



Prezes Urzędu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów
Marek Niechciał



RŁO-644-501(2)/16/AM

Warszawa, 20.10.2016

Termin rozprawy: 28.10.2016 r.
Proszę o pilne przedłożenie
sędziemu prowadzącemu sprawę.

Sąd Okręgowy w Łodzi
III Wydział Cywilny Odwoławczy
Pl. Dąbrowskiego 5
90-921 Łódź

Powodowie:
(...)

Pozwany:
mBank S.A.
ul. Senatorska 18
00-950 Warszawa
- reprezentowany przez radcę pr.
(...)

Sygnatura akt: III Ca 775/16

Stanowisko Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zawierające istotny pogląd dla sprawy

Stosownie do przepisu art. 31d ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 184 ze zm.), „Prezes Urzędu, jeżeli uzna że przemawia za tym interes publiczny, przedstawia sądowi istotny dla sprawy pogląd w sprawach dotyczących ochrony konkurencji i konsumentów”.

W związku z powyższym, działając na podstawie art. 31d ww. ustawy, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej także: Prezes UOKiK, Prezes Urzędu) przedstawia sądowi istotny pogląd dla przedmiotowej sprawy.

W świetle powyższego przepisu, **Prezes UOKiK przedstawia istotny dla sprawy pogląd, jeśli przemawia za tym interes publiczny, a sprawa dotyczy ochrony konsumentów.** Należy uznać, że obie przesłanki muszą wystąpić łącznie.

Niniejsza sprawa jest jedną z wielu spraw, które dotyczą problemu niedozwolonych postanowień umownych określających przesłanki zmiany oprocentowania oraz zasady ustalania kursu sprzedaży waluty służącego do wyliczania rat kapitałowo-odsetkowych w umowach kredytów hipotecznych waloryzowanych kursem CHF. Ich skala i związane z nimi skutki społeczne uzasadniają przesłankę występowania Prezesa Urzędu w tych sprawach w

granicach interesu publicznego. Niniejsza sprawę należy uznać za spełniającą kryteria sprawy dotyczącej ochrony konsumentów, gdyż jest ona związana z postanowieniami umownymi stosowanymi w relacjach pozwanego - przedsiębiorcy z konsumentami.

W świetle tych okoliczności, a także biorąc pod uwagę wiedzę i doświadczenie Prezesa Urzędu z zakresu ochrony konsumentów, w szczególności fakt, że Prezes Urzędu wpisał do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone postanowienia wzorca umowy stosowane przez mBank S.A. (dawniej BRE Bank S.A.) tj. postanowienie, które określało przesłanki zmiany oprocentowania kredytu hipotecznego, o treści:

"Stopa procentowa Kredytu może ulegać zmianom w okresie trwania Umowy w przypadku zmiany, co najmniej jednego z następujących parametrów finansowych rynku pieniężnego i kapitałowego:

- a) oprocentowania lokat międzybankowych (stawek WIBID/WIBOR)
 - b) rentowności bonów skarbowych, obligacji Skarbu Państwa,
 - c) zmiany stóp procentowych NBP
- oraz w zakresie wynikającym ze zmiany tych parametrów"

(Umowa kredytu w linii zabezpieczonego hipoteką dla posiadaczy Multikonta)

(wpis do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone w dniu 22 maja 2013 r. pod poz. 4704, na podstawie wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 10 lutego 2012 r., sygn. akt VI ACa 1460/11)

oraz postanowienie dotyczące zasad ustalania wysokości rat kredytu w oparciu o kursy wymiany walut, o treści:

"Raty kapitałowo-odsetkowe oraz raty odsetkowe spłacane są w złotych po uprzednim ich przeliczeniu wg kursu sprzedaży CHF z tabeli kursowej BRE Banku S.A. obowiązującego na dzień spłaty z godziny 14:50" (Umowa o kredyt hipoteczny dla osób fizycznych (...) waloryzowany kursem CHF)

(wpis do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone w dniu 5 sierpnia 2014 r. pod poz. 5743 na podstawie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 27 grudnia 2010 r., sygn. akt XVII AmC 1531/09), Prezes Urzędu uznał za zasadne i konieczne przedstawienie istotnego poglądu w niniejszej sprawie, sformułowanego w związku z wnioskiem Powodów.

Przedstawiając niniejszy pogląd, Prezes Urzędu pragnie poczynić istotne zastrzeżenie, że stanowisko jakie formułuje w tej sprawie opiera się na określonym stanie faktycznym i prawnym (w szczególności dotyczy to przepisów regulujących umowę kredytu), jest wynikiem wydanego w sprawie orzeczenia sądowego oraz wniosku jaki Powodowie skierowali do Prezesa UOKiK. Tym samym, należy podkreślić, że ocena prawna przedstawiona w niniejszym poglądzie przez Prezesa Urzędu nie może stanowić odniesienia dla innych spraw.

Uzasadnienie

Pogląd przedstawiany w niniejszej sprawie wyrażany jest m.in. w oparciu o:

1. Wniosek Powodów o wydanie istotnego poglądu w sprawie.

2. Umowę o kredyt hipoteczny dla osób fizycznych „MULTIPLAN” waloryzowany kursem CHF, w szczególności jej postanowienie § 11 ust. 2, o treści: „Zmiana wysokości oprocentowania kredytu może nastąpić w przypadku zmiany stopy referencyjnej określonej dla danej waluty oraz zmiany parametrów finansowych rynku pieniężnego i kapitałowego w kraju (lub krajów zrzeszonych w Unii Europejskiej), którego waluta jest podstawą waloryzacji” oraz postanowienie § 12 ust. 4, o treści: „Raty kapitałowo-odsetkowe oraz raty odsetkowe spłacane są w złotych po uprzednim ich przeliczeniu wg kursu sprzedaży CHF z tabeli kursowej BRE Banku S.A. obowiązującego na dzień spłaty z godziny 14:50” (dalej także: Kwestionowane Postanowienia).
3. Wyrok Sądu Rejonowego dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi Wydział I Cywilny z dnia 16 marca 2016 r., sygn. akt I C 446/14.
4. Pisma procesowe składane przez strony postępowania sądowego, przedłożone Prezesowi UOKiK przez Powodów, w tym w szczególności pozew Powodów z dnia 7 stycznia 2014 r., w którym przedstawiają oni swoje żądania i uzasadniają je powołując się na abuzywność postanowień umowy, która skutkuje bezwzględnie nieważnością umowy kredytowej, pisma procesowe Powodów z dnia 11 listopada 2014 r., 3 marca 2015 r. i 23 marca 2015 r., w których podtrzymują stanowisko, że z uwagi na abuzywność postanowień umowy umowę kredytową należy uznać za nieważną w całości oraz apelację Powodów od wyroku Sądu Rejonowego dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi Wydziału I Cywilnego z dnia 16 marca 2016 r., sygn. akt I C 446/14, w której Powodowie podnoszą m.in. zarzut niewłaściwego zastosowania art. 385¹ §1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 380) - dalej: k.c., poprzez dokonanie oceny Kwestionowanych Postanowień w okresie wykonywania umowy a nie w momencie jej zawarcia oraz zarzut naruszenia art. 58 §1 i 2 k.c. poprzez niewłaściwe zastosowanie skutkujące niestwierdzeniem nieważności całej umowy kredytowej.
5. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2015 r., sygn. akt II CSK 768/14,
6. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2015 r., sygn. akt IV CSK 362/14.

Stan faktyczny

W dniu 21 września 2016 r. do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wpłynął wniosek Powodów o przygotowanie i przedstawienie Sądowi Okręgowemu w Łodzi istotnego poglądu prawnego w sprawie w zakresie (1) ustalenia abuzywnego charakteru postanowień § 11 ust. 2 i § 12 ust. 4 łączącej ich z pozwanym bankiem umowy o kredyt hipoteczny (2) możliwych skutków stwierdzenia abuzywności tych postanowień. Z treści wniosku o wydanie istotnego poglądu wynika, że Powodowie dążą do uznania umowy kredytowej za nieważną w całości i są świadomi konsekwencji procesowych i ekonomicznych wynikających z ewentualnego orzeczenia przez sąd bezwzględnej nieważności umowy kredytowej.

Pozwem z dnia 7 stycznia 2013 r. Powodowie wnieśli o zasądzenie na ich rzecz od pozwanego mBank S.A. (dawniej BRE Bank S.A.) kwoty wskazanej w pozwie (wraz z odsetkami ustawowymi) tytułem zwrotu odsetek zapłaconych przez Powodów w racie kredytu wymagalnej w dniu 10 stycznia 2012 r., pobranej przez pozwanego bank z konta osobistego Powódki w dniu 10 stycznia 2012 r. tj. równowartości (...) CHF wg kursu ustalonego przez pozwanego bank zgodnie z § 12 ust. 4 łączącej strony umowy o kredyt

hipoteczny z dnia 5 stycznia 2006 r. Powodowie domagali się zwrotu zapłaconych odsetek stojąc na stanowisku, że wobec nieważności całej umowy kredytowej z 5 stycznia 2006 r. zastrzeżone nią wynagrodzenie dla pozwanego banku w postaci odsetek od kredytu nie należy się pozwanemu bankowi, a strony powinny zostać rozliczone z wzajemnie spełnionych do tej pory na gruncie nieważnej umowy świadczeń w trybie art. 405 k.c. w zw. z art. 410 k.c. Powodowie nie wnioskowali o zasądzenie kwoty przeznaczonej na spłatę kapitału, gdyż ta - mając na względzie regulację art. 405 k.c. w zw. z art. 410 k.c. - i tak musiałaby zostać przez Powodów zwrócona na rzecz pozwanego banku.

W ocenie Powodów Kwestionowane Postanowienia regulują główne świadczenia stron i jednocześnie stanowią niedozwolone postanowienia umowne. W sytuacji, gdy bez postanowień dotkniętych nieważnością w ogóle nie doszłoby do zawarcia umowy należy uznać, że strony w ogóle nie są związane umową. W ocenie Powodów postanowienie § 12 ust. 4 umowy uprawniało bank do ustalania w sposób zupełnie dowolny tzw. spreadu, czyli różnicy między kursem sprzedaży i kupna waluty, co kształtowało prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami rażąco naruszając jego interesy. W świetle tego postanowienia pozwany bank przyznał sobie prawo do jednostronnego regulowania wysokości rat kredytu waloryzowanego kursem CHF poprzez wyznaczanie w tabelach kursowych kursu sprzedaży franka szwajcarskiego oraz wartości spreadu walutowego bez wskazania w umowie sposobu ustalania kursów walut. Powyższe powodowało, że sposób ustalania kursu pozostawał poza wiedzą i kontrolą konsumenta, który do ostatniej chwili nie miał możliwości oceny wysokości złotowej swojego zobowiązania na dzień spłaty kredytu. Powodowie wskazywali, że kredyt został im udzielony w PLN a jedynie dla potrzeb ustalenia wysokości raty był najpierw przeliczany w całości (jednorazowo) po kursie kupna banku z dnia wypłaty, a następnie w dniu płatności rat konkretna rata była przeliczana na PLN po kursie sprzedaży banku. Tak więc przeliczenie wartości kredytu w złotych oraz wysokości rat w złotych odbywało się po kursie kupna i sprzedaży CHF ustalonym przez pozwany bank. To w ocenie Powodów powodowało, iż w chwili podpisywania umowy kredytu nie była znana kwota, do zwrotu której zobowiązany jest konsument. Umowa kredytu indeksowanego, która nie określa skutecznie kursu sprzedaży walut, według którego ma zostać wyliczona wartość w PLN raty spłaty kredytu nie określa głównego świadczenia kredytobiorcy, a zatem jest nieważna. Podobnie, w ocenie Powodów w zawartej z pozwanym bankiem umowie kredytowej brak jest skutecznych uregulowań co do świadczenia głównego, jakim jest wynagrodzenie banku z tytułu oprocentowania kredytu. Postanowienie § 11 ust. 2 umowy kredytowej zawartej z pozwanym bankiem przyznaje bankowi uprawnienie do zmiany oprocentowania kredytu w sposób dowolny, gdyż nie określa stanów faktycznych warunkujących dopuszczalność zmiany ani relacji między tymi stanami a wysokością zmiany oprocentowania kredytu. Powoduje to, że Powodowie jako konsumenci nie mają możliwości przewidywania czy kontroli rozmiarów swojego zadłużenia, albowiem wszelkie zmiany oprocentowania kredytu dokonywane są na podstawie arbitralnych decyzji zarządu banku. W zawiadomieniach o zmianie oprocentowania pozwany bank nie informuje konsumentów, który z parametrów określonych w § 11 ust. 2 uległ zmianie i w jakim zakresie. W ocenie Powodów umowa kredytowa nie może nadal obowiązywać po wyłączeniu z niej nieuczciwego warunku, a to z uwagi na jej wewnętrzną sprzeczność polegającą na tym, że z jednej strony przewiduje ona oprocentowanie zmienne a z drugiej nie posiada mechanizmu jego zmiany. Skoro zgodnie z wolą stron oprocentowanie umowy jest zmienne, to nie można przyjąć, że umowa, po wyłączeniu z niej niedozwolonego postanowienia, będzie realizowana jako umowa kredytowa z oprocentowaniem stałym. W tej sytuacji można jedynie uznać umowę za nieważną.

Wyrokiem z dnia 19 marca 2016 r. Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi (sygn. akt I C 446/14) oddalił powództwo.

W uzasadnieniu do ww. wyroku Sąd uznał słuszność twierdzeń Powodów odnośnie niejednoznaczności postanowień § 11 ust. 2 i § 12 ust. 4 umowy kredytu jednakże stwierdził, że postanowienia te mają charakter niedozwolony jedynie z punktu widzenia kontroli in abstracto. W ocenie Sądu nie można pomijać różnic między kontrolą postanowień wzorca dokonywaną in abstracto przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w postępowaniu o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone i kontrolą in concreto, która dokonywana jest w oparciu o przepisy art. 385 i nast. k.c. W ramach kontroli indywidualnej Sąd oprócz brzmienia klauzuli bada również okoliczności zawarcia i wykonywania umowy zwłaszcza w kontekście skutków zastosowania zakwestionowanej klauzuli. Sąd rozpatrując sprawę przychylił się do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2015 r. sygn. II CSK 768/14, który dotyczył klauzuli zmiany oprocentowania kredytu tożsamej z zakwestionowaną przez Powodów. W świetle wyroku Sądu Najwyższego samo posłużenie się klauzulą abuzywną nie powoduje nieważności umowy kredytu nawet w kontekście domniemanego naruszenia przez proferenta dyspozycji art. 69 ust. 2 i art. 76 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz. U z 2015 r., poz. 128 ze zm.) - dalej: Pr. bank. Sąd Najwyższy dostrzegł potrzebę zasięgnięcia opinii biegłego celem stwierdzenia, czy w z związku z dość otwartym i szerokim katalogiem kryteriów zmiany stopy procentowej przyjętym w treści zakwestionowanej klauzuli, w okresie objętym pozwem bank kierował się najbardziej racjonalnymi, ekonomicznie uzasadnionymi i dającymi się odpowiednio zweryfikować czynnikami, ustalając poziom ostatecznego zadłużenia odsetkowego kredytobiorców. Przenosząc rozważania Sądu Najwyższego na grunt rozpoznawanej sprawy Sąd stwierdził, że w postępowaniu nie zostało wykazane, aby stosowanie postanowień § 11 ust. 2 i § 12 ust. 4 umowy kredytu prowadziło in concreto do ukształtowania praw i obowiązków Powodów w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, z rażącym naruszeniem ich interesów. Przepis art. 385² k.c. nakazuje przy kontroli in concreto uwzględnić wszystkie okoliczności zawarcia umowy. Okoliczność, że postanowienie wzorca umowy zostało umieszczone w rejestrze postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone jest niewątpliwie bardzo istotna, ale nie rozstrzyga w procesie o świadczenie. W procesie tym abuzywność klauzuli umownej ustalana jest bowiem przesłankowo. Powodowie zawierając umowę byli świadomi ryzyk związanych z zaciągnięciem kredytu w walucie obcej oraz zostali zapoznani z kryteriami zmiany stóp procentowych obowiązującymi w banku. Podstawowym czynnikiem ryzyka związanego z kredytem indeksowanym w walucie, niezależnym od żadnej ze stron, jest wzrost kursu waluty. W przypadku Powodów wzrost rat kapitałowo-odsetkowych wynikał przede wszystkim ze zmiany kursu CHF będącego walutą waloryzacji kredytu, a jedynie ich korekta w ramach zmiany oprocentowania wynikała z odwołania się do określonych parametrów rynkowych (w tym przypadku LIBOR 3M CHF i kosztu nabycia pieniądza na rynku międzybankowym). W tej sytuacji nie można uznać, że zmiana oprocentowania na zakwestionowanych warunkach naruszała interesy Powodów, a jeżeli tak - czy miało to charakter rażący. Bank kształtował oprocentowanie na podstawie ogólnej klauzuli umownej obiektywnie spełniającej kryteria uznania jej za abuzywną (zwłaszcza w kontekście fakultatywności oprocentowania) nie ma jednak dowodów jednoznacznie wskazujących, że oprocentowanie to było rażąco wyższe do ofert innych banków w tym samym okresie albo rażąco zawyżane w trakcie wykonywania umowy. Tylko ustalenie tej i zbliżonych okoliczności mogłoby doprowadzić do wykazania, że oprocentowanie pobrane przez bank w określonej części zostało pobrane nienależnie jako naruszające (i to rażąco) interes konsumentów. Odnosząc się natomiast do stanowiska Powodów kwestionującego

