

*Sygn. akt I ACa 324/18*

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

***Dnia 24 października 2018 r.***

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie następującym:

Przewodniczący: SSA Joanna Wiśniewska-Sadowska

Sędziowie: SA Beata Kozłowska

SO del. Dagmara Olczak-Dąbrowska (spr.)

Protokolant: sekr. sądowy Sławomir Mzyk

po rozpoznaniu w dniu 24 października 2018 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa B. D. i M. D.

przeciwko (...) spółce akcyjnej z siedzibą w W.

o zapłatę

na skutek apelacji powodów

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 28 grudnia 2017 r., sygn. akt I C 1108/16

***uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi Okręgowemu w Warszawie do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.***

Dagmara Olczak-Dąbrowska Joanna Wiśniewska-Sadowska Beata Kozłowska

Sygn. akt I ACa 324/18

## UZASADNIENIE

W pozwie z 26 października 2016 r. B. D. i M. D. wnieśli o zasądzenie solidarnie od (...) Spółki Akcyjnej w W. kwoty 97180 zł wraz z odsetkami ustawowymi od kwot częściowych wskazanych w pozwie z tytułu zwrotu nienależnego świadczenia w wyniku niezwiązania niedozwolonymi postanowieniami § 10 ust. 2, § 1 ust. 3a, § 7 ust. 1, § 11 ust. 5 umowy kredytu hipotecznego waloryzowanego kursem franka szwajcarskiego.

***Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z 28 grudnia 2017 r. oddalił powództwo i obciążył powodów kosztami procesu.*** Podstawę tego rozstrzygnięcia stanowiły następujące ustalenia faktyczne i ich ocena prawna.

30 maja 2006 r. B. D. i M. D. zawarli z (...) Bank Spółką Akcyjną w W. umowę kredytu hipotecznego waloryzowanego kursem franka szwajcarskiego. Bank oddał dyspozycji kredytobiorców kwotę 237180 zł, przelewając ją w transzach na ich rachunek bankowy. Okres kredytowania wynosił 360 miesięcy, tj. od 30 maja 2006 r. do 30 maja 2016 r. Według § 7 ust. 1 umowy waloryzacja kwoty kredytu następowała w odniesieniu do kursu franka szwajcarskiego według tabeli kursowej (...) Bank S.A. Kwota kredytu oddana kredytobiorcom do dyspozycji została określona według kursu kupna

franka szwajcarskiego z tabeli kursowej pozwanego z dnia i godziny uruchomienia kredytu. Kredytobiorcy zobowiązali się do spłaty kredytu w ratach kapitałowo-odsetkowych wyrażonych we frankach szwajcarskich według załączonego do umowy harmonogramu. Zgodnie z § 11 ust. 5 umowy raty miały być spłacane w złotych po uprzednim ich przeliczeniu według kursu sprzedaży waluty CHF z tabeli kursowej (...) Bank S.A.

Kredyt był oprocentowany według zmiennej stopy procentowej. Zmiana wysokości oprocentowania mogła nastąpić w przypadku zmiany stopy referencyjnej określonej dla danej waluty oraz zmiany parametrów finansowych rynku pieniężnego i kapitałowego w kraju (lub krajów zrzeszonych w Unii Europejskiej), którego waluta jest podstawą waloryzacji (§ 10 ust. 2 umowy kredytu). O każdej zmianie oprocentowania bank był zobowiązany zawiadomić na piśmie kredytobiorców i poręczycieli.

Z dniem 1 kwietnia 2009 r. zmianie uległy obowiązujące w pozwanym Banku postanowienia regulaminu udzielania kredytów i pożyczek hipotecznych dla osób fizycznych. Wprowadzono definicję spreadu walutowego i tabeli kursowej, sprecyzowano zasady i przesłanki wyznaczania kursów walutowych oraz spreadu. Pozwany umożliwił też kredytobiorcom spłatę kredytu w walucie waloryzacji, do czego konieczna była zmiana umowy w formie aneksu. Powodowie nie skorzystali z tej możliwości, ani z uprawnienia do spłaty kredytu w walucie waloryzacji przyznanego im w przepisach ustawy z dnia 29 lipca 2011 r. o zmianie ustawy prawo bankowe i niektórych innych ustaw.

