 ust. 2). Ta ostatnia kwestia znajduje szersze wyjaśnienie w motywach (47), z których wynika, że konsument powinien mieć możliwość przeczytania postanowień umownych przed zawarciem umowy, natomiast wspomniana możliwość może zostać zrealizowana przez doręczenie konsumentowi tych postanowień na jego życzenie (w umowach zawieranych w lokalu (przedsiębiorcy)) bądź udostępnienie ich w inny sposób. W tym ostatnim zakresie wprost została wskazana, wcześniej kontrowersyjna, dopuszczalność (np. w odniesieniu do umów zawieranych na odległość) zamieszczenia tych postanowień na stronie internetowej przedsiębiorcy bądź przez załączenie wzorców umownych do formularza zamówienia (w przypadku umów zawieranych poza lokalem przed-

siębiorky). Projekt dyrektywy o prawach konsumenta wprowadza także obowiązek przedsiębiorcy dążenia do uzyskania wyraźnej zgody konsumenta na jakąkolwiek płatność w związku z przewidywanym wynagrodzeniem za główne zobowiązanie umowne przedsiębiorcy. W motywach projektu dyrektywy wprowadzony został zakaz używania systemu przedpłat. Jeżeli przedsiębiorca nie uzyskał takiej wyraźnej zgody konsumenta, ale wywnioskował ją przez użycie opcji domyślnej, którą konsument jest obowiązany odrzucić w toku procedury odmawiania uiszczenia dodatkowej opłaty, konsument jest uprawniony do zwrotu tej opłaty. Z powyższej regulacji wynika, że szczególny nacisk został położony na transparentność postanowienia umownego, z którego ma wynikać obowiązek konsumenta do zapłaty. W art. 31 ust. 4 zostało natomiast wprowadzone ograniczenie skierowane do państw członkowskich w postaci obowiązku unikania wprowadzania wzorcowych przesłanek dotyczących sposobu wyrażenia postanowień umownych bądź ich udostępniania konsumentowi.

Wprowadzając regulację szeroko rozumianej transparentności, projekt dyrektywy horyzontalnej nie przesądza jednakże wprost o skutkach naruszenia postanowień zawartych w art. 31, bowiem w art. 37 zostały określone skutki uznania danego postanowienia za nieuczciwe, a w aneksie III do dyrektywy zawierającym listę domniemań nieuczciwości określonych postanowień umownych brak jest odpowiednika wyżej przedstawionego podpunktu oznaczonego literą i) z dyrektywy 93/13. W związku z tym można wywieść wniosek, że projekt dyrektywy horyzontalnej pozostawia decyzję w tym zakresie ustawodawcom krajowym bądź też uznać, że naruszenie jakiegokolwiek postanowienia dyrektywy stanowiącego o przesłankach odnoszących się do nienegocjowanych postanowień indywidualnych wywołuje skutek określony w art. 37, tzn. brak związania konsumenta postanowieniem umownym, które nie spełnia wymogów zawartych w dyrektywie. Jednakowoż należy podkreślić, że w art. 37 wprost uregulowany został skutek dotyczący nieuczciwych postanowień umownych, zaś tym pojęciem projekt dyrektywy o prawach konsumenta posługuje się w kontekście kontroli treści danego postanowienia<sup>33</sup>. Zamierzenie projektodawcy wspólnotowego nie jest do końca jasne, biorąc również pod uwagę komunikaty wydane w sprawie europejskiego prawa konsumenckiego<sup>34</sup>. W tym zakresie należy jednak odwołać się do art. 32 ust. 2, który stanowi o okolicznościach mających zostać wziętych pod uwagę przy ocenie nieuczciwego charakteru danego postanowienia umownego. W tym postanowieniu zostało udzielone upoważnienie dla organu kompetentnego, który miałby stwierdzić o uczciwym charakterze ocenianego postanowienia do wzięcia pod uwagę sposobu sformułowa-

---

<sup>33</sup> Por. J. Stuyck: *Unfair terms* (w:) G. Howells, R. Schulze (eds.): *Harmonising and Modernising Consumer Contract Law...*, *op. cit.*, s. 133–134.

<sup>34</sup> Zob. np. Communication from the Commission and the European Parliament and the Council „European Contract Law and the revision of the Acquis: the way forward” z 11 października 2004 r., COM (2004) 654 final, Annex I, który wprost dotyczy zasad zawarcia umowy.

nia umowy oraz jej zakomunikowania konsumentowi na podstawie art. 31. Z powyższego wynika, że określona w art. 31 projektu dyrektywy horyzontalnej zasada transparentności stanowi jedną z przesłanek generalnej klauzuli kontroli treści postanowienia umownego, choć jej zastosowanie ma charakter niejako wtórny, bowiem pierwszeństwo projekt dyrektywy przyznaje regulacji szczególnej, tj. ocenie na podstawie postanowienia dotyczącego bezwzględnie nieuczciwych postanowień umownych oraz postanowień objętych domniemaniem nieuczciwości (art. 32 ust. 1 zd. 1). Ponadto, jak wyżej zostało wskazane, zasada transparentności winna zostać wzięta pod uwagę przy dokonywaniu oceny danego postanowienia jako uczciwego. Z powyższego wynika, że naruszenie transparentności może stanowić podstawę do uznania za nieuczciwe postanowienia umowy, które zostało za takie ocenione na podstawie postanowień szczególnych bądź tzw. generalnej klauzuli. W konsekwencji należy przyjąć, że postanowienie umowne nie może zostać uznane za uczciwe, jeżeli nie są spełnione wymogi przejrzystości określone w art. 31 projektu dyrektywy horyzontalnej.

### 3.1.3. KONTROLA PRZEZ PRZESŁANKI INKORPORACJI W ZASADACH *ACQUIS*

Zasady *Acquis* oparte w tym zakresie regulacji głównie na dyrektywie 93/13 stanowią o przesłankach włączenia nienegocjowanych postanowień umownych do stosunku prawnego, który mają regulować, pomimo tego, że wspomniana dyrektywa tego zagadnienia nie reguluje w taki sposób. Twórcy *Zasad Acquis* przyjęli to rozwiązanie po kontrowersjach w ramach Grupy, a istotne znaczenie miało w tym zakresie odwołanie się do komunikatu z 2004 r. o europejskim prawie umów, w którym postulowane są normy o zawarciu umowy<sup>35</sup>. Należy także zwrócić uwagę, że norma *Zasad Acquis* dotycząca inkorporacji postanowień nienegocjowanych indywidualnie nie jest ograniczona do stosunków prawnych o charakterze konsumenckim, a zatem znajduje zastosowanie także do umów między przedsiębiorcami, przy czym w nawiązaniu do treści punktu i) aneksu dyrektywy 93/13 zostało wprowadzone jedno postanowienie szczególne ograniczone podmiotowo do konsumenta. W zakresie stosunków między przedsiębiorcami podnoszone były głosy, że przedsiębiorca nie może funkcjonować poza praktykami handlowymi oraz odpowiednimi standardami, a wyjątki winny być dopuszczalne z obciążeniem strony powołującej się na brak wiedzy o danej praktyce dowodem tej okoliczności. Ostatecznie dominującym okazał się pogląd, zgodnie z którym *Zasady Acquis* powinny

<sup>35</sup> Zob. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council „European Contract Law and the revision of the Acquis: the way forward” z 11 października 2004 r., COM (2004) 651 final; podają za: T. Pfeiffer, M. Ebers (w:) *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*. *Contract I...*, op. cit., s. 223.

w tym zakresie nawiązywać do regulacji zawartej w Zasadach Europejskiego Prawa Umów<sup>36</sup> (art. 5:103) oraz orzecznictwa opartego na konwencji wiedeńskiej o międzynarodowej sprzedaży towarów z 1980 r.<sup>37</sup>

