sygn. XXV C 1851/17

# WYROK
## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 grudnia 2018 roku

Sąd Okręgowy w Warszawie XXV Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący SSR (del.) Kamil Gołaszewski

Protokolant Katarzyna Konarzewska

po rozpoznaniu 28 listopada 2018 roku na rozprawie

sprawy z powództwa R. C.

przeciwko (...) Bank SA w W.

o zapłatę kwoty 541 963,35 zł i ustalenie bezskuteczności oświadczenia pozwanego o wypowiedzeniu umowy oraz ustalenie treści umowy kredytu, ewentualnie o ustalenie nieważności umowy kredytu i aneksu oraz ustalenie bezskuteczności postanowień umowy

I. oddala powództwo o zapłatę oraz powództwo o ustalenie bezskuteczności oświadczenia o wypowiedzeniu umowy oraz o ustalenie treści umowy kredytu;

II. ustala, że umowa kredytu hipotecznego numer (...) zawarta 14 listopada 2007 roku pomiędzy R. C. oraz (...) Bank Spółką Akcyjną z siedzibą w W. – Oddział (...) jest nieważna;

III. w pozostałym zakresie oddala powództwo ewentualne;

IV. koszty procesu wzajemnie znosi między stronami.

sygn. XXV C 1851/17

# UZASADNIENIE

***I.Żądania stron***

W pozwie z dnia 22 września 2017 roku (data złożenia w Biurze Podawczym) powód R. C. żądał zasądzenia na swoją rzecz od pozwanego (...) Bank SA w W. kwoty 541 963,35 złotych wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz ustalenie bezskuteczności oświadczenia pozwanego z 14 sierpnia 2017 r. o wypowiedzeniu umowy kredytu hipotecznego nr (...) indeksowanego do CHF zawartej 14 listopada 2007 r. oraz ustalenie, że pomiędzy powodem a pozwanym w dalszym ciągu obowiązuje ww. umowa z wyłączeniem postanowień umownych zawartych w §3 ust. 8 umowy, §11 ust. 7 regulaminu, §12 ust. 7 regulaminu w zw. z §4 ust. 2 i 4 umowy, §3 ust. 7 lit. f) umowy i §20 ust. 4 regulaminu oraz o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych (k. 2-63).

Pismem procesowym z dnia 17 października 2018 r. (k. 537-541) powód zmodyfikował powództwo, wnosząc:

- w przypadku oddalenia powództwa o zapłatę w całości lub w części obejmującej łączną kwotę 468 609,63 zł wyodrębnioną w pkt. I.1. lit. a i b petitum pozwu – o ustalenie, że umowa kredytu hipotecznego nr (...) indeksowanego do CHF z dnia 6 listopada 2007 r. jest nieważna w części, tj. w zakresie postanowień składających

się na tzw. mechanizm indeksacyjny oraz w zakresie zawartego aneksu nr 1 z 27 stycznia 2009 r. lub w całości wraz ze wszystkimi aneksami;

- w przypadku oddalenia powództwa o zapłatę w części obejmującej kwotę 71 177,34 zł wyodrębnioną w pkt. I.1. lit. d petitum pozwu – o ustalenie, że aneks nr 1 z 27 stycznia 2009 r. do kredytu hipotecznego nr (...) indeksowanego do CHF z dnia 6 listopada 2007 r. jest nieważny w całości, względnie bezskuteczny w całości w stosunku do powoda;

- w przypadku oddalenia powództwa o zapłatę w części obejmującej kwotę 2 176,38 zł wyodrębnioną w pkt. I.1. lit. c petitum pozwu – o ustalenie, że postanowienia umowy kredytu hipotecznego nr (...) indeksowanego do CHF z dnia 6 listopada 2007 r. dotyczące opłaty (ubezpieczenia) niskiego wkładu własnego, tj. §3 ust.7 lit. f) Umowy oraz §20 ust.4 Regulaminu są bezskuteczne w stosunku do powoda.

Swoje żądania powód oparł o stanowisko, że indeksacja kwoty kredytu była niedopuszczalna ze względu na sprzeczność z istotą waloryzacji umownej, spowodowanie zwiększonego ryzyka po stronie powoda i nieuzasadnionych korzyści gospodarczych po stronie pozwanej a także naruszenie równowagi stron wyrażające się w prawie pozwanego do jednostronnego ustalania kursu według którego indeksowana była kwota kredytu oraz raty kapitałowo-odsetkowe. Niedozwolone miało być również użycie dwóch kursów – kupna i sprzedaży. Kwoty pobrane tytułem odsetek nie były odsetkami w rozumieniu prawa cywilnego, gdyż nie były naliczane od kwoty w walucie, w której udzielono kredytu, tj. w złotych. Ponadto powód kwestionował pobranie od niego świadczenia w związku z niskim wkładem własnym oraz prowizji za zawarcie aneksu do umowy, podnosząc również niedozwolony charakter postanowień aneksu z 27 stycznia 2009 roku. Alternatywnie powód wskazywał na nieważność umowy ze względu na nieprecyzyjne określenie kwoty i waluty kredytu

Pozwany (...) Bank SA z siedzibą w W. konsekwentnie wnosił o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powodów na rzecz pozwanego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

***II.Stan faktyczny***

Stan faktyczny w zakresie obejmującym treść zawartych umów i przebieg ich wykonywania nie był sporny między stronami. Stąd też podstawą rozstrzygnięcia są poniższe ustalenia faktyczne:

1. W dniu 14 listopada 2007 roku powód R. C. zawarł z (...) Bank SA w W. – Oddział (...) sporządzoną w dniu 6 listopada 2007 r. umowę kredytu hipotecznego nr (...) indeksowanego do CHF (umowa k.83-89).

2. Podstawą zawarcia Umowy kredytu był wniosek o udzielenie kredytu z 9 października 2007 r. Jako cel kredytu wskazano we wniosku zakup nieruchomości/prawa do nieruchomości na rynku wtórny, jako kwotę kredytu 1 100 000 zł, zaś jako walutę kredytu CHF (wniosek o udzielenie kredytu k. 409-413).

3. W dniu złożenia wniosku o udzielenie kredytu kredytobiorca podpisał Oświadczenie o ryzyku walutowym i ryzyku stopy procentowej (oświadczenie k.414-415), zawierające m.in. oświadczenie, że kredytobiorca zapoznał się z pojęciem ryzyka walutowego i ryzyka stopy procentowej, które opisano jako sytuację, w której w której raty spłaty kredytu mogą się zmieniać (w górę lub w dół) w zależności od wahań kursu waluty i wahań rynkowych stóp procentowych. Oświadczenie było składane w jednym egzemplarzu (zeznania świadka R. W.).

4. Ponadto oświadczenie zawierało Modelowe Symulacje Wariantów Spłat Kredytu Dla Różnych Poziomów Kursów Walut I/Lub Stopy Procentowej przedstawiające wpływ zmian oprocentowania i kursu waluty indeksacji na wysokość miesięcznych rat przy założeniu, że udzielono kredytu denominowanego do CHF (1CHF=2,5PLN) w wysokości 200 tys. zł na okres 30 lat, a raty spłaty są równe. W symulacji przedstawiono 6 wariantów, w których wysokość stopy procentowej wynosiła 3,40 % (warianty 1 i 2), 4,12 % (war. 5), 6,15 % (war. 3) lub 7,40 % (war. 4 i 6), a kurs PLN/ CHF – 2,5803 (war. 1 i 3-5) lub 2,8822 (war. 2 i 6), w wyniku czego przybliżona miesięczna rata wahała się od 886,96 zł do 1546,78 zł. Przyjęte w symulacji kursy walutowe odpowiadały deprecjacji kursu złotego do franka w

skali odpowiadającej różnicy między maksymalnym a minimalnym kursem złotego do franka z ostatnich 12 miesięcy. Oświadczenie zawierało również wykres przedstawiający kształtowanie się stóp procentowych i kursów walut od grudnia 2004 r. do marca 2007 r.

5. Formularz dokumentu zawierał również dwa kolejne oświadczenia. Zgodnie z pierwszym, kredytobiorcy przedstawiono ofertę kredytu hipotecznego w złotych polskich, jednakże wybrał on kredyt indeksowany kursem waluty obcej, będąc uprzednio poinformowanym o ryzykach związanych z zaciągnięciem kredytu hipotecznego indeksowanego kursem waluty obcej. Kredytobiorca oświadczał dalej, że jest świadomy, że w przypadku kredytów indeksowanych kursem waluty obcej ponosi ryzyko kursowe, co oznacza, że zarówno rata kredytu, jak i wysokość zadłużenia tytułem zaciągniętego kredytu – przeliczona na PLN na dany dzień – podlegają ciągłym wahaniom w zależności od aktualnego kursu waluty oraz że rzeczywiste koszty obsługi długu mogą się finalnie okazać znacząco wyższe od wcześniej założonych. Oświadczył, że jest świadomy, że wybierając zadłużenie w walucie obcej, aktualnie korzysta z oprocentowania niższego w porównaniu z kredytem złotowym i spłaca miesięcznie niższą ratę kredytu oraz że wynika to ze znacznej różnicy w wysokości stawek referencyjnych, które są podstawą do ustalenia oprocentowania kredytu.

6. Zgodnie z drugim oświadczeniem, kredytobiorca oświadczał, że jest świadomy, że spłata rat kredytowych następuje wg kursu sprzedaży waluty obcej, do której denominowany jest kredyt i akceptuje, iż miesięczne raty kredytu powiększone są o tzw. spread (różnicę pomiędzy kursem kupna i sprzedaży walut (...)). Zgodnie z dalszą informacją spread może być zmienny w zależności od warunków rynkowych i polityki Banku. Możliwe są odchylenia stosowanego przez (...) Bank S.A. kursu kupna i sprzedaży o, odpowiednio, do 5% od średniego kursu NBP.

7. Zgodnie z konstrukcją oświadczenia, poszczególne jego części były obejmowane oświadczeniem kredytobiorcy (podpisem złożonym pod oświadczeniem) poprzez postawienie znaku X w przewidzianych do tego miejscach. Znaki naniesione były już w materiałach przygotowanych przez bank (zeznania świadka R. W.). W przypadku oświadczenia złożonego wraz z wnioskiem kredytowym znaki X umieszczone były jedynie na pierwszej stronie, obejmując treści opisane w punkcie 4. Natomiast nie były umieszczone przy oświadczeniach opisanych w punktach 5 i 6 ustaleń.

8. Podobne oświadczenia znalazły się w Oświadczeniu o ryzyku walutowym i ryzyku stopy procentowej złożonym w dniu zawarcia Umowy kredytu (oświadczenie k.94-95). W przypadku tego Oświadczenia zaznaczone były wszystkie kratki, umieszczone przy jego poszczególnych częściach. Oświadczenie różniło się jednak wskazaniem, że możliwe odchylenia kursu kupna i sprzedaży stosowanego przez (...) Bank SA mogą wynosić, odpowiednio, do 5% od kursu rynkowego wymiany walut (a nie kursu średniego NBP).

9. Na podstawie umowy (§2) bank udzielił powodowi kredytu w kwocie 977 500 zł. Kredyt był indeksowany do waluty obcej CHF. Przeznaczeniem kredytu było refinansowanie kredytu mieszkaniowego w wysokości 542 400 zł oraz zakup nieruchomości na rynku wtórnym w wysokości 435 100 zł. Okres kredytowania wynosi 360 miesięcy.

10. Uruchomienie kredytu następowało w złotych przy jednoczesnym przeliczeniu w dniu wypłaty na franki szwajcarskie zgodnie z kursem kupna dewiz obowiązującym w banku w dniu uruchomienia (§3 ust.8).

11. Spłata kredytu miała nastąpić w 360 miesięcznych ratach (§4 ust.1). Spłata miała następować w złotych (§4 ust.2).

12. Metodę i terminy ustalania kursu wymiany walut określa (...) Bank S.A. w W. - Oddział (...) (regulamin k.59-65), który stanowi integralną część umowy i załącznik do niej (§4 ust. 4, § 13 i §1 umowy).

13. Zgodnie z §14 ust.7 regulaminu spłata kredytu następuje zgodnie z harmonogramem spłat stanowiącym załącznik do umowy kredytu. W przypadku kredytu denominowanego Harmonogram Spłat jest wyrażony w walucie kredytu. Kwota raty odsetkowej obliczana jest według kursu sprzedaży dewiz obowiązującego w banku na podstawie Tabeli Kursów z dnia spłaty (§12 ust.6-7 regulaminu).

14. Tabelą Kursów jest tabela kursów kupna/sprzedaży walut (...) S.A. obowiązująca o godz. 9.30 w dniu, w którym następuje operacja (§2 lit. m regulaminu).

15. Na wniosek kredytobiorcy bank mógł wyrazić zgodę na zmianę waluty kredytu (§13 ust. 1-2 regulaminu).

16. Zgodnie z §5 umowy kredytowej, oprocentowanie kredytu jest zmienne. Na oprocentowanie kredytu składa się stawka referencyjna LIBOR 3M dla CHF oraz stała marża banku w wysokości 4,90 %, zaś po ustanowieniu hipoteki – 3,90 %. Na dzień sporządzenia umowy oprocentowanie wynosiło 7,61 %.

17. Całkowity koszt kredytu na dzień sporządzenia umowy określono na kwotę 1 037 564,95 zł bez uwzględnienia ryzyka kursowego (§6 ust. 3 umowy).

18. Zabezpieczeniem kredytu była m.in. hipoteka kaucyjna do kwot 1 661 750 zł (§7 ust.1 umowy).

19. 30 stycznia 2009 roku strony zawarły sporządzony 27 stycznia 2009 r. aneks nr 1 do umowy o kredyt hipoteczny, na mocy którego ograniczono maksymalną wysokość raty kredytu do wysokości 4 646 zł przez okres 24 miesięcy, z doliczeniem kwoty przewyższającej maksymalną wysokość raty do salda kredytu (§1 ust.3-5). Strony oświadczyły, że na dzień 26 stycznia 2009 r. saldo zadłużenia z tytułu Umowy kredytu wynosi 466 630,78 CHF (§1 ust.2) (aneks nr 1 k.104-105).

20. W dniu podpisania aneksu nr 1 kredytobiorca złożył oświadczenie, że po zapoznaniu się z ofertą zawarcia aneksu zdecydował się na jego podpisanie, mając pełną świadomość, iż w okresie obowiązywania aneksu może nastąpić w zależności od wahań kursu polskiego złotego oraz CHF podwyższenie kwoty kredytu hipotecznego, a w konsekwencji całkowitego kosztu kredytu hipotecznego. Ponadto kredytobiorca potwierdził otrzymanie rzetelnej i pełnej informacji o kosztach obsługi kredytu hipotecznego w przypadku zmiany kursu waluty (oświadczenie o ponoszeniu ryzyka walutowego i/lub zmiennej stopy procentowej k. 97).