Sąd Okręgowy oddalił wniosek powodów o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny rachunkowości, uznając, że nie została wykazana abuzywność kwestionowanych postanowień umownych, dlatego nie było podstaw do przeliczenia spłaconych przez powodów rat przy założeniu, że postanowienia nieuczciwie ich nie wiążą.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd pierwszej instancji przyjął, że podstawę prawną waloryzacji umownej stanowi art. 358<sup>1</sup> § 2 k.c., zgodnie z którym strony mogą zastrzec w umowie, że wysokość świadczenia pieniężnego zostanie ustalona według innego niż pieniądź miernika wartości. Waloryzacja umowna jest dopuszczalna w obrocie konsumenckim, nie pozostaje w sprzeczności z naturą stosunku zobowiązaniowego, którego źródłem jest umowa kredytu oraz nie narusza zasada współżycia społecznego (art. 353<sup>1</sup> k.c.). Stanowi zabezpieczenie ryzyka banku udzielającego długoterminowego kredytu, ponieważ jako przedsiębiorca zgodnie z art. 358<sup>1</sup> § 4 k.c. nie może wystąpić o zmianę wysokości lub sposobu spełnienia świadczenia.

W ramach incydentalnej kontroli postanowień umowy pod kątem ich abuzywności Sąd Okręgowy uznał, że powodowie nie sprostali spoczywającemu na nich ciężarowi dowodu (art. 6 k.c.) i nie wykazali, że kwestionowane przez nich klauzule umowne kształtują ich prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając ich interesy (art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c.). Odnośnie do zarzucanej dowolności w kształtowaniu kursu franka szwajcarskiego we własnych tabelach kursowych banku, stwierdził, że wyznaczanie kursu waluty przez pracowników pozwanego, nie oznacza, że był on kursem dowolnym. Inicjatywa dowodowa powodów w celu wykazania tak sformułowanego zarzutu powinna polegać na „dokładnym przytoczeniu kursów stosowanych przez pozwanego i porównaniu ich z kursami notowanymi na rynku, co umożliwiłoby stwierdzenie, że kursy te dalece odbiegają od rynkowych i można je traktować jako ustalone w sposób dowolny”. W odniesieniu do klauzuli spreadu walutowego Sąd Okręgowy przyjął, że skoro powodowie nie skorzystali z możliwości spłaty kredytu w walucie waloryzacji, to tym samym potwierdzili swoim postępowaniem, że kwestionowane przez nich w tym zakresie postanowienie umowy nie kształtuje ich praw i obowiązków w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając ich interesy. Ponadto nie udowodnili „faktu pobrania przez pozwanego bank i dokonywania przeliczeń waluty po takim kursie, który wykraczał poza granice kursu rynkowego”.

Co do klauzuli zmiennego oprocentowania, Sąd Okręgowy wyjaśnił, że wbrew twierdzeniom powodów, postanowienie umowy, według którego zmiana wysokości oprocentowania może nastąpić w przypadku zmiany stopy referencyjnej określonej dla danej waluty oraz zmiany parametrów finansowych rynku pieniężnego i kapitałowego, nie upoważnia pozwanego do niczym nieskrępowanej swobody w kształtowaniu oprocentowania. Klauzula zmiennego oprocentowania odwołuje się bowiem do obiektywnych zdarzeń gospodarczych o charakterze przyszłym i

niepewnym. Ich wpływ na parametry rynku pieniężnego i kapitałowego jest możliwy do zweryfikowania metodami ekonometrycznymi. Zdaniem Sądu pierwszej instancji powodowie nie przejawili stosownej inicjatywy dowodowej zmierzającej do wykazania faktycznej dowolności zmiany oprocentowania przez pozwanego w oderwaniu od obiektywnych parametrów rynkowych. Z tych przyczyn powództwo zostało oddalone.

W apelacji od tego wyroku powodowie zarzucili naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie oceny materiału dowodowego z przekroczeniem zasad logiki i doświadczenia życiowego, w rezultacie której to oceny Sąd pierwszej instancji przyjął, że kwestionowane przez nich postanowienia umowne nie naruszają w sposób rażący interesów konsumentów. Zarzut naruszenia art. 217 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. i art. 278 § 1 k.p.c. został uzasadniony bezpodstawnym oddaleniem wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny rachunkowości, podczas gdy dowód ten był niezbędny do precyzyjnego wyliczenia roszczenia dochodzonego przez powodów. Skarżący zarzucili ponadto naruszenie art. 479<sup>43</sup> k.p.c. w zw. z art. 9 ustawy z 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw poprzez pominięcie prejudycjalnego skutku wpisu do rejestru klauzul niedozwolonych postanowień umownych o treści tożsamej co kwestionowane przez nich postanowienia § 10 ust. 2 i § 11 ust. 5 umowy - w wyniku kontroli abstrakcyjnej przeprowadzonej w postępowaniu z udziałem pozwanego banku.

