



Prezes Urzędu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów
Marek Niechciał



Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

RŁO-644-2()/17/AM

Łódź, 16.02.2017

**Sąd Rejonowy
dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi
I Wydział Cywilny
Al. Kościuszki 107/109
90-928 Łódź**

Powód:
(...)

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

Sygnatura akt I C 560/16

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.

Skala zjawiska oraz społeczne skutki sytuacji, w jakiej znaleźli się kredytobiorcy, którzy zawarli z bankami umowy kredytów hipotecznych waloryzowanych kursem CHF, uzasadnia przesłankę występowania Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w niniejszej sprawie w granicach interesu publicznego. Jednocześnie niniejszą 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 Ochrony Konkurencji i Konsumentów z zakresu ochrony konsumentów, w szczególności fakt, że Prezes UOKiK występował do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z powództwem o uznanie za niedozwolone postanowienia wzorca umowy stosowanego przez mBank S.A. (dawniej BRE Bank S.A.), które określało przesłanki zmiany oprocentowania kredytu hipotecznego waloryzowanego kursem CHF (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 10 lutego 2012 r., sygn. akt VI ACa 1460/11), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznał za zasadne i konieczne przedstawienie istotnego poglądu w niniejszej sprawie, sformułowanego w związku z wnioskiem Powoda.

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 dotychczas wydanych w sprawie orzeczeń sądowych, w szczególności wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2015 r. (II CSK 768/14) oraz wniosku jaki Powód skierował 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 w oparciu o:

1. Wniosek Powoda o wydanie istotnego poglądu w sprawie,
2. Umowę (...) o kredyt hipoteczny dla osób fizycznych „mPlan” waloryzowany kursem CHF z dnia 16 maja 2006 r., w szczególności postanowienie § 10 ust. 2 (dalej także: Kwestionowane Postanowienie),
3. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2015 r., sygn. akt II CSK 768/14 (dalej także: Wyrok SN),
4. Pisma procesowe przedłożone przez Powoda tj.:
 - a. Pozew o wydanie nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym z dnia 12 maja 2016 r.,
 - b. Sprzeciw Pozwanego od nakazu zapłaty z dnia 13 czerwca 2016 r.,
 - c. Odpowiedź Powoda na sprzeciw z dnia 20 lipca 2016 r.,
 - d. Pismo procesowe Pozwanego z dnia 22 sierpnia 2016 r.

Stan faktyczny

Powód w piśmie z dnia 28 listopada 2016 r. wystąpił do Prezesa UOKiK z wnioskiem o przedstawienie Sądowi Rejonowemu dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi istotnego poglądu prawnego w sprawie o sygn. I C 560/16, w zakresie abuzywności spornej klauzuli stanowiącej podstawę zmiany oprocentowania kredytu, sposobu oceny przesłanki rażącego naruszenia interesów konsumenta oraz skutków prawnych wynikających z uznania klauzuli umownej za niedozwoloną. We wstępie wniosku wskazał, że w orzecznictwie istnieją rozbieżności w

ocenie abuzywności klauzuli waloryzacyjnej, a wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2015 r. sygn. II CSK 768/14 zawiera kontrowersyjny pogląd o jedynie częściowej abuzywności tej klauzuli.