prawidłowość określenia kursów sprzedaży waluty (§ 12 ust. 4 umowy) Sąd wskazał, że zgodnie z obowiązującym od dnia 26 sierpnia 2011 r. przepisem art. 69 ust. 2 pkt 4a Pr. bank. istnieje możliwość odpowiedniej modyfikacji umowy. Zgodnie z art. 4 ustawy z dnia 29 lipca 2011 r. o zmianie ustawy - Prawo bankowe oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2011 r. Nr 165 poz. 984) w stosunku do tych kredytów, które nie zostały całkowicie spłacone art. 69 ust. 2 pkt 4a ustawy Pr. bank. znajduje nadal zastosowanie w zakresie części pozostałej do spłacenia. W tym zakresie bank dokonuje bezpłatnie stosownej zmiany umowy kredytowej lub umowy pożyczki. Sąd wskazał dodatkowo - powołując się na wyroki Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2015 r., sygn. IV CSK 362/14 i z dnia 15 lutego 2013 r. sygn. I CSK 314/12 - że powyższa zasada dotyczy również roszczenia o ukształtowanie stosunku prawnego dotyczącego rat kredytu przypadających do spłaty w przyszłości. Mając powyższe na uwadze Sąd nie znalazł podstaw do uwzględnienia powództwa.

Powodowie wnieśli apelację od ww. wyroku.

Punktem wyjścia i podstawą rozważań w niniejszej sprawie jest zatem Wyrok Sądu Rejonowego dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi z dnia 16 marca 2016 r., sygn. akt I C 446/14, w którym Sąd ten prezentuje stanowisko, że postanowienia § 11 ust. 2 i § 12 ust. 4 zawartej przez Powodów Umowy o kredyt hipoteczny dla osób fizycznych „MULTIPLAN” waloryzowany kursem CHF nie mogą być uznane za niedozwolone postanowienia umowne w badaniu in concreto prowadzonym przez Sąd na podstawie art. 385 i nast. k.c.

Powodowie we wniosku o wydanie istotnego poglądu wskazują, że rozumowanie Sądu jest błędne.

W związku z powyższym opinia wyrażona przez Prezesa Urzędu w niniejszym piśmie stanowi analizę treści Zakwestionowanych Postanowień in concreto tj. z punktu widzenia umowy kredytowej zawartej przez Powodów z pozwanym bankiem, w tym analizę możliwych skutków w przypadku uznania Zakwestionowanych Postanowień za niedozwolone.

Niedozwolone postanowienie umowne

Zgodnie z art. 385(1) § 1 k.c. **postanowienia umowy zawieranej z konsumentem nieuzgodnione indywidualnie nie wiążą go, jeżeli kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy (niedozwolone postanowienia umowne)**. Nie dotyczy to postanowień określających główne świadczenia stron, w tym cenę lub wynagrodzenie, jeżeli zostały sformułowane w sposób jednoznaczny.

Z kolei stosownie do treści przepisu art. 385(1) § 2 k.c., jeżeli postanowienie umowy zgodnie z § 1 nie wiąże konsumenta, strony są związane umową w pozostałym zakresie.

Możliwość uznania postanowienia za niedozwolone zależy zatem od łącznego spełnienia następujących przesłanek:

- 1) postanowienie jest stosowane przez przedsiębiorcę wobec konsumentów,
- 2) postanowienie nie zostało indywidualnie uzgodnione,
- 3) postanowienie kształtuje prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami,
- 4) postanowienie narusza w sposób rażący interesy konsumenta,
- 5) postanowienie nie dotyczy sformułowanych w sposób jednoznaczny głównych świadczeń stron.

Zgodnie z dyspozycją art. 385(1) § 1 k.c., postanowienie może być uznane za niedozwolone, jeśli jedną ze stron stosunku prawnego jest konsument. W niniejszej sprawie nie ulega wątpliwości, że analizowane postanowienia dotyczą umowy zawartej z konsumentami. Stronami czynności prawnej są bank, który w zakresie swojej działalności gospodarczej udziela kredytu, oraz konsumenci. Z treści umowy wynika, że Powodowie - osoby fizyczne - zawarli umowę o kredyt, który miał być przeznaczony na zakup na rynku wtórnym domu jednorodzinnego. Jednocześnie na podstawie pism procesowych Powodów i Pozwanego należy przyjąć, że status Powodów jako konsumentów nie jest w niniejszej sprawie kwestionowany.

Ustawodawca w art. 385(1) § 3 k.c. doprecyzował, że niezgodnione indywidualnie są te postanowienia, na które konsument nie miał rzeczywistego wpływu. Nie ulega wątpliwości, że przedmiotowa umowa stanowi przykład tzw. umowy adhezyjnej, czyli takiej, w której warunki umowne określone są jednostronnie przez przedsiębiorcę. Konsumentowi pozostaje jedynie podjęcie decyzji, czy do umowy przystąpić. Przy zawieraniu umów z konsumentami bank posługuje się opracowanym przez siebie wzorcem umownym, dlatego możliwości negocjacyjne osoby przystępującej do umowy są ograniczone lub wręcz ich nie ma.

Zgodnie z art. 385(1) § 4 k.c. ciężar dowodu, że postanowienie zostało uzgodnione indywidualnie, spoczywa na tym, kto się na to powołuje, co w praktyce oznacza konieczność udowodnienia tej przesłanki przez przedsiębiorcę.

I. Klauzula dotycząca przesłanek zmiany oprocentowania kredytu

I.1. Treść zakwestionowanego postanowienia

Zakwestionowane w niniejszej sprawie postanowienie umowne to postanowienie §11 ust. 2 umowy kredytowej dotyczące przesłanek zmiany oprocentowania kredytu, o treści:

„Zmiana wysokości oprocentowania Kredytu może nastąpić w przypadku zmiany stopy referencyjnej określonej dla danej waluty oraz zmiany parametrów finansowych rynku pieniężnego i kapitałowego w kraju (lub krajów zrzeszonych w Unii Europejskiej), którego waluta jest podstawą waloryzacji”.

I.2. Stan prawny oraz doktryna

1.2.1. Przepisy ustawy Prawo bankowe

O tym, jakie elementy powinna zawierać umowa o kredyt stanowi przepis art. 69 ust. 2 Pr. bank., zgodnie z którym umowa kredytu powinna być zawarta na piśmie i określać w szczególności [...] wysokość oprocentowania kredytu i warunki jego zmiany (pkt 5). Stosownie natomiast do przepisu art. 76 pkt 1 tej ustawy, zasady oprocentowania kredytu określa umowa kredytu, z tym że w razie stosowania stopy zmiennej należy określić w umowie kredytowej warunki zmiany stopy procentowej kredytu.

1.2.2. Warunki zmiany oprocentowania kredytu - orzecznictwo

Zasady jakimi powinny się kierować banki kształtując postanowienia umowne uprawniające je do zmiany wysokości oprocentowania od dawna stanowią przedmiot orzecznictwa sądów powszechnych. Stanowisko w tej sprawie wielokrotnie zajmował również Sąd Najwyższy, formułując w tym zakresie stosowne dyrektywy. Analiza treści ww. orzeczeń sądów (por. wyrok SN z 4 listopada 2011 r., sygn. I CSK 46/11; wyrok SN z dnia 5 kwietnia 2002 r., II CKN 933/99; uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 6 marca 1992 r., III CZP 141/91), ujmując sprawę syntetycznie, prowadzi do wniosku, że konieczne jest, aby postanowienie wskazujące na warunki zmiany oprocentowania m.in.:

- nie miało charakteru blankietowego,
- określało konkretne okoliczności, od jakich zmiana ta jest uzależniona (nie mogą być wskazane ogólnikowo),
- wskazywało na relację między zmianą tych okoliczności/czynników, a rozmiarem zmiany stopy oprocentowania kredytu, określając precyzyjnie wpływ zmiany wskazanych okoliczności na zmianę stopy procentowej, a więc kierunek, skalę, proporcję tych zmian.

I.2.3. Stanowisko Narodowego Banku Polskiego i Generalnego Inspektora Nadzoru Bankowego

Bogate orzecznictwo w tej sprawie uzupełnione zostało również wytycznymi jakie do banków skierował w swoim wystąpieniu z dnia 30 listopada 2005 r. Narodowy Bank Polski wraz z Generalnym Inspektorem Nadzoru Bankowego (NB-BPN-I-AK-077-13-2-753/05), w którym podsumowane zostało dotychczasowe orzecznictwo SN w tym zakresie. W treści tego pisma wskazano m.in., że:

- postanowienie umowy kredytu bankowego, w której przyjęto, że kredytodawca jest uprawniony do zmiany stawek oprocentowania, jest bezskuteczne, jeżeli w umowie nie określono jednocześnie konkretnych okoliczności, od jakich zmiana ta jest uzależniona;
- okoliczności, od zaistnienia których ma być uzależniona zmiana wysokości oprocentowania kredytu, powinny być tak skonkretyzowane, aby w przyszłości mogła być dokonana należyta ocena, czy rzeczywiście one wystąpiły;
- określenie kryteriów zmiany stopy oprocentowania kredytu powinno pozwalać na skontrolowanie przez sąd dokonanych przez bank zmian stawek odsetkowych w razie zakwestionowania tych zmian przez klienta;
- szczegółowe określenie uwarunkowań faktycznych zmian wysokości oprocentowania stwarza kredytobiorcy możliwość dokonania wyliczeń co do celowości i opłacalności zaciągnięcia kredytu (...).

I.2.4. Postanowienia wpisane do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone

Do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone prowadzonego przez Prezesa UOKiK wpisane zostały dotychczas m.in. następujące klauzule dotyczące przestaniek zmiany oprocentowania:

„Kredyt oprocentowany jest według zmiennej stopy procentowej obowiązującej w okresach, za które naliczane są odsetki. Wysokość ustalonego oprocentowania może ulec

zmianie w przypadku zmiany o co najmniej 0,25 punktu procentowego jednego z niżej wymienionych czynników:

- 1/ stawek WIBOR,
- 2/ stopy procentowej bonów skarbowych 52-tygodniowych,
- 3/ stopy redyskonta weksli NBP,
- 4/ stopy procentowej kredytu lombardowego NBP,
- 5/ wysokości stopy rezerw obowiązkowych.

Zmiana wysokości oprocentowania następuje z dniem wejścia w życie w bankach Uchwały Zarządu Banku zmieniającej wysokość stopy procentowej”

(wpis do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone w dniu 11 kwietnia 2012 r. pod poz. 3016, na podstawie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 9 kwietnia 2010 r., sygn. XVII AmC 959/09);

„Zmiana wysokości oprocentowania może następować także w przypadku zmiany parametrów finansowych rynku pieniężnego i kapitałowego w kraju (lub krajów zrzeszonych w UE), którego waluta jest podstawą indeksacji”

(wpis do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone w dniu 11 grudnia 2012 r. pod poz. 4107, na podstawie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 24 lipca 2012 r., sygn. XVII AmC 285/11);

„Stopa procentowa Kredytu może ulegać zmianom w okresie trwania Umowy w przypadku zmiany, co najmniej jednego z następujących parametrów finansowych rynku pieniężnego i kapitałowego:

- a) oprocentowania lokat międzybankowych (stawek WIBID/WIBOR),
- b) rentowności bonów skarbowych, obligacji Skarbu Państwa,
- c) zmiany stóp procentowych NBP,

oraz w zakresie wynikającym ze zmiany tych parametrów”

(wpis do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone w dniu 22 maja 2013 r. pod poz. 4704, na podstawie wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 10 lutego 2012 r., sygn. akt VI ACa 1460/11).

Istotne przy tym jest to, że w ostatnim z ww. postanowień we wzorcu umownym postuluje się mBank S.A. I choć brzmienie Kwestionowanego Postanowienia z §11 ust. 2 zawartej przez Powodów umowy kredytowej jest odmienne, to należy uznać, że klauzule te posiadają taką samą treść normatywną, w analogiczny sposób ujmującą prawa i obowiązki stron kontraktu.

Biorąc pod uwagę, że postanowienie zakwestionowane w ramach tzw. kontroli abstrakcyjnej jest tożsame z analizowanym w niniejszej sprawie postanowieniem, jak również dotyczy tego samego przedsiębiorcy, zasadne wydaje się przywołanie najważniejszych tez uzasadnienia sporządzonego przez Sąd Apelacyjny w tej sprawie.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, kwestionowane postanowienie spełnia wszystkie - określone w art. 385(1) § 1 k.c. - przesłanki do uznania go za abuzywne. Zamieszczenie przez bank we wzorcu umownym przedmiotowego postanowienia jest sprzeczne z dobrymi obyczajami oraz rażąco narusza interes konsumenta ze względu na zbytnią ogólnikowość

kwestionowanej klauzuli. Brak precyzyjności w treści przedmiotowej klauzuli powoduje, iż bank ma możliwość kształtowania wysokości oprocentowania kredytu według własnego uznania. Swoboda interpretacyjna banku, w odniesieniu do kwestionowanej klauzuli objawia się w: 1) posłużeniu się przez bank w treści kwestionowanej klauzuli sformułowaniem „może ulegać zmianom”, 2) braku precyzyjnie wskazanych przesłanek zmiany wysokości oprocentowania kredytu. Posłużenie się przez bank w treści kwestionowanej klauzuli sformułowaniem „może ulegać zmianom w okresie trwania Umowy”, powoduje, iż bank może dokonywać zmiany oprocentowania według własnego uznania i w dowolnie wybranym momencie, a co za tym idzie, jest uprawniony do wprowadzania zmian wysokości oprocentowania w sposób niekorzystny dla kredytobiorcy. Tak sformułowane postanowienie stwarza bankowi możliwość dokonywania wyłącznie takich zmian, które będą uwzględniać ekonomiczny interes jedynie banku w odpowiednim dla banku czasie. W przypadku zmiany parametrów finansowych w sposób korzystny dla konsumenta, bank nie jest zobowiązany do wprowadzenia odpowiednich zmian w zakresie wysokości oprocentowania kredytu. Przedmiotowe postanowienie, zastrzegające dla banku możliwość podejmowania decyzji w zakresie dokonania zmiany oprocentowania również w sytuacji, gdy parametry finansowe określone zostałyby przez bank w sposób nader precyzyjny, uznać należałoby za abuzywne, gdyż w dalszym ciągu bank miałby dowolność w zakresie podejmowania decyzji co do tego, czy dokonać ewentualnej zmiany wysokości oprocentowania. Ponadto treść przedmiotowego postanowienia nie wskazuje w sposób konkretny i precyzyjny przesłanek, których zaistnienie warunkować będzie zmianę wysokości oprocentowania kredytu. Wymienione w kwestionowanym postanowieniu okoliczności, od których uzależniona została zmiana wysokości oprocentowania kredytu, charakteryzują się na tyle wysokim stopniem ogólności, iż uniemożliwiają kredytobiorcy faktyczną ocenę tego, czy ewentualne zmiany wysokości oprocentowania wprowadzone zostały przez bank w sposób należyty. Brak oparcia przesłanek zmiany wysokości oprocentowania kredytu na zobiektywizowanych podstawach nie daje zatem kredytobiorcy możliwości weryfikacji, czy zmiana wysokości oprocentowania dokonana decyzją banku była uzasadniona. Mając na uwadze wielość parametrów finansowych mogących wpływać na zmianę oprocentowania i brak zdefiniowania zależności między nimi, jak również ich ewentualnych wag, nie sposób uznać, iż „warunki zmiany oprocentowania kredytu są możliwe do wyliczenia i sprawdzenia”. Stwierdzony wyżej brak możliwości weryfikacji przez kredytobiorcę, czy dokonana przez bank zmiana oprocentowania kredytu była w pełni prawidłowa stanowi o naruszeniu interesów konsumenta w sposób rażący, gdyż powoduje po jego stronie niepewność co do opłacalności danego przedsięwzięcia; szczególnie ma to znaczenie w przypadku kredytów o dużej wartości i długim okresie spłaty. Możliwość zmiany przez pozwany bank oprocentowania kredytu w sposób nie poddający się kontroli konsumenta może znacząco (niekorzystnie) wpływać na jego sytuację finansową i jednocześnie przysparzać bankowi jego kosztem niczym nieuzasadnionych korzyści. Sprzeczne z dobrymi obyczajami jest w tym przypadku naruszenie zasady równorzędności stron umowy, bowiem wskutek zastosowania klauzuli dotyczącej możliwości zmiany oprocentowania kredytu doszło do nielojalnego kontraktowania i wykorzystania uprzywilejowanej pozycji profesjonalisty, jakim niewątpliwie jest bank. Bank nadużywa w ten sposób swojej przewagi kontraktowej, dopuszczając do dysproporcji praw i obowiązków swoich i konsumenta.