21. 9 czerwca 2009 roku strony zawarły sporządzony 8 czerwca 2009 r. aneks nr 2 do umowy o kredyt hipoteczny, który uchylił aneks nr 1, podwyższył marżę banku o 2,25 % na okres 24 miesięcy, odroczył płatność kapitału na okres 24 miesięcy i odroczył płatność części rat odsetkowych przez okres 24 miesięcy z doliczeniem kwoty odroczonych rat do salda kredytu (§1 i 2 ust.1) (aneks nr 2 k.107-110).

22. 27 listopada 2015 roku strony zawarły sporządzony 24 listopada 2015 r. aneks do umowy o kredyt hipoteczny, na mocy którego zawieszono spłatę całości raty odsetkowej oraz części raty kapitałowej przez okres 12 miesięcy przy jednoczesnym doliczeniu wymagalnych wierzytelności w kwocie 6 920,86 CHF oraz odroczonych rat do kapitału kredytu (§1) (aneks z 24.11.2015 r. k.112-115).

23. Kredyt został powodowi wypłacony w czterech transzach – pierwsze dwie zostały wypłacone 5 grudnia 2007 r. w łącznej kwocie 977 500 zł, trzecia transza – w dniu 9 lutego 2009 r. w kwocie 71 177,34 zł, natomiast czwarta – w dniu 25 czerwca 2009 r. w kwocie 13 723,52 zł (zaświadczenie z 20.02.2017 r. k.138, potwierdzenia przelewów k.140-143).

24. Do 21 września 2017 roku powód zapłacił pozwanemu 659 166,81 zł. Do dnia wyrokowania powód zapłacił pozwanemu mniejszą kwotę niż kwota wykorzystanego kredytu (wyciągi z rachunku kredytowego k.145-182).

25. Pismem z dnia 12 września 2017 r. powód wezwał pozwanego do zapłaty kwoty 541 963,35 zł w związku z abuzywnym charakterem postanowień Umowy kredytu (wezwanie do zapłaty wraz z potwierdzeniem nadania listem poleconym k.184-190).

26. Pismem z 14 sierpnia 2017 r. pozwany złożył powodowi oświadczenie o wypowiedzeniu Umowy kredytu (oświadczenie wraz z zawiadomieniem z 14.08.2017 r. k.346-347).

Ponadto, w oparciu o pozostałe dokumenty oraz zeznania świadka R. W. (2) i zeznania powoda należało ustalić następujące okoliczności związane z zawieraną umową:

27. Doradca kredytowy, który doprowadził do zawarcia Umowy kredytu hipotecznego nr (...) indeksowanego do CHF otrzymywał wynagrodzenie prowizyjne w wysokości od 0,5 do 1,5 % kwoty kredytu. W przypadku kredytów walutowych wynagrodzenie doradcy było o 0,1 p.p. wyższe niż w przypadku kredytów złotowych (zeznania świadka k.664).

28. Powód zawodowo zajmuje się doradztwem podatkowym (zeznania powoda k.622 verte, życiorys powoda z serwisu (...) k.642-644).

29. Powód był klientem (...) kredytującego banku (zeznania powoda k.623).

30. Przed zawarciem Umowy kredytu powód podpisał przedwstępną umowę zakupu nieruchomości oraz wpłacił zadatek (zeznania powoda k.621 verte).

31. Powód nie był zainteresowany treścią zawieranej Umowy kredytu, ponieważ zależało mu jedynie na jak najszybszym uzyskaniu kredytu, aby nie przepadł mu zadatek (zeznania powoda k.621 verte).

32. Powód został ogólnie poinformowany o treści zawieranej Umowy kredytu. Nie informowano powoda o możliwości negocjacji umowy (zeznania powoda k.621 verte – 622, zeznania świadka k.664).

33. Powodowi przedstawiono ofertę kredytu indeksowanego do CHF jako korzystną, zaś CHF jako walutę stabilną (zeznania powoda k.622-622 verte).

Ustalając stan faktyczny, sąd oparł się na zgromadzonych w aktach sprawy ww. dokumentach, które nie budziły zastrzeżeń co do ich wiarygodności oraz miały kluczowe znaczenie dla sprawy ze względu na podstawę rozstrzygnięcia sporu. Ponadto sąd oparł ustalenia faktyczne na zeznaniach świadka R. W. (2), które uznał za wiarygodne i wykorzystał je do ustalenia stanu faktycznego sprawy. Ponadto sąd uznał zasadniczo za wiarygodne zeznania powoda w zakresie w jakim nie pozostawały one w sprzeczności z pozostałym materiałem dowodowym zgromadzonym w aktach sprawy oraz zasadami doświadczenia życiowego.

Sąd oddalił wniosek o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka P. S., uznając, że został on zgłoszony na okoliczności bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, jak również okoliczności dla których właściwy jest dowód z opinii biegłego a nie dowód ze świadków, względnie okoliczności, których ustalenie nie wymagało przeprowadzenia dowodu z przesłuchania świadka (wniosek dowodowy k.368, postanowienie dowodowe k.621 verte).

Pierwotnie oddalony został również wniosek o przesłuchanie świadka R. W. (2), gdyż wskazana w odpowiedzi na pozew teza („na okoliczność zawarcia umowy kredytu i aneksu nr 1 do niej") dotyczyła okoliczności niespornych.

Ponadto sąd oddalił wnioski o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, ponieważ rozstrzygnięcie sprawy nie wymagało wiadomości specjalnych (wniosek dowodowy k.10, 368 verte, postanowienie dowodowe k.621 verte).

Sąd postanowił również (postanowienie dowodowe k.621 verte) oddalić wnioski dowodowe powoda o dopuszczenie dowodu z raportu dotyczącego spreadu, uchwały (...) Banków (...) z dnia 06.06.2011 r., stanowiska NBP dotyczącego projektu ustawy, raportu Rzecznika (...), stanowiska Prezesa UOKiK (wnioski dowodowe k.7, 8) i o dopuszczenie dowodu z wyciągu z raportu (...) (wniosek dowodowy k.432), wnioski dowodowe pozwanego o dopuszczenie dowodu z dokumentów w postaci stanowiska (...) Banków (...), pisma NBP (wnioski dowodowe k.391-403), uznając, że mogą one jedynie zostać uznane za uzupełnienie stanowiska zajmowanego przez stronę, a nie za dowód okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia. W szczególności nie jest faktem istotnym dla rozstrzygnięcia to, jaka jest ocena prawna umowy o kredyt frankowy dokonana przez podmioty trzecie.

Niezależnie od powyższego sąd oddalił wnioski powoda o zwrócenie się o udostępnienie akt księgi wieczystej oraz o zobowiązanie pozwanego do złożenia będących w jego posiadaniu dokumentów (wnioski dowodowe k.9-10), uznając,

że okoliczności sporne, na które dowody te miały zostać dopuszczone zostały już dostatecznie wyjaśnione, względnie nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

## ***III.Nieważność umowy kredytu***

### 1. ***Zarzut naruszenia art. 69 Prawa bankowego***

W pierwszej kolejności należało się odnieść do najdalej idącego zarzutu strony powodowej, tj. nieważności umowy ze względu na sprzeczność z art. 69 ust. 1 ustawy z 29 sierpnia 1997 roku Prawo bankowe oraz istotą waloryzacji i naturą umowy kredytu. Zarzutów tych sąd nie podziela.

Zgodnie z art. 69 ust. 1 Prawa bankowego przez umowę kredytu bank zobowiązuje się oddać do dyspozycji kredytobiorcy kwotę środków pieniężnych a kredytobiorca zobowiązuje się do korzystania z niej na warunkach określonych w umowie, zwrotu kwoty wykorzystanego kredytu wraz z odsetkami w oznaczonych terminach spłaty oraz zapłaty prowizji od udzielonego kredytu. Mając to na uwadze, jako jeden z przedmiotowo istotnych elementów umowy kredytu wyróżnia się ścisłe określenie kwoty i waluty kredytu (art. 69 ust. 2 pkt 2) pr. bank.)1.W niniejszej sprawie będące przedmiotem sporu postanowienia umowy przewidywały, że kwota kredytu udostępniona będzie kredytobiorcy w złotych polskich i w takiej walucie przez niego wykorzystywana oraz wprost określały wysokość udostępnianej kwoty.

Kolejne postanowienia umowy przewidywały, że zwrot wykorzystanej kwoty nastąpi poprzez spełnienie świadczenia w złotych polskich. Jednak saldo zadłużenia, a więc kwota podlegająca zwrotowi, miała być wyrażona we frankach szwajcarskich, po przeliczeniu według kursu wskazanego w aktualnej Tabeli banku. Umowa nie określała zatem wprost kwoty podlegającej zwrotowi, przewidując jedynie, że kwota ta zostanie ustalona w wyniku określonych działań arytmetycznych dokonywanych przy wykorzystaniu zmiennej, tj. kursu walut. Zauważyć trzeba, że kwota podlegająca zwrotowi (saldo wykorzystanego kredytu) stanowi równocześnie podstawę do obliczenia drugiego ze świadczeń obciążających kredytobiorcę, polegającego na obowiązku zapłaty odsetek.

W oparciu o treść umowy kredytowej i znajdującego zastosowanie regulaminu, stwierdzić należy, że łącząca strony umowa, to umowa kredytu złotowego a nie walutowego (wyrażonego w walucie obcej). Złoty polski stanowił zarówno walutę, w której określono wysokość kapitału kredytu, jak i walutę, w której kredyt wypłacono oraz w której kredyt był spłacany. Indeksacja do franka szwajcarskiego stanowiła jedynie dodatkowe postanowienia umowne, nie zmieniające charakteru kredytu jako kredytu złotowego. W konsekwencji nie może być też mowy o naruszeniu przepisów ustawy prawo dewizowe.

### 2. ***Umowa kredytu indeksowanego w orzecznictwie i obowiązujących aktach prawnych***

Sąd uznaje, że takie rozwiązanie jest dopuszczalne. Odwołać należy się w tym zakresie do poglądów wyrażonych przez Sąd Najwyższy w wyroku z 22 stycznia 2016 roku, sygn. I CSK 1049/14, w którego uzasadnieniu jednoznacznie opisano konstrukcję i dopuszczalność umowy kredytu indeksowanego.

W szczególności Sąd Najwyższy stwierdził, że jest to umowa na podstawie której „Bank wydaje kredytobiorcy określoną sumę kredytową w złotych, przy czym jej wysokość jest określana (indeksowana) według kursu danej waluty (np. euro) w dniu wydania (indeksowanie do waluty obcej po cenie kupna). Ustalenie takie następuje też w celu określenia wysokości rat kredytowych, do których kredytobiorca będzie zobowiązany w okresie trwania stosunku kredytowego. W dniu płatności konkretnych rat taka rata jest przeliczana zgodnie z umową na złote stosownie do kursu danej waluty, tj. po kursie jej sprzedaży kontrahentowi banku. (...) mieści się w konstrukcji ogólnej umowy kredytu bankowego i stanowi jej możliwy wariant (art.$353^1$ k.c. w związku z art. 69 Prawa bankowego).

Podobny pogląd Sąd Najwyższy wyraził również w wyroku z 19 marca 2015 r., IV CSK 362/14, w którym, odwołując się do przepisów zawartych w ustawie z dnia 29 lipca 2011r. o zmianie ustawy - prawo bankowe oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 165, poz. 984), wskazano, że „ideą dokonania nowelizacji prawa bankowego ustawą z dnia

29 lipca 2011 r. było utrzymanie funkcjonujących na rynku kredytów denominowanych według nowych zasad (...) Ustawodawca wprowadził narzędzie prawne pozwalające wyeliminować z obrotu postanowienia umowne zawierające niejasne reguły przeliczania należności kredytowych, zarówno na przyszłość, jak i w odniesieniu do wcześniej zawartych umów w części, która pozostała do spłacenia."

Wreszcie odwołać się należy do art. 4 powołanej wyżej ustawy, zgodnie z którym, 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 prawa bankowego, w stosunku do tych kredytów lub pożyczek pieniężnych, które nie zostały całkowicie spłacone - do tej części kredytu lub pożyczki, która pozostała do spłacenia. W tym zakresie bank dokonuje bezpłatnie stosownej zmiany umowy kredytowej lub umowy pożyczki. Przepis ten wprost potwierdza stosowanie przepisów dodanych ustawą nowelizującą do umów zawartych wcześniej, zatem nielogicznym byłoby uznanie, że wyrażona w nim norma nie ma zastosowania, gdyż wcześniej zawarte umowy kredytu indeksowanego czy denominowanego są nieważne. Nielogiczne jest również twierdzenie, że wprowadzenie konieczności określenia zasad ustalania kursów walut do treści umowy kredytowej nie oznacza dopuszczenia indeksacji kwoty udzielonego kredytu. Powstaje bowiem pytanie, w jakim innym celu takie postanowienia miałyby zostać wprowadzone?

Nie bez znaczenia jest również, że obowiązująca obecnie ustawa z 23 marca 2017 roku o kredycie hipotecznym oraz o nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami2 jednoznacznie dopuszcza – choć z ograniczeniami – zawieranie umów kredytu hipotecznego indeksowanego do waluty obcej (art. 6 i art. 10 pkt 7 tej ustawy) wraz ze wszystkimi konsekwencjami jakie może to mieć dla ustalenia wysokości zobowiązania konsumenta. Oczywiście przepisy tej ustawy nie znajdują zastosowania do umowy zawartej przez strony, jednakże pozwalają na ocenę dopuszczalności określonej konstrukcji w systemie prawa.

Przywołane regulacje prawne pozwalają również zakwalifikować umowy zawierające podobne postanowienia jako umowy o kredyt, gdyż ustawodawca, w momencie, w którym zdecydował się na regulację tego typu umów, ukształtowanych wcześniej w praktyce obrotu, jednoznacznie uznał je za odmianę umowy kredytu, nie decydując się na wykreowanie nowego rodzaju czynności bankowej.

3. ***<u>Modyfikacja umowy kredytu w ramach zasady swobody umów</u>***

Tym samym umowa zawarta przez strony jest bezspornie umową kredytu, stanowiąc jedną z wykształconych w obrocie odmian takiej umowy, zawierającą modyfikację w zakresie określenia wysokości kwoty podlegającej zwrotowi, a także sposobu obliczania wysokości odsetek podlegających zapłacie wraz ze zwrotem kredytu. Celem stron zawierających taką umowę nie było jednak jedynie uzależnienie wysokości świadczenia kredytobiorcy, tj. zwrotu otrzymanego kapitału i zapłaty odsetek, od wartości innego niż pieniądz polski miernika. Wprowadzenie „klauzuli waloryzacyjnej" miało na celu zastosowanie oprocentowania ustalonego w oparciu o wskaźniki rynkowe odnoszące się do franka szwajcarskiego, a nie do waluty krajowej. Ustalenie wysokości świadczenia kredytobiorcy w odniesieniu do wartości franka szwajcarskiego było skutkiem a nie przyczyną wprowadzenia mechanizmu indeksacji. Postanowień dotyczących indeksacji nie można jednak uznać za klauzulę waloryzacyjną w rozumieniu art. $358^1$§2 kc3, a to dlatego, że skutki zastosowania indeksacji oddziałują na obie części świadczenia kredytobiorcy – zarówno zwrot wykorzystanego kapitału, jak i zapłatę odsetek. Tymczasem tylko w zakresie obejmującym zwrot wykorzystanego kapitału istnieje pierwotna, mogąca podlegać ewentualnej waloryzacji, kwota określona w złotych polskich. Wysokość odsetek jest już ustalana w przyszłości i w oparciu o kwotę przeliczoną na franki szwajcarskiej i stopę procentową właściwą dla franków szwajcarskich, zatem nie istnieje pierwotne zobowiązania do zapłaty odsetek wyliczonych w złotych polskich, które podlega waloryzacji.

