



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**
MAREK NIECHCIAŁ

Bydgoszcz, 31 lipca 2017r.

RBG-644-01/17/KL/DL

Sąd Okręgowy w Warszawie
XXVII Wydział Cywilny - Odwoławczy
ul. Płocka 9
01-231 Warszawa

Powodowie:

(...)

reprezentowani przez:

(...)

Pozwany:

mBank Spółka Akcyjna

reprezentowany przez:

(...)

Sygn. akt XXVII Ca 3480/16

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

Zgodnie z art. 31d ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 229.), Prezes Urzędu, jeżeli uzna że przemawia za tym interes publiczny, przedstawia sądowi istotny dla sprawy pogląd w sprawach dotyczących ochrony konkurencji i konsumentów. Należy uznać, że obie przestanki muszą wystąpić łącznie.

Skala zjawiska oraz społeczne skutki sytuacji, w jakiej znaleźli się kredytobiorcy, którzy zawarli z bankami umowy kredytów hipotecznych waloryzowanych kursem CHF, oraz powszechność stosowania przez banki niedozwolonych postanowień na podstawie których konsumenci obciążani są kosztami ubezpieczeń niskiego wkładu własnego uzasadnia przestankę występowania Prezesa UOKiK 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 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 przestanki zmiany oprocentowania kredytu hipotecznego, Prezes Urzędu uznał



za zasadne i konieczne przedstawienie istotnego poglądu w niniejszej sprawie, sformułowanego w związku z wnioskiem Powodów.

W związku z powyższym, działając na podstawie art. 31d u.o.k.k. Prezes Urzędu przedstawia sądowi istotny pogląd dla przedmiotowej sprawy.

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) 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 pełnomocnika Powodów z dnia 8 grudnia 2016 r.,
2. odpis pozwu z dnia 30 września 2015 r.,
3. umowę nr (...) o kredyt hipoteczny dla osób fizycznych „Multiplan” waloryzowany kursem CHF zawartą dnia 4 września 2006 r., (zwaną dalej: Umową), zmienioną aneksem nr 1 zawartym w dniu 6 marca 2008 r., oraz aneksem z dnia 27 września 2011 r.,
4. Regulamin udzielania kredytów i pożyczek hipotecznych dla osób fizycznych w ramach Multiplanów,
5. odpowiedź na pozew z dnia 14 grudnia 2015 r. ,
6. pismo procesowe Powodów z dnia 12 stycznia 2016 r.,
7. wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy - Śródmieścia w Warszawie I Wydział Cywilny z dnia 17 marca 2016 r.,
8. apelacja Powodów z dnia 25 kwietnia 2016 r.,
9. apelacja Pozwanego z dnia 27 kwietnia 2016 r.,
10. odpowiedź na apelację pozwanego z dnia 21 czerwca 2016 r.,
11. odpowiedź na apelację Powodów z dnia 21 lipca 2016 r.

Stan faktyczny

Pismem z dnia 8 grudnia 2016 r. pełnomocnik Powodów skierował do Prezesa UOKiK wniosek o przedstawienie istotnego poglądu w sprawie o zapłatę nienależnie pobranych przez mBank S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: mBank, Bank, Pozwany) świadczeń, powstałych wskutek wprowadzenia postanowień niedozwolonych do Umowy Nr (...) o kredyt hipoteczny dla osób fizycznych „MULTIPLAN” waloryzowany kursem CHF z dnia 4 września 2006 r. zawartej przez Powodów z Pozwanym (dawniej: BRE Bankiem S.A. z siedzibą w Warszawie). W postępowaniu sądowym, które toczyło się przed Sądem Rejonowym dla Warszawy Śródmieścia w Warszawie, Powodowie zarzucali, iż Pozwany w Umowie posłużył się niedozwolonymi postanowieniami dotyczącymi: ubezpieczenia niskiego wkładu własnego kredytu (§ 3 ust. 4 Umowy), waloryzacji kredytu i rat kredytu do waluty obcej (§ 7 ust. 1 in fine, § 11 ust. 5 oraz § 13 ust. 5 Umowy), a także dotyczące zmiany oprocentowania kredytu (§ 1 ust. 8, § 10 ust. 2 Umowy). Na podstawie postanowienia niskiego wkładu własnego Bank uzyskiwał świadczenie nienależne. Natomiast w oparciu o klauzule waloryzacyjne oraz klauzule zmiany oprocentowania kredytu Pozwany mógł jednostronnie określać wysokość kwoty kredytu, a w konsekwencji wysokości długu Powodów. Powodowie wnosili o uznanie ww. klauzul za postanowienia niedozwolone i stwierdzenie ich bezskuteczności w zawartej z Bankiem Umowie.

Wyrokiem z dnia 17 marca 2016 r. Sąd Rejonowy dla Warszawy Śródmieścia w Warszawie I Wydział Cywilny (sygn. akt: I C 3066/15) uznał żądanie Powodów w zakresie stwierdzenia abuzywności postanowienia dotyczącego ubezpieczenia niskiego wkładu własnego kredytu, wskazując, iż spełnia ono przesłanki z art. 385¹ § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (tekst jednolity: Dz.U. z 2017 r. , poz. 459 ze zm; dalej: k.c.). W pozostałej części oddalił powództwo, wskazując m.in., iż kwestionowane przez Powodów postanowienia nie spełniają przesłanek abuzywności.

Odnosnie uznania abuzywności postanowienia dotyczącego ubezpieczenia niskiego wkładu własnego kredytu sąd w uzasadnieniu orzeczenia powołał się na treść wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - Sad Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK) z dnia 24 sierpnia 2012 r. o sygn. akt XVII AMC 2600/11, w którym to SOKiK uznał za niedozwolone postanowienie umowne dotyczące ubezpieczenia niskiego wkładu własnego kredytu, którego treść była prawie identyczna z postanowieniem wskazywanym przez Powodów. Zgodnie z art. 365 § 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (tekst jednolity Dz.U. z 2016 r. poz. 1822 ze zm; dalej: kpc) orzeczenie prawomocne wiąże strony i sąd, który je wydał, lecz również inne sądy oraz inne organy państwowe i organy administracji publicznej, a w wypadkach w ustawie przewidzianych także inne osoby. Różnice pomiędzy ww. postanowieniami miały jedynie charakter kosmetyczny, wobec powyższego należało uznać abuzywność klauzuli dotyczącej ubezpieczenia niskiego wkładu własnego. Nadto sąd orzekający dokonał kontroli incydentalnej ww. postanowienia, wskazując w uzasadnieniu orzeczenia, iż spełnia ono przesłanki abuzywności zgodnie z art. 385¹ § 1 kc. Odnosnie wskazanych przez Powodów klauzul waloryzacyjnych oraz klauzul zmiany oprocentowania, sąd orzekający nie uznał zasadności żądania uznania ich abuzywności, bowiem nie spełniają one wymogów zawartych w art. 385¹ kc. Sąd w uzasadnieniu swojego stanowiska opisał mechanizm przeliczania kwoty kredytu oraz poszczególnych jego rat na podstawie klauzul waloryzacyjnych. Sąd zauważył, iż wyznaczone przez Bank spready i tabele kursowe są uzależnione od kursów wyznaczanych przez NBP oraz kurs rynkowy. „Ponadto w ocenie Sądu każdy logicznie myślący człowiek doświadczony życiowo powinien zdawać sobie sprawę, że bank nie może dowolnie kształtować kursu walutowego. Świadczy o tym chociażby zmiana tabeli kursowej banku a częstotliwość jej zmian stanowi odzwierciedlenie w zakresie zmian na rynku walutowym”. Sąd zauważył również, że tabele kursowe obowiązują od momentu ich publikacji. Na stronie internetowej Banku następuje ona niezwłocznie. O wysokości kursu waluty CHF kredytobiorca może również dowiedzieć się z infolinii Banku, przeznaczonej do obsługi klientów. W związku z powyższym kredytobiorca jest w stanie ustalić wysokość rat kredytu. Sąd wskazując, iż podczas zawarcia Umowy pomiędzy stronami nie doszło do ukształtowania praw i obowiązków sprzecznych z dobrymi obyczajami rażąco naruszających interes konsumentów, stwierdził, iż: „Mając na uwadze realia niniejszej sprawy, a zwłaszcza specyfikę rynku usług finansowych usług bankowych w tym usług oferowanych przez banki, należy stwierdzić, że przy tego typu usługach nierealnym jest określenie całkowitych kosztów udzielenia kredytu. Jednostronne kształtowanie zobowiązań kredytobiorcy nie jest naruszeniem jego interesów a konsekwencją mechanizmów immamentnie związanych z umową kredytu waloryzowanej kursem waluty obcej oraz ze specyfiką usług oferowanych przez banki”. Sąd zauważył także, że kredytobiorcy dążą do uzyskania jak najlepszych warunków kredytowych, dlatego Powodowie zdecydowali się na kredyt waloryzowany do waluty obcej. Jako osoby dojrzałe życiowo powinni być świadomi konsekwencji zawarcia umowy kredytu waloryzowanego do waluty obcej. Wzrost kursu CHF, spowodował, iż warunki umowy kredytu stały się niekorzystne dla Powodów, którzy podnoszą, iż nie zostali oni poinformowani o możliwości wystąpienia tak dużych różnic kursowych. Sąd wskazał, iż oczywistym jest, że: „każdy