W odniesieniu do prawa materialnego zarzucili naruszenie art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. polegające na jego błędnej wykładni, w wyniku której Sąd Okręgowy przyjął, że klauzula indeksacyjna i klauzula zmiennego oprocentowania nie są sprzeczne z dobrymi obyczajami i nie naruszają interesów powodów jako konsumentów. Zarzut naruszenia art. 6 k.c., art. 385<sup>2</sup> k.c. w zw. z art. 4 ust. 1 dyrektywy Rady 93/13/EWG z 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich uzasadnili ich błędną wykładnią polegającą na przyjęciu, że to konsumenta obciąża ciężar dowodu co do stosowania przez bank kursów waluty odbiegających od kursów notowanych na rynku oraz kształtowania oprocentowania w oderwaniu od obiektywnych parametrów ekonomicznych. Tymczasem dla oceny abuzywności nie ma znaczenia sposób, w jaki pozwany wykonywał umowę, lecz miarodajne są okoliczności z chwili jej zawarcia. Zarzut naruszenia art. 4 ustawy z 29 lipca 2011 r. o zmianie ustawy prawo bankowe oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 165, poz. 984) poprzez jego błędną wykładnię skarżący powiązali z przyjęciem przez Sąd Okręgowy, że spoczywał na nich obowiązek zawarcia aneksu do umowy kredytu umożliwiającego spłatę kredytu w walucie waloryzacji, podczas gdy przepis ten nakłada na bank obowiązek dokonania nieodpłatnej zmiany umowy. Domagali się również przeprowadzenia kontroli instancyjnej postanowienia oddalającego ich wnioski o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny rachunkowości (art. 380 k.p.c.) i przeprowadzenie tego dowodu w postępowaniu apelacyjnym. W konkluzji wnieśli o zmianę zaskarżonego wyroku i zasądzenie na ich rzecz od pozwanego kwoty 96658, 44 zł wraz z odsetkami od daty wskazanej w pozwie.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacja powodów zasługuje na uwzględnienie. Sąd Okręgowy nie rozpoznał istoty sprawy i z tej przyczyny zaskarżony wyrok należało uchylić i sprawę przekazać temu Sądowi do ponownego rozpoznania (art. 386 § 4 k.p.c.).

Trafny okazał się zarzut naruszenia art. 479<sup>43</sup> k.p.c. w odniesieniu do jednej z kwestionowanych przez powodów klauzul umownych.

W pierwszej kolejności należy wyjaśnić, jakie znaczenie dla kontroli incydentalnej nieuczciwych klauzul umownych w indywidualnej sprawie (art. 385<sup>(1)</sup> § 1 k.p.c.) ma wydany w wyniku kontroli abstrakcyjnej (art. 479<sup>(36)</sup> – 479<sup>(45)</sup> k.p.c.) wyrok uznający za niedozwolone postanowienie tej samej treści normatywnej w stosunku do przedsiębiorcy będącego pozwanym w sprawie indywidualnej. Spośród czterech podważanych przez powodów klauzul umownych, postanowienie § 11 ust. 5, zgodnie z którym raty kapitałowo-odsetkowe oraz raty odsetkowe spłacane są w złotych po uprzednim ich przeliczeniu wg kursu sprzedaży CHF z tabeli kursowej (...) Banku S.A. obowiązującego na dzień spłaty z godziny 14:50, zostało wpisane do rejestru niedozwolonych postanowień umownych pod numerem 5743 na podstawie wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 27 grudnia 2010 r. w sprawie o sygn. akt XVII Amc 1531/09, w której stroną pozwaną był (...) Bank S.A.

Ustawą z 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2015, poz. 1684), która weszła w życie 16 kwietnia 2016 r., uchylono przepisy art. 479<sup>36</sup>- art. 479<sup>44</sup> k.p.c. stanowiące podstawę prawną kognicji Sądu Ochrony Konsumentów i Konkurencji w sprawach dotyczących abstrakcyjnej kontroli nieuczciwych klauzul umownych, przekazując je do zakresu kompetencji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Zgodnie z art. 9 ustawy nowelizującej z 5 sierpnia 2015 r. w odniesieniu do postanowień wzorców umów, które zostały wpisane do rejestru postanowień wzorców umów uznanych za niedozwolone, o którym mowa w art. 479<sup>45</sup> ustawy zmienianej w art. 2, stosuje się przepisy ustaw zmienianych w art. 1 i art. 2, w brzmieniu dotychczasowym, nie dłużej jednak niż przez 10 lat od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy. Oznacza to, że obecnie do oceny skutków wpisu do rejestru niedozwolonych postanowień umownych jak i skutków procesowych wyroku stanowiącego podstawę tego wpisu stosuje się przepisy dotychczasowe, a w szczególności art. 479<sup>43</sup> k.p.c. Stosownie do tego przepisu, wyrok prawomocny ma skutek wobec osób trzecich od chwili wpisania uznanego za niedozwolone postanowienia wzorca umowy do rejestru, o którym mowa w art. 479<sup>45</sup> § 2.