W ocenie sądu zabieg taki mieści się jednak w granicach swobody umów – przypomnieć należy, że zgodnie z art.$353^1$ strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Przy czym swoboda stron nie ogranicza się jedynie do uzupełniania treści umowy nazwanej konstrukcjami określonymi w części ogólnej

prawa zobowiązań (np. waloryzację umowną). W ramach swobody umów mieści się też wprowadzenie rozwiązań całkowicie nowych, jak i będących modyfikacją instytucji uregulowanych normami prawnymi.

W przypadku będącej przedmiotem sporu umowy, sąd nie dostrzega również aby określenie zasad ustalania kursów przez bank nastąpiło z przekroczeniem granic swobody umów. Bank nie miał pełnej dowolności w ustalaniu kursów walut w toku wykonywania umowy, gdyż zgodnie z treścią będącego częścią umowy „Oświadczeniem o ryzyku walutowym i ryzyku stopy procentowej" stosowany przez bank spread (różnica pomiędzy kursem kupna i sprzedaży walut) mógł być kształtowany z zachowaniem zasady ograniczenia odchyleń stosowanego przez bank kursu kupna i sprzedaży o, odpowiednio, do 5% od kursu rynkowego wymiany walut.

Bank podjął zatem próbę zobiektywizowania zasad ustalania kursów walut, pozwalającą na przyjęcie, że sytuacja kredytobiorcy w zakresie kształtowania kursów walut nie była całkowicie uzależniona od arbitralnej, jednostronnej i niczym nieograniczonej swobody przedsiębiorcy.

Nadmienić trzeba, że uznanie, iż tak określone zasady ustalania kursów walut mieszczą się w określonych w art. $353^1$ kc granicach swobody umów i nie są nieważne, nie wyklucza dokonania kontroli ich skuteczności dla konsumenta w świetle postanowień dotyczących niedozwolonych postanowień umownych (o czym w dalszej części uzasadnienia).

W konsekwencji łączącej strony umowy kredytu nie można również uznać za nieważną z uwagi na nieokreślenie świadczenia. Wysokość świadczenia została określona – umowa zawierała określenie kwoty kredytu oraz zasad i sposobu jej indeksacji. Na podstawie postanowień umowy możliwe jest ustalenie sposobu obliczania kwoty, którą zobowiązany będzie spłacić kredytobiorca. Zupełnie innym zagadnieniem jest to, czy sposób określenia tych zasad nie stanowił, z uwagi na przyznanie jednej ze stron prawa do jednostronnego ustalenia wysokości świadczenia, niedozwolonych postanowień umownych.

Wreszcie wskazać trzeba, że nie istnieje norma prawna, również wyprowadzona z zasad współżycia społecznego, która zabraniałaby zawierania umów niekorzystnych dla jednej ze stron, bądź wiążących się z ryzykiem tylko dla jednej strony. W ramach wyrażonej w art. $353^1$ k.c. zasady swobody umów mieści się również przyzwolenie na faktyczną nierówność stron, która może się wyrażać nieekwiwalentnością ich wzajemnej sytuacji prawnej. Umową tego rodzaju jest m.in. każda umowa kredytu o zmiennym oprocentowaniu, w której ryzyko wzrostu stopy procentowej obciąża jedynie kredytobiorcę, a przecież możliwość zawierania takich umów i ich ważność nie budzi wątpliwości. Umowy wykazujące takie cechy mogą zostać zakwestionowane w przypadku uchybień przy ich zawieraniu, jakich dopuści się strona silniejsza, zastrzegająca dla siebie korzyści lub przenosząca ryzyko na drugą stronę. W przypadku umów w obrocie konsumenckim szczególną podstawą umożliwiającą podważenie skuteczności postanowień umowy, wyłączającą w zakresie swojego zastosowania przepisy są przepisy kodeksu cywilnego o niedozwolonych postanowieniach umownych (art. $385^1$-$385^3$ kc), które mają charakter szczególny m.in. wobec przepisów ograniczających swobodę umów poprzez kryterium zasad współżycia społecznego.

Powyższe rozważania nie oznaczają, że ostatecznie umowa kredytu nie została uznana za nieważną. Jednak jest to skutkiem nie tyle sprzeczności z przepisami prawa bankowego czy ogólnymi zasadami prawa zobowiązań, co ostatecznym skutkiem zastosowania przepisów o niedozwolonych postanowieniach umownych.

***IV.Niedozwolone postanowienia umowne***

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

Unormowania zawarte w art. $385^{(1)}$-$385^{(3)}$kc mają charakter szczególny w stosunku do tych przepisów, które mają ogólne zastosowanie do kształtowania przez kontrahentów treści umowy (wskazać należy chociażby na art. 58, $353^{(1)}$

czy 388 kc). Najważniejsze jest jednak to, iż uzasadnieniem dla ich wprowadzenia ustawą z dnia 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny był zamiar zapewnienia konsumentom bardziej skutecznej ochrony w stosunkach umownych z profesjonalistami, a przede wszystkim zaś potrzeba uwzględnienia w polskim prawie postanowień dyrektywy nr 93/13/EWG z 5 kwietnia 1993 r. o nieuczciwych warunkach w umowach konsumenckich4. Regulacja zawarta w art.$385^{(1)}$ - $385^{(3)}$ kc stanowi zatem wyraz implementacji w prawie polskim przez ustawodawcę prawa unijnego w postaci powyższej dyrektywy, co rodzi określone konsekwencje dla ich wykładni. Przede wszystkim musi ona prowadzić do takich rezultatów, która pozwoli urzeczywistnić cele dyrektywy. Sądy krajowe, stosując prawo wewnętrzne, zobowiązane są tak dalece, jak jest to możliwe, by dokonywać jego wykładni w świetle brzmienia i celu rozpatrywanej dyrektywy, tak by osiągnąć przewidziany w niej rezultat, a zatem zastosować się do art.288 akapit trzeci Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej5. Ten obowiązek dokonywania wykładni prawa krajowego zgodnej z prawem Unii jest w istocie nierozerwalnie związany z systemem Traktatu, gdyż zezwala sądom krajowym na zapewnienie, w ramach ich właściwości, pełnej skuteczności prawa Unii przy rozpoznawaniu zawisłych przed nimi sporów.

W przypadku omawianych przepisów należy mieć też na uwadze, że sama dyrektywa w art.8 stanowi, że w celu zapewnienia wyższego stopnia ochrony konsumenta państwa członkowskie mogą przyjąć lub utrzymać bardziej rygorystyczne przepisy prawne zgodne z traktatem w dziedzinie objętej niniejszą dyrektywą. W dyrektywie został więc określony jedynie minimalny poziom ochrony konsumentów.

Z art.$385^1$§1 kc wynika, że niedozwolonymi postanowieniami umownymi są klauzule umowne, które spełniają łącznie trzy przesłanki pozytywne tj.: zawarte zostały w umowach z konsumentami, kształtują prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami oraz rażąco naruszają jego interesy.

Kontrola abuzywności postanowień umowy wyłączona jest zaś jedynie w przypadku spełnienia jednej z dwóch przesłanek negatywnych, to jest gdy: postanowienie umowne zostało indywidualnie uzgodnione z konsumentem oraz gdy postanowienie umowne określa główne świadczenia stron i jest sformułowane w sposób jednoznaczny.

***V.Indywidualne uzgodnienie postanowień***

Brak indywidualnego uzgodnienia kwestionowanych przez stronę powodową postanowień umownych dotyczących indeksacji wynika z samego charakteru zawartej umowy – opartej o treść stosowanego przez bank wzorca umownego oraz regulaminu. Taki sposób zawierania umowy w zasadzie wyklucza możliwość indywidualnego wpływania przez konsumenta na treść powstałego stosunku prawnego, poza ustaleniem kwoty kredytu, ewentualnie wysokości oprocentowania. Przy czym wpływ konsumenta musi mieć charakter realny, rzeczywiście zostać mu zaoferowany, a nie polegać na teoretycznej możliwości wystąpienia z wnioskiem o zmianę określonych postanowień umowy.

Brak indywidualnego uzgodnienia treści umowy znajduje też pełne potwierdzenie w zeznaniach powoda i świadka, których pozwanemu nie udało się w żaden sposób podważyć, mimo że zgodnie z art.385§4 kc, ciężar dowodu w tym zakresie spoczywał na pozwanym.

Nie stanowi też indywidualnego uzgodnienia dokonanie wyboru przez konsumenta jednego z rodzaju umowy przedstawionej przez przedsiębiorcę.

***VI.Główne świadczenia stron***

***f.a.1. Definicja pojęcia***

Oceniając czy sporne postanowienia umowne określają główne świadczenia stron, w tym cenę lub wynagrodzenie należy mieć na uwadze, że rozumienie tego pojęcia pozostaje sporne w doktrynie. Zgodnie z jednym z prezentowanych poglądów, przez główne świadczenia stron należy rozumieć postanowienia o charakterze konstytutywnym dla danego typu czynności prawnych, a więc w przypadku umów nazwanych – dotyczące essentialium negotii umowy,

postanowień przedmiotowo istotnych. Jako elementy konstrukcyjne umowy muszą być one przedmiotem uzgodnień stron, gdyż w przeciwnym razie nie doszłoby do zawarcia umowy.

Zgodnie z drugim z poglądów – termin ten należy rozumieć niezależnie od pojęcia przedmiotowo istotnych postanowień umowy. Dotyczyć miałby klauzuli regulujących świadczenia typowe dla danego stosunku prawnego, a niekoniecznie tych, które z punktu widzenia nauki o czynnościach prawnych trzeba by określać jako przedmiotowo istotne.6

Przy świadomości istniejących różnic doktrynalnych, opowiedzieć się należy za podejściem bardziej praktycznym, wyrażonym w orzecznictwie Sądu Najwyższego, zgodnie z którym: „Zasięg pojęcia głównych świadczeń stron, którym ustawodawca posłużył się w art. $385^1$ § 1 KC może budzić kontrowersje, tym bardziej że nie ma tu przesądzającego znaczenia to, czy wspomniane świadczenia należą do essentialiae negotii. Z tej przyczyny zasięg odnośnego pojęcia musi być zawsze ustalany in casu z uwzględnieniem wszystkich postanowień oraz celu zawieranej umowy.”7

Odwołać trzeba się też do kryteriów przedstawionych przez Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 20 września 2017 roku wydanym w sprawie C-186/168, w jego punktach 34-41, a także w wyroku z 30 kwietnia 2014 r., w sprawie C#26/139. I tak, Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że:

- Art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13 ustanawia wyjątek od mechanizmu kontroli treści nieuczciwych warunków, przewidzianego w ramach systemu ochrony konsumentów ustanowionego w tej dyrektywie, z uwagi na co przepis ten powinien podlegać wykładni zawężającej.

- Za warunki umowne mieszczące się w pojęciu „głównego przedmiotu umowy” należy uważać te, które określają podstawowe świadczenia w ramach danej umowy i które z tego względu charakteryzują tę umowę.

- Warunki, które wykazują charakter posiłkowy względem warunków definiujących samą istotę stosunku umownego, nie mogą być objęte pojęciem „głównego przedmiotu umowy”.

- Poprzez umowę kredytową kredytodawca zobowiązuje się głównie udostępnić kredytobiorcy określoną kwotę pieniężną, zaś kredytobiorca – głównie spłacać tę sumę w przewidzianych terminach, zasadniczo z odsetkami. Świadczenia podstawowe tej umowy odnoszą się zatem do kwoty pieniężnej, która musi być określona w stosunku do waluty wypłaty i określonej spłaty. W konsekwencji (…) okoliczność, że kredyt musi zostać spłacony w określonej walucie, nie ma związku z posiłkowym sposobem płatności, lecz związana jest z samym charakterem zobowiązania dłużnika, przez co stanowi podstawowy element umowy kredytowej.

- Wyrażenie „określenie głównego przedmiotu umowy” obejmuje wprowadzony do zawartej między przedsiębiorcą a konsumentem umowy kredytu denominowanego w walucie obcej warunek, który nie był przedmiotem indywidualnych negocjacji, zgodnie z którym to warunkiem do celów obliczenia rat kredytu stosowany jest kurs sprzedaży wspomnianej waluty, jedynie pod warunkiem, że zostanie ustalone, iż wspomniany warunek określa podstawowe świadczenie w ramach danej umowy, które jako takie charakteryzuje tę umowę, przy czym ustalenia tego powinien dokonać sąd odsyłający.

- Art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13 należy interpretować w ten sposób, że pojęcie „głównego przedmiotu umowy” w rozumieniu tego przepisu obejmuje warunek umowny ujęty w umowie o kredyt w walucie obcej, który nie był indywidualnie negocjowany i na mocy którego kredyt należy spłacić w tej samej walucie obcej co waluta, w której został on zaciągnięty, w wypadku gdy warunek ten określa podstawowe świadczenie charakteryzujące tę umowę.

Odnosząc powyższe wskazówki do postanowień dotyczących indeksowania kwoty kredytu należało przyjąć, że określają one podstawowe świadczenia w ramach zawartej umowy i charakteryzują tę umowę jako podtyp umowy kredytu – umowę o kredyt indeksowany do waluty obcej. Postanowienia dotyczące indeksacji nie ograniczają się do posiłkowego określenia sposobu zmiany wysokości świadczenia kredytobiorcy w przyszłości, ale wprost świadczenie to określają. Bez przeprowadzenia przeliczeń wynikających z indeksacji nie doszłoby do ustalenia wysokości kapitału

podlegającego spłacie (wyrażonego w walucie obcej). Nie doszłoby też do ustalenia wysokości odsetek, które zobowiązany jest zapłacić kredytobiorca, skoro odsetki te naliczane są, zgodnie z konstrukcją umowy, od kwoty wyrażonej w walucie obcej. W konstrukcji umowy nie chodzi jedynie o podwyższenie wcześniej ustalonego świadczenia kredytobiorcy przy zastosowaniu mechanizmu indeksacji. Świadczenie to możliwe jest do określenia wyłącznie przy zastosowaniu tego mechanizmu a bez niego nie jest określone.

Wskazać wreszcie należy na konieczność uwzględnienia celu zawieranej umowy i wprowadzenia do niej określonych postanowień. Celem tym było obniżenie miesięcznego obciążenia kredytobiorcy wiążącego się ze spłatą rat. Osiągnięto to poprzez obniżenie oprocentowania kredytu – uzależnione od zastosowania mechanizmu indeksacji. Zatem to postanowienia regulujące indeksację kredytu przesądzają o spełnieniu przez ostateczne ukształtowanie całej umowy celu jaki założyły sobie strony umowy.