Należy w tym miejscu podkreślić, że zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w uchwale 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2015 r. (sygn. akt III CZP 17/15) „postanowienie wzorca jest konkretyzowane przez swoją treść normatywną, ustalaną na podstawie jego brzmienia, ewentualnie w powiązaniu z innymi postanowieniami wzorca, a nie przez samo to brzmienie i jego językowy kontekst w ramach wzorca. (...) Przedmiotem uznania za niedozwolone i zakazu wykorzystywania jest więc postanowienie w ujęciu materialnym, a nie formalnym. Nie chodzi o postanowienie o określonym

brzmieniu, łącznie z językowym kontekstem wzorca, ale o wystawioną w nim, przy uwzględnieniu normatywnego kontekstu wzorca umowy, skonkretyzowaną treść normatywną, tj. normę lub jej element, określające prawa lub obowiązki stron. Oznacza to, że pod względem przedmiotowym sąd rozstrzyga o niedozwolonym charakterze postanowienia, które ma daną treść normatywną, wynikającą z przytoczonego jego brzmienia i językowego kontekstu wzorca, w związku z czym ewentualne zmiany tego brzmienia i kontekstu nie wymykają się spod zakresu działania wyroku dopóty, dopóki nie mają wpływu na tę normatywną treść, gdyż zachowuje ona swoją tożsamość. Tożsamość ta jest zachowana, gdy zmiany językowe brzmienia postanowienia nie mają znaczenia normatywnego albo jest ono pomijalne”.

I.2.5. Zasady dobrej praktyki bankowej

Nie bez znaczenia w przedmiotowej sprawie, szczególnie w kontekście oceny Kwestionowanego Postanowienia z dobrymi obyczajami, jest fakt, że stroną umowy kredytowej jest bank, będący profesjonalistą zobligowanym do działania zgodnego z wysokimi standardami rzetelności i staranności zawodowej.

Należy zwrócić uwagę, że w sektorze bankowym od wielu lat funkcjonuje dokument określający w sposób precyzyjny, jakimi kryteriami powinien się kierować bank jako instytucja zaufania publicznego. Zgodnie z „Zasadami Dobrej Praktyki Bankowej” przyjętymi przez Związek Banków Polskich (załącznik nr 1 do Uchwały nr 6 XVIII Walnego Zgromadzenia ZBP z dnia 26 kwietnia 2007 r. uwzględniający zmiany wprowadzone uchwałą nr 13 XX Walnego Zgromadzenia ZBP z dnia 21 kwietnia 2009 r.; aktualnie: „Kodeks Etyki Bankowej” przyjęty na XXV Walnym Zgromadzeniu ZBP w dniu 18 kwietnia 2013 r.), „banki, uznając, iż są instytucjami zaufania publicznego, w swojej działalności winny się kierować przepisami prawa, uchwałami samorządu bankowego, normami przewidzianymi w Zasadach oraz dobrymi zwyczajami kupieckimi, z uwzględnieniem zasad: profesjonalizmu, rzetelności, rzeczowości, staranności i najlepszej wiedzy” (Rozdział I ust. 2 Zasad). W stosunkach z klientami banki postępują z uwzględnieniem szczególnego zaufania, jakim są darzone oraz wysokich wymagań co do rzetelności, traktując wszystkich swoich klientów z należytą starannością” (Rozdział II ust. 1 Zasad). Przy czym, bankowi nie wolno „wykorzystywać swojego profesjonalizmu w sposób naruszający interesy klientów” (Rozdział II ust. 2 Zasad). Co istotne z punktu widzenia niniejszej sprawy, „dokumenty bankowe i pisma kierowane do klientów powinny być formułowane w sposób precyzyjny i zrozumiały” (Rozdział II ust. 5 Zasad).

I.3. Stanowisko Prezesa Urzędu

I.3.1. Niedozwolony charakter postanowienia umownego stosowanego przez mBank S.A.

Analiza treści Kwestionowanego Postanowienia, na tle wyżej przywołanej judykatury, doktryny oraz stanowiska nadzorca, prowadzi do jednoznacznej konkluzji, że spełnia ono przesłanki uznania go za niedozwolone postanowienie umowne, stosownie do przepisu art. 385(1) § 1 k.c.

I.3.2. Sprzeczność z dobrymi obyczajami oraz rażące naruszenie interesów konsumentów

I.3.2.1. Kwestionowane postanowienie reguluje główne świadczenia stron

Przedmiotowe postanowienie stosowane było przez mBank S.A. w obrocie konsumenckim i nie zostało indywidualnie uzgodnione. Postanowienie to dotyczy świadczenia głównego. Takie stanowisko wyraził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 4 listopada 2011 r. sygn. akt I CSK 46/11 stwierdzając, że odsetki od udzielonego kredytu bankowego są elementem składowym świadczenia głównego stron umowy kredytu, stanowią bowiem, z jednej strony cenę płaconą przez kredytodawcę za korzystanie z oddanych mu do dyspozycji środków finansowych banku, z drugiej zaś strony wynagrodzenie pobierane przez bank za udostępnienie kredytobiorcy tych środków. Kwestionowane Postanowienie pomimo, że określa główne świadczenia stron, to **z uwagi na fakt, że nie zostało sformułowane w sposób jednoznaczny** (czyli nierodzący wątpliwości czy dopuszczający jedynie jedną interpretację), **podlega ocenie pod kątem abuzywności.**

I.3.2.2. Sprzeczność z dobrymi obyczajami i rażące naruszenie interesów konsumentów

Brak równowagi kontraktowej stron wyrażający się w możliwości arbitralnego decydowania przez Bank o tym, czy zmienić oprocentowanie, w jakim zakresie, a nawet w jakim kierunku, świadczy o jego sprzeczności z dobrymi obyczajami. **Za sprzeczne z dobrymi obyczajami należy również uznać to, że bank nie informując w postanowieniu w sposób precyzyjny o okolicznościach, które będą stanowić podstawę do zmiany oprocentowania, nie daje konsumentowi możliwości weryfikowania zasadności tych zmian.** W szczególności należy zwrócić uwagę na to, że Kwestionowane Postanowienie:

- zawiera w swej treści sformułowanie, zgodnie z którym zmiana oprocentowania „może nastąpić” (uprawnia bank do podejmowania arbitralnej decyzji),
- zbyt ogólnikowo wskazuje na czynniki/parametry, od których zmiany ma zależeć zmiana stopy procentowej kredytu,
- nie określa ram czasowych w jakich bank zobowiązany jest do dokonania zmian oprocentowania bądź nie obliguje banku do zmiany oprocentowania w tym samym czasie, w którym zmieniają się parametry finansowe,
- nie wskazuje w jakim stopniu parametry te wpłyną na wzrost/spadek oprocentowania (brak doprecyzowania relacji między zmianą parametrów a oprocentowaniem).

Rażące naruszenie interesów konsumentów przejawia się z kolei w tym, że **na mocy Kwestionowanego Postanowienia bank stworzył sobie możliwość dokonywania wyłącznie takich zmian, które będą uwzględniać jedynie jego interes ekonomiczny.** Brak możliwości zweryfikowania po stronie konsumentów zasadności wprowadzanych zmian oprocentowania powoduje, że ciężar finansowy zawartej umowy i ryzyko jakie związane jest z charakterem umowy kredytu o zmiennym oprocentowaniu przerzucone zostało w całości na konsumenta, prowadząc do uprzywilejowanej pozycji banku względem konsumenta. Możliwość zmiany przez bank oprocentowania kredytu w sposób niepoddający się kontroli konsumenta może znacząco niekorzystnie wpływać na jego sytuację finansową i jednocześnie przysparzać bankowi jego kosztem niczym nieuzasadnionych korzyści. Istotne jest również to, że **konsument przez lata pozostaje w dużym stopniu niepewności co do wysokości swojego zobowiązania.** Podkreślenia wymaga, że w niniejszej sprawie przedmiotem sporu jest umowa o kredyt hipoteczny będąca

kontraktem długoterminowym (zawieranym na 30 lat), opiewająca na wysoką kwotę, co dodatkowo negatywnie wpływa na sytuację finansową konsumenta.

Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Prezesa Urzędu Kwestionowane Postanowienie narusza dobre obyczaje oraz rażąco narusza interesy konsumentów.

I.3.3. Brak stwierdzenia przez Sąd Rejonowy abuzywności postanowienia

I.3.3.1. Ocena zgodności postanowienia umowy z dobrymi obyczajami według stanu z chwili zawarcia umowy

W wyroku z dnia 16 marca 2016 r. Sąd Rejonowy dla Łodzi - Śródmieścia w Łodzi wskazał, że uznając niejednoznaczność kwestionowanego postanowienia nie stwierdza jednak podstaw do uznania jego abuzywności. Sąd wskazał, że w prowadzonym postępowaniu nie zostało wykazane, że stosowanie Zakwestionowanego Postanowienia doprowadziło do ukształtowania praw i obowiązków Powodów w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, z rażącym naruszeniem ich interesów. W postępowaniu nie przeprowadzono dowodów jednoznacznie wskazujących, że oprocentowanie stosowane przez pozwanego bank np. było rażąco wyższe w stosunku do ofert innych banków w tym samym okresie albo rażąco zawyżane w trakcie wykonywania umowy. W ocenie Sądu tylko ustalenie tej i zbliżonych okoliczności mogłoby doprowadzić do wykazania, że oprocentowanie pobrane przez bank w określonej części zostało pobrane nienależnie jako naruszające (i to rażąco) interes Powodów. Sąd w swojej argumentacji powiązał zatem przesłankę rażącego naruszenia interesów konsumentów z koniecznością oceny wielkości szkody będącej następstwem wykonywania umowy przez pozwanego bank umowy z zastosowaniem Zakwestionowanego Postanowienia. W rozpatrywanej sprawie - powołując się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2015 r., sygn. II CSK 768/14 - Sąd przesądził zatem, że miarodajne dla uznania postanowienia umownego za rażąco naruszające interesy konsumentów są okoliczności będące konsekwencjami wykonywania umowy.

W ocenie Prezesa UOKiK prezentowane przez Sąd stanowisko, iż w badaniu postanowień umownych in concreto do stwierdzenia rażącego naruszenia interesów konsumentów konieczne jest badanie okoliczności związanych z wykonywaniem umowy, w tym zwłaszcza wykazanie poniesionej przez konsumentów szkody, jest nieprawidłowe z następujących względów.

W judykaturze podkreśla się, że aby uznać dane naruszenie interesów konsumenta za rażące, musi być ono doniosłe czy też znaczące (por. wyrok SA w Warszawie z dnia 27 czerwca 2006 r., sygn. akt VI ACa 1505/05; wyrok SOKiK z dnia 18 listopada 2013 r., sygn. akt XVII AmC 12373/12). Natomiast interesy konsumenta należy rozumieć szeroko, nie tylko jako interes ekonomiczny, ale też każdy inny, chociażby niewymierny. Do okoliczności naruszających interesy konsumenta można m.in. zaliczyć „dyskomfort konsumenta, spowodowany takimi okolicznościami jak strata czasu, naruszenie prywatności, niedogodności organizacyjne, wprowadzenie w błąd oraz inne uciążliwości, jakie mogłyby powstać na skutek wprowadzenia do zawartej umowy ocenianego postanowienia” (wyrok SOKiK z dnia 18 listopada 2013 r., sygn. akt XVII AmC 12373/12).

Nie ulega wątpliwości, że obie przesłanki abuzywności, tj. sprzeczność z dobrymi obyczajami oraz rażące naruszenie interesów konsumentów, muszą wystąpić łącznie. Dla oceny przesłanki rażącego naruszenia interesów konsumentów warto zatem odwołać się do art. 385(2) k.c. stanowiącego klauzulę generalną oceny postanowień umownych pod względem ich zgodności z dobrymi obyczajami. Należy zauważyć, że w przepisie tym

wprost wskazano, iż „oceny zgodności postanowienia umowy z dobrymi obyczajami dokonuje się według stanu z chwili zawarcia umowy”. Dla dokonywanej oceny miarodajne są zatem okoliczności występujące w chwili zawarcia umowy, a konsekwencje jej późniejszego wykonywania (w szczególności wysokość powstałej lub mogącej ewentualnie powstać szkody) nie mogą wpływać na tę ocenę (komentarz do art. 385(2) k.c. - Kodeks cywilny. Komentarz red. prof. dr hab. Edward Gniewek, prof. dr hab. Piotr Machnikowski, CH Beck wyd.6, Warszawa 2014, str. 698). Podobnie winno się zatem rozpatrywać przesłanki stwierdzenia rażącego naruszenia interesów konsumentów. **Rażące naruszenie interesów konsumentów należy uznać za wadę pierwotną istniejącą w momencie zawierania umowy, dla oceny której okoliczności powstałe później - na etapie jej wykonywania - nie powinny mieć znaczenia.**

Powyżej wskazana interpretacja **zgodna jest ponadto z intencją ustawodawcy europejskiego**. Przepis art. 4 ust. 1 dyrektywy 93/13 z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz.U.U.E L.1993.95.29) w brzmieniu sprostowanym (por. Sprostowanie do dyrektywy Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich Dz.U.U.E L.2016.276.17, Polskie wydanie specjalne, rozdział 15, tom 2, s. 288; sprostowanie ukazało się w dniu 13 października 2016 r. na stronach <http://eur-lex.europa.eu/>) stanowi o tym, że nieuczciwy charakter warunków umowy jest określany z uwzględnieniem rodzaju towarów lub usług, których umowa dotyczy i z odniesieniem, **w momencie zawarcia umowy**, do wszelkich okoliczności związanych z zawarciem umowy oraz do innych warunków tej umowy lub innej umowy, od której ta jest zależna. Należy wskazać, że cytowane postanowienie dyrektywy w dotychczasowej wersji sporządzonej w języku polskim zostało nieprawidłowo przetłumaczone (zwroty: „at the time of conclusion of the contract”, „to all the circumstances attending the conclusion of the contract” z angielskiej wersji językowej dyrektywy, zostały w polskiej wersji językowej błędnie przetłumaczone jako “w czasie wykonania umowy”, “do wszelkich okoliczności związanych z wykonaniem umowy” zamiast prawidłowo „w momencie zawarcia umowy”). Powyższe nie korespondowało z pozostałymi wersjami językowymi dyrektywy i wymagało przy interpretacji przepisów dyrektywy odwoływania się do orzecznictwa europejskiego. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazał, że konieczność jednolitego stosowania, w tym jednolitej wykładni przepisów prawa Unii wyklucza rozpatrywanie w razie wątpliwości treści danego przepisu w sposób oderwany w jednej tylko wersji językowej, lecz przeciwnie, wymaga, aby był on interpretowany i stosowany w świetle wersji sporządzonych w innych językach urzędowych (por. wyroki Stauder, C-29/69, pkt 3; EMU Tabac i In., C-296/95, pkt 36; Profosa, C-63/06, pkt 13). Wobec dokonania sprostowania polskiego tłumaczenia treści dyrektywy, istniejące dotychczas wątpliwości interpretacyjne zostały definitywnie usunięte. Dla oceny abuzywności postanowień umownych decydujący jest moment zawarcia umowy.