Istota problemu sprowadza się do udzielania odpowiedzi na pytanie, czy wyrok uwzględniający powództwo w ramach kontroli abstrakcyjnej ma znaczenie prejudycjalne dla rozstrzygnięcia sprawy indywidualnej z udziałem tego samego przedsiębiorcy, w której przedmiotem kontroli incydentalnej jest postanowienie tej samej treści normatywnej. Innymi słowy, czy wpis takiego postanowienia do rejestru niedozwolonych postanowień umownych wiąże sąd w indywidualnej sprawie w zakresie przyjętej w wyniku kontroli abstrakcyjnej oceny prawnej co do nieuczciwego charakteru klauzuli umownej. Zagadnienie to było przedmiotem wypowiedzi Sądu Najwyższego, który w uzasadnieniu uchwały z 20 listopada 2015 r. (III CZP 17/15, OSNC 2016, nr 4, poz. 40 ) wyjaśnił, że przewidziana w art. 479<sup>43</sup> k.p.c. rozszerzona podmiotowo prawomocność materialna wyroku uwzględniającego powództwo o uznanie postanowienia wzorca umowy za niedozwolone działa jednokierunkowo, tj. na rzecz wszystkich osób trzecich, ale wyłącznie przeciwko pozwanemu przedsiębiorcy, przeciwko któremu ten wyrok został wydany. Udzielana w tych granicach w ramach tej kontroli ochrona prawna pozostaje skuteczna, ponieważ z jej dobrodziejstw w stosunku do pozwanego przedsiębiorcy korzystać może każdy, kto chce powołać się na niedozwolony charakter postanowienia wzorca umowy, stosowanego przez tego przedsiębiorcę, a zakwestionowanego przez sąd ochrony konkurencji i konsumentów. Przedsiębiorca musi zatem liczyć się z tym, że w każdym indywidualnym sporze z jego udziałem sąd - pozostając związany prejudycjalnym skutkiem tego wyroku - będzie musiał uznać dane postanowienie umowne za niedozwolone. Przytoczone stanowisko Sąd Apelacyjny podziela. Przyjęcie przeciwnego poglądu osłabiałoby efektywność ochrony interesów konsumentów, gdyby skutki wpisu do rejestru niedozwolonych postanowień umownych ograniczały się tylko do stron procesu, w którym zapadł wyrok stanowiący podstawę wpisu.

Nawiązując do realiów rozpoznawanej sprawy, należy stwierdzić, że ze względu na tożsamość pozwanego przedsiębiorcy w rozpoznawanej sprawie i w sprawie, w której dokonano kontroli abstrakcyjnej postanowienia o identycznym brzmieniu i treści normatywnej co kwestionowany przez powodów § 11 ust. 5 umowy kredytu, występuje związaną oceną prawną co do niedozwolonego charakteru tego postanowienia (art. 479<sup>43</sup> k.p.c.). Uszło to jednak uwagi Sądu Okręgowego, który pominął skutek prejudycjalny wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 27 grudnia 2010 r. w sprawie o sygn. akt XVII Amc 1531/09. W związku z tym zaniechał oceny prawnej skutków abuzywności klauzuli waloryzacyjnej, a w szczególności jej wpływu na wysokość świadczeń spełnionych przez powodów na rzecz pozwanego przy zastosowaniu niedozwolonego postanowienia.

Wbrew stanowisku skarżących, niedozwolona klauzula umowna wpisana pod numerem 4704, odnosząca się do podstaw zmienności oprocentowania kredytu nie jest tożsama w sensie treści normatywnej z kwestionowanym przez powodów postanowieniem §10 ust. 2 umowy kredytu. Brzmi ona następująco: „Stopa procentowa Kredytu może ulegać zmianom w okresie trwania Umowy w przypadku zmiany, co najmniej jednego z następujących parametrów finansowych rynku pieniężnego i kapitałowego:

a) oprocentowania lokat międzybankowych (stawek WIBID/WIBOR)

b) rentowności bonów skarbowych, obligacji Skarbu Państwa,

c) zmiany stóp procentowych NBP

oraz w zakresie wynikającym ze zmiany tych parametrów". Tymczasem kwestionowana przez powodów klauzula zmiennego oprocentowania z § 10 ust. 2 umowy kredytu ma bardziej ogólny charakter, odwołuje się do zmian stopy referencyjnej waluty kredytu i zmian nieokreślonych parametrów finansowych rynku pieniężnego i kapitałowego. Jej treść normatywna nie jest zatem tożsama z klauzulą wpisaną pod numerem 4704 w rejestrze niedozwolonych postanowień umownych, a więc brak podstaw do przyjęcia prejudycjalnego skutku wyroku stanowiącego podstawę tego wpisu. W konsekwencji klauzula zmiennego oprocentowania jak i pozostałe kwestionowane przez powodów postanowienia umowy kredytu powinny być przedmiotem incydentalnej kontroli sądu na podstawie w art. 385<sup>1</sup> k.c.

Przepis ten stanowi implementację art. 3 dyrektywy Rady 93/13/EWG z 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz.Urz. WE L Nr 95, s. 29 ze zm.). Wprowadza on dwie przesłanki uznania danego postanowienia umownego za niedozwolone, które muszą być spełnione kumulatywnie, a mianowicie: sprzeczności z dobrymi obyczajami oraz rażącego naruszenia interesów konsumenta. Ich wykładnia powinna uwzględniać interpretację stosownych przesłanek abuzywności na gruncie dyrektywy 93/13/EWG (dobrej wiary w znaczeniu obiektywnym oraz znaczącej nierównowagi praw i obowiązków stron ze szkodą dla konsumenta), dokonywaną w oparciu o wskazania zawarte w samej dyrektywie (akapit 16 preambuły i art. 4 ust. 1) oraz orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

W ocenie Sądu Apelacyjnego Sąd Okręgowy w istocie uchylił się od przeprowadzenia kontroli kwestionowanych przez powodów klauzul umownych w oparciu o przesłanki wynikające z art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c., usprawiedliwiając to niedostateczną inicjatywą dowodową strony powodowej, na której spoczywał ciężar dowodu co do twierdzeń o faktach uzasadniających żądanie pozwu. Jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy i nieudowodnione uznał fakty dotyczące wykonywania umowy przez pozwanego w zakresie sposobu kształtowania oprocentowania kredytu i ustalania kursów franka szwajcarskiego w tabelach banku. Niewykazanie przez powodów dowolności w tym zakresie po stronie pozwanego, stanowiło przeszkodę, zdaniem Sądu Okręgowego, do oceny abuzywności wymienionych postanowień umownych. Z takim stanowiskiem nie można się zgodzić.

W ramach oceny abuzywności należy uwzględniać zarówno elementy stanu prawnego jak i faktycznego, a więc nie tylko treść kontrolowanego postanowienia, kontekst umowy, postanowienia umów powiązanych, lecz także okoliczności wyrażania przez konsumenta zgody na związanie się postanowieniem niezgodnym indywidualnie, w szczególności, ograniczające zdolność postrzegania i rozumienia jego tekstu oraz negatywnie wpływające na racjonalność decyzji podejmowanych przez konsumentów, dostępną i posiadaną przez nich wiedzę o rynku. Nie bez znaczenia pozostaje również niski stopień transparentności wzorca (por. P. Mikłaszewicz, Kodeks cywilny. Komentarz. pod red. K. Osajdy, Warszawa 2018, komentarz do art. 385<sup>1</sup> k.c. teza 12). Przy ocenie abuzywności postanowień umownych przewidujących denominację kredytu w walucie obcej należy wziąć pod uwagę wiedzę przedsiębiorcy (banku lub innej instytucji finansowej) co do ewentualnych wahań kursów wymiany i ryzyka dla konsumenta wiążącego się z zaciągnięciem takiego kredytu. Należy ustalić, biorąc pod uwagę całokształt okoliczności, czy przedsiębiorca traktujący konsumenta w sposób sprawiedliwy i słuszny mógłby racjonalnie spodziewać się, iż konsument przyjąłby taki warunek w drodze negocjacji indywidualnych (tak też TSUE w wyroku z 20 września 2017 r., w sprawie C-186/16, A. i in., pkt 56–58).

