



PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
MAREK NIECHCIAŁ

Katowice, 6 października 2017 r.

RKT-644-28/17/BP

Termin rozprawy: (...)
Proszę o pilne przedłożenie pisma
sędziemu prowadzącemu sprawę.

Sąd Rejonowy dla Warszawy-Mokotowa
w Warszawie
I Wydział Cywilny
ul. Ogrodowa 51a
00-873 Warszawa

Powodowie:

(...)

reprezentowani przez:

(...)

Pozwany:

Bank Millennium Spółka Akcyjna
z siedzibą w Warszawie

(...)

Sygn. akt I C 449/16

**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 (Dz. U. z 2017 r., poz. 229 ze zm.), Prezes Urzędu, jeżeli uzna że przemawia za tym interes publiczny, przedstawia sądowi istotny dla sprawy pogląd w sprawach dotyczących ochrony konkurencji i konsumentów. 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 Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej także:

Prezes Urzędu lub Prezes 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 UOKiK występował do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej także „SOKiK”) z powództwem o uznanie za niedozwolone postanowień wzorca umowy dotyczących zasad ustalania kwoty kredytu oraz wysokości rat kredytu w oparciu o kursy wymiany walut stosowanych przez Bank Millennium S.A. (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 21 października 2011 r., sygn. akt VI ACa 420/11), Prezes UOKiK 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 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów 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 Powodowie skierowali do Prezesa UOKiK. Tym samym, należy podkreślić, że ocena prawna przedstawiona w niniejszym poglądzie przez Prezesa Urzędu nie może stanowić odniesienia dla innych spraw.

Uzasadnienie

Pogląd przedstawiany w niniejszej sprawie wyrażany jest w oparciu o:

1. wniosek Powodów o wydanie istotnego poglądu w sprawie z dnia 10 sierpnia 2017 r.,
2. umowę o kredyt hipoteczny (Umowa o Millekredyt Dom) nr (...) sporządzoną dnia 24 stycznia 2006 r., zwaną dalej: Umową,
3. Pisma procesowe składane przez strony w toku postępowania sądowego, przedłożone Prezesowi UOKiK przez Powodów, w tym:
 - a) pozew o zapłatę z dnia 21 stycznia 2016 r.,
 - b) odpowiedź na pozew z dnia 11 maja 2016 r.,
 - c) wniosek dowodowy Powodów z dnia 11 lipca 2016 r.,
 - d) replikę Powodów na odpowiedź Pozwanego na pozew z dnia 9 września 2016 r.,
 - e) pisma Pozwanego z dnia 11 września 2016 r. oraz 21 grudnia 2016 r.

Stan faktyczny

Pismem z dnia 10 sierpnia 2017 r. Powodowie skierowali do Prezesa UOKiK wniosek o przedstawienie istotnego poglądu w sprawie o zapłatę nienależnie pobranych przez Bank Millennium S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: Bank, Pozwany) świadczeń, powstałych wskutek wprowadzenia postanowień niedozwolonych do umowy o kredyt hipoteczny - Umowy o Millekredyt Dom - waloryzowany kursem CHF, zawartej przez Powodów z Pozwanym w dniu 24 stycznia 2006 r. W postępowaniu sądowym, które toczy się przed Sądem Rejonowym dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie, Powodowie zarzucają Pozwanemu, że w Umowie posłużył się niedozwolonymi postanowieniami dotyczącymi: ubezpieczenia niskiego wkładu własnego kredytu (§ 9 ust. 9-11 Umowy) oraz waloryzacji kredytu i rat kredytu do waluty obcej (§ 2 ust. 2, § 7 ust. 1). Na podstawie postanowień dotyczących ubezpieczenia niskiego wkładu własnego Bank uzyskiwał świadczenie nienależne. Natomiast w oparciu o klauzule waloryzacyjne Pozwany mógł jednostronnie określać wysokość kwoty kredytu oraz wysokość rat kapitałowo-odsetkowych.

Pozwem z dnia 21 stycznia 2016 r. Powodowie wnieśli o zasądzenie od Pozwanego kwot wskazanych w pozwie, powołując się m.in. na abuzywność klauzul waloryzacyjnych oraz ubezpieczenia niskiego wkładu własnego. W ocenie Powodów, abuzywność ww. klauzul powoduje, iż są one bezskuteczne wobec Powodów od dnia zawarcia Umowy.

Powodowie opierają swoje żądanie na uznaniu niektórych postanowień umowy za sprzeczne z art. 385¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2017 r., poz. 469 ze zm. - zwanej dalej także 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 postanowienia umowne

W przedmiotowej sprawie Powodowie podnoszą, 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 niezgodnione 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 zależy zatem od łącznego spełnienia następujących przesłanek:

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

Zgodnie z dyspozycją art. 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 konsument. Z treści umowy wynika, że Powodowie - osoby fizyczne - zawarli umowę o kredyt, który miał być przeznaczony na zakup nieruchomości na rynku wtórnym (§ 2 ust. 3 i 4 Umowy).

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 określone są jednostronnie przez przedsiębiorcę. Konsumentowi pozostaje jedynie podjęcie decyzji, czy do umowy przystąpić. Przy zawieraniu umów z konsumentami

Bank posługuje się opracowanym przez siebie wzorcem umownym, dlatego możliwości negocjacyjne osoby przystępującej do umowy są ograniczone lub wręcz ich nie ma.

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

I.1. Treść zakwestionowanych postanowień

Zakwestionowane w niniejszej sprawie postanowienia umowne dotyczą zasad określania kwoty kredytu oraz rat kredytu w oparciu o kursy CHF ustalane przez Bank Millennium S.A. i mają następującą treść:

a) „Kredyt jest indeksowany do CHF, po przeliczeniu wypłaconej kwoty zgodnie z kursem kupna CHF według Tabeli Kursów Walut Obcych obowiązującej w Banku Millennium w dniu uruchomienia kredytu lub transzy” (§ 2 ust. 2 Umowy),

b) „Kredytobiorca zobowiązuje się spłacić kwotę kredytu w CHF ustaloną zgodnie z § 2 w złotych polskich, z zastosowaniem kursu sprzedaży CHF obowiązującego w dniu płatności raty kredytu, zgodnie z Tabelą Kursów Walut Obcych Banku Millennium SA” (§ 7 ust. 1 Umowy).

I.2. Stan prawny oraz doktryna

a) Umowa kredytu waloryzowanego (indeksowanego) do waluty obcej

Powodowie zawarli z Bankiem umowę o kredyt, w której kwota kredytu indeksowana jest do 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 całą

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.

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 złotych².

b) Przepisy ustawy Prawo bankowe

Zgodnie z art. 69 ust. 2 pkt 4a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2016 r. poz. 1988 ze zm. - dalej: 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, 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 obowiązкови 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.