Reasumując - sformułowana przez Sąd teza o tym, że miarodajne dla uznania postanowienia umownego za rażąco naruszające interesy konsumentów są okoliczności będące konsekwencjami wykonywania umowy, która doprowadziła ten Sąd do wniosku, że do stwierdzenia rażącego naruszenia interesu konsumentów konieczne jest weryfikowanie postępowania pozwanego banku w sferze wprowadzania zmian oprocentowania kredytu oraz wysokości poniesionej przez Powodów szkody, w świetle przepisów dyrektywy oraz dotychczasowego orzecznictwa europejskiego jest nieprawidłowa.

I.3.3.2. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2015 r., sygn. II CSK 768/14

Po drugie, Sąd wyciągnął błędne wnioski z analizy wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2015 r., sygn. II CSK 768/14.

W uzasadnieniu wskazanego wyroku Sąd Najwyższy **podtrzymał opinię Sądu Apelacyjnego w Łodzi** wyrażoną w wyroku z dnia 30 kwietnia 2014 r., sygn. I ACa 1209/13, **zgodnie z którą** kwestionowana przez klientów mBanku **klauzula dotycząca zmiennej stopy oprocentowania kredytu** (była to klauzula o brzemieniu tożsamym z Zakwestionowanym Postanowieniem zawartym w §11 ust. 2 umowy kredytowej zawartej przez Powodów) **jest postanowieniem niedozwolonym, a zatem rażąco narusza interes konsumenta**. Co więcej Sąd Najwyższy wskazał, że Sąd Apelacyjny w Łodzi prawidłowo zastosował reżim prawny właściwy dla incydentalnej kontroli zakwestionowanej klauzuli. Sąd Apelacyjny zbadał dokładnie treść klauzuli dotyczącej zmiennej stopy oprocentowania z różnych punktów widzenia w świetle postanowień art. 385 §2, art. 385 (1) i 385 (2) k.c. Sąd Najwyższy stwierdził jednakże, że abuzywność badanej klauzuli dotyczy tylko części określającej możliwość zmiany stopy procentowej. Dalsza część klauzuli, dotycząca uzależnienia stopy procentowej od parametrów finansowych, nie jest w opinii Sądu Najwyższego abuzywna. Rozważania Sądu Najwyższego dotyczące konieczności oceny przez biegłego, czy w związku z przyjętym przez bank katalogiem kryteriów zmiany stopy procentowej, w okresie objętym pozwem bank, ustalając poziom ostatecznego zadłużenia odsetkowego kredytodawców, kierował się najbardziej racjonalnymi, ekonomicznie uzasadnionymi i dającymi się odpowiednio zweryfikować czynnikami - wbrew ocenie Sądu - nie odnosiły się zatem do przesłanki rażącego naruszenia interesów konsumentów (ta w ocenie Sądu Najwyższego jest spełniona), ale dotyczyły kwestii wypełnienia „luki” powstałej na skutek wyeliminowania niedozwolonego postanowienia z umowy i oceny szkody, jaką konsumenci mogli ponieść na skutek pobierania przez bank odsetek w rozmiarze większym niż wynikało to z obowiązku właściwej repartycji wzrostu stopy procentowej w odpowiednim okresie. Wydając wyrok w sprawie Powodów Sąd zatem błędnie utożsamiał badanie przesłanki rażącego naruszenia interesów konsumentów z badaniem przez biegłego tego, czy i w jakim zakresie bank powinien naprawić konsumentom szkodę wynikłą ze stosowania niedozwolonego postanowienia umownego.

Niezależnie, ustosunkowując się do wskazanego wyroku Sądu Najwyższego Prezes Urzędu podnosi, że w jego ocenie Kwestionowane Postanowienie jest abuzywne w całym zakresie, a nie jak wskazał Sąd Najwyższy jedynie w części. Postanowienie to jest abuzywne zarówno w części, w której stanowi o tym, że „zmiana może nastąpić”, przyznając Bankowi swobodę w podejmowaniu decyzji co do tego, czy dokonać zmiany oprocentowania (tzw. element decyzyjny), jak i w części odnoszącej się do parametrów finansowych z uwagi na ich bardzo ogólne ujęcie, bez wskazania kierunku, zakresu i czasu, w jakim ewentualna zmiana miałyby nastąpić (tzw. element parametryczny).

Podkreślić należy, że część „kompetencyjna” i „parametryczna” bezpośrednio się ze sobą łączą (jedynie łącznie mogą tworzyć dyspozycję umożliwiającą odczytanie normy, jaką Bank tworząc wzorzec zamierzał ukształtować). W konsekwencji, obu tych części nie sposób interpretować osobno, a niedozwolony charakter jednej z nich wpływa na ewentualny niedozwolony charakter całego postanowienia.

Zaznaczyć należy, że prezentowane przez Sąd Najwyższy stanowisko spotkało się również z kategoryczną krytyką ze strony doktryny (por. T. Czech, Odpowiedzialność banku za stosowanie abuzywnej klauzuli zmiennej stopy oprocentowania, glosa do wyroku SN z 14 maja

2015 r., II CSK 768/14, Monitor Prawa Bankowego, 6/2016; A. Wiewiórowska-Domagalska, „Bułgarski standard”, Dziennik Gazeta Prawna, 2015 r., wydanie nr 162; J. Czabański, Glosa do wyroku SN z 14 maja 2015 r., Palestra 1-2/2016), a także Rzecznika Finansowego (por. raport Rzecznika Finansowego zatytułowany „Analiza prawna wybranych postanowień umownych stosowanych przez banki w umowach kredytów indeksowanych do waluty obcej lub denominowanych w walucie obcej zawieranych z konsumentami” z czerwca 2016 r., str. 68).

W związku z powyższym wydaje się, że przyjęcie przez Sąd Najwyższy, że Kwestionowane Postanowienie abuzywne jest jedynie w części w rzeczywistości miało na celu „naprawienie umów” poprzez dostosowanie elementu parametrycznego klauzuli do realiów rynkowych ustalonych przy pomocy opinii biegłego, który miałby zweryfikować m.in. prawidłowy sposób wykonania umowy zarówno w kontekście działań banku w przeszłości, jak również względem ewentualnego dalszego wykonania umowy w przyszłości. Taki kierunek orzekania przeczy wszystkim wytycznym wypracowanym w tym zakresie przez orzecznictwo na przestrzeni ostatnich lat. W drugiej kolejności należy wskazać, że zarówno ustawa Pr. bank., jak i wcześniejsze orzecznictwo Sądu Najwyższego nie dopuszcza sytuacji, w której możliwość zmiany oprocentowania jest ujęta tak dowolnie, że potrzebne są aż wiadomości specjalne do ustalenia tego, czy w danych okolicznościach oprocentowanie należało zmienić, a jeżeli tak, to w jakim stopniu (tak: J. Czabański, Glosa do wyroku SN z 14 maja 2015 r., Palestra 1-2/2016).

W ocenie Prezesa Urzędu analizowany wyrok Sądu Rejonowego dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi, a także powołane w uzasadnieniu tego wyroku wyroki Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 27 października 2015 r. sygn. III Ca 967/15, a dnia 23 listopada 2015 r. sygn. III Ca 1046/15, z dnia 11 stycznia 2016 r. sygn. III Ca 1367/15 wskazują na **ryzyko powielania nieprawidłowego orzeczenia Sądu Najwyższego w zakresie braku abuzywności Kwestionowanej Klauzuli w całości**, co może negatywnie wpływać na rozstrzygnięcia w analogicznych sprawach.

Warto podkreślić, że zgodnie z art. 398(20) k.p.c., związaną wykładnią prawa dokonaną w danej sprawie przez Sąd Najwyższy dotyczy jedynie sądu, któremu sprawa została przekazana, a zatem nie jest nieograniczone.

Przywołać tu należy także stanowisko, zgodnie z którym „sąd krajowy, który wykonuje uprawnienie przyznane mu w art. 267 akapit drugi TFUE, jest przy rozstrzyganiu zawistego przed nim sporu związany dokonaną przez trybunał wykładnią spornych przepisów i nie powinien uwzględniać oceny sądu wyższej instancji, jeśli mając na uwadze wykładnię dokonaną przez trybunał, uzna, że ocena ta nie jest zgodna z prawem Unii. To natomiast oznacza, że prawo Unii sprzeciwia się temu, by sąd krajowy, który orzeka po przekazaniu mu sprawy do ponownego rozpoznania przez sąd wyższej instancji w wyniku odwołania, był związany, zgodnie z krajowym prawem procesowym, oceną prawną dokonaną przez sąd wyższej instancji, jeżeli uzna, uwzględniając wykładnię, o której dokonanie zwrócił się do trybunału, że wskazana ocena nie jest zgodna z prawem Unii” (tak: A. Wiewiórowska-Domagalska, „Bułgarski standard”, Dziennik Gazeta Prawna, 2015 r., wydanie nr 162). Jak wskazuje komentatorka, „zbliżona sytuacja miała miejsce w Bułgarii - tam sąd odwoławczy zdecydował się na zadanie pytania prejudycjalnego (wyrok Wielkiej Izby TSUE z dnia 5 października 2010 w sprawie C - 173/09, Georgi Iwanow Ełczinow przeciwko Nacjonalna zdravnoosiguritelna kasa)”.

Podsumowując, w ocenie Prezesa Urzędu Kwestionowane Postanowienie należy uznać za abuzywne w całości, czyli zarówno co do części odnoszącej się do „elementu

decyzyjnego”, jak i części odnoszącej się do „elementu parametrycznego”. Sprzeczność z przepisem art. 385(1) § 1 k.c. całego postanowienia umownego nie może w tej sprawie budzić najmniejszych wątpliwości.

Tym samym, **nie można podzielić stanowiska Sądu I instancji, że w badaniu in concreto postanowienie to nie narusza rażąco interesów Powodów jako konsumentów.**

I.3.3.3. Odniesienie do pozostałych fragmentów uzasadnienia wyroku Sądu Rejonowego oddalającego powództwo w tej sprawie

W tym miejscu należy przywołać również inne fragmenty z uzasadnienia wyroku Sądu Rejonowego, które miały wpływ na ostateczne rozstrzygnięcie Sądu i przesądzenie o braku abuzywności Kwestionowanego Postanowienia, a z którymi nie sposób się zgodzić.

Zawarcie umowy nie wiąże się z wyłączeniem zastosowania przepisów o niedozwolonych postanowieniach umownych

W uzasadnieniu Sąd wskazał, że powodowie zawierając umowę złożyli oświadczenie, zgodnie z którym byli świadomi ryzyk związanych z zaciągnięciem kredytu indeksowanego w walucie obcej i zostali dokładnie zapoznani z kryteriami zmiany stóp procentowych kredytów obowiązującymi w banku oraz z zasadami modyfikacji oprocentowania kredytu.

Z tym twierdzeniem nie można się zgodzić. Z faktu złożenia przez Powodów w dniu 5 stycznia 2006 r. oświadczenia o tym, że zostali zapoznani z warunkami udzielenia kredytu, w tym zasadami spłaty kredytu oraz że rozumieją, na czym polega ryzyko kursowe nie można bowiem wywodzić wniosku, że bank poinformował Powodów, w jaki sposób będzie dokonywał ustalania kursu waluty oraz, jakie parametry i w jaki sposób będą wpływały na zmianę oprocentowania kredytu. Podpisany przez Powodów dokument pn. „Oświadczenie” jest dokumentem standardowo stosowanym przez bank w procedurze udzielania kredytu i nie może świadczyć o tym, że Powodowie zostali w szczególny sposób poinformowani przez bank o warunkach kredytu. **Sama możliwość zapoznania się z postanowieniami umownymi przed zawarciem umowy nie jest równoznaczna z tym, że konsument miał możliwość powzięcia informacji o wewnętrznych procedurach stosowanych przez bank przy ustalaniu kursów waluty, czy oprocentowania kredytu.** Trzeba podkreślić, że w przypadku umów, do których konsument jedynie przystępuje, czy standardowych oświadczeń stanowiących załączniki do takich umów konsens ma charakter bardzo formalny. Konsumentowi pozostaje jedynie podjęcie decyzji, czy do umowy przystąpić. Przy zawieraniu umów z konsumentami bank posługuje się opracowanym przez siebie standardowymi dokumentami, dlatego możliwości negocjacyjne osoby przystępującej do umowy są ograniczone lub wręcz ich nie ma. Dlatego też zasada swobody zawierania umów - przy relacjach pomiędzy przedsiębiorcą a konsumentem - doznaje w tym zakresie znaczącego ograniczenia.

Brak kwestionowania sposobu ustalania oprocentowania w pierwszym okresie wykonywania umowy jest bez znaczenia dla oceny sprawy

W uzasadnieniu Sąd wskazał ponadto, że Bank wprowadzał zmiany oprocentowania w kolejnych latach a Powodowie ich nie kwestionowali, powzięli co do nich wątpliwość dopiero, gdy oprocentowanie było obniżone w niewystarczającym stopniu (nieadekwatnie) w przypadku spadku stopy LIBOR 3M CHF.

W ocenie Prezesa UOKiK nie można się zgodzić z tym poglądem. **Fakt, że konsumenci nie kwestionowali przedmiotowego postanowienia w pewnym okresie po zawarciu umowy,**

nie może prowadzić do wniosku, że godzili się na wykonywanie umowy w oparciu o postanowienie abuzywne i że brak takiego zakwestionowania niejako wyeliminował abuzywność tego postanowienia. Gdyby przyjąć za prawdziwe wnioskowanie jakie przeprowadził Sąd w uzasadnieniu komentowanego wyroku, trzeba by dojść do wniosku, że podniesienie zarzutu abuzywności postanowienia możliwe jest tylko wtedy, gdy konsument nie przystąpił do wykonania umowy. Takie rozumowanie prowadzi do tego, że ochrona przyznana konsumentom na mocy przepisów o niedozwolonych postanowieniach umownych pozostaje iluzoryczna.