Bez znaczenia dla oceny nieuczciwego charakteru klauzul umownych pozostają natomiast okoliczności dotyczące sposobu wykonywania umowy, którym błędnie w rozpoznawanej sprawie Sąd pierwszej instancji nadał priorytetowe znaczenie. W uchwale z 20 czerwca 2018 r. (III CZP 29/17, Legalis) Sąd Najwyższy przyjął, że oceny, czy postanowienie umowne jest niedozwolone (art. 385<sup>(1)</sup> § 1 k.c.) dokonuje się według stanu z chwili zawarcia umowy. W uzasadnieniu uchwały wyjaśnił, że do takiego wniosku prowadzi wykładnia językowa art. 385<sup>(2)</sup> k.c., według którego oceny zgodności postanowienia umowy z dobrymi obyczajami dokonuje się według stanu z chwili zawarcia umowy,

co stanowi wyraźne rozstrzygnięcie normatywne, które oznacza, że w ramach tej oceny mogą być uwzględniane tylko zmienne zaistniałe do chwili zawarcia umowy. Takie ujęcie koresponduje z przyjętą sankcją niezwiązania konsumenta abuzywnym postanowieniem ze skutkiem *ex tunc*, a więc od chwili zawarcia umowy, co wyklucza zmienność oceny abuzywności w czasie. Znajduje również oparcie w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, który w wyroku z 26 stycznia 2017 r. (C -421/14 (...) SA v.(...) G., Legalis ) wskazał, że kompetencje sądu związane ze stwierdzeniem nieuczciwego charakteru postanowienia nie mogą – ze względu na konieczność zagwarantowania skutku odstrasżającego wskazanego w art. 7 dyrektywy 93/13/EWG – zależeć od faktycznego stosowania lub niestosowania tego postanowienia. Nawet zatem niezastosowanie nieuczciwego postanowienia nie wyłącza możliwości uznania go za abuzywne. Przytoczone poglądy piśmiennictwa i orzecznictwa Sąd Apelacyjny aprobuje.

Reasumując, należy stwierdzić, że okoliczności dotyczące wykonywania umowy, a w szczególności to, czy i jak przedsiębiorca stosował jej postanowienia naruszające dobre obyczaje i interesy konsumenta, nie mają znaczenia przy ocenie ich abuzywnego charakteru. Tymczasem w rozpoznawanej sprawie Sąd pierwszej instancji wymagał od powodów inicjatywy dowodowej co do tych właśnie faktów, a jej brak uznał za uniemożliwiający stosowne ustalenia faktyczne, które pozwoliłyby na przeprowadzenie oceny postanowień umownych na podstawie art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. Powodowie w pozwie sprecyzowali, w czym upatrują abuzywności klauzul umownych i stanowisko swoje wsparli poglądami wyrażanymi w orzecznictwie sądów powszechnych, w szczególności Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, przytoczyli też treść postanowień wpisanych do rejestru niedozwolonych postanowień umownych dotyczących indeksacji kredytów oraz zmienności oprocentowania. Sąd pierwszej instancji uchylił się od oceny abuzywności postanowień umowy, stosując błędnie przepisy o rozkładzie ciężaru dowodu (art. 6 k.c.), mimo że zgłoszone w pozwie wnioski dowodowe umożliwiały ustalenie okoliczności z chwili zawarcia umowy, a więc miarodajnych dla przeprowadzenia kontroli kwestionowanych postanowień pod kątem ich nieuczciwego charakteru.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, że nierozpoznanie istoty sprawy zachodzi także w przypadku dokonania przez sąd pierwszej instancji oceny prawnej żądania bez ustalenia podstawy faktycznej, co wymagałoby poczynienia kluczowych ustaleń po raz pierwszy w instancji odwoławczej; w takiej sytuacji uzasadnione jest uchylene orzeczenia ze względu na respektowanie uprawnień stron wynikających z zasady dwuinstancyjności postępowania sądowego (por. postanowienia Sądu Najwyższego z: 15 lutego 2018 r., IV CZ 4/18, Legalis, 5 grudnia 2012 r., I CZ 168/12, OSNC 2013, nr 5, poz. 68, z 23 września 2016 r., II CZ 73/16, Legalis, 14 czerwca 2017 r., IV CZ 25/17, Legalis). Z taką sytuacją mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie. Sąd Okręgowy nie zbadał okoliczności towarzyszących zawarciu umowy i nie poczynił stosownych ustaleń faktycznych. W konsekwencji zachodziły podstawy do uchylenia zaskarżonego wyroku na podstawie art. 386 § 4 k.p.c. i przekazania sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Rozpoznając sprawę ponownie, Sąd Okręgowy uwzględni prejudycjalny skutek wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 27 grudnia 2010 r. w sprawie XVII Amc dotyczący klauzuli waloryzacyjnej oraz oceni skutki niezwiązania powodów tym postanowieniem. W ocenie Sądu Apelacyjnego abuzywność w tym przypadku dotyczy sposobu indeksacji, a nie samej istoty indeksacji i wiąże się z uprawnieniem banku do określania wysokości kursu sprzedaży franka szwajcarskiego bez jakichkolwiek ograniczeń, w szczególności, aby wysokość tego kursu pozostawała w określonej relacji do średniego kursu NBP lub kursu ukształtowanego przez rynek walutowy.