Zostało już wskazane, że późniejsze uregulowanie przez ustawodawcę pewnych zasad związanych z udzielaniem kredytów denominowanych albo indeksowanych do waluty obcej, stanowi potwierdzenie wykształcenia się w obrocie określonego podtypu umowy. Podtypu, do którego umowa może zostać zaliczona właśnie ze względu na zawarcie w niej postanowień dotyczących indeksacji kwoty kredytu. Zatem są to postanowienia charakteryzujące umowę.

Z pewnością dotyczy to postanowień wprowadzających mechanizm przeliczenia kwoty kredytu ze złotych na walutę obcą, a następnie nakazujących ustalenie wysokości świadczenia kredytobiorcy w walucie obcej – zarówno jako spłaty kapitału, jak i zapłaty odsetek. Posiłkowy charakter w tej konstrukcji należy natomiast przyznać jedynie postanowieniom regulujących wyłącznie sposób przeliczenia, tj. zastosowanie konkretnych kursów walut. To, jaki kurs zostanie zastosowany nie przesądza bowiem o konstrukcji całego stosunku prawnego. Umowa pozostaje umową o kredyt indeksowany zarówno w przypadku zastosowania kursów ustalanych przez bank, jak i kursów rynkowych czy średniego kursu banku centralnego.

Stąd też przyjęty pogląd nie stoi w sprzeczności z wyrażonym w orzecznictwie powstałym na tle sporów o abstrakcyjną kontrolę wzorców umownych stanowiskiem, zgodnie z którym postanowienia regulujące sposób określenia kursów walut nie dotyczą głównych świadczeń stron.

2. ***<u>Niejednoznaczne sformułowanie postanowień</u>***

Jednakże, uznanie omawianych postanowień umownych za określające główne świadczenia stron nie wyłącza możliwości stwierdzenia, że stanowią one niedozwolone postanowienia umowne. Jest tak w przypadku, w którym nie zostały sformułowane w sposób jednoznaczny (art.$385^1$§1 kc), nie zostały wyrażone prostym i zrozumiałym językiem (art.4 ust.2 dyrektywy 93/13).

W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości, w szczególności w wyrokach z 20 września 2017 roku w sprawie C-186/16 i z 20 września 2018 roku, w sprawie C-51/17, podkreślono, że wymogu przejrzystości warunków umownych nie można zawężać do zrozumiałości tych warunków pod względem formalnym i gramatycznym, lecz przeciwnie, z uwagi na to, że ustanowiony przez wspomnianą dyrektywę system ochrony opiera się na założeniu, iż konsument jest stroną słabszą niż przedsiębiorca, między innymi ze względu na stopień poinformowania, ów wymóg wyrażenia warunków umownych prostym i zrozumiałym językiem i w konsekwencji przejrzystości musi podlegać wykładni rozszerzającej. Wobec powyższego wymóg, aby warunek umowny był wyrażony prostym i zrozumiałym językiem, należy rozumieć w ten sposób, iż powinien być on rozumiany jako nakazujący także, by umowa przedstawiała w sposób przejrzysty konkretne działanie mechanizmu, do którego odnosi się ów warunek, a także, w zależności od przypadku, związek między tym mechanizmem a mechanizmem przewidzianym w innych warunkach, tak by konsument był w stanie oszacować, w oparciu o jednoznaczne i zrozumiałe kryteria, wypływające dla niego z tej umowy konsekwencje ekonomiczne. Kredytobiorca musi zostać jasno poinformowany, że podpisując umowę kredytu w obcej walucie, ponosi pewne ryzyko kursowe, które z ekonomicznego punktu widzenia może okazać się dla niego trudne do udźwignięcia w przypadku dewaluacji waluty, w której otrzymuje wynagrodzenie. Przedsiębiorca musi przedstawić ewentualne wahania kursów wymiany i ryzyko wiążące się z zaciągnięciem kredytu w walucie obcej, zwłaszcza w przypadku, gdy

konsument będący kredytobiorcą nie uzyskuje dochodów w tej walucie. Kwestia ta powinna zostać rozpatrzona w świetle całokształtu istotnych okoliczności faktycznych, do których zaliczają się formy reklamy i informacji stosowane przez kredytodawcę w procesie negocjacji umowy kredytu.

W konsekwencji w wyroku w sprawie C-186/16 Trybunał stwierdził, że art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13 należy interpretować w ten sposób, że wymóg wyrażenia warunku umownego prostym i zrozumiałym językiem oznacza, że w wypadku umów kredytowych instytucje finansowe muszą zapewnić kredytobiorcom informacje wystarczające do podjęcia przez nich świadomych i rozważnych decyzji. W tym względzie wymóg ów oznacza, że warunek dotyczący spłaty kredytu w tej samej walucie obcej co waluta, w której kredyt został zaciągnięty, musi zostać zrozumiany przez konsumenta zarówno w aspekcie formalnym i gramatycznym, jak i w odniesieniu do jego konkretnego zakresu, tak aby właściwie poinformowany oraz dostatecznie uważny i rozsądny przeciętny konsument mógł nie tylko dowiedzieć się o możliwości wzrostu lub spadku wartości waluty obcej, w której kredyt został zaciągnięty, ale również oszacować – potencjalnie istotne – konsekwencje ekonomiczne takiego warunku dla swoich zobowiązań finansowych.

Z kolei w wyroku w sprawie C-51/18, Trybunał doprecyzował stawiane przez siebie wymagania, którym muszą sprostać postanowienia umowne, aby mogły zostać uznane za niedozwolone, wskazując, że instytucje finansowe zobowiązane są do dostarczania kredytobiorcom informacji wystarczających do podjęcia przez nich świadomych i rozważnych decyzji. Warunek dotyczący ryzyka kursowego musi zostać zrozumiany przez konsumenta zarówno w aspekcie formalnym i gramatycznym, jak i w odniesieniu do jego konkretnego zakresu, tak aby właściwie poinformowany oraz dostatecznie uważny i rozsądny przeciętny konsument mógł nie tylko dowiedzieć się o możliwości spadku wartości waluty krajowej względem waluty obcej, ale również oszacować konsekwencje ekonomiczne takiego warunku dla swoich zobowiązań finansowych. Kredytobiorca musi zostać jasno poinformowany, że podpisując umowę kredytu denominowanego w walucie obcej ponosi pewne ryzyko kursowe, które z ekonomicznego punktu widzenia może okazać się dla niego trudne do udźwignięcia w przypadku spadku wartości waluty, w której otrzymuje wynagrodzenie w stosunku do waluty obcej, w której kredyt został udzielony. Po drugie, przedsiębiorca, w niniejszym przypadku instytucja bankowa, musi przedstawić ewentualne wahania kursów wymiany i ryzyko wiążące się z zaciągnięciem kredytu w walucie obcej (pkt 75 wyroku). Wreszcie, jak stanowi motyw dwudziesty dyrektywy 93/13, konsument powinien mieć faktycznie możliwość zapoznania się ze wszystkimi warunkami umowy. Bowiem dostarczona w stosownym czasie przed zawarciem umowy informacja o warunkach umowy i jej skutkach ma fundamentalne znaczenie dla konsumenta, ponieważ to w szczególności na podstawie tej informacji konsument podejmuje decyzję, czy zamierza związać się w umowie warunkami sformułowanymi uprzednio przez przedsiębiorcę (pkt 76 wyroku).

Oczywiste jest, że przyjęte przez Trybunał rozumienie treści art.4 ust.2 dyrektywy musi zostać zastosowane przy wykładni przepisu wprowadzającego jego treść do polskiego porządku prawnego, tj. art.$385^1$ kc. Jest to też wykładnia odpowiadająca przyjętej na gruncie prawa europejskiego koncepcji konsumenta, który, korzystając z dostarczonych przez przedsiębiorcę informacji, jest w stanie prawidłowo je zrozumieć i ocenić. Od konsumenta wymagać można rozwagi, uważnego i krytycznego podejścia do przedstawianej mu oferty, połączonego z przeanalizowaniem udzielonych mu informacji. Jednakże podstawowym wymogiem pozwalającym na ocenę zachowania konsumenta jest uprzednie spełnienie przez przedsiębiorcę ciążących na nim obowiązków informacyjnych. Nie może znaleźć akceptacji próba nałożenia na konsumenta obowiązków, które w istocie sprowadzałyby się do założenia pełnej nieufności wobec przedstawianej mu przez przedsiębiorcę oferty i połączonych z tym informacji. Konsument nie ma obowiązku weryfikować udzielanych mu przez przedsiębiorcę informacji, poszukiwać w innych źródłach wyjaśnienia wszelkich niejasności, sprzeczności czy wreszcie ewentualnej nieprawdziwości przedstawianych mu informacji. Nie może działać przy założeniu, że przedsiębiorca chce go oszukać. Przeciwnie – ma pełne prawo działać w zaufaniu do przedsiębiorcy, udzielanych mu przez niego informacji i w oparciu o nie dokonywać swoich wyborów. Natomiast obciążenie konsumenta niekorzystnymi dla niego skutkami niezachowania odpowiedniej ostrożności, rozwagi i krytycyzmu może nastąpić dopiero w sytuacji, w której zostanie ustalone, że uprzednio zostały mu przedstawione adekwatne, pełne i zrozumiałe informacje. Informacje te muszą być przy tym przedstawione w odpowiednim czasie, przed zawarciem umowy, tak aby konsument miał możliwość spokojnego zapoznania się z nimi i ich analizy.

Ocena spornych postanowień umownych w świetle przywołanych wyżej zasad prowadzi do wniosku, że nie zostały one sformułowane w sposób jednoznaczny. Postanowienia, które w istocie kreują mechanizm indeksacji nie stanowią całości, a rozrzucone są w oddzielnych jednostkach redakcyjnych umowy, regulaminu i oświadczenia o ryzyku. Nie zawierają one jasnej i jednoznacznej informacji, z której wynikałoby, że wyrażenie salda kredytu w walucie obcej prowadzi do możliwych wahań (codziennych) wysokości zadłużenia wyrażonego w złotych polskich, jak również, że te ostatnie nie są w żaden sposób ograniczone..

Nie sposób również ustalić, że kredytobiorca został w sposób wyczerpujący i zrozumiały poinformowany o skutkach, jakie wiążą się z zastosowaniem mechanizmu indeksacji. Oświadczenie zawarte w umowie kredytowej (§ 10 ust. 2 lit c) zawiera jedynie ogólnikowe oświadczenie, że kredytobiorca jest świadomy ryzyka związanego ze zmianą kursu waluty indeksacyjnej w stosunku do złotego (jako czynnika determinującego wysokość zadłużenia oraz wysokość rat spłaty) w całym okresie kredytowania i akceptuje to ryzyko). Nie istnieje jednak żaden pisemny dokument, który obrazowałby skutki wzrostu kursu waluty przy uwzględnieniu parametrów (wysokości kredytu, stopy oprocentowania) konkretnej umowy zawieranej przez strony. Nie jest takim dokumentem również „Oświadczenie o ryzyku walutowym i ryzyku stopy procentowej", które odwołuje się do kwot całkowicie nieadekwatnych do wysokości zaciągniętego kredytu (odpowiednio 200 000 zł i 8 500 000 zł), jak również w sposób mylący dla kredytobiorcy zakłada, że kurs waluty obcej może zmienić się jedynie w zakresie uwzględniającym wahania z ostatnich 12 miesięcy.

Tymczasem właściwe poinformowanie konsumenta o ryzyku związanym z zawieraną umową powinno opierać się na jasnej i niewprowadzającej w błąd informacji o tym, że kurs waluty indeksacji może wzrosnąć w sposób nieograniczony. Nawet jeśli jest to ryzyko czysto teoretyczne. Nie powinny być też udzielane konsumentowi informacje, które mogłyby zaburzyć jego postrzeganie ryzyka np. wskazywanie na popularność danego rodzaju kredytu.

Postawienie bankowi powyższych wymagań z pewnością nie przekracza możliwości przewidywania przyszłych zmian jakie istniały w okresie zawierania umowy. Przypomnieć należy, że od pozwanego nie oczekuje się wskazania jak kształtować będą się w przyszłości kursy walut, a jedynie pełnego wyjaśnienia konsumentowi, że wahania kursów walut są trudne do przewidzenia i nie są w żaden sposób ograniczane – tym bardziej, że oprócz mechanizmów czysto rynkowych mają na nie wpływ również zachowania poszczególnych emitentów waluty.

Niezwykle istotny jest również sposób spełnienia istniejących po stronie instytucji finansowych obowiązków informacyjnych. Przedstawienie konsumentowi jakichkolwiek informacji musi się odbywać w warunkach umożliwiających spokojne, niezakłócone zapoznanie się z nimi oraz swobodne ich przeanalizowanie. Z pewnością nie spełnia tego wymogu przedłożenie konsumentowi pakietu dokumentów, wśród których znajduje się wielostronicowa umowa, taki sam regulamin, Tabela opłat i prowizji i standardowe oświadczenie związane z ryzykiem kursowym. Również przedstawienie konsumentowi, na etapie składania wniosku kredytowego, oświadczenia o ryzyku kursowym (pomijając jego zakres w niniejszej sprawie), bez pozostawienia kopii tego dokumentu w celu umożliwienia swobodnej analizy jego treści w okresie pomiędzy złożeniem wniosku a podpisaniem umowy, nie może być uznane za udzielenie wymaganych informacji.

Zwrócić trzeba też uwagę, że, jak wynika z zeznań świadka R. W. (2), bank w okresie zawierania spornej umowy nie przygotowywał żadnych dodatkowych informacji dotyczących ryzyka kursowego, nie formułował wytycznych dotyczących rozmów z klientami i udzielanych informacji, a ich zakres zależny był od inicjatywy osoby kontaktującej się z klientem.

W rezultacie należało przyjąć, że zakwestionowane przez stronę powodową postanowienia umowne nie zostały sformułowane w sposób jednoznaczny, co, mimo że określają one główne świadczenie stron, otwiera drogę do oceny ich abuzywności.

Nadmienić przy tym należy, ze w ocenie sądu ocena tego, czy postanowienia są jednoznaczne dokonywana powinna być w sposób obiektywny, w odniesieniu do przyjętego wzorca przeciętnego konsumenta, nie zaś w odniesieniu do

wiedzy posiadanej przez konkretną stronę umowy. Nie oznacza to, że indywidualne cechy konsumenta pozostają bez znaczenia. Wpływają jednak na ocenę spełnienia innych przesłanek uznania postanowień za niedozwolone, tj. ich sprzeczności z dobrymi obyczajami.

Pozostała zatem ocena kwestionowanych postanowień umownych w świetle pozostałych przesłanek abuzywności, tj. sprzeczności z dobrymi obyczajami i rażącego naruszenia interesów konsumenta.