Co więcej, należy zwrócić uwagę, że to konsument jest „gospodarzem” w zakresie możliwości wyciągnięcia skutków z zamieszczonego w umowie postanowienia niedozwolonego i to od jego woli zależy, czy określone postanowienie będzie stosowane czy nie i w jakim zakresie. Nawet, jeżeli w postępowaniu sądowym sąd - do czego jest zobowiązany - uzna z urzędu określoną klauzulę za abuzywną i będzie chciał z tego tytułu wyciągać skutki przewidziane w przepisach prawa (tj. niewiążący charakter postanowienia), to konsumentowi przysługuje w tym zakresie prawo wyrażenia sprzeciwu (wyrok TSUE z dnia 4 czerwca 2009 r., sygn. akt C-243/08, Pannon GSM Zrt. Vs Erzsébet Sustikné Győrfi, pkt 33-35). Jak wskazał w jednym z orzeczeń TSUE „owa przyznana konsumentowi możliwość wypowiedzenia się w tej kwestii odpowiada również obowiązkowi ciążącemu na sądzie krajowym (...) uwzględnienia w odpowiednim przypadku woli wyrażonej przez konsumenta, jeżeli mając świadomość o niewiążącym charakterze danego nieuczciwego warunku, wskaże on jednak, iż sprzeciwia się temu, aby warunek ten został wyłączony, udzielając w ten sposób wyraźnej i wolnej zgody na dany warunek” (wyrok TSUE z dnia 21 lutego 2013 r., sygn. akt C-472/11, pkt. 35). Powyższe uprawnienie konsumenta zgodne jest z zasadą *volenti non fit iniuria* (łac. chcącemu nie dzieje się krzywda).

Brak zgody Powodów na zmianę postanowienia jest bez znaczenia dla oceny sprawy

Sąd wskazał również, że pozwany bank kilkakrotnie proponował Powodom zmianę klauzuli w taki sposób, aby wprost odwoływała się ona do stopy LIBOR 3M CHF oraz marży banku, na co Powodowie nie wyrazili zgody, choć niewątpliwie sposób zmiany oprocentowania byłby wówczas bardziej transparentny. Doprowadziło to Sąd do wniosku, że Powodowie godzili się na przyjęte w umowie rozwiązanie w zakresie zmiennej stopy oprocentowania kredytu, gdyż uznawali je za korzystne.

Także i z tym poglądem nie można się zgodzić. Okoliczność niepodpisania przez Powodów aneksu do umowy jest okolicznością niemającą żadnego znaczenia dla oceny sprawy, gdyż odnosi się do etapu mającego miejsce po zawarciu umowy na podstawie wzorca. Jak to już zostało wskazane miarodajnym kryterium dla dokonywania oceny niedozwolonego charakteru umowy jest „chwila zawarcia umowy” oraz „okoliczności zawarcia umowy”. Bez znaczenia dla oceny postanowienia są natomiast okoliczności powstałe po zawarciu umowy (por. A. Rzetecka-Gil, Komentarz do art. 385(2) Kodeksu cywilnego pkt 3 i 4, LEX oraz E. Wieczorek, Komentarz do art. 385(2) Kodeksu cywilnego, pkt I, tamże).

Niezależnie można wskazać, że niepodisanie aneksu przez konsumenta nie uchyla abuzywności postanowienia stosowanego pierwotnie w zawartej w umowie. Ponadto, należy mieć na uwadze, że propozycja zawarta w aneksie może nie być dla konsumentów korzystna z ekonomicznego punktu widzenia lub mniej korzystna niżby to wynikało z zastosowania sankcji przewidzianej ze stosowania postanowienia abuzywnego.

I.4. Skutki stosowania niedozwolonego postanowienia umownego

I.4.1 Niezwiązanie stron abuzywnymi postanowieniami umownymi

Regulacja przepisów o niedozwolonych postanowieniach umownych, a zwłaszcza art. 385(1) k.c., nie pozostawia wątpliwości, że **postanowienia dotknięte abuzywnością „nie wiążą konsumenta”**. Należy stwierdzić, że dane postanowienie **przestaje wiązać już w chwili zawarcia umowy**. Oznacza to, że postanowienie takie nie stanowi elementu treści stosunku prawnego i nie może być uwzględniane przy rozpoznawaniu spraw związanych z jego realizacją. Podstawowe zatem znaczenie dla urzeczywistnienia przepisów o niedozwolonych postanowieniach umownych oraz uchronienia konsumentów przed skutkami ich stosowania ma poziom świadomości organów stosujących prawo (tak: M. Skory, Klauzule abuzywne w polskim prawie ochrony konsumenta, LEX 50185).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, należy przyjąć, że **skoro niedozwolone postanowienie umowne nie wiąże konsumenta od momentu zawarcia umowy, to bez znaczenia jest to, jak Bank wykonywał to postanowienie umowne, a więc jakich zmian wysokości oprocentowania dokonywał w poszczególnych okresach**. Umowa nie zawierała bowiem postanowienia, na mocy którego takie zmiany w sposób skuteczny Bank mógł wprowadzić.

W tym miejscu, należy wskazać, że przepis art. 385(1) § 1 k.c. stanowi implementację do polskiego porządku prawnego art. 3 ust. 1 oraz art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13. Drugi z wymienionych artykułów - określający skutki uznania postanowienia za abuzywne - ma następujące brzmienie: „Państwa Członkowskie stanowią, że na mocy prawa krajowego nieuczciwe warunki w umowach zawieranych przez sprzedawców lub dostawców z konsumentami nie będą wiążące dla konsumenta, a umowa w pozostałej części będzie nadal obowiązywała strony, jeżeli jest to możliwe po wyłączeniu z niej nieuczciwych warunków”.

I.4.2 TSUE o możliwych skutkach zamieszczenia w umowie niedozwolonych postanowień umownych

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wielokrotnie wypowiadał się na temat konsekwencji stosowania przez przedsiębiorcę postanowień niedozwolonych w umowach zawieranych z konsumentami oraz następczej możliwości eliminowania niekorzystnych skutków z tego wynikających.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, „sąd krajowy, który stwierdza, że zawarte w umowie warunki mają nieuczciwy charakter, jest zobowiązany zgodnie z art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13, po pierwsze, do wyciągnięcia wszelkich wynikających z tego zgodnie z prawem krajowym konsekwencji tak, aby owe warunki nie były wiążące dla konsumenta (zob. ww. wyrok w sprawie Asturcom Telecomunicaciones, pkt 58 i 59 oraz postanowienie z dnia 16 listopada 2010 r. w sprawie C 76/10 Pohotovost', , pkt 62), oraz, po drugie, do dokonania oceny, czy omawiana umowa może nadal obowiązywać po wyłączeniu z niej tych nieuczciwych warunków (zob. ww. postanowienie w sprawie Pohotovost', pkt 61)” (wyrok TSUE z dnia 15 marca 2012 r., Pereničová i Perenič, pkt 30).

W tym samym wyroku, TSUE wskazuje również, że „wykładni art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 należy dokonywać w ten sposób, iż przy ocenie kwestii, czy zawierająca jeden lub więcej nieuczciwych warunków umowa przedsiębiorcy z konsumentem może nadal obowiązywać po wyłączeniu z niej tych warunków, sąd rozpatrujący spór w tej sprawie nie może przyjąć

jako podstawy rozstrzygnięcia jedynie tego, iż unieważnienie wspomnianej umowy w całości byłoby ewentualnie bardziej korzystne dla jednej z jej stron, w tym wypadku konsumenta. Dyrektywa ta nie stoi jednak na przeszkodzie temu, aby państwo członkowskie przewidziało, z poszanowaniem prawa Unii, że **zawarta przez przedsiębiorcę z konsumentem umowa zawierająca jeden lub więcej nieuczciwych warunków jest nieważna w całości, jeśli takie rozwiązanie zapewnia konsumentowi lepszą ochronę**” (wyrok TSUE z dnia 15 marca 2012 r., Pereničová i Perenič, pkt 38).

Tym samym, uznanie umowy za nieważną w całości nie stałoby w sprzeczności z ustawodawstwem unijnym.

I.4.3. Odstraszający efekt klauzul abuzywnych w orzecznictwie TSUE

W swoich orzeczeniach TSUE podkreśla jeszcze inną, istotną i w tej sprawie kwestię. Mianowicie, zwraca on uwagę na fakt, że **klauzule abuzywne powinny wiązać się z odstraszającym dla przedsiębiorcy efektem, również kosztem interesów przedsiębiorców**. Trybunał stwierdził, że „gdyby sąd krajowy mógł zmieniać treść nieuczciwych warunków zawartych w takich umowach, takie uprawnienie mogłoby zagrażać realizacji długoterminowego celu ustanowionego w art. 7 dyrektywy 93/13. Uprawnienie to przyczyniłoby się bowiem do wyeliminowania zniechęcającego skutku wywieranego na przedsiębiorców poprzez zwykły brak stosowania takich nieuczciwych warunków wobec konsumentów, ponieważ nadal byłiby oni zachęceni do stosowania rzeczonych warunków, wiedząc, że nawet gdyby miały one być unieważnione, to jednak umowa mogłaby zostać uzupełniona w niezbędnym zakresie przez sąd krajowy, tak aby zagwarantować w ten sposób interes rzeczonych przedsiębiorców” (wyrok TSUE z dnia 14 czerwca 2012 r., Banco Español de Crédito SA vs Joaquínowi Calderónowi Caminie, C-618/10, pkt 69; wyrok TSUE z dnia 30 kwietnia 2014 r., sygn. akt C-26/13, Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai vs OTP Jelzálogbank Zrt, pkt 79).

O tym, że przyjęcie odstraszającego efektu klauzul jest istotne mówi również doktryna. Jak wskazuje J. Czabański „ustawodawca europejski, konstruując przepisy dyrektywy 93/13 celowo wprowadził przepis bezskuteczności nieuczciwych warunków umownych wobec konsumenta, z jednoczesnym obowiązkiem wykonywania umowy zgodnie z pozostałymi jej zapisami. Taki skutek może być oczywiście bardzo dotkliwy ekonomicznie dla przedsiębiorcy, który nigdy by nie chciał zawrzeć takiej umowy, gdyby wiedział, że nieuczciwy warunek zapewniający mu korzyści ekonomiczne zostanie z umowy wyeliminowany. Jednak skutek ten został celowo przewidziany przez ustawodawcę i ma wywierać odstraszający efekt na przedsiębiorców, którzy chcieliby stosować zakazane postanowienia. Jeżeli jedynym skutkiem miałby być powrót do uczciwych warunków, to jest oczywiste, że przedsiębiorca nic by nie ryzykował stosując warunki nieuczciwe - co najwyżej w niektórych przypadkach - po kontroli sądowej - musiałby wrócić do warunków uczciwych. **Ustawodawca europejski celowo więc prowadził skutek bezskuteczności, tak aby pokazać przedsiębiorcy, że naruszanie interesów konsumenta może go dużo kosztować finansowo. Również i polska doktryna jednoznacznie przesądza o skutku w postaci bezskuteczności postanowienia i to bez względu na jego ekonomiczną doniosłość dla przedsiębiorcy**” (tak: J. Czabański, Glosa do wyroku SN z 14 maja 2015 r., Palestra 1-2/2016).

I.4.4. Możliwość zastąpienia niedozwolonych postanowień umownych przepisami dyspozytywnymi

W jednym z wyroków Trybunał stwierdził, że art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 nie stoi na przeszkodzie temu, by sąd krajowy uchylił, zgodnie z zasadami prawa zobowiązań, nieuczciwy warunek (niedozwolone postanowienie umowne) poprzez zastąpienie go przepisem prawa krajowego o charakterze dyspozytywnym (wyrok TSUE z 30 kwietnia 2014 r., sygn. akt C-26/13; Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai vs OTP Jelzálogbank Zrt; pkt 80 i n.). Jak wskazał Trybunał w tym wyroku „fakt zastąpienia nieuczciwego warunku tego rodzaju przepisem - w przypadku którego, jak wynika z motywu trzynastego dyrektywy 93/13, zakłada się, że nie zawiera nieuczciwych warunków - w zakresie, w jakim dostarcza on rozwiązania, dzięki któremu umowa może dalej obowiązywać (...) i wciąż wywoływać wiążące skutki względem stron, jest w pełni uzasadniony w świetle celu dyrektywy 93/13”.

Jednak, w niniejszej sprawie, wypełnienie „luki” powstałej w umowie w efekcie zastosowania przez Pozwanego klauzuli abuzywnej w zakresie regulacji warunków zmiany oprocentowania poprzez zastosowanie odpowiednich przepisów dyspozytywnych nie jest możliwe. Nie istnieją bowiem w polskim ustawodawstwie przepisy prawa o charakterze dyspozytywnym, które mogłyby mieć w tym wypadku zastosowanie.

I.4.5. Wysokość odsetek i sposób ich ustalania jako istotny element umowy kredytu

Co kluczowe w tej sprawie, warunki zmiany wysokości oprocentowania kredytu stanowią niezbędny element treści umowy kredytu. Analizując konstrukcję prawną umowy o kredyt udzielanej przez bank, nie można bowiem tracić z pola widzenia podstawowych przepisów wskazujących na wzajemne prawa i obowiązki stron oraz określających podstawowe elementy konstrukcyjne takiej umowy.

Jak wskazywano powyżej, o tym, jakie elementy powinna zawierać umowa o kredyt stanowi przepis art. 69 ust. 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe.

Przywołać należy w tym miejscu pogląd, że „w art. 69 ust. 2 ustawy Prawo bankowe sformułowano katalog niezbędnych elementów treści umowy kredytu, ale nie wszystkie z nich mają jednoznacznie obligatoryjny charakter. (...) Banki mogą zatem - w ramach oferty dotyczącej kredytów - proponować zamieszczanie w umowach kredytu innych, tj. dodatkowych, elementów treści umowy kredytu. Wymienione natomiast w komentowanym przepisie ustawy elementy treści umowy kredytu powinny być co do zasady zamieszczane w każdej umowie i stanowić w ten sposób swoisty standard, poza tymi elementami treści, którym ustawodawca przypisuje cechę fakultatywności, np. wysokość prowizji dla banku” (tak: Z. Ofiarski, Prawo bankowe. Komentarz, LEX 141884).

Jednocześnie, odsetki płacone przez kredytobiorców bankowi, których wysokość - w przypadku kredytu o zmiennym oprocentowaniu - powinna być ustalana w oparciu o precyzyjnie ujęte parametry, należy zaliczyć do przedmiotu głównego świadczenia kredytobiorcy, w konsekwencji czego należy je uznać za podstawowy ekwiwalent świadczenia banku. Z art. 69 ustawy Prawo bankowe wynika, że odsetki od kredytu stanowią dla kredytobiorcy cenę płaconą za korzystanie ze środków pieniężnych, natomiast dla banku są wynagrodzeniem pobieranym za korzystanie przez kredytobiorcę z tych środków (tak: Z. Ofiarski, Prawo bankowe. Komentarz, LEX 141884).

W umowie kredytu hipotecznego, konsument zobowiązuje się do zapłaty na rzecz banku wynagrodzenia w postaci odsetek ustalanych w oparciu o wysokość oprocentowania.

W sytuacji, gdy jest to umowa kredytu o oprocentowaniu zmiennym, wysokość wynagrodzenia banku ustalana jest na podstawie postanowienia, które przewiduje przesłanki zmiany oprocentowania. Tym samym, **mechanizm określający to, jak wyliczyć oprocentowanie kredytu (przesłanki zmiany oprocentowania) są nieodłącznym elementem kształtującym wysokość należnego bankowi wynagrodzenia (elementu przedmiotowo istotnego umowy)**. Również Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 19 maja 1992 r. (III CZP 50/92) przywołał argument o bezskuteczności postanowienia umowy kredytu bankowego, w którym przyjęto, że kredytodawca jest uprawniony do zmiany stawek oprocentowania, jeżeli w umowie nie określono jednocześnie konkretnych okoliczności, od jakich zmiana ta jest uzależniona.

I.4.6. Brak istotnego elementu umowy i niemożność wykonywania umowy

W niniejszej sprawie, w konsekwencji abuzywności i bezskuteczności *ex tunc* postanowienia określającego przesłanki zmiany oprocentowania, umowy zawierane przez Bank nie zawierały elementu, który pozwalałby wyliczyć wysokość wynagrodzenia jakie kredytobiorcy zobowiązani byli zapłacić Bankowi z tytułu udostępnionej przez niego kwoty kredytu (choć umowa wskazywała początkową wysokość oprocentowania, to nie regulowała sposobu jego zmiany, co jest immanentną cechą kredytu o zmiennym oprocentowaniu).

