



Sygn. akt III CSK 343/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 czerwca 2020 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Roman Trzaskowski (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Anna Owczarek

SSN Katarzyna Tyczka-Rote

w sprawie z powództwa D. G. i K. K.

przeciwko P. sp. z o.o. w K.

o zapłatę,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej

w dniu 30 czerwca 2020 r.,

skargi kasacyjnej strony pozwanej

od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)

z dnia 10 maja 2017 r., sygn. akt I ACa (...),

1) odrzuca skargę kasacyjną w części dotyczącej oddalenia apelacji powodów (pkt 2 zaskarżonego wyroku);

2) oddala skargę kasacyjną w pozostałym zakresie;

3) oddala wniosek o zasądzenie na rzecz powodów kosztów postępowania kasacyjnego.

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 10 maja 2017 r. Sąd Apelacyjny w (...) zmienił wyrok Sądu Okręgowego w K. z dnia 13 lipca 2016 r., oddalający powództwo D. G. oraz K. K. przeciwko P. sp. z o.o. w K. o zapłatę kwoty 100.000 zł wraz z ustawowymi odsetkami, w ten sposób, że zasądził od pozwanej na rzecz powodów kwotę 50.000 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 10 marca 2014 r., a w pozostałym zakresie powództwo i apelację powodów oddalił, oraz orzekł o kosztach postępowania.

W sprawie ustalono, że w dniu 13 listopada 2013 r. powodowe małżeństwo - jako rodzice dziecka, którego poród był przewidywany na 14 listopada 2013 r. - zawarli z P. sp. z o.o. w K. („Spółka”) umowę o świadczenie usługi profilaktyczno-terapeutycznej w zakresie preparacji i przechowywania komórek macierzystych z krwi pępowinowej („Umowa”). Rodzice wyrazili w niej zgodę na pobranie krwi pępowinowej dziecka w chwili jego urodzenia i powierzyli komórki macierzyste uzyskane z pobranej krwi w celu ich odpłatnego przechowywania przez Spółkę w warunkach umożliwiających wykorzystanie w przyszłości tych komórek do przeszczepów autologicznych lub innych zastosowań medycznych. Spółka zobowiązała się do pobrania i zabezpieczenia krwi, wyizolowania komórek macierzystych, złożenia komórek macierzystych w banku komórek macierzystych i ich przechowywania (§ 1 pkt 2 i 3 Umowy). W § 2 pkt 10 Umowy zobowiązała się też do przetransportowania krwi do laboratorium oraz odpowiedniego zabezpieczenia krwi przez cały okres transportu.

W § 7 ust. 2 Umowy zastrzeżono postanowienie o treści zbieżnej z treścią klauzuli wpisanej – na podstawie wydanego przeciwko Spółce wyroku Sądu Okręgowego w W. - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – do rejestru klauzul abuzywnych pod numerem 2283 o treści: „W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań wynikających z treści niniejszej umowy, za które odpowiedzialność ponosi P., P. zapłaci karę umowną odpowiadającą równowartości 10 - krotności (dziesięciokrotności) wynagrodzenia zapłaconego P. z tytułu Umowy, do dnia wyrządzenia szkody”.

Ponadto, w § 2 załącznika nr 2 do Umowy („Załącznik”) postanowiono, że „w przypadku, gdy z powodu błędu P. przechowywane komórki macierzyste nie będą mogły być wykorzystane do transplantacji, P. zobowiązuje się do wypłacenia rodzicom kary umownej w wysokości 100.000 zł.”. W § 3 Załącznika zaś wyjaśniono, że za błąd, o którym mowa w § 2, rozumie się następujące przypadki: 1. zamianę przechowywanego preparatu komórek macierzystych, potwierdzoną niezgodnością antygenów HLA preparatu i dziecka, od którego pobrano krew pępowinową; 2. zmniejszenie liczby komórek WBC oraz ich żywotności po ich zamrożeniu w stopniu przekraczającym o 50 % liczbę komórek WBC oraz ich żywotność ustaloną w trakcie preparatyki krwi pępowinowej.

O możliwości zawarcia umowy powodowie dowiedzieli się z ogólnodostępnych - i dostępnych w gabinecie ginekologa prowadzącego ciążę powódki - ulotek wręczanych kobietom w ciąży. Sprawdzili Spółkę, korzystając m.in. z danych ogólnie dostępnych na stronach internetowych, w tym reklamujących korzyści płynące z zawarcia umowy i rzetelność oraz wysoką pozycję Spółki na rynku świadczenia tego typu usług.

Powód uiscił pierwszą, tzw. wstępną opłatę o wysokości 650 zł.

W dniu 14 listopada 2013 r., w trakcie porodu pobrano od dziecka powodów krew pępowinową, którą odpowiednio zabezpieczono. Po przygotowany preparat z krwi pępowinowej przyjechał na rowerze kurier zatrudniony przez współpracującego ze Spółką przedsiębiorcę, którego przedmiotem działalności jest m.in. transport materiałów biologicznych. Po drodze ze szpitala kurier wstąpił do gospody, przy czym torbę kurierską, w której znajdował się materiał biologiczny, miał ze sobą - w zasięgu wzroku. W pewnym momencie zorientował się, że torba zniknęła. Ponieważ przeszukanie lokalu i okolic nie przyniosło rezultatu poinformował o zdarzeniu przełożonego, a następnie policję. Postępowanie w sprawie zaboru w celu przywłaszczenia materiału biologicznego w postaci krwi pępowinowej zostało umorzone wobec niewykrycia sprawcy przestępstwa.