Sprawa z powództwa Powoda przeciwko mBank S.A. (dawniej BRE Bank S.A.) została wszczęta w 2016 r. W pozwie wniesiono o zasądzenie na rzecz Powoda kwoty (...) zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 21 kwietnia 2016 r. Żądana kwota stanowi wartość różnicy pomiędzy odsetkami, które mogłyby być pobrane przez pozwanego bank, gdyby stosował zasadę zmiennego oprocentowania na podstawie klauzuli rozumianej tak jak to wyjaśniono Powodowi, a odsetkami faktycznie pobranymi przez bank. W uzasadnieniu pozwu Powód wskazał, że zgodnie z informacjami uzyskanymi od pracowników banku jako podstawę zmiany oprocentowania kredytu wskazywano jedynie jeden parametr rynku tj. LIBOR 3M. W momencie zawierania umowy Powód był informowany, że marża banku jest niezmienna a zmienny jest LIBOR 3M, wobec tego zmienność oprocentowania następować będzie w ślad za zmianami wskaźnika LIBOR 3M. W związku z tym Powód opiera swe wyliczenia o wskaźnik LIBOR 3M plus marża, zaś marża wynosi 1,34%, bowiem na dzień zawarcia umowy oprocentowanie wynosiło w stosunku rocznym 2,75%, gdy LIBOR 3M wynosił 1,4100. Powód wykazuje, że wprowadzenie mechanizmu LIBOR 3M + marża stała jest odzwierciedleniem złożonej mu przez bank propozycji - świadczy to o tym, że taki mechanizm był od początku zastosowany w umowie, a dopiero zachwiania na rynkach finansowych spowodowały, że bank zaczął powoływać się na inne nieokreślone parametry. W okresie 2006-2007 bank podwyższał oprocentowanie powołując się na wzrost stopy LIBOR 3M, zaś w okresie od września 2008 r. do marca 2010 r., gdy stopa LIBOR 3M spadła średnio o 2,49% pozwany bank obniżył oprocentowanie zaledwie o 0,4% powołując się na inne bliżej nieokreślone parametry. Klauzula stanowiąca podstawę zmiany oprocentowania jest niejednoznaczna i daje bankowi możliwość dowolnej i niekontrolowanej zmiany oprocentowania, co godzi w dobre obyczaje i rażąco narusza interesy konsumenta. Postanowienie zawiera niejasne określenie przestanek zmiany oprocentowania, co powoduje, że konsument nie ma możliwości kontrolowania wprowadzanych zmian. Postanowienie ponadto nie określa wzajemnej relacji pomiędzy poszczególnymi parametrami stanowiącymi podstawę zmiany oprocentowania kredytu. W ocenie Powoda zakwestionowane postanowienie stanowi niedozwolone postanowienie umowy. W odpowiedzi na sprzeciw Pozwanego od nakazu zapłaty Powód dodaje, że postanowienie rażąco narusza jego interesy, albowiem bank całkowicie przerzuca na konsumenta ryzyko zmiany stosunków społeczno-gospodarczych oddziałujących na koszt udzielenia kredytu. W wyniku stosowania przez Pozwanego spornej klauzuli u Powoda powstała szkoda. Żądanie zapłaty znajduje także oparcie w przepisach o świadczeniu nienależnym.

Pozwany bank w sprzeciwie od nakazu zapłaty wniósł o oddalenie powództwa w całości. Uzasadniając swoje stanowisko wskazał, że w umowie Powoda nie wyodrębniono składnika oprocentowania, jakim była marża oraz zaprzeczył, aby oprocentowanie kredytu było uzależnione jedynie od zmiany stawki LIBOR 3M. Uwzględnienie przez sąd powództwa spowodowałoby twórczą ingerencję sądu w treść zawartej między stronami umowy. Sporne postanowienie wskazuje obiektywne przyczyny, niezależne od woli banku, które wpływają na wysokość oprocentowania. Ustalając oprocentowanie bank nie działał dowolnie, ale należycie - w oparciu o wyspecjalizowane analizy swoich jednostek wewnętrznych i tym samym zmieniając oprocentowanie nie naruszył rażąco interesów konsumenta. Powód nie udowodnił, że w sprawie nastąpiło rażące naruszenie jego interesów. Powód przez 10 lat

spełniał świadczenie i nie zgłaszał zastrzeżeń ani nie żądał zwrotu. Nawet jeśli postanowienie nie było jasne, to dokonanie przez Powoda zapłaty powoduje, że obowiązek został skonkretyzowany i abuzywny charakter postanowienia został wyeliminowany. W piśmie z dnia 22 sierpnia 2016 r. Pozwany wskazywał dodatkowo, że Powód nie wykazał szkody, albowiem zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2015 r. sygn. II CSK 768/14 samo postępowanie się w stosunkach umownych wzorcem umownym zawierającym postanowienia abuzywne nie oznacza niewykonania czy nienależytego wykonania umowy.

Punktem wyjścia i podstawą rozważań w niniejszej sprawie jest wniosek Powoda o wydanie istotnego poglądu, w którym wskazuje on, że zawarta przez niego umowa kredytowa z pozwanym bankiem zawiera niedozwolone postanowienia umowne regulujące podstawy zmiany oprocentowania kredytu. Powód we wniosku zgłasza zastrzeżenia co do celowości przeprowadzenia w sprawie kosztownej opinii biegłego, który ma ocenić, czy stosowane przez Pozwanego oprocentowanie było ekonomicznie uzasadnione.