Jeśli zatem umowa pozbawiona była elementu jakim są przesłanki zmiany oprocentowania, to naruszała dyspozycję przepisu art. 69 ust. 2 pkt 5 Prawa bankowego (niezgodność z przepisami prawa).

I.4.7. Rozważania na temat ważności umowy

Fakt, że Kwestionowane Postanowienie, naruszając przepis art. 385(1) § 1 k.c. stanowi niedozwolone postanowienie umowne i w związku z tym jest eliminowane z treści umowy, jednocześnie stanowiąc jej element przedmiotowo istotny, bez którego umowa nie może zostać uznana za skutecznie zawartą, może wpływać na ważność całej umowy kredytu. Wskazać bowiem należy, że zgodnie z poglądem wyrażonym w literaturze przedmiotu, w takiej sytuacji umowa może się okazać w całości nieskuteczną (...)" (tak A. Olejniczak, [w:] A. Kidyba (red.), A. Olejniczak, A. Pyrzyńska, T. Sokołowski, Z. Gawlik, A. Janiak, G. Koziół, Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna, Warszawa 2010, s. 225, por. także W. Wieczorek [w:] Prawo Ubezpieczeń Gospodarczych. Komentarz. Tom II. Prawo o konsumentach w ubezpieczeniach. Komentarz do przepisów i wybranych wzorców umów, Warszawa 2010, s. 141).

Zaznaczyć przy tym należy, że pogląd ten znajduje potwierdzenie w treści samej dyrektywy 93/13, w tym w jej art. 6 ust. 1 określającym skutki stosowania nieuczciwych warunków umownych. Należy przypomnieć, że zgodnie z tą regulacją przepisy implementujące dyrektywę winny przewidywać, że klauzule abuzywne nie są wiążące dla konsumenta, a umowa w pozostałej części ma nadal obowiązywać strony, jeżeli jest to możliwe po wyłączeniu z niej nieuczciwych warunków.

I.4.8. Konsekwencje nieważności

Nieważność zawsze rodzi po stronie kontrahentów poważne skutki. Jednak Powodowie podkreślali w swoich pismach procesowych, że dążą do unieważnienia umowy w całości.

Stwierdzenie nieważności umowy, w niektórych wypadkach, może również po stronie przedsiębiorcy rodzić negatywne konsekwencje finansowe. Jednak jak wskazano powyżej, brak przesądzenia o takich konsekwencjach może niweczyć odstrasający efekt z jakim stosowanie klauzul abuzywnych powinno się wiązać.

Wymaga podkreślenia, że ewentualne stwierdzenie nieważności powinno być traktowane jako rozwiązanie ostateczne, brane pod uwagę jedynie w przypadku, gdy nie ma możliwości wykonywania umowy po wyłączeniu z niej nieuczciwych warunków i to tylko pod warunkiem, że konsumenci z taką ewentualnością się godzą.

Jak podkreślał TSUE, „sąd krajowy nie jest zobowiązany na mocy dyrektywy do niestosowania omawianego warunku jeżeli konsument, po poinformowaniu go w tej kwestii przez sąd, nie zamierza podnosić jego nieuczciwego i niewiążącego charakteru”, tym samym „sąd krajowy jest zobowiązany z urzędu do zbadania nieuczciwego charakteru warunku umownego, o ile dysponuje niezbędnymi w tym celu informacjami co do okoliczności prawnych i faktycznych. W przypadku gdy sąd krajowy uzna dany warunek umowny za nieuczciwy - nie stosuje go, chyba że konsument się temu sprzeciwi” (wyrok TSUE z dnia 4 czerwca 2009 r., sygn. akt C-243/08, Pannon GSM Zrt. Vs Erzsébet Sustikné Gyórfi, pkt 33-35).

Jak wskazał TSUE, gdyby zastąpienie nieuczciwego warunku przepisem o charakterze dyspozytywnym nie było dopuszczalne, co zobowiązywałoby sąd do unieważnienia danej umowy w całości, konsument mógłby zostać narażony na szczególnie niekorzystne konsekwencje, w wyniku czego osiągnięcie skutku odstrasającego wynikającego z unieważnienia umowy byłoby zagrożone. Takie unieważnienie bowiem wywiera co do zasady takie same następstwa jak postawienie pozostałej do spłaty kwoty kredytu w stan natychmiastowej wymagalności, co może przekraczać możliwości finansowe konsumenta i z tego względu penalizuje raczej tego ostatniego niż kredytodawcę, który nie zostanie przez to zniechęcony do wprowadzania takich warunków w proponowanych przez siebie umowach (tak: wyrok TSUE z dnia 30 kwietnia 2014 r., sygn. akt C-26/13, Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai v. OTP Jelzálogbank Zrt.pkt 83 i n.).

1.5. Podsumowanie

W ocenie Prezesa Urzędu Kwestionowane Postanowienie jest abuzywne i nie wiąże konsumentów ex lege i ex tunc. Nie można zatem podzielić stanowiska Sądu Rejonowego dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi wyrażonego w wyroku z dnia 16 marca 2016 r., jakoby nie można było stwierdzić, że postanowienie to jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i rażąco narusza interesy Powodów jako konsumentów.

Jednocześnie, wyeliminowanie z umowy kredytu Kwestionowanego Postanowienia powoduje, że **umowa ta pozbawiona jest istotnego postanowienia umownego** (dającego możliwości ustalenia wysokości wynagrodzenia), o którym stanowi przepis art. 69 ustawy Pr. bank.

Tym samym, o ile wnoszą o to kredytobiorcy, należałoby rozważyć czy w przedmiotowej sprawie, mając na względzie obowiązujące przepisy, orzecznictwo i ustalony stan faktyczny nie zachodzą przesłanki do uznania umowy kredytu za nieważną na gruncie art. 58 k.c.

Należy podkreślić, że sąd z urzędu zobowiązany jest do badania abuzywności klauzul umownych, a zatem ewentualną konsekwencję w postaci nieważności czynności prawnej (będącej wynikiem bezskuteczności niedozwolonego postanowienia umownego

stanowiącego istotne postanowienie umowne) sąd również powinien wziąć pod uwagę z urzędu.

II. Klauzula dotycząca ustalania kursu sprzedaży CHF służącego do wyliczenia raty kapitałowo-odsetkowej

II. 1. Treść zakwestionowanego postanowienia

Zakwestionowane w niniejszej sprawie postanowienie umowne to postanowienie §12 ust. 4 umowy kredytowej dotyczące zasad ustalania kursu sprzedaży waluty CHF służącego do wyliczenia raty kapitałowo-odsetkowej, o treści: **"Raty kapitałowo-odsetkowe oraz raty odsetkowe spłacane są w złotych po uprzednim ich przeliczeniu wg kursu sprzedaży CHF z tabeli kursowej BRE Banku S.A. obowiązującego na dzień spłaty z godziny 14:50"**.

Jednakże, Prezes Urzędu wydając istotny pogląd w sprawie ma na uwadze konieczność brania pod uwagę treści całej umowy i konieczność ustalenia z urzędu, a zatem niezależnie od wniosku złożonego przez Powodów, ewentualnej abuzywności innych postanowień zawartej przez nich umowy kredytowej. W piśmiennictwie przyjęte jest, że ochrona konsumenta przed klauzulami niedozwolonymi w umowach i wzorcach umownych jest skuteczna *ex lege*, a zatem można dokonać ustaleń w tym przedmiocie także z urzędu (tak: Olejniczak A., Komentarz do art. 385/1/ k.c. (w:) Kidyba A. (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna, LEX 2014 r., tak samo Rzetecka-Gil A., Komentarz do art. 385/1/ k.c. (w:) Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania - część ogólna, LEX/el. 2011 r., która wskazuje, że sankcja bezskuteczności niedozwolonej klauzuli następuje *ipso iure*, nie ma zatem konieczności wytaczania jakiegokolwiek powództwa ustalającego w tym względzie).

Mając powyższe na uwadze, dokonując analizy treści umowy kredytowej zawartej przez Powodów Prezes Urzędu stwierdził, że w § 7 ust. 1 tej umowy znajduje się postanowienie o treści: **„Kwota Kredytu wyrażona w CHF jest określona na podstawie kursu kupna waluty w CHF z tabeli kursowej BRE Banku S.A. z dnia i godziny uruchomienia Kredytu”**, dotyczące waloryzacji kwoty kredytu (tzw. waloryzacji inicjalnej).

Prezes Urzędu zdecydował o łącznej ocenie obu tych postanowień umownych.

II.2. Stan prawny oraz doktryna

II.2.1. Umowa kredytu waloryzowanego (indeksowanego) do waluty obcej

Umowa, którą zawarli Powodowie z bankiem, nazwana została „Umową o kredyt hipoteczny dla osób fizycznych „MULTIPLAN” waloryzowany kursem CHF”. W związku z tym, na potrzeby niniejszej sprawy, należy podjąć próbę zdefiniowania, czym jest kredyt waloryzowany. Termin ten nie został wyjaśniony w żadnej z ustaw, a co za tym idzie, brak jest definicji legalnej omawianego pojęcia.

Jak trafnie zauważa Rzecznik Finansowy, definicja kredytu waloryzowanego (indeksowanego) wypracowana w praktyce obrotu gospodarczego opierać się może na twierdzeniu, że „jest to kredyt udzielany w walucie polskiej przy czym na dany dzień (najczęściej dzień uruchomienia kredytu), kwota kapitału kredytu (lub jej część) przeliczana jest na walutę obcą (według bieżącego kursu wymiany waluty), która to kwota

stanowi następnie podstawę ustalania wysokości rat kapitałowo-odsetkowych. Wysokość kolejnych rat kapitałowo-odsetkowych określana jest zatem w walucie obcej, ale ich spłata dokonywana jest w walucie polskiej, po przeliczeniu według kursu wymiany walut na dany dzień (najczęściej na dzień spłaty)” (Raport Rzecznika Finansowego, Analiza prawna wybranych postanowień umownych stosowanych przez banki w umowach kredytów indeksowanych do waluty obcej lub denominowanych w walucie obcej zawieranych z konsumentami, Warszawa 2016 r., s. 8-9).

Pogląd przedstawiony przez Rzecznika Finansowego w tym zakresie odpowiada definicji zaprezentowanej przez Prezesa Urzędu, który stwierdził, że kredyt indeksowany (waloryzowany) jest rodzajem kredytu, w którym wskazana w umowie kwota kredytu wyrażona została w walucie polskiej. W dniu wypłaty kredytu lub jego transzy saldo zadłużenia przeliczane jest natomiast na walutę obcą i pozostaje w niej wyrażone przez cały okres kredytowania. Dalsze przeliczanie dokonywane jest w odniesieniu do poszczególnych rat kredytu z waluty obcej na złotówki. Z tego względu takie kredyty spłacane są przeważnie w złotówkach (Raport dotyczący spreadów, Warszawa 2009 r., s. 6).

II.2.2. Przepisy ustawy Prawo bankowe

Zgodnie z art. 69 ust. 2 pkt 4a ustawy Pr. bank. „Umowa kredytu powinna być zawarta na piśmie i określać w szczególności [...] w przypadku umowy o kredyt denominowany lub indeksowany do waluty innej niż waluta polska, szczegółowe zasady określania sposobów i terminów ustalania kursu wymiany walut, na podstawie którego w szczególności wyliczana jest kwota kredytu, jego transz i rat kapitałowo-odsetkowych oraz zasad przeliczania na walutę wypłaty albo spłaty kredytu”.

Analizując powyższy przepis na potrzeby niniejszej sprawy, należy mieć na uwadze, że został on dodany do ustawy Pr. bank. w dniu 26 sierpnia 2011 r. w związku z wejściem w życie ustawy z dnia 29 lipca 2011 roku o zmianie ustawy Prawo bankowe oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2011 r., Nr 165 poz. 984, zwana potocznie „ustawą antyspreadową”).

II.2.3. Postanowienia dotyczące zasad ustalania kursów walut obcych wpisane do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone

Przedmiotem rozważań Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów była ocena zgodności z art. 385(1) § 1 k.c. klauzul dotyczących zasad ustalania kursów walut obcych służących do przeliczania wysokości kredytu i rat kapitałowo-odsetkowych:

Klauzula nr 3178

„Kredyt jest indeksowany do CHF/USD/EUR, po przeliczeniu wypłaconej kwoty zgodnie z kursem kupna CHF/USD/EUR według Tabeli Kursów Walut Obcych obowiązującej w Banku Millennium w dniu uruchomienia kredytu lub transzy” (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 10 lutego 2012 r., sygn. akt VI ACa 1460/11).

Uzasadniając wyrok, sąd wskazał, że „Kryterium przewidzianego w powyższym przepisie (385(1) § 1 k.c.) nie spełnia w żaden sposób odwołanie się do Tabeli ustalonej przez Bank, jako jedyne źródła informacji o wysokości kursów walut obcych stosowanych na potrzeby umowy kredytu. Konsument nie ma żadnej możliwości weryfikacji w oparciu o jakiegokolwiek

obiektywne kryteria zasadności ponoszenia kosztów wynikających z ustalanych przez Bank kursów walutowych”.

Klauzula nr 5743

„Raty kapitałowo-odsetkowe oraz odsetkowe splateane są w złotych po uprzednim ich przeliczeniu wg kursu sprzedaży CHF z tabeli kursowej(...), obowiązującego na dzień spłaty z godziny 14:50” (Umowa o kredyt hipoteczny dla osób fizycznych (...) waloryzowany kursem CHF).

Biorąc pod uwagę, że postanowienie zakwestionowane w ramach tzw. kontroli abstrakcyjnej jest tożsame z analizowanym w niniejszej sprawie postanowieniem, jak również dotyczy tego samego przedsiębiorcy, zasadne wydaje się przywołanie najważniejszych tez uzasadnienia sporządzonego przez Sąd Apelacyjny w tej sprawie (wyrok S.A. z dnia 7 maja 2013 r., sygn. akt VI ACa 441/13). Zdaniem Sądu Apelacyjnego, kwestionowane postanowienie spełnia wszystkie - określone w art. 385(1) § 1 k.c. - przesłanki do uznania go za abuzywne. O abuzywności spornego postanowienia decyduje fakt, że uprawnienie banku do określania wysokości kursu sprzedaży CHF nie jest w żaden sposób formalnie ograniczone, zwłaszcza nie przewiduje wymogu, aby wysokość kursu ustalonego przez bank pozostawała w określonej relacji do średniego kursu NBP lub kursu ukształtowanego przez rynek walutowy. Powyższe oznacza przyznanie sobie przez bank prawa do jednostronnego regulowania wysokości rat kredytu waloryzowanego kursem CHF. To właśnie w tym mechanizmie Sąd Apelacyjny dostrzegł sprzeczność postanowienia z dobrymi obyczajami i rażąco naruszenie interesów konsumenta, który nie ma możliwości uprzedniej oceny własnej sytuacji - w tym wysokości wymagalnych rat kredytu - i jest zdany wyłącznie na arbitralne decyzje banku.

Przytoczenie w niniejszych rozważaniach wyroku zapadłego w ramach kontroli abstrakcyjnej powyższego uzasadnienia koresponduje z przytoczoną wcześniej uchwałą składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2015 r. (sygn. akt III CZP 17/15). Zostało w niej wyrażone stanowisko, zgodnie z którym **skutki zapadłego wyroku działają na rzecz konsumentów w sporach indywidualnych toczonych z przedsiębiorcą, który stosował postanowienie wpisane do rejestru**. Jak słusznie wskazał Sąd Najwyższy, „(...) rozszerzona podmiotowo prawomocność materialna wyroku uwzględniającego powództwo o uznanie postanowienia wzorca umowy za niedozwolone działa jednokierunkowo, tj. na rzecz wszystkich osób trzecich, ale wyłącznie przeciwko pozwanemu przedsiębiorcy, wobec którego ten wyrok został wydany. W efekcie omawiany wyrok działa na rzecz wszystkich (strony powodowej i wszystkich osób trzecich), ale tylko przeciwko konkretnemu pozwanemu przedsiębiorcy.”.