podmiot który decyduje się na tego typu umowę ponosi ryzyko i nikt nie jest mu w stanie zagwarantować, że kurs waluty się nie zmieni, nikt nie dysponuje takimi informacjami i wiedzą o czym powodowie jako osoby dorosłe powinny zdawać sobie sprawę.” Sąd w uzasadnieniu swojego stanowiska, nie ustosunkował się szczegółowo do oceny abuzywności klauzul dotyczących zmiany oprocentowania, stwierdzając jedynie, że tak jak klauzule waloryzacyjnie nie spełniają one przesłanek z art. 385¹ k.c.

Od wyroku sądu pierwszej instancji Pozwany złożył apelację odnośnie uznania za niedozwolone postanowienie dotyczące ubezpieczenia niskiego wkładu własnego kredytu. Bank podniósł, iż w tej sprawie nie ma zastosowania prejudykat SOKiK uznający abuzywność postanowienia dotyczącego ubezpieczenia niskiego wkładu własnego kredytu. Pozwany w apelacji wskazał, również na wadliwość przeprowadzonej przez sąd pierwszej instancji kontroli incydentalnej ww. postanowienia w zakresie jego abuzywności.

Od powyższego wyroku apelację wnieśli również Powodowie i wobec uznania przez sąd pierwszej instancji, iż kwestionowane przez Powodów postanowienia Umowy dotyczące waloryzacji kredytu oraz poszczególnych rat, a także dotyczące zmiany oprocentowania kredytu nie spełniają przesłanek abuzywności, wystąpili do Prezesa Urzędu z wnioskiem o przedstawienie Sądowi Okręgowemu w Warszawie XXVII Wydział Cywilny Odwoławczy istotnego poglądu w sprawie. W uzasadnieniu wniosku Powodowie wskazali, iż zakres poglądu powinien dotyczyć skuteczności stosowanych przez mBank klauzul waloryzacji kredytu kursem swobodnie ustalany przez Bank w swojej tabeli kursowej oraz klauzuli dowolnej zmiany oprocentowania kredytu hipotecznego.

Powodowie opierają swoje powództwo na art. 405 w zw. z art. 410 oraz art. 385¹ § 1 k.c. W związku z czym opinia Prezesa Urzędu wyrażona w niniejszym istotnym poglądzie stanowi analizę treści zakwestionowanych postanowień, w tym wystąpienia możliwych skutków w przypadku uznania ich za abuzywne.

W niniejszym istotnym poglądzie nie są poruszane takie kwestie jak istota, dopuszczalność czy zasady funkcjonowania instytucji ubezpieczenia niskiego wkładu własnego jak również umów waloryzowanych kursem waluty obcej.

Niedozwolone postanowienie umowne

W przedmiotowej sprawie powód podnosi, iż w zawartej z Bankiem umowie znajdują się postanowienia niedozwolone zgodnie z art. 385¹ § 1 k.c. 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. 385¹ § 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 art. 385¹ § 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 rażąco interesy konsumenta,

5) postanowienie nie dotyczy sformułowanych w sposób jednoznaczny głównych świadczeń stron.

Zgodnie z dyspozycją art. 385¹ § 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 właśnie z konsumentem. Stronami czynności prawnej są Bank, który w zakresie swojej działalności gospodarczej udziela kredytu, oraz konsumenci. Z treści umowy wynika, że Powodowie - osoby fizyczne - zawarty umowę o kredyt, który miał być przeznaczony na cel budownictwa mieszkaniowego.

Ustawodawca w art. 385¹ § 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 określane 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.

Należy podkreślić, że kwestionowane postanowienia umowy o kredyt hipoteczny zostały wprost przejęte z wzorca umowy zaproponowanego konsumentowi przez kontrahenta, a Powodowie nie mieli żadnego wpływu na treść przedmiotowych postanowień. Nie zmieniają tego okoliczności związane z potencjalną możliwością czy wolą dokonania takich uzgodnień, gdyż w świetle cytowanego wyżej art. 385¹ § 3 zd. 2 k.c. takie postanowienia uważa się za niezgodnione indywidualnie.

Zgodnie z art. 385¹ § 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. Klauzule waloryzacyjne

1. Treść zakwestionowanych postanowień

Zakwestionowane w niniejszej sprawie postanowienia umowne dotyczą zasad ustalania kursów kupna i sprzedaży waluty obcej CHF i mają następującą treść:

a) „ Kwota Kredytu wyrażona w CHF walucie jest określona na podstawie kursu kupna waluty CHF z tabeli kursowej BRE Banku S.A. z dnia i godziny uruchomienia Kredytu/transzy”. (§ 7 ust. 1 in fine Umowy)

b) „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”. (§ 11 ust. 5 Umowy),

c) „Wcześniejsza spłata całości Kredytu lub raty kapitałowo-odsetkowej a także spłata przekraczająca wysokość raty powoduje, że kwota spłaty jest przeliczana po kursie sprzedaży CHF, z tabeli kursowej BRE Banku S.A., obowiązującym w dniu i godzinie spłaty”. (§ 13 ust. 5 Umowy)

2. Stan prawny oraz doktryna

a) Umowa kredytu waloryzowanego (indeksowanego) do waluty obcej

Zgodnie z § 1 ust. 3 zawartej przez Powodów z Bankiem Umowy udzielony kredyt jest waloryzowany w walucie 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 (indeksowanego) wypracowana w praktyce obrotu gospodarczego opierać się może na twierdzeniu, że jest to „(...) kredyt udzielany w walucie polskiej (PLN) 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)”¹.

Pogląd przedstawiony przez Rzecznika Finansowego w tym zakresie odpowiada definicji zaprezentowanej przez Prezesa Urzędu, który stwierdził, że kredyt waloryzowany (indeksowany) 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 złotówkach².

b) Przepisy ustawy Prawo bankowe

Zgodnie z art. 69 ust. 2 pkt 4a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1988 ze zm. - zwanej dalej także u.p.b.) w przypadku umowy o kredyt denominowany lub indeksowany do waluty innej niż waluta polska umowa ta powinna być zawarta na piśmie i określać w szczególności: 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 w związku z wejściem w życie 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, zwanej potocznie „ustawą antyspreadową”). Oznacza to, że art. 69 ust. 2 pkt 4a u.p.b. nie obowiązywał w momencie zawarcia umowy, której postanowienia są przedmiotem rozważań Prezesa Urzędu, niemniej jednak zgodnie z przepisem art. 4 tej ustawy, „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,

¹ 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.

² Raport Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów dotyczący spreadów, Warszawa 2009 r., s. 6.

w stosunku do tych kredytów lub pożyczek pieniężnych, które nie zostały całkowicie spłacone - do tej części kredytu lub pożyczki, która pozostała do spłacenia (...)"