W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej przyjmuje się, że w wypadku uznania przez sąd danego postanowienia za niedozwolone możliwe jest zastosowanie w zakresie, w jakim daną kwestię regulowało takie postanowienie, przepisu ustawy o charakterze dyspozytywnym, który znajduje zastosowanie w braku odmiennej decyzji stron. Jest to jednak dopuszczalne wyłącznie wówczas, gdy w braku postanowień uznanych za niedozwolone ważność umowy nie mogłaby być obiektywnie utrzymana, co byłoby z kolei niekorzystne dla konsumenta. Niekorzystna dla konsumenta może być w szczególności konieczność niezwłocznego zwrotu kredytu na skutek upadku umowy kredytowej zawierającej postanowienia abuzywne (tak wyrok TSWE z 30 kwietnia 2014 r. w sprawie C-26/13, K. i K. R., pkt 82–84.36, Legalis). Wyeliminowanie natomiast z umowy kredytu ze skutkiem *ex tunc* waluty

waloryzacji nie pozwoli na rozliczenie dotychczas spłaconych przez kredytobiorców rat kredytu, na co zwraca uwagę Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 14 lipca 2017 r. (II CSK 803/16, Legalis) i aspekt ten należy również uwzględnić przy ocenie skutków upadku umowy dla interesów konsumenta. Oceny, czy zachodzi owa możliwość utrzymania istnienia umowy między stronami, należy dokonywać na podstawie kryteriów obiektywnych, nie zaś z perspektywy interesów którejkolwiek ze stron (tak też TSUE w wyroku z 15 marca 2012 r. w sprawie C-453/10, P. i P., Legalis). Przytoczony pogląd, który Sąd Apelacyjny akceptuje, został rozwinięty w wypowiedziach przedstawicieli doktryny. W przypadku stwierdzenia niedozwolonego charakteru klauzul przeliczeniowych w umowach kredytów walutowych proponuje się zastosowanie art. 56 k.c. (tak też R. Trzaskowski, Skutki sprzeczności umów obligacyjnych z prawem, Warszawa 2013, s. 632 i powołana tam literatura). Zgodnie z tym przepisem czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, z zasad współżycia społecznego i z ustalonych zwyczajów. Niezwiązanie konsumenta klauzulami niedozwolonymi należy zatem rozumieć w ten sposób, że zawarta umowa wywiera wszystkie skutki prawne określone w jej treści, we wzorcu umowy i w innych czynnikach wymienionych w art. 56 k.c. - poza tymi, jakie wskazane zostały w klauzulach niedozwolonych (tak też Z. Radwański, A. Olejniczak, Zobowiązania- część ogólna, Warszawa 2012., s. 166). Z tego względu można rozważać zastąpienie w niedozwolonej klauzuli indeksacyjnej kursu waluty ustalanego jednostronnie przez bank w tabeli kursem kształtowanym w sposób uwzględniający równowagę kontraktową i poszanowanie interesów obu stron, a stosowanym zwyczajowo w obrocie gospodarczym w przypadku wykonania zobowiązań wyrażonych w walucie obcej. Za taki może zostać natomiast przyjęty kurs średni NBP (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 14 lipca 2017 r., II CSK 803/16, Legalis).

Przy ocenie abuzywności klauzuli zmiennego oprocentowania należy wziąć pod uwagę transparentność postanowienia w zakresie kryteriów zmiany oprocentowania. Pomocniczo w tym celu można odwołać się do zaleceń zawartych w dokumencie Komisji Nadzoru Bankowego z marca 2006 r. „Rekomendacja S dotycząca dobrych praktyk w zakresie ekspozycji kredytowych zabezpieczonych hipotecznie” ([www.knf.gov.pl](http://www.knf.gov.pl)). Dokument ten nie stanowił aktu mającego moc powszechnie wiążącą, lecz jego treść wyznaczała granice minimalnych wymagań wobec banków w ich stosunkach z klientami, aby nie naruszały one dobrych obyczajów handlowych (dobrych praktyk) i nie wykorzystywały - zwłaszcza w stosunkach z konsumentami - swojej przewagi kontraktowej (tak też Sąd Apelacyjny w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 7 maja 2013 r. VI ACA 441/13, Legalis).