Należy zauważyć, że Powodowie kwestionują postanowienie, które zostało już wpisane do rejestru postanowień niedozwolonych wobec mBank S.A., w związku z czym mogą oni powoływać się na wyrok sądu w tej sprawie, a **sąd jest związany rozstrzygnięciem z mocy samego prawa**. Zgodnie z art. 479(43) ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 437 ze zm.) w związku z art. 9 ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 1634), wyrok prawomocny ma skutek wobec osób trzecich od chwili wpisania uznanego za niedozwolone postanowienia wzorca umowy do rejestru.

W rejestrze postanowień wzorców umownych uznanych za niedozwolone znajdują się również następujące klauzule dotyczące waloryzacji wysokości rat kredytu:

Klauzula nr 3179

„W przypadku kredytu indeksowanego kursem waluty obcej kwota raty spłaty obliczona jest według kursu sprzedaży dewiz, obowiązującego w Banku na podstawie obowiązującej w Banku Tabeli Kursów Walut Obcych z dnia spłaty” (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 10 lutego 2012 r., sygn. akt VI ACa 1460/11).

W uzasadnieniu do tego wyroku sąd stwierdził, że: „Skoro konsument nie ma żadnego wpływu na kurs [...] sprzedaży waluty obcej, a jest on ustalany arbitralnie przez drugą stronę (przedsiębiorcę), przy uwzględnieniu kryteriów całkowicie dowolnych, gdyż zależnych od stanowiska i decyzji Banku, to nie można mówić, aby mechanizm zawarty w klauzulach [...] nie był abuzywny”.

Klauzula nr 5622

„Kredytobiorca zobowiązuje się dokonywać spłaty kredytu, w wysokościach i terminach podanych w Załączniku nr 1 do Umowy - kalendarzu spłat na rachunek Banku nr: (decyduje data wpływu na rachunek Banku), które będą zaliczane w następującej kolejności: należne opłaty i prowizje, odsetki umowne, kapitał kredytu i odsetki karne. Kwoty wskazane w kalendarzu spłat podane są w walucie kredytu. Spłaty dokonywane będą przez Kredytobiorcę w złotych, po uprzednim przeliczeniu spłaty wg kursu GE Money Banku S.A. (kursu Banku). Kurs Banku jest to średni kurs złotego w stosunku do waluty kredytu opublikowany w danym dniu w prasie przez NBP, powiększony o zmienną marżę kursową Banku, która w dniu udzielenia kredytu wynosi 0,06. Marża kursowa może ulegać zmianom i jest uzależniona od rozpiętości kursów kupna i sprzedaży waluty kredytu na rynku walutowym” (wyroku SOKiK z dnia 3 sierpnia 2012 r., sygn. akt XVII AmC 5344/11).

W uzasadnieniu do tego wyroku sąd wskazał, że: „Niezbędny jest zatem mechanizm precyzyjnego określania kursów walut tak, aby konsument miał pełną informację w jaki sposób kursy te są ustalane. Nie znajdują żadnego uzasadnienia twierdzenia pozwanego, że nie jest możliwe skonstruowanie wymogu niezmienności wszelkich parametrów wpływających na wysokość zobowiązania, w szczególności marży Banku na transakcjach walutowych, jak i wyliczenie wszystkich przesłanek ewentualnych zmian w tym zakresie, bowiem należy liczyć się z okresami wzrostu gospodarczego, okresami stagnacji, kryzysami itd., co z kolei przekłada się na zmiany kursów walutowych i wysokość zobowiązania kredytowego”.

II.2.4. Rekomendacja S dotycząca dobrych praktyk w zakresie ekspozycji kredytowych zabezpieczonych hipotecznie (Komisja Nadzoru Bankowego, 2006 r.)

Rekomendacje wydawane przez Komisję Nadzoru Bankowego (obecnie Komisję Nadzoru Finansowego) stanowią przykład tzw. prawa miękkiego (ang. *soft law*). Choć rekomendacji nie można traktować jako powszechnie obowiązujących źródeł prawa, stanowią zalecenia dla banków, wyznaczające ramy oczekiwanego zachowania. W Rekomendacji S wskazano podstawowe wymogi dotyczące mechanizmu określania kursów walut w umowach kredytowych. Rekomendacja potwierdza konieczność uregulowania w umowie kredytu zasad dotyczących zarówno sposobów, jak i terminów ustalania kursu wymiany walut, zamieszczając je w zbiorze postanowień, które powinny stanowić minimum treści tej umowy.

„5.2. Rekomendacja 20

W relacjach z klientami, w obszarze działalności związanej z ekspozycjami kredytowymi zabezpieczonymi hipotecznie bank powinien stosować zasady profesjonalizmu, rzetelności, staranności oraz najlepszej wiedzy.

5.2.2. W każdej umowie, która dotyczy walutowych ekspozycji kredytowych powinny znaleźć się co najmniej zapisy dotyczące: [...]

c) sposobów i terminów ustalania kursu wymiany walut, na podstawie którego, w szczególności, wyliczana jest wartość rat kapitałowo-odsetkowych”.

II.2.5. Zasady dobrej praktyki bankowej

Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że w sektorze bankowym od wielu lat funkcjonuje dokument określający w sposób precyzyjny, jakimi kryteriami powinny kierować się banki jako instytucja zaufania publicznego. Zgodnie z „Zasadami Dobrej Praktyki Bankowej” przyjętymi przez Związek Banków Polskich (załącznik nr 1 do Uchwały nr 6 XVIII Walnego Zgromadzenia ZBP z dnia 26 kwietnia 2007 r. uwzględniający zmiany wprowadzone uchwałą nr 13 XX Walnego Zgromadzenia ZBP z dnia 21 kwietnia 2009 r.; aktualnie: „Kodeks Etyki Bankowej” przyjęty na XXV Walnym Zgromadzeniu ZBP w dniu 18 kwietnia 2013 r.), „banki, uznając, iż są instytucjami zaufania publicznego, w swojej działalności winny się kierować przepisami prawa, uchwałami samorządu bankowego, normami przewidzianymi w Zasadach oraz dobrymi zwyczajami kupieckimi, z uwzględnieniem zasad: profesjonalizmu, rzetelności, rzeczowości, staranności i najlepszej wiedzy” (Rozdział I ust. 2 Zasad). W stosunkach z klientami banki postępują z uwzględnieniem szczególnego zaufania, jakim są darzone oraz wysokich wymagań co do rzetelności, traktując wszystkich swoich klientów z należytą starannością” (Rozdział II ust. 1 Zasad). Przy czym, bankowi nie wolno „wykorzystywać swojego profesjonalizmu w sposób naruszający interesy klientów” (Rozdział II ust. 2 Zasad). Co istotne z punktu widzenia niniejszej sprawy, „dokumenty bankowe i pisma kierowane do klientów powinny być formułowane w sposób precyzyjny i zrozumiały” (Rozdział II ust. 5 Zasad).

II.2.6. Raport dotyczący spreadów opublikowany przez Prezesa UOKiK w 2009 r.

Praktyki banków dotyczące ustalania kursów kupna i sprzedaży walut obcych, do których waloryzowano (indeksowano) kwotę kredytu hipotecznego oraz wysokość rat, były przedmiotem badania rynku przeprowadzonego przez Prezesa UOKiK w 2006 r. Analiza wykazała, że banki w sposób arbitralny określały koszty związane z wykonywaniem umowy, zamieszczając w nich tzw. klauzule waloryzacyjne. Stosowane dotychczas rozwiązania nie gwarantowały żadnego mechanizmu, który pozwalałby konsumentowi na weryfikację prawidłowości działań banku w oparciu o obiektywne i przewidywalne kryteria ani też alternatywnego sposobu spłaty kredytu. Jak jednak zauważył Prezes Urzędu, brak bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa odnoszących się do kwestii związanych z ustaleniem kursu wymiany walut obcych nie może oznaczać dowolności w stosowanych przez banki praktykach ani dowolnego kształtowania oferowanych konsumentom wzorców umownych (s. 12 Raportu).

II.3. Stanowisko Prezesa Urzędu

Analiza treści kwestionowanych postanowień na tle wyżej przywołanej judykatury i doktryny, prowadzi do wniosku, że spełniają one przesłanki uznania ich za niedozwolone postanowienie umowne w rozumieniu art. 385(1) § 1 k.c.

II.3.1. Kwestionowane postanowienia nie regulują głównych świadczeń stron

W świetle art. 385(1) § 1 k.c. nie można uznać za niedozwolone tych postanowień umowy, które dotyczą głównych świadczeń stron, chyba że nie zostały sformułowane w sposób jednoznaczny. Analiza treści kwestionowanych postanowień wymaga więc również stwierdzenia, czy postanowienie określające zasady ustalania kursów kupna i sprzedaży waluty obcej, do których waloryzowane są odpowiednio kwota kredytu i raty kapitałowo-odsetkowe można uznać za główne świadczenia stron. Dopiero w przypadku stwierdzenia, że postanowienie reguluje główne świadczenia stron, należy rozważyć, czy zostało ono sformułowane w sposób jednoznaczny.

Zdaniem Prezesa Urzędu, **przedmiotowe postanowienia nie określają głównych świadczeń stron.**

Na mocy kwestionowanych postanowień ustalane są kursy kupna i sprzedaży waluty CHF, zgodnie z którymi wyliczana jest wysokość kwoty kredytu i wysokość poszczególnych rat kapitałowo-odsetkowych. Przedmiotowe postanowienia nie określają więc głównych świadczeń stron, za które należy uznać świadczenie kredytodawcy do przekazania kwoty kredytu i świadczenie kredytobiorcy polegające na spłacie kwoty kredytu wraz z wynagrodzeniem. Postanowienia określające zasady ustalania kursu wymiany walut, choć związane z ww. świadczeniami, odnoszą się jedynie do tego, jak ma być ustalana ich wysokość. Można więc stwierdzić, że postanowienia te wskazują, jak mają być dokonywane rozliczenia między stronami.

O niedopuszczalności uznania postanowień określających zasady ustalania kursów i sprzedaży walut za postanowienia określające główne świadczenia stron trafnie wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 7 maja 2013 r. (sygn. akt VI ACa 441/13), w którym stwierdził, że „Jakkolwiek problem waloryzacji rat kredytu i przeliczenia należności Banku z waluty obcej na polską jest pośrednio związany ze spłatą kredytu, to jednak, zdaniem Sądu, nie można uznać, że ustalenia w tym zakresie stanowią postanowienia dotyczące głównych świadczeń stron. Są to postanowienia poboczne, o drugorzędym znaczeniu.”.

Niemniej jednak, w sytuacji, gdyby Sąd rozpatrujący niniejszą sprawę, nie podzielił stanowiska Prezesa Urzędu co do powyższej kwestii, należy mieć na uwadze, że obie kwestionowane klauzule są niejednoznaczne. O ich niejednoznaczności przesądza fakt, że konsument - nawet jeśli literalnie rozumie kwestionowane postanowienia - w momencie zawarcia umowy nie jest w stanie ocenić wynagrodzenia Banku, które ten zastrzeże z tytułu uprawnienia do ustalania kursu wymiany walut. Tym samym konsument nie może ocenić skutków ekonomicznych podejmowanej przez siebie decyzji.

II.3.2. Sprzeczność z dobrymi obyczajami oraz rażące naruszenie interesów konsumentów

Postanowienie może zostać uznane za abuzywne, jeśli poza powyżej wskazanymi przesłankami, zostanie wykazana jego sprzeczność z dobrymi obyczajami, jak również relewantność tej sprzeczności w postaci rażącego naruszenia interesów konsumentów.

W niniejszej sprawie za naruszenie dobrych obyczajów Prezes UOKiK przyjmuje tworzenie przez Pozwanego postanowień umownych, które mogą godzić w równowagę kontraktową stron, zaś rażące naruszenie interesów polega na wprowadzeniu daleko idącej dysproporcji praw i obowiązków na niekorzyść konsumenta.

Wywód dotyczący znaczenia treści kwestionowanych postanowień należy rozpocząć od wskazania, że przyznają one Pozwanemu uprawnienie do jednostronnego wpływania na wysokość świadczeń stron ustalonych w umowie. Kursy zarówno kupna, jak i sprzedaży tej waluty, po których przeliczane są kwota kredytu i raty kapitałowo-odsetkowe, określane są każdorazowo w tabeli sporządzanej przez Bank. Oznacza to, że jedynie jednej stronie stosunku prawnego (Pozwanemu), zostało przyznane uprawnienie do jednostronnego określania wysokości wskaźnika wpływającego na wysokość świadczeń stron.

Z przyznanego uprawnienia wynika również brak możliwości zweryfikowania przez kredytobiorców kryteriów przyjętych przez Pozwanego do ustalenia wysokości samego wskaźnika. W postanowieniach nie zostały sprecyzowane bowiem przesłanki ustalania kursów kupna i sprzedaży waluty obcej - klauzule odnoszą się jedynie do terminu, w jakim ustalana jest wysokość kursów. Nie wskazano, czym Pozwany kieruje się, ustalając wysokość kursu, co oznacza, że jest on przy ustalaniu wysokości świadczeń uprawniony do wybierania dowolnych kryteriów wpływających na ich wysokość. Rodzi to uzasadnione ryzyko, że wspomniane kryteria mogą być oderwane od rzeczywistości rynkowej, ustalone w arbitralny i nieprzewidywalny dla konsumenta sposób. W konsekwencji wysokość kursów ustalanych przez Bank może zostać ukształtowana na znacznie wyższym poziomie niż średnie wartości na rynku walutowym i w konsekwencji zabezpieczać jedynie interesy Pozwanego. Powyższe przyznaje Pozwanemu uprawnienie do uzyskania dodatkowego wynagrodzenia, którego oszacowanie dla konsumenta jest niemożliwe ze względu na brak oparcia zasad ustalania kursów o obiektywne i przejrzyste kryteria, co wyklucza możliwość zweryfikowania przez konsumenta prawdziwości i zasadności działań podejmowanych przez Pozwanego.

Powyższe jednoznacznie prowadzi do wniosku, że postanowienia stosowane przez Pozwanego dotyczące zasad ustalania kursów wymiany walut są sprzeczne z dobrymi obyczajami i rażąco naruszają interesy konsumentów. Postanowienia wprowadzają rażąco dysproporcję praw i obowiązków stron, przyznając jedynie jednej z nich uprawnienie do dowolnego ustalania kryteriów wpływających na wysokość świadczeń stron, przy jednoczesnym odebraniu drugiej stronie możliwości do weryfikowania poprawności działania silniejszej strony umowy. Należy zauważyć, że na konsumentów, poza ryzykiem kursowym, na które godzili się, zawierając umowę kredytu waloryzowanego do waluty obcej, zostało przerzucone ryzyko całkowicie dowolnego kształtowania kursów wymiany przez kredytodawcę. W przypadku umów o kredyt hipoteczny jest to o tyle istotne, że kredytobiorcy są narażeni na to ryzyko przez wiele lat trwania umowy. W tym miejscu należy podkreślić, że charakter umowy kredytu hipotecznego waloryzowanego do waluty obcej wiąże się ze znacznym skomplikowaniem oraz długotrwałością zobowiązania. Opisane zakłócenie równowagi stron umowy w sposób rażący narusza ekonomiczny interes konsumentów, w szczególności kredytobiorców związanych umową kredytu hipotecznego. Należy również zwrócić uwagę, że Pozwany - będący profesjonalistą i silniejszą stroną stosunku prawnego - w omawianym przypadku na mocy analizowanych postanowień wykorzystał swoją uprzywilejowaną pozycję.

Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Prezesa Urzędu wskazane postanowienia naruszają dobre obyczaje oraz rażąco naruszają interesy konsumentów.

Przeprowadzona analiza, zdaniem Prezesa Urzędu, w pełni uzasadnia zatem uznanie tych postanowień za niedozwolone postanowienie umowne, zgodnie z art. 385(1) § 1 k.c.