Zgodnie z art. 6:201 (1) Zasad *Acquis* postanowienia umowne, które nie były negocjowane indywidualnie, wiążą stronę, która o nich nie wiedziała, tylko wtedy, jeżeli proponent podjął rozsądne kroki w celu zwrócenia uwagi drugiej stronie na te postanowienia przed zawarciem umowy lub w chwili jej zawarcia. Za należyte poddanie pod uwagę nie jest uznawane jedynie odesłanie do postanowień nienegocjowanych w dokumencie umowy, nawet jeżeli został on podpisany przez adherenta (art. 6:201 (2)). Przypadek szczególnie w regulacji Zasad *Acquis* stanowi umowa zawarta za pomocą środka elektronicznego, w którym wymagane jest doręczenie postanowień nienegocjowanych indywidualnie w formie tekstowej (art. 6:201 (3)), przy czym dowód takiego doręczenia obciąża proponenta. Dla skuteczności związania konsumenta tymi postanowieniami wymagane jest rzeczywiste umożliwienie konsumentowi zapoznania się z ich treścią. Z powyższej regulacji wynika, że twórcy Zasad *Acquis* stanęli na stanowisku o konieczności obciążenia proponenta obowiązkiem zwrócenia uwagi drugiej stronie na postanowienia umowne, którymi może ona być związana w ten sposób, żeby adherent nie mógł czynić zarzutu, że nie znał ich treści bądź nie wiedział o ich istnieniu. Dochowanie należytej staranności w tym zakresie przez proponenta, które ma doprowadzić do sytuacji, w której to od woli drugiej strony zależy, czy zapozna się z postanowieniami umownymi, które nie są negocjowane indywidualnie, stanowi o wiążącym skutku tych postanowień w danym stosunku prawnym. Jak wynika z wyżej przytoczonego przepisu, nie jest wystarczające samo wskazanie w dokumencie umowy na istnienie tych postanowień, chyba że jest ono połączone z innymi aktami staranności polegającymi na zwróceniu uwagi adherenta na takie postanowienia. Zasady *Acquis*, nieco odmiennie niż to wynika z projektu dyrektywy horyzontalnej, wprowadzają obowiązek proponenta udostępnienia w formie tekstowej postanowień elektronicznych. Określenie formy tekstowej zostało zawarte w art. 1:304, zgodnie z którym jest to tekst wyrażony w alfabetycznych lub innych zrozumiałych znakach przy użyciu środków pozwalających na czytanie, nagrywanie informacji w nim zawartych oraz ich powielanie w formę namacalną. Z regulacji Zasad *Acquis* wynika zatem, że postanowienia takie mogą zostać wiążąco zamieszczone na stronie internetowej proponenta, jeżeli druga strona jest w stanie zorientować się o ich istnieniu, a także istnieje możliwość ich nagrania czy przegrania z tej strony w sposób, który umożliwi następnie ich wydrukowanie lub powielanie. Techniczna strona udostępnienia tych postanowień obciąża zatem proponenta. Natomiast w zakresie umów konsumenckich, jak wyżej zostało wspomniane, Zasady *Acquis* nawiązują w art. 6:201 (4) do ure-

---

<sup>36</sup> PECL (skrót od Principles of European Contract Law).

<sup>37</sup> Zob. szerzej T. Pfeiffer, M. Ebers (w.): *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract I...*, op. cit., s. 223.

gulowania zawartego w aneksie dyrektywy 93/13, pkt i). Przedsiębiorca — proponent winien zatem udostępnić konsumentowi nienegocjowane indywidualnie postanowienia przed zawarciem umowy w sposób umożliwiający zapoznanie się z ich treścią. Pod tym sformułowaniem w Zasadach *Acquis* kryje się nie tyle bądź nie tylko obowiązek doręczenia tych postanowień konsumentowi, ale szeroko rozumiana dostępność, w tym czytelność, zrozumiałość, język znany konsumentowi itp. Postanowienie powyższe traktuje zatem także o zasadzie transparentności w jej aspekcie związanym z procedurą nawiązania stosunku prawnego, chociaż wynika to z komentarza do tego przepisu<sup>38</sup>, a samo postanowienie odpowiadające regulacji art. 5 dyrektywy 93/13 zostało zamieszczone wśród postanowień Zasad *Acquis* dotyczących ważności postanowień umownych związanej z ich nieuczciwym charakterem. Regulacja przyjęta w Zasadach *Acquis* wychodzi zatem z założenia o konieczności zapewnienia sytuacji, w której adherent postawiony w pozycji słabszej strony umowy jako nieproponującej postanowień umownych, którymi ma być związana, i niemającej na nie wpływu będzie przynajmniej miał świadomość ich treści, co ewentualnie wpłynie na jego decyzję o nawiązaniu konkretnego stosunku prawnego. Z powyższego wynika jednakże, że jest to raczej fikcja doprowadzenia do ewentualnej równości, która w dodatku opiera się na właściwie nieweryfikowalnych kryteriach poza na przykład niezrozumiałym językiem, co na podstawie literalnej wykładni art. 6:201 może dotyczyć jedynie stosunków konsumenckich, bowiem w przypadku innych wymaga się jedynie zwrócenia uwagi na istnienie tych postanowień przed zawarciem lub w chwili zawarcia umowy, a zrozumiałość postanowienia może zostać zweryfikowana na podstawie przepisów stanowiących tzw. test nieuczciwości danego postanowienia<sup>39</sup>. Z tego wynika, że ciężar regulacji o nieuczciwych postanowieniach umownych został w zasadzie i tak położony na kontrolę treści postanowień, a nie na etap ustalania treści stosunku prawnego, co stawia pod znakiem zapytania znaczenie regulacji dotyczącej inkorporacji danego postanowienia do stosunku prawnego. Rozważania o regulacji Zasad *Acquis* dotyczącej kontroli klauzul umownych w ramach ustalania treści stosunku prawnego związanego z zawarciem umowy należy uzupełnić o postanowienie art. 6:203 (1), który dotyczy wykładni nienegocjowanych postanowień umownych. Wspomniany przepis stanowi o zasadzie wykładni *in dubio contra proferentem*. Jest to zasada, która została wprowadzona w dyrektywie 93/13, przejęta przez projekt dyrektywy horyzontalnej, aczkolwiek, o ile w tych ostatnich regulacjach stanowi ona jeden z elementów kontroli treści postanowienia umownego<sup>40</sup>, o tyle w Zasadach *Acquis* reguła ta związana jest z nawiązaniem stosunku prawnego, co przynajmniej wynika z systematyki regulacji, tj. zamieszczenia jej w oddziale 2 „Inkorporacja i wykład-

<sup>38</sup> Zob. T. Pfeiffer, M. Ebers (w.): *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*. *Contract I...*, *op. cit.*, s. 226.

<sup>39</sup> Szczegółowo będzie o tym mowa w dalszej części opracowania.

<sup>40</sup> Szczegółowo będzie o tym mowa w dalszej części opracowania.

nia postanowień umownych”, gdy tymczasem kolejny oddział (3) został zatytułowany „Ważność postanowień umownych”. System Zasad *Acquis* wskazuje zatem, że zostało w nich przyjęte podejście z punktu widzenia zawarcia umowy, a szerzej ustalania treści stosunku prawnego za pomocą reguł jego kształtowania, a nie kontroli treści pod względem nieuczciwości. Takie podejście nie wydaje się jednak w pełni uzasadnione, choćby z tego względu, że wykładnia, nawet na niekorzyść proponenta, doprowadza do ustalenia pewnej treści danego postanowienia, co nie jest jednak jednoznaczne z przyjęciem, że ustalona na korzyść adherenta treść klauzuli jest dla niego wiążąca, bowiem podlega dalszej ocenie pod względem nieuczciwego charakteru, chyba że ta ocena jest wyłączona. Ustalenie treści danej klauzuli na korzyść adherenta pozwoli na stwierdzenie jej wiążącego charakteru nie na podstawie wyniku wykładni, ale na podstawie tzw. testu nieuczciwości. Ponadto w konkretnym stosunku prawnym może wystąpić sytuacja, w której korzystna dla adherenta interpretacja postanowienia umownego pozwoli utrzymać ją w mocy, gdy tymczasem przyjęcie niekorzystnej wykładni mogłoby doprowadzić do uznania jej za niewiążącą, co mogłoby być ogólnie korzystniejszym rozwiązaniem dla strony, która nie miała wpływu na treść danej klauzuli. Inaczej przedstawia się przypadek, w której kontroli pod względem nieuczciwości podlegałyby także postanowienia negocjowane. Stwierdzenie okoliczności negocjowania danego postanowienia w znaczeniu możliwości wpływu na jego treść może wyłączać zastosowanie reguły wykładni przeciwko proponentowi, bowiem uwzględniona zostaje wola adherenta, co ma także wpływ na ocenę tego postanowienia pod względem nieuczciwości. Reguła wykładni nie powinna ograniczać ochrony interesu strony, która nie miała wpływu na treść danej klauzuli, ale być na tyle elastyczną w zastosowaniu, żeby ten interes mógł być najpełniej chroniony.

Natomiast należy zwrócić uwagę, że w Zasadach *Acquis*, w nawiązaniu do regulacji dyrektywy 93/13, zasada transparentności *sensu stricto* wyrażona została w art. 6:302, który zamieszczony jest w oddziale dotyczącym ważności postanowień umownych związanej z oceną danego postanowienia na podstawie testu nieuczciwości. Powołany artykuł Zasad *Acquis* nie stanowi o sankcji jego naruszenia, choć biorąc pod uwagę sformułowanie generalnej klauzuli kontroli treści zawartej w art. 6:301 opartym na zasadzie dobrej wiary oraz obowiązku uwzględniania wszelkich okoliczności występujących w chwili zawarcia umowy, można wnosić, że obowiązek dochowania przejrzystości klauzul nienegocjowanych stanowi jedno z kryteriów oceny pod kątem nieuczciwego charakteru danego postanowienia umownego<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Zob. szerzej T. Pfeiffer, M. Ebers (w:) *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract I...*, *op. cit.*, s. 239–240.