W tym miejscu 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

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

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: 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: 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 wyrok Sądu 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. (sygn. 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 postanowienia wpisane do Rejestru, a dotyczące oceny zgodności z art. 385¹ § 1 k.c., klauzuli w zakresie waloryzacji, kwoty kredytu (tzw. waloryzacji inicjalnej), które były przedmiotem oceny Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Sądu Apelacyjnego w Warszawie, a w konsekwencji czego zostało wpisane do Rejestru. Zwrócić należy uwagę, że klauzula z § 2 ust. 2 Umowy ma identyczne do niej brzmienie:

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 Okręgowego w Warszawie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 14 grudnia 2010 r., sygn. akt XVII AmC 426/09 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 21 października 2011 r., sygn. akt VI ACa 420/11).

Uzasadniając ten wyrok, Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wskazał m.in., że „Przed 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. (...) Oczywistym jest, że zawierając umowę kredytu

indeksowanego w walucie obcej konsument jest świadomy (a przynajmniej powinien być świadomy) ryzyka, jakie się z tym wiąże, a więc ryzyka wynikającego ze zmienności kursów walut obcych. Czym innym jest takie ryzyko, a czym innym ustalanie kursów walut przez zarząd pozwanego. Te dwie kwestie są ze sobą powiązane tylko w takim stopniu, w jakim czynniki rynkowe mają wpływ na kurs waluty w Banku. Natomiast ryzyko to nie ma żadnego wpływu na ryzyko związane z możliwością dowolnego kształtowania przez pozwanego kursu wymiany waluty, w której indeksowany jest kredyt, a to wpływa w sposób oczywisty na sytuację konsumenta”.

W Rejestrze znajdują się również klauzule dotyczące waloryzacji wysokości rat kredytu, w tym postanowienie wpisane wobec Pozwanego, którego treść normatywna, w tym skutek jest identyczny jak w postanowieniu analizowanym w niniejszym postępowaniu:

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 Okręgowego w Warszawie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 14 grudnia 2010 r., sygn. akt XVII AmC 426/09 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 21 października 2011 r., sygn. akt VI ACa 420/11).

Mimo, iż klauzula dotycząca kwoty spłaty rat zawarta w § 7 ust. 1 umowy kredytu ma odmienne brzmienie od klauzuli wpisanej do Rejestru pod nr 3179, to należy uznać, że klauzule te posiadają taką samą treść normatywną. W ocenie Prezesa Urzędu oba postanowienia w analogiczny sposób ujmuje prawa i obowiązki stron kontraktu (mają taką samą treść normatywną). Przytoczyć w tym miejscu należy 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”.

W związku z powyższym, biorąc pod uwagę, że postanowienia zakwestionowane w ramach tzw. kontroli abstrakcyjnej są tożsame z analizowanymi w niniejszej sprawie postanowieniami, jak również dotyczą tego samego przedsiębiorcy (Banku Millennium S.A.) zasadne wydaje się przywołanie w tym miejscu najważniejszych tez uzasadnienia sporządzonego przez Sąd Apelacyjny w Warszawie (wyrok z dnia 21 października 2011 r., sygn. akt VI ACa 420/11) w tej sprawie.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego w Warszawie, ww. klauzule cechują się rażącym brakiem jednoznaczności. Jednoznaczny oznacza bowiem - według Sądu - dopuszczający tylko jedną możliwą interpretację, niebudzący wątpliwości, dokładnie określony, wyraźny, oczywisty, niedwuznaczny. W ocenie Sądu, Bank powinien zachować szczególną staranność w odniesieniu do precyzyjnego, jednoznacznego i zrozumiałego dla konsumenta określenia

zasad indeksacji kredytu i obliczenia rat jego spłaty. Sąd wskazał również, że zawarta w spornych postanowieniach klauzula waloryzacyjna nie może mieć charakteru blankietowego ani odsyłać do stosowanego przez Bank narzędzia informowania kontrahentów o przyjętych arbitralnie cenach kupna i sprzedaży walut (Tabela Kursów Walut Obcych). Jednocześnie Sąd podkreślił, że omawiane klauzule nie odsyłają do jednoznacznie sformułowanego cennika, tylko ustalają, że sposób realizacji umowy uzależniony jest od czynnika, którego istotne parametry nie podlegają żadnej weryfikacji i wyznaczane są arbitralnie przez kredytodawcę. Sąd również zwrócił uwagę na fakt, że skoro Bank może wybrać dowolne i niepoddające się weryfikacji kryteria ustalania kursów kupna i sprzedaży walut obcych, stanowiących narzędzie indeksacji kredytu i rat jego spłaty, wpływając na wysokość własnych korzyści finansowych i generując dla kredytobiorcy dodatkowe i nieprzewidywalne co do wysokości koszty kredytu, klauzule te rażąco naruszają zasadę równowagi kontraktowej stron na niekorzyść konsumentów, a także dobre obyczaje, które nakazują, by ponoszone przez konsumenta koszty związane z zawarciem i wykonywaniem umowy, o ile nie wynikają z czynników obiektywnych, były możliwe do przewidzenia, a sposób ich generowania poddawał się weryfikacji.

Należy zauważyć, że analizowane postanowienia zostały już wpisane do rejestru postanowień niedozwolonych wobec Banku Millennium S.A., w związku z czym Sąd jest związany rozstrzygnięciem o uznaniu analizowanych postanowień umowy z mocy samego prawa, albowiem **prawomocny wyrok wydany w ramach kontroli abstrakcyjnej stanowi prejudykat w zakresie tego czy dane postanowienie ma charakter niedozwolony**. Zgodnie bowiem z art. 479⁴³ ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2016 r., poz. 437 ze zm., dalej: 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, o którym mowa w art. 479⁴⁵ § 2”. **Oznacza to, że wyrok SOKiK (lub wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie) mają tzw. rozszerzoną skuteczność**. Należy zauważyć, że wpisy znajdujące się pod numerami: **3178, 3179** dotyczą Pozwanego 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 umowy 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. (sygn. 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).

Ponadto, porównując kwestionowane w przedmiotowej sprawie postanowienie do klauzul nr 3178 i nr 3179 warto wskazać, że Sąd Najwyższy w ww. uchwale podniósł także argument, zgodnie z którym „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”.

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”.

W podobny sposób wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 25 marca 2015 r. (sygn. akt I ACa 1195/14), który stwierdził, że „uznanie wzorca umownego za niedozwolony w ramach kontroli abstrakcyjnej musi stanowić prejudykat dla analogicznego rozstrzygnięcia przeprowadzanego w ramach kontroli incydentalnej, co wynika z art. 385¹ § 1 kodeksu cywilnego. Z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Kontrola

abstrakcyjna rzeczony 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 wydanego 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 postanowienie Umowy, zawartej przez Powodów z Pozwanym, a dotyczące waloryzacji rat kredytu, jest 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.

Z powyższego jasno wynika, że w sytuacji, **gdy chodzi o tożsamą klauzulę (w ujęciu normatywnym) stosowaną przez tego samego przedsiębiorcę, to sąd dokonując kontroli incydentalnej, będzie związany prawomocnym wyrokiem wydanym przez Sąd Apelacyjny w Warszawie, w sprawie o sygn. akt VI ACa 420/11.**

Niezależnie od powyższego, w Rejestrze znajdują się również następujące klauzule dotyczące waloryzacji wysokości rat kredytu:

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

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

³ Tak Roman Trzaskowski: „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”.

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. Wzorzec 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.

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).

I.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.

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

Na mocy kwestionowanych postanowień umowy kredytu ustalone 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

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.

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 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. Wprowadzie 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”. 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 k.c. Klauzula waloryzacyjna nie jest objęta wyłączeniem zawartym w tym przepisie, ponieważ nie określa ona świadczenia głównego, a 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 k.c.”.

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.

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, zarówno na etapie ustalania inicjalnego salda, przy przeliczeniu kwoty kredytu z PLN na CHF, jak i w przypadku określania wysokości rat kapitałowo-odsetkowych - klauzule odnoszą się jedynie do terminu, w jakim ustalana jest wysokość kursów. Nie wskazano, czym Pozwany kieruje się, ustalając wysokość kursu, co oznacza, że jest on przy ustalaniu wysokości świadczeń uprawniony do wybierania dowolnych kryteriów wpływających na ich wysokość. Rodzi to uzasadnione ryzyko, że wspomniane kryteria mogą być oderwane od rzeczywistości rynkowej, ustalone w arbitralny i nieprzewidywalny dla konsumenta sposób. W konsekwencji wysokość kursów ustalanych przez Bank może zostać ukształtowana na znacznie wyższym 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.

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 stosuje 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.

Powyższe jednoznacznie prowadzi do wniosku, że postanowienia stosowane przez Pozwanego dotyczące zasad ustalania kursów wymiany walut są sprzeczne z dobrymi obyczajami i rażąco naruszają interesy konsumentów. Postanowienia wprowadzają 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 całkowitego dowolnego kształtowania kursów wymiany przez kredytodawcę. W przypadku umów o kredyt hipoteczny jest to o tyle istotne, że kredytobiorcy są narażeni na to ryzyko przez wiele lat trwania umowy.

W tym miejscu należy podkreślić także, że charakter umowy kredytu hipotecznego waloryzowanego do waluty obcej wiąże się ze znacznym skomplikowaniem oraz

długotrwałością zobowiązania. Opisane zakłócenie równowagi stron umowy w sposób rażąco 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.

Należy mieć również na uwadze, iż prawomocnym wyrokiem sądu została stwierdzona abuzywność postanowienia umownego stosowanego przez Bank Millennium, które jest tożsame z postanowieniem kwestionowanym przez Powodów. Rozważania na temat spełnienia przesłanek abuzywności z art. 385¹ k.c. stanowią jedynie uzupełnienie, bowiem Sąd rozpoznający niniejszą sprawę, dokonując kontroli incydentalnej, jest związany prejudykatem Sądu Apelacyjnego w Warszawie (vide pkt I.2.c poglądu).

I.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”.

Powyżej wskazana interpretacja **zgodna jest ponadto z intencją ustawodawcy europejskiego**. Przepis art. 4 ust. 1 dyrektywy 93/13 z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz. U. UE L. 1993.95.29) w brzmieniu 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 ta jest zależna.

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 k.c., 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 k.c. 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”.

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.

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; z dnia 13 października 2016 r. <http://eur-lex.europa.eu/>; a także por. <https://finanse.uokik.gov.pl/chf/kalendarium/sprostowanie-dyrektywy-w-sprawie-nieuczciwych-warunkow-w-umowach-konsumenckich>.

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.

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 (nieodzwolone postanowienie umowne) poprzez zastąpienie go przepisem prawa krajowego o charakterze dyspozytywnym¹². Jak wskazał Trybunał w tym wyroku „fakt zastąpienia nieuczciwego warunku tego rodzaju przepisem - w przypadku którego, jak wynika z motywu trzynastego dyrektywy 93/13, zakłada się, że nie zawiera nieuczciwych warunków - w zakresie, w jakim dostarcza on rozwiązania, dzięki któremu umowa może dalej obowiązywać (...) i wciąż wywoływać wiążące skutki względem stron, jest w pełni uzasadniony w świetle celu dyrektywy 93/13”.

Stanowisko takie prezentowane jest również w doktrynie - „luka spowodowana jego [postanowienia - przyp. Prezesa UOKiK] bezskutecznością może zostać wypełniona przez odpowiednie przepisy prawa o charakterze dyspozytywnym. Stanie się tak jednak jedynie wówczas, gdy istnieją w systemie obowiązującego prawa przepisy dyspozytywne, które dotyczą kwestii regulowanych odmiennie w postanowieniu uznanym za klauzulę niedozwoloną”¹³.

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 umownego¹⁴. 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”¹⁵.

¹² wyrok TSUE z dnia 30 kwietnia 2014 r., sygn. akt C-26/13; Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai vs OTP Jelzálogbank Zrt, pkt 80 i n.

¹³ 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, s. 16.

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

¹⁵ wyrok TSUE z dnia 30 kwietnia 2014 r., sygn. akt C-26/13; Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai vs OTP Jelzálogbank Zrt, pkt 79.

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 interpretować w ten sposób, że warunek umowy 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 rzeczonego warunku”¹⁶.

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, konstruując przepisy dyrektywy 93/13 celowo wprowadził przepis bezskuteczności nieuczciwych warunków umownych wobec konsumenta, z jednoczesnym obowiązkiem wykonywania umowy zgodnie z pozostałymi jej zapisami. Taki skutek może być oczywiście bardzo dotkliwy ekonomicznie dla przedsiębiorcy, który nigdy by nie chciał zawrzeć takiej umowy, gdyby wiedział, że nieuczciwy warunek zapewniający mu korzyści ekonomiczne zostanie z umowy wyeliminowany. Jednak skutek ten został celowo przewidziany przez ustawodawcę i ma wywierać odstraszający efekt na przedsiębiorców, którzy chcieliby stosować zakazane postanowienia. Jeżeli jedynym skutkiem miałby być powrót do uczciwych warunków, to jest oczywiste, że przedsiębiorca nic by nie ryzykował stosując warunki nieuczciwe - co najwyżej w niektórych przypadkach - po kontroli sądowej - musiałby wrócić do warunków uczciwych. Ustawodawca europejski celowo więc 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 przedsiębiorcy¹⁷”.

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

¹⁶ wyrok TSUE z dnia 21 grudnia 2016 r., sygn. C-154/15, C-307-15, C-308/15 pkt. 57, 61.

¹⁷ tak: J. Czabański, Glosa do wyroku SN z dnia 14 maja 2015 r., Palestra 1-2/2016

regulacją przepisy implementujące dyrektywę winny przewidywać, że klauzule abuzywne nie są wiążące dla konsumenta, a umowa w pozostałej części ma nadal obowiązywać strony, jeżeli jest to możliwe po wyłączeniu z niej nieuczciwych warunków.

Zgodnie z orzecznictwem wypracowanym na gruncie przepisów ww. dyrektywy, przy ocenie czy dana umowa kredytowa może nadal funkcjonować w obrocie po wyłączeniu abuzywnych postanowień istotne jest również ustalenie, które z rozwiązań zapewnia konsumentowi lepszą ochronę, choć nie jest to kryterium decydujące¹⁸. 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 waloryzacyjnych¹⁹. 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**.

I.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 niemożność 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. Klauzula dotycząca ubezpieczenia niskiego wkładu własnego

II.1. Treść kwestionowanej klauzuli

Zakwestionowane w niniejszej sprawie postanowienia umowne dotyczące ubezpieczenia niskiego wkładu własnego mają następującą treść:

a) „Dodatkowe zabezpieczenie kredytu do czasu, gdy saldo zadłużenia z tytułu udzielonego kredytu stanie się równe lub niższe niż (...) PLN, stanowi ubezpieczenie kredytów hipotecznych z niskim udziałem własnym Kredytobiorcy na podstawie umowy zawartej przez Bank Millennium S.A. z TUiR CIGMA STU S.A. (§ 9 ust. 9 Umowy),

¹⁸ 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.

¹⁹ Por. Ibidem, pkt. 35, 36.

b) „Kredytobiorca jest zobowiązany do zwrotu Bankowi kosztów ubezpieczenia w wysokości (...) PLN za pierwszy 36-miesięczny okres trwania ochrony ubezpieczeniowej” (§ 9 ust. 10 Umowy),

c) „Jeżeli w ciągu okresu 36 miesięcy ochrony ubezpieczeniowej saldo zadłużenia z tytułu udzielonego kredytu nie stanie się równe lub niższe niż (...) PLN, Kredytobiorca jest zobowiązany do zwrotu kosztów ubezpieczenia za kolejny 36-o miesięczny okres udzielonej bankowi przez TUiR CIGMA STU S.A. ochrony ubezpieczeniowej, o czym Kredytobiorca zostanie poinformowany przez Bank pisemnie” (§ 9 ust. 11 Umowy).

II.2. Stan prawny oraz doktryna

a) Postanowienia dotyczące ubezpieczenia niskiego wkładu własnego - orzecznictwo, kontrola abstrakcyjna

Klauzula nr 6068 (wpisana wobec BRE Banku S.A.)

„Jeżeli z upływem pełnych 36 miesięcy okresu ubezpieczenia nie nastąpi całkowita spłata zadłużenia objętego ubezpieczeniem ani inne zdarzenie kończące okres ubezpieczenia, ubezpieczenie podlega automatycznej kontynuacji, przy czym łączny okres ubezpieczenia nie może przekroczyć 108 miesięcy, licząc od miesiąca, w którym nastąpiła wypłata Kredytu. Kredytobiorca upoważnia mBank do pobrania środków tytułem zwrotu kosztów ubezpieczenia w wysokości 3,50% różnicy pomiędzy wymaganym wkładem własnym Kredytobiorcy, a wkładem wniesionym faktycznie, tj. [...] oraz zwrotu kosztów z tytułu kontynuacji przedmiotowego ubezpieczenia z rachunku wskazanego w par. 6 bez odrębnej dyspozycji”.

Wpisu tego dokonano na skutek wyroku SOKiK z dnia 24 sierpnia 2012 r. (sygn. akt XVII AmC 2600/11). Wyrok ten stał się prawomocny po oddaleniu apelacji wyrokiem z dnia 20 listopada 2013 r. (sygn. akt VI ACa 1521/12). W ww. wyroku SOKiK uznał, iż nieodpuszczalne było ustanowienie obowiązku zwrotu Bankowi przez Kredytobiorcę kosztów ubezpieczenia w wysokości 3,5% różnicy pomiędzy wymaganym wkładem własnym kredytobiorcy a wkładem faktycznie wniesionym oraz zwrotu kosztów z tytułu kontynuacji ubezpieczenia.

Zdaniem SOKiK, skoro konsument nie jest stroną ani też uposażonym z umowy ubezpieczenia to powstaje sytuacja, w której nie odnosi on żadnych korzyści z tej umowy, zabezpieczającej wyłącznie interesy Banku, ponosząc jednocześnie odpowiedzialność regresową z tego tytułu i w efekcie Bank przerzuca na konsumentów ryzyko prowadzenia działalności gospodarczej.

SOKiK wskazał także, że sporne postanowienie nie daje konsumentowi jakichkolwiek uprawnień w zakresie oceny zasadności kontynuowania umowy ubezpieczenia po upływie 36 miesięcy okresu kredytowania bowiem brak jest tam jakiegokolwiek zapisu wskazującego - na jaki okres umowa ubezpieczenia niskiego wkładu zostanie, po upływie 36 miesięcy, automatycznie przedłużona. Przewidziano tam jedynie maksymalny okres ubezpieczenia - 108 miesięcy - a w ramach tego limitu Bank może dowolnie przedłużać ochronę ubezpieczeniową a konsument nie ma na takie decyzje jakiegokolwiek wpływu.

Poza przypadkiem całkowitej spłaty zadłużenia nie zostało określone w przedmiotowej klauzuli - jakie inne zdarzenie będzie powodować zakończenie okresu ubezpieczenia, mimo iż tam o nich ogólnie mowa. Konsument nie ma więc możliwości uzyskania wiedzy w tym zakresie, a co za tym idzie dokonania oceny zasadności i prawidłowości wykonania umowy przez Bank.

Omawiane postanowienie było zdaniem SOKiK niejasne, niejednoznaczne i mogło powodować po stronie konsumentów dezinformację co do przysługujących im uprawnień. Sąd wskazał, że interes Banku jest przede wszystkim zabezpieczony ustanowioną na nieruchomości klienta (kredytobiorcy) hipoteką - a ubezpieczenie niskiego wkładu stanowi dodatkowe zabezpieczenie kredytobiorcy z tytułu ryzyka niespłacenia kwoty stanowiącej

różnicę pomiędzy wartością nieruchomości w chwili udzielenia kredytu a wymaganym, w tej dacie, przez Bank wkładem własnym. Dochodzi wówczas, do rażącego naruszenia interesów konsumentów poprzez obciążenie ich nieuzasadnionymi kosztami związanymi z kontynuacją ubezpieczenia.

Kolejne zastrzeżenie SOKiK dotyczyło niewskazania we wzorcu umownym definicji pojęcia "wkład wymagany" oraz braku wyjaśnienia sposobu czy metody jego obliczania a ponadto nie podano daty, od jakiej wkład wymagany jest liczony, sposobu liczenia ryzyka spłaty części kredytu związanego z niskim wkładem i kursu waluty, na podstawie którego dokonuje się jego obliczenia. Zdaniem SOKiK Bank nie udowodnił, że konsumenci mieli realną możliwość zapoznania się przed zawarciem umowy z treścią „Regulaminu udzielania kredytów i pożyczek hipotecznych dla osób fizycznych w ramach (...) hipotecznych” z którego, zdaniem Banku wynikał sposób ustalania wskazanych wyżej parametrów. SOKiK podkreślił, że przedmiotowy Regulamin obowiązuje od dnia 23 grudnia 2010 r. podczas gdy zakwestionowany wzorzec umowy pochodzi ze stycznia 2008 r., co dowodzi, że co najmniej w tej ostatniej dacie nie był ów Regulamin stosowany w obrocie z konsumentami. Poza tym dokument ten nie został wymieniony wśród załączników do umowy o kredyt hipoteczny, którą powodowie zawarli w dniu 25 stycznia 2008 r. z Bankiem, co oznacza, że nie został on im doręczony przed podpisaniem umowy. Samo zamieszczenie w § 26 umowy oświadczenia, iż kredytobiorca otrzymał przed zawarciem umowy przedmiotowy Regulamin nie stanowi dowodu na udostępnienie powodom tego dokumentu, albowiem postanowienie to stanowiło treść wzorca umowy i został on narzucony kredytobiorcom.

Sąd Apelacyjny nie podzielił co prawda części argumentacji SOKiK w zakresie w jakim upatrywał on abuzywności w nakładaniu na konsumenta obowiązku pokrycia kosztów ubezpieczenia kredytu, pomimo tego wyrok SOKiK został utrzymany. W ocenie Sądu Apelacyjnego, nie jest bowiem prawdą - w przeciwieństwie do tego co twierdził SOKiK - że jedyną korzyść z zawarcia tego rodzaju umowy odnosi Bank a nie jego klient, który nie jest stroną umowy ubezpieczeniowej. Sąd Apelacyjny wskazał, że chodzi tu o szczególną sytuację gdzie umożliwia się kredytobiorcy nabycie nieruchomości dzięki sfinansowaniu jej zakupu kredytem hipotecznym mimo, iż taka osoba nie jest w stanie wnieść wymaganego wkładu własnego, co zwiększa ryzyko związane ze spłatą kredytu. Wprawdzie ustanowienie hipoteki na nieruchomości oznacza, że zabezpieczenie wierzytelności z tytułu udzielonego kredytu obciąża całą nieruchomość dłużnika, ale stanowi to dla Banku znacznie mniej pewne przedsięwzięcie gospodarcze niż w przypadku gdy do pokrycia ceny transakcji zaangażowana zostaje określona pula środków własnych nabywcy (wymagany wkład własny). W razie spadku, w późniejszym okresie czasu wartości rynkowej zakupionej nieruchomości i konieczności dochodzenia przez Bank niespłaconej części kredytu wraz z odsetkami w drodze egzekucji komorniczej istnieje realna obawa, że Bank nie odzyskałby całej należnej mu wierzytelności. Tak więc, gdyby nie ubezpieczenie niskiego wkładu własnego kredytobiorca nie mógłby w ogóle otrzymać kredytu hipotecznego i zrealizować swoich planów. Z tych też względów Sąd Apelacyjny nie zgodził się z poglądem SOKiK, że kredytobiorca ponosi, z jednej strony koszty ubezpieczenia finansowego (poprzez obowiązek ich zwrotu Bankowi), a z drugiej zaś strony nie odnosi żadnych korzyści z takiej umowy, w przeciwieństwie do Banku. Jego zdaniem nie ma też większego znaczenia okoliczność, że konsument nie jest tu stroną umowy ubezpieczenia ani też uposażonym z tytułu tej umowy.

Sąd Apelacyjny przyznał rację SOKiK gdy wskazuje on, iż przedmiotowe postanowienie nie zawiera dostatecznych informacji pozwalających uzyskać konsumentowi wiedzę, co do tego - jak faktycznie kształtują się koszty ubezpieczenia, które w ostatecznym wyniku musi ponieść kredytobiorca oraz - jak długo będzie on obowiązany refundować je Bankowi jeżeli w ciągu 36 miesięcy nie nastąpi całkowita spłata zadłużenia objętego ubezpieczeniem. Brak było w badanym wzorcu umowy - definicji wkładu wymaganego, oraz określenia zdarzeń

pozwalających ustalić moment zakończenia umowy ubezpieczenia przed upływem maksymalnego okresu łącznego ubezpieczenia (108 miesięcy). W tych okolicznościach kredytobiorca nie był w stanie skontrolować prawidłowości podejmowanych przez Bank czynności związanych z zawieraniem umowy ubezpieczenia z podmiotem trzecim na dalsze okresy, mimo że to klient Banku ponosi z powyższego tytułu koszty. Zawarte w apelacji twierdzenie, iż wydaje się oczywistym, że po upływie 36 miesięcy obowiązywania ubezpieczenia ulega ono przedłużeniu na kolejny czas oznaczony tj. na 36 miesięcy miało zdaniem Sądu zupełnie gołostowny charakter.

Sąd Apelacyjny wskazał, iż SOKiK słusznie podniósł, że Bank nie wykazał, aby mimo istniejącego w treści wzorca umowy zapisu, iż kredytobiorca oświadcza, że przed zawarciem Umowy „Regulamin udzielania kredytów i pożyczek hipotecznych dla osób fizycznych w ramach (...)” został kredytobiorcy doręczony.

Klauzula nr 1797 (wpisana wobec Lukas Bank S.A.)

„Kredytobiorca zobowiązuje się do ustanowienia następujących zabezpieczeń kredytu/zabezpieczenia docelowe: Przystąpienie do Generalnej Umowy Ubezpieczenia niskiego wkładu kredytów mieszkaniowych w TU Europa S.A. Okres ubezpieczenia wynosi <36/60> miesięcy. Składka ubezpieczeniowa w kwocie <kwota> zł płatna jest z góry za cały okres ubezpieczenia i nie podlega zwrotowi” (wyrok SOKiK z dnia 6 sierpnia 2009 r., sygn. akt XVII AmC 624/09).

W uzasadnieniu SOKiK wskazał, że celem zobowiązania konsumenta do zwrotu kosztu składki jest zrekompensowanie bankowi kosztów ubezpieczenia chroniącego bank przed ryzykiem związanym z brakiem spłaty kwoty wymaganego wkładu własnego. Przy czym ryzyko takie ustaje z momentem spłaty przez kredytobiorcę części kredytu, która została zakwalifikowana przez bank do ubezpieczenia jako tzw. niski wkład własny. Jak stwierdził SOKiK, bank w takim przypadku, stosownie do art. 813 § 1 k.c., może żądać od ubezpieczyciela zwrotu składki za okres niewykorzystanej ochrony ubezpieczeniowej. Konsekwencją zakwestionowanego postanowienia jest nierównomierne rozłożenie praw i obowiązków wynikających z umowy pomiędzy bankiem a kredytobiorcą, która polega na tym, że bank jest uprawniony do pobierania opłaty za okres przypadający po dokonaniu przez konsumenta spłaty kwoty wymaganego wkładu własnego, a więc za okres, w którym nie występuje już podwyższone ryzyko po stronie banku.

Klauzula nr 4130 (wpisana wobec Banku Ochrony Środowiska S.A.)

„Składka ubezpieczeniowa z tytułu ubezpieczenia pomostowego i niskiego wkładu własnego podlega zwrotowi na wniosek Kredytobiorcy proporcjonalnie do liczby pełnych miesięcy kalendarzowych, w których towarzystwo ubezpieczeniowe nie świadczyło ochrony ubezpieczeniowej” (wyrok SOKiK z dnia 23 lutego 2011 r., sygn. akt XVII AmC 143/10).

Sąd w uzasadnieniu do wyroku stwierdził, że postanowienie to przewiduje po stronie konsumenta obowiązek ponoszenia kosztów składki ubezpieczenia za każdy pełny miesiąc kalendarzowy, niezależnie od tego, czy kredytobiorca faktycznie korzystał z ochrony ubezpieczeniowej przez cały ten okres. Takie ukształtowanie treści postanowienia umownego w praktyce wyłącza możliwość dochodzenia przez konsumenta zwrotu składki ubezpieczenia za niewykorzystany okres ubezpieczenia, co stoi w sprzeczności z treścią art. 813 §1 k.c.

b) Stanowisko Komisji Nadzoru Finansowego w zakresie bancassurance

Należy zwrócić uwagę, że Bank w przedmiotowym stosunku jest jednocześnie ubezpieczającym i ubezpieczonym (beneficjentem umowy ubezpieczenia), natomiast koszt umowy ubezpieczenia pokrywa konsument. Oznacza to, że Bank świadczy usługi na tzw. rynku bancassurance. Bancassurance polega bowiem także na zawieraniu przez bank umów

ubezpieczenia powiązanych z produktem bankowym, w przypadku których klient banku na podstawie odrębnej umowy zobowiązany jest pokryć koszty ochrony ubezpieczeniowej banku przed poszczególnymi rodzajami ryzyka objętymi tą umową ubezpieczenia. W ramach bancassurance następuje daleko idąca współpraca pomiędzy bankami a ubezpieczycielami (banki zajmują się np. wszystkimi kwestiami administracyjnymi związanymi z danym ubezpieczeniem). Banki otrzymują także (często znaczne) prowizje związane z zawarciem/przystąpieniem klienta do umowy ubezpieczenia.

Problematyka rynku bancassurance została dostrzeżona przez Komisję Nadzoru Finansowego, która w czerwcu 2014 r. wydała Rekomendację U dotyczącą dobrych praktyk w zakresie bancassurance.

Podczas prac nad rekomendacją Komisja Nadzoru Finansowego dostrzegła iż problematyczna jest sytuacja, w której ubezpieczyciel ma możliwość występowania z roszczeniem regresowym - zastrzeżenia KNF dotyczyły sytuacji, w których zakład ubezpieczeń po wypłacie odszkodowania na rzecz banku (jako ubezpieczony) występuje do kredytobiorcy (który nie jest stroną umowy, ale faktycznie finansował składkę) z roszczeniem regresowym.

Zastrzeżenia te zostały odzwierciedlone w tekście wspomnianej wyżej Rekomendacji U. KNF za istotne uznała także, by bank informował klientów o możliwych roszczeniach regresowych ubezpieczyciela w stosunku do nich. Zgodnie z zawartą w Rekomendacji U rekomendacją 16, bank powinien posiadać zasady/procedury postępowania w przypadku umów ubezpieczenia, na podstawie których zakład ubezpieczeń może występować z roszczeniem regresowym do klienta banku. Bank powinien posiadać odpowiednią politykę informacyjną w odniesieniu do umów ubezpieczenia, na podstawie których zakład ubezpieczeń może występować z roszczeniem regresowym do klienta banku. Informacje przekazywane klientowi w tym zakresie przez bank nie mogą wprowadzać klienta w błąd (rekomendacja 16.1.). Informacja o zawarciu przez bank umowy ubezpieczenia, w przypadku której zakład ubezpieczeń może występować z roszczeniem regresowym do klienta banku, powinna wyraźnie wskazywać, że klient nie jest beneficjentem ochrony ubezpieczeniowej z tytułu tej umowy ubezpieczenia, tj. w szczególności, że spełnienie świadczenia przez zakład ubezpieczeń powoduje wyłącznie zmianę wierzyciela i nie zwalnia klienta z obowiązku świadczenia w zakresie zapłaty dokonanej przez zakład ubezpieczeń (Rekomendacja 16.2.). Bank powinien powstrzymać się przed bezpośrednim obciążaniem klienta kosztami składki ubezpieczeniowej z tytułu umowy ubezpieczenia, w której zakładowi ubezpieczeń przysługuje roszczenie regresowe względem klienta banku (Rekomendacja 16.3.).

Podobne stanowisko KNF prezentuje także w Rekomendacji S (Warszawa, czerwiec 2013 r.) dotyczącej dobrych praktyk w zakresie zarządzania ekspozycjami kredytowymi zabezpieczonymi hipotecznie: „W przypadku, gdy jednym z zabezpieczeń umowy kredytu jest umowa ubezpieczenia, a ubezpieczenie zostało zaoferowane klientowi przez bank, bank powinien jednoznacznie wskazać w jakiej występuje roli, tj. ubezpieczającego czy też pośrednika ubezpieczeniowego. Klient powinien otrzymać również wszystkie istotne informacje dotyczące umowy ubezpieczenia. W szczególności informacja powinna jednoznacznie wskazywać strony umowy ubezpieczenia, ich prawa i obowiązki (w tym o ewentualnym prawie zakładu ubezpieczeniowego do wystąpienia z roszczeniem regresowym w stosunku do kredytobiorcy), status i uprawnienia kredytobiorcy w kontekście tej umowy oraz zakres i warunki umowy ubezpieczenia” (rekomendacja 25.5).

Choć przedmiotowe Rekomendacje zostały wydane później niż została zawarta umowa z Powodami, to należy zauważyć, że regulator widział potrzebę ich wydania w związku z zaobserwowaniem występowania problemów na rynku bancassurance, którego częścią są umowy ubezpieczenia niskiego wkładu własnego.

c) Stanowisko Rzecznika Finansowego

Swoje stanowisko w sprawie ubezpieczenia niskiego wkładu własnego Rzecznik Finansowy wyraził między innymi w dokumencie „Analiza prawna wybranych postanowień umownych stosowanych przez banki w umowach kredytów indeksowanych do waluty obcej lub denominowanych w walucie obcej zawieranych z konsumentami - Raport Rzecznika Finansowego” (czerwiec 2016 r.). W raporcie tym (strona 74 i następne) Rzecznik Finansowy wskazał, że w jego ocenie (która wynika z analizy poglądów orzecznictwa i doktryny) klauzule dotyczące ubezpieczenia niskiego wkładu własnego mogą mieć charakter abuzywny, jeżeli:

- nie wyjaśniają kredytobiorcy, na jakich zasadach ma być obliczona należna kwota (opłata lub składka) ubezpieczenia;
- kredytobiorca nie ma faktycznej wiedzy na temat sposobu kształtowania tej opłaty, a przez to nie jest w stanie ustalić rzeczywistych kosztów kredytu;
- nikt poza przedsiębiorcą nie jest w stanie w żaden sposób zweryfikować zasad, wedle których następuje ustalenie składki na ubezpieczenie niskiego wkładu własnego;
- klauzule nie wyjaśniają istoty tego ubezpieczenia, tj. kto jest ubezpieczonym i ubezpieczającym;
- nie wiadomo, jak długie będą kolejne okresy ubezpieczenia;
- klauzula jest niejasna, niejednoznaczna i nieczytelna;
- konstrukcja opłaty za ubezpieczenie niskiego wkładu własnego nie jest powiązana z brakującym wkładem własnym lub z rzeczywistym ryzykiem banku.

d) Zasady dobrej praktyki bankowej

Nie bez znaczenia w przedmiotowej sprawie, szczególnie w kontekście oceny kwestionowanych postanowień 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

Zwrócić również należy uwagę, że Zarząd Związku Banków Polskich we współpracy z Polską Izbą Ubezpieczeń opracował „Rekomendację w sprawie dobrych praktyk w zakresie ubezpieczeń finansowych powiązanych z produktami bankowymi zabezpieczonymi hipotecznie”. Rekomendacja została przyjęta w dniu 22 grudnia 2010 roku i (zgodnie z § 1 pkt 2 Rekomendacji) określa ona relacje pomiędzy Bankiem, Ubezpieczycielem a Klientem Banku w zakresie m.in. Ubezpieczenia niskiego wkładu (brakującego wkładu własnego).

Rekomendacja nakłada na banki szczególne obowiązki informacyjne w sytuacji posługiwania się takimi ubezpieczeniami (§ 5 Rekomendacji):

- „1. Bank zapewnia Klientowi informację o zawartej przez siebie umowie Ubezpieczenia finansowego związanej z daną umową o Produkt bankowy”,
- „3. Informacje przekazywane Klientowi nie mogą wprowadzać w błąd co do charakteru Ubezpieczenia finansowego oraz roli podmiotów umowy Ubezpieczenia finansowego”
- „5. Dokumentacja zawiera co najmniej następujące Informacje :

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

a) przedmiot ubezpieczenia;

b) zakres ochrony;

c) okres ubezpieczenia;

d) informacje określone w § 6 ust 2 niniejszej Rekomendacji;

e) informacje o podmiocie uprawnionym do otrzymania odszkodowania z umowy Ubezpieczenia finansowego;

f) oświadczenia Klienta niezbędne do prawidłowego wykonywania umowy Ubezpieczenia finansowego (w szczególności dotyczące udostępniania Ubezpieczycielowi danych objętych tajemnicą bankową).

g) informacje określone w § 9 niniejszej Rekomendacji”,

- „6. Definicje kluczowych pojęć używanych w Dokumentacji²¹ (np. wymagany wkład własny) oraz istotne z punktu widzenia Klienta Informacje (np. przestanki odnowienia Ubezpieczenia) powinny być określone w sposób jasny i nie budzący wątpliwości u przeciętnego Klienta”.

W § 6 Rekomendacji, w zakresie obciążania klienta kosztami ubezpieczenia stwierdzono także, że

„1. Klient nie ponosi ciężaru składki ubezpieczeniowej, do której zapłaty zobowiązany jest Bank, jako Ubezpieczający.

2. Bank ma prawo uwzględnić w kosztach zawarcia i wykonywania umowy o Produkt bankowy koszt podwyższonego ryzyka spłaty kredytu w związku z brakiem zabezpieczenia spłaty lub niedostatecznym jej zabezpieczeniem, zgodnie z zasadami obowiązującymi w Banku, zawartymi w Dokumentacji.

3. Koszty związane z podwyższonym ryzykiem Banku będą naliczane wyłącznie za okres, w którym to ryzyko występuje.”

W § 9 pkt 3 wskazano, że „Dokumentacja zawiera informację o skutkach wynikających z umowy Ubezpieczenia finansowego, a w szczególności o uprawnieniu Ubezpieczyciela do regresu, ze szczególnym uwzględnieniem sposobu określenia jego maksymalnej wartości”.

II.3. Stanowisko Prezesa Urzędu

Analiza treści kwestionowanych postanowień zawartych w § 9 ust. 9-11 umowy, na tle wyżej przywołanych poglądów judykatury, doktryny oraz stanowisk nadzorca oraz organizacji zrzeszającej banki, prowadzi do jednoznacznej konkluzji, że spełniają przestanki uznania ich za **niedozwolone postanowienia umowne**, stosownie do przepisu art. 385¹ § 1 k.c.

a) Kwestionowane postanowienia nie regulują głównych świadczeń stron

W ocenie Prezesa Urzędu kwestionowane postanowienia nie regulują głównych świadczeń stron, o których mowa w art. 385¹ § 1 k.c. Na mocy omawianych postanowień ustalane są opłaty związane z ustanowieniem ubezpieczenia niskiego wkładu własnego. 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.

²¹ Zgodnie z § 3 pkt 2 tej rekomendacji dokumentacja to „dokumenty Banku wręczane/udostępniane Klientom i ich dotyczące, związane z zawarciem umowy o Produkt bankowy, w szczególności wnioski o udzielenie Produktu bankowego, umowa o Produkt bankowy, regulaminy związane z zawarciem umowy o Produkt bankowy, tabele opłat i prowizji”.

Jak słusznie wskazał Sąd Rejonowy dla Krakowa - Śródmieścia w Krakowie w wyroku z dnia 7 lipca 2015 r. (sygn. akt I C 1305/14/S), „Opłata z tytułu refinansowania kosztów ubezpieczenia niskiego wkładu własnego nie może w żadnym z powyższych rozumień stanowić głównego świadczenia stron. Jest to w sposób oczywisty świadczenie dodatkowe nakierowane na zabezpieczenie interesu kredytodawcy, a związane z niskim wkładem własnym i brakiem pokrycia kwoty kredytu w zabezpieczeniu hipotecznym ustanowionym na nieruchomości. Świadczenie to nie stanowi zatem żadnej formy udzielenia kredytu i jego spłaty, z tymi świadczeniami nie będąc nawet bezpośrednio powiązane”.

b) Sprzeczność z dobrymi obyczajami oraz rażące naruszenie interesów konsumentów

Kwestionowane postanowienia stosowane były przez Bank w obrocie konsumenckim i nie zostały indywidualnie uzgodnione z Powodami. Jak wynika z analizowanej dokumentacji postanowienia te były częścią wzorca umownego. Powodowie nie mieli żadnego wpływu na treść przedmiotowych postanowień, mogli je tylko zaakceptować. Brak akceptacji postanowień wiązałby się z koniecznością zapewnienia przez Powodów dodatkowego zabezpieczenia, które by musiało zostać zaakceptowane przez Bank lub zgromadzenia znacznych środków niezbędnych na pokrycie równowartości wymaganego wkładu własnego.

Biorąc pod uwagę, iż Rekomendacja S w wersji z 2013 roku przewiduje, że:

- bank nie powinien kredytować pełnej wartości nieruchomości stanowiącej przedmiot zabezpieczenia (rekomendacja 10),
- udzielenie kredytu jest możliwe nawet jeśli kredytobiorca nie dysponuje odpowiednim wkładem własnym, a ten brakujący wkład będzie ubezpieczony (rekomendacja 15.7 pkt b),

nie można stwierdzić, że samo ustanowienie ubezpieczenia niskiego wkładu własnego stanowi naruszenie dobrych obyczajów. Jednakże, postanowienie ustanawiające obowiązek pokrycia przez konsumenta kosztu tego ubezpieczenia, jeśli nie jest odpowiednio sformułowane, może naruszać dobre obyczaje z innych przyczyn niż istota ubezpieczenia niskiego wkładu własnego. Mając w pamięci zaprezentowane powyżej poglądy orzecznictwa, doktryny oraz uwagi regulatorów, zdaniem Prezesa Urzędu kwestionowane postanowienia zawarte w § 9 ust. 9-11 analizowanego wzorca są w całości (także w zakresie pierwszej opłaty) sprzeczne z dobrymi obyczajami z następujących powodów:

- Powodowie na podstawie treści kwestionowanych postanowień nie są w stanie określić swoich praw i obowiązków wynikających z umowy ubezpieczenia (nie są także w stanie ustalić czy takie ubezpieczenie w rzeczywistości zostało zawarte). Pozwany nie zawarł takich informacji w Umowie kredytu, Regulaminie (niezależnie od tego czy został on prawidłowo doręczony w sposób opisany w art. 384 k.c.²² - czemu zresztą zaprzeczają Powodowie). Na skutek tego Powodowie nie byli w stanie określić, jaka jest ich rola w ramach przedmiotowego ubezpieczenia. Ponadto, Powodowie nie byli w stanie skontrolować czy zostali w prawidłowy - wynikający z umowy ubezpieczenia - sposób obciążeni kosztami ubezpieczenia. Pozwany mógł bowiem w takim wypadku wpisywać do Umowy większe kwoty niż te, które zmuszony byłby ponieść w związku z zawarciem umowy kredytu przez Powodów.
- Kwestionowane postanowienia obciążają Powodów kosztami ubezpieczenia, a jednocześnie Pozwany w żaden sposób nie informował ich o tym, czy jest beneficjentem ochrony ubezpieczeniowej z tytułu tej umowy ubezpieczenia. Jeśli nie, to powinni być oni poinformowani o możliwych roszczeniach regresowych ubezpieczyciela w stosunku do

²² Zgodnie z tym art. wzorzec powinien być dostarczony przed zawarciem umowy, inaczej nie wiąże konsumenta. Należy zauważyć, że dokument ten nie został wymieniony wśród załączników do umowy o kredyt hipoteczny, którą zawarli Powodowie, co wskazuje, że nie został on im doręczony przed podpisaniem umowy.

nich²³. Z żadnego z załączonych dokumentu nie wynika, że konsumenci zostali o tym poinformowani.

- Na podstawie kwestionowanego postanowienia Powodowie zobowiązani byli pokryć koszt składki ubezpieczeniowej nawet w sytuacji, gdy w trakcie trwania ochrony ubezpieczeniowej spłaciliby ubezpieczoną część kredytu. Bank w takim wypadku może na podstawie art. 813 § 1 k.c. żądać od ubezpieczyciela zwrotu składki za okres niewykorzystanej ochrony ubezpieczeniowej. Powodowie jednak na podstawie kwestionowanych postanowień (lub innych regulacji) nie otrzymali uprawnienia do żądania zwrotu części dokonanej przez nich wpłaty, dotyczy to zarówno pierwszego, jak i następnym okresów ubezpieczeniowych.
- Podkreślenia wymaga również okoliczność, iż kredytu udzielono w walucie CHF a kwota objęta ubezpieczeniem wyrażona jest w PLN. Oznacza to, że konsument mając na względzie wahania kursów, nie jest w stanie stwierdzić kiedy tak naprawdę obowiązek ubezpieczenia wygaśnie. Może zaistnieć sytuacja, że w związku z wahaniami kursów, w trakcie umowy obowiązek taki będzie odpadał a następnie znów wielokrotnie powstawał.

Rażące naruszenie interesów konsumentów przejawia się z kolei w tym, że na mocy kwestionowanych postanowień Powodowie byli zmuszeni wpłacać znaczne opłaty związane z ubezpieczeniem niskiego wkładu własnego. Brak możliwości zweryfikowania zasadności wprowadzanych opłat oraz sposobu ich wyliczenia powoduje, że ciężar finansowy zawartej Umowy i ryzyko prowadzenia działalności gospodarczej przerzucone zostało w całości na konsumenta. Prowadzi to do zachwiania równowagi kontraktowej pomiędzy stronami. Kwestionowane postanowienia mogły niekorzystnie wpływać na sytuację finansową Powodów i jednocześnie przysparzać Pozwanemu nieuzasadnionych korzyści.

II.4. Skutki stosowania niedozwolonego postanowienia umownego

a) Niezwiązanie stron abuzywnymi postanowieniami umownymi

Tak, jak już zostało omówione w pkt I.4.a niedozwolone postanowienia umowne nie wiążą konsumenta od chwili zawarcia umowy. W związku z tym, że postanowienia umowne dotyczące ubezpieczenia niskiego wkładu własnego nie wiążą konsumenta od momentu zawarcia umowy, to bez znaczenia jest, jak Bank je wykonywał.

b) Możliwość zastąpienia niedozwolonych postanowień umownych przepisami dyspozytywnymi

W przypadku przedmiotowych klauzul nie jest również możliwe, **zapełnienie „luki” powstałej w umowie w efekcie jej zastosowania przez Pozwanego w zakresie nałożenia na konsumenta obowiązku zwrotu kosztów ubezpieczenia niskiego wkładu własnego poprzez zastosowanie odpowiednich przepisów dyspozytywnych.** Nie istnieją bowiem w polskim ustawodawstwie przepisy prawa o charakterze dyspozytywnym, które mogłyby mieć w tym wypadku zastosowanie.

c) Możliwość zmiany treści abuzywnego postanowienia przez sąd

Problematyka ta została już omówiona w punkcie I.4.c i pozostaje aktualna także w odniesieniu do postanowień dotyczących ubezpieczenia niskiego wkładu własnego.

²³ Art. 828 § 1 k.c.: „Jeżeli nie umówiono się inaczej, z dniem zapłaty odszkodowania przez ubezpieczyciela roszczenie ubezpieczającego przeciwko osobie trzeciej odpowiedzialnej za szkodę przechodzi z mocy prawa na ubezpieczyciela do wysokości zapłaconego odszkodowania. Jeżeli zakład pokrył tylko część szkody, ubezpieczającemu przysługuje co do pozostałej części pierwszeństwo zaspokojenia przed roszczeniem ubezpieczyciela”

d) Odstraszający efekt klauzul abuzywnych w orzecznictwie TSUE

W tym miejscu podkreślić należy, że aktualne pozostaje stanowisko dotyczące konieczności zapewnienia odstraszającego dla przedsiębiorców efektu wyrażonego w punkcie I.4.d niniejszego poglądu.

II.5. Podsumowanie

Konkludując, należy wskazać, że kwestionowane postanowienia dotyczące ubezpieczenia niskiego wkładu własnego stanowią niedozwolone postanowienie umowne. Są one niezgodne z dobrymi obyczajami i w sposób rażąco naruszają interesy konsumentów, co potwierdza dotychczasowe orzecznictwo i stanowiska organów nadzoru.

III. Zakończenie

Podsumowując, należy wskazać, że zarówno postanowienia dotyczące waloryzacji kwoty kredytu i rat kredytu, jak i ubezpieczenia niskiego wkładu własnego, 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 ubezpieczenia niskiego wkładu własnego 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 dla stron zawierające stanowisko Prezesa UOKiK z istotnym poglądem dla sprawy,
- wniosek Powodów z dnia 10 sierpnia 2017 r. o wydanie istotnego poglądu w sprawie (bez załączników),
- przekazanie sprawy Delegaturze UOKiK w Katowicach.