***VII.Rażące naruszenie interesów konsumenta***

Przy interpretacji kolejnej z wymaganych dla stwierdzenia abuzywności postanowienia umownego przesłanek, tj. rażącego naruszenia interesu konsumenta, odwołać należy się do treści przepisów dyrektywy. W ich świetle w pełni znajdują uzasadnienia twierdzenia, iż rażące naruszenie interesów konsumenta ma miejsce, jeżeli postanowienia umowy poważnie i znacząco odbiegają od sprawiedliwego wyważenia praw i obowiązków stron, wprowadzając nieusprawiedliwioną dysproporcję praw i obowiązków na niekorzyść konsumenta. Jednak nie wyczerpuje to zakresu, w którym może dojść do naruszenia interesów konsumenta. Chodzi bowiem nie tylko o interesy ekonomiczne, ale też związane ze zdrowiem konsumenta, jego czasem zbędnie traconym, dezorganizacją toku życia, doznaniem przykrości, zawodu10, wprowadzenia w błąd, nierzetelności traktowania11.

Zwrócić należy przy tym uwagę, że o ile ustawodawca posłużył się w art.$385^1$ pojęciem rażącego naruszenia interesów konsumenta, co może wskazywać na ograniczenie treści stosowania przepisów do przypadków skrajnej nierównowagi interesów stron, to w treści art.3 ust.1 dyrektywy ta sama przesłanka została określona jako wymóg spowodowania poważnej i znaczącej nierównowagi wynikających z umowy praw i obowiązków stron ze szkodą dla konsumenta. W tej sytuacji konieczność wykładni art.$385^1$ kc w świetle wymogów dyrektywy rodzi konieczność złagodzenia kryteriów stawianych skutkom postanowienia, których zaistnienie pozwalać będzie na stwierdzenie jego niedozwolonego charakteru. Tradycyjne stopniowanie, w którym za rażące uznaje się sytuacje skrajne, nadzwyczajne, ustąpić musi konieczności odnoszenia się jedynie do znamienia znaczącej nierównowagi, jako wypełniającej już kryteria rażącego naruszenia.

Zgodnie z art.$385^2$ kc oceny zgodności postanowienia umowy z dobrymi obyczajami dokonuje się według stanu z chwili zawarcia umowy, biorąc pod uwagę jej treść, okoliczności zawarcia oraz uwzględniając umowy pozostające w związku z umową obejmującą postanowienie będące przedmiotem oceny. Również zgodnie z brzmieniem art.4 dyrektywy nadanym sprostowaniem z dnia 13 października 2016 roku12, 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.

W wyroku w sprawie C-186/16, Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że artykuł 3 ust. 1 dyrektywy 93/13 należy interpretować w ten sposób, że oceny nieuczciwego charakteru warunku umownego należy dokonywać w odniesieniu do momentu zawarcia danej umowy, z uwzględnieniem ogółu okoliczności, które mogły być znane przedsiębiorcy w owym momencie i mogły mieć wpływ na późniejsze jej wykonanie.

Wreszcie, w uchwale z 20 czerwca 2018 roku, III CZP 29/18, Sąd Najwyższy wyjaśnił, że oceny, czy postanowienie umowne jest niedozwolone (art.$385^1$§1 kc), dokonuje się według stanu z chwili zawarcia umowy.

W rezultacie przy dokonywaniu oceny niedozwolonego charakteru określonego postanowienia umownego, również oceny indywidualnej, nie ma żadnego znaczenia w jaki sposób umowa była wykonywana przez strony. W szczególności nie ma znaczenia, czy przedsiębiorca rzeczywiście korzystał z możliwości, jakie wynikają dla niego z określonego brzmienia postanowień umownych. Istotne jest jedynie, że nie było żadnych przeszkód aby z takich uprawnień, mogących naruszać interesy konsumenta, skorzystał. Postanowienie umowne ma niedozwolony charakter nie dlatego, że jest w niewłaściwy sposób wykorzystywane przez przedsiębiorcę – tym bardziej, że jest to okoliczność, która w toku wykonywania umowy może się zmieniać. To samo postanowienie nie może zaś być abuzywne bądź tracić takiego

charakteru jedynie w wyniku przyjęcia przez jedną ze stron umowy określonego sposobu jej wykonania, korzystania bądź niekorzystania z wynikających z niego uprawnień. Postanowienie jest niedozwolone jeśli daje kontrahentowi konsumenta możliwość działania w sposób rażąco naruszający interesy konsumenta.

Dlatego też nie miało żadnego znaczenia dla stwierdzenia niedozwolonego charakteru określonych postanowień umownych to, w jaki sposób pozwany bank rzeczywiście ustalał kurs waluty, do której kredyt był indeksowany. Nie ma też znaczenia w jaki sposób bank finansował udzielanie kredytów indeksowanych, gdyż również to stanowi okoliczność leżącą poza łączącym strony stosunkiem prawnym a równocześnie związaną z wykonywaniem umowy, a nie chwilą jej zawarcia. Stąd też wnioski dowodowe zmierzające do ustalenia tych okoliczności zostały oddalone a przeprowadzone już dowody – uznane za bez znaczenia dla rozstrzygnięcia.

***VIII.Sprzeczność z dobrymi obyczajami***

W sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami rażąco naruszają interesy konsumenta postanowienia umowne godzące w równowagę kontraktową stron, a także te, które zmierzają do wprowadzenia konsumenta w błąd, wykorzystując jego zaufanie i brak specjalistycznej wiedzy. Klauzula dobrych obyczajów nawiązuje do wyobrażeń o uczciwych, rzetelnych działaniach stron, a także do zaufania, lojalności, jak również – w stosunkach z konsumentami – do fachowości. Zatem sprzeczne z dobrymi obyczajami są takie działania, które zmierzają do dezinformacji lub wywołania błędnego mniemania konsumenta (czy szerzej klienta), wykorzystania jego niewiedzy lub naiwności, ukształtowania stosunku zobowiązaniowego niezgodnie z zasadą równorzędności stron, nierównomiernego rozłożenia praw i obowiązków między partnerami kontraktowymi.13

Dobre obyczaje, do których odwołuje się art.$385^1$ kc stanowią przykład klauzuli generalnej, której zadaniem jest wprowadzenie możliwości dokonania oceny treści czynności prawnej w świetle norm pozaprawnych. Chodzi o normy moralne i obyczajowe, powszechnie akceptowane albo znajdujące szczególne uznanie w określonej sferze działań, na przykład w obrocie profesjonalnym, w określonej branży, w stosunkach z konsumentem itp. Przez dobre obyczaje w rozumieniu art.$385^1$§1 kc należy rozumieć pozaprawne reguły postępowania niesprzeczne z etyką, moralnością i aprobowanymi społecznie obyczajami.

Należy przy tym mieć na uwadze, że pojęcie sprzeczności z dobrymi obyczajami stanowi przeniesienie na grunt kodeksu cywilnego użytego w art.3 ust.1 dyrektywy pojęcia sprzeczności z wymogami dobrej wiary. Powołany przepis przewiduje, że warunki umowy, które nie były indywidualnie negocjowane, mogą być uznane za nieuczciwe, jeśli stoją w sprzeczności z wymogami dobrej wiary, powodują znaczącą nierównowagę wynikających z umowy, praw i obowiązków stron ze szkodą dla konsumenta. Równocześnie preambuła dyrektywy zawiera w motywie 16 istotne wskazówki interpretacyjne pozwalające ustalić pożądane zachowania zgodne z wymogami dobrej wiary. W szczególności: przy dokonywaniu oceny działania w dobrej wierze będzie brana pod uwagę zwłaszcza siła pozycji przetargowej stron umowy, a w szczególności, czy konsument był zachęcany do wyrażenia zgody na warunki umowy i czy towary lub usługi były sprzedane lub dostarczone na specjalne zamówienie konsumenta; sprzedawca lub dostawca spełnia wymóg działania w dobrej wierze, jeżeli traktuje on drugą stronę umowy w sposób sprawiedliwy i słuszny, należycie uwzględniając jej prawnie uzasadnione roszczenia.

Z przytoczonych poglądów, a w szczególności treści dyrektywy 93/13, wynika, że w przeciwieństwie do przesłanki rażącego naruszenia interesów konsumenta, przy ocenie działania przedsiębiorcy w sprzeczności z dobrymi obyczajami (wymogami dobrej wiary), odnieść trzeba się również do sposobu działania przedsiębiorcy. Sprzecznie z dobrymi obyczajami działać będzie zatem przedsiębiorca nielojalny wobec kontrahenta, zmierzający jeśli nawet nie do oszukania kontrahenta, to do wykorzystania mniejszego stopnia rozumienia skutków określonych postanowień przez konsumenta. Mniejsze znaczenie ma treść postanowień umowy i ich skutki, a większe – sposób w jaki doszło do wprowadzenia tych postanowień do umowy. Stąd też art. $385^2$ kc wymaga, aby przy ocenie zgodności postanowienia umowy z dobrymi obyczajami uwzględniać nie tylko treść umowy, ale też okoliczności jej zawarcia oraz umowy pozostające w związku z umową obejmującą postanowienie będące przedmiotem oceny.

Uwzględnienie okoliczności towarzyszących zawarciu umowy oznacza, że należy brać pod uwagę m.in. miejsce, w którym strony zawierają umowę, krótki czas na podjęcie decyzji o zawarciu umowy przez konsumenta czy też okoliczność, że umowa zawierana jest w trakcie akcji promocyjnej organizowanej przez przedsiębiorcę. Wyróżnia się też okoliczności o charakterze obiektywnym oraz subiektywnym – w tym drugim przypadku chodzi o takie okoliczności, które dotyczą obu stron bądź jednej strony umowy. Może tu chodzić o takie okoliczności jak wiek, wykształcenie czy wiedza konsumentów w danej dziedzinie. Nie ma przeszkód, by przy ocenie klauzul umownych uwzględnić oba rodzaje okoliczności. Należy jednakże podkreślić, że w przypadku okoliczności o charakterze subiektywnym, muszą to być takie okoliczności, które są znane drugiej stronie14. Nie jest więc uzasadniona ocena samych klauzul, w oderwaniu od określonego kontekstu, obejmującego okoliczności zawarcia umowy (np. akcje promocyjne), czy też nawet inne umowy pozostające z nią w określonym związku (tzw. pakietowe).

***IX.Ocena postanowień dotyczących indeksacji***

***i.a.1. Postanowienia wprowadzające mechanizm indeksacji***

Oceniając w świetle powyżej opisanych przesłanek postanowienia umowne przewidujące indeksację należy stwierdzić, że niedozwolony charakter mają postanowienia:

- §2 ust. 1 w części przewidującej udzielenie kredytu indeksowanego,

- 3 ust. 8 umowy oraz §11 ust. 7 regulaminu w zakresie w jakim przewidują, że uruchomienie kredytu następuje w złotych przy jednoczesnym przeliczeniu w dniu wypłaty na walutę wskazaną w umowie kredytu,

- §4 umowy i §12 ust.1 i 7 regulaminu w zakresie, w jakim przewidują, że spłata kredytu następuje w złotych, jako równowartość kwoty wyrażonej w walucie obcej.

Podstawą przyjęcia, że postanowienie przewidujące indeksację kredytu rażąco naruszają interesy kredytobiorcy – konsumenta jest nierównomierne rozłożenie pomiędzy stronami umowy ryzyka wynikającego z zastrzeżenia indeksacji kredytu, tj. wyrażenia wysokości zobowiązania konsumenta w walucie obcej, której kurs podlega nieograniczonym zmianom – bez zagwarantowania w umowie jakichkolwiek mechanizmów, które mogłyby ograniczyć ryzyko ponoszone przez konsumenta.

Skutkiem wyrażenia wysokości zobowiązania konsumenta w walucie obcej jest nierównomierne rozłożenie ryzyka ponoszonego przez strony w związku z zawarciem umowy. Bank udzielając kredytu w określonej w złotych polskich kwocie ryzykuje, poza ryzykiem wynikającym z samego zawarcia umowy i potencjalnej możliwości niespłacenia kredytu, stratę jedynie kwoty, która została wypłacona konsumentowi. Strata taka może nastąpić w przypadku radykalnego spadku wartości waluty wskazanej jako waluta indeksacji. Jest to przy tym, biorąc pod uwagę sytuację ekonomiczną oraz proces spłacania kredytu, ryzyko teoretyczne. Utrata całej wyrażonej w złotych wartości udzielonego kredytu nastąpiłaby tylko w przypadku spadku niemalże do zera wartości waluty indeksacji, która nastąpiłaby niezwłocznie po wypłaceniu kredytu. W przypadku nastąpienia takiego zdarzenia w innym momencie wykonywania umowy, bank uzyskałby już w ramach następującej z czasem ratalnej spłaty zadłużenia przynajmniej część zainwestowanego kapitału.

Tymczasem sytuacja konsumenta przedstawia się zupełnie inaczej. Nie tylko wysokość jego zobowiązania po przeliczeniu na złote polskie może osiągnąć niczym nieograniczoną wysokość (wraz ze spadkiem wartości waluty krajowej w stosunku do waluty indeksacji), ale też może to nastąpić na każdym etapie długoletniego wykonywania umowy.

Konsument w istocie nie dysponuje też, zgodnie z postanowieniami umowy, żadnym instrumentem, który pozwoliłby mu na zmianę sposobu wykonywania umowy wraz z niekorzystnym ukształtowaniem się kursu walut. Przewidziane w regulaminie przewalutowanie kredytu (§13) nie stanowi uprawnienia kredytobiorcy, a zostało pozostawione uznaniu

i ocenie banku („Bank może wyrazić zgodę na przewalutowanie kredytu, pod warunkiem (...)") – m.in. w zakresie posiadania przez kredytobiorcę zdolności kredytowej.

Dlatego też, mimo że konstrukcja indeksacji kredytu nie jest sprzeczna z prawem, jak również nie można ogólnie wykluczyć możliwości jej stosowania w umowach zawieranych z konsumentami, w przypadku spornych postanowień należało uznać je za niedopuszczalne. Opisana wyżej konstrukcja prowadzi bowiem do wniosku, że następuje rażące naruszenie interesów konsumenta, gdyż brak jest sprawiedliwego i uczciwego wyważenia praw i obowiązków stron umowy.

Równocześnie wprowadzenie omawianych postanowień należy uznać za naruszające dobre obyczaje, gdyż następuje z wykorzystaniem przewagi kontraktowej banku, który dysponując nieporównywalnie większymi możliwościami należytej oceny ryzyka wiążącego się z indeksacją kredytu, wprowadza do umowy postanowienia chroniące przede wszystkim własne interesy, czyniąc to bez udzielenia, na etapie zawierania umowy, odpowiednich informacji i ostrzeżeń kredytobiorcy. Oczywiście trzeba pamiętać, że wprowadzenie postanowień dotyczących indeksacji kredytu pozwoliło na zaoferowanie konsumentowi niższego oprocentowania kredytu. Jednak należy mieć też na uwadze, że dopuszczalność takiego rozwiązania uzależniona jest od równoczesnego wprowadzenia instrumentów, które pozwalałyby chronić konsumenta przed nadmiernym ryzykiem, jak również od spełnienia wszystkich wymogów związanych z udzieleniem pełnej i rzetelnej informacji o wszystkich skutkach wprowadzenia określonej konstrukcji, tj. sformułowania postanowień w sposób jednoznaczny w rozumieniu przedstawionym w punkcie VI.2 uzasadnienia.