### 3.1.4. DUALIZM ZNACZENIA PRZESŁANEK INKORPORACJI I TRANSPARENTNOŚCI W DCFR

Swoistego rodzaju odmienne od Zasad *Acquis* podejście przyjęto w DCFR. Z jednej bowiem strony wprowadzona została kontrola postanowień nienegocjowanych indywidualnie na etapie ustalania treści stosunku prawnego, ale na zasadzie negatywnej, tj. w postaci możliwości powoływania się przez proponenta przeciwko drugiej stronie na nienegocjowane indywidualnie klauzule umowne. Na podstawie art. II.–9:103 (1) postanowienia narzucone przez jedną stronę i nienegocjowane indywidualnie (w rozumieniu wyżej omówionym, art. I.–1:110) mogą być przez nią podnoszone przeciwko drugiej stronie, jeżeli ta ostatnia wiedziała o nich lub proponent powziął rozsądne kroki w celu zwrócenia na nie uwagi drugiej stronie przed zawarciem umowy. Podobnie jak w Zasadach *Acquis* nie jest wystarczające dla przyjęcia dochowania przez proponenta wyżej przedstawionej przesłanki odesłanie do tych postanowień zawarte w dokumencie, nawet jeżeli druga strona ten dokument podpisał (art. II.–9:103 (3)(b)). W razie zawarcia umowy za pomocą środka elektronicznego strona narzucająca postanowienia umowne może podnosić zarzuty z nich wynikające tylko w przypadku doręczenia ich w formie tekstowej (w rozumieniu art. I.–106 (2) odpowiadającemu sformułowaniu zawartemu w Zasadach *Acquis*, które zostało wyżej przytoczone). Z powyższego wynika, że DCFR, traktując tę regulację jako dotyczącą etapu ustalania treści stosunku prawnego, nie wyłącza wiążącego charakteru każdego postanowienia w braku spełnienia przez proponenta przesłanek włączenia danego postanowienia do treści stosunku prawnego, ale okoliczności te są brane tylko pod uwagę wtedy, gdy proponent powołuje się na to postanowienie przeciwko adherentowi, ale nie wtedy, gdy to adherent powołuje się na określoną klauzulę przeciwko proponentowi. Jest to konstrukcja, która sankcjonuje niedochowanie przez proponenta aktów staranności w zakresie zwrócenia uwagi na sformułowane przez niego postanowienia umowne przez uniemożliwienie wywodzenia korzystnych skutków z nich wynikających. DCFR wprowadza także zasadę wykładni przeciwko proponentowi postanowień nienegocjowanych indywidualnie w razie wątpliwości co do ich znaczenia (art. II.–8:103), jednakże nie jest to regulacja jednoznacznie związana z ustalaniem treści stosunku prawnego, bowiem została zawarta w rozdziale ósmym dotyczącym wykładni umów, tj. równorzędnej jednostce redakcyjnej z rozdziałem dziewiątym zawierającym postanowienia o treści i skutkach umowy, w ramach którego uregulowana została „Treść” oraz „Nieuczciwe postanowienia umowne”. Wobec powyższego można przyjąć, że na gruncie DCFR rolę wykładni może być zarówno ustalenie treści umowy, jak i ocena danego postanowienia pod kątem przesłanek nieuczciwości.

Należy jednak zwrócić uwagę, że na gruncie DCFR okoliczności zawarcia umowy mają także znaczenie przy ocenie nieuczciwego charakteru danego postanowienia, ale dotyczy to stosunków konsumenckich. Zgodnie bowiem z art. II.–9:407(2)

do okoliczności zawarcia umowy w rozumieniu art. II.–9:403 zalicza się rzeczywistą możliwość konsumenta zapoznania się z treścią postanowień przed zawarciem umowy. Z powyższego należy zatem wnioskować, że przy ocenie nieuczciwego charakteru należy brać także pod uwagę (nie)możliwość zapoznania się przez konsumenta z postanowieniami umownymi narzuconymi przez proponenta. Nawiązując w tym miejscu do wspomnianego wyżej art. II.–9:403 DCFR, który jako główną przesłankę oceny danego postanowienia ustanawia dobrą wiarę i obyczaje obrotu, należy stwierdzić, że powołana możliwość zapoznania się z treścią postanowienia stanowi element oceny dobrej wiary po stronie proponenta. Jest to regulacja nieco odmienna w konstrukcji od dyrektywy 93/13, która w pkt i) aneksu ustanawia swoiste „domniemanie” nieuczciwego charakteru klauzuli, z którą konsument nie mógł się zapoznać, a także względem projektu dyrektywy horyzontalnej, która tę przesłankę traktuje w istocie jako negatywną dla dopuszczalności uznania, że dane postanowienie umowne jest dozwolone. Z regulacji DCFR, która traktuje omawianą przesłankę jako okoliczność, winną być uwzględnianą przy ocenie nieuczciwego charakteru danego postanowienia, nie należy jednakowoż wyprowadzać wniosku, że może ona stanowić samoistną podstawę dla przyjęcia takiej oceny, z tym że dowód w tym zakresie obciąża konsumenta. Powyższe stwierdzenie jest uzasadnione w kontekście regulacji zasady transparentności oraz skutków jej naruszenia. Z art. II.–9:402 (1) wynika bowiem obowiązek strony narzucającej postanowienia umowne, tzn. nienegocjowane indywidualnie sformułowania i wyrażenia ich w jasnym, zrozumiałym języku. Niedochowanie tego obowiązku przez przedsiębiorcę w stosunkach konsumenckich może stanowić samodzielną podstawę do uznania danego postanowienia za niedozwolone (art. II.–9:402 (2)). Przy ocenie przejrzystości danego postanowienia umownego należy brać pod uwagę inne postanowienia umowy lub każdą inną umowę, od której umowa podlegająca ocenie jest zależna. Z powyższego wynika, że DCFR w zakresie oceny naruszenia zasady transparentności nawiązuje do dyrektywy 93/13, która jednak, jak wyżej zostało wspomniane, wprost tej kwestii nie reguluje (stanowi o obowiązku, nie określając *expressis verbis* skutków jego naruszenia), a raczej w powiązaniu z uregulowaniem zawartym w pkt i) aneksu do dyrektywy. Ponadto można wskazać na podobieństwo znaczenia zasady transparentności w DCFR oraz projekcie dyrektywy horyzontalnej z różnicą dotyczącą zakresu zasady transparentności, a także konstrukcyjną dotyczącą stosowania tej zasady przy ocenie charakteru postanowienia umownego. Z regulacji DCFR wynika, że naruszenie zasady transparentności może stanowić samodzielną podstawę uznania danego postanowienia za nieuczciwe w stosunkach konsumenckich, natomiast w innych może to być najpewniej jedna z okoliczności branych pod uwagę w ramach naruszenia dobrej wiary. Niewątpliwie jednak system kontroli w DCFR, dotyczący sfery ustalania treści umowy z jednej strony oraz oceny samej treści z drugiej, nie został skonstruowany w pełni konsekwentnie, a właściwie przedstawia się niejako

dwutorowo, ale tylko w stosunkach konsumenckich<sup>42</sup>. Kontrola przez ocenę przesłanek włączenia postanowienia nienegocjowanego indywidualnie odbywa się w związku z jego podniesieniem przez proponenta przeciwko drugiej stronie, która to strona może zarzucić niedochowanie przez proponenta przesłanek włączenia tej klauzuli do stosunku prawnego. Jeżeli wspomnianą drugą stroną jest konsument, to może on skorzystać z reguły wyżej przedstawionej w sytuacji, w której proponent żąda czegoś na podstawie nienegocjowanego postanowienia umownego albo podnieść samodzielną przesłankę nietransparentności tego postanowienia, czy też zarzucić brak możliwości zapoznania się z jego treścią, co ma znaczenie dla oceny pod kątem nieuczciwego charakteru.