Jednocześnie stanowisko to potwierdził Sąd Okręgowy Warszawa - Praga w Warszawie w wyroku z dnia 2 grudnia 2016 r. sygn. akt. III C 75/16, w którym stwierdził, że „wprowadzając omawiane unormowanie nie zdecydowano się na dokonanie zmiany z mocy prawa wszelkich umów indeksowanych lub denominowanych walutą obcą, lecz pozostawiono to do uzgodnień stron. Kredyt bankowy to umowa dwustronna, tak więc pomimo wskazania w ustawie, że to bank dokonuje zmiany, niewątpliwym musi być, że może ona być dokonana tylko przez zgodne oświadczenia banku i kredytobiorcy. Istotnym również jest, że we wprowadzonych przepisach art. 69 ust. 2 pkt 4a i 75b prawa bankowego nie podano żadnych kryteriów, jakimi powinny kierować się banki przy określeniu kursu wymiany walut. (...) Prawidłowe postępowanie, w celu zadośćuczynienia obowiązki wynikającemu z art. 4 ustawy z 29.07.2011 r. powinno więc polegać na podjęciu przez bank inicjatywy i przedstawieniu kredytobiorcy sposobu ustalenia kursu walut, a następnie dokonanie przez strony umowy jej zmiany. Brak działań banku uniemożliwia wprowadzenie do jej treści postanowień, które eliminowałyby ewentualne niedozwolone zapisy i w takiej sytuacji, w dalszym ciągu w umowie zawarte są klauzule abuzywne”.

W niniejszej sprawie nie ma więc zastosowania art. 4 ww. ustawy antyspreadowej, zgodnie z którym, w stosunku do kredytów, które nie zostały całkowicie spłacone przed dniem wejścia w życie tej ustawy, bank dokonuje bezpłatnej zmiany warunków umowy kredytowej w zakresie szczegółowego ustalania sposobów i terminów kursu wymiany walut. Należy bowiem zauważyć, że powyższa regulacja - skierowana do przedsiębiorcy, który na podstawie tego przepisu może zaproponować kredytobiorcom zmianę treści umowy, na którą ci ostatni godzić się nie muszą - nie stanowi przepisu dyspozytywnego, który możliwy byłby do wykorzystania w niniejszej sprawie.

Należy zwrócić uwagę na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2015 r. sygn. akt IV CSK 362/14, w którym sąd ten stwierdził, że 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, 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 ze stanowiskiem sądu wyrażonym w tej sprawie. Sąd powinien był wziąć pod uwagę nie to, w jaki sposób umowa kredytu była wykonywana na podstawie niedozwolonego postanowienia, a ocenić ewentualną abuzywność i bezskuteczność wobec konsumentów danego postanowienia w chwili zawarcia umowy.

c) Postanowienia dotyczące zasad ustalania kursów walut obcych wpisane do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone

Na wstępie należy wskazać, iż zdaniem Prezesa Urzędu, jako prejudykat w postępowaniu indywidualnym o uznanie danego wzorca umowy za niedozwolone, można uznać klauzule wpisane do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone (dalej także jako: Rejestr), obejmujące również innych przedsiębiorców aniżeli podmiot, w stosunku do którego wydano postanowienie wpisane do Rejestru. Należy zwrócić uwagę, że Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej także jako TSUE), w wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r. sygn. akt C-119/15, Biuro podróży „Partner” sp. z o.o. sp. k. w Dąbrowie Górniczej

vs. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów stwierdził, że nie jest sprzeczny z dyrektywą system Polski, w którym Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów odnosi skutek również wobec wszystkich przedsiębiorców po wpisaniu danego postanowienia do Rejestru. W takim wypadku, zdaniem Prezesa Urzędu, prawidłowe jest stanowisko wyrażone w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 13 lipca 2006 r., sygnatura akt III SZP 3/06, zgodnie z którym „*Stosowanie postanowień uznanych za niedozwolone prawomocnym wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów i wpisanych do Rejestru, o którym mowa w art. 479⁴⁵ § 2 k.p.c., może być uznane w stosunku do innego przedsiębiorcy za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów (...)*”.

Biorąc powyższe pod uwagę, poniżej Prezes UOKiK przytacza postanowienie wpisane do rejestru, a dotyczące oceny zgodności z art. 385¹ § 1 k.c., klauzuli w zakresie waloryzacji, kwoty kredytu (tzw. Waloryzacji inicjalnej), które było przedmiotem oceny Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w konsekwencji czego zostało wpisane do Rejestru:

Klauzula nr 3178 (wpisana wobec Banku Millennium S.A.)

„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 ten 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”.

Należy również zwrócić uwagę na inne postanowienia dotyczące waloryzacji rat kredytu zamieszczone w rejestrze, których treść normatywna, w tym skutek, jest identyczny jak w postanowieniu analizowanym w niniejszym postępowaniu:

Klauzula nr 5743 (wpisana wobec BRE Banku S.A.)

„Raty kapitałowo-odsetkowe oraz odsetkowe splate 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) (wyrok SOKiK z dnia 27 grudnia 2010 r. sygn. XVII AmC 1531/09 oraz utrzymujący go w mocy wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 7 maja 2013 r., sygn. akt VI ACa 441/13).

SOKiK w ww. wyroku stwierdził, że z analizowanego postanowienia wynika, że rata kredytu splateana jest przez klienta w złotych polskich w wysokości wynikającej z przeliczenia należnej kwoty wyrażonej we frankach szwajcarskich na PLN według kursu sprzedaży CHF zamieszczonego w tabeli kursowej (...) Banku S.A. obowiązującego na dzień spłaty z godziny 14:50. Zdaniem Sądu, Bank przyznał sobie w ten sposób prawo do jednostronnego regulowania wysokości rat kredytu waloryzowanego kursem CHF poprzez wyznaczanie w tabelach kursowych kursu sprzedaży franka szwajcarskiego oraz wartości spreadu walutowego (rozumianego jako różnica pomiędzy kursem sprzedaży a kursem zakupu waluty obcej). Nie ma przy tym znaczenia okoliczność, że tabele kursów walut nie są przez pozwanego sporządzane specjalnie na potrzeby waloryzacji świadczeń kredytobiorców,

ale mają generalny charakter i odnoszą się do całej działalności Banku. Istotne z punktu widzenia niniejszej sprawy jest bowiem to, że waloryzacja rat kredytów udzielanych na podstawie analizowanej Umowy o kredyt hipoteczny odbywa się w oparciu o tabele kursowe sporządzane przez pozwanego. Nie ma zatem znaczenia to, że te same tabele Bank wykorzystuje też w innych sferach swojej działalności, a nie tylko do waloryzacji kredytów.

W ocenie sądu, o abuzywności kwestionowanego w pozwie postanowienia decyduje fakt, że uprawnienie Banku do określania wysokości kursu sprzedaży CHF nie doznaje żadnych formalnie uregulowanych ograniczeń. Wzorec umowy o kredyt hipoteczny nie precyzuje bowiem sposobu ustalania kursu wymiany walut wskazanego w tabeli kursów Banku. W szczególności postanowienia przedmiotowej umowy nie przewidują wymogu, aby wysokość kursu ustalanego przez Bank pozostawała w określonej relacji do aktualnego kursu CHF ukształtowanego przez rynek walutowy lub na przykład kursu średniego publikowanego przez Narodowy Bank Polski. Oznacza to, że Bankowi pozostawiona została dowolność w zakresie wyboru kryteriów ustalania kursu CHF w swoich tabelach kursowych, a przez to kształtowania wysokości zobowiązań klientów, których kredyty waloryzowane są kursem CHF.

Sąd zauważył również, że zakwestionowane postanowienie umowne dawało Bankowi możliwość uzyskania korzyści finansowych stanowiących dla kredytobiorcy dodatkowe koszty kredytu, których oszacowanie nie jest możliwe. Znamienne bowiem, że czynniki obiektywne, a zatem sprawdzalne z punktu widzenia konsumenta, jak w szczególności wysokość rynkowych kursów wymiany CHF, tylko częściowo wpływają na ostateczny koszt kredytu ponoszony przez konsumenta. Kurs sprzedaży waluty obcej określony w tabeli kursowej Banku zawiera bowiem marżę kupna lub sprzedaży, która to wartość jest zależna wyłącznie od woli Banku. W ocenie Sądu, taka regulacja stanowiła o naruszeniu przez Bank dobrych obyczajów. Te nakazują bowiem, aby ponoszone przez konsumenta koszty związane z zawarciem umowy były możliwe do przewidzenia.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego w Warszawie, który w wyniku wniesionej przez Bank apelacji podzielił stanowisko SOKiK, kwestionowane postanowienie spełnia wszystkie - określone w art. 385¹ § 1 k.c. - przesłanki do uznania go za abuzywne. Według tego sądu 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 rażące 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.