Sądy obu instancji były zgodne co do tego, że niestaranne (zawinione) działanie kuriera skutkowało niemożliwością wykonania Umowy i że Spółka odpowiada za nie, jak za własne działanie (art. 474 k.c.), jak również, że podstawą

żądania zapłaty kary umownej nie może być § 7 ust. 2 Umowy, który został uznany za niedozwolony, lecz jedynie § 2 Załącznika. Co do zasady zgodziły się również - z jednej strony - że termin „przechowywanie” zastosowany w § 2 Załącznika obejmuje okres od momentu pobrania krwi pępowinowej do chwili jej umieszczenia w banku Spółki, i - z drugiej strony - że już pobieżna analiza § 3 Załącznika wystarczy, aby stwierdzić, iż wskazane tam przypadki nie obejmują zaniedbań związanych z nadzorem nad krwią pępowinową (jej utraty).

Różniły się natomiast co do interpretacji § 2 Załącznika oraz oceny, czy § 3 Załącznika, ograniczający zakres zastosowania § 2 Załącznika, jest niedozwolonym postanowieniem umownym.

Sąd Okręgowy ocenił, że zamieszczony w § 2 Załącznika zwrot „w przypadku gdy (...) komórki macierzyste nie będą mogły być wykorzystane do transplantacji” oznacza, iż dopóki nie zaistnieje konieczność dokonania transplantacji, przy jednoczesnej utracie przez bank krwi pępowinowej, dopóty nie aktualizuje się uprawnienie dawcy do żądania zapłaty kary umownej na tej podstawie. Jego zdaniem, potwierdza to cel umowy, którym nie jest samo przechowywanie komórek macierzystych (nie przynosi ono dawcy żadnych korzyści), lecz zapewnienie w przyszłości możliwości skuteczniejszego leczenia w razie ewentualnego wystąpienia różnego rodzaju chorób. Ziszczenia zaś takich zdarzeń - ani prawdopodobieństwa wykorzystania krwi - powodowie nie wykazali. Potwierdza to również treść reklam znajdujących się na stronie internetowej Spółki: tekst „Gwarantujemy wypłatę odszkodowania w wysokości 100.000 zł, jeśli z winy P. komórki nie będą zdatne do wykorzystania” wskazuje, że jak długo nie zajdzie potrzeba transplantacji, tak długo komórki nie mogą być wykorzystane w żaden inny sposób. W § 7 ust. 2 i 3 Umowy nie odwołano się - inaczej niż w § 2 Załącznika - do konieczności przeprowadzenia przeszczepu. Sąd Okręgowy zwrócił też uwagę, że zastrzeżona kara umowna (100.000 zł) jest bardzo wysoka, praktycznie nie występuje w obrocie konsumenckim, i ma związek ze szczególną sytuacją, jaką jest zaistnienie konieczności przeszczepu: z jednej strony uprawniony traci możliwość skuteczniejszego leczenia oraz zmuszony jest ponieść dodatkowe koszty opieki medycznej, a z drugiej strony dzięki karze umownej jest w stanie pokryć te koszty, a nadto nie musi wykazywać, że krew pępowinowa byłaby

skutecznym środkiem leczniczym. Uzasadnienia dla wypłaty tak wysokiej kary nie ma, gdyby nie zaistniała konieczność dodatkowego przeszczepu, skutkiem byłoby tylko „bezpodstawne wzbogacenie” uprawnionego. Zdaniem Sądu pierwszej instancji, w razie zaistnienia konieczności przeszczepu powodowie będą mogli dochodzić odszkodowania na zasadach ogólnych. Na przeszkodzie nie stanie przedawnienie, gdyż ewentualna szkoda powstanie dopiero w razie potrzeby transplantacji i dopiero od tego momentu rozpocznie bieg 10-letni termin przedawnienia (art. 118 k.c.).

Niezależnie od tego Sąd pierwszej instancji uznał, że wyrażona w § 3 Załącznika klauzula nie ma charakteru niedozwolonego, gdyż jej treść jest jednoznaczna - każdy przeciętny konsument, czytając Załącznik, powinien zdawać sobie sprawę, że kara umowna nie będzie mu przysługiwała w razie kradzieży krwi pępowinowej – nie zakłóca symetrii obowiązków obu stron (obowiązek zapłaty przez Spółkę kary umownej nie ma odpowiednika w obowiązku konsumenta) i nie wyłącza odpowiedzialności Spółki na zasadach ogólnych (art. 471 k.c.) za pewne aspekty prowadzonej przez nią działalności (w tym utratę krwi w trakcie transportu). Wskazał, że powodowie nie wykazali też, że § 3 czyni odpowiedzialność przewidzianą w § 2 fikcyjną - co w związku z zastosowaniem w § 3 terminologii medycznej wymagałoby odwołania do wiedzy specjalnej - a przedsiębiorca nie ma obowiązku obejmowania karą umowną każdej postaci niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania.