### 3.1.5. PROPOZYCJA UJEDNOLICENIA ZASAD KONTROLI

Z wyżej przedstawionych rozważań wynika, że w projektach stanowiących przedmiot tego opracowania brak jest spójnego podejścia w zakresie zastosowania kontroli postanowienia umownego (indywidualnie nienegocjowanego) na etapie ustalania treści stosunku prawnego oraz jednolitości podmiotowej w zakresie tejże kontroli, przy czym ta ostatnia uwaga związana jest oczywiście z charakterem prawnym niektórych projektów, który takie ograniczenie podmiotowe niejako wymusza. Z problematyką dotyczącą kontroli danego postanowienia na etapie ustalania treści stosunku prawnego wiąże się podobne zagadnienie do przedstawionego w ramach rozważań o charakterze postanowień, które podlegają ocenie na podstawie regulacji o nieuczciwych klauzulach umownych. Istotna trudność wiąże się bowiem z udowodnieniem okoliczności niepodjęcia przez proponenta stosownych kroków dla zwrócenia uwagi konkretnemu adherentowi na istnienie oraz treść postanowienia umownego sformułowanego jednostronnie przez proponenta, zwłaszcza w przypadku powszechnej praktyki podpisywania oświadczeń strony przystępującej do umowy o otrzymaniu i zapoznaniu się z treścią narzuconych postanowień bądź braku zainteresowania adherenta treścią postanowień stanowiących na przykład jakąś regulację regulaminową (co dotyczy zwłaszcza umów w tzw. drobnych sprawach). Wydaje mi się, że wątpliwości przedstawione wyżej oraz niespójność systemowa mogą zwrócić uwagę na potrzebę przyjęcia regulacji dotyczącej jednak kontroli treści danego postanowienia umownego, w ramach której należy brać pod uwagę także kwestię jej dostępności dla drugiej strony, w tym wynikającej z zasady transparentności. Zarówno bowiem zwrócenie uwagi stronie umowy, dla której określone postanowienie zostało sformułowane na jego istnienie, a także właściwe jego wyrażenie mieszczą się bowiem w ramach oceny tzw. nadużycia pozycji kon-

<sup>42</sup> Zob. też T. Pfeiffer: *Non-Negotiated Terms* (w:) R. Schulze (ed.): *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Munich 2008, s. 180–181.

traktowej, która stanowi jeden z elementów dobrej wiary i zwyczajów obrotu stanowiących generalną klauzulę kontroli treści postanowień. Ukrycie pewnej treści, utrudnienie do niej dostępu zarówno od strony technicznej, jak i merytorycznej to jedne z przesłanek wpływających na ocenę mechanizmu kontraktowego, który zostaje zachwiany przez proponenta na jego nieuzasadnioną korzyść.

### 3.2. SYSTEM KONTROLI TREŚCI POSTANOWIEŃ UMOWNYCH POD WZGLĘDEM NIEUCZCIWOŚCI

Wyżej zostały przedstawione różne podejścia poszczególnych projektów będących przedmiotem rozważań tego opracowania odnośnie do zasadności kontroli postanowień umownych na podstawie przesłanek dotyczących ustalenia treści stosunku prawnego z punktu widzenia jego zawarcia. Natomiast w tej części omówiona zostanie problematyka tradycyjnie pojmowanej kontroli treści postanowień umownych podlegających regulacji o nieuczciwych klauzulach umownych, która opiera się na tzw. teście nieuczciwości. Wspomniany test (w tym najważszym ujęciu), począwszy od regulacji dyrektywy 93/13, opiera się na ocenie danego postanowienia na podstawie klauzuli generalnej, a także klauzul szczególnych ujętych na liście określającej przesłanki postanowień umownych, których treść lub cel wskazuje na ich nieuczciwość. Ta ostatnia lista ewoluuje względem jej ujęcia w dyrektywie 93/13 pod względem charakteru prawnego w projektach europejskich, co będzie przedmiotem dalszych projektów; należy zwrócić uwagę na określenie zakresu przedmiotowego (treściowego) tego testu.

#### 3.2.1. ZAKRES KONTROLI TREŚCI

Zakres kontroli treści postanowień jest w pierwszym rzędzie wyznaczany przez ogólne określenie zastosowania regulacji dotyczącej nieuczciwych postanowień umownych, a więc na przykład przez pojęcie klauzuli nienegocjowanej indywidualnie, wzorca umownego, co zostało wyżej przedstawione. Natomiast ograniczenie treściowe zakresu kontroli związane jest z przedmiotem postanowienia umownego, który uzasadnia wyłączenie go spod tej samej w sobie regulacji szczególnej.

Treściowe ograniczenie zakresu kontroli treści pod względem nieuczciwości zostało wprowadzone w dyrektywie 93/13, która w art. 4 ust. 2 stanowi o wyłączeniu dopuszczalności przyjęcia nieuczciwego charakteru postanowienia określającego główny przedmiot umowy (główną treść umowy<sup>43</sup>) oraz adekwatność ceny lub wynagrodzenia w kontekście dobra lub usługi, za które mają zostać uiszczone, je-

---

<sup>43</sup> *The main subject matter of the contract.*

żeli jest ono sformułowane w jasnym i zrozumiałym języku. Zbliżoną w treści regulację zawierają Zasady *Acquis*, które w art. 6:303 wyłączają spod zakresu testu nieuczciwości postanowienia umowne sporządzone właśnie w prostym i zrozumiałym języku, określające istotne postanowienia umowy oraz adekwatność ceny, która ma zostać zapłacona. Tożsame postanowienie zostało zawarte wśród wyłączeń spod kontroli treści postanowień umownych w art. II.–9:406 (2) DCFR. Do wymienionych rozwiązań nawiązuje także projekt dyrektywy horyzontalnej, który jednak wprowadza pewne modyfikacje. Zgodnie z art. 32 ust. 3 zasady kontroli treści postanowienia umownego nie znajdują zastosowania do oceny głównej treści umowy oraz adekwatności wysokości wynagrodzenia należnego przedsiębiorcy za jego główne zobowiązanie umowne, jeżeli postanowienie to spełnia przesłanki określone w art. 31. Wyżej zostało wskazane, że art. 31 projektu dyrektywy o prawach konsumenta stanowi o zasadzie transparentności, ale szerzej rozumianej niż w dyrektywie 93/13 oraz innych projektach europejskich. Oprócz reguły dotyczącej sposobu językowego sformułowania danego postanowienia, zasada transparentności w dyrektywie horyzontalnej obejmuje bowiem także obowiązki strony formułującej dane postanowienie związane z zapewnieniem rzeczywistej możliwości zapoznania się z jego treścią oraz poszukiwania wyraźnej zgody konsumenta na jakąkolwiek płatność związaną z wynagrodzeniem za główne świadczenie przedsiębiorcy. Odwołanie w art. 32 ust. 3 do art. 31 w całości oznacza, że zakres kontroli tzw. głównych postanowień umownych jest szerszy w porównaniu z regulacją Zasad *Acquis* oraz DCFR i oznacza, że twórcy projektu dyrektywy horyzontalnej położyli nacisk na stworzenie konsumentowi warunków do podjęcia świadomej decyzji co do zawarcia określonej umowy, a w razie naruszenia przesłanek zasady transparentności w odniesieniu do głównych świadczeń stron, konsument zostaje objęty ochroną przysługującą mu na podstawie testu nieuczciwości. Dla oceny zasadności poszczególnych rozwiązań celowe jest postawienie pytania o potrzebę wyłączenia spod zakresu testu nieuczciwości postanowień umownych określających główne świadczenia stron lub adekwatność wynagrodzenia należnego przedsiębiorcy za jego świadczenie, a jednocześnie uzasadnienie takiej kontroli, w razie gdy postanowienie umowne o wyżej wspomnianym przedmiocie jest nietransparentne. Za zasadnością wyłączenia przemawiać ma konieczność pozostawienia w mocy działania zasady swobody umów, a właściwie przejaw istnienia tradycyjnie rozumianego konsensu stron prowadzącego do zawarcia umowy, który wymaga ustalenia co najmniej istotnych/głównych postanowień umownych. Należy jednak zwrócić uwagę, że znakomita większość umów konsumenckich ma charakter adhezyjny, w których decyzja strony/konsumenta ograniczona jest do przystąpienia do umowy bądź nieprzystąpienia. Ochronie w tym przypadku podlegać ma zatem decyzja o zawarciu określonej umowy, która jest między innymi uzależniona od nabycia przez stronę przystępującą właściwej wiedzy o jego treści. Dlatego transparentność postanowienia ma stanowić gwarancję, że taka możliwość istniała, i tylko od strony przystępującej do umowy