Tymczasem kredytobiorca przed zawarciem umowy otrzymał jedynie informacje koncentrujące się na zaletach kredytu. Nie otrzymał natomiast informacji o tym, że na skutek zmian kursowych możliwy jest nieograniczony wzrost wyrażonego w złotówkach kapitału kredytu.

Powyższych okoliczności nie podważa złożone przez powoda oświadczenie o zapoznaniu się z kwestią ryzyka kursowego związanego z zaciąganym kredytem indeksowanym. Jest ono prawdziwe, ponieważ rzeczywiście przedłożony dokument zawiera informacje dotyczące istnienia ryzyka kursowego. Jednakże przedstawiona informacja nie tylko była niewystarczająca dla należytej oceny tego ryzyka, ale też mogła wprowadzać w błąd. W szczególności niczym nieuzasadnione było przyjęcie założenia, że kurs franka może wzrosnąć jedynie o kilkanaście procent. Co więcej, oparcie pisemnej informacji o ryzyku mogło działać myląco na konsumenta. Otrzymał on bowiem informację o pewnych przewidywanych zmianach kursowych udzieloną przez podmiot, który – w przeciwieństwie do samego konsumenta – był podmiotem profesjonalnym, dysponującym szerokim zapleczem eksperckim, z którego działalnością nieodłącznie związana jest ocena zachodzących i przewidywanych zjawisk ekonomicznych.

Równocześnie z przedstawionej informacji wynikało, że przyczyną największych wzrostów wysokości raty jest wzrost oprocentowania kredytu, a nie zmiana kursu franka szwajcarskiego. Oświadczenie nie zawierało też symulacji wskazujących na zmiany salda kredytu, a nie tylko wysokości raty kredytowej, w przypadku zmian kursu waluty.

Ponadto przedłożona informacja oparta była o założenia wysokości kredytu i oprocentowania nieadekwatne wobec treści wniosku kredytowego i zawartej później umowy. Nie pozwalała zatem ocenić skutków zmian kursowych dla konkretnej umowy zawieranej przez konsumenta, podczas gdy nie było żadnych przeszkód aby takiej informacji udzielić.

Podsumowując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że pozwany nie tylko wykorzystał swoją przewagę kontraktową, ale też nie dopełnił wymaganych od instytucji finansowych obowiązków informacyjnych. Pozwala to na przyjęcie, że zastrzeżenie indeksacji kredytu było sprzeczne z dobrymi obyczajami. A skoro równocześnie rażąco naruszało interesy konsumenta, to stanowiło klauzulę niedozwoloną.

Nie usprawiedliwia pozwanego fakt literalnego zastosowania się do wymogów zawartych w Rekomendacji S z 2006 roku. Wszelkie wymogi przewidziane w Rekomendacji stanowią wymogi minimalne i przewidziane są w celu wprowadzenia i ujednolicenia zasad zarządzania przez bank ryzykiem kredytowym. Tylko pobocznie odnoszą się do relacji banków z kredytobiorcami. W żadnym wypadku nie mogą określać poziomu obowiązków informacyjnych stron

wymaganego w uczciwym obrocie konsumenckim. Poza tym nawet treść rekomendacji 19 odnosi się do konkretnego ryzyka związanego z przedstawianą klientowi ofertą. Nie pozwala na przedstawianie przyszłemu kredytobiorcy informacji całkowicie oderwanych od rzeczywistych parametrów oferty.

2. ***Zróżnicowanie zastosowanych kursów***

Powyższe okoliczności nie stanowią przy tym wyłącznej przesłanki uznania indeksacji kredytu za postanowienia niedozwolone. Taki sam wniosek wynika z przeprowadzonej oceny kształtu postanowień, które z jednej strony różnicują wysokość kursu przyjętego dla przeliczeń kwoty kredytu z PLN na CHF, a następnie przeliczeń wysokości wymaganej spłaty z CHF na PLN, a z drugiej strony – pozwalają kredytodawcy na swobodne ustalenie wysokości każdego z tych kursów.

Już zróżnicowanie pomiędzy kursem kupna i sprzedaży stosowanym dla określenia wysokości kapitału kredytu, a następnie wysokości spłaty uznać należy za sprzeczne z dobrymi obyczajami, a równocześnie rażąco naruszające interesy konsumenta. Strony umowy nie umawiały się na prowadzenie przez bank działalności kantorowej – dokonywania wymiany walut, a postanowiły jedynie wprowadzić do umowy mechanizm mający pozwolić na zastosowanie stóp procentowych przewidzianych dla waluty obcej i zabezpieczyć bank przed spadkiem kursu waluty. Dlatego też zróżnicowanie przyjętego kursu nie znajduje żadnego uzasadnienia w relacjach pomiędzy bankiem a kredytobiorcą. Równocześnie nie może budzić żadnych wątpliwości, że konstrukcja, w której w chwili wykorzystania kredytu wysokość wyrażonego w złotych polskich zobowiązania konsumenta (świadczenia, które ma spełnić na rzecz banku) jest, w wyniku zastosowania dla jej ustalenia kursu sprzedaży, wyższa niż wysokość udzielonego mu kredytu (przeliczonego wg kursu kupna), stanowi naruszenie interesów konsumenta.

Z kolei wykorzystanie przez bank swojej przewagi kontraktowej dla wprowadzenia do umowy rozwiązań korzystnych wyłącznie dla kredytodawcy, w nieuzasadniony sposób zwiększających wysokość świadczeń, do których zobowiązany jest kredytobiorca, uznać należy za sprzeczne z dobrymi obyczajami.

Z omawianych przyczyn za niedozwolone postanowienie umowne uznać należy treść:

- §3 ust.8 umowy oraz §11 ust. 7 regulaminu w zakresie, w jakim przewiduje zastosowanie kursu kupna do przeliczanie wypłaconych środków do CHF,

- §4 umowy oraz §12 ust. 1 i 7 regulaminu w zakresie, w jakim przewiduje, że wysokość zobowiązania będzie ustalana jako równowartość wymaganej spłaty wyrażonej w CHF - po jej przeliczeniu według kursu sprzedaży walut.

4. ***Sposób ustalenia kursów walut***

Wreszcie niedozwolony charakter mają postanowienia przewidujące stosowanie do przeliczeń kursów wskazanych w Tabeli kursów banku.

Podstawą przyjęcia, że postanowienie przewidujące stosowanie kursów wyznaczanych przez bank przy wykonywaniu mechanizmu indeksacji kredytu rażąco naruszają interes konsumenta jest przyznanie przedsiębiorcy prawa do jednostronnego kształtowania wysokości świadczeń stron umowy. Dotyczy to najpierw kwoty postawionej do dyspozycji kredytobiorcy, a następnie wysokość świadczeń kredytobiorcy, tj. wyrażonych w złotych rat, które zobowiązany jest spłacać.

Kredytobiorca narażony jest w ten sposób na nieograniczoną arbitralność decyzji banku, a równocześnie, wobec braku jakichkolwiek weryfikowalnych kryteriów, nie przysługują mu żadne środki, które pozwoliłyby chociażby na późniejszą weryfikację prawidłowości kursu ustalonego przez bank. Wątpliwe jest aby taką rolę mogły pełnić kryteria przyjęte w „Oświadczenie o ryzyku walutowym i ryzyku stopy procentowej" i aby pozwoliły one na późniejszą weryfikację prawidłowości kursu ustalonego przez bank. W szczególności wątpliwości budzi możliwość zidentyfikowania i określenia przez konsumenta rynkowego kursu walut, do których odwołuje się „Oświadczenie".

Wobec braku uzgodnionej przez strony definicji kursu rynkowego, jego ustalenie wiąże się z koniecznością dostępu od odpowiednich instrumentów (do których konsument nie ma dostępu) albo przeprowadzenia szerokich badań.

Bez wątpienia stanowi to rażące naruszenie interesów konsumenta, narażając go na brak bezpieczeństwa i możliwości przewidzenia skutków umowy. narażając go na brak bezpieczeństwa i możliwości przewidzenia skutków umowy. Jest to przy tym postępowanie nieuczciwe, sprzeczne z dobrymi obyczajami jako naruszające równowagę stron umowy na korzyść strony silniejszej, która nie tylko może żądać spełnienia świadczenia w określonej przez siebie wysokości, ale też korzystać z szeregu postanowień o charakterze sankcji (m.in. podwyższone karne oprocentowanie, możliwość wypowiedzenia umowy), gdyby konsument takiego świadczenia nie spełniał. Również sytuacja, w której konsument pragnący ustalić prawidłowość zachowania przedsiębiorcy zobowiązany byłby do korzystania z opinii biegłego, oznacza nadmierne trudności równoznaczne z istotnym naruszeniem interesów konsumenta (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 25 czerwca 2014 roku, sygn. VI ACa 1930/13).

Nie bez znaczenia dla oceny kwestionowanych postanowień umownych pozostaje też orzecznictwo Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów i będące jego rezultatem wpisy w rejestrze klauzul niedozwolonych. W szczególności podzielić należy pogląd wyrażony przez Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 07 maja 2013 roku, sygn. VI ACa 441/13, w którego uzasadnieniu wskazano, że o abuzywności kwestionowanego w tamtym postępowaniu 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. Nie sposób nie dostrzec, że choć oczywiste jest, że stanowisko Sądu Apelacyjnego nie jest wiążące w niniejszej sprawie, to przyjęta argumentacja znajduje pełne zastosowanie do kwestionowanych postanowień umownych.

Zwrócić trzeba też uwagę, że do przeliczeń, w tym do ustalenia wysokości świadczenia polegającego na spłacie rat w złotych polskich, zastosowanie miała tabela kursów obowiązująca o godz. 9.30 w dniu, w którym następuje operacja.

Wątpliwa jest już dopuszczalność konstrukcji, w której kredytobiorca nie otrzymuje jednoznacznej informacji o wysokości świadczenia, które powinien spełniać na rzecz banku (nie wynika ona wprost z harmonogramu spłat albo innej informacji udzielanej przez bank), a zobowiązany jest do samodzielnego jego ustalenia w oparciu o harmonogram wyrażony w walucie obcej oraz informacje, których musi samodzielnie poszukiwać w banku. Stanowi to rażące naruszenie interesów konsumenta w rozumieniu narażenia go na niedogodności i zbędnie utracony czas.

Co więcej, w konstrukcji przyjętej przez pozwanego , kredytobiorca nie wie, aż do dnia, w którym powinien już spełnić świadczenie (zapłacić ratę), w jakiej wysokości powinien świadczyć na rzecz banku, tj. jakie środki powinien zapewnić na rachunku kredytowym, który miał być obciążany przez bank (§12 ust. 1 regulaminu). Niedogodność takiej sytuacji, wykraczająca poza dopuszczalne granice, wydaje się być jednoznaczna.

5. ***<u>Możliwość podnoszenia zarzutów przez konsumentów.</u>***

Powyższe okoliczności oznaczają, że niedozwolony charakter przypisać należy całości postanowień dotyczących indeksowania kredytu, tj. zarówno istnieniu takiego mechanizmu w umowie, jak i postanowieniom regulującym sposób jego wykonywania.

Nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia motywy jakie leżą u podstaw zgłoszenia przez stronę powodową roszczeń po 10 latach wykonywania umowy. Istnienie w treści umowy (regulaminu itd.), sformułowanych przez pozwanego, postanowień obarczonych wadliwością (nie ma przy tym znaczenia, czy jej skutkiem jest nieważność czy jedynie bezskuteczność postanowień wobec konsumenta) powoduje, że konsument jest w każdym czasie uprawniony do podniesienia przysługujących mu zarzutów. Skorzystanie z zarzutu nieważności umowy czy bezskuteczności

jej postanowień nie może podlegać ocenie w świetle art. 5 kc. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 15 września 2016 r., sygn. I CSK 615/15: „Powołaniem się na zasady współżycia społecznego nie można podważać ani modyfikować wyraźnych dyspozycji przepisów prawnych, które, kierując się względami bezpieczeństwa obrotu prawnego, przewidują sankcję bezwzględnej nieważności czynności sprzecznych z prawem, a nie przewidując żadnych od tego wyjątków, samodzielnie i wyczerpująco przesądzają o prawach stron. Nieważność czynności prawnej nie ma nic wspólnego z nadużywaniem prawa przy jego wykonywaniu, a jest jedynie konsekwencją sprzeczności z ustawą dokonanej czynności. Powołanie na nieważność w procesie cywilnym, czy to w formie zarzutu, czy w pozwie o jej ustalenie są jedynie aktami o charakterze proceduralnym. Sankcja nieważności czynności prawnej następuje już z mocy prawa i dlatego nie przewiduje się jakiegoś materialnego "uprawnienia do powoływania się na nieważność czynności prawnej".

Trzeba też podkreślić, że stosowanie przepisów o niedozwolonych postanowieniach umownych, w tym podejmowanie środków mających na celu zapobieganie stosowaniu nieuczciwych warunkach w umowach zawieranych z konsumentami, odbywa się nie tylko w interesie konsumentów, ale też podmiotów gospodarczych konkurujących na rynku. Wynika to wprost z treści art. 7 ust. 1 dyrektywy 93/13, która przewiduje że zarówno w interesie konsumentów, jak i konkurentów państwa członkowskie zapewnią stosowne i skuteczne środki mające na celu zapobieganie stałemu stosowaniu nieuczciwych warunków w umowach zawieranych przez sprzedawców lub dostawców z konsumentami. Przepisy nie tylko zatem chronią konsumentów, ale mają na celu zapobieżenia naruszeniu zasad konkurencji. Odbywa się to poprzez zapobieżenia możliwości stosowania przez przedsiębiorców postanowień, które pozornie korzystne dla konsumenta, służą zwiększeniu sprzedaży towarów i usług, naruszając interesy tych podmiotów, które nie stosując nieuczciwych postanowień nie są w stanie zaoferować podobnych warunków.

Powtórzenia wymaga przy tym stwierdzenie, że nie ma najmniejszego znaczenia dla dokonywanej oceny to, w jaki sposób bank rzeczywiście ustalał kurs w trakcie wykonywania umowy i jaka była relacja kursu banku do kursu rynkowego. Są to okoliczności obojętne na gruncie art.$385^2$ kc, jak również oceny możliwego naruszenia interesów konsumenta. Istotne jest jedynie, że postanowienia umowy dawały przedsiębiorcy nieograniczoną swobodę w wyznaczaniu kursu waluty, a w konsekwencji – wysokości zobowiązań konsumenta.

## ***X.Skutki abuzywności postanowień umowy.***

### 1. ***Wpływ zakresu zakwestionowanych postanowień na możliwość wykonania umowy w pierwotnym kształcie***

Z uwagi na okoliczność, że zakwestionowaniu podlegał cały mechanizm indeksacji w kształcie przyjętym w wiążącej strony umowie, zbędne jest poszukiwanie odpowiedzi na możliwość ustalenia i przyjęcia innego, „sprawiedliwego” kursu dla dokonania rozliczeń między stronami, przy zachowaniu mechanizmu indeksacji. Stąd też w niniejszej sprawie nie zachodziły podstawy do zawieszenia postępowania do czasu rozstrzygnięcia pytania prejudycjalnego skierowanego przez Sąd Okręgowy w Warszawie, a rozpoznawanego przez Trybunał Sprawiedliwości w sprawie C-260/18. Ewentualne ustalenie odpowiedniego lub jednolitego kursu waluty nie doprowadziłoby do usunięcia abuzywności postanowień dotyczących indeksacji znajdującej swoją podstawę nie tylko (a nawet nie przede wszystkim) w mechanizmie ustalania kursu waluty.