Z poglądami tymi nie zgodził się Sąd Apelacyjny, który przyjął przede wszystkim, że kradzież krwi pępowinowej kurierowi stanowi wynik jego niestaranego działania i należy ją potraktować jako „błąd” Spółki (nienależyte wykonanie zobowiązania) - zawinioną utratę krwi pępowinowej, który całkowicie uniemożliwia wykonanie Umowy i uniemożliwia wykorzystanie komórek macierzystych do transplantacji w rozumieniu § 2 Załącznika. Zarazem uznał, że § 3 Załącznika, który wyłącza z zakresu pojęcia błędu kradzież krwi pępowinowej zawinioną przez Spółkę, ograniczając to pojęcie tylko do określonych przypadków, zresztą również skutkujących niemożliwością wykorzystania komórek, powoduje rażące naruszenie interesów powodów jako konsumentów na korzyść strony

pozwanej jako przedsiębiorcy, i tym samym stanowi niedozwolone postanowienie umowne.

Sąd odwoławczy wyjaśnił też, że zapłata kary umownej jest niezależna od powstania i wysokości szkody, jednak dysproporcja między szkodą a wysokością kary umownej stanowi przesłankę jej miarkowania, gdyż nie może być ona źródłem nieuzasadnionych i niewspółmiernych zysków. Zwrócił uwagę, że poniesiona przez powodów szkoda niemajątkowa wiąże się z tym, iż choć podjęli oni działania w celu zapewnienia swojemu dziecku ewentualnego skutecznego leczenia w przyszłości przy wykorzystaniu komórek macierzystych, tworząc dla siebie swego rodzaju komfort psychiczny związany z bezpieczeństwem dziecka w przyszłości, nie osiągnęli zamierzonego skutku ze względu na zaniedbania strony pozwanej. Tym niemniej uznał, że kara w wysokości 100.000 zł jest wygórowana w sytuacji, w której nie ma na razie potrzeby dokonywania transplantacji, a zatem komórki macierzyste z krwi pępowinowej nie są potrzebne i nie wiadomo, czy kiedykolwiek będą, i obniżył jej wysokość do 50.000 zł.

Skargę kasacyjną od wyroku Sądu Apelacyjnego wniosła Spółka, zaskarżając go w całości. Zarzuciła naruszenie prawa materialnego, tj. art. 483 w związku z art. 471 k.c., art. 471 w związku z art. 444 i art. 445 k.c., art. 65 § 2 k.c., art. 385¹ w związku z art. 58 § 3 k.c., art. 385¹, art. 385², art. 385³ pkt 2 w związku z art. 483 i 484 k.c. oraz art. 385¹ w związku z art. 353¹ k.c. Wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku i orzeczenie co do istoty sprawy przez oddalenie powództwa w całości, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania, w obu przypadkach wraz z rozstrzygnięciem o kosztach postępowania za wszystkie instancje.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Pozwana zaskarżyła wyrok Sądu Apelacyjnego w całości, a więc także w korzystnej dla niej części oddalającej apelację powodów, w czym nie ma interesu prawnego (*gravamen*) i z tego względu skarga podlegała w tym zakresie odrzuceniu (por. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 15 maja 2014 r., III CZP 88/13, OSNC 2014, nr 11, poz. 108; postanowienie

Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 2015 r., V CSK 450/14, niepubl.; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 lipca 2015 r., V CSK 421/14, niepubl.).

Naruszenia art. 483 w związku z art. 471 k.c. skarżąca dopatrzyła się w przyjęciu, że w przypadku powstania szkody niemajątkowej w postaci krzywdy stronie przysługuje prawo domagania się kary umownej na podstawie przepisów obejmujących odpowiedzialność kontraktową stron umowy, zaś naruszenia art. 471 w związku z art. 444 i art. 445 k.c. - w przyjęciu, że kara umowna może być dochodzona w reżimie odpowiedzialności deliktowej, w szczególności, że może stanowić surogat krzywdy, mając na celu zrównoważenie cierpień psychicznych. U podstaw obu zarzutów leży zatem założenie – wspierane treścią art. 361 § 2 k.c. - że szkoda niemajątkowa podlega kompensacji jedynie w przypadkach przewidzianych w przepisach szczególnych, a więc w ramach odpowiedzialności deliktowej i naruszenia dóbr osobistych (art. 445 i art. 448 k.c.), kiedy to przybiera postać krzywdy, a w reżimie kontraktowym - tylko w przypadku zmarnowanego urlopu. Co do zasady uszczerbki niemajątkowe nie wynikające z naruszenia czynem niedozwolonym dóbr osobistych pozostają poza zakresem kompensacji. W związku z tym - zdaniem pozwanej - przynależna do reżimu odpowiedzialności kontraktowej (i zależna od spełnienia jej przesłanek) i pełniąca funkcję kompensacyjną kara umowna nie może służyć naprawieniu zidentyfikowanej przez Sąd Apelacyjny szkody niemajątkowej powodów (dyskomfort w sferze przeżyć psychicznych). Pełnione przez karę umowną funkcje prewencyjna i represyjna odnoszą się jedynie do samego faktu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.