będzie zależało, czy z niej skorzystała. Z drugiej strony należy zauważyć, że wyłączenie spod zakresu regulacji o nieuczciwych postanowieniach umownych klauzul określających główne świadczenia stron nie pozbawia możliwości oceny danego stosunku prawnego na podstawie ogólnych zasad prawa umów, jeżeli takie istnieją. Pozostaje natomiast kwestia ustalenia zakresu samego wyłączenia, tzn. wspomnianego wyżej głównego przedmiotu umowy i sposobu jego ustalenia. Wymienione wyżej projekty odwołują się do postanowień opisujących/określających główne świadczenia stron. Interesujące jest zagadnienie dotyczące znaczenia (uzasadnionych) oczekiwań konsumenta/strony niemającego wpływu na treść postanowień, w tym określających główną treść umowy lub cenę czy wynagrodzenie<sup>44</sup>. Chodzi o ustalenie źródła i znaczenia tychże oczekiwań w kontekście dopuszczalności zastosowania testu nieuczciwości do postanowień określających główne świadczenia stron. W tym zakresie można odwołać się do przypadku, w którym postanowienia określające główne świadczenia stron, w szczególności świadczenie przedsiębiorcy, są sformułowane w jasnym i zrozumiałym języku, ale w innym miejscu zbioru postanowień została zamieszczona klauzula napisana małą czcionką, która stanowi na przykład o wyjątku od przesłanek określających główne świadczenie przedsiębiorcy. W takiej sytuacji może dojść do rozbieżności pomiędzy stanowiskiem uwzględniającym sposób ujęcia postanowień dotyczących głównych świadczeń stron, a biorącym pod uwagę oczekiwania drugiej strony, która nie zauważyła tego wyjątku i nie spodziewała się go, gdyż sądziła, że świadczenie główne zostało wyczerpująco, jasno i zrozumiale przedstawione. Powyższy przypadek unaocznia możliwość wystąpienia sytuacji, w której odwołanie się jedynie do jasności i zrozumiałości może być za wąskie w kontekście celowości ograniczenia kontroli danego postanowienia umownego, bowiem ukrycie pewnej treści w innym, niespodziewanym dla drugiej strony miejscu stanowi podobny rodzaj nadużycia pozycji kontraktowej jak użycie niezrozumiałego języka dla wyrażenia określonego postanowienia umowy. Wobec tego bardziej zasadna jest propozycja zawarta w projekcie dyrektywy horyzontalnej w porównaniu z DCFR oraz Zasadami *Acquis*, która transparentność rozumie szerzej, co jest przydatne zwłaszcza przy założeniu zasadności kontroli treści postanowień umownych dotyczących głównych świadczeń stron. Doprowadzenie do skutku wynikającego z zastosowania regulacji projektu dyrektywy horyzontalnej nie będzie możliwe jedynie przy skorzystaniu z możliwości wykładni *contra proferentem*, bowiem w tym zakresie chodzi nie tyle o ustalenie korzystniejszej treści dla strony, która nie miała wpływu na dane postanowienie, ale na ustalenie dostępu do tej treści i na tej podstawie sformułowanie świadomej decyzji o zawarciu umowy, a jeszcze dalej — przypisanie konsensu w zakresie postanowień określających główne świadczenia.

---

<sup>44</sup> Na tę przesłankę zwrócona została uwaga w raporcie The Law Commission and The Scottish Law Commission (LAW COM No 292), s. 34.

### 3.2.2. SYSTEM KONTROLI

Systemy kontroli treści postanowień umownych pod względem ich nieuczciwości w projektach stanowiących przedmiot zainteresowania w tym opracowaniu nawiązują do porządku ustanowionego w dyrektywie 93/13, która ustanowiła tzw. generalną klauzulę oraz listę postanowień umownych, które wskazują na ich nieuczciwy charakter. Jednakże występuje pewne zróżnicowanie w treści klauzuli generalnej kontroli, a to w zależności od zakresu podmiotowego oraz przesłanek, jak również pewnej zmianie uległ charakter listy postanowień umownych ujętej w aneksie do dyrektywy 93/13.

#### 3.2.2.1. GENERALNA KLAUZULA KONTROLI TREŚCI

Klauzula kontroli treści danego postanowienia w dyrektywie 93/13 oparta jest na ocenie relacji uprawnień i obowiązków stron umowy. Nieuczciwym jest postanowienie, które z naruszeniem dobrej wiary wprowadza istotną nierównowagę pomiędzy wspomnianymi uprawnieniami oraz obowiązkami na niekorzyść konsumenta. W doktrynie wyrażony został pogląd, że przesłanka dysproporcji nie tyle, czy nie tylko odnosi się do treści konkretnego stosunku prawnego, ale do dyspozytywnej regulacji prawa krajowego, które, gdyby miało zastosowanie w danym przypadku, przyznawałoby szerszy zakres uprawnień konsumentowi lub ograniczało znacznie jego obowiązki<sup>45</sup>. Zgodnie z brzmieniem art. 3 ust. 1 dyrektywy 93/13 dysproporcja uprawnień lub obowiązków na niekorzyść konsumenta jest nieuczciwa, jeżeli narusza dobrą wiarę. Połączenie tych dwóch generalnych przesłanek nastęrcza trudności, bowiem istotna dysproporcja może być sama w sobie uznana za sprzeczną z dobrą wiarą, a więc w tej ostatniej klauzuli się niejako zawiera, a z drugiej strony naruszenie dobrej wiary przy określaniu uprawnień lub obowiązków może nastąpić na wiele innych sposobów. Wobec tego sformułowane zostało stanowisko, zgodnie z którym wymienione wyżej przesłanki mogą być stosowane rozdzielnie przy ocenie charakteru danego postanowienia<sup>46</sup>.

Problem z wykładnią generalnej klauzuli kontroli w dyrektywie 93/13 rzeczywiście występuje, biorąc pod uwagę kontrowersje występujące wokół samej zasady dobrej wiary i jej znaczenia w różnych systemach prawnych<sup>47</sup>. Jednakowoż można zauważyć, że sama dobra wiara w art. 3 ust. 1 dyrektywy 93/13 ma niejako zawężającą funkcję przy ocenie dysproporcji uprawnień i obowiązków na niekorzyść

<sup>45</sup> Zob. np. M. Ebers: *Unfair Contract Terms Directive (93/13)* (w:) H. Schulte-Nölke, Ch. Twigg-Flesner, M. Ebers (eds.): *EC Consumer Law Compendium*, Munich 2008, s. 227.

<sup>46</sup> *Ibidem*, s. 227 i podana w przyp. 782 literatura.

<sup>47</sup> Zob. w polskiej literaturze M. Pecyna: *Naruszenie zobowiązania w świetle harmonizacji prawa zobowiązań*, Warszawa 2009, s. 113 i n. oraz podana tam literatura.

konsumenta<sup>48</sup>. Istotna dysproporcja uprawnień lub obowiązków ma być bowiem sprzeczna z dobrą wiarą, która może służyć ocenie samego charakteru tej różnicy, jak również na przykład sposobu jej przedstawienia, o czym była mowa wyżej, co wynika także z art. 4 ust. 1, na podstawie którego przy ocenie charakteru danego postanowienia umownego winny zostać wzięte pod uwagę wszystkie okoliczności z chwili zawarcia umowy.

Do regulacji dyrektywy 93/13 w zakresie stosunków konsumenckich nawiązują zarówno Zasady *Acquis*, jak i DCFR. Zasady *Acquis* generalną klauzulę testu nieuczciwości w stosunkach konsumenckich ustanawiają w art. 6:301 (1), a DCFR — w art. II.–9:403, przy czym ten ostatni projekt obok zasady dobrej wiary wprowadza dobre obyczaje<sup>49</sup>. Dodanie tej ostatniej przesłanki do generalnej klauzuli kontroli treści postanowień w DCFR ma stanowić wyraz jej obiektywizacji<sup>50</sup>. Natomiast wychodząc naprzeciw potrzebie kontroli treści postanowień narzuconych w stosunkach prawnych innych niż konsumenckie, zarówno Zasady *Acquis*, jak i DCFR wprowadzają taką regulację, modyfikując jednakże przesłanki lub zakres kontroli. Zgodnie bowiem z art. 6:301 (2) Zasad *Acquis* w umowie między przedsiębiorcami nieuczciwość danego postanowienia ma miejsce, jeżeli posługiwanie się nim stanowi rażące uchybienie względem dobrych praktyk handlowych. Natomiast w DCFR w stosunkach między przedsiębiorcami kontrola została ograniczona do wzorców umownych, a klauzula kontroli opiera się na przesłance takiej jak w Zasadach *Acquis*, choć przy dodaniu konieczności oceny naruszenia dobrej wiary i dobrych obyczajów (art. II.–9:405).

W art. II.–9:404 w stosunkach między stronami niebędącymi przedsiębiorcami ograniczony został zakres kontroli do wzorców umownych przy pozostawieniu takiej samej jak dla stosunków konsumenckich klauzuli kontroli, której znaczenie rzecz jasna powinno uwzględniać charakter stron umowy.

Kontynuacja regulacji dyrektywy 93/13 została zawarta także w projekcie dyrektywy horyzontalnej, który w art. 32 ust. 1 wyraża klauzulę generalną kontroli treści tożsamą jak przywołana wyżej ustanowiona w art. 3 ust. 1 dyrektywy 93/13. W motywach projektu dyrektywy o prawach konsumenta zostały jednakże ujęte wskazówki wyznaczające zakres znaczeniowy zasady dobrej wiary oraz jej funkcję. Należy zatem zwrócić uwagę na siłę negocjacyjną stron, okoliczność nakłaniania

---

<sup>48</sup> Por. S. Grundmann: *The General Clause or Standard in EC Contract Law Directives — A Survey on Some Important Legal Measures and Aspects in EC Law* (w:) S. Grundmann, D. Mazeaud: *General Clauses and Standards in European Contract Law*, Kluwer Law International 2006, s. 144–146; R. Brownsword: *Regulating Transactions: Good Faith and Fair Dealing* (w:) G. Howells, R. Schulze (eds.): *Modernising and Harmonising EC Contract Law*, Munich 2009, s. 87 i n.