W niniejszej sprawie, wobec wyraźnego stanowiska powoda odwołującego się do nieważności umowy, dokonania przez niego spłaty kwot odpowiadających swoją wartością znacznej części (ok. 70%) wykorzystanego kredytu, a przede wszystkim wobec faktu wypowiedzenia umowy przez bank, przy uwzględnieniu stanu istniejącego w dacie zamknięcia rozprawy (art.316§1 kpc), nie ma obawy, że ustalenie nieważności umowy doprowadzi do niekorzystnych i penalizujących skutków dla konsumenta. Nie zachodzi więc sytuacja, w której konsument jest postawiony przed koniecznością wyboru między dwoma rozwiązaniami, z których każde jest dla niego ex definitione niekorzystne: pozostawieniem niekorzystnej luki w umowie albo następczą akceptacją niekorzystnej klauzuli.

Nie ma zatem żadnych powodów by uznać, że stwierdzenie nieważności całej umowy odbyłoby się ze szkodą dla konsumenta, naruszając jego interes ekonomiczny. Bezprzedmiotowe jest więc poszukiwanie możliwości uzupełnienia luk w umowie, a rozstrzygnięcie sprawy nie jest zależne od treści rozstrzygnięcia zapadłego w sprawie C-260/18.

2. ***Możliwość dalszego obowiązywania umowy***

Przyjęciu, że umowa jest nieważna nie stoi na przeszkodzie treść art.$385^2$ kc. przewidująca, że jeżeli określone postanowienia umowy nie wiążą konsumenta, strony są związane umową w pozostałym zakresie. Stwierdzenie, że umowa bezwzględnie wiąże w pozostałym zakresie, stanowi daleko idące uproszczenie. Dyrektywa 93/13 jednoznacznie przewiduje w art.6 ust.1, że Państwa Członkowskie stanowią, że na mocy prawa krajowego nieuczciwe warunki w umowach zawieranych przez sprzedawców lub dostawców z konsumentami nie będą wiążące dla konsumenta, a umowa w pozostałej części będzie nadal obowiązywała strony, jeżeli jest to możliwe po wyłączeniu z niej nieuczciwych warunków. Zgodnie z wykładnią tego przepisu dokonaną w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości, umowa zawierająca nieuczciwe warunki powinna w zasadzie nadal obowiązywać, bez jakiejkolwiek zmiany innej niż wynikająca z uchylenia nieuczciwych warunków, o ile takie dalsze obowiązywanie umowy jest prawnie możliwe zgodnie z zasadami prawa wewnętrznego (m.in. wyrok w sprawie C-618/10, w sprawie C-488/11).

Ustawodawca krajowy nie wprowadził wprost do przepisów zastrzeżenia dotyczącego możliwości dalszego obowiązywania umowy po wyłączeniu z niej nieuczciwych warunków. Jednak taka konstrukcja nie stanowi, dopuszczalnego na gruncie dyrektywy (art.8), przyznania konsumentowi wyższego stopnia ochrony, gdyż dalsze funkcjonowanie umowy bez postanowień abuzywnych niekoniecznie będzie korzystne dla konsumenta. Dlatego też oceniając skutki wyeliminowania z umowy niedozwolonych postanowień dla jej dalszego funkcjonowania konieczne jest odwołanie się do ogólnych zasad dotyczących czynności prawnych i stosunków zobowiązaniowych. Stąd też oczywiste jest, że nie jest możliwe dalsze funkcjonowanie umowy, której po wyłączeniu z niej postanowień niedozwolonych (które mogą przecież w określonych warunkach dotyczyć głównych świadczeń stron), nie da się wykonać – określić sposobu i wysokości świadczeń stron.

Jednak uznać należy, że nie jest również możliwe dalsze funkcjonowanie umowy, która bez wyeliminowanych z niej postanowień, tworzyć będzie stosunek prawny, którego cel lub treść sprzeciwiałyby się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. Taki stosunek prawny musi zostać uznany za nieważny z racji sprzeczności z ustawą, polegającą na naruszeniu granic swobody umów (art.58§1 kc w zw. z art.$353^1$ kc). Nie ma znaczenia czy prowadzący do nieważności kształt zobowiązania został pierwotnie ukształtowany wolą stron, czy też powstania stosunku podlegającego takiej ocenie doszło po wyeliminowaniu z niego niedozwolonych postanowień umownych. Przepisu art.$385^1$§2 kc nie można uznać za przepis szczególny wobec art.$353^1$ kc, gdyż kłóciłoby się z ogólnymi zasadami i konstrukcją prawa zobowiązań, pozwalając m.in. na kreowanie takich stosunków umownych, które po wyeliminowaniu klauzul abuzywnych pozwalałaby na osiągnięcie celów, które nie byłyby możliwe do realizacji na gruncie zasad ogólnych. Z kolei przyjęcie, że określony kształt zobowiązany jest nieważny, oznacza, zgodnie z powołanym orzecznictwem Trybunału, że dalsze obowiązywanie umowy nie jest prawnie możliwe zgodnie z zasadami prawa wewnętrznego.

Z tego względu istnienie umowy kredytu udzielonego i spłacanego w walucie polskiej, w której stawka procentowa byłaby oparta o wskaźnik LIBOR, który pozostaje integralnie związany z klauzulą walutową i rozliczeniami w walucie obcej, nie jest możliwe. Nie może to jednak prowadzić do wniosku, że niemożliwe jest uznanie klauzul indeksacyjnych za niedozwolone postanowienia umowne. Właściwy wniosek z faktu związania stopy LIBOR z frankiem szwajcarskim jest taki, że po wyeliminowaniu klauzul indeksacyjnych dalsze obowiązywanie umowy (przyjęcie, że jest to umowa ważna) nie jest możliwe.

Nie wynika to z faktu, iż stosunek prawny nie odpowiadałby wymogom wprost określonym w art.69 Prawa bankowego, w części w jakiej jedną z podstawowych cech umowy kredytu jest jego odpłatność. Powołany przepis przewiduje w ustępie 1, że kredytobiorca zobowiązuje się do korzystania z niej na warunkach określonych w umowie, zwrotu kwoty

wykorzystanego kredytu wraz z odsetkami w oznaczonych terminach spłaty oraz zapłaty prowizji od udzielonego kredytu. Zastrzeżenie oprocentowania odnoszącego się do stawki LIBOR w umowie kredytu udzielonego i spłacanego, po wyeliminowaniu indeksacji, w złotych polskich formalnie spełnia warunek odpłatności umowy kredytu. Jednakże pozostaje w sprzeczności z określoną na podstawie całokształtu uregulowań zawartych w ustawie Prawo bankowe właściwością (naturą) stosunku prawnego, jak również pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego.

Przyjęcie, że o charakterze kredytu indeksowanego jako podtypu umowy kredytu decyduje łącznie wprowadzenie do umowy mechanizmu indeksacji pozwalającego na ustalenie salda kredytu w walucie obcej, a następnie zastosowanie do tak ustalonego salda oprocentowania ustalanego w oparciu o stawkę LIBOR, oznacza, że tak sformułowane postanowienia wyznaczają naturę tego stosunku prawnego. Pominięcie jednego z tych elementów wypacza gospodarczy sens umowy.

Tymczasem odniesienie się do pojęcia natury stosunku prawnego oznacza nakaz respektowania podstawowych cech obligacyjnego stosunku prawnego, a więc tych jego elementów, których brak może prowadzić do podważeniu sensu (istoty) nawiązywanej więzi prawnej. Oznacza również nakaz uwzględnienia tych elementów stosunku obligacyjnego, których pominięcie lub modyfikacja prowadzić by musiały do zniekształcenia zakładanego modelu więzi prawnej związanej z danym typem stosunku. Model ten powinien być zrekonstruowany na podstawie tych minimalnych (a więc i koniecznych) elementów danego stosunku obligacyjnego, bez których traciłby on swój sens gospodarczy albo wewnętrzną równowagę aksjologiczną.15

Właśnie utrata przez stosunek prawny powstały po wyeliminowaniu z niego indeksacji jego sensu gospodarczego prowadzi do wniosku, że takie ukształtowanie stosunku prawnego jest nieważne, gdyż nastąpiłoby z przekroczeniem granic swobody umów.

Równocześnie przy określaniu cech charakterystycznych dla umowy kredytu, należy mieć na uwadze nie tylko treść art.69 Prawa bankowego i wykształcony w obrocie kształt umowy o kredyt indeksowany, ale też treść art.2 tej ustawy. Zgodnie z nią, bank jest osobą prawną utworzoną zgodnie z przepisami ustaw, działającą na podstawie zezwoleń uprawniających do wykonywania czynności bankowych obciążających ryzykiem środki powierzone pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym.

Zawarcie umowy kredytu stanowi obciążenie ryzykiem powierzonych bankowi środków pod tytułem zwrotnym. Wyraźne odwołanie się do istnienia tytułu zwrotnego prowadzi do wniosku, że co do zasady zawierane przez bank czynności nie powinny prowadzić do pomniejszenia wartości środków przeznaczonych dla ich dokonania. W przypadku umów kredytu, w szczególności długoterminowego, konieczne jest zatem aby stopień odpłatności umowy kredytu (oprocentowania lub prowizji) był określony na takim poziomie, który będzie zapewniał odzyskanie przez bank wartości wypłacanych środków, przy uwzględnieniu zmieniającej się w czasie wartości pieniądza, jak również kosztów związanych z funkcjonowaniem banku. Na konkurencyjnym rynku poziom taki wyznacza oprocentowanie stosowane powszechnie przez konkurujące ze sobą podmioty. W innym przypadku samo zawieranie umów kredytowych (z pominięciem ryzyka wiążącego się z brakiem możliwości odzyskania zwrotu wypłaconych środków) prowadziłoby do zubożenia po stronie banku. Stąd też należy przyjąć, że odmienne ukształtowanie umowy kredytu sprzeczne będzie z właściwością stosunku prawnego – o ile oczywiście do zawarcia umowy nie doszło na szczególnych zasadach, przewidujących inny sposób zabezpieczenia bankowi zwrotu środków (np. dopłaty uiszczane przez inny podmiot niż kredytobiorca).

Taki rezultat wiązałby się właśnie z zawarciem umowy kredytowej, w której doszłoby do ustalenia i wypłaty kapitału kredytu w walucie polskiej, zaś odpłatność byłaby przewidziana w oparciu o wskaźniki całkowicie nieadekwatne do ekonomicznej wartości waluty będącej podstawą rozliczeń stron. Nie ma przy tym znaczenia, czy w okresie od zawarcia umowy do chwili obecnej doszło w istocie do znaczącej nierównowagi pomiędzy przyjętą stopą procentową a spadkiem wartości waluty polskiej (inflacją). Ocenie podlegają bowiem skutki jakie mogą wynikać z odwołania się do niewłaściwej podstawy ustalania oprocentowania, nie zaś ich rzeczywiste zaistnienie, tym bardziej w sytuacji, w której wykonywanie umowy nie zakończyło się.

Niezależnie od powyższego, umowę kredytu zastrzegającą, że oprocentowanie jest ustalane w oparciu o wskaźniki nieodpowiadające walucie, w jakiej został udzielony kredyt, należałoby uznać za sprzeczną z zasadami współżycia społecznego. Sprzeczność czynności prawnej z zasadami współżycia społecznego oznacza, że czynność prawna jest negatywnie oceniana w świetle reguł lub wartości moralnych powszechnie w społeczeństwie akceptowanych. Chodzi m.in. o równość faktyczną stron, słuszność kontraktową czy wolną konkurencję. Przyjęcie, że możliwe jest istnienie umowy kredytu w omawianym kształcie byłoby niesprawiedliwe wobec tych kredytobiorców, którzy w tym samym czasie zawarli umowy o kredyty udzielane i spłacane bezpośrednio w walucie polskiej, a więc umowy o kredyty nieindeksowane do waluty obcej, ponosząc przy tym z reguły wyższe koszty związane z korzystaniem z cudzego kapitału.

Równocześnie należałoby uznać, że doszłoby do nadmiernego naruszenia, tym razem na korzyść konsumenta, równowagi kontraktowej stron. Wysokość świadczenia konsumenta, tj. obciążającego go obowiązku wynagrodzenia za korzystanie z cudzego kapitału, pozostawałaby bowiem nieadekwatna do stawek istniejących na rynku.

Powyższe konsekwencje stwierdzenia abuzywności części postanowień umowy dla możliwości dalszego umowy funkcjonowania w kształcie nieprzewidzianym przez strony, nie stanowią naruszenia zasad określonych w dyrektywie 93/13. Celem dyrektywy, wprost wyrażonym w jej motywach, jest nie tylko ochrona konsumentów, ale też ułatwienie ustanawiania rynku wewnętrznego poprzez stymulowanie konkurencji. Określenie minimalnego poziomu ochrony konsumentów stanowi środek do celu, jakim jest istnienie rynku wewnętrznego opartego na zasadach konkurencyjności.

Nie budzi przy tym wątpliwości, że eliminacja z umowy postanowień niedozwolonych powinna być korzystna dla konsumenta, równocześnie wywierając skutek odstraszający wobec przedsiębiorcy. Jednak równocześnie należy pamiętać, że zadaniem przepisów chroniących konsumenta jest przywrócenie równowagi kontraktowej stron, nie zaś nadmierne i nieusprawiedliwione uprzywilejowanie konkretnego konsumenta wobec przedsiębiorcy, czy też innych konsumentów zawierających podobne umowy. Stosowanie regulacji wynikających z dyrektywy nie może również zachwiać konkurencją na rynku, zmuszając część przedsiębiorców do wykonywania umów na zasadach tak znacząco odbiegających od tych, jakie analogiczne umowy wykonują inni przedsiębiorcy – nawet jeśli jest konsekwencją zastosowania w umowie niedozwolonych postanowień. Równocześnie nie jest podstawowym celem regulacji kodeksu cywilnego o niedozwolonych postanowieniach umownych wymierzanie przedsiębiorcy sankcji. Regulacje te odnoszą się do stosunków pomiędzy konkretnymi, zindywidualizowanymi podmiotami. Na gruncie prawa polskiego ogólny charakter, służący realizacji wynikającego z art.7 dyrektywy obowiązku zapewnienia stosownych i skutecznych środków mających na celu zapobieganie stałemu stosowaniu nieuczciwych warunków w umowach służyły przede wszystkim przepisy dotyczące abstrakcyjnej kontroli wzorców umownych, a obecnie służą regulacje zawarte w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zgodnie z art.58§3 kc, jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana.