Nadto Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 8 września 2016 r. (sygn. akt I ACa 288/16), wyraził pogląd, 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. 385¹ k.c. stanowią materialnoprawną

podstawę oceny kontrolowanych postanowień, zarówno w toku procedury kontroli abstrakcyjnej, wyznaczonej przez przepisy art. 479³⁶ - 479⁴⁶ 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”.

Należy zwrócić uwagę, iż już sam prawomocny wyrok wydany w ramach kontroli abstrakcyjnej stanowi prejudykat w zakresie tego czy dane postanowienie ma charakter niedozwolony. Zgodnie z art. 479⁴³ kodeksu postępowania cywilnego „wyrok prawomocny ma skutek wobec osób trzecich od chwili wpisania uznanego za niedozwolone postanowienia wzorca umowy do rejestru, o którym mowa w art. 479⁴⁵ § 2”. Oznacza to, że wyrok SOKiK (lub wyrok Sąd Apelacyjny w Warszawie) mają tzw. rozszerzoną skuteczność. Należy zauważyć, że wpis znajdujący się pod numerem 5743 dotyczy BRE Banku S.A. (obecna nazwa mBank S.A.), który jest Pozwanym w niniejszej sprawie.

Warto w tym miejscu także zwrócić uwagę, że stwierdzenie, iż postanowienie ma charakter niedozwolony powoduje, że nie wiąże ono konsumenta z mocy samego prawa (*ex lege*) i od początku (*ex tunc*). Zatem, stwierdzenie przez Sąd w kontroli abstrakcyjnej, że postanowienie ma charakter niedozwolony działa wstecz także w stosunku do umów zawartych na podstawie wzorców, które zawierały dane postanowienie w przeszłości. Wynika to także z faktu, że Rejestr prowadzony przez Prezesa UOKiK (na co wskazuje jego nazwa) jest rejestrem niedozwolonych postanowień, a nie zakazanych wzorców, a literalne brzmienie 479⁴³ k.p.c. wskazuje, że wyrok w sprawie kontroli abstrakcyjnej ma skutek także wobec osób trzecich (zgodnie z najnowszą linią orzecniczą Sądu Najwyższego mowa tu o konsumentach, którzy zawarli umów z przedsiębiorcą, którego dotyczy wpis).

Argumenty za tym, że rozstrzygnięcia SOKiK stanowią prejudykat dla spraw z zakresu kontroli incydentalnej znaleźć można w uchwale 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2015 r. (sygnatura akt III CZP 17/15):

- „Należy dodać, że działanie prawomocności materialnej w aspekcie mocy wiążącej nie może oznaczać bezpośredniej ingerencji w indywidualne stosunki materialnoprawne, lecz tylko konieczność uznania - w przypadku sporu na tle takich stosunków - że dane postanowienie umowne powielające postanowienie wzorca umowy uznane za niedozwolone i wpisane do rejestru, o którym mowa w art. 479⁴⁵ § 2 k.p.c., lub postanowienie identyczne z nim w treści, jest niedozwolone (por. też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 września 2013 r., II CSK 708/12, niepubl.). Rozwiązanie to - kierunkowo - mieści się w ramach wynikających z dyrektywy 93/13 oraz odpowiada płynącym z nich wymaganiom w ujęciu Trybunału (wyrok w sprawie Invitel)” (drugi akapit ze str. 11 uchwały).

- „Stanowisko, że wyrok uwzględniający powództwo o uznanie postanowienia wzorca umowy za niedozwolone działa na rzecz wszystkich, ale wyłącznie przeciwko pozwanemu przedsiębiorcy, harmonizuje z postulatem zagwarantowania prawa do wysłuchania. Działanie prawomocności materialnej przedmiotowego wyroku na rzecz wszystkich nie prowadzi do naruszenia prawa do wysłuchania osób trzecich, które nie uczestniczyły w postępowaniu po stronie powodowej, gdyż chodzi o wyrok, który jest dla nich korzystny. Nie ma potrzeby, aby inne osoby mogły wszczynać na nowo postępowanie o uznanie za niedozwolone postanowienia wzorca umowy o tej samej treści normatywnej przeciwko temu samemu pozwanemu przedsiębiorcy, gdyż skutki wyroku działają na ich rzecz w indywidualnych sporach z tym przedsiębiorcą” (pierwszy akapit ze str. 18 uchwały).

W podobny sposób wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 25 marca 2015 r. (sygnatura 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. 385¹ § 1 kodeksu cywilnego. 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 podniósł powód. 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**".

Powyższe stanowisko jest także wyrażane przez doktrynę: „(...) skutek wiążący wyroku uwzględniającego powództwo wydane w ramach kontroli abstrakcyjnej wyraża się także w tym, że abstrakcyjne uznanie postanowienia wzorca umowy za niedozwolone wiąże sądy oceniające skuteczność postanowienia w indywidualnych postępowaniach, co dotyczy - jak wynika z wyroku TS w sprawie *Invitel* - oceny wykorzystania postanowienia w umowach zawartych zarówno przed wpisem postanowienia do rejestru, jak i po tej chwili. Postanowienia uznane za niedozwolone *in abstracto* muszą być - bez dodatkowego badania przez sąd - uznane za niedozwolone również *in concreto*, choćby za ich skutecznością *in casu* przemawiały szczególne okoliczności konkretnego przypadku. Rozwiązanie takie zwiększa skuteczność kontroli abstrakcyjnej - jest elementem sankcji w stosunku do przedsiębiorcy, nie zagraża zaś interesom konsumenta, który może się powołać na klauzulę abuzywną, jeżeli uzna to za korzystne (w każdym razie art. 385¹ k.c. dopuszcza taką interpretację). Rozwiązanie to prawidłowo koreluje ze stanowiskiem wyrażonym przez TS w sprawie *Invitel*”³.

W związku z powyższym należy podnieść, iż **kwestionowane postanowienia umów zawartych przez Powodów z Pozwanym są tożsame co do zakresu normowania**. Nie ulega wątpliwości, iż okoliczności skutkujące uznaniem powyższego postanowienia za niedozwolone są aktualne również w przypadku niniejszej umowy. Co więcej, zostało ono wpisane względem pozwanego Banku (występującego uprzednio w obrocie pod inną firmą).

Z powyższego jasno wynika, że w sytuacji, **gdy chodzi o tożsamą klauzulę stosowaną przez tego samego przedsiębiorcę, to sąd dokonując kontroli incydentalnej, będzie związany prawomocnym wyrokiem wydanym w sprawie VI ACa 441/13 Sądu Apelacyjnego w Warszawie**.

W Rejestrze znajdują się również następujące klauzule dotyczące waloryzacji wysokości rat kredytu:

Klauzula nr 3179 (wpisana wobec Banku Millennium S.A.)

„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

³ Tak Roman Trzaskowski w „Skutki uznania postanowienia wzorca umowy za niedozwolone i jego wpisu do rejestru w sferze przeciwdziałania praktykom naruszającym zbiorowe interesy konsumentów (art. 24 ust. 2 pkt 1 u.o.k.i.k.) w świetle orzecznictwa Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów”.

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 (wpisana wobec GE Money Bank S.A.)

„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” (wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 3 sierpnia 2012 r., sygn. akt XVII AmC 5344/11).