<sup>49</sup> *Good faith and fair dealing*. Jest to klauzula nawiązująca do regulacji Zasad UNIDROIT oraz Zasad Europejskiego Prawa Umów (PECL).

<sup>50</sup> Zob. J. Stuyck: *Unfair Terms* (w:) G. Howells, R. Schulze (eds.): *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law...*, *op. cit.*, s. 126; M. Mekki, M. Kloepfer–Pelese: *Good faith and fair dealing in the DCFR*, *European Review of Contract Law* 2008, s. 345 i n.; M. Hesselink: *Common Frame of Reference & Social Justice*, *European Review of Contract Law* 2008, s. 267–268.

konsumenta do zaakceptowania określonego dobra lub usługi, sprzedaży konsumentowi dobra lub usługi w szczególony sposób. Ponadto w motywie 48 zostało dalej wskazane, że dobra wiara może zostać dochowana, jeżeli przedsiębiorca działa sprawiedliwie i słusznie względem drugiej strony, której usprawiedliwione oczekiwania winny zostać wzięte pod uwagę. W związku z tą ostatnią przesłanką interesujące jest, że projektodawca europejski inkorporuje niejako także w tym zakresie projektu dyrektywy klauzulę usprawiedliwionych oczekiwań konsumenta, które wyznaczać mają standard dochowania dobrej wiary przy kształtowaniu jego uprawnień i obowiązków. Chodzi w tym zakresie zatem o usprawiedliwione oczekiwania co do treści umowy, których naruszenie przy zastrzeżeniu dysproporcjonalnych uprawnień lub obowiązków doprowadza do uznania danego postanowienia za niewiążące jako nieuczciwego. Projekt dyrektywy horyzontalnej, pozostając zatem przy sformułowaniu literalnym przejętym z dyrektywy 93/13, wprowadza w motywach nieco odmienne bądź specyficznie uszczegółowione jego znaczenie, które nakazuje traktować wszelkie kroki podjęte przez przedsiębiorcę w celu zaciemnienia obrazu co do treści stosunku prawnego nawiązanego z konsumentem na niekorzyść przedsiębiorcy, biorąc pod uwagę uzasadnione oczekiwania konsumenta w tym zakresie. Usprawiedliwienie oczekiwań konsumenta jest wyznaczane także dochowaniem przez przedsiębiorcę przesłanek wyznaczonych przez zasadę transparentności szeroko ujętą w art. 31, co akcentuje ponownie charakter tej zasady na gruncie projektu dyrektywy horyzontalnej.

### 3.2.2.2. LISTA NIEUCZCIWYCH POSTANOWIEŃ

Kolejnym elementem systemu kontroli postanowień umownych zawartym w dyrektywie 93/13 jest tzw. szara lista nieuczciwych klauzul, stanowiąca aneks do dyrektywy. Swoistą cechą tej listy, zgodnie z art. 3 ust. 3 dyrektywy 93/13, jest jej otwarty, niewiążący, a jedynie sugestywny charakter. Jednakowoż implementacja dyrektywy do krajowych porządków prawnych w większości przypadków objęła także tę listę, której nadany został charakter prawny reguł interpretacyjnych bądź też domniemań prawnych, ale także wiążący (tzw. czarnej listy)<sup>51</sup>. Projekty omawiane w tym opracowaniu również przejmują listę klauzul niedozwolonych, nadając im jednakże różny charakter prawny. Niektóre zmiany wspomnianego charakteru wynikają z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wydanego w oparciu o regulację dyrektywy 93/13, co zostało wyżej wspomniane. W wyroku w sprawie *Oceano* Trybunał uznał, że postanowienie nienegocjowane indywidualnie z konsumentem zastrzegające wyłączną jurysdykcję sądu siedziby przedsiębiorcy

<sup>51</sup> Zob. M. Ebers: *Unfair Contract Terms Directive (93/13)* (w:) H. Schulte-Nölke, Ch. Twigg-Flesner, M. Ebers (eds.): *EC Consumer Law Compendium...*, op. cit., s. 233–234.

winno być uznane jako wyłączające lub utrudniające konsumentowi podjęcie czynności procesowej lub wykonanie jakiegokolwiek innego środka ochrony za niezgodne z klauzulą ujętą w pkt q) aneksu do dyrektywy 93/13 oraz spełnia przesłanki nieuczciwości określone w art. 3 ust. 1 dyrektywy, a sąd krajowy rozpoznający sprawę winien wziąć tę okoliczność pod uwagę z urzędu. W świetle okoliczności rozpoznawanej przed ETS sprawy rozstrzygnięcie takie wywoływało wątpliwości<sup>52</sup>, ale zostało utrzymane w mocy w kolejnych orzeczeniach Trybunału, tj. w sprawie *Cofidis* oraz *Mostaza Claro*, a także w najnowszym orzeczeniu w sprawie *Pannon*, przy czym w tej ostatniej Trybunał orzekł także o możliwości uznania za nieuczciwe postanowienie ustalające wyłączną właściwość miejscową sądu siedziby przedsiębiorcy na podstawie art. 3 ust. 1 dyrektywy 93/13. We wszystkich z wymienionych spraw ETS uznał konieczność kompetencji sądu do działania z urzędu w zakresie oceny postanowień umownych w stosunkach prawnych konsumenckich, w tym na etapie wstępnego badania sprawy. Takie stanowisko konsekwentnie prowadzi do przyjęcia pewnych domniemań, które nie wynikają z treści dyrektywy 93/13, a to na przykład konsumenckiego charakteru umowy, narzucenia określonego postanowienia konsumentowi, ale także wyłącza możliwość uwzględnienia okoliczności relewantnych dla oceny charakteru postanowienia pod względem nieuczciwości, o których stanowi art. 4 ust. 1 dyrektywy. Stanowczy i ugruntowany pogląd Trybunału znalazł jednakże odzwierciedlenie w najnowszych projektach europejskich. Zasady *Acquis* w art. 6:305, przejmując co do zasady treść i charakter prawny listy klauzul z dyrektywy 93/13, wprowadzają jednocześnie szczególne postanowienie art. 6:304 stanowiące o nieuczciwym charakterze klauzuli ustanawiającej wyłączną jurysdykcję dla wszystkich sporów powstających w związku z umową konsumencką na rzecz sądu siedziby lub miejsca zamieszkania przedsiębiorcy. Podobnie w DCFR zawarte jest postanowienie art. II.–9:409 odpowiadające przytoczonej regulacji *Zasad Acquis* z tym zastrzeżeniem, że nieuczciwy charakter jest wyłączony w razie, gdy ustalony jako wyłącznie właściwy sąd siedziby przedsiębiorcy jest jednocześnie sądem miejsca zamieszkania konsumenta. DCFR, zawierając w art. II.–9:410 listę klauzul, stanowi o domniemaniu ich nieuczciwości<sup>53</sup>, co zmienia charakter tej szarej listy w ten sposób, że postanowienia w niej ujęte należy uznać za nieuczciwe, chyba że przedsiębiorca wykaże, że w świetle klauzuli generalnej kontroli treści są usprawiedliwione.

Za powyższym charakterem klauzul ujętych w liście opowiedzieli się także twórcy projektu dyrektywy horyzontalnej, co zostało wyrażone w aneksie III zawierającym listę postanowień objętych domniemaniem nieuczciwego charakteru. Natomiast w aneksie II projektu dyrektywy o prawach konsumenta została ustanowiona lista postanowień, które są nieuczciwe w każdych okolicznościach, a zostały do niej zaliczone klauzule, których przedmiotem bądź skutkiem jest: wyłączenie lub ograniczenie

---

<sup>52</sup> Zob. M. Pecyna: *Prorogacja sądu w obrocie konsumenckim*, KPP 2003, z. 4, s. 839 i n.