II.3.3. Brak stwierdzenia przez Sąd Rejonowy abuzywności postanowienia

W ocenie Prezesa Urzędu na możliwość uznania postanowienia §12 ust. 4 umowy kredytowej za abuzywne - wbrew wywodowi Sądu Rejonowego w Łodzi - nie wpływa fakt, iż ustawa Pr. bank. zawiera regulację art. 69 ust. 2 pkt 4a, który stanowi, że „Umowa kredytu powinna być zawarta na piśmie i określać w szczególności [...] w przypadku umowy o kredyt denominowany lub indeksowany do waluty innej niż waluta polska, szczegółowe zasady określania sposobów i terminów ustalania kursu wymiany walut, na podstawie którego w szczególności wyliczana jest kwota kredytu, jego transz i rat kapitałowo-odsetkowych oraz zasad przeliczania na walutę wypłaty albo spłaty kredytu”, a przepis art. 4 ustawy antyspreadowej stanowi, że: „W przypadku kredytów lub pożyczek pieniężnych zaciągniętych przez kredytobiorcę lub pożyczkobiorcę przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy ma zastosowanie art. 69 ust. 2 pkt 4a oraz art. 75b ustawy, o której mowa w art. 1, w stosunku do tych kredytów lub pożyczek pieniężnych, które nie zostały całkowicie spłacone - do tej części kredytu lub pożyczki, która pozostała do spłacenia. W tym zakresie Bank dokonuje bezpłatnie stosownej zmiany umowy kredytowej lub umowy pożyczki”. Po pierwsze, należy mieć na uwadze, że wskazane przepisy zaczęły obowiązywać w dniu 26 sierpnia 2011 r. Oznacza to, że nie obowiązywały w momencie zawarcia przez Powodów umowy kredytowej (5 stycznia 2006 r.), której postanowienia są przedmiotem rozważań Prezesa Urzędu. Regulacja przepisów o niedozwolonych postanowieniach umownych, a zwłaszcza art. 385 (2) k.c., nie pozostawia wątpliwości, że **postanowienie dotknięte abuzywnością „nie wiąże konsumenta” już w chwili zawarcia umowy**. Badanie przesłanki naruszenia dobrych obyczajów musi być dokonywane na chwilę zawarcia umowy - w tym momencie niedozwolone postanowienie staje się bezskuteczne. Nie jest możliwa konwalidacja takiego postanowienia w czasie realizacji umowy, gdyż prowadziłoby to do pewnego rodzaju wypaczenia sensu instytucji niedozwolonych postanowień umownych. Regulacja art. 385/1/ k.c. została wprowadzona w celu skompensowania nieprawidłowości pojawiających się przy zawarciu umowy, a będących następstwem nierównowagi kontraktowej (negocjacyjnej) stron (tak: M. Skory, Klauzule abuzywne w polskim prawie ochrony konsumenta, Zakamycze 2005, LEX 50185). Po drugie, rozwiązania wprowadzone ustawą antyspreadową w zakresie sprecyzowania zasad indeksacji oraz w zakresie bezpłatnej zmiany umowy przez Bank nie obejmują spłaconych należności. Oznacza to, że jeśli w przypadku stosowania przez Bank w okresie przed nowelizacją niedozwolonego postanowienia umownego w zakresie przeliczników spłaty kredytu konsument poniósł straty finansowe, to wspomniane regulacje dotyczące możliwości bezpłatnej zmiany umowy kredytu w zakresie zasad określania sposobów i terminów ustalania kursu wymiany walut nie mają wpływu na doprowadzenie do równowagi kontraktowej tej części umowy, która już została wykonana.

Nie może ponadto zmienić oceny Zakwestionowanego Postanowienia przywołany przez Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2015 r. sygn. IV CSK 362/14. Tu Prezes Urzędu wskazuje, że nie zgadza się z poglądem Sądu Najwyższego, iż kredytobiorca nie ma interesu prawnego w wytoczeniu powództwa o ustalenie abuzywności postanowień umowy o kredyt denominowany do waluty obcej, która została zawarta przed dniem wejścia w życie tzw. ustawy antyspreadowej. W ocenie Sądu Najwyższego, nawet jeśli sposób przeliczania należności z tytułu zawartej umowy był niejasny, to z chwilą dokonania spłaty, został on skonkretyzowany,

a w rezultacie niedozwolony charakter postanowień dotyczących sposobu przeliczania tych należności, został wyeliminowany. Nie sposób zgodzić się z tym stanowiskiem. Dokonując oceny niedozwolonego charakteru postanowienia umowy Sąd nie powinien brać pod uwagę tego, w jaki sposób umowa kredytu była wykonywana na podstawie niedozwolonego postanowienia, ale powinien ocenić ewentualną abuzywność i bezskuteczność wobec konsumentów danego postanowienia w chwili zawarcia umowy.

Zgodnie z poglądem wyrażonym powszechnie w doktrynie (A. Olejniczak, Komentarz do art. 385(1) Kodeksu cywilnego, 2014 r.; M. Namysłowska, T. Skoczny, Ekspertyza naukowa: Możliwość i sposoby eliminacji z obrotu prawnego postanowień umownych uznanych przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów za abuzywne, Warszawa 2015 r.), orzeczenie sądu, który stwierdza niedozwolony charakter postanowienia umownego, ma charakter **deklaratywny**, zarówno wówczas, gdy sąd orzeka w ramach kontroli incydentalnej, jak i wtedy, gdy dokonuje kontroli abstrakcyjnej. Orzeczenia sądowe deklaratoryjne potwierdzają istnienie prawa lub obowiązku (Z. Banaszczyk, Rozdział XII. Stosunek cywilnoprawny [w:] Prawo cywilne - część ogólna pod red. M. Safjana, wyd. Beck, Warszawa 2007, s. 898). Zgodnie z opinią ugruntowaną w doktrynie, orzeczenie o uznaniu postanowienia wzorca umowy za niedozwolone ma jedynie charakter deklaratoryjny, zaś analizowane postanowienie wzorca jest bezskuteczne *ex tunc* (M. Namysłowska, T. Skoczny, Ekspertyza naukowa: Możliwość i..., *op cit*). Analogiczne stanowisko w tej sprawie zostało zaprezentowane przez Rzecznika Finansowego: „klauzule o charakterze niedozwolonym są bezskuteczne i nie wiążą konsumentów *ex tunc*. W toku kontroli abstrakcyjnej lub incydentalnej fakt bezskuteczności danego postanowienia zostaje jedynie potwierdzony orzeczeniem o charakterze deklaratoryjnym” (Raport Rzecznika Finansowego - Analiza prawna wybranych postanowień umownych..., *op cit*). Powyższe potwierdza, że **niedozwolone postanowienia umowne są bezskuteczne w stosunku do konsumentów od początku zawarcia umowy. Nie można zatem przyjąć, że niedozwolony charakter postanowienia umowny ustaje (wygasa) w wyniku wykonania całości umowy, bądź części umowy z zastosowaniem niedozwolonego postanowienia umowy.**

Reasumując - postanowienie zawarte w §12 ust. 4 umowy kredytowej zawartej przez Powodów z pozwanym Bankiem jest niedozwolonym postanowieniem umownym. Skoro niedozwolone postanowienie umowne nie wiąże konsumenta od momentu zawarcia umowy, to bez znaczenia jest to, czy ustawodawca po zawarciu umowy wprowadził regulacje prawne dające możliwość „poprawienia” niedozwolonej klauzuli w odniesieniu do tej części umowy kredytu, która nie została jeszcze zrealizowana. Przy ocenie sprawy nie można także przyjmować, że niedozwolony charakter postanowienia został wyeliminowany z chwilą wykonania części umowy (spłaty części kredytu). Rozpatrując sprawę Sąd powinien wziąć pod uwagę nie to, w jaki sposób umowa kredytu była wykonywana na podstawie niedozwolonego postanowienia, czy też, w jaki sposób może być wykonywana w przyszłości, ale powinien ocenić abuzywność i bezskuteczność wobec konsumentów danego postanowienia w chwili zawarcia umowy. Orzeczenie o niedozwolonym charakterze postanowienia umownego ma charakter deklaratoryjny.

II.4 Skutki stosowania niedozwolonych postanowień umownych

Jak już zostało wskazane w pkt I.4 niniejszego istotnego poglądu, **postanowienia umowne uznane za niedozwolone nie wiążą konsumenta od dnia zawarcia umowy.**

W tym zakresie aktualne pozostają poglądy doktryny wyrażone dotychczas w istotnym poglądzie.

II.4.1. Niezwiązanie stron abuzywnymi postanowieniami umownymi

Tak jak już zostało wskazane w punkcie I.4.1., niedozwolone postanowienia umowne nie wiążą konsumenta od chwili zawarcia umowy. W związku z tym, że postanowienia umowne dotyczące ustalania kursów walut obcych nie wiążą konsumenta od momentu zawarcia umowy, to bez znaczenia jest, jak Bank wykonywał umowę, a zatem, w jaki sposób ustalał kursy CHF do obliczania kwoty kredytu oraz wysokości rat w poszczególnych okresach. Umowa nie zawierała bowiem postanowień, na mocy których takie przeliczenia w sposób skuteczny Bank mógł przeprowadzić.

II.4.2. Możliwość zastąpienia niedozwolonych postanowień przepisami prawa

Jak już wskazano w punkcie I.4.4. w niniejszej sprawie, w świetle przywołanego orzecznictwa TSUE, możliwe jest zastąpienie niedozwolonej klauzuli przepisami dyspozytywnymi, o ile takie istnieją. W niniejszej sprawie jednak zapełnienie „luki” powstałej w umowie w efekcie zastosowania przez Pozwanego klauzuli abuzywnej poprzez zastąpienie odpowiednimi przepisami dyspozytywnymi nie jest możliwe. Nie istnieją bowiem w polskim ustawodawstwie przepisy prawa o charakterze dyspozytywnym, które mogłyby mieć w tym wypadku zastosowanie.

II.4.3. Odstraszający efekt klauzul abuzywnych w orzecznictwie TSUE oraz możliwość zastąpienia przez sąd treści abuzywnych postanowień

W tym miejscu jeszcze raz należy podkreślić, że sąd nie jest uprawniony do zmiany treści niedozwolonych postanowień (por. punkt I.4.4. niniejszego poglądu). Jednocześnie aktualne pozostaje stanowisko dotyczące konieczności zapewnienia odstraszającego dla przedsiębiorców efektu wyrażonego w punkcie I.4.3.) niniejszego poglądu.

II.4.4. Rozważania na temat ważności umowy

W związku z niedopuszczalnością zastąpienia abuzywnych postanowień przepisami dyspozytywnymi i zmianą ich treści przez sąd, istotne wydaje się rozważenie, czy umowa po wyłączeniu niedozwolonych postanowień może dalej wiązać strony i być wykonywana. Postanowienia umowne będące przedmiotem analizy w ramach niniejszego stanowiska Prezesa Urzędu regulują swoim zakresem zasady ustalania kursów wymiany walut, określające główne świadczenia stron. Po wyłączeniu tych postanowień z obowiązującej umowy, w żaden sposób nie są w niej uregulowane zasady i terminy dokonywania rozliczeń pomiędzy stronami.

Wyżej opisane okoliczności mogą w omawianym przypadku wpływać na ważność całej umowy.

Powyższe zostało również potwierdzone w treści samej dyrektywy nr 93/13, w tym w jej art. 6 ust. 1 określającym skutki stosowania nieuczciwych warunków umownych. Zgodnie z tą regulacją przepisy implementujące dyrektywę winny przewidywać, że klauzule

abuzywne nie są wiążące dla konsumenta, a umowa w pozostałej części ma nadal obowiązywać strony, jeżeli jest to możliwe po wyłączeniu z niej nieuczciwych warunków.

Zgodnie z orzecznictwem wypracowanym na gruncie przepisów ww. dyrektywy, przy ocenie czy dana umowa kredytowa może nadal funkcjonować w obrocie po wyłączeniu abuzywnych postanowień istotne jest również ustalenie, które z rozwiązań zapewnia konsumentowi lepszą ochronę, choć nie jest to kryterium decydujące (wyrok TSUE z dnia 15 marca 2012 r., Pereničová i Perenič vs SOS financ, spol. s r. o., sygn. akt C-453/10, pkt 36). Należy jednak podkreślić, że kryterium interesu konsumenta powinno być brane pod uwagę łącznie z oceną możliwości dalszego funkcjonowania umowy w obrocie, przy rozstrzygnięciu, czy w niniejszej sprawie zasadne jest stwierdzenie nieważności umowy kredytowej z uwagi na abuzywność przedmiotowych klauzul waloryzacyjnych (por. ww. wyrok TSUE Pereničová i Perenič vs SOS financ, spol. s r. o., sygn. akt C-453/10, pkt 35 i 36). Trzeba bowiem mieć na uwadze wszystkie skutki, jakie wiążą się z uznaniem umowy za nieważną oraz to, czy ich wystąpienie nie będzie naruszać ww. interesu ekonomicznego konsumenta.

Wymaga podkreślenia, że nieważność umowy powoduje po stronie kontrahentów poważne skutki. Ewentualne stwierdzenie nieważności powinno być traktowane jako rozwiązanie ostateczne, brane pod uwagę jedynie w przypadku, gdy nie ma możliwości wykonywania umowy po wyłączeniu z niej nieuczciwych warunków i **to tylko pod warunkiem, że konsument na taką ewentualność się godzi.**

Konkludując, należy wskazać, że **uznanie umowy za nieważną w całości nie stałoby w sprzeczności z ustawodawstwem unijnym.** Przekładając powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, należy mieć na uwadze, że konsumenci mają świadomość konsekwencji takiego rozwiązania, godzą się z nim i chcą go.

II.5 Podsumowanie

Postanowienia umowne określające zasady ustalania kursów kupna i sprzedaży waluty CHF, na podstawie których ustalane są odpowiednio kwota kredytu i wysokość rat kapitałowo-odsetkowych, **spełniają przesłanki uznania ich za niedozwolone postanowienia umowne.** Oceny abuzywności Sąd powinien dokonać na dzień zawarcia umowy. O ile sąd rozpoznający sprawę zdecyduje się podzielić stanowisko Prezesa UOKiK uwzględniające w zakresie niemożliwość zastąpienia kwestionowanych postanowień przepisami dyspozytywnymi oraz zastąpienia ich treści przez Sąd, jak również wątpliwości co do możliwości dalszego wykonywania umowy po wyłączeniu tych postanowień, w niniejszej sprawie z uwagi na bezskuteczność tych postanowień, **Sąd może rozważyć dopuszczalność rozstrzygnięcia o nieważności tej umowy.** Powyższe będzie zgodne z wolą Powodów wyrażoną w tej sprawie.

III. Zakończenie

Jak zostało przytoczone w uzasadnieniu faktycznym niniejszego poglądu, Powodowie żądają uznania za niedozwolone postanowienia umowne postanowienia określającego przesłanki zmiany oprocentowania oraz postanowienia określającego zasady ustalania kursów wymiany walut celem wyliczenia rat kapitałowo-odsetkowych .

Z abuzywności tych postanowień Powodowie wywodzą skutek w postaci nieważności całej umowy.

Mając na względzie całość argumentacji wyrażonej przez Prezesa Urzędu w niniejszym istotnym poglądzie należy uznać, że zakwestionowane przez Powodów postanowienia są niedozwolone. Dodatkowo niedozwolonym postanowieniem umowy jest postanowienie zawarte w §7 ust. 1 umowy kredytowej, o treści: „Kwota Kredytu wyrażona w CHF jest określona na podstawie kursu kupna waluty w CHF z tabeli kursowej BRE Banku S.A. z dnia i godziny uruchomienia Kredytu”.

Abuzywność wskazanych postanowień może stać się podstawą uznania umowy kredytowej za nieważną w całości.

Załączniki:

- 2 odpisy dla stron zawierające stanowisko Prezesa UOKiK z istotnym poglądem dla sprawy