Argumentacja ta jest trafna co do tezy, że naprawienia szkody niemajątkowej (zadośćuczynienia za krzywdę) można żądać tylko w wypadkach przewidzianych przez ustawę, a więc *de lege lata* w ramach reżimu odpowiedzialności deliktowej (por. art. 445 i art. 448 k.c.) oraz - na podstawie art. 50 ust. 2 ustawy z dnia 24 listopada 2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych, tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 548 ze zm.) - jako zadośćuczynienia za zmarnowany urlop (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2010 r., III CZP 79/10, OSNC 2011, nr 4, poz. 41). Ostatecznie jednak nie przekonuje, pomija bowiem, że w art. 484 § 1 zdanie pierwsze k.c. doszło

do zmodyfikowania ogólnych przesłanek odpowiedzialności kontraktowej dłużnika, ponieważ obowiązek zapłaty kary umownej może powstać bez względu na fakt wystąpienia i wysokość poniesionej szkody. Wystarczy, że wierzyciel wykaże fakt zastrzeżenia kary umownej i niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika. W związku z tym wyjaśniono - zwracając uwagę, że art. 483 k.c. nie ogranicza zakresu zobowiązań niepieniężnych, w odniesieniu do których można skutecznie zastrzec karę umowną - że karą umowną mogą zostać objęte również zobowiązania niepieniężne o charakterze niemajątkowym, których niewykonanie lub nienależyte wykonanie nie powoduje w ogóle powstania szkody majątkowej (por. w szczególności uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r. - zasada prawna, III CZP 61/03, OSNC 2004, Nr 5, poz. 69 oraz wyroki Sądu Najwyższego z dnia 5 października 2006 r., IV CSK 157/06, OSNC 2007, nr 7-8, poz. 114, z dnia 13 czerwca 2008 r., I CSK 13/08, nie publ., z dnia 21 sierpnia 2008 r., IV CSK 202/08, nie publ., z dnia 17 grudnia 2008 r., I CSK 240/08, nie publ. i z dnia 10 grudnia 2019 r., IV CSK 443/18, nie publ.). Dzięki temu kara umowna może pełnić także funkcję prewencyjną (stymulacyjną), tj. zmierzać do skłonienia dłużnika do spełnienia swego zobowiązania pod groźbą sankcji, także w przypadku zobowiązań, które mają służyć wyłącznie albo przede wszystkim zaspokojeniu interesów o charakterze niemajątkowym albo trudno wymiernych interesów majątkowych. Ponadto, możliwość żądania naprawienia szkody niemajątkowej wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania dopuszcza się także poza reżimem art. 483-484 k.c., jeżeli strony stosunku obligacyjnego tak postanowią (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2010 r., III CZP 79/10 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 2011 r., I CSK 372/10, OSNC-ZD 2012, z. A, poz. 21).

Niezależnie od pryncypialnego zakwestionowania dopuszczalności dochodzenia kary umownej jako środka kompensacji szkody niemajątkowej, pozwana podważa także ocenę, że § 3 Załącznika stanowił klauzulę abuzywną (zarzut naruszenia art. 385¹, art. 385², art. 385³ pkt 2 w związku z art. 483 i 484 k.c.). Jej zdaniem, nie ma żadnych podstaw, aby przyjąć, że postanowienie to kształtowało sytuację powodów w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami

i rażąco naruszało ich interesy. Ocena klauzuli pod kątem „słuszności kontraktowej” powinna uwzględniać treść całej umowy, korzyści uzyskiwane przez każdą ze stron, zagrożenia dla ich interesów itp. Tymczasem Sąd Apelacyjny pominął, że Umowa dotyczyła skomplikowanej usługi medycznej, polegającej na preparatyce i przechowywaniu komórek macierzystych z krwi pępowinowej i obejmującej wiele elementów z dziedziny biologii, chemii i medycyny. W takiej zaś sytuacji wprowadzenie do Umowy fakultatywnego zapisu dotyczącego kary umownej, której wypłata inicjowana była w razie spełnienia przesłanek zawartych w § 3 Załącznika, w żaden sposób nie ograniczała praw powodów. Co więcej, przedmiotem sprawy nie jest żaden z elementów wskazanych w § 3 Załącznika.

Ustosunkowując się do tej argumentacji, należy przede wszystkim przypomnieć, że stosownie do art. 385¹ § 1 k.c. postanowienie ma charakter niedozwolony, jeżeli kształtuje prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy. W orzecznictwie Sądu Najwyższego, zgodnym z dorobkiem wykładniczym Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dotyczącym dyrektywy Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz. Urz. WE L 95 z dnia 21 kwietnia 1993 r., s. 29 ze zm.; polskie wydanie specjalne Dz.Urz.UE: rozdział 15, t. 2, s. 288, ze sprostowaniem z dnia 13 października 2016 r., Dz.Urz.UE.L 2016, nr 276, s. 17 - dalej: "dyrektywa 93/13"), wyjaśniono, że postanowienie umowne jest sprzeczne z dobrymi obyczajami, jeżeli kontrahent konsumenta, traktujący go w sposób sprawiedliwy, słuszny i uwzględniający jego prawnie uzasadnione roszczenia, nie mógłby racjonalnie spodziewać się, iż konsument ten przyjąłby takie postanowienie w drodze negocjacji indywidualnych. Wynika to z założenia, że przedsiębiorca, który z przyczyn faktycznych lub prawnych może jednostronnie określić treść klauzuli wiążącej konsumenta, powinien zachować się lojalnie i uwzględnić jego uzasadnione interesy, kompensując w ten sposób brak rzeczywistego wpływu konsumenta na jej treść; jeżeli tego nie czyni, działa nielojalnie, a więc sprzecznie z dobrymi obyczajami. Natomiast w celu ustalenia, czy klauzula „rażąco” - tzn. istotnie, znacząco - narusza interesy konsumenta, trzeba w szczególności wziąć pod uwagę, czy pogarsza ona położenie prawne konsumenta w stosunku do tego, które w braku umownej