W związku z powyższym opinia wyrażona przez Prezesa Urzędu w niniejszym piśmie stanowi analizę treści zakwestionowanego postanowienia in concreto tj. z punktu widzenia umowy kredytowej zawartej przez Powoda z pozwanym bankiem, w tym analizę możliwych skutków w przypadku uznania zakwestionowanego postanowienia za niedozwolone. Dodatkowo, mając na uwadze wskazane przez Powoda we wniosku rozbieżności w orzecznictwie dotyczącym klauzuli zmiany oprocentowania, w tym wątpliwości co do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2015 r., sygn. II CSK 768/14, Prezes Urzędu dokonuje w tym poglądzie analizy wskazanego wyroku Sądu Najwyższego w świetle orzecznictwa unijnego oraz piśmiennictwa.

Niedozwolone postanowienie umowne

W przedmiotowej sprawie roszczenie Powoda opiera się na uznaniu niektórych postanowień umowy stosownie do art. 385(1) § 1 k.c. za niedozwolone. W tym miejscu należy więc przytoczyć brzmienie powyższego przepisu, wskazując w nim przesłanki, których wykazanie niezbędne jest do uznania danego postanowienia za niedozwolone.

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 zależna jest 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.

I. Treść zakwestionowanego postanowienia

Zakwestionowane w niniejszej sprawie postanowienie umowne dotyczy przesłanek zmiany oprocentowania kredytu i przyjmuje następującą treść:

„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 w krajach zrzeszonych w Unii Europejskiej), którego waluta jest podstawą waloryzacji” (§ 10 ust. 2 umowy; dalej także „Kwestionowane Postanowienie”).”

II. Stan prawny oraz doktryna

a) Umowa kredytu waloryzowanego (indeksowanego) do waluty obcej

Umowa, którą Powód zawarł z bankiem, nazwana została „Umową o kredyt hipoteczny dla osób fizycznych „mPLAN” waloryzowany kursem franka”. Zgodnie z §1 ust. 2 tej umowy Bank zobowiązał się oddać do dyspozycji Powoda kwotę w wysokości (...)zł. Kredyt jest waloryzowany do waluty obcej 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 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 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 UOKiK dotyczący spreadów, Warszawa 2009 r., s. 6).

b) Przepisy ustawy Prawo bankowe

O tym, jakie elementy powinna zawierać umowa o kredyt stanowi przepis art. 69 ust. 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (tj. Dz. U z 2016 r., poz. 1988 ze zm.), 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.

c) 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 Sąd Najwyższy, formułując w tym zakresie stosowne dyrektywy. Analiza treści ww. orzeczeń sądów (por. wyrok SN z dnia 4 listopada 2011 r., sygn. I CSK 46/11; wyrok SN z dnia 5 kwietnia 2002 r., sygn. II CKN 933/99; uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 6 marca 1992 r., sygn. III CZP 141/91, uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 22 maja 1991 r., sygn. III CZP 15/91, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 27 października 2010 r., sygn. VI ACa 775/10, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 grudnia 2011 r., sygn. I CSK 310/12), 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.

d) 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 Narodowy Bank Polski wraz Generalnym Inspektorem Nadzoru Bankowego z dnia 30 listopada 2005 r. (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 (...).

e) 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:

Klauzula nr 3016

„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” (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 9 kwietnia 2010 r., sygn. XVII AmC 959/09);

Klauzula nr 4107

„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” (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 24 lipca 2012 r., sygn. XVII AmC 285/11);

Klauzula nr 4704

„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" (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 10 lutego 2012 r., sygn. akt VI ACa 1460/11).

Istotne przy tym jest to, że ostatnim z ww. postanowień we wzorcu umownym posługiwał się mBank S.A. I choć brzmienie Kwestionowanego Postanowienia 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 pozwanego banku 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 niełojalnego 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 wyślowioną 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”.

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 także przytoczenie innego poglądu zawartego w ww. uchwale składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2015 r. (sygn. akt III CZP 17/15). Zdaniem Sądu Najwyższego skutki zapadłego wyroku działają na rzecz konsumentów w sporach indywidualnych toczonych z przedsiębiorcą, który stosował postanowienie wpisane do rejestru.