W uzasadnieniu do tego wyroku sąd stwierdził, że „Przede wszystkim należy zauważyć, że brak określenia sposobu ustalania kursów walut obcych powoduje to, że Bank może tak naprawdę wybrać dowolne kryteria ustalania kursów, niekoniecznie związane z aktualnym kursem ukształtowanym przez rynek walutowy i ma możliwość uzyskania korzyści finansowych stanowiących dla kredytobiorcy dodatkowe koszty kredytu, których oszacowanie nie jest możliwe ze względu na brak oparcia zasad ustalania kursów wymiany o obiektywne i przejrzyste kryteria. Kursy wykorzystywane przez Bank nie są kursami średnimi, nie są kursami rynkowymi, lecz kursami kupna i sprzedaży obowiązującymi u pozwanego. Faktycznie klienci banku nie mają przecież żadnego wpływu na ustalenie kursu sprzedaży i zakupu. O ile średni rynkowy kurs wymiany walut ustalany przez NBP jest wskaźnikiem obiektywnym i niezależnym od woli Banku, to wysokość doliczanej przez pozwanego marży kupna lub sprzedaży jest zależna tylko i wyłącznie od woli pozwanego”. W uzasadnieniu do tego wyroku wskazano również, 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”.

d) 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”.

e) 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 Polskich⁴, „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).

f) 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 2009 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).

⁴ 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.

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 postanowienia umowne w rozumieniu art. 385¹ § 1 k.c.

a) Kwestionowane postanowienia nie regulują głównych świadczeń stron

W świetle art. 385¹ § 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 postanowienia określające zasady ustalania kursów kupna i sprzedaży waluty obcej, do której 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 zostały one sformułowane w sposób jednoznaczny.

Na mocy kwestionowanych postanowień umowy kredytu ustalane są kursy kupna i sprzedaży waluty CHF, zgodnie z którymi wyliczane są wysokość kwoty kredytu i poszczególnych rat kapitałowo-odsetkowych. Przedmiotowe postanowienia nie określają więc głównych świadczeń stron, za które, w myśl art. 69 ust. 1 u.p.b. uznać należy zobowiązanie banku do oddania do dyspozycji kredytobiorcy na czas oznaczony w umowie kwoty środków pieniężnych z przeznaczeniem na ustalony cel oraz zobowiązanie kredytobiorcy do korzystania z niej na warunkach określonych w umowie, zwrotu kwoty wykorzystanego kredytu wraz z odsetkami w oznaczonych terminach spłaty oraz zapłaty prowizji od udzielonego kredytu. Postanowienia określające zasady ustalania kursu wymiany walut, mają wyłącznie pośredni związek z wymienionymi wyżej świadczeniami, bowiem 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”. Jednocześnie podobne stanowisko przedstawił Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 21 października 2011 r. sygn. akt VI ACa 420/11, „[...] świadczeniem głównym kredytobiorcy jest zwrot otrzymanych środków pieniężnych oraz uiszczenie opłat z tytułu oprocentowania i prowizji. Wprawdzie kredyt, o którym mowa w tej sprawie jest indeksowany w stosunku do walut obcych, jednak udzielany jest w walucie polskiej i w tej walucie jest spłacany. Sporne klauzule określają zaś jedynie sposób przeliczania kwoty kredytu lub kwoty raty spłaty na inną walutę, według której są one indeksowane. Nie decydują więc o cenie kredytu, której odpowiednikami są odsetki i marże”.

W związku z powyższym, zdaniem Prezesa Urzędu, przedmiotowe postanowienia nie mogą zostać uznane za normujące główne świadczenia stron.

Na mocy kwestionowanych postanowień ustalany jest sposób wyliczania wysokości kwoty kredytu i 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 drugorzędnym znaczeniu”. Jednocześnie podobne stanowisko przedstawił Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 21 października 2011 r. (sygn. akt VI ACa 420/11), „[...] świadczeniem głównym kredytobiorcy jest zwrot otrzymanych środków pieniężnych oraz uiszczenie opłat z tytułu oprocentowania i prowizji. Wprawdzie kredyt, o którym mowa w tej sprawie jest indeksowany w stosunku do walut obcych, jednak udzielany jest w walucie polskiej i w tej walucie jest spłacany. Sporne klauzule określają zaś jedynie sposób przeliczania kwoty kredytu lub kwoty raty spłaty na inną walutę, według której są one indeksowane. Nie decydują więc o cenie kredytu, której odpowiednikiem są odsetki i marże”. Powyższe stanowiska zostały utwierdzone przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 1 marca 2017 r. (sygn. akt IV CSK 285/16), w którym to Sąd wskazał: „postanowienie umowy zawierające uprawnienie banku do przeliczenia sumy wykorzystywanego kredytu przy użyciu kursu waluty obcej nie dotyczy głównych świadczeń stron w rozumieniu art. 385¹ § 1 zdanie drugie kc. Klauzula waloryzacyjna nie jest objęta wyłączeniem zawartym w tym przepisie, ponieważ nie określa ona świadczenia głównego, wprowadza jedynie reżim jego podwyższenia.(...) Nie odnosi się ona do elementów przedmiotowo istotnych umowy, czyli oddania i zwrotu podstawowej sumy pożyczki. Kształtuje jedynie dodatkowy, umowny mechanizm indeksacyjny głównych świadczeń , tj. sposób określania rynkowej wartości sumy kredytu. Treść tej klauzuli podlega kontroli na podstawie art. 385¹ § 1 zdanie pierwsze kc.”.

Niemniej jednak, w sytuacji, gdyby Sąd rozpatrujący niniejszą sprawę, nie podzielił stanowiska Prezesa Urzędu co do powyższej kwestii, należy mieć na uwadze, że stosowane przez Bank 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 wysokości 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.

b) 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 nieskrępowane 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, określone są każdorazowo w tabeli sporządzanej przez Bank. Oznacza to, że wyłącznie jednej stronie stosunku prawnego (Pozwanemu), zostało przyznane uprawnienie do jednostronnego i wiążącego określania wysokości wskaźnika wpływającego na wysokość świadczeń stron.

Odnosnie waloryzacji kwoty kredytu, wskazać nadto należy, że walutą waloryzacji kredytu jest CHF. Umowa o kredyt hipoteczny zawiera postanowienie, w którym stwierdzono, iż kwota kredytu wyrażona w walucie waloryzacji na koniec dnia 2006-07-20 według kursu kupna waluty z tabeli kursowej BRE Banku SA wynosi (...) CHF. Jednocześnie Bank stwierdził, iż kwota ta ma charakter jedynie informacyjny i nie stanowi zobowiązania Banku, a wartość kredytu wyrażona w walucie obcej w dniu uruchomienia kredytu, może być różna od podanej. Analiza treści umowy prowadzi do wniosku, iż postanowienia umowne nie precyzują sposobu ustalania kursu przeliczenia kwoty kredytu przez Bank. Umowa i Regulamin nie zawierają postanowień, z których by wynikało który kurs ostatecznie Bank będzie brał pod uwagę (kurs kupna, sprzedaży czy średni). Postanowienie § 1 ust. 3A wskazuje co prawda, że wskazana w nim kwota określona przy wykorzystaniu kursu kupna CHF, równocześnie z postanowienia tego wynika, że wskazana kwota ma jedynie charakter informacyjny. Niezależnie od tego Bank nie określił ani w umowie ani w Regulaminie, precyzyjnie z jakiego dnia i jakiej godziny zostanie zastosowany kurs. Z uwagi na powyższe należy stwierdzić, iż Bank może do waloryzacji kwoty kredytu wziąć pod uwagę kurs CHF z wybranego przez siebie dnia, ten który potencjalnie jest najbardziej dla niego korzystny.

Z przyznanych uprawnień wynika również brak możliwości zweryfikowania przez kredytobiorców kryteriów przyjętych przez Pozwanego do ustalenia wysokości samego wskaźnika waloryzacji. W postanowieniach nie zostały sprecyzowane bowiem przesłanki ustalania kursów waluty obcej. 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 lub niższym poziomie niż średnie wartości na rynku walutowym i w konsekwencji zabezpieczać jedynie interesy Pozwanego. Kwestionowane przez Powodów postanowienia przyznają Pozwanemu uprawnienie do uzyskania dodatkowego wynagrodzenia, którego oszacowanie dla konsumentów jest niemożliwe ze względu na brak oparcia zasad ustalania kursów o obiektywne i przejrzyste kryteria, co wyklucza możliwość zweryfikowania przez konsumentów prawdziwości i zasadności działań podejmowanych przez Pozwanego. Nie można zatem zgodzić się ze stanowiskiem sądu pierwszej instancji odnosnie braku dowolności w ustalaniu wysokości kursów w tabeli publikowanej przez Bank.