regulacji wynikałoby z przepisów prawa, w tym dyspozytywnych. Dla oceny abuzywności postanowienia istotne znaczenie ma nie tylko jego treść, ale także okoliczności zawarcia umowy oraz wymagana przez art. 385 § 2 zd. 1 k.c. i art. 5 dyrektywy 93/13 transparentność postanowienia (por. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 czerwca 2018 r., III CZP 29/17, OSNC 2019, nr 1, poz. 2 oraz tam przywoływane orzecznictwo; por. też wyroki Sądu Najwyższego z dnia 27 lutego 2019 r., II CSK 19/18, nie publ., z dnia 29 października 2019 r., IV CSK 309/18, OSP 2020, z. 4, poz. 30 i z dnia 27 listopada 2019 r., II CSK 483/18, nie publ.), a więc jego jednoznaczność i zrozumiałość. Im większe znaczenie ma postanowienie dla powzięcia decyzji o zawarciu umowy, tym wymagania co do transparentności powinny być wyższe. Ocena transparentności postanowienia nie może być przy tym zawężona do jego zrozumiałości pod względem formalnym i gramatycznym i powinna uwzględniać całokształt istotnych okoliczności faktycznych, w tym także dotyczących procesu negocjacji, informacji udzielonych przed zawarciem umowy, reklamy i innych form zachęty (por. motyw 16 dyrektywy 93/13, wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 26 kwietnia 2012 r., C-472/10, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság v. Invitel Távközlési Zrt*, pkt 29, z dnia 30 kwietnia 2014 r., C-26/13, *Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai v. OTP Jelzálogbank Zrt*, pkt 70, 71, 74; z dnia 26 lutego 2015 r., C-143/13, *Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei v. SC Volksbank România SA*, pkt 73, 75, oraz z dnia 23 kwietnia 2015 r., C-96/14, *Jean-Claude Van Hove v. CNP Assurances SA*, pkt 40-41), jak również związek ocenianego postanowienia z innymi postanowieniami lub umowami (por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 21 marca 2013 r., C-92/11, *RWE Vertrieb AG v. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V.*, pkt 48 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 grudnia 2013 r., I CSK 149/13, OSNC 2014, nr 10, poz. 103). W literaturze zwraca się też uwagę, że ważny może być sposób uporządkowania postanowień, w tym rozczłonkowanie istotnych treści dotyczących tej samej normy w różnych postanowieniach. Za nietransparentne uznaje się również klauzule zaskakujące, a więc takie, których klient nie powinien oczekiwać, mając na uwadze naturę stosunku prawnego, którego jest stroną. Doniosłe znaczenie dla oceny abuzywności klauzuli może mieć też okoliczność,

że przy jej zastrzeżeniu przedsiębiorca dopuścił się zakazanej, nieuczciwej praktyki rynkowej (zob. wyrok TSUE z dnia 15 marca 2012 r., C-453/10, Jana Pereničova i Vladislav Perenič v. SOS financ spol. sr.o., ZOTSiS 2012, nr 3, s. I-144, pkt 47), a więc praktyki rynkowej, która jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta, w szczególności praktyki wprowadzającej w błąd, powodującej lub mogącej powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął (por. art. 4-6 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, Dz. U. z 2007 r. Nr 171, poz. 1206 ze zm. oraz wyroki Sądu Najwyższego z dnia 28 września 2018 r., I CSK 179/18, OSNC 2019, nr 7-8, poz. 84 i z dnia 11 grudnia 2019 r., V CSK 382/18, nie publ.).

Oceniając w tym świetle § 3 Załącznika trzeba zgodzić się ze skarżącą w tym sensie, że samo przez się - w oderwaniu od okoliczności zawarcia umowy oraz związku z innymi postanowieniami – postanowienie to nie pogarsza położenia prawnego konsumenta w stosunku do tego, które w braku umownej regulacji wynikałoby z przepisów prawa, w tym dyspozytywnych. Dookreślając bowiem - a tym samym ograniczając – pojęcie błędu istotne dla stosowania § 2 Załącznika, w żaden sposób nie ogranicza uprawnień konsumenta wynikających z obowiązujących przepisów (w tym dyspozytywnych), które w ogóle nie przewidują obowiązku zastrzeżenia kary umownej w tego rodzaju umowach. *Prima facie* ograniczenie zakresu zastosowania kary umownej nie wyłącza też odpowiedzialności kontraktowej przedsiębiorcy na zasadach ogólnych (art. 471 i n. k.c.). Do odmiennych wniosków może natomiast prowadzić ocena postanowienia w szerszym kontekście, w tym z uwzględnieniem kryterium transparentności.

Na podstawie poczynionych przez Sąd Okręgowy i zaaprobowanych przez Sąd Apelacyjny ustaleń można stwierdzić, że celem pobrania i przechowywania krwi pępowinowej jest zapewnienie w przyszłości możliwości skuteczniejszego leczenia dziecka w razie ewentualnego wystąpienia różnego rodzaju chorób. Zważywszy, że uzgodnione w Umowie świadczenie Spółki w zasadzie nie miało na celu ochrony interesów majątkowych powodów, a ogólna odpowiedzialność

kontraktowa (art. 471 k.c.) nie umożliwia kompensacji uszczerbków niemajątkowych, zastrzeżone w Umowie kary umowne powinny być postrzegane jako ważki, podstawowy instrument zabezpieczający należyte jej wykonanie. Zarazem, mimo zawarcia Umowy w kilka lat po wpisie klauzuli odpowiadającej § 7 ust. 2 do rejestru niedozwolonych postanowień umownych i zakazania Spółce wykorzystywania jej w umowach z konsumentami (z rozszerzonym skutkiem – por. obowiązujący w dacie zawarcia Umowy art. 479⁴³ k.p.c.), klauzula ta została zastrzeżona w Umowie. Wprawdzie nie wyklucza to powołania się na nią przez konsumenta, który może *ex post* udzielić "świadomej, wyrażnej i wolnej zgody" na to postanowienie i w ten sposób jednostronnie przywrócić mu skuteczność (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 14 lipca 2017 r., II CSK 803/16, OSNC 2018, nr 7 -8, poz. 79, z dnia 4 kwietnia 2019 r., III CSK 159/17, OSP 2019, z. 12, poz. 115 i z dnia 11 grudnia 2019 r., V CSK 382/18 oraz przywołane tam orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej; por. też uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 15 maja 2014 r., III CZP 88/13), jednakże zastrzeżenie klauzuli abuzywnej niewątpliwie zaburza przejrzystość Umowy i kładzie się cieniem na ocenę działania Spółki, także w aspekcie podmiotowym.

Z ustaleń faktycznych wynika też, że przed zawarciem Umowy powodowie sprawdzali informacje dotyczące usługi świadczonej przez Spółkę, w tym te zamieszczone na jej stronie internetowej, jak również że na stronie tej znajdowała się informacja (reklama) o treści: „Gwarantujemy wypłatę odszkodowania w wysokości 100.000 zł, jeśli z winy P. komórki nie będą zdatne do wykorzystania”. Bezpośrednim odzwierciedleniem i potwierdzeniem tego zapewnienia w treści Umowy był § 2 Załącznika, który stanowił, że „W przypadku, gdy z powodu błędu P. przechowywane komórki macierzyste nie będą mogły być wykorzystane do transplantacji, P. zobowiązuje się do wypłacenia Rodzicom kary umownej w wysokości 100.000 złotych”. W tej sytuacji, zamieszczenie w Umowie postanowienia w istotny sposób ograniczającego zakres zobowiązania wynikającego z zapewnienia reklamowego i z § 2 Załącznika, a więc zobowiązania o szczególnej doniosłości z punktu widzenia gwarancji należytego wykonania Umowy, musi być poddane wzmożonej kontroli pod kątem poszanowania interesów konsumenta.

Pozwana ma rację, że dla przeciętnego konsumenta, a więc konsumenta dobrze poinformowanego oraz dostatecznie uważnego i ostrożnego, powinno być jasne, że przypadki określone § 3 Załącznika nie obejmują kradzieży krwi pępowinowej, jednakże nie oznacza to jeszcze, iż tylko tych przypadków dotyczy § 2 Załącznika. Wprawdzie - literalnie rzecz ujmując - wstępna część § 3 Załącznika, wskazująca, że „za błąd, o którym mowa w § 2, rozumie się następujące przypadki”, sugeruje taką zależność, jednakże przejrzystość takiego ujęcia zaburza ujęta szerzej treść zapewnienia reklamowego i odpowiadającego mu § 2 Załącznika. Co więcej, również przedmiotowe racje leżące u podstaw takiego zawężenia zakresu zastosowania § 2 Załącznika przez wyłączenie z niego innych przypadków błędnego uniemożliwienia wykorzystania komórek do transplantacji nie przedstawiają jednoznacznie. W szczególności nie można stwierdzić, że chodziło jedynie o doprecyzowanie (a nie o istotne zawężenie) pojęcia błędu zastosowanego w § 2 Załącznika. Mając to na względzie, lojalnie działająca Spółka powinna w szczególny sposób zatroszczyć się o to, by zawierając Umowę, konsument miał pełną jasność co do ograniczenia sztandarowego obowiązku zapłaty kary umownej jedynie do dwóch, szczególnych przypadków. Nic nie wskazuje na to, by to uczyniła. Kluczowe - zdaniem Spółki - dla zakresu zastosowania § 2 Załącznika postanowienie zostało zamieszczone w odrębnym paragrafie (3), przy czym w samej treści § 2 w żaden sposób nie zaznaczono ograniczeń przewidzianych w § 3, a w § 3 nie zaakcentowano, że § 2 dotyczy „wyłącznie” (tylko, jedynie) przypadków określonych w § 3. Pozwana nie wykazała też, że udzieliła powodowi odrębnej, dodatkowej informacji w tym zakresie, a zważywszy całokształt okoliczności – w tym także nielojalne posługiwanie się w Umowie postanowieniami wpisanymi do rejestru niedozwolonych postanowień umownych, jak również to, że do zawarcia Umowy doszło na dzień przed przewidywanym terminem porodu, a więc w czasie, gdy uwaga rodziców jest skupiona na rychłym porodzie a nie na skrupulatnym zapoznawaniu się z postanowieniami formularzowej umowy (§ 2 i 3 Załącznika znajdowały się na stronie 10 dokumentacji umownej) - należy uznać, że to na niej spoczywał ciężar dowodu co do tej okoliczności. W konsekwencji należy też przyjąć, że § 3 Załącznika miał zaskakujący i nietransparentny charakter, jego zastrzeżenie było sprzeczne z dobrymi obyczajami (nielojalne) i - zważywszy

wpływ na możliwości dochodzenia kary umownej przewidzianej w § 2 Załącznika, odpowiadającej zapewnieniu reklamowemu - znacząco naruszało zasługujące na ochronę interesy konsumenta. Sąd Apelacyjny trafnie ocenił zatem, że było to postanowienie niedozwolone.

Przedstawiona argumentacja jest istotna także dla oceny sformułowanego w skardze kasacyjnej zarzutu naruszenia art. 65 § 2 k.c., zmierzającego do zakwestionowania przyjętej przez Sądy obu instancji wykładni § 2 Załącznika. Naruszenia tego skarżąca dopatrzyła się w przyjęciu, że „błędem” w rozumieniu § 2 Załącznika może być niezależna od strony kradzież komórek, podczas gdy wykładnia literalna § 2 w związku z § 3 Załącznika wskazuje, iż chodziło w nim wyłącznie o odpowiedzialność za przypadki, w których komórki macierzyste są już fizycznie przechowane w banku komórek zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami (przypadki „objęte sferą medyczną”). Nie ma - jej zdaniem - jakichkolwiek podstaw, aby po wyeliminowaniu § 3 Załącznika przyjmować, że wolą stron Umowy i zarazem celem zapisu było uzgodnienie, iż kradzież komórek stanowi „błąd”. Odmienne interpretacja nadaje – wbrew art. 65 k.c. - § 2 Załącznika sens nie wynikający z okoliczności sprawy i w żaden sposób nie wynikający z treści i zamiaru stron, zwłaszcza że Umowa przewidywała odrębnie odpowiedzialność w postaci kary umownej za kradzież materiału. W myśl bowiem § 7 ust. 2 (wpisanego do rejestru klauzul abuzywnych) w związku z § 7 ust. 3 pkt 3.8 przez niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy strony rozumiały też kradzież komórek dokonaną na skutek ich niewłaściwego zabezpieczenia. W ocenie skarżącej, Sąd Apelacyjny przyjął błędne założenie, że katalog działań bądź zaniechań przedsiębiorcy, które następnie mogą być sankcjonowane za pomocą kary umownej - powinien być możliwie szeroki i wyczerpujący. Tymczasem kara umowna jest co do zasady fakultatywnym elementem umowy, a w razie jej zastrzeżenia - powinna precyzyjnie określać zakres odpowiedzialności i związanej z tym sankcji.

Wbrew wywodom skarżącej trzeba jednak stwierdzić, że rozstrzygnięcie Sądu odwoławczego nie było oparte na tego rodzaju założeniu, lecz wynikało z wykładni § 2 Załącznika. W postanowieniu tym Spółka zobowiązała się do zapłaty kary umownej „W przypadku, gdy z powodu błędu P. przechowywane komórki

macierzyste nie będą mogły być wykorzystane do transplantacji”. Sądy obu instancji przedstawiły szeroką i przekonującą argumentację na rzecz tezy, że „przechowywanie” komórek rozpoczynało się już od ich pobrania, a więc obejmowało także transport. Wykładnia literalna nie sprzeciwia się też przyjęciu, że „błędem” jest każde nienależyte wykonanie przez Spółkę swych obowiązków, w tym także niedbalstwo umożliwiające kradzież komórek. Także określony w § 2 Załącznika skutek błędu polegający na tym, że komórki nie będą mogły być wykorzystane do transplantacji, nie uzasadnia tezy pozwanej, iż chodziło jedynie o sytuację, w której zaktualizowała się już potrzeba transplantacji. Przeciwnie, zastosowanie czasu przyszłego („nie będą mogły być wykorzystane”) zamiast teraźniejszego („nie mogą być wykorzystane”) wskazuje, że chodzi tu o skutek przyszły, z natury rzeczy niepewny. Skarżąca przemilcza też, że zgodnie z art. 385 § 2 zd. 2 k.c. niejednoznaczne postanowienia wzorca umowy tłumaczy się na korzyść konsumenta, przy czym pojęcie wzorca umowy należy rozumieć szeroko, obejmując nim zarówno wzorce wiążące mocą art. 384 albo art. 384¹ k.c., jak i postanowienia wzorca przejęte z wzorca umowy (tzw. umowy formularzowe). Przyjętej przez Sądy obu instancji interpretacji § 2 Załącznika nie sprzeciwia się też odrębne zastrzeżenie w Umowie kary umownej na wypadek kradzieży komórek wobec ich nienależytego zabezpieczenia (por. § 7 ust. 3.8 Umowy). Pozwana pomija, że sporny Załącznik miał charakter promocyjny (regulował „Regulamin Promocji Jubileuszowej dotyczącej Pakietu Transplantacyjnego P.”) i w § 4 stanowił, iż „Strony zgodnie ustalają, że wypłata kary umownej, o której mowa w § 2 niniejszego załącznika wyklucza możliwość dochodzenia kary umownej, wynikającej z § 7 ust. 2 Umowy (...)”, co oznacza, że sam proferent przyjmował przynajmniej częściowe pokrywanie się standardowych i promocyjnych regulacji. Niezależnie od tego trzeba stwierdzić, że Spółka nie może wywodzić korzystnych dla siebie konsekwencji z zastrzeżenia w § 7 ust. 2 Umowy postanowienia wpisanego do rejestru postanowień niedozwolonych.

Pozostałe, przedstawione w skardze kasacyjnej zarzuty dotyczą przyjętych przez Sąd odwoławczy konsekwencji uznania § 3 Załącznika za niedozwolone postanowienie umowne.

Zarzucając naruszenie art. 385¹ w związku z art. 58 § 3 k.c., pozwana zwraca uwagę, że bez § 3 Załącznika Umowa nie zostałaby w ogóle podpisana lub zostałaby podpisana przez strony po doprecyzowaniu pozostałych zapisów, w celu nadania im treści zgodnej z wolą stron uwzględniającą sens i kontekst § 3 Załącznika. Jej zdaniem, utrzymanie w mocy § 2 Załącznika - mimo nieskuteczności spornego § 3 - jest równoznaczne z naruszeniem art. 385¹ w związku z art. 353¹ k.c. (narusza zasadę swobody umów), prowadzi bowiem do nieuprawnionej ingerencji w treść Umowy, wypacza sens i cel § 2 Załącznika, którego treść była ściśle związana z treścią postanowienia uznanego za niedozwolone.

W związku z tymi zarzutami należy przypomnieć, że brak związania konsumenta niedozwolonym postanowieniem, o którym mowa w art. 385¹ § 1 zd. 1 k.c., oznacza, iż nie wywołuje ono skutków prawnych od samego początku i z mocy samego prawa, chyba że konsument następnie udzieli "świadomej, wyraźnej i wolnej zgody" na to postanowienie i w ten sposób jednostronnie przywróci mu skuteczność (por. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 czerwca 2018 r., III CZP 29/17 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 2019 r., V CSK 382/18 i tam przywołane wcześniejsze orzecznictwo). Z art. 385¹ § 2 k.c. wynika zaś, że jeżeli postanowienie umowy zgodnie z § 1 nie wiąże konsumenta, strony są związane umową w pozostałym zakresie. W szczególności oznacza to, że w odniesieniu do skutków eliminacji niedozwolonych postanowień umownych art. 58 § 3 k.c. nie ma zastosowania, a to, czy bez klauzuli uznanej za abuzywną strony (przede wszystkim przedsiębiorca) zawarłyby umowę jest w zasadzie irrelevantne (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 2019 r., V CSK 382/18). Rozwiązanie to pozostaje w zgodzie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, z którego wynika, że po wyeliminowaniu klauzul abuzywnych umowa powinna "w zasadzie nadal obowiązywać, bez jakiegokolwiek zmiany innej niż wynikająca z uchylenia nieuczciwych warunków, o ile takie dalsze obowiązywanie umowy jest prawnie możliwe zgodnie z zasadami prawa wewnętrznego" (zob. wyroki z dnia 14 czerwca 2012 r. w sprawie C-618/10, Banco Español de Crédito SA przeciwko Joaquín Calderón Camina, pkt 66 - 69, z dnia 30 maja 2013 r., w sprawie C-488/11, Dirk Frederik Asbeek Brusse, Katarina

de Man Garabito przeciwko Jahani BV, pkt 57, 60, z dnia 21 stycznia 2015 r. w połączonych sprawach C-482/13, C-484/13, C-485/13 i C-487/13, Unicaja Banco i Caixabank, pkt 28, z dnia 21 kwietnia 2016 r. w sprawie C-377/14, Ernst Georg Radlinger, Helena Radlingerová przeciwko Finway a.s., ECLI:EU:C:2016:283, pkt 97, z dnia 26 stycznia 2017 r. w sprawie C- 421/14, Banco Primus SA przeciwko Jesús Gutiérrez García, ECLI:EU:C:2017:60, pkt 71, z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-260/18, Kamil Dziubak i Justyna Dziubak przeciwko Raiffeisen Bank International AG, pkt 39-40). *In casu* przedmiotem kontroli jest § 3 Załącznika, a więc wyodrębniona formalnie jednostka redakcyjna, zawierająca treść normatywną (por. uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2015 r., III CZP 17/15 i z dnia 20 czerwca 2018 r., III CZP 29/17), bez której dalsze obowiązywanie Umowy jest prawnie możliwe. Związane z tym rozszerzenie odpowiedzialności Spółki - wynikające z uzależnienia obowiązku zapłaty kary umownej wyłącznie od przesłanek określonych w § 2 Załącznika - nie powinno budzić wątpliwości, jest bowiem prostą konsekwencją uznania za niedozwolone zaskakujących ograniczeń przewidzianych w § 3 Załącznika, i pozostaje w zgodzie z potrzebą zapewnienia prewencyjnego oddziaływania sankcji (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 14 lipca 2017 r., II CSK 803/16, z dnia 24 października 2018 r., II CSK 632/17, nie publ. i z dnia 27 listopada 2019 r., II CSK 483/18).

Z tych względów, na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c., Sąd Najwyższy orzekł, jak w sentencji. Sąd Najwyższy nie uwzględnił wniosku pełnomocnika powoda o zasądzenie zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu kasacyjnym, wziął bowiem pod uwagę, że odpowiedź na skargę kasacyjną może być wniesiona w terminie dwutygodniowym od doręczenia jej skargi (art. 398⁷ § 1 zdanie pierwsze k.p.c.). W orzecznictwie wyjaśniono już, że odpowiedzi takiej nie stanowi tak nazwane pismo procesowe, wniesione po upływie ustawowego terminu do dokonania tej czynności (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 2002 r., IV CKN 1071/00, OSNC 2003 nr 9, poz. 120, z dnia 14 marca 2003 r., V CKN 1733/00, nie publ. i z dnia 7 maja 2003 r., IV CKN 113/01, nie publ. oraz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2018 r., I CSK 42/18, nie publ.). W konsekwencji, nie wywołuje ono skutków w zakresie zawartego w nim wniosku

o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu kasacyjnym, obejmujących sporządzenie i wniesienie odpowiedzi na skargę kasacyjną (art. 167 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. i art. 398²¹ k.p.c.).

jw