Podsumowując, należy zauważyć, że Powód kwestionuje postanowienie, które zostało już wpisane do rejestru postanowień niedozwolonych wobec mBank S.A., w związku z czym może on 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.

Zgodnie z poglądem wyrażonym przez Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 8 września 2016 r. (sygn. akt I ACa 288/16), „Zdaniem Sądu w takim układzie faktycznym należy podzielić stanowisko, zgodnie z którym pomiędzy sprawą o uznanie postanowień wzorca za niedozwolone (kontrola abstrakcyjna) a incydentalną kontrolą wzorca umowy występuje prejudycjalność w szerokim znaczeniu. W przypadku istnienia prawomocnego wyroku uznającego postanowienia wzorca umownego za niedozwolone, które zostały wpisane do rejestru klauzul abuzywnych, sąd, dokonując kontroli incydentalnej wzorca umownego, nie może samodzielnie rozstrzygać co do tych samych postanowień wzorca. Stanowisko takie wynika z faktu, iż przepisy art. 385(1) k.c. stanowią materialnoprawną podstawę oceny kontrolowanych postanowień, zarówno w toku procedury kontroli abstrakcyjnej, wyznaczonej przez przepisy art. 479(36) - 479(46) k.p.c., jak i w toku kontroli incydentalnej, a zatem również ten przepis musi być traktowany jako wyznaczający jedną, adekwatną dla obu trybów kontroli, sankcję za zastosowanie niedozwolonego postanowienia umownego, która powstaje z mocy prawa i z tego powodu wywiera skutek *ex tunc*. Zatem uznanie wzorca umownego za niedozwolony w ramach kontroli abstrakcyjnej musi stanowić prejudykat dla analogicznego rozstrzygnięcia przeprowadzanego w ramach kontroli incydentalnej”.

W podobny sposób wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 25 marca 2015 r. (sygn. akt I ACa 1195/14), który stwierdził, że „Uznanie wzorca umownego za niedozwolony w ramach kontroli abstrakcyjnej musi stanowić prejudykat dla analogicznego rozstrzygnięcia przeprowadzanego w ramach kontroli incydentalnej, co wynika z art. 385(1) § 1 k.c. Z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Kontrola abstrakcyjna rzeczowego wzorca została przeprowadzona i okoliczność ta nie może zostać pominięta w niniejszym postępowaniu, bowiem taki zarzut podnieśli pozwani. Bezskuteczność niedozwolonych klauzul następuje *ex lege* i *ex tunc*, a w ich miejsce wchodzi odpowiednie przepisy dyspozytywne. Sąd Apelacyjny wskazuje na zapatrywanie Sądu Najwyższego, że skutkiem wpisu do rejestru postanowień wzorców umownych uznanych za niedozwolone jest to, że nikt - a w szczególności konsument - nie może ponownie żądać uznania tego samego postanowienia stosowanego przez tego samego przedsiębiorcę w tym samym wzorcu. Ale także i dalej, gdyż żądanie takie nie może być skierowane także przeciwko innemu przedsiębiorcy”.

f) 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).

III. Stanowisko Prezesa Urzędu

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.

a) Relacja przedsiębiorca - konsument

Przepis art. 385(1)§1 k.c. znajduje zastosowanie do umów zawieranych przez **przedsiębiorców z konsumentami**. Przepis art. 385(1) § 1 k.c. został wprowadzony do k.c. na podstawie art. 18 ustawy z dnia 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny (Dz.U. z 2000 r. Nr 22 poz. 271) i wszedł w życie w dniu 1 lipca 2000 r. Uzasadnieniem dla wprowadzenia do k.c. regulacji art. 385¹ k.c. była konieczność wdrożenia do prawa polskiego postanowień dyrektywy nr 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz. Urz. WE L 95 z 21.04.1993, s. 29). Zakres, przedmiot oraz technika zawarte w tym przepisie są ściśle wzorowane na ww. dyrektywie (por. Uzasadnienie projektu ustawy o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny - druk sejmowy Sejmu RP III kadencji nr 945 - dostępny na stronie internetowej <http://www.sejm.gov.pl/>).

Zgodnie z art. 6 ust. 1 tej dyrektywy państwa członkowskie zostały zobowiązane ustanowić w prawie krajowym regulacje, na mocy których nieuczciwe warunki w umowach zawieranych przez sprzedawców lub dostawców z konsumentami nie będą dla konsumentów wiążące, a umowa w pozostałej części będzie nadal obowiązywała strony, jeżeli jest to możliwe po wyłączeniu z niej nieuczciwych warunków. Zgodnie z art. 2 dyrektywy pojęcie "sprzedawca lub dostawca" oznacza każdą osobę fizyczną lub prawną, która w umowach objętych dyrektywą działa w celach dotyczących handlu, przedsiębiorstwa lub zawodu, bez względu na to, czy należy do sektora publicznego czy prywatnego. Zawarte w dyrektywie pojęcie „sprzedawca lub dostawca” znajduje odzwierciedlenie w art. 43(1) k.c. Zgodnie z art. 43(1)

k.c. przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna, o której mowa w art. 33(1)§ 1, prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową. Ze względu na brak wyjaśnienia w k.c. pojęcia działalności gospodarczej stosować się powinno zawierający takie objaśnienie art. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 584 ze zm.) (tak Katner W.J., Komentarz do art. 43¹ k.c. (w:) Księżak P. (red.), Pyziak-Szafnicka M. (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna, Warszawa 2014), ponieważ pojęcie działalności gospodarczej jest tożsame z prowadzeniem przedsiębiorstwa na gruncie k.c. Zgodnie z art. 2 tej ustawy działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. Jednocześnie zgodnie z art. 22(1) k.c. za konsumenta uważa się osobę fizyczną dokonującą z przedsiębiorcą czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową.

W niniejszej sprawie nie ulega wątpliwości, że analizowane postanowienie dotyczy umowy zawartej przez przedsiębiorcę z konsumentem. Stronami czynności prawnej są bank, który w zakresie swojej działalności gospodarczej udziela kredytu, oraz konsument. Z treści umowy wynika, że Powód - osoba fizyczna - zawarł umowę o kredyt, który miał być przeznaczony na zakup nieruchomości. Jednocześnie na podstawie pism procesowych Powoda i Pozwanego można przyjąć, że status Powoda jako konsumenta wydaje się w niniejszej sprawie niekwestionowany.

b) Brak indywidualnego uzgodnienia postanowień umownych

Przepis art. 385(1)§ 3 k.c. nakazuje uznać za niezgodnione indywidualnie „*te postanowienia umowy, na których treść konsument nie miał rzeczywistego wpływu. W szczególności odnosi się to do postanowień umowy przejętych z wzorca umowy zaproponowanego konsumentowi przez kontrahenta*”. Dokonanie oceny, czy postanowienie było indywidualnie negocjowane wymaga zatem zbadania okoliczności związanych z procesem kontraktowania. Jeśli przy zawieraniu umowy postanowienia nie były między stronami negocjowane, zostały przez przedsiębiorcę ustalone jednostronnie i konsument nie miał rzeczywistego wpływu na ich treść, to należy uznać, że nie były indywidualnie uzgodnione. Taka sytuacja ma miejsce najczęściej wtedy, gdy przedsiębiorca w obrocie z konsumentami posługuje się odgórnie ustalonymi wzorcami umowy (wtedy postanowienie jest zawarte we wzorcu umowy), ale może też mieć miejsce wtedy, gdy postanowienie zostaje przejęte do umowy ze wzorca umownego (jest narzucone).

Nie ulega wątpliwości, że przedmiotowa umowa stanowi przykład tzw. umowy adhezyjnej, czyli takiej, w której warunki umowne określane są jednostronnie przez przedsiębiorcę. Przy zawieraniu umów z konsumentami bank posługuje się opracowanym przez siebie wzorcem umownym, dlatego możliwości negocjacyjne osoby przystępującej do umowy są ograniczone. Adhezyjny charakter umowy znajduje potwierdzenie w treści pism procesowych stron. Powód w swoim pozwie twierdzi, iż nie miał możliwości negocjowania warunków umowy, w szczególności nie istniała żadna możliwość negocjowania zmiany oprocentowania kredytu (s. 4 pozwu), a Pozwany tym twierdzeniom w swoich pismach procesowych nie zaprzecza. Trzeba podkreślić, że zgodnie z art. 385(1) §4 k.c. ciężar

dowodu, że postanowienie zostało uzgodnione indywidualnie, spoczywa na tym, kto się na to powołuje.

c) Kwestionowane postanowienie reguluje istotny element umowy kredytu w sposób niejednoznaczny

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. Zdaniem Prezesa Urzędu, przedmiotowe postanowienie określa główne świadczenie stron, jednakże niejednoznacznie. Taki sam pogląd wyraził Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z dnia 30 kwietnia 2014 r., sygn. I ACa 1209/13, w którym stwierdził, że klauzula dotycząca zmiany zasad oprocentowania kredytu określa świadczenie główne stron, jednak nie została sformułowana w sposób jednoznaczny, co pozwala na dokonanie jej kontroli na podstawie art. 385 (1) k.c.

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.

d) Sprzeczność z dobrymi obyczajami oraz rażąco naruszenie interesów konsumentów

Przedmiotowe postanowienie określa główne świadczenia stron, lecz z uwagi na fakt, że nie zostało ono sformułowane w sposób jednoznaczny (czyli nie rodzący wątpliwości czy dopuszczający jedynie jedną interpretację), podlega ocenie pod kątem abuzywności.

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, świadczą 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 nie poddający 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 na wysoką kwotę, co dodatkowo negatywnie wpływa na sytuację finansową konsumenta.

Tym samym, należy uznać, że Kwestionowane Postanowienie jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i rażąco narusza interesy konsumentów.

Jednocześnie Prezes Urzędu wskazuje, że dla oceny przesłanki rażącego naruszenia interesów konsumentów trzeba 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 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.UE 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.UE L.2016.276.17, Polskie wydanie specjalne, rozdział 15, tom 2, s. 288; sprostowanie ukazało się ponadto 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 - dla uznania postanowienia umownego za rażąco naruszające interesy konsumentów nie są miarodajne okoliczności będące konsekwencjami wykonywania umowy, ale moment zawarcia umowy. Wobec tego powołanie w tej sprawie biegłego i ustalenie wysokości obowiązującego oprocentowania na podstawie jego opinii prowadziłoby de facto do samowolnego (nieokreślonego wolą stron) wskazania przez Sąd I instancji wysokości

świadczenia (wysokości oprocentowania). Wskazać należy, że żaden przepis (taki jak np. art. 357 (1) § 1 lub 358 (1) § 3 k.c.) obowiązującego prawa nie upoważnia sądów do zmiany umowy. Co więcej, takie rozstrzygnięcie byłoby niezgodne z prawem Unii Europejskiej. TSUE wielokrotnie wskazywał, że sąd krajowy nie jest uprawniony do samodzielnego zastępowania abuzywnych klauzul umownych innymi postanowieniami. Przytoczyć w tym miejscu należy w szczególności wyrok TSUE z 14 czerwca 2012 r. w sprawie C-618/10, który odnosił się do kwestii uprawnienia do uzupełnienia przez sąd umowy w wypadku wystąpienia nieuczciwego (czyli niedozwolonego) postanowienia umownego:

„22 Na podstawie art. 83 dekrety legislacyjnego 1/2007:

>>1. Nieuczciwe warunki będą nieważne z mocy samego prawa i uznane będą za nieistniejące.

2. Część umowy dotknięta nieważnością zostanie uzupełniona zgodnie z postanowieniami art. 1258 kodeksu cywilnego oraz z zasadą dobrej wiary. W tym celu sąd orzekający o nieważności tych warunków posiada uprawnienia do miarkowania praw i obowiązków stron, przy utrzymaniu umowy, a także prawo do orzekania o skutkach jej bezskuteczności w przypadku znacznej szkody dla konsumenta i użytkownika. Tylko wtedy, gdy utrzymane warunki ustalają nierówne położenie, które nie może zostać sanowane, sąd może orzec o bezskuteczności umowy<<.

23 Artykuł 1258 kodeksu cywilnego stanowi:

>>Umowy są zawierane poprzez zwykłe złożenie zgodnych oświadczeń i zobowiązują od tego momentu nie tylko do wykonania wyraźnie uzgodnionych postanowień, ale również do wszystkich skutków, które pod względem ich charakteru odpowiadają wymogom dobrej wiary, przyjętym w danym środowisku obyczajom i ustawie<<.”

W tym stanie rzeczy (warto zwrócić uwagę na zbliżoną treść art. 1258 hiszpańskiego kodeksu cywilnego oraz art. 56 k.c.) Sąd orzekł, że:

„73 W świetle powyższego na pytanie drugie należy odpowiedzieć, że art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 należy interpretować w ten sposób, iż sprzeciwia się on uregulowaniu państwa członkowskiego takiemu jak art. 83 dekrety legislacyjnego 1/2007, który zezwala sądowi krajowemu, przy stwierdzeniu nieważności nieuczciwego warunku w umowie zawartej między przedsiębiorcą a konsumentem, na uzupełnienie rzeczonyj umowy poprzez zmianę treści owego warunku.”

Interpretacja ta została ostatnio po raz kolejny potwierdzona w wyroku TSUE z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawach połączonych C-154/15, C-307/15 i C-308/15:

„ 57 W tym celu **do sądu krajowego należy wyłącznie i jedynie wykluczenie stosowania nieuczciwego warunku umownego, tak aby nie mógł on wywoływać wiążącego skutku wobec konsumenta, przy czym sąd ów nie jest uprawniony do zmiany treści tego warunku** (zob. podobnie wyrok z dnia 14 czerwca 2012 r., Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, pkt 65).

(...)

60 Po drugie, sąd krajowy **nie może zostać uprawniony do zmiany treści nieuczciwych warunków, bez przyczyniania się do wyeliminowania zniechęcającego skutku wywieranego na przedsiębiorców poprzez zwyczajne i proste niestosowanie tych nieuczciwych warunków**

wobec konsumentów (zob. podobnie wyrok z dnia 21 stycznia 2015 r., Unicaja Banco i Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 i C-487/13, EU:C:2015:21, pkt 31 i przytoczone tam orzecznictwo).

61 Z powyższych rozważań wynika, iż art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 należy interpretować w ten sposób, że warunek umowny uznany za nieuczciwy należy co do zasady uznać za nigdy nieistniejący, tak by nie wywoływał on skutków wobec konsumenta. **W związku z tym sądowe stwierdzenie nieuczciwego charakteru takiego warunku powinno mieć co do zasady skutek w postaci przywrócenia sytuacji prawnej i faktycznej konsumenta, w jakiej znajdowałby się on w braku rzezonego warunku.**”.

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

Ustosunkowując się do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2015 r. (sygn. II CSK 768/14) 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 miałaby 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 kategoriyczną krytyką ze strony doktryny (por. T. Czech, Odpowiedzialność banku za stosowanie abuzywnej klauzuli zmiennego 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).

Warto podkreślić, że zgodnie z art. 398 (20) k.p.c, związanie 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, „zblizona 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 Nacjonatna zdrownoosiguritelna 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.

IV. Skutki stosowania niedozwolonego postanowienia umownego

a) Niezwiązanie stron abuzywnymi postanowieniami umownymi

Regulacja przepisów o niedozwolonych postanowieniach umownych, a zwłaszcza art. 385(1) k.c., nie pozostawia wątpliwości, iż postanowienia dotknięte abuzywnością „nie wiążą konsumenta”. Należy stwierdzić, że dane postanowienie przestaje wiązać już w chwili zawarcia umowy. Oznacza to, iż 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).

Jak podnosi się w doktrynie „skutkiem prawnym zaistnienia niedozwolonego postanowienia umownego jest częściowa bezskuteczność, polegająca na tym, że postanowienie umowne uznane za niedozwolone staje się bezskuteczne (*verba legis* „nie wiąże” - art. 385(1) § 2 k.c.), natomiast w pozostałym zakresie umowa jest wiążąca. Innymi słowy „brak związania” postanowieniem umownym na skutek uznania go za niedozwolone nie oznacza nieważności

czy bezskuteczności umowy w całości, a jedynie w określonym zakresie (art. 385(1) § 2 k.c.)” (tak: A. Rzetecka-Gil, Kodeks cywilny. Zobowiązania - część ogólna, LEX 159698).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, należy przyjąć, że skoro niedozwolone postanowienie umowne (zarówno jego element decyzyjny, jak i parametryczny) 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 z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz.U.UE L.1993.95.29). 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”.

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.

b) TSUE o możliwych skutkach zamieszczenia w umowie niedozwolonych postanowień umownych

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.

c) 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 niechętnego 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, konstruuując 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).

d) 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”.

Stanowisko takie prezentowane jest również w doktrynie - „luka spowodowana jego [postanowienia - przyp. Prezesa UOKiK] bezskutecznością może zostać wypełniona przez odpowiednie przepisy prawa o charakterze dyspozytywnym. Stanie się tak jednak jedynie wówczas, gdy istnieją w systemie obowiązującego prawa przepisy dyspozytywne, które dotyczą kwestii regulowanych odmiennie w postanowieniu uznanym za klauzulę niedozwoloną” (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.).

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.

e) Możliwość zmiany treści abuzywnego postanowienia przez sąd

Rozważając możliwość zmiany przez sąd treści niedozwolonych postanowień zawartych w umowie, należy w szczególności odnieść się do orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który wielokrotnie wypowiedział się na ten temat.

Jak stwierdził Trybunał w jednym z wyroków, sądy krajowe nie są uprawnione do zmiany treści nieuczciwego warunku umownego (wyrok TSUE z dnia 14 czerwca 2012 r., sygn. akt C-618/10; Banco Español de Crédito SA vs Joaquín Calderón Camina, pkt 65). W opinii Trybunału zawartej w tym wyroku: „Uprawnienie to przyczyniłoby się bowiem do wyeliminowania zniechęcającego skutku wywieranego na przedsiębiorców poprzez zwykły brak stosowania takich nieuczciwych warunków wobec konsumentów”.

Problematyka ta została również szeroko omówiona przez Trybunał w innej sprawie - „gdyby sąd krajowy mógł zmieniać treść nieuczciwych warunków zawartych w takich umowach, uprawnienie takie 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 wciąż byłiby oni skłonni do stosowania rzeczonych warunków ze świadomością, że nawet gdyby miały one zostać unieważnione, to umowa może jednak zostać uzupełniona w niezbędnym zakresie przez sąd krajowy, tak aby zagwarantować w ten sposób interes rzeczonych przedsiębiorców” (wyrok TSUE z dnia 30 kwietnia 2014 r., sygn. akt C-26/13; Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai vs OTP Jelzálogbank Zrt, pkt 79).

Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, że sądy nie są uprawnione do zmiany treści abuzywnych postanowień umownych.

f) Brak istotnego elementu umowy i niemożność wykonywania umowy

W niniejszej sprawie, w konsekwencji abuzywności i bezskuteczności *ex tunc* postanowienia określającego przesłanki zmiany oprocentowania, umowa kredytowa nie zawiera elementu, który pozwalałby wyliczyć wysokość wynagrodzenia jakie kredytobiorca zobowiązany byłby 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).

g) 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. Kozieł, 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.

h) Konsekwencje nieważności

Nieważność zawsze rodzi po stronie kontrahentów poważne skutki. 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 odstraszący efekt z jakim stosowanie klauzul abuzywnych powinno się wiązać i przenosić skutki ich stosowania na konsumentów, którzy w niniejszej sprawie każdorazowo zmuszeni byłiby korygować wysokość naliczonych przez Bank odsetek na drodze postępowania sądowego po zasięgnięciu przez sąd opinii biegłego.

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 konsument z taką ewentualnością się godzi.

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., Pannon GSM Zrt. Vs Erzsébet Sustikné Gyórfi, C-243/08, 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.).

V. Podsumowanie

Konkludując, jako abuzywne Kwestionowane Postanowienie nie wiąże konsumenta *ex lege* i *ex tunc*. 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 Prawo bankowe.

Tym samym 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. 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. Ewentualne stwierdzenie nieważności powinno być jednakże traktowane jako rozwiązanie ostateczne, brane pod uwagę jedynie w przypadku, gdy 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 jednak na uwadze, że choć Powód ma świadomość, że najdalej idącym skutkiem stwierdzenia abuzywności postanowienia może być nieważność całej umowy (vide: wniosek o wydanie istotnego poglądu s. 2), to dotychczas nie formułował tak dalekich wniosków, bowiem opierał swoje roszczenie o zgodny zamiar stron wyrażony na etapie zawarcia umowy.

W załączeniu:

- kopia wniosku o wydanie istotnego poglądu (bez załączników),
- 2 odpisy dla stron postępowania.

*Z upoważnienia
Prezesa
Urzędu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów
Dyrektor Delegatury*

Tomasz Dec