Wyeliminowanie z umowy postanowień dotyczących oprocentowania kredytu opartego o stawkę LIBOR nie prowadzi do powstania luki nie pozwalającej wykonać umowy. Brak określenia wysokości zmiennego oprocentowania w umowie może być uzupełniony bądź przez odwołania się do zasad określonych we wzorcu umownym (regulaminie) dla kredytów udzielonych w złotych polskich, bądź też, jeśli pierwszy ze sposobów okaże się niemożliwy, przez odwołanie do treści art.359§2 kc, który określa, że jeżeli wysokość odsetek nie jest w inny sposób określona, należą się odsetki ustawowe.

Jednak mając na względzie poszanowanie woli stron umowy, jak również niemożność przyjęcia takich skutków wprowadzenia do umowy niedozwolonych postanowień, które byłyby niekorzystne dla konsumenta, przyjąć należało, że z okoliczności wynika, że bez dotkniętych częściową nieważnością postanowień dotyczących wysokości oprocentowania, umowa nie zostałaby zawarta. W szczególności obie strony nie zaakceptowałyby przyjęcie, że

oprocentowanie jest ustalane w inny sposób. Dlatego też należało ostatecznie stwierdzić, że umowa kredytu zawarta pomiędzy pozwanym a powodem jest w całości nieważna.

***XI.Zwrot nienależnego świadczenia***

Zgodnie z art. 405 kc kto bez podstawy prawnej uzyskał korzyść majątkową kosztem innej osoby, obowiązany jest do wydania korzyści w naturze, a gdyby to nie było możliwe, do zwrotu jej wartości. Przepis ten stosuje się w szczególności do świadczenia nienależnego, tj. takiego, w którym ten, kto je spełnił, nie był w ogóle zobowiązany lub nie był zobowiązany względem osoby, której świadczył, albo jeżeli podstawa świadczenia odpadła lub zamierzony cel świadczenia nie został osiągnięty, albo jeżeli czynność prawna zobowiązująca do świadczenia była nieważna i nie stała się ważna po spełnieniu świadczenia (art.410§1 i 2 kc).

Skutkiem stwierdzenia nieważności całej umowy było uznanie, że spełnione przez powoda świadczenia nie miały oparcia w łączącej strony umowie.

Powyższe nie oznacza jednak, że świadczenia powoda były nienależne. O świadczeniu nienależnym może być mowa jedynie w sytuacji gdy spełniane jest bez ważnej i skutecznej podstawy prawnej. Tymczasem powód spełniał świadczenia polegające na zwrocie pozwanemu środków, które wcześniej od niego otrzymał.

Nie może budzić wątpliwości, że świadczenie ze strony powoda mogło zostać uznane obiektywnie za zwrot wcześniej otrzymanych środków. W tej sytuacji nawet wobec uznania umowy za nieważną istnieje więc stosunek prawny, który stanowi podstawę tak dokonanych przesunięć majątkowych. Są to właśnie powołane przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu.

Podkreślić należy, że mający w nich źródło stosunek prawny powstaje z momentem zaistnienia określonych w przepisie przesłanek. Dla jego istnienia nie jest potrzebna jakakolwiek aktywność wierzyciela polegająca np. na wezwaniu do spełnienia świadczenia. Wezwanie takie może jedynie określić, zgodnie z art.455 kc, termin spełnienia świadczenia, nie ma natomiast znaczenia kreującego zobowiązanie. Brak wezwania ze strony pozwanego do spełnienia świadczenia oznacza zatem jedynie, że nie nadszedł jeszcze termin jego spełnienia. Jednakże art.411 kc jednoznacznie wyklucza możliwość zwrotu świadczenia spełnionego zanim wierzytelność stała się wymagalna.

Stąd też świadczenia pieniężne w walucie polskiej ze strony powoda na rzecz pozwanego mają swoją podstawę prawną i nie stanowią nienależnego świadczenia do momentu, w którym nie przekroczyłyby swoją wysokością kwot, które powód otrzymała od pozwanego, tj. 977 000 zł. W dacie zamknięcia rozprawy taka sytuacja jeszcze nie nastąpiła.

Niezależnie od powyższego, nawet ścisłe przestrzeganie odrębności roszczeń stron nieważnej umowy wzajemnej o zwrot spełnionych przez każdą ze stron świadczeń16 (co w ocenie sądu w przypadku, w którym oba świadczenia stanowią świadczenia pieniężne wyrażone w tej samej walucie, nie jest uzasadnione), nie mogłoby doprowadzić do uwzględnienia powództwa.

Zarówno rolą przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, jak i przepisów o niedozwolonych postanowieniach umownych jest przywrócenie zachwianej na skutek różnych zdarzeń (zachowań) równowagi pomiędzy określonymi podmiotami. Stosowanie tych przepisów nie może jednak prowadzić, w świetle zasad współżycia społecznego, do znacznego zachwiania takiej równowagi w przeciwnym kierunku. Nie znajduje akceptacji sądu sytuacja, w której kredytobiorca, będący stroną umowy uznanej za nieważną po kilku latach jej bezkonfliktowego wykonywania przez obie strony, miałby realizować swoje roszczenie o zwrot kwot przekazanych kredytodawcy w trakcie wykonywania umowy bez równoczesnego dokonania kompleksowych wzajemnych rozliczeń. Posługiwanie się przez przedsiębiorcę niedozwolonymi postanowieniami umownymi w żadnym razie nie uzasadnia możliwości dopuszczenia do stanu, w którym konsument nie tylko korzystać będzie ze spełnionego na jego rzecz świadczenia ale równocześnie uzyska zwrot spełnionych przez siebie świadczeń – przy czym oba wzajemne świadczenia będą miały charakter świadczeń pieniężnych. Byłoby to nie tylko zbyt krzywdzące dla przedsiębiorcy ale też sprzeczne z ogólnie przyjętymi zasadami uczciwości i słuszności, nakazującymi zwrot niesłusznie otrzymanych korzyści majątkowych. Dostateczną sankcją

dla przedsiębiorcy jest wyeliminowanie z umowy niedozwolonych postanowień, tym bardziej jeśli skutkuje ono, jak w niniejszej sprawie, nieważnością całości umowy. W ten sposób przedsiębiorca nie tylko nie osiąga zamierzonych korzyści, zysku, ale też ponosi niekorzystne konsekwencje wcześniejszego spełnienia swojego świadczenia.

Równocześnie przyjęcie, że możliwe jest aby konsument uzyskał zwrot całości swoich świadczeń, polegających przecież w istocie na zwracaniu przedsiębiorcy tego, co od niego uprzednio otrzymał, z równoczesnym brakiem pewności co do skuteczności roszczeń przedsiębiorcy (mogą one nie zostać zrealizowane z różnych przyczyn, zarówno ze względu na konstrukcję instytucji bezpodstawnego wzbogacenia, ewentualne ich przedawnienie, czy też sytuację majątkową konsumenta), byłoby rażąco niesłuszne przy uwzględnieniu sytuacji innych podmiotów, które pozostają w stosunkach kredytowych. Ogólnie przyjętą zasadą jest, że korzystanie z środków udostępnionych przez bank wiąże się z koniecznością ich zwrotu, jak i koniecznością uiszczenia na rzecz banku odpowiedniego wynagrodzenia. Okoliczność, że ze względu na nieprawidłowe działanie przedsiębiorcy konsument był zobowiązany do nadmiernych świadczeń nie oznacza, że uzasadnione jest aby do takich świadczeń w ogóle nie był zobowiązany. O ile więc nieprawidłowe zachowanie przedsiębiorcy może stanowić podstawę do stwierdzenia nieważności umowy i pozbawienia go spodziewanych zysków, to nie może prowadzić do całkowicie nieuzasadnionego zubożenia.

Istnienie sytuacji, w których zwrot nienależnego świadczenia jest wykluczony ze względu na czynniki odwołujące się do sfery moralności i uczciwości, przewiduje ustawodawca. Zgodnie z art.411 pkt 2 kc nie można żądać zwrotu świadczenia jeżeli spełnienie świadczenia czyni zadość zasadom współżycia społecznego. Choć dotychczas przepis ten zazwyczaj był stosowany w innych stanach faktycznych, w ocenie sądu nie ma żadnych przeszkód aby znalazł on swoje zastosowanie również w niniejszej sprawie w przypadku przyjęcia, że świadczenie powódki miało charakter świadczenia nienależnego.

Podsumowując, konsument – nawet jeśli stał się ofiarą stosowania przez przedsiębiorcę niedozwolonych postanowień umownych – nie może być uprawniony do żądania zwrotu całości spełnionych przez siebie świadczeń bez równoczesnego przeprowadzenia wzajemnych rozliczeń stron. Tego wymagają ogólne reguły słuszności i uczciwości. Rolą mających zastosowanie w niniejszej sprawie przepisów jest bowiem ochrona konkretnego konsumenta przed niekorzystnymi dla niego skutkami nieuczciwych i nierzetelnych działań przedsiębiorcy, nie zaś wymierzanie przedsiębiorcy swoistego rodzaju kary finansowej połączonej z równoczesnym niesłusznym wzbogaceniem konsumenta. Jeśli rezultat ich zastosowania prowadzi do takich skutków, to wymaga korekty z odwołaniem do przewidzianych w systemie klauzul generalnych.

Takie stanowisko nie pozbawia przy tym konsumenta możliwości ochrony jego interesów. Oczywiście ze względu na faktyczną przewagę banku zaprzestanie spełniania swoich świadczeń byłoby ryzykowne. Nie ma jednak przeszkód aby zamiast żądania zasądzenia konsument, wystąpił z żądaniem ustalenia nieważności umowy – tak jak uczynił to w niniejszej sprawie, zgłaszając żądanie ewentualne.

W rezultacie żądania zasądzenia od pozwanego kwot wskazanych w złotych nie znajdowały swojej podstawy prawnej, a powództwo w tym zakresie podlegało oddaleniu.

## ***XII.Ustalenie nieważności umowy***

Wobec oddalenia powództwa o zapłatę powstała konieczność rozpoznania i rozstrzygnięcia o ewentualnym żądaniu ustalenia nieważności umowy kredytu. Z szeroko opisanych już względów okazało się ono zasadne i podlegało uwzględnieniu.

Dodatkową przesłanką zasadności powództwa o ustalenie jest, zgodnie z art.189 kpc, istnienie interesu prawnego w zgłoszeniu żądania ustalenia. Powód miał interes prawny w takim ustaleniu. Umowa kredytu została wypowiedziana przez bank, który może występować z żądaniami zapłaty należności w oparciu o treść umowy uznanej za nieważną. Powód ma prawo uprzedzająco podejmować działania zmierzające do wyjaśnienia swojej sytuacji, bez potrzeby oczekiwania na wytoczenie przeciwko niemu powództwa przez bank (żadna ze stron nie zgłaszała aby takie postępowanie się już toczyło). Stwierdzenie nieważności umowy rozstrzyga również w sposób ostateczny o braku

obowiązku spełniania w przyszłości na rzecz banku świadczeń mających oparcie w treści umowy świadczeń (co nie wyklucza możliwości wystąpienia przez bank z roszczeniami opartymi o inną podstawę prawną). Ustalające orzeczenie sądu znosi więc wątpliwości stron i zapobiega dalszemu sporowi o roszczenia banku wynikające z umowy. Na tym zaś polega interes prawny w rozumieniu art. 189 kpc.

***XIII.Pozostałe żądania powoda***

Przyjęcie za podstawę rozstrzygnięcia, że umowa kredytu jest nieważna, czyni niezasadnym żądania ustalenia bezskuteczności oświadczenia o wypowiedzeniu umowy (nie można wypowiedzieć umowy, która jest nieważna) oraz ustalenia treści umowy kredytu, tj. ustalenia, że obowiązuje ona z wyłączeniem części postanowień umownych. Stąd też powództwo główne w tym zakresie zostało oddalone.

Z tych samych względów ustalenie nieważności całości umowy powoduje, że nie są zasadne i podlegały oddaleniu żądania ustalenia nieważności aneksu nr 1 z 27 stycznia 2009 roku (aneks do nieważnej umowy nie wywiera żadnych skutków), a także żądanie ustalenia bezskuteczności części postanowień umowy dotyczących opłaty z tytułu niskiego wkładu własnego..

***XIV.Koszty procesu***

Rozstrzygając o kosztach procesu sąd zdecydował się, w oparciu o art. 100 kpc, na ich wzajemne zniesienie przyjmując, że porównywalne są zarówno koszty poniesione przez każdą ze stron (składa się na nie przede wszystkim wynagrodzenie pełnomocnika), jak i stopień, w którym każda ze stron wygrała sprawę. Uwzględniona została bowiem tylko część żądań zgłoszonych przez powoda, przede wszystkim zostało zaś oddalona główne żądanie, tj. żądanie zapłaty.

Wobec powyższego, sąd orzekł jak w sentencji wyroku.

1 Zob. np. Komentarz do art. 69, R. Sikorski (red.), Prawo Bankowe. Komentarz, wyd. 1, Warszawa 2015.

2 Dz.U. poz. 819.

3 Przepis ten przewiduje, że strony mogą zastrzec w umowie, że wysokość świadczenia pieniężnego zostanie ustalona według innego niż pieniądz miernika wartości.

4 Dz. Urz. WE z 1993 r. L 95, s. 29.

5 Tak. m.in. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 1 czerwca 2016 r., C-377/14, ECLI:EU:C:2016:283.

6 M.Bednarek w: System Prawa Prywatnego Tom 5 Prawo zobowiązań – część ogólna, 2013, s.756.

7 Wyrok Sądu Najwyższego z 8 listopada 2012 roku, sygn. I CSK 49/12.

8 ECLI:EU:C:2017:703

9 ECLI:EU:C:2014:282

10 Cz. Żuławska w: Komentarz do Kodeksu cywilnego red. G.Bieniek, Księga trzecia, Zobowiązania, W-wa 2003, s.137.

11 M.Bednarek w: System Prawa Prywatnego Tom 5 Prawo zobowiązań – część ogólna, W-wa 2013, s.767.

12 Dz.Urz.UE.L z 2016 r. Nr 276, poz. 17[1].

13 M.Bednarek w: System Prawa Prywatnego Tom 5 Prawo zobowiązań – część ogólna, 2013, s.766.

14 Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz. Art. 1-449$^{(11,)}$red. M. Gutowski

15 M.Safjan, w: K.Pietrzykowski, KC. Komentarz, art.$353^{(1)}$, C.H.Beck Warszawa 2015

16 Przy czym sądowi znane są poglądy doktryny i orzecznictwa odnośnie tego zagadnienia. Jednakże należy zwrócić uwagę, że nie są one jednolite. M.in. w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 8 marca 2013 r., sygn. V ACa 1003/12 wskazuje się, że w sytuacji gdyby umowa kredytowa okazałaby się nieważna to kwestią sporną mogłaby być jedynie różnica pomiędzy kwotą oddaną kredytobiorcy do dyspozycji a kwotą zwróconą przez kredytobiorcę. Podobny pogląd wyrażony został również w wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 17 stycznia 2018 roku, sygn. I ACa 1439/17 oraz pośrednio w wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 8 marca 2018 r., sygn. I ACa 915/17.