Według pkt 5.2.3. wskazanej rekomendacji w każdej umowie, która dotyczy ekspozycji kredytowych oprocentowanych zmienną stopą procentową powinny znaleźć się co najmniej zapisy dotyczące: a) sposobów i terminów ustalania stopy procentowej, na podstawie której wyliczana jest wysokość rat kapitałowo - odsetkowych, b) informacji, że zmiana stopy procentowej będzie miała wpływ na wartość ekspozycji kredytowej oraz wysokość rat kapitałowo-odsetkowych, c) warunków i konsekwencji zmiany sposobu oprocentowania. Według tak ujętych kryteriów należy ocenić, czy nie narusza dobrych obyczajów w rozumieniu art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. odesłanie w postanowieniu umownym dotyczącym podstaw zmienności oprocentowania do niesprecyzowanych parametrów finansowych rynku pieniężnego i kapitałowego. O ile nie budzi wątpliwości element parametryczny tej klauzuli (stopa referencyjna dla waluty waloryzacji kredytu), o tyle otwarty i szeroki katalog kryteriów zmiany stopy procentowej, dający pozwanemu uprawnienie do kształtowania oprocentowania w sposób niepoddający się jakiegokolwiek weryfikacji kontrahenta (konsumenta), narusza równowagę kontraktową, a tym samym interesy konsumenta (art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c.). W wyroku z 14 maja 2015 r. (II CSK 768/14, OSNC 2015, nr 11, poz. 132) Sąd Najwyższy, oceniając skutki abuzywności klauzuli zmiennego oprocentowania o treści tożsamej z kwestionowaną przez powodów (§ 10 ust. 2 umowy kredytu), zanegował dopuszczalność rozliczenia umowy kredytu według stałej stopy procentowej, tj. stopy początkowej określonej w umowie kredytu, wskazując, że prowadziłoby to do zmiany charakteru umowy. Podzielając to stanowisko, można rozpatrywać ograniczenie skutków abuzywności tylko do tego elementu postanowienia umownego, który w zakresie podstaw zmiany oprocentowania odsyła do nieokreślonych parametrów finansowych rynku pieniężnego i kapitałowego, pozostawiając stopę referencyjną określoną dla waluty kredytu jako wyznacznik zmiany stopy procentowej.

W konkluzji tych rozważań, należy twierdzić, że zarzuty apelacji okazały się uzasadnione zarówno w odniesieniu do prawa procesowego jak i prawa materialnego, aczkolwiek Sąd Apelacyjny nie podziela prezentowanych przez skarżących poglądów co do skutków abuzywności kwestionowanych postanowień umowy kredytu. Ze względu na błędną wykładnię prawa materialnego, w szczególności art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. i art. 385<sup>2</sup> k.c. Sąd pierwszej instancji uchylił się od kontroli tych postanowień pod kątem ich abuzywności i zaniechał poczynienia odpowiednich ustaleń co do okoliczności miarodajnych dla dokonania tej oceny, a więc z chwili zawarcia umowy. Z tych przyczyn nierozpoznanie istoty sprawy stanowiło podstawę uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania (art. 386 § 4 k.p.c.).

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy, Sąd Okręgowy przeprowadzi zawnioskowany w pozwie dowód z opinii biegłego z zakresu rachunkowości w celu rozliczenia spłaconego dotychczas przez powodów kredytu przy założeniu, że nie wiąże ich ex tunc postanowienie § 11 ust. 5 umowy w zakresie jednostronnego kształtowania przez pozwanego kursu franka szwajcarskiego we własnej tabeli, co rodzi konieczność zastąpienia go kursem kształtowanym w sposób uwzględniający równowagę kontraktową i poszanowanie interesów obu stron np. kursem średnim NBP. W odniesieniu do pozostałych kwestionowanych klauzul umownych, Sąd pierwszej instancji przeprowadzi ich kontrolę pod kątem abuzywności z uwzględnieniem przedstawionej oceny prawnej i w zależności od jej wyników, przy pomocy biegłego, rozliczy kredyt dotychczas spłacony przez powodów przy założeniu, że niedozwolone postanowienie dotyczące zmienności oprocentowania zostało ze skutkiem ex tunc wyeliminowane z umowy.

Dagmara Olczak-Dąbrowska Joanna Wiśniewska-Sadomska Beata Kozłowska