<sup>53</sup> *A term (...) is presumed to be unfair (...).*

odpowiedzialności przedsiębiorcy za śmierć lub szkodę na osobie wyrządzoną konsumentowi przez działanie lub zaniechanie przedsiębiorcy; ograniczenie zobowiązania przedsiębiorcy w odniesieniu do zobowiązań zaciągniętych przez jego agenta bądź uzależnienie tych zobowiązań od szczególnych warunków zależnych wyłącznie od przedsiębiorcy; wyłączające lub ograniczające uprawnienie konsumenta do wszczęcia postępowania sądowego lub wyłączenie jakiegokolwiek środka ochrony, w szczególności przez narzucenie konsumentowi obowiązku prowadzenia sporu wyłącznie przed sądem polubownym niemającym odzwierciedlenia w przepisach prawnych; ograniczenie środków dowodowych dostępnych konsumentowi lub narzucenie mu ciężaru dowodu, który zgodnie z prawem obciąża przedsiębiorcę; zastrzegające na rzecz przedsiębiorcy uprawnienia do stwierdzenia zgodności z umową dóbr lub usług lub uprawniające wyłącznie przedsiębiorcę do wykładni jakiegokolwiek postanowienia umowy. Z powyższego wynika, że w aneksie II do projektu dyrektywy horyzontalnej zostało ujęte postanowienie o jurysdykcji, które wynika także z przywołanego wyżej orzecznictwa ETS, ale także inne klauzule, które w dyrektywie 93/13 objęte były tzw. szarą listą. Projektodawca europejski uznał bowiem, że są to postanowienia, które mają nieuczciwy charakter w świetle klauzuli generalnej i nie występują okoliczności, które treść takich postanowień mogą usprawiedliwiać. Biorąc pod uwagę źródło postanowień ujętych w liście zawartej w dyrektywie 93/13, w szczególności propozycje pochodzące z przepisów, w tym bezwzględnie wiążących, można przyjąć, że wymienione postanowienia za nieuczciwe winny zostać uznane. Powstaje jednak ważki problem związany z regułą pełnej harmonizacji zawartą w art. 4 projektu dyrektywy, na podstawie którego państwa członkowskie nie mogą przewidywać lub wprowadzić przepisów prawa krajowego sprzecznych z regulacją dyrektywy, w tym surowszych bądź łagodniejszych w kontekście poziomu ochrony konsumenta. Lista zawarta w aneksie II ma być bezwzględnie wiążąca, ale biorąc pod uwagę poszczególne jej punkty nie można stwierdzić, że mają one charakter wyczerpujący, tzn. nie mają zamkniętego zakresu zastosowania, ale właśnie ogólny, którego zasadności w ramach tzw. szarej listy należało upatrywać w możliwości wypełnienia konkretnymi okolicznościami związanymi z danym stosunkiem prawnych oraz odniesieniem do przepisów regulacji krajowej. Dopiero całościowa ocena pozwalała na stwierdzenie ewentualnie nieuczciwego charakteru danego postanowienia umownego. Natomiast wprowadzenie bezwzględnych zakazów, ale o tak ogólnym charakterze, stawia pytanie o możliwość uznania za nieuczciwą na podstawie listy zawartej w aneksie II klauzulę, która jest na przykład bardziej szczegółowa od określonej na liście, czy też odwołuje się do innych przesłanek, w tym określonych w prawie krajowym. Wątpliwości w tym zakresie związane są także z punktem odniesienia oceny dokonywanej na podstawie aneksu II, który odwołuje się do przedmiotu lub celu danej klauzuli. Ustalenie celu danego postanowienia nie zawsze bowiem może nastąpić na podstawie jedynie treści, ale muszą być wzięte inne okoliczności, na przykład związane z zawarciem umowy. Ponadto problematyczna może okazać się konieczność sformułowania wspomnianego celu danego postanowienia

w sposób, który wprost odpowiada zakazom określonym w liście aneksu II projektu dyrektywy horyzontalnej. Jeżeli określony zakaz ma być bezwzględnie wiążący, winien bowiem być sformułowany w sposób nadający mu jednoznaczną i jednolitą treść, a nie być uzależnionym od okoliczności, które w zasadzie nie mogą być wzięte pod uwagę przy ocenie danego postanowienia umownego.

Przy omawianiu projektu dyrektywy horyzontalnej należy także zwrócić uwagę na znaczenie aneksów II i III względem klauzuli generalnej określonej w art. 32. Otóż zgodnie z wymienionym wyżej artykułem generalna klauzula kontroli treści postanowień umownych ma zastosowanie, w razie gdy nie znajduje ono odpowiednika w listach zawartych w aneksie II lub III. Jeżeli zatem klauzula umowna odpowiada któremukolwiek zakazowi bezwzględnemu, jej zastosowanie z istoty nie może być usprawiedliwione w świetle art. 32 projektu dyrektywy. Taka regulacja potęguje problemy opisane wyżej odnośnie do aneksu II. W zakresie postanowień ujętych w aneks III z art. 32 wynika także wyłączenie zastosowania generalnej klauzuli kontroli treści do postanowień w nim ujętych — objętych domniemaniem nieuczciwego charakteru. W związku z powyższym powstaje jednak pytanie o zakres przeciwdowodu, który może skutecznie przeprowadzić przedsiębiorca w celu obalenia domniemania nieuczciwego charakteru danej klauzuli umownej. W szczególności chodzi o odpowiedź na pytanie, czy wystarczające jest wykazanie przez przedsiębiorcę, że konkretne postanowienie umowne nie spełnia wszystkich przesłanek domniemania określonych w konkretnym punkcie aneksu III, czy też konieczne jest wykazywanie, że nie narusza ono przesłanek klauzuli generalnej określonej w art. 32, a także czy w razie, gdy dane postanowienie umowne odpowiada treści określonego punktu aneksu, może nie być uznane za nieuczciwe, jeżeli przedsiębiorca wykaże, że nie zostały spełnione przesłanki nieuczciwego charakteru określone w art. 32. Z literalnego brzmienia art. 32 wynika bowiem, że generalna klauzula kontroli treści znajduje zastosowanie do przypadków postanowień umownych, które nie zostały ujęte w aneksie, z czego wynikałaby niezależność przeciwdowodu od przesłanek kontroli określonych w art. 32. Jednakże funkcjonalne określenie relacji aneksu III oraz art. 32 może prowadzić do wniosku odmiennego, tj. konieczności uwzględnienia przesłanek art. 32 przy wykazywaniu uczciwego charakteru postanowienia umownego znajdującego się na szarej liście. W tym kontekście ponownie ukazuje się problem związany z pełną harmonizacją dyrektywy, z której nie wynika jednoznacznie zasadnicze dla całego systemu kontroli klauzul umownych rozstrzygnięcie.

### 3.2.2.2.1. ZASADA PEŁNEJ HARMONIZACJI W DYREKTYWIE HORYZONTALNEJ

Uzasadnieniem dla wprowadzenia obowiązku państw członkowskich implementacji dyrektywy horyzontalnej zgodnie z zasadą pełnej harmonizacji są nega-

tywne aspekty harmonizacji minimalnej, a to przede wszystkim zróżnicowanie poszczególnych systemów prawnych w zakresie regulacji objętym daną dyrektywą. Narzucenie przez daną dyrektywę minimalnego poziomu ochrony konsumenta nie oznacza bowiem wprowadzenia takiego samego poziomu tej ochrony w różnych państwach członkowskich i tym samym nie stwarza warunków prawnych dla jednolitego rynku wspólnego. Należy zatem przypomnieć, że art. 4 projektu dyrektywy horyzontalnej zatytułowany „Pełna harmonizacja” (*Full harmonisation*) stanowi o wyłączeniu dopuszczalności rozszerzenia lub zawężenia poziomu ochrony konsumenta wobec postanowień zawartych w projekcie. Jest to jeden z bardziej kontrowersyjnych problemów diskutowanych w ramach debaty nad projektem tej dyrektywy, zarówno z punktu widzenia formalnoprawnego związanego z kompetencją Wspólnoty do stanowienia prawa w dyrektywie niepozostawiającego państwom członkowskim marginesu swobody w ramach jego implementacji, jak i materialnoprawnego. Ten pierwszy aspekt znalazł już szeroki oddźwięk w literaturze przedmiotu, a ze względu na przedmiot zainteresowania tego opracowania nie jest uzasadnione szersze jego przedstawienie<sup>54</sup>. Natomiast ze względu na istotne znaczenie tego zagadnienia w aspekcie materialnoprawnym związanym także z problematyką regulacji nieuczciwych postanowień umownych należy poświęcić mu kilka uwag. Jest to bowiem pierwszy projekt dyrektywy, który w odniesieniu do całego aktu prawnego zakłada pełną harmonizację, a ponadto w najszerszym zakresie obejmując przeciw problematykę ujętą w czterech dyrektywach konsumenckich. Z ograniczonym zakresem pełnej harmonizacji mamy bowiem do czynienia w ramach regulacji dyrektywy 2008/48 o kredycie konsumenckim<sup>55</sup> oraz dyrektywy 2005/29 o nieuczciwych praktykach handlowych<sup>56</sup>. Z określenia „pełna harmonizacja”, w szczególności z art. 4 projektu dyrektywy horyzontalnej, wynika, że państwa członkowskie nie mogą w zakresie objętym zastosowaniem dyrektywy przyjąć regulacji ustanawiającej szerszy lub węższy poziom ochrony konsumenta<sup>57</sup>. Związanie systemów krajowych dotyczy zatem poziomu ochrony, a niekoniecznie treści poszczególnych postanowień dyrektywy. Takie spostrzeżenie może mieć znaczenie w tych przypadkach, w których postanowienia dyrektywy mają charakter bardziej wskazówek niż przepisów prawnych (co w szczególności dotyczy niektórych punktów z list zawartych w aneksie II oraz III). Mając jednak na uwadze doświadczenie związane z implementacją dyrektywy 93/13, w szczególności jeżeli chodzi o listę klauzul z jej

<sup>54</sup> Należy zatem odesłać do wspomnianej literatury. Zob. np. H. Micklitz: *The Targeted Full Harmonisation Approach: Looking Behind the Curtain* (w:) G. Howells, R. Schulze: *Modernising and Harmonising EC Contract Law*, Munich 2009, s. 47 i n.

<sup>55</sup> Dyrektywa 2008/48/EC Parlamentu i Rady z 23 kwietnia 2008 r. o umowie kredytu konsumenckiego i zmianie dyrektywy Rady 87/102/EEC, Dz.Urz. z 2008 r. L 122/66.

<sup>56</sup> Dyrektywa 2005/29/EC Parlamentu i Rady z 11 maja 2005 r. o nieuczciwych praktykach handlowych, Dz.Urz. z 2005 r. L 149/22.

<sup>57</sup> Na temat pełnej harmonizacji w projekcie dyrektywy o prawach konsumenta zob. też J. Stuyck: *Unfair Terms* (w:) G. Howells, R. Schulze (eds.): *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law...*, op. cit., s. 142–143.

aneksu, można się spodziewać, że w celu zadośćuczynienia przesłance pełnej harmonizacji oraz uniknięcia negatywnych skutków zarzutu niewłaściwego wdrożenia dyrektywy do porządku krajowego, większość państw członkowskich posłużyć się może sformułowaniami zawartymi w dyrektywie, po ewentualnym przyjęciu jej projektu. Z powyższym związany jest podstawowy problem spójności systemu wewnątrz krajowego. Powstaje na przykład pytanie, czy konieczne będzie przejście klauzuli dobrej wiary z art. 32 ust. 1 projektu dyrektywy, która dotychczas nie jest powszechnie przyjęta i niekiedy oceniana jako nienależąca do danej kultury prawnej (w szczególności przez przedstawicieli systemu *common law*), czy też wystarczające będzie posłużenie się rodzimą klauzulą, której funkcja odpowiada znaczeniu dobrej wiary w ujęciu projektu dyrektywy. Z powyższym związany jest problem spójności orzecznictwa krajowego oraz pewności prawa, uwzględniającej istotne znaczenie przewidywalności rozstrzygnięcia, w szczególności z punktu widzenia oceny ryzyka zawarcia stosunku prawnego określonej treści i jego kosztów. Inny aspekt niejednoznaczności pełnej harmonizacji związany jest z zakresem jej zastosowania. O ile bowiem jako dopuszczalne może być uznane wprowadzenie regulacji krajowej opartej na postanowieniach projektu dyrektywy, ale w szerszym zakresie podmiotowym, tj. na przykład stosunków prawnych zawartych poza obrotem konsumenckim, czy między przedsiębiorcami, o tyle wątpliwe jest na przykład objęcie regulacją stanowiącą implementację dyrektywy horyzontalnej postanowień umownych w stosunkach konsumenckich, ale również tych, które konsument miał możliwość negocjować w rozumieniu dyrektywalnym. Wątpliwości interpretacyjne podlegałyby zatem rozstrzygnięciu ETS, którego kompetencja rozszerzyłaby się o zakres związany z wykładnią prawa krajowego nie tylko stanowiącego implementację dyrektywy horyzontalnej, ale także powiązanego z jej problematyką w koniecznym zakresie jego zastosowania. Swoistego rodzaju paradoks związany z zasadą pełnej harmonizacji zawartą w projekcie dyrektywy horyzontalnej polega na tym, że postulat jej wprowadzenia nie pochodzi od konsumentów, organizacji konsumenckich czy też akademików, ale od przedsiębiorców oraz ich organizacji przedstawicielskich<sup>58</sup>, a to ze względu na bariery rynkowe związane ze zróżnicowaniem ochrony konsumenta w różnych państwach członkowskich. Z powyższego wynika zatem, że decyzja o przyjęciu postanowienia o pełnej harmonizacji nie była motywowana koniecznością ochrony konsumenta, ale koniecznością zrównania poziomu tej ochrony w celu wyrównania konkurencyjności rynków krajowych i ujednoczenia rynku wspólnotowego. Jest to zatem potwierdzenie odejścia od formuły ochrony konsumenta jako słabszej strony umowy, ale stawianie nacisku na regulację ujednoczającą rynek na poziomie europejskim. Być może zatem sama ochrona konsumenta, przy założeniu, że jest zasadna, powinna stać się jednak do-

---

<sup>58</sup> 80% organizacji przedsiębiorców popierało tę inicjatywę, jak wynika z: Raport on the Outcome of the Public Consultation on the Green Paper on the Review of the Consumer Acquis z października 2007 r.

meną porządków krajowych, jeżeli polityka ochrony konsumenta ma być realizowana<sup>59</sup>. Powyższe stanowisko narusza jednak ideę dążenia prawodawcy europejskiego do zbliżania się systemów prawnych państw członkowskich także na poziomie krajowym, chociaż nie pozbawia jej działania z poziomu krajowego.

#### 4. PODSUMOWANIE

Omówione projekty nie mają na razie charakteru aktów prawnych, choć ich rola jest znacząca jako ewentualnych przyszłych regulacji, jak również jako punkt odniesienia dla współczesnego prawotwórstwa na poziomie europejskim i krajowym. Stanowią one wyraz ewolucji problematyki nieuczciwych postanowień umownych ujętej w regulacji dyrektywy 93/13 zarówno w prawie europejskim, czego wyrazem są Zasady *Acquis* z metodologicznego punktu widzenia stanowiące uogólnienie obowiązującego *Acquis communautaire* zawartego także w innych dyrektywach, jak również projekt dyrektywy horyzontalnej, jak i debacie o harmonizacji, która znalazła odzwierciedlenie w szczególnym akademickim projekcie, czyli DCFR. O ile Zasady *Acquis* pełnią funkcję niejako pomocniczą przy tworzeniu regulacji europejskich i krajowych (zwłaszcza tych ostatnich), o tyle jednak projekt dyrektywy o prawach konsumenta jest już przedmiotem procesu prawotwórczego, natomiast o DCFR można optymistycznie stwierdzić, że ma szansę stać się tzw. politycznym CFR w postaci na przykład opcjonalnego systemu prawnego mającego zastosowanie w umowach transgranicznych (nie tylko konsumenckich), a co najmniej „skrzynką z narzędziami” (*toolbox*) dla prawodawców<sup>60</sup>. Rozważania podjęte w tym opracowaniu ukazały jednakże znaczne niekiedy rozbieżności pomiędzy tymi regulacjami, w tym wynikające z motywów politycznoprawnych. Trudność w uzyskaniu spójności zapewne wynikała z ich niejako równoległego w czasie powstawania i braku dobrej komunikacji między poszczególnymi grupami pracującymi nad danym projektem (co dotyczy przede wszystkim projektu dyrektywy oraz DCFR *Team* i *Acquis Group*). Pozostanie jednakowoż przy obecnych wersjach projektów przy założeniu, że uzyskają one zakładaną moc wiążącą właściwego dla danego projektu charakteru, może spowodować pewien chaos prawny, a zatem skutek przeciwny do harmonizacji, której każda z proponowanych regulacji ma służyć. Z drugiej jednak strony obecny stan projektów ukazuje odmiennosc stanowisk w wielu podstawowych kwestiach i ich odzwierciedlenie w regulacjach prawnych, co stanowi znakomity materiał do dyskusji (i to na poziomie niekiedy fundamentalnych założeń) nad ewentualnym ostatecznym kształtem nowej, czy nowych, regulacji w tym zakre-

<sup>59</sup> Por. H. Micklitz: *The Targeted Full Harmonisation Approach: Looking Behind the Curtain* (w:) G. Howells, R. Schulze: *Modernising and Harmonising EC Contract Law...*, *op. cit.*, s. 83.

<sup>60</sup> Zob. Ch. von Bar, H. Beale, E. Clive, H. Schulte-Nölke (w:) *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, Munich 2009, s. 46.

się. Z pewnością jednak zarówno przedstawione projekty, jak i dyskusja nad ich ostatecznym kształtem i znaczeniem prawnym powinny być uwzględnione przy tworzeniu nowych regulacji krajowych, w szczególności całościowych systemów prawa umów czy prawa cywilnego, co daje możliwość stworzenia spójnego merytorycznie i aksjologicznie systemu. Niniejsze opracowanie jest głosem w tej dyskusji.