Przy ocenie kwestionowanych postanowień nie sposób również pominąć okoliczności, że zastosowany przez Pozwanego mechanizm waloryzacji przewiduje dwukrotne przeliczenie kwoty zobowiązania przy wykorzystaniu dwóch różnych mierników. Bank potencjalnie może zastosować kurs kupna (w przypadku pierwotnego przeliczenia kwoty kredytu lub jego transzy) oraz kurs sprzedaży waluty waloryzacji (w przypadku przeliczenia poszczególnych rat kredytu). Co istotne, kurs kupna jest niższy od kursu sprzedaży, a co za tym idzie Bank

dokonując dwukrotnego przeliczenia kwoty zobowiązania, najpierw w momencie jego wypłaty po niższym kursie, a następnie w momencie jego spłaty po kursie wyższym, uzyskuje nadwyżkę (tzw. spread). W ocenie Prezesa Urzędu takie ukształtowanie mechanizmu indeksacji (przy uwzględnieniu okoliczności, że nie generuje on w praktyce po stronie Banku konieczności dokonywania transakcji walutowych), prowadzi do uzyskania przez Pozwanego dodatkowego wynagrodzenia, wysokości którego w momencie zawierania umowy kredytu konsument nie jest w stanie w żaden sposób oszacować.

Analiza treści umowy i Regulaminu prowadzi do wniosku, iż postanowienia umowne nie precyzują sposobu ustalania kursu przez Bank w tabeli kursowej Banku, a ponadto nie zawierają postanowień, z jakiego dnia i jakiej godziny zostanie zastosowany kurs. Żadne z postanowień nie precyzuje również, czy będzie to kurs średni, kupna czy sprzedaży. Z treści §1 ust. 3a Umowy można domniemywać, że Bank stosował kurs kupna, jednak to tylko domniemanie.

Podsumowując należy stwierdzić, że analizowana Umowa nie zawiera precyzyjnego postanowienia, który określałby na podstawie jakiej konkretnej tabeli Banku, jakiego kursu, z jakiego dnia i godziny dochodziłoby do waloryzowania waluty.

Podsumowując należy stwierdzić, że postanowienia stosowane przez pozwanego dotyczące zasad ustalania kursów wymiany walut są sprzeczne z dobrymi obyczajami i rażąco naruszają interesy konsumentów. Postanowienia te wprowadzają rażącą 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 walut 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.

Przeprowadzona analiza, zdaniem Prezesa Urzędu, w pełni uzasadnia uznanie kwestionowanych postanowień za niedozwolone postanowienia umowne, zgodnie z art. 385¹ § 1 k.c.

Wobec powyższego, stanowisko sądu pierwszej instancji odnośnie postanowień waloryzujących kwotę kredytu oraz cały koszt kredytu, należy uznać za błędne. Należy mieć na uwadze, że zawieranie umów, opiera się na równowadze stron. W opiniowanej sprawie stronami Umowy kredytu są konsumenci - osoby fizyczne oraz przedsiębiorca - Bank. Sam fakt posiadania przez Bank „silniejszej pozycji” niż konsumenci oraz z uwagi na cechy umowy kredytu waloryzowanego do waluty obcej, nie usprawiedliwia możliwości jednostronnej zmiany postanowień Umowy (poprzez zmianę wysokości kursu CHF, od którego zależna jest wysokość kredytu oraz całego jego kosztu) przez Pozwanego. Sąd pierwszej instancji wskazał, że konsument może z łatwością dowiedzieć się o wysokości kursu CHF, co pozwala na oszacowanie wysokości poszczególnych rat a w konsekwencji

wysokości kredytu. Należy mieć jednak na uwadze, że w chwili zawarcia Umowy konsumenci nie zostali poinformowani o wysokości zobowiązania, co ma istotne znaczenie z uwagi na to, że wierzytelność Powodów względem Banku obliczana jest na podstawie niedozwolonego postanowienia, który zgodnie z art. 385¹ § 1 k.c. nie wiąże konsumentów. Zatem możliwość obliczenia wysokości poszczególnych rat przez kredytobiorcę, wskazana przez sąd pierwszej instancji w rozpatrywaniu niniejszej sprawy jest bez znaczenia. Zawarcie jakiegokolwiek umowy nosi za sobą pewne ryzyko. Ryzyko podjęte przez Pozwanych nie powinno stanowić przesłanki do odmowy zbadania powyższych postanowień pod kątem ich abuzywności. Ryzyko nie powoduje możliwości kształtowania postanowień, które są niejednoznaczne i przyznają jednej stronie (silniejszej - przedsiębiorcy) prawo do dowolnego kształtowania wysokości zobowiązania konsumenta.

4. Skutki stosowania niedozwolonych postanowień umownych

a) Niezwiązanie stron abuzywnymi postanowieniami umownymi

Regulacja przepisów o niedozwolonych postanowieniach umownych, a zwłaszcza art. 385¹ k.c., nie pozostawia wątpliwości, iż postanowienia dotknięte abuzywnością „nie wiążą konsumenta”. Należy stwierdzić, że dane postanowienia przestają 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 prawo⁵.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, należy przyjąć, że skoro niedozwolone postanowienia umowne nie wiążą konsumentów od momentu zawarcia umowy, to bez znaczenia jest to, jak Bank wykonywał te postanowienia umowne, a więc jak ustalał kursy przyjęte do obliczania kwoty kredytu oraz wysokości poszczególnych rat kapitałowo-odsetkowych. Umowa nie zawierała bowiem postanowienia, na mocy którego Bank mógł w sposób skuteczny ustalać takie kursy.

Zgodnie z poglądem wyrażonym powszechnie w doktrynie⁶, 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 obowiązku⁷. W konsekwencji uznać należy, że orzeczenie o uznaniu postanowienia wzorca umowy za niedozwolone jest bezskuteczne *ex tunc*⁸ (**niedozwolone postanowienia umowne są bezskuteczne w stosunku do konsumentów od początku zawarcia umowy**).

⁵ M. Skory, Klauzule abuzywne w polskim prawie ochrony konsumenta, wyd. Zakamycze, 2005, LEX 50185.

⁶ A. Olejniczak, Komentarz do art. 385¹ 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., s. 16.

⁷ Z. Banaszczyk, Rozdział XII. Stosunek cywilnoprawny [w:] Prawo cywilne - część ogólna pod red. M. Safjana, wyd. Beck, Warszawa 2007, s. 898.

⁸ M. Namysłowska, T. Skoczny, Ekspertyza naukowa: Możliwość i..., op. cit., s. 16. Analogiczne stanowisko w tej sprawie zostało zaprezentowane przez Rzecznika Finansowego w jego raporcie z 2016 r. dot. analizy prawnej wybranych postanowień umownych stosowanych przez banki w umowach kredytów indeksowanych do waluty obcej lub denominowanych w walucie obcej zawieranych z konsumentami: „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”.

Takie stanowisko wyraził także Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 1 marca 2017 r. (sygn. akt IV CSK 285/16), który w uzasadnieniu orzeczenia wskazał, iż „ocena postanowień umowy dokonywana być powinna według zasad przewidzianych w art. 385¹ kc, a zatem według stanu z chwili jej zawarcia oraz w okolicznościach jej zawarcia, przy uwzględnieniu umów pozostających z nią w związku, stosownie do art. 385² kc oraz art. 4 ust. 1 dyrektywy Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich(...) Nie są objęte tą oceną kwestie związane z wykonywaniem umowy.” (Dz. U.UE L. 1993.95.29) w brzmieniu sprostowanym⁹ 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 jest zależna.

Dla dokonywanej oceny miarodajne są jedynie 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 ocenę¹⁰. 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.**

Należy także zauważyć, że Rzecznik Finansowy złożył w dniu 3 kwietnia 2017 r. do Sądu Najwyższego wniosek o podjęcie uchwały mającej na celu rozstrzygnięcie istniejących w orzecznictwie sądów rozbieżności co do wykładni prawa. Rozbieżności te dotyczyły zagadnienia związanego z przesłankami nieuczciwego (abuzywnego) charakteru postanowienia (warunku) umowy i pojawiających się wątpliwości, czy na podstawie art. 385¹ i 385² k.c., badanie w kontroli incydentalnej, przesłanek zgodności z dobrymi obyczajami i rażącego naruszenia interesów konsumenta dokonywane jest według stanu z chwili zawarcia umowy (biorąc pod uwagę jej normatywną treść, a także uwzględniając okoliczności jej zawarcia oraz z odniesieniem, w momencie jej zawarcia do innych jej warunków lub innej umowy, od której jest zależna) czy też ocena ta dokonywana jest z uwzględnieniem sposobu stosowania (wykonywania) badanego postanowienia i umowy w praktyce w okresie od daty jej zawarcia do chwili wyrokowania. Zwrócić przy tym należy uwagę, że Rzecznik opowiedział się za pierwszym z wyżej wymienionych poglądów¹¹.

b) Możliwość zastąpienia niedozwolonych postanowień umownych przepisami dyspozytywnymi

Należy wskazać, że niewiązanie klauzul w omawianym stosunku prawnym, skutkuje powstaniem pewnego rodzaju „luki”. W związku z tym, nasuwa się pytanie o możliwość uzupełnienia umowy w tym zakresie. W tym miejscu należy odwołać się do orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

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. Jak wskazał Trybunał w tym

⁹ 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 w dniu 13 października 2016 r. na stronach <http://eur-lex.europa.eu/>

¹⁰ 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;

¹¹

https://rf.gov.pl/sprawybiezace/Rzecznik_Finansowy_prosi_Sad_Najwyzszy_o_uchwale_wazna_dla_kredytobiorcow__22552, dostęp na dzień 24.04.2017 r.

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”¹².

Niezależnie od rozważań dotyczących możliwości zastąpienia innym przepisem postanowienia dotyczącego ustalania kursu sprzedaży walut, w omawianym przypadku niemożliwe jest zastąpienie abuzywnej klauzuli dotyczącej zasad ustalania kursu kupna waluty, na podstawie którego wyliczana jest wysokość kwoty kredytu. W związku z powyższym, należy stwierdzić, że wypełnienie „luki” powstałej w umowie w efekcie zastosowania przez pozwanego klauzuli abuzywnej w zakresie regulacji warunków ustalania kursów walut obcych poprzez zastosowanie odpowiednich przepisów dyspozytywnych nie jest możliwe.

c) 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 wypowiadał się na ten temat.

Jak stwierdził Trybunał w jednym z wyroków, sądy krajowe nie są uprawnione do zmiany treści nieuczciwego warunku umownego¹³. 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”¹⁴.

W jednym z najnowszych orzeczeń Trybunał stwierdził, iż: „(...) 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. (...) art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 należy

¹² Ibidem.

¹³ wyrok TSUE z dnia 14 czerwca 2012 r., sygn. akt C-618/10; Banco Español de Crédito SA vs Joaquín Calderón Camina, pkt 65.

¹⁴ wyrok TSUE z dnia 30 kwietnia 2014 r., sygn. akt C-26/13; Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai vs OTP Jelzálogbank Zrt, pkt 79.

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 rzeczonoego warunku”¹⁵.

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

d) Odstraszający efekt klauzul abuzywnych w orzecznictwie TSUE

Cytowany powyżej fragment uzasadnienia wyroku TSUE z dnia 30 kwietnia 2014 r. zwraca uwagę na fakt, że klauzule abuzywne powinny wiązać się z odstraszającym dla przedsiębiorcy efektem, również kosztem interesów przedsiębiorcy. 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 wprowadził 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 przedsiębiorcy¹⁶”.

e) 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. Należy wskazać, że nawet spłata zadłużenia bezpośrednio w walucie obcej (CHF) nie jest możliwa, gdyż nie sposób określić wysokości zadłużenia w związku z wadliwością indeksacji kwoty kredytu.

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

¹⁵ wyrok TSUE z dnia 21 grudnia 2016 r., sygn. C-154/15, C-307-15, C-308/15 pkt. 57, 61.

¹⁶ tak: J. Czabański, Głosa do wyroku SN z dnia 14 maja 2015 r., Palestra 1-2/2016

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 decydujące¹⁷. 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 waloryzacyjnych¹⁸. 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.**

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. Rozpatrując tę ocenę należałoby uwzględnić przede wszystkim niemożliwość zastąpienia kwestionowanych postanowień przepisami dyspozytywnymi oraz zastąpienia ich treści przez Sąd. Nie mniej istotne są również wątpliwości co do możliwości dalszego wykonywania umowy po wyłączeniu kwestionowanych przez Powodów we wniosku postanowień z treści umowy, z uwagi na bezskuteczność tych postanowień.

Wobec powyższego, uznanie klauzul waloryzacyjnych za niedozwolone może w okolicznościach niniejszej sprawy wpływać również na ważność samej umowy kredytu. Jednakże, w ocenie Prezesa Urzędu, Sąd powinien uwzględnić ten skutek, o ile Powodowie w pełni akceptują tego typu rozwiązanie oraz są przygotowani na wszelkie jego konsekwencje.

II. Klauzule dotyczące zmiennego oprocentowania

1. Treść zakwestionowanych postanowień

Zakwestionowane w niniejszej sprawie postanowienia umowne dotyczą przesłanek zmiany oprocentowania kredytu i przyjmuje następującą treść:

a) „Oprocentowanie Kredytu w stosunku rocznym w dniu zawarcia umowy: 2,55%. W okresie ubezpieczenia Kredytu w TU EUROPA S.A. i GENERALI TU S.A. dokonanego zgodnie z § 3 ust. 6 pkt 1), oprocentowanie Kredytu ulega podwyższeniu o 1,00 p.p.

¹⁷ 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.

¹⁸ Por. Ibidem, pkt. 35, 36.

i wynosi 3,55 %. Po zakończeniu okresu ubezpieczenia obniżenie oprocentowania Kredytu o 1,00 p.p. następuje od daty spłaty najbliższej raty”. (§ 1 ust. 8 Umowy),

b) „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” (§ 10 ust. 2 umowy).

2. Stan prawny i doktryna

a) Przepisy ustawy Prawo bankowe

Zgodnie z art. 69 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. u.p.b. umowa kredytu powinna być zawarta na piśmie i określać w szczególności [...] wysokość oprocentowania kredytu i warunki jego zmiany. 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.

b) Warunki zmiany oprocentowania kredytu - orzecznictwo

Zasady jakimi powinny się kierować banki kształtując postanowienia umowne uprawniające je do zmiany wysokości oprocentowania stanowią przedmiot orzecznictwa sądów powszechnych. Stanowisko w tej sprawie wielokrotnie zajmował Sąd Najwyższy, formułując w tym zakresie stosowne dyrektywy. Analiza treści ww. orzeczeń sądów¹⁹, 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.

c) Stanowisko Narodowego Banku Polskiego i Generalnego Inspektora Nadzoru Bankowego

Orzecznictwo w przedmiocie zasad dotyczących zmiany oprocentowania 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 Sądu Najwyższego 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

¹⁹ por. wyrok SN z dnia 4 listopada 2011 r., 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, uchwała 7 sędziów SN z dnia 22 maja 1991 r., III CZP 15/91; wyrok SA w Warszawie z dnia 27 października 2010 r., VI ACa 775/10; postanowienie SN z dnia 21 grudnia 2011 r., I CSK 310/12.

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 (...).

d) 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 przesłanek zmiany oprocentowania:

Klauzula nr 3016 (wpisana wobec Gospodarczego Banku Spółdzielczego w Barlinku)

„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 SOKiK z dnia 09 kwietnia 2010 r., sygn. akt XVII AmC 959/09, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 27 października 2010 r., sygn. akt VI ACa 775/10).

Klauzula nr 4107 (wpisana wobec Euro Banku S.A. z siedzibą we Wrocławiu)

„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 SOKiK z dnia 24 lipca 2012 r., sygn. akt XVII AmC 285/11).

Klauzula nr 4704 (wpisana wobec BRE Banku S.A. z siedzibą w Warszawie)

„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., VI ACa 1460/11).

Istotne przy tym jest, że ostatnim z ww. postanowień we wzorcu umownym posługiwał się mBank S.A. (dawniej BRE Bank S.A.). I choć brzmienie kwestionowanego w niniejszej sprawie postanowienia jest odmienne, to należy uznać, że klauzule te posiadają taką samą treść normatywną, w analogiczny sposób ujmującą prawa i obowiązki stron kontraktu.

W wyroku z dnia 10 lutego 2012 r., Sąd Apelacyjny w Warszawie, uzasadniając abuzywny charakter przytoczonej wyżej klauzuli nr 4704, wskazał, iż [...] „przedmiotowe postanowienie 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 pozwany ma możliwość kształtowania wysokości oprocentowania kredytu według własnego uznania. Swoboda interpretacyjna Banku, w odniesieniu do kwestionowanej klauzuli, objawia się w: 1) posłużeniu się przez pozwanego w treści kwestionowanej klauzuli sformułowaniem „może ulegać zmianom”, 2) braku precyzyjnie wskazanych przesłanek zmiany wysokości oprocentowania kredytu. Posłużenie się przez Pozwanego w treści kwestionowanej klauzuli sformułowaniem „może ulegać zmianom w okresie trwania Umowy”, powoduje, iż Pozwany 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 Pozwanemu możliwość dokonywania wyłącznie takich zmian, które będą uwzględniać ekonomiczny interes jedynie Pozwanego w odpowiednim dla Pozwanego czasie. W przypadku zmiany parametrów finansowych w sposób korzystny dla konsumenta, pozwany nie jest zobowiązany do wprowadzenia odpowiednich zmian w zakresie wysokości oprocentowania kredytu”. Ponadto, w uzasadnieniu powołanego wyroku, Sąd podkreślił, że „Treść przedmiotowego postanowienia zamieszczanego przez pozwanego w oferowanym konsumentom wzorcu umowy kredytu 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 pozwanego w sposób należyty”.

W przedmiotowej sprawie, postanowienie dotyczące zmiany oprocentowania kredytu, zawarte w § 10 ust. 2 umowy kredytu, analogicznie do klauzuli nr 4704, przyznaje Pozwanemu możliwość podejmowania arbitralnej decyzji w zakresie zmiany oprocentowania, poprzez zastosowanie w treści postanowienia sformułowania „może nastąpić”. Ponadto, kwestionowane postanowienie nie określa, równoległe do klauzuli nr 4704, kierunku w jakim następować będzie zmiana oprocentowania, a dodatkowo w sposób zbyt ogólny wskazuje parametry, od których zależna jest zmiana stopy procentowej kredytu, co nie daje konsumentowi możliwości weryfikacji, czy dokonana przez Pozwanego zmiana oprocentowania była uzasadniona.

Porównując kwestionowane w przedmiotowej sprawie postanowienie do klauzuli nr 4704 warto wskazać na argumenty przedstawione w uchwale 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2015 r. (sygn. akt III CZP 17/15), zgodnie z którą „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”.

Należy zauważyć, że Powodowie zakwestionowali postanowienie § 10 ust. 2 Umowy, które odpowiada treścią normatywną postanowieniu wpisanemu już do rejestru postanowień niedozwolonych wobec **BRE Banku S.A. z siedzibą w Warszawie** (obecnie mBank S.A.) jako klauzula nr 4704, w związku z czym może ona powoływać się na wyrok sądu w tej sprawie, a sąd jest związany rozstrzygnięciem z mocy samego prawa. Stosownie bowiem do przepisu art. 479⁴³ k.p.c. 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. Prezes Urzędu argumenty o mocy wiążącej prawomocnego orzeczenia sądowego przedstawił w pkt I.2.c.

e) 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, określonymi między innymi w omówionych już wyżej „Zasadach Dobrej Praktyki Bankowej „przyjętych przez Związek Banków Polskich²⁰.

3. Stanowisko Prezesa Urzędu

a) Niedozwolony charakter postanowienia umownego stosowanego przez mBank

Analiza treści kwestionowanego postanowienia zawartego w § 10 ust. 2 Umowy na tle wyżej przywołanej judykatury i doktryny, prowadzi do wniosku, że spełniają one przesłanki uznania go za niedozwolone postanowienie umowne w rozumieniu przepisu art. 385¹ § 1 k.c.

b) 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**

²⁰ Załącznik nr 1 do Uchwały nr 6 XVIII Walnego Zgromadzenia ZBP z dnia 26 kwietnia 2007 r., op.cit.

w sposób jednoznaczny (czyli nierodzący wątpliwości czy dopuszczający jedynie jedną interpretację), podlega ocenie pod kątem abuzywności.

c) Sprzeczność z dobrymi obyczajami oraz rażące naruszenie interesów konsumentów

Przedmiotowe postanowienie stosowane przez mBank w obrocie konsumenckim nie zostało indywidualnie uzgodnione. Choć określa główne świadczenia stron, to 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, iż Bank nie określając w postanowieniu w sposób precyzyjny okoliczności, 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 w tym zakresie),
- 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 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 wprowadzonych 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. 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, opiewająca na wysokie kwoty, co dodatkowo negatywnie wpływa na sytuację finansową konsumentów.

Tym samym, należy uznać, że kwestionowane postanowienie jest abuzywne, zarówno w zakresie, w jakim stanowi o tym, że zmiana „może nastąpić”, co przyznaje 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).

Przeprowadzona analiza, zdaniem Prezesa Urzędu, w pełni uzasadnia uznanie kwestionowanego postanowienia za niedozwolone postanowienie umowne, zgodnie z art. 385¹ § 1 k.c.

4. Skutki stosowania niedozwolonych postanowień umownych

a) Niezwiązanie stron abuzywnymi postanowieniami umownymi

Tak, jak już zostało omówione w pkt I.4.a., niedozwolone postanowienia umowne nie wiążą konsumentów od chwili zawarcia umowy. W związku z tym, że postanowienie umowne dotyczące zmiennego oprocentowania kredytu nie wiąże konsumentów od momentu zawarcia umowy, to bez znaczenia jest, jak Bank wykonywał to postanowienie umowne.

b) Możliwość zastąpienia niedozwolonych postanowień umownych przepisami dyspozytywnymi

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

5. Podsumowanie

W ocenie Prezesa Urzędu kwestionowane postanowienie umowne określające warunki zmiany oprocentowania kredytu, spełnia przesłanki uznania go za niedozwolone.

Jako abuzywne, kwestionowane postanowienie nie wiąże konsumenta *ex lege* i *ex tunc*. Jednocześnie, jego wyeliminowanie z umowy kredytu 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, wyeliminowanie omawianego postanowienia z umowy kredytu może powodować tożsamy ze stwierdzonym w wyroku Sądu Rejonowego w Łodzi z dnia 27 września 2016 r. skutek, tj. nieważność umowy kredytu, będącej jednak wynikiem bezskuteczności niedozwolonego postanowienia umownego stanowiącego istotne postanowienie umowne.

III. Zakończenie

Podsumowując, należy wskazać, że zarówno postanowienia dotyczące waloryzacji kwoty kredytu i rat kredytu, jak i postanowienia dotyczące zmiany oprocentowania, zawarte w umowie, spełniają przesłanki do uznania ich za abuzywne. Jak wskazano już wielokrotnie - nie są one wiążące dla konsumentów już w chwili zawarcia umowy.

O ile Sąd rozpoznający sprawę zdecyduje się podzielić stanowisko Prezesa UOKiK w zakresie niemożliwości zastąpienia kwestionowanych postanowień dotyczących klauzul waloryzacyjnych oraz klauzuli zmiany oprocentowania kredytu 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 stwierdzenia nieważności umowy. Powyższe jest możliwe pod warunkiem, że Powodowie mają świadomość takiego sposobu rozwiązania sporu i że na nie się godzą.

Załączniki:

- 2 odpisy stanowiska wraz z załącznikami,
- kopia wniosku powoda o wydanie istotnego poglądu w sprawie