



**Rzecznik
Finansowy**

www.rf.gov.pl

Aleksandra Wiktorow

Warszawa, dnia 03 KWI. 2017

RF/WBK/144/BJW/17



de

**Pani
prof. dr hab. Małgorzata Gersdorf
Pierwszy Prezes
Sądu Najwyższego
Pl. Krasińskich 2/4/6
00-951 Warszawa 41**

Działając na podstawie art. 60 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. 2016 poz. 1254), w załączeniu przesyłam wniosek o podjęcie uchwały mającej na celu rozstrzygnięcie istniejących w orzecznictwie sądów rozbieżności co do wykładni prawa w odniesieniu do zagadnienia związanego z przesłankami nieuczciwego (abuzywnego) charakteru postanowienia (warunku) umowy i pojawiających się wątpliwości, czy na podstawie art. 385¹ i 385² ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. 1964 nr 16 poz. 93 z późn. zm.), badanie w kontroli incydentalnej, przesłanek zgodności z dobrymi obyczajami i rażącego naruszenia interesów konsumenta dokonywane jest według stanu z chwili zawarcia umowy, biorąc pod uwagę jej normatywną treść, uwzględniając okoliczności jej zawarcia oraz z odniesieniem, w momencie jej zawarcia do innych jej warunków lub innej umowy, od której jest zależna, czy też ocena ta dokonywana jest z uwzględnieniem sposobu stosowania (wykonywania) badanego postanowienia i umowy praktyce w okresie od daty jej zawarcia do chwili wyrokowania.

Rozbieżność orzecznictwa w omawianym zakresie dostrzegalna jest w szczególności na tle sporów wynikających z umów zawieranych przez podmioty rynku finansowego z konsumentami, a więc umów dotyczących usług finansowych (a w szczególności umów kredytowych), w związku z czym występuje w obszarze objętym kognicją i kompetencjami Rzecznika Finansowego.



Załącznik:

- wniosek o podjęcie uchwały



**Rzecznik
Finansowy**

www.rf.gov.pl

Aleksandra Wiktorow

Warszawa, dnia

03 KWI. 2017

RF/WBK/144/BJW/17

Rzecznik Finansowy

Al. Jerozolimskie 87

02-001 Warszawa

Do:

Sąd Najwyższy

plac Krasińskich 2/4/6,

00-951 Warszawa

Wniosek o rozstrzygnięcie rozbieżności w wykładni prawa

Działając na podstawie art. 60 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. 2016 poz. 1254; dalej: ustawa o Sądzie Najwyższym), z uwagi na występujące rozbieżności w wykładni prawa w orzecznictwie sądowym, Rzecznik Finansowy zwraca się z wnioskiem o podjęcie uchwały mającej na celu udzielenie odpowiedzi na pytanie:

Czy na podstawie art. 385¹ i 385² ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. 1964 nr 16 poz. 93 ze zm.; dalej: k.c.), badanie, w kontroli incydentalnej, przesłanek zgodności z dobrymi obyczajami i rażącego naruszenia interesów konsumenta – a więc nieuczciwego (abuzywnego) charakteru postanowienia (warunku) umowy – dokonywane jest według stanu z chwili zawarcia umowy, biorąc pod uwagę jej normatywną treść, uwzględniając okoliczności jej zawarcia oraz z odniesieniem, w momencie jej zawarcia do innych warunków tej umowy lub innej umowy, od której ta jest zależna, czy też ocena ta

dokonywana jest z uwzględnieniem sposobu stosowania (wykonywania) badanego postanowienia i umowy w praktyce w okresie od daty jej zawarcia do chwili wyrokowania?

Uzasadnienie

Rzecznik Finansowy wskazuje, że na tle stosowania art. 385¹ i następnych k.c. (które stanowią implementację przepisów dyrektywy¹), w sporach sądowych między podmiotami rynku finansowego a konsumentami często pojawiają się wątpliwości, czy przedmiotem badania zgodności danego postanowienia umownego z dobrymi obyczajami a także przesłanek rażącego naruszenia interesów konsumenta, w „trybie” kontroli incydentalnej jest brzmienie postanowienia (jego normatywna treść²) i innych warunków umowy na moment jej zawarcia, a także wszelkie okoliczności związane z chwilą zawarcia umowy, czy też znaczenie ma – mówiąc ogólnie – sposób stosowania i wykonywania badanego postanowienia (i umowy) w praktyce. Wiąże się z tym również zagadnienie, czy wpływ na ocenę abuzywności (a więc na sam test abuzywności) mają ewentualne zmiany umowy dokonane np. na mocy aneksów lub na podstawie art. 384¹ k.c., bądź też zmiana przepisów prawa powszechnie obowiązującego.

Wskazana rozbieżność w wykładni art. 385¹ i następnych k.c. występuje w orzecznictwie sądowym w szczególności na tle sporów banków i konsumentów, w czym Rzecznik Finansowy upatruje uzasadnienie dla przedmiotowego wniosku. Zgodnie bowiem z art. 17 ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o rozpatrywaniu reklamacji przez podmioty rynku finansowego i o Rzeczniku Finansowym (Dz.U. 2015 poz. 1348 ze zm.; dalej: ustawa o Rzeczniku Finansowym): *„Do zadań Rzecznika należy podejmowanie działań w zakresie ochrony klientów podmiotów rynku finansowego, których interesy reprezentuje (...)”*. Natomiast zgodnie z art. 2 pkt 1) lit. d) ustawy o Rzeczniku Finansowym, przez klienta podmiotu rynku finansowego rozumie się m.in. będącego osobą fizyczną klienta banku, członka spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, klienta instytucji płatniczej, klienta

¹ dyrektywa Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (OJ L 95, 21.4.1993, p. 29–34

² str. 14 uchwały składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2015 r., sygn.: III CZP 17/15 (OSNC 2016 nr 4, poz. 40, str. 1), w którym Sąd Najwyższy stwierdził, że: *„Postanowienie wzorca jest konkretyzowane przez swoją treść normatywną, ustalaną na podstawie jego brzmienia, ewentualnie w powiązaniu z innymi postanowieniami wzorca, a nie przez samo to brzmienie i jego językowy kontekst w ramach wzorca. (...)Przedmiotem uznania za niedozwolone i zakazu wykorzystywania jest więc postanowienie w ujęciu materialnym, a nie formalnym. Nie chodzi o postanowienie o określonym brzmieniu, łącznie z językowym kontekstem wzorca, ale o wystawioną w nim, przy uwzględnieniu normatywnego kontekstu wzorca umowy, skonkretyzowaną treść normatywną, tj. normę lub jej element, określające prawa lub obowiązki stron. Oznacza to, że pod względem przedmiotowym sąd rozstrzyga o niedozwolonym charakterze postanowienia, które ma daną treść normatywną, wynikającą z przytoczonego jego brzmienia i językowego kontekstu wzorca, w związku z czym ewentualne zmiany tego brzmienia i kontekstu nie wymykają się spod zakresu działania wyroku dopóty, dopóki nie mają wpływu na tę normatywną treść, gdyż*

biura usług płatniczych, klienta instytucji pieniądza elektronicznego, klienta oddziału zagranicznej instytucji pieniądza elektronicznego, klienta instytucji kredytowej, klienta instytucji finansowej, uczestnika funduszu inwestycyjnego, klienta firmy inwestycyjnej i klienta instytucji pożyczkowej. Z kolei zgodnie z art. 2 pkt 3) lit. b) ustawy o Rzeczniku Finansowym, podmiotem rynku finansowego są m.in. banki krajowe, banki zagraniczne, oddziały banku zagranicznego, oddziały instytucji kredytowej i instytucje finansowe w rozumieniu ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (Dz. U. z 2015 r. poz. 128, z późn. zm.3))

Rzecznik Finansowy ma świadomość, że pytanie będące przedmiotem niniejszego wniosku ma charakter ogólny, w tym sensie, że może się odnosić do wszystkich umów w obrocie konsumenckim. Niemniej, opisana rozbieżność orzecznictwa dostrzegalna jest w szczególności na tle sporów wynikających z umów zawieranych z konsumentami a dotyczących usług finansowych, a w szczególności umów kredytowych zawartych z bankami. Rozbieżność ta dotyczy więc orzeczeń sądów zapadłych na tle sporów dotyczących umów podmiotów rynku finansowego z klientami, których prawa i interesy obowiązany jest chronić Rzecznik Finansowy, a zatem występuje w obszarze objętym kognicją i kompetencjami Rzecznika Finansowego.

Uzupełniająco należy stwierdzić, że pytanie będące przedmiotem niniejszego wniosku zostało sformułowane jako pytanie rozstrzygnięcia, tym samym czyniąc zadość wymogom stawianym przez Sąd Najwyższy w tym zakresie (*vide* postanowienie składu siedmiu sędziów z dnia 22 września 2004 r., III CZP 25/04³). Wniosek obejmuje zatem zagadnienie prawne wymagające wyjaśnienia oraz rozbieżności wymagające rozstrzygnięcia (art. 61 § 1 ustawy o Sądzie Najwyższym), co jest możliwe poprzez udzielenie odpowiedzi na pytanie zawarte w *petitum*, któremu towarzyszy alternatywa odpowiedzi, a zatem rzeczą Sądu Najwyższego jako adresata pytania – w przypadku przyjęcia wniosku do rozpoznania – pozostaje dokonanie wyboru odpowiedzi.

Ponadto, z przytoczonego w niniejszym wniosku prawomocnego orzecznictwa sądów powszechnych wynika, że rozbieżność w wykładni art. 385¹ i 385², występuje na tle zbliżonych a nawet identycznych stanów faktycznych. Nie jest zatem tak, że wskazane przepisy są różnie stosowane przez sądy, czy też inna jest praktyczka ich stosowania przez poszczególne podmioty rynku finansowego, lecz istnieje rzeczywista rozbieżność w ich

zachowuje ona swoją tożsamość. Tożsamość ta jest zachowana, gdy zmiany językowe brzmienia postanowienia nie mają znaczenia normatywnego albo jest ono pomijalne".

³ OSNC 2005/7-8/146

wykładni dokonywanej przez sądy powszechne znajdująca odzwierciedlenie w prawomocnych orzeczeniach tych sądów, co z kolei czyni zadość wymaganiom wniosku stawianym w tym zakresie przez Sąd Najwyższy⁴.

Co również bardzo istotne, art. 385¹ i następne k.c. stanowią implementację dyrektywy. Podkreślenia wymaga, że Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) wskazał, że sąd krajowy jest obowiązany, gdy stosuje przepisy prawa krajowego do ich interpretowania tak dalece, jak to jest możliwe, zgodnie z literą (brzmieniem) i celem tej dyrektywy⁵. W związku z tym, Rzecznik Finansowy prezentując swoje stanowisko w odniesieniu do zagadnienia prawnego będącego przedmiotem wniosku kierował się prounijną i prokonsumencką wykładnią ww. przepisów, dodatkowo posiłkując się orzecznictwem TSUE.

Tytułem wstępu Rzecznik Finansowy pragnie przytoczyć orzecznictwo Sądu Najwyższego odnoszące się do problematyki abuzywności postanowień umownych. Rzecznik Finansowy ma świadomość, że część przytoczonych wypowiedzi Sądu Najwyższego odnosi się do tzw. kontroli abstrakcyjnej, niemniej, trudno uznać, że wypowiedzi te pozostają bez znaczenia dla kontroli incydentalnej, tym bardziej, że w każdym wypadku materialną podstawę prawną rozstrzygnięcia stanowi art. 385¹ i następne k.c. Rozbieżność w wykładni tych przepisów pojawiająca się na tle indywidualnych sporów, a więc w kontroli incydentalnej, zostanie szeroko rozwinięta w dalszej części wniosku.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 sierpnia 2015 r., sygn.. akt I CSK 611/14⁶, słusznie stwierdził, że: *„W orzecznictwie Sądu Najwyższego wypracowane zostały kryteria według których powinno się oceniać abuzywność postanowień wzorców umownych w rozumieniu tego przepisu (por. wyrok z dnia 19 marca 2007 III SK 21/06, OSNP 2008, nr 11 – 12, poz. 181, czy wyrok z dnia 29 sierpnia 2013 r., I CSK 660/12, niepubl. i podane tam dalsze judykaty). Zgodnie z zawartymi w tych orzeczeniach wskazaniem, przez **działanie wbrew dobrym obyczajom należy rozumieć wprowadzenie do wzorca klauzul umownych, które godzą w równowagę kontraktową stron, zaś rażące naruszenie interesów konsumenta oznacza nieusprawiedliwioną dysproporcje na jego niekorzyść praw i obowiązków wynikających z umowy**”*. Warto zaznaczyć, że w ocenie Sądu Najwyższego, rażące naruszenie interesów

⁴ postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2014 r., sygn.: III CZP 2/14 (OSNC 2014/12/124)

postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 2006 r., sygn.: I KPZ 33/04 (LEX nr 142537)

postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 stycznia 2006 r., sygn.: III CZP 76/05 (LEX nr 175463)

postanowienie Sądu Najwyższego 7 sędziów z dnia 24 lutego 2006 r., sygn.: III CZP 91/05 (LEX nr 180669)

⁵ pkt 15 i 26 wyroku Trybunału z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie 14/83 (ECLI:EU:C:1984:153)

pkt 32 wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 27.06.2000 r. w sprawach połączonych: od C-240/98 do C-244/98, Océano Grupo Editorial SA v. Rocío Murciano Quintero (C-240/98) i Salvat Editores SA v. José M. Sánchez Alcón Prades (C-241/98), José Luis Copano Badillo (C-242/98), Mohammed Berroane (C-243/98) i Emilio Viñas Feliú (C-244/98) (Zbiór Orzeczeń 2000 I-04941; ECLI:EU:C:2000:346)

pkt 24 wyroku Trybunału (wielka izba) z dnia 24 stycznia 2012 r. w sprawie C-282/10 (elektroniczny Zbiór Orzeczeń; ECLI:EU:C:2012:33)

konsumenta jest konsekwencją niekorzystnego (nieproporcjonalnego) rozłożenia praw i obowiązków wynikających z umowy, nie zaś z faktu wykonywania umowy. Podobnie Sąd Najwyższy stwierdził w wyroku z dnia 29 sierpnia 2013 r., sygn. akt I CSK 660/12⁷.

W wyroku z dnia 29 sierpnia 2013 r., sygn. akt I CSK 660/12⁸, Sąd Najwyższy stwierdził, że: *„Zgodnie z art. 385¹ § 1 k.c., postanowienia umowy zawieranej z konsumentem nie uzgodnione indywidualnie - poza postanowieniami określającymi główne świadczenia stron - nie wiążą go, jeżeli kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy. W świetle tego unormowania nie ulega wątpliwości, że uznanie konkretnej klauzuli umownej za niedozwolone postanowienie umowne wymaga stwierdzenia łącznego wystąpienia obu wymienionych przesłanek, tj. „sprzeczności z dobrymi obyczajami”, jak i „rażącego naruszenia interesów konsumenta (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 października 2006 r., I CSK 173/06, nie publ.). Ocena rzetelności określonego postanowienia wzorca umownego wymaga przeprowadzenia przez sąd weryfikacji jego „przyzwoitości”, polegającej na zbadaniu, czy postanowienie wzorca jest sprzeczne z ogólnym wzorcem zachowań przedsiębiorców wobec konsumentów oraz jak wyglądałyby prawa lub obowiązki konsumenta w sytuacji, w której postanowienie to nie zostałoby zastrzeżone; jeżeli bez tego postanowienia znalazłby się on - na podstawie ogólnych przepisów - w lepszej sytuacji, należy uznać je za nieuczciwe (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2007 r., III SK 21/06, OSNP 2008, nr 11-12, poz. 181)”*.

Z kolei w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2007 r., sygn. III SK 19/07⁹, Sąd Najwyższy uznał, że: *„Należy również podkreślić, iż postępowanie w sprawie abstrakcyjnej kontroli klauzul używanych we wzorcach umownych ma na celu wyeliminowanie pewnych postanowień wzorców, a nie postanowień umów. Nie oznacza zatem, iż stosowanie określonych sformułowań lub unormowań jest w ogóle wyłączone w obrocie cywilnoprawnym. Niedozwolone jest jedynie posługiwanie się nimi we wzorcach umów, zaś legalność ich stosowania w konkretnej umowie może być badana w trybie kontroli incydentalnej, z uwzględnieniem postanowień całej umowy, rozkładu praw i obowiązków stron, ryzyka, jakie ponoszą, itp.”*. W orzeczeniu tym, Sąd Najwyższy dokonał prawidłowego rozróżnienia tzw. kontroli abstrakcyjnej i kontroli incydentalnej, podkreślając, że w przypadku kontroli incydentalnej test abuzywności dokonywany jest z uwzględnieniem

⁶ LEX nr 1771389

⁷ LEX nr 1408133

⁸ LEX nr 1408133

postanowień całej umowy, rozkładu praw i obowiązków stron oraz co bardzo ważne, ryzyka, jakie obie strony ponoszą. Co znamienne, mowa jest o ryzykach wynikających z umowy, nie zaś o okolicznościach, które rzeczywiście nastąpiły w trakcie obowiązywania i wykonywania umowy.

Podobnie zgodzić się trzeba z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 13 lipca 2005 r., sygn. I CK 832/04¹⁰, w którym wskazano, że: „*W rozumieniu art. 385[1] § 1 KC "rażące naruszenie interesów konsumenta" oznacza nieusprawiedliwioną dysproporcję praw i obowiązków na jego niekorzyść w określonym stosunku obligacyjnym, natomiast "działanie wbrew dobrym obyczajom" w zakresie kształtowania treści takiego stosunku obligacyjnego wyraża się w tworzeniu przez partnera konsumenta takich klauzul umownych, które godzą w równowagę kontraktową tego stosunku*”. Identyczne stanowisko zaprezentowane zostało również w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 października 2014 r., sygn. III CSK 302/13¹¹.

Podzielić należy również pogląd wyrażony w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 czerwca 2004 r., sygn. I CK 635/03¹², iż: „*„Interesy” konsumenta należy rozumieć szeroko, nie tylko jako niekorzystne ukształtowanie jego sytuacji ekonomicznej. Należy tu uwzględnić także takie aspekty, jak niewygodę organizacyjną, stratę czasu, nierzetelne traktowanie, czy naruszenie prywatności konsumenta*”.

Z kolei w niedawnym wyroku z dnia 15 stycznia 2016 r., sygn. I CSK 125/15¹³, Sąd Najwyższy słusznie stwierdził, że: „*Ocena, czy dane postanowienie wzorca umowy, kształtując prawa i obowiązki konsumenta, „rażąco” narusza interesy konsumenta (art. 385[1] § 1 KC), uzależniona jest od tego, czy wynikająca z tego postanowienia nierównowaga praw i obowiązków stron (nierównowaga kontraktowa) na niekorzyść konsumenta jest istotna, znacząca. Ustalenie, czy klauzula wzorca umowy powoduje taką nierównowagę, dokonane może być w szczególności przez porównanie sytuacji konsumenta w razie zastosowania tej klauzuli z sytuacją, w której byłby konsument, gdyby zastosowane zostały obowiązujące przepisy prawa. Znacząca nierównowaga kontraktowa na niekorzyść konsumenta pozostaje sprzeczna z dobrymi obyczajami (wymogami dobrej wiary), gdy można rozsądnie założyć, że kontrahent konsumenta, traktujący go w sposób sprawiedliwy i słuszny i uwzględniający jego prawnie uzasadnione roszczenia, nie mógłby racjonalnie się*

⁹ LEX nr 496411

¹⁰ Pr.Bankowe 2006/3/8, Biul.SN 2005/11/13

¹¹ OSNC 2015/10/121

¹² LEX nr 846537

¹³ LEX nr 1968429

spodziewać, że konsument zaakceptowałby w ramach negocjacji klauzulę będącą źródłem tej nierównowagi”.

Również w niedawnym orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 8 września 2016 r., sygn. akt II CSK 750/15¹⁴, wydanym na tle sporu związanego z umową kredytu, która zawierała tzw. klauzule waloryzacyjne, Sąd Najwyższy stwierdził, że: *„Pominięte zostały przez pozwanego wywody Sądów odnoszące się do arbitralnego charakteru określania zobowiązania kredytobiorców i braku możliwości kontrolowania przez nich wyznaczonej wysokości miesięcznych wpłat. Zarzut pozwanego związany z oczekiwaniem ustalenia, czy kredytobiorcy zaakceptowaliby zapis dotyczący ustalania kursów CHF, gdyby byli poinformowani o sposobie określania jego wysokości należało uznać za bezzasadny. Jeżeli pozwany nie przedstawił jakie elementy składały się na wysokość kursów, nie wynikały one z regulaminu udzielania kredytu ani z oświadczenia powódki akceptującego wybór kredytu tego rodzaju, co uniemożliwiało ocenę jego wpływu na wysokość zobowiązania, to obecnie rozważanie tego, w sytuacji braku tych danych, jest pozbawione racjonalnych podstaw. Podkreślenia wymaga, że ocena warunków zawarcia umowy dokonywana jest według stanu z daty podjęcia tej czynności. Brak wiedzy w tamtym okresie uniemożliwia dokonywanie obecnie symulacji co do zachowania kredytobiorców zwłaszcza, że stan niewiedzy utrzymuje się w dalszym ciągu”.* Kluczowe z perspektywy odmawianej problematyki jest stwierdzenie Sądu Najwyższego, iż ocena warunków zawarcia umowy dokonywana jest według stanu z daty podjęcia tej czynności. Sąd Najwyższy stwierdził również, że: *„Nie miało znaczenia dla rozstrzygnięcia powoływanie się przez pozwanego na korzystniejsze indeksowanie kredytu walutą niż złotymi w latach 2002 do 2012, wobec wyboru tego kredytu. Konsekwencją ustalenia, że umowa obejmuje niedozwolone klauzule było przyjęcie, że strony nie są nimi związane, co następuje ex lege ze skutkiem ex tunc. W ich miejsce wchodzi odpowiednie przepisy dyspozytywne albo uzgodnienia dokonane przez strony. W pozostałym zakresie strony są związane umową”.* Przytoczony fragment wymaga podkreślenia, gdyż wynika z niego, iż Sąd Najwyższy stoi na stanowisku, że abuzywność postanowienia następuje z mocy prawa i *ex tunc*, co w ocenie Rzecznika Finansowego nie jest bez znaczenia w kontekście przedmiotu i przesłanek testu abuzywności.

Zresztą stanowisko, zgodnie z którym bezskuteczność abuzywnej klauzuli ma charakter *ex tunc*, a więc z mocą wsteczną od momentu zawarcia umowy, prezentowane jest również w doktrynie. Przyjmuje się, że skutkiem uznania abuzywności klauzul umownych będzie ich

¹⁴ LEX nr 2182659

bezskuteczność *inter partes* (czyli między stronami). „Klauzule o charakterze niedozwolonym są bezskuteczne i nie wiążą konsumentów *ex tunc* – w toku kontroli abstrakcyjnej lub incydentalnej fakt bezskuteczności danego postanowienia zostaje jedynie potwierdzony orzeczeniem o charakterze deklaratoryjnym”¹⁵.

Również Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) w niedawnym orzeczeniu z 2016 r. stwierdził, że: „(...) art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 należy interpretować w ten sposób, że warunek umowny uznany za nieuczciwy należy co do zasady uznać za nigdy nieistniejący, tak by nie wywoływał on skutków wobec konsumenta. W związku z tym sądowe stwierdzenie nieuczciwego charakteru takiego warunku powinno mieć co do zasady skutek w postaci przywrócenia sytuacji prawnej i faktycznej konsumenta, w jakiej znajdowałby się on w braku rzeczonego warunku. Z powyższego wynika, że obowiązek wyłączenia przez sąd krajowy nieuczciwego warunku umownego nakazującego zapłatę kwot, które okazują się nienależne, wiąże się co do zasady z odpowiednim skutkiem restytucyjnym dotyczącym tych kwot”¹⁶.

Zatem zgodnie z art. 385¹ § 1 k.c., niedozwolone postanowienia umowne nie wiążą konsumenta, czyli są bezskuteczne, natomiast zgodnie z art. 385¹ § 2 k.c. w pozostałym zakresie umowa, rozumiana jako stosunek zobowiązaniowy, co do zasady jest wiążąca¹⁷, jeżeli jej dalsze wykonywanie jest możliwe¹⁸, chyba, że konsument, wyraźnie sprzeciwi się wyłączeniu nieuczciwego warunku¹⁹.

Skoro klauzula uznana za abuzywną nie wiąże konsumenta z mocy prawa i z mocą wsteczną, to uzasadniony i logiczny wydaje się pogląd, że badanie przesłanek jej nieuczciwości zwartych w k.c. również następuje z odniesieniem do okoliczności faktycznych z dnia zawarcia umowy.

W polskiej doktrynie podkreśla się, że:

1. „Dla dokonywanej oceny, mającej skonkretyzować wskazaną klauzulę generalną miarodajne są okoliczności występujące w chwili zawierania umowy. Dlatego też późniejsze wypadki nie mogą wpływać na tę ocenę”²⁰.

¹⁵ str. 2, 11, 16, 18 i 33 Ekspertyzy naukowej z dnia 27.06.2015 r., pt.: Możliwość i sposoby eliminacji z obrotu prawnego postanowień umownych uznanych przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów za abuzywne, autorstwa dr hab. Monika Namysłowska (Katedra Europejskiego Prawa Gospodarczego WPiA UŁ), przy współudziale prof. dr hab. Tadeusza Skocznego (Zakład Europejskiego Prawa Gospodarczego WZ UW); link: https://www.cars.wz.uw.edu.pl/tresc/badania/07/Ekspertyza_naukowa_dla_ZBP.pdf

¹⁶ Pkt 61 i 62 wyroku Trybunału (wielka izba) z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawach połączonych C 154/15, C 307/15 i C 308/15 (ECLI:EU:C:2016:980)

¹⁷ wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 września 2016 r., sygn. akt II CSK 750/15 (LEX nr 2182659)

¹⁸ pkt 56 i 57 zd. 2 wyroku Trybunału (pierwsza izba) z dnia 30 maja 2013 r. C-488/11 (ECLI:EU:C:2013:341)

¹⁹ pkt 41 wyroku Trybunału (pierwsza izba) z dnia 30 maja 2013 r. w sprawie C-397/11 (ECLI:EU:C:2013:340)

²⁰ E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Wyd. 7, komentarz do art. 385¹

2. „Pierwsze kryterium wskazane w przepisie sprowadza się do postulatu, by oceny zgodności postanowienia z dobrymi obyczajami dokonywać według "stanu" z chwili zawarcia umowy. Nie jest zatem istotne, że dane postanowienie mogłoby być uznane za zgodne z "dobrymi obyczajami" w chwili wyrokowania (odmiennie w przypadku kontroli abstrakcyjnej, por. art. 479⁴⁰ KPC) ”²¹.

W praktyce jednak, sposób prawidłowej interpretacji i stosowanie tych przepisów jest przedmiotem sporu. Wątpliwości te mogą wynikać z kilku powodów. Po pierwsze warto wskazać, że do dnia 13 października 2016 r., art. 4 ust. 1 dyrektywy, który stanowił podstawę implementacji przytoczonych wyżej przepisów k.c., miał następujące brzmienie: „*Nie naruszając przepisów art. 7, nieuczciwy charakter warunków umowy jest określany z uwzględnieniem rodzaju towarów lub usług, których umowa dotyczy i z odniesieniem, w czasie wykonania umowy, do wszelkich okoliczności związanych z wykonaniem umowy oraz do innych warunków tej umowy lub innej umowy, od której ta jest zależna*”.

Część podmiotów rynku finansowego będących w sporach z klientami, powołując się na polskie brzmienie art. 4 ust. 1 dyrektywy, wskazywała i wskazuje, iż polskie sądy powszechne przy wykładni przepisów k.c. powinny stosować wykładnię pronunijną rozumianą jako obowiązek interpretacji zgodnej z brzmieniem dyrektyw unijnych. Innymi słowy, mimo jasnego brzmienia art. 385² k.c., zdaniem niektórych podmiotów rynku finansowego kluczowe znaczenie dla oceny abuzywności danego postanowienia ma nie tylko jego treść w chwili zawarcia umowy, lecz również (a niekiedy nawet w przeważającej mierze) wszelkie okoliczności związane z wykonywaniem umowy – czyli innymi słowy sposób wykonywania umowy i spornych postanowień. Uzasadnieniem takiej argumentacji jest powoływanie się na polską wersję art. 4 dyrektywy w brzmieniu przed dniem 13 października 2016 r.

Tymczasem, Rzecznik Finansowy już przed dniem 13 października 2016 r. odnosząc się do treści art. 4 ust. 1 dyrektywy wskazywał na istotny błąd w jej polskiej wersji tłumaczenia. W polskiej wersji dyrektywy, treść tego przepisu – przytoczona wyżej – wskazywała na to, że badanie abuzywności klauzuli powinno następować z odniesieniem, **w czasie wykonania umowy**, do wszelkich **okoliczności związanych z wykonaniem umowy**. Tymczasem, lektura wersji angielskiej i niemieckiej tego przepisu prowadziła do odmiennych wniosków:

Wersja angielska:

²¹ Kodeks cywilny. T. I. Komentarz. Art. 1–44910 red. prof. dr hab. Krzysztof Pietrzykowski Rok: 2015 Wydanie: 8, K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny. T. I. Komentarz. Art. 1–44910, Wyd. 8, Warszawa 2015, komentarz do art. 385¹

„Without prejudice to Article 7, the unfairness of a contractual term shall be assessed, taking into account the nature of the goods or services for which the contract was concluded and by referring, at the time of conclusion of the contract, to all the circumstances attending the conclusion of the contract and to all the other terms of the contract or of another contract on which it is dependent”.

Wersja niemiecka:

„Die Mißbräuchlichkeit einer Vertragsklausel wird unbeschadet des Artikels 7 unter Berücksichtigung der Art der Güter oder Dienstleistungen, die Gegenstand des Vertrages sind, aller den Vertragsabschluß begleitenden Umstände sowie aller anderen Klauseln desselben Vertrages oder eines anderen Vertrages, von dem die Klausel abhängt, zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses beurteilt”.

Zatem zarówno w wersji angielskiej, jak i w wersji niemieckiej dyrektywy, w jej art. 4 ust. 1 mowa jest o chwili zawarcia umowy, oraz o okolicznościach towarzyszących w chwili zawarcia umowy.

Powyższe miało i ma kluczowe znaczenie w kontekście tego, co stanowi przedmiot badania abuzywności – konkretna klauzula w brzmieniu z chwili zawarcia umowy, a mówiąc precyzyjniej normatywna treść takiego postanowienia, czy też sposób jego wykonywania (i wykonywania umowy) w trakcie jej trwania. W ocenie Rzecznika Finansowego, w świetle powyższych argumentów, wbrew literalnej treści art. 4 ust. 1 polskiej wersji dyrektywy, ocena abuzywności danej klauzuli powinna być dokonywana na **moment zawarcia umowy**.

W uzasadnieniu powyższego należy przytoczyć orzeczenie TSUE z dnia 3 kwietnia 2008 r. w sprawie C-187/07²², w którym TSUE stwierdził, że: „Przepisy wspólnotowe należy interpretować i stosować w sposób jednolity w świetle wersji sporządzonych we wszystkich językach urzędowych Wspólnoty Europejskiej. Sformułowanie użyte w jednej z wersji językowych przepisu wspólnotowego nie może służyć za jedyną podstawę jego wykładni ani też nie można mu przypisywać pierwszeństwa w stosunku do innych wersji językowych. Takie podejście byłoby bowiem niezgodne z wymogiem jednolitego stosowania prawa wspólnotowego. W przypadku wystąpienia rozbieżności między różnymi wersjami językowymi tekstu wspólnotowego dany przepis należy interpretować z uwzględnieniem ogólnej systematyki i celu uregulowania, którego jest częścią.” Stanowisko takie utrzymuje się w

²² ECLI:EU:C:2008:197

najnowszym orzecznictwie TSUE, np. w wyroku z dnia 9 kwietnia 2014 r. w sprawie C-74/13²³.

Również polska judykatura przyjęła wyżej wskazaną linię orzeczniczą. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 czerwca 2006 r., sygn.: III PK 30/06²⁴, „Przepisy prawa wspólnotowego muszą być interpretowane z uwzględnieniem wszystkich wersji językowych, a nie tylko w brzmieniu podanym w języku polskim w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej”.

Należy zatem uznać, że polska treść dyrektywy nie może mieć wyłącznego i decydującego znaczenia dla ustalenia treści normatywnych w niej zawartych, a konieczne jest odwoływanie się również do innych wersji językowych dyrektywy, jak również uwzględnienie ogólnej systematyki i celu danego uregulowania.

Powyższe argumenty mają kluczowe znaczenie dla okresu przed dniem 13 października 2016 r., kiedy to opublikowane zostało „Sprostowanie do dyrektywy Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej L 95 z dnia 21 kwietnia 1993 r.) (Polskie wydanie specjalne, rozdział 15, tom 2, s. 288)²⁵” w następującym brzmieniu:

„Strona 290, art. 4 ust.1

zamiast: „1. Nie naruszając przepisów art. 7, nieuczciwy charakter warunków umowy jest określany z uwzględnieniem rodzaju towarów lub usług, których umowa dotyczy i z odniesieniem, w czasie wykonania umowy, do wszelkich okoliczności związanych z wykonaniem umowy oraz do innych warunków tej umowy lub innej umowy, od której ta jest zależna.”,

powinno być: „1. Nie naruszając przepisów art. 7, 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.”²⁶

Mając powyższe na uwadze, w ocenie Rzecznika Finansowego, zasadne wydaje się stanowisko, iż zarówno przed datą 13 października 2016 r., jak również po tej dacie kluczowe

²³ ECLI:EU:C:2014:243

²⁴ OSNP 2007/11-12/160

²⁵

http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2016.276.01.0017.02.POL&toc=OJ%3AL%3A2016%3A276%3AFULL

²⁶ [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:31993L0013R\(03\)&from=PL](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:31993L0013R(03)&from=PL)

dla oceny nieuczciwego charakteru warunków umowy miarodajne było ich brzmienie w chwili zawarcia umowy, a także wszelkie okoliczności związane z zawarciem umowy oraz inne warunki takiej umowy lub innej umowy, od której ta jest (była) zależna. Zdaniem Rzecznika Finansowego taki wniosek wynika bezpośrednio z aktualnej treści art. 4 ust. 1 dyrektywy, przy czym w związku z tym, że aktualna treść art. 4 ust. 1 dyrektywy nie jest wynikiem zmiany prawa, lecz efektem sprostowania, brak jest podstaw, by nie uznać, że taka treść obowiązuje od momentu uchwalenia i wejścia w życie dyrektywy. W razie wątpliwości taki pogląd dodatkowo wzmacniany jest postulatem jednolitej interpretacji unijnych aktów prawnych przez wszystkie państwa członkowskie. Uzupełniająco można wskazać na wyrażony przez TSUE pogląd, iż stosując prawo krajowe, przyjęte zarówno przed dyrektywą jak i po dyrektywie, sąd krajowy dokonując jego interpretacji, musi dokonywać tego tak dalece, jak to możliwe, w zgodzie z literą (brzmieniem) i celem dyrektywy, tak aby osiągnąć cel przewidziany w dyrektywie²⁷. **Podsumowując, prounijna wykładnia art. 385¹ i nast. k.c. prowadzi do wniosku, że nieuczciwy charakter warunków umowy określany jest 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.**

Drugą przyczynę istniejących rozbieżności może stanowić fakt, iż treść art. 385² k.c. nie jest (literalnie) tożsama z treścią art. 3 ust. 1 i art. 4 ust. 1 dyrektywy. Zgodnie z art. 385² k.c.: *„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”*. *Prima facie* mogłoby się zatem wydawać, że tylko ocena zgodności z postanowieniem umowy z dobrymi obyczajami dokonywana jest według stanu z chwili zawarcia umowy. Taki wniosek mógłby wynikać z literalnej wykładni art. 385² k.c. W ocenie Rzecznika Finansowego taki wniosek stoi jednak w sprzeczności z postulatem prounijnej wykładni przepisów prawa polskiego²⁸, a zwłaszcza tych, które stanowią implementacje unijnych aktów prawnych. Stąd koniecznym jest analiza i wykładnia przepisów dyrektywy w omawianym zakresie.

²⁷ wyrok Trybunału z dnia 27 czerwca 2000 r. w sprawach połączonych: od C-240/98 do C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA v. Roció Murciano Quintero* (C-240/98) i *Salvat Editores SA v. José M. Sánchez Alcón Prades* (C-241/98), *José Luis Copano Badillo* (C-242/98), *Mohammed Berroane* (C-243/98) i *Emilio Viñas Feliú* (C-244/98) (Zbiór Orzeczeń 2000 I-04941; ECLI:EU:C:2000:346)

²⁸ pkt 15 i 26 wyroku Trybunału z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie 14/83 (Zbiór Orzeczeń 1984 - 01891; ECLI:EU:C:1984:153) pkt 32 wyroku Trybunału z dnia 27 czerwca 2000 r. w sprawach połączonych: od C-240/98 do C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA v. Roció Murciano Quintero* (C-240/98) i *Salvat Editores SA v. José M. Sánchez Alcón Prades* (C-241/98), *José Luis Copano Badillo* (C-242/98), *Mohammed Berroane* (C-243/98) i *Emilio Viñas Feliú* (C-244/98) (Zbiór Orzeczeń 2000 I-04941; ECLI:EU:C:2000:346)

Art. 3 ust. 1 dyrektywy wskazuje na materialne przesłanki nieuczciwego warunku umownego, wśród których wymienia „brak indywidualnego wynegocjowania”, „sprzeczność z wymogami dobrej wiary” i „znaczącą nierównowagę wynikających z umowy praw i obowiązków stron ze szkodą dla konsumenta”. Z kolei z art. 4 ust. 1 dyrektywy, wskazujący, z odniesieniem do jakiego momentu określany jest nieuczciwy charakter warunków umowy, w istocie odwołuje się do treści art. 3 ust. 1 dyrektywy – który to przepis wskazuje kryteria tejże nieuczciwości. Literalne brzmienie art. 385² k.c. mogłoby sugerować, że zgodność postanowienia umowy dokonywana jest według stanu z chwili zawarcia umowy tylko w odniesieniu do „dobrych obyczajów”, wszak w przepisie tym nie ma mowy o „rażącym naruszeniu interesów konsumenta”. Tymczasem, art. 4 ust. 1 dyrektywy – w przeciwieństwie do art. 385² k.c. – nie ogranicza swojego zakresu do wybranych kryteriów nieuczciwości. Zatem łączna interpretacja art. 3 ust. 1 i art. 4 ust. 1 dyrektywy prowadzi do wniosku, że wszystkie przesłanki zawarte w art. 3 ust. 1 dyrektywy badane są z odniesieniem do chwili zawarcia umowy. W ocenie Rzecznika Finansowego, w świetle postulatu prounijnej wykładni przepisów dyrektywy, art. 385² k.c. stanowiący implementację art. 3 ust. 1 i art. 4 ust. 1 dyrektywy powinien być rozumiany w ten sposób, iż obie przesłanki – tj. zgodność z dobrymi obyczajami i rażące naruszenie interesów konsumenta powinny być badane z odniesieniem do chwili zawarcia umowy.

Taki wniosek koresponduje również z poglądami wyrażanymi w orzecznictwie polskim. Po pierwsze wskazuje się na fakt, że nie sposób jest rozgraniczyć dobrych obyczajów i interesów konsumentów. Po drugie Sąd Najwyższy jasno wskazał, że przez działanie wbrew dobrym obyczajom należy rozumieć wprowadzenie do wzorca klauzul umownych, które godzą w równowagę kontraktową stron, zaś rażące naruszenie interesów konsumenta oznacza nieusprawiedliwioną dysproporcję na jego niekorzyść praw i obowiązków wynikających z umowy²⁹. W innym orzeczeniu Sąd Najwyższy stwierdził, że: *„Rażące naruszenie interesów konsumenta istotnie można rozumieć jako nieusprawiedliwioną dysproporcję praw i obowiązków na jego niekorzyść w określonym stosunku obligacyjnym. Natomiast działanie wbrew dobrym obyczajom (w zakresie kształtowania treści stosunku obligacyjnego) oznacza tworzenie przez partnera konsumenta takich klauzul umownych, które godzą w równowagę kontraktową stron takiego stosunku. Obie wskazane w art. 385¹ § 1 k.c. formuły prawne służą ocenie tego, czy standardowe klauzule umowne zawarte we wzorcu umownym przekraczają, mówiąc najogólniej, zakreślone przez ustawodawcę granice rzetelności kontraktowej twórcy*

²⁹ wyrok z dnia 13 sierpnia 2015 r., sygn.. akt I CSK 611/14 (LEX nr 1771389)

wzorca w zakresie kształtowania praw i obowiązków stron konsumenckiego stosunku obligacyjnego. Wspomniana rzetelność kontraktowa może być, oczywiście, analizowana w ramach określonego (stypizowanego) stosunku obligacyjnego z konsumentem³⁰. Z kolei sądy powszechne wskazują, że: „ (...) dla możliwości uznania danego postanowienia umownego za abuzywne nie jest zatem wystarczające ustalenie wyłącznie nierównomiernego rozkładu praw i obowiązków stron umowy (sprzeczność z dobrymi obyczajami), lecz konieczne jest również stwierdzenie prawnie relewantnego znaczenia tej nierównowagi (rażące naruszenie interesów konsumenta)”³¹.

Konieczne jest zatem ustalenie nierównomiernego rozkładu praw i obowiązków stron umowy (sprzeczność z dobrymi obyczajami), oraz stwierdzenie prawnie relewantnego znaczenia tej nierównowagi (rażące naruszenie interesów konsumenta). Należy przy tym uwzględnić nie tylko interesy o wymiarze ekonomicznym, ale inne, zasługujące na ochronę dobra konsumenta, jak jego czas, prywatność, poczucie godności osobistej czy satysfakcja z zawarcia umowy o określonej treści³². Rozkład praw i obowiązków badany jest na podstawie treści umowy. Brak jest konieczności odwoływania się do tego, w jaki sposób umowa była lub będzie wykonywana w praktyce. Należy dodać, że taki pogląd pozwala również na precyzyjne rozgraniczenie kontroli incydentalnej od kontroli abstrakcyjnej. W ocenie Rzecznika Finansowego, fakt, iż w przypadku testu abuzywności dokonywanego w kontroli incydentalnej nie uwzględnia się sposobu wykonywania umowy, nie czyni jej abstrakcyjną. W przeciwieństwie bowiem do kontroli abstrakcyjnej, w kontroli incydentalnej badany jest cały stosunek prawy, a zatem całokształt okoliczności tworzących umowę (np. regulamin, OWU, załączniki, TOiP, wykonanie przedkontraktowych obowiązków informacyjnych) a przede wszystkim dokonywana jest wykładnia oświadczeń woli stron zgodnie z regułami wynikającymi z art. 65 k.c.³³ (vide wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2007 r. – sygn. III SK 19/07³⁴). Normatywna treść umowy ustalana przy pomocy reguł wykładni, jak również rozkład praw i obowiązków ustalany jest w oderwaniu od tego, w jaki sposób wykonywana była, jest lub będzie umowa (sporne postanowienie), a czyniony jest na podstawie indywidualnych i skonkretyzowanych okoliczności faktycznych sprawy.

³⁰ wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 lipca 2005 r., sygn. I CK 832/04 (Pr.Bankowe 2006/3/8, Biul.SN 2005/11/13)

³¹ wyrok Sądu Okręgowego z dnia 9 marca 2016 r. III Ca 1715/15;

link: [http://orzeczenia.lodz.so.gov.pl/content/\\$N/152510000001503_III_Ca_001715_2015_Uz_2016-03-09_001](http://orzeczenia.lodz.so.gov.pl/content/$N/152510000001503_III_Ca_001715_2015_Uz_2016-03-09_001)

³² por. M. Bednarek (w:) System prawa prywatnego, t. 5, s. 663; E. Łętowska, Prawo umów konsumenckich, s. 341

³³ uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 1995 r., sygn.: III CZP 66/95 (OSNC 1995 nr 12, poz. 168)

³⁴ LEX nr 496411

Omawiana problematyka była również przedmiotem analizy TSUE, który w wyroku z dnia 26 stycznia 2017 r. w sprawie C-421/14 TSUE³⁵ wypowiedział się m.in. w przedmiocie następującego pytania prejudycjalnego:

Czy do celów stosowania art. 4 dyrektywy 93/13 można brać pod uwagę okoliczności, które zaistniały po zawarciu umowy, jeżeli tak wynika z analizy przepisów krajowych?³⁶

TSUE uznając to pytanie za niedozwolone nie odpowiedział na nie wprost, z uwagi na to, że postanowienie odsyłające nie precyzowało wyraźnie, o jakie późniejsze okoliczności chodzi, i jakkolwiek ograniczając się w swej odpowiedzi udzielił jednak sądowi odsyłającemu wskazówek, które ten ostatni powinien uwzględnić przy okazji dokonywania oceny nieuczciwego charakteru rozpatrywanego postanowienia umownego, powołując się przy tym na motywy zawarte w wyroku z dnia 14 marca 2013 r., Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, a w szczególności motywy zawarte w pkt. 66 tego wyroku.

W przytoczonym wyroku z 2017 r. TSUE wskazał że:

- *„Aby bowiem ustalić, czy dane postanowienie powoduje powstanie „znaczącej nierównowagi” na niekorzyść konsumenta w wynikających z umowy prawach i obowiązkach stron, należy w szczególności brać pod uwagę zasady, jakie mają zgodnie z prawem krajowym zastosowanie wobec braku porozumienia stron w tym zakresie i przytoczone tam orzecznictwo. Przeprowadzając taką analizę porównawczą, sąd krajowy będzie w stanie ocenić, czy i, w odpowiednim przypadku, w jakim zakresie umowa ta stawia konsumenta w sytuacji gorszej niż ta przewidziana w obowiązujących przepisach krajowych. Podobnie właściwe w tym względzie wydaje się przeprowadzenie analizy sytuacji prawnej konsumenta pod kątem posiadanych przezeń, zgodnie z prawem krajowym, możliwości doprowadzenia do zaprzestania stosowania nieuczciwych warunków (wyrok z dnia 14 marca 2013 r., Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, pkt 68).³⁷*
- *W odniesieniu do kwestii, w jakich okolicznościach taka nierównowaga powstaje „w sprzeczności z wymogami dobrej wiary”, należy stwierdzić, że z uwagi na motyw szesnasty dyrektywy 93/13 sąd krajowy musi w tym zakresie sprawdzić, czy przedsiębiorca traktujący konsumenta w sposób sprawiedliwy i słuszny mógłby racjonalnie spodziewać się, iż konsument ten przyjąłby taki warunek w drodze*

³⁵ ECLI:EU:C:2017:60

³⁶ pkt 25 ppkt 5 wyroku TSUE z dnia 26 stycznia 2017 r. w sprawie C-421/14 (ECLI:EU:C:2017:60)

³⁷ pkt 59 wyroku TSUE z dnia 26 stycznia 2017 r. w sprawie C-421/14 (ECLI:EU:C:2017:60)

negocjacji indywidualnych (zob. wyrok z dnia 14 marca 2013 r., *Aziz*, C-415/11, EU:C:2013:164, pkt 69)³⁸.

- Ponadto zgodnie z art. 4 ust. 1 analizowanej dyrektywy nieuczciwy charakter warunków umowy jest oceniany z uwzględnieniem rodzaju towarów lub usług, których umowa dotyczy, i z odniesieniem, w czasie wykonania umowy, do wszelkich okoliczności związanych z wykonaniem [zawarciem] umowy (wyroki: z dnia 4 czerwca 2009 r., *Pannon GSM*, C-243/08, EU:C:2009:350, pkt 39; z dnia 9 listopada 2010 r., *VB Pénzügyi Lízing*, C-137/08, EU:C:2010:659, pkt 42). Wynika z tego, że z tej perspektywy należy również ocenić skutki, jakie dany warunek umowy może wywoływać w ramach prawa znajdującego zastosowanie do tej umowy, co wymaga zbadania krajowego porządku prawnego (zob. wyrok z dnia 14 marca 2013 r., *Aziz*, C-415/11, EU:C:2013:164, pkt 71 i przytoczone tam orzecznictwo)³⁹.

W kontekście argumentacji TSUE przytoczonej w ostatnim akapicie (w pkt 61 wyroku TSUE z dnia 26 stycznia 2017 r. w sprawie C-421/14⁴⁰), koniecznym jest zaznaczenie, że podobnie jak pierwotna polska treść art. 4 ust. 1 dyrektywy, zarówno ten wyrok oraz inne (np. wyrok z dnia 14 marca 2013 r. *Aziz* w sprawie C-415/11⁴¹) odnoszące się do tej problematyki zawierają nieprawidłowe tłumaczenie, które całkowicie zmienia treść i sens argumentacji TSUE.

Wskazany wyżej pkt 61 wyroku TSUE z dnia 26 stycznia 2017 r. w sprawie C-421/14⁴² w angielskiej wersji orzeczenia ma następujące brzmienie:

„In addition, pursuant to Article 4(1) of the directive, the unfairness of a contractual term must be assessed taking into account the nature of the goods or services for which the contract was concluded and by referring, at the time of conclusion of the contract, to all of the circumstances attending its conclusion (judgments of 4 June 2009, Pannon GSM, C-243/08, EU:C:2009:350, paragraph 39, and of 9 November 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08, EU:C:2010:659, paragraph 42). It follows that, in that respect, the consequences of the term under the law applicable to the contract must also be taken into account, requiring consideration to be given to the national legal system (judgment of 14 March 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, paragraph 71 and the case-law cited)”.

³⁸ Pkt 60 wyroku TSUE z dnia 26 stycznia 2017 r. w sprawie C-421/14 (ECLI:EU:C:2017:60)

³⁹ Pkt 61 wyroku TSUE z dnia 26 stycznia 2017 r. w sprawie C-421/14 (ECLI:EU:C:2017:60)

⁴⁰ ECLI:EU:C:2017:60

⁴¹ EU:C:2013:164

⁴² ECLI:EU:C:2017:60

Wskazany wyżej pkt 61 wyroku TSUE z dnia 26 stycznia 2017 r. w sprawie C-421/14⁴³ w niemieckiej wersji orzeczenia ma następujące brzmienie:

Zudem ist die Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel nach Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie unter Berücksichtigung der Art der Güter oder Dienstleistungen, die Gegenstand des Vertrags sind, und aller den Vertragsabschluss begleitenden Umstände zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu beurteilen (Urteile vom 4. Juni 2009, Pannon GSM, C-243/08, EU:C:2009:350, Rn. 39, und vom 9. November 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08, EU:C:2010:659, Rn. 42). Folglich sind unter diesem Blickwinkel auch die Folgen zu würdigen, die die Klausel im Rahmen des auf den Vertrag anwendbaren Rechts haben kann, was eine Prüfung des nationalen Rechtssystems impliziert (Urteil vom 14. März 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, Rn. 71 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Identyczny błąd zawarty jest również w polskim tłumaczeniu pkt 71 wyroku z dnia 14 marca 2013 r., Aziz, C-415/11⁴⁴. **W efekcie podkreślenia wymaga, że powoływanie się na polskie wersje wyroków TSUE i literalne brzmienie argumentacji tam zawartej a odnoszącej się do treści art. 4 ust. 1 dyrektywy, często stoi w sprzeczności z rzeczywistym brzmieniem tego przepisu i wyroków TSUE w innych, niż polska, wersjach językowych, jak również w sprzeczności z celami dyrektywy.**

Reasumując, wbrew nieprawidłowemu tłumaczeniu zawartemu w polskiej wersji omawianego wyroku, TSUE, jakkolwiek nie odpowiadając wprost na pytanie, czy do celów stosowania art. 4 dyrektywy można brać pod uwagę okoliczności, które zaistniały po zawarciu umowy, jeżeli tak wynika z analizy przepisów krajowych, **w ślad za aktualną treścią art. 4 ust. 1 dyrektywy wskazał, że nieuczciwy charakter warunków umowy powinien być określany z uwzględnieniem rodzaju towarów lub usług, których umowa dotyczy i z odniesieniem, w momencie zawarcia umowy, do wszelkich okoliczności związanych z zawarciem umowy.**

Na marginesie warto zwrócić uwagę, że pytanie prejudycjalne, na kanwie którego wypowiedział się TSUE, dotyczyło sytuacji, w której przepisy krajowe przewidywałyby możliwość – przy badaniu abuzywności postanowienia umownego – brania pod uwagę okoliczności, które zaistniały po zawarciu umowy. Tymczasem, polskie przepisy nie wskazują na taką możliwość. Przeciwnie, art. 385² k.c., o czym była mowa nakazuje

⁴³ ECLI:EU:C:2017:60

⁴⁴ EU:C:2013:164

dokonywać oceny zgodności postanowienia umowy z dobrymi obyczajami według stanu z chwili zawarcia umowy.

Jednocześnie warto zwrócić uwagę na liczne orzeczenia, w których TSUE wypowiedział się w kwestii kryteriów określonych w art. 3 ust. 1 i art. 5 dyrektywy oraz tego, czy w świetle konkretnych okoliczności konkretnego przypadku dane postanowienie spełnia ustanowione w dyrektywie wymogi dobrej wiary, równowagi i przejrzystości, duży nacisk kładł na okoliczności, które miały miejsce na etapie przedkontraktowym⁴⁵. Taki pogląd wyrażony został również w niedawnym wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawach połączonych C-154/15, C-307/15 i C-308/15⁴⁶, w którym TSUE stwierdził, że: „*Tymczasem w tym zakresie Trybunał orzekł już, że przed zawarciem umowy informacja o warunkach umownych i skutkach owego zawarcia ma fundamentalne znaczenie dla konsumenta. To w szczególności na podstawie tej informacji konsument podejmuje decyzję, czy zamierza związać się warunkami sformułowanymi uprzednio przez przedsiębiorcę (wyrok z dnia 21 marca 2013 r., RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, pkt 44)*” W związku z tym ocena nieuczciwego charakteru, w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 93/13 – warunku umownego dotyczącego określenia głównego przedmiotu umowy – w przypadku gdy konsument nie posiadał przed zawarciem umowy koniecznych informacji co do warunków umownych i skutków owego zawarcia, jest objęta co do zasady zakresem zastosowania tej dyrektywy, a w szczególności jej art. 6 ust. 1⁴⁷”.

Omawiane wyroki jasno pokazują, jaką wagę TSUE przypisuje etapowi przedkontraktowemu, obowiązkom informacyjnym wykonywanym przez przedsiębiorców i innym okolicznościom występującym w tej fazie kontraktowania. To właśnie sposób i zakres kontraktowania (w przypadku umów konsumenckich rzadziej negocjacje) i wiedza konsumenta w przedmiocie postanowień umowy na moment przed zawarciem umowy, współdeterminuje ocenę, czy jej

⁴⁵ Przykładowo na tle sporu dotyczącego umowy kredytu i zawartego w niej mechanizmu przeliczania waluty obcej TSUE wskazał, że do sądu odsyłającego należy ustalenie, czy w świetle całokształtu istotnych okoliczności faktycznych, w tym form zachęty stosowanych przez kredytodawcę w procesie negocjacji umowy i dostarczonych na tym etapie informacji, właściwie poinformowany oraz dostatecznie uważny i rozsądny przeciętny konsument mógł nie tylko dowiedzieć się o istnieniu różnicy, ogólnie obserwowanej na rynku papierów wartościowych, między kursem sprzedaży a kursem kupna waluty obcej, ale również oszacować – potencjalnie istotne – konsekwencje ekonomiczne, jakie niesło dla niego zastosowanie kursu sprzedaży przy obliczaniu rat kredytu, którymi zostanie ostatecznie obciążony, a w rezultacie także całkowity koszt zaciągniętego przez siebie kredytu.; pkt 74 wyroku Trybunału (czwarta izba) z dnia 30 kwietnia 2014 r. w sprawie C-26/13 (ECLI:EU:C:2014:282)

Z kolei na tle sporu dotyczącego postanowień umowy ubezpieczenia TSUE wskazał, że do sądu odsyłającego należy ustalenie, czy w świetle całokształtu istotnych okoliczności faktycznych, w tym reklamy i dostarczonych przez ubezpieczyciela na etapie negocjowania umowy ubezpieczenia informacji, a także ogólniej – całości stosunku umownego, właściwie poinformowany oraz dostatecznie uważny i rozsądny przeciętny konsument mógł nie tylko dowiedzieć się o istnieniu różnicy pomiędzy pojęciem „całkowitej niezdolności do pracy” w rozumieniu umowy rozpatrywanej w sprawie w postępowaniu głównym a pojęciem „trwałej częściowej niezdolności do pracy” w rozumieniu krajowych przepisów z zakresu zabezpieczenia społecznego, ale także oszacować potencjalnie dla niego istotne konsekwencje ekonomiczne, jakie niesło dla niego ograniczenie gwarancji zawartej w polisie ubezpieczeniowej.; pkt 47 wyroku Trybunału (trzecia izba) z dnia 23 kwietnia 2015 r. w sprawie C-96/14 (ECLI:EU:C:2015:262)

⁴⁶ ECLI:EU:C:2016:980

⁴⁷ pkt 50 i 51 wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-154/15, C-307/15 i C-308/15

postanowienia zostaną uznane jako nieuczciwe – bez znaczenia jest zaś to, w jaki sposób postanowienia w praktyce będą stosowane lub wykonywane przez przedsiębiorcę.

W przytoczonym wyżej wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-154/15, C-307/15 i C-308/15⁴⁸, TSUE wypowiedział się również w – niezwykle istotnej z punktu widzenia praw konsumentów – kwestii skutków uznania klauzuli za abuzywną. TSUE stwierdził, że art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on orzecznictwu krajowemu ograniczającemu w czasie skutki restytucyjne związane ze stwierdzeniem nieuczciwego charakteru – w rozumieniu art. 3 ust. 1 tej dyrektywy – warunku znajdującego się w umowie zawartej z konsumentem przez przedsiębiorcę jedynie do kwot nienależnie zapłaconych na podstawie takiego warunku po ogłoszeniu orzeczenia, w którym sąd stwierdził ów nieuczciwy charakter⁴⁹. Rzecznik Finansowy ma świadomość, że w omawianym zakresie TSUE tylko pośrednio odnosił się do samych materialnych przesłanek określających abuzywność postanowienia (przesłanek zawartych w art. 3 ust. 1 dyrektywy). Niemniej, przyjęcie zasady, że w przypadku uznania niedozwolonego charakteru danego postanowienia następuje (może nastąpić) skutek restytucyjny, koresponduje z zasadą, że orzeczenie stwierdzające abuzywność danego postanowienia ma charakter *ex tunc*, a więc z zasadą, iż warunek umowny uznany za nieuczciwy należy co do zasady uznać za nigdy nieistniejący, tak by nie wywoływał on skutków wobec konsumenta i w związku z tym sądowe stwierdzenie nieuczciwego charakteru takiego warunku powinno mieć, co do zasady, skutek w postaci przywrócenia sytuacji prawnej i faktycznej konsumenta, w jakiej znajdowałby się on w braku rzeczonego warunku⁵⁰.

W ocenie Rzecznika Finansowego przyjęcie zasady, że orzeczenie stwierdzające abuzywny charakter danej klauzuli ma charakter deklaratoryjny, zaś postanowienie takie jest bezskuteczne *ex tunc*, co w konsekwencji może powodować nie tylko skutki na przyszłość⁵¹, ale również skutki restytucyjne⁵², będzie spójne i logiczne tylko wówczas, jeżeli test abuzywności dokonywany będzie biorąc pod uwagę okoliczności ściśle określonego momentu (czasokresu), jednocześnie zapewniając tożsamy wynik niezależnie od tego, kiedy test będzie dokonywany – aktualna treść art. 4 ust. 1 dyrektywy w sposób naturalny sugeruje, iż powinna to być chwila zawarcia umowy, względnie okoliczności związane z okresem przed zawarciem umowy. Innymi słowy, dokonując testu abuzywności sąd powinien zbadać, czy

⁴⁸ ECLI:EU:C:2016:980

⁴⁹ pkt 75 wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-154/15, C-307/15 i C-308/15

⁵⁰ pkt 61 wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-154/15, C-307/15 i C-308/15

⁵¹ pkt 43 wyroku Trybunału (pierwsza izba) z dnia 26 kwietnia 2012 r. C-472/10 (ECLI:EU:C:2012:242)

⁵² pkt 75 wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-154/15, C-307/15 i C-308/15

postanowienie umowy w którymkolwiek momencie obowiązywania umowy będzie mogło być wykonywane w sposób nieuczciwy.

Należy mieć na uwadze, że przyjęcie odmiennego poglądu – przykładowo uzależniającego wynik testu abuzywności od sposobu stosowania lub wykonywania postanowień umowy w okresie jej obowiązywania – prowadziłoby do sytuacji w której dopuszczalne byłoby wielokrotne badanie tej samej klauzuli umownej w całym okresie obowiązywania umowy. W konsekwencji trzeba by również dopuścić możliwość różnych rozstrzygnięć w przedmiocie abuzywności tej samej klauzuli umownej w zależności od chwili wytoczenia powództwa (a mówiąc precyzyjniej, od chwili wyrokowania). W takim bowiem ujęciu, sąd obowiązany byłby zbadać wszelkie okoliczności, które wystąpiły po zawarciu umowy a przed wyrokowaniem. W konsekwencji należałoby uznać, że konsument uprawniony będzie do wnoszenia kolejnych powództw w sprawie tego samego postanowienia umownego w przypadku, gdyby nastąpiła zmiana okoliczności. Taki pogląd jest jednak trudny do zaakceptowania, gdyż rażąco osłabiałby ochronę konsumenta, pozostawiając go w dużej niepewności prawnej a dodatkowo stałby w sprzeczności z zasadą ekonomiki procesowej. Co więcej, istniałoby niebezpieczeństwo, iż w praktyce sądy odrzucałyby kolejne powództwa konsumentów w takich samych sprawach (w sprawach dotyczących tego samego postanowienia umownego) z uwagi na powagę rzeczy osądzonej (*res iudicata*).

I istotnie, nie sposób wykluczyć – zwłaszcza w przypadku długoterminowych umów – że dane postanowienie w pewnym okresie wykonywane będzie w sposób uczciwy. Jednakowoż, jeżeli pozwala ono – choćby hipotetycznie – na takie działania przedsiębiorcy, które rażąco naruszają dobre obyczaje i interesy konsumenta, to zdaniem Rzecznika Finansowego właśnie ten fakt powinien mieć przesądzające znaczenie dla celów przeprowadzenia testu abuzywności. W doktrynie wskazuje się, że ażeby ocenić właściwie nieuczciwość danego postanowienia, należy je poddać interpretacji najbardziej niekorzystnej dla konsumenta⁵³.

Słusznie stwierdził Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 28 września 2016 r., sygn. akt XXVII Ca 678/16⁵⁴, iż: *„Uzależnianie uznania danego postanowienia umownego za niedozwolone od sposobu jego wykonywania (przez bank) jest kompletnie niezasadne już choćby z tego względu, iż prowadzić może do absurda wniosku, że w jednym okresie kwestionowane postanowienie należałoby uznać za abuzywne, zaś w innym już nie. Jak taką*

⁵³ Przemysław Gorzko, Głosa do wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 9 września 2004 r. w sprawie Komisja UE VS. Królestwo Hiszpanii C-70/03 (krytyczna), transformacje Prawa Prywatnego 1/2013 ISSN 1641-1609, str. 17 i 18

⁵⁴ <https://uokik.gov.pl/download.php?id=1468>

sytuację pogodzić choćby bezskutecznością ex lege, ex tunc niedozwolonego postanowienia umownego”.

Przyjęcie poglądu, że ocena abuzywności danego postanowienia zależy od okoliczności związanych lub występujących w okresie wykonywania umowy prowadziłyby do jeszcze jednej niespójności. Dla przykładu, jeżeli konsument zawarł umowę na czas określony 20 lat i w 3 roku jej obowiązywania wniósł powództwo o uznanie jednego z jej postanowień jako abuzywnych, zaś sąd takie powództwo prawomocnie oddalił z uwagi na to, że nie było ono wykonywane w sposób nieuczciwy, to teoretycznie nie wykluczałoby to uprawnienia konsumenta do wniesienia kolejnego powództwa w tym samym przedmiocie w przypadku zmiany okoliczności⁵⁵. Jeżeli zatem np. w 9 roku obowiązywania umowy konsument raz jeszcze wniósłby tożsame powództwo, uzasadniając to jednak zmianą okoliczności polegającą na tym, że w okresie po wydaniu prawomocnego orzeczenia zaskarżone wcześniej postanowienie wykonywane było w sposób nieuczciwy, sąd podzielając takie stanowisko, uznałby klauzulę za abuzywną. W konsekwencji, w świetle poglądów doktryny i orzecznictwa taka klauzula byłaby bezskuteczna *ex lege* i *ex tunc*, a więc od chwili zawarcia umowy. Byłaby zatem traktowana jako nigdy nieistniejąca, została by wyłączona i nie wiązałaby konsumenta zarówno z mocą wsteczną jak i na przyszłość. Taka konstatacja nie byłaby jednak do pogodzenia z wcześniej wydanym orzeczeniem, które stwierdzało, że w okresie badanym w pierwszej sprawie, klauzula miała charakter uczciwy (z uwagi na uczciwy sposób jej wykonywania w owym okresie). Oba wydane orzeczenia byłyby zatem ze sobą niespójne.

Podsumowując, należałoby dążyć do takiego określenia przesłanek badania abuzywności i ustalenia takiego momentu (czasokresu) tego badania, aby wynik tzw. testu abuzywności był zawsze taki sam, niezależnie od tego, w którym momencie po zawarciu umowy konsument wnieśli powództwo. Postulat, aby w omawianym teście uwzględniać to, w jaki sposób badane postanowienie rzeczywiście było stosowane lub wykonywane w czasie obowiązywania umowy, w ocenie Rzecznika Finansowego może mieć jedynie znaczenie wtórne (dowodowe) w tym sensie, że może stanowić dowód wspierający tezę o uczciwości lub nieuczciwości danego warunku umownego. Wydaje się jednak, że kwestia ta nie może mieć przesądzającego

⁵⁵ Powaga rzeczy osądzonej zachodzi bowiem wówczas, gdy w sprawie uprzednio już osądzonej prawomocnym wyrokiem oraz w sprawie później wniesionej występuje tożsamość stron oraz identyczność przedmiotów rozstrzygnięcia w związku z podstawami obu powództw. Zakres powagi rzeczy osądzonej wyznaczany jest zakresem rozstrzygnięcia. Teoretycznie sąd badając, czy nie zachodzi powaga rzeczy osądzonej powinien ustalić, czy po uprawomocnieniu się poprzedniego orzeczenia zaszła zmiana okoliczności faktycznych sprawy, która – mimo tożsamości żądania nowego pozwu – żądaniem zgłoszonym w poprzednim procesie – uzasadnia rozpatrzenie tej samej sprawy w nowym procesie. Zatem w płaszczyźnie teoretycznoprawnej należałoby uznać, że w przypadku zmiany okoliczności i wykonywaniu postanowienia umowy w sposób naruszający dobre obyczaje i interesy konsumenta, dopuszczalne byłoby ponowne wniesienie powództwa w tym samym przedmiocie i nie powinno ono zostać odrzucone z uwagi na powagę rzeczy osądzonej.

znaczenia dla oceny postanowienia pod kątem jego abuzywności, a tym bardziej nie może stanowić jednej z przesłanek testu abuzywności. Należy bowiem pamiętać, że postanowienie umowne będące przedmiotem badania przez sąd, co do zasady, stosowane będzie w całym okresie obowiązywania umowy, nie zaś tylko w tym (historycznym), badanym przez sąd. Innymi słowy, wykazanie przez przedsiębiorcę, że w danym okresie badane postanowienie wykonywane było uczciwe może stanowić argument na jego korzyść, nie powinno jednak wykluczać możliwości uznania takiego postanowienia za abuzywne, w przypadku gdy równocześnie możliwe jest jego wykonywanie w sposób nieuczciwy.

Wskazywane przez Rzecznika Finansowego wątpliwości w praktyce są przedmiotem sporów między przedsiębiorcami a konsumentami i niestety różnie rozstrzygane przez sądy, co wynika z odmiennej wykładni art. 385¹ i nast. k.c. dokonywanej przez sądy. W dalszej części przedstawione zostały daty, sygnatury i źródła orzeczeń sądów, wraz z przytoczeniem i omówieniem kluczowych fragmentów uzasadnień w nich zawartych a odnoszących się do pytania i zagadnienia prawnego będącego przedmiotem wniosku.

Pierwszy kierunek wykładni:

1. Orzecznictwo Sądu Najwyższego

W ocenie Rzecznika Finansowego z przytoczonego na wstępie orzecznictwa Sadu Najwyższego [wyrok z dnia 13 sierpnia 2015 r., sygn. akt I CSK 611/14, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 października 2014 r., sygn. III CSK 302/13, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2007 r. (sygn. III SK 19/07 LEX nr 496411), wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 lipca 2005 r. (sygn. I CK 832/04), wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 czerwca 2004 r. (sygn. I CK 635/03), wyrok z dnia 15 stycznia 2016 r. (sygn. I CSK 125/15) i wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 września 2016 r. (sygn. akt II CSK 750/15)], można wywnioskować, iż Sąd Najwyższy przychylił się do poglądu, iż test abuzywności dokonywany jest z odniesieniem do momentu zawarcia umowy. Istotnie, nie w każdym z przytoczonych orzeczeń taka teza wyartykułowana została wprost, jednakże w żadnym z nich Sąd Najwyższy nie wskazał, ani nawet nie zasugerował, że jakiegokolwiek znaczenie dla oceny abuzywności danego postanowienia ma sposób jego wykonywania (lub umowy) w praktyce. Dodatkowo w przytoczonych orzeczeniach wskazuje się, że w przypadku przesłanek abuzywności:

1. chodzi o tworzenie przez partnera konsumenta takich klauzul umownych, które godzą w równowagę kontraktową tego stosunku i nieusprawiedliwioną dysproporcję praw i obowiązków wynikających z umowy na niekorzyść konsumenta;
2. chodzi nie tylko o niekorzystne ukształtowanie sytuacji ekonomicznej konsumenta, ale należy również uwzględnić takie aspekty, jak niewygodę organizacyjną, stratę czasu, nierzetelne traktowanie, czy naruszenie prywatności konsumenta;
3. znacząca nierównowaga kontraktowa na niekorzyść konsumenta pozostaje sprzeczna z dobrymi obyczajami (wymogami dobrej wiary), gdy można rozsądnie założyć, że kontrahent konsumenta, traktujący go w sposób sprawiedliwy i słuszny i uwzględniający jego prawnie uzasadnione roszczenia, nie mógłby racjonalnie się spodziewać, że konsument zaakceptowałby w ramach negocjacji klauzulę będącą źródłem tej nierównowagi.
4. konieczne jest uwzględnienie postanowień całej umowy, rozkładu praw i obowiązków stron, ryzyka, jakie ponoszą, itp.;
5. ocena warunków zawarcia umowy dokonywana jest według stanu z daty podjęcia tej czynności.

Wszystkie ww. przesłanki odnoszą się do etapu przedkontraktowego umowy, jej (normatywnej) treści, a zatem również i wykładni oraz potencjalnych ryzyk z niej wynikających dla konsumenta, nie zaś do okresu obowiązywania i wykonywania umowy.

Pogląd prezentowany przez Rzecznika Finansowego wpisuje się również postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 maja 2014 r., sygn. akt: I CSK 607/13⁵⁶. W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy wskazał, że: „(...) w postępowaniu o uznanie postanowienia wzorca umowy za niedozwolone sąd orzeka tylko o tym, czy zaskarżone postanowienie umowne jest dozwolone czy nie z punktu widzenia zasad art. 385¹ § 1 w zw. z art. 385³ k.c., natomiast nie rozważa ani nie orzeka o tym czy i w jaki sposób powinny być zmienione postanowienia wzorca umowy, w szczególności czy i jak powinny być one zmienione w wyniku wejścia w życie przepisów zmieniających ustawową regulację dotyczącą określonej umowy, stanowiącej przedmiot wzorca”. Na zasadzie *a contrario* za zasadny należy uznać wniosek, iż w ocenie Sądu Najwyższego wejście w życie przepisów zmieniających ustawową regulację dotyczącą określonej umowy nie wyklucza automatycznie możliwości badania postanowień umowy pod kątem ich abuzywności. W takim wypadku sąd nie rozważa w jaki sposób – w wyniku

⁵⁶ LEX nr 1622296

zmiany przepisów prawa – powinny być zmienione postanowienia umowy, lecz bada czy zaskarżone postanowienie umowne jest uczciwe i dozwolone w świetle przepisów k.c., czy też nie.

Warto również wskazać na orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 2 września 2014 r., sygn. I CSK 624/13⁵⁷. Sąd Najwyższy wypowiedział się w przedmiocie sporu co do postanowienia o możliwości zmiany ceny lokalu z uwagi na zmianę stawki podatku VAT. W tym kontekście Sąd Najwyższy wskazał, że przy ocenie, czy doszło do naruszenia interesów konsumenta z punktu widzenia niepewności co do ostatecznych kosztów umowy, należało uwzględnić postanowienie uprawniające konsumenta do odstąpienia od umowy w przypadku, gdyby cena ostateczna została zwiększona o ponad 5 %, co chroniłoby konsumenta przed ryzykiem braku odpowiednich środków finansowych w przypadku większego wzrostu ceny. Wynika z tego, że dla oceny czy spełniona została przesłanka rażącego naruszenia interesów konsumenta, Sąd Najwyższy zbadał rozkład praw i obowiązków stron i w omawianej sprawie położył nacisk na prawa konsumenta wynikające z innych postanowień umowy, w konsekwencji odmawiając uznania spornego postanowienia jako abuzywnego. Co znamienne, Sąd Najwyższy nie wskazał na konieczność badania, jak w praktyce kształtowała się stawka podatku VAT, lecz wydał orzeczenie biorąc za podstawę, treść spornego postanowienia i pozostałych postanowień umowy.

Należy również przytoczyć argumentację Sądu Najwyższego zawartą w wyroku z dnia 22 stycznia 2016 r., sygn. I CSK 1049/14⁵⁸. Sąd Najwyższy stwierdził, że: *„Mechanizm ustalania przez bank kursów waluty, pozostawiający bankowi swobodę, jest w sposób oczywisty sprzeczny z dobrymi obyczajami i rażąco narusza interesy konsumenta. Klauzula, która nie zawiera jednoznacznej treści i przez to pozwala na pełną swobodę decyzyjną przedsiębiorcy w kwestii bardzo istotnej dla konsumenta, dotyczącej kosztów kredytu, jest klauzulą niedozwoloną”*. Co kluczowe, Sąd Najwyższy uzasadniając abuzywność badanego postanowienia odnosił się do samego mechanizmu działania (sposobu ustalania kursów walut), jaki wynikał z badanego postanowienia. Sąd Najwyższy nie badał zatem, jak w praktyce kursy te były ustalane, czy były mniej lub bardziej korzystne dla konsumenta, aniżeli inne kursy na rynku obowiązujące w danym okresie itd. Sąd Najwyższy jasno stwierdził, że: *„Wbrew sugestii pozwanego Banku, opracowany przez niego sposób ustalania kursów wymiany walut nie spełnia oczekiwań UOKiK wyrażonych w załączonej do akt opinii tego organu, a więc nie jest oparty na obiektywnych i przejrzystych kryteriach. W konsekwencji*

⁵⁷ LEX nr 1554251

wspomniany mechanizm ustalania kursów waluty przez pozwanego w sposób oczywisty sprzeczny jest z dobrymi obyczajami i rażąco narusza interesy konsumenta (art. 3851 § 1 KC). Kwestionowana klauzula nie zawiera jednoznacznej treści, a pozwala na pełną swobodę decyzyjną przedsiębiorcy w kwestii bardzo istotnej dla konsumenta, dotyczącej bowiem kosztów kredytu. W istocie więc tak niezrozumiałe i niepoddające się weryfikacji określenie sposobu ustalania kursów wymiany walut stanowi dodatkowe, ukryte wynagrodzenie Banku, które może mieć niebagatelne znaczenie dla kontrahenta”. Podsumowując, Sąd Najwyższy uznał abuzywność postanowienia, z uwagi na to, że mechanizm z niego wynikający był nieweryfikowalny z punktu widzenia konsumenta a w konsekwencji rażąco naruszał interesy konsumenta oraz stał w sprzeczności z dobrymi obyczajami. Natomiast bez jakiegokolwiek znaczenia dla rozstrzygnięcia było to w jaki sposób mechanizm stosowany był w praktyce.

2. Wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 30 kwietnia 2014 r., sygn.: I ACa 1209/13, I ACz 1424/13 – wyrok uchylony przez Sąd Najwyższy

Na wstępie, należy wskazać, że Rzecznikowi Finansowemu znany jest fakt, że omawiany wyrok zaskarżony został do Sądu Najwyższego, konsekwencją czego było wydanie przez Sąd Najwyższy wyroku z dnia z dnia 14 maja 2015 r. – sygn. akt: II CSK 768/14⁵⁹, którym uchylił wyrok Sądu Apelacyjnego i przekazał temu sądowi sprawę do ponownego rozpoznania oraz rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego. Niemniej, w swoim wyroku Sąd Najwyższy nie odnosił się bezpośrednio do problematyki stanowiącej przedmiot niniejszego wniosku Rzecznika Finansowego. Jediną wzmiankę w tym zakresie Sąd Najwyższy czyni na str. 26 wyroku, wskazując, że: *„W ramach zarzutu naruszenia art. 385¹ § 1 w zw. z art. 385² k.c. skarżący wskazywał na niepełną ocenę kryterium „rażącego naruszenia interesów konsumenta”, wynikającego z art. 385¹ § 1 zdanie pierwsze k.c., ponieważ przy ocenie tego kryterium pominięto, zdaniem skarżącego, „okoliczności występujące po zawarciu umowy z konsumentem, a związane ze sposobem jej wykonania”. Doprowadziło to do nierozpoznania istoty sporu w postępowaniu incydentalnym. Skarżący jednocześnie zanegował ocenę Sądu Apelacyjnego, przyjmującego arbitralność w zakresie zmian stopy procentowej i wyjaśnił, że „zastosowanie przez pozwanego zmiany oprocentowania doprowadziło do zachowania równowagi między interesami banku i konsumentów”. Zarzut skarżącego nierozpoznania istoty sprawy, sugerujący przedwczesność ostatecznej oceny Sądu, nie może być uznany za*

⁵⁸ OSNC 2016/11/134

⁵⁹ OSNC 2015 nr 11, poz. 132, str. 58

uzasadniony. Ponadto chodzi tu o zarzut bezprzedmiotowy w związku z przyjęciem przez Sąd Najwyższy abuzywności części kwestionowanej klauzuli, tj. nieobejmującej jej elementu parametrycznego”. Sąd Najwyższy nie wypowiedział się zatem w przedmiocie, czy przy ocenie kryterium „rażącego naruszenia interesów konsumenta”, wynikającego z art. 385¹ § 1 zdanie pierwsze k.c., należało uwzględniać okoliczności występujące po zawarciu umowy z konsumentem, a związane ze sposobem jej wykonania, a jednocześnie nie wskazał na nietrafność argumentacji dokonanej przez Sąd Apelacyjny w tym zakresie. Z powyższych względów, Rzecznik Finansowy za uzasadnione uznał, przywołanie – trafnego w ocenie Rzecznika Finansowego – stanowiska Sądu Apelacyjnego w tym zakresie.

Sąd Apelacyjny stwierdził, że: „*Natomiast legalność stosowania pojedynczych klauzul w konkretnej umowie jest badana wyłącznie w trybie kontroli incydentalnej, z uwzględnieniem postanowień całej umowy, rozkładu praw i obowiązków stron. Jednakże ze swej istoty powinna być ona dokonywana na chwilę zawarcia umowy, bo właśnie od tego momentu staje się dopuszczalna. Z tego też względu, w ocenie Sądu Apelacyjnego, w art. 385² k.c. ustawodawca przewidział dokonanie oceny abuzywności danego zapisu umownego na chwilę zawarcia kontraktu konsumenckiego. (...) Sąd Apelacyjny podziela pogląd wyrażony przez M. B. [w:] System Prawa Prywatnego, Prawo zobowiązań – część ogólna, W. 2006, s. 665, zgodnie z którym przy ocenie rażącego naruszenia interesów konsumenta (art. 385 1 § 1 k.c.) należy stosować mierniki konkretne, analogicznie jak w przypadku oceny zgodności z dobrymi obyczajami (art. 385² k.c.). Przemawia za tym również okoliczność, że obie przesłanki wzajemnie przenikają się, nie sposób bowiem wyraźnie wyodrębnić naruszenia dobrych obyczajów oraz interesów konsumenta. W takiej sytuacji nie do zaakceptowania jest pogląd, że badanie tego drugiego miernika, jako warunek dokonywania kontroli incydentalnej, musi być oderwane od chwili zawarcia umowy, gdyż mogłoby to prowadzić do różnych rozstrzygnięć w przedmiocie abuzywności klauzuli umownej w zależności od chwili wytoczenia powództwa”.*

Sąd Apelacyjny przyjął zatem, że nie sposób jest rozgraniczyć dobrych obyczajów i interesów konsumentów, zaś test spełnienia obu przesłanek powinien być przeprowadzany na moment zawarcia umowy. Sąd Apelacyjny słusznie dostrzegł, że przyjęcie odmiennego poglądu mogłoby prowadzić do różnych rozstrzygnięć w przedmiocie abuzywności klauzuli umownej w zależności od chwili wytoczenia powództwa. W ocenie Rzecznika Finansowego taką – słuszną – konstatację trudno uznać jako realizującą postulat ochrony konsumenta, a także

postulat stabilności, pewności i przejrzystości jego sytuacji prawnej (a zwłaszcza obowiązków wynikających z umowy).

Podobnie Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w wyroku z dnia 3 lutego 2016 r., sygn. VI ACa 12/15⁶⁰, stwierdził, że: „*Z reguły rażące naruszenie interesu konsumenta jest naruszeniem dobrych obyczajów, ale nie zawsze zachowanie sprzeczne z dobrymi obyczajami rażąco narusza ten interes*”.

3. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28 września 2016 r., sygn. akt XXVII Ca 678/16⁶¹ – wyrok prawomocny

Przedmiotem wyroku była klauzula modyfikacyjna zawierająca warunki zmiany oprocentowania kredytu hipotecznego. Sąd Okręgowy uznał klauzulę w całości za abuzywną. Sąd Okręgowy – orzekając w II instancji – w przeważającej części uznał apelację powodów, jednocześnie poddają krytyce część argumentów wskazanych w wyroku sądu I instancji⁶², wskazując w uzasadnieniu, iż:

- „*Okoliczność wykonywania umowy absolutnie nie eliminuje abuzywności danego postanowienia. Rozumowanie takie prowadzi zresztą do absurdalnego wniosku, że ochrona konsumentów z powołaniem się na przepisy o niedozwolonych postanowieniach umownych przysługuje jedynie, w sytuacji gdy konsument nie przystąpił do wykonania umowy, co oznaczałoby, że jest ona w istocie czysto iluzoryczna (pozorna). Tymczasem to konsument jest decydem w zakresie wyciągania skutków z zamieszczenia w umowie abuzywnego postanowienia, od jego woli zależy czy i w jakim zakresie określone postanowienie będzie stosowane, przy czym nie doznaje w tym żadnych czasowych ograniczeń, w szczególności nie wyłącza podniesienia zarzutu abuzywności przystąpienie do wykonania umowy*”. (...)
- „*W końcu, trzeba wskazać, że dla oceny danej klauzuli umownej pod kątem jej abuzywności żadnego znaczenia nie mają okoliczności będące konsekwencjami wykonywania umowy (w tym wysokość powstałej lub mogącej ewentualnie powstać szkody). Miarodajną dla badania zgodności postanowień umownych z dobrymi obyczajami oraz zaistnienia rażącego naruszenia interesów konsumenta jest chwila zawarcia umowy, nieuczciwy charakter warunków umowy jest definiowany w dacie*

⁶⁰ numer Legalis: 1446689

⁶¹ <https://uokik.gov.pl/download.php?id=1468>

⁶² wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy – Śródmieścia w Warszawie z dnia 19 marca 2015 r., sygn. Akt VI C 387/14

jej zawarcia. W tym kontekście czynienie jakiś ustaleń w kierunku zweryfikowania postępowania pozwanego banku w sferze wprowadzenia zmian oprocentowania kredytu oraz wysokości poniesionej przez powodów szkody należało uznać za całkowicie zbędne. **Uzależnianie uznania danego postanowienia umownego za niedozwolone od sposobu jego wykonywania (przez bank) jest kompletnie niezasadne już choćby z tego względu, iż prowadzić może do absurdalnego wniosku, że w jednym okresie kwestionowane postanowienie należałoby uznać za abuzywne, zaś w innym już nie. Jak taką sytuację pogodzić choćby bezskutecznością ex lege, extunc niedozwolonego postanowienia umownego”.**

W tym kontekście warto również wskazać na argumentację zawartą w orzeczeniu sądu I instancji, które było przedmiotem zaskarżenia i rozpatrzenia przez Sąd Okręgowy. Wnikliwa analiza uzasadnienia tego orzeczenia raczej skłaniała do poglądu, iż sąd ten oddalił powództwo z uwagi na nieudowodnienie przez powodów – w ocenie sądu – wysokości szkody. Przy czym brak udowodnienia szkody był nie tylko przesłanką oddalenia powództwa (co nie budziłoby wątpliwości) lecz był również powodem nieuznania klauzuli za abuzywną. Sąd pierwszej instancji wiązał bowiem abuzywność z wielkością rzeczywiście powstałej szkody. Sąd Rejonowy stwierdził, że: „Tymczasem powodowie zaniechali jakiegokolwiek inicjatywy dowodowej. (...) Wobec braku postępowania dowodowego w przedmiocie zasadności wprowadzenia zmian oprocentowania kredytu przez pozwanego oraz wykazania naruszenia interesu powodów, nie sposób przyjąć, iż żądana przez powodów kwota automatycznie przekłada się na rozmiar tegoż interesu. W ocenie Sądu nie można prima facie przyjąć, że pozwany w zakresie dokonywanych zmian oprocentowania kredytu powodów postępował w sposób oderwany od rzeczywistych i uzasadnionych podstaw, albowiem dowolność, czy też daleko idąca swoboda działań podejmowanych w tym celu przez Bank nie została wykazana”. Sąd pierwszej instancji łączył więc w zasadzie cztery kwestie: przesłanki abuzywności, nienależyte wykonanie umowy, wysokość szkody i ciężar jej udowodnienia. W ocenie Rzecznika Finansowego, takie postępowanie nie jest przekonujące. Czym innym jest bowiem ciężar udowodnienia konkretnej szkody, a także wykazanie nienależytego wykonania umowy (obowiązków wynikających z konkretnych postanowień umowy) – co niewątpliwie obciąża powodów zgodnie z art. 6 k.c. i art. 232 k.p.c. i ma wpływ na ostateczne rozstrzygnięcie sprawy. Czym innym jest natomiast wykazanie, że dane postanowienie, poprzez rozłożenie praw i obowiązków konsumenta, w sposób rażący narusza jego interesy, a

zarazem stoi w sprzeczności z dobrymi obyczajami, co w praktyce może prowadzić do wyrządzenia konkretnej szkody.

Należy dodatkowo pamiętać, że w 385¹ § 1 k.c. mowa jest o interesach konsumenta, a nie o szkodzie *sensu stricto*. Zatem szkoda nie stanowi przesłanki warunkującej uznanie klauzuli za abuzywną. Przesłankę stanowi rażące naruszenie interesów konsumenta, przez co – w ocenie Rzecznika Finansowego – należy rozumieć takie rozłożenie obowiązków na niekorzyść konsumenta, które w konsekwencji powoduje możliwość wystąpienia szkody lub straty po stronie konsumenta. Bardzo ważne jest również ostatnie zdanie cytowanego wyżej fragmentu orzeczenia sądu I instancji. Otóż sąd ten w istocie wymaga od konsumentów, aby wykazali, że przedsiębiorca podejmował swobodne działania. Z rozumowania *a contrario* można wywnioskować, że zdaniem sądu dla wykazania abuzywności postanowienia nie jest wystarczającym wykazanie prawa banku do daleko idącej swobody, która jest sprzeczna z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając interesy konsumenta, lecz koniecznym jest wykazanie, że taka swoboda (i wynikająca z niej szkoda) rzeczywiście nastąpiła.

Wobec powyższego, Rzecznik Finansowy podziela argumentację Sądu Okręgowego, który stwierdził, że miarodajną dla badania zgodności postanowień umownych z dobrymi obyczajami oraz zaistnienia rażącego naruszenia interesów konsumenta jest chwila zawarcia umowy, a w konsekwencji nieuczciwy charakter warunków umowy jest definiowany w dacie jej zawarcia. Stąd czynienie ustaleń w kierunku zweryfikowania postępowania przedsiębiorcy w sferze wykonywania umowy oraz wysokości poniesionej przez powodów szkody należało uznać za całkowicie zbędne.

W tym miejscu Rzecznik Finansowy pragnie raz jeszcze podkreślić, że uznanie abuzywności danej klauzuli przy jednoczesnym braku zbadania szkody nie przesądza automatycznie, iż konsumentowi należeć się będzie odszkodowanie lub inna forma restytucji. Chodzi jednak o to, że chronologicznie, przesłanka szkody badana jest dopiero po przeprowadzeniu testu abuzywności danego postanowienia. Innymi słowy, w pierwszej kolejności dokonywana jest wykładnia umowy (zgodnie z zasadami wynikającymi z reguł wykładni zawartych w art. 65 k.c.), a następnie bada się, czy postanowienie lub postanowienia umowy są abuzywne. Na tym etapie nie jest badana przesłanka szkody. Dopiero w przypadku uznania, że dane postanowienie jest abuzywne⁶³ i jeżeli odszkodowania lub innej formy restytucji żąda konsument (np. z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia lub na zasadzie *ex contractu*), badana

⁶³ Przy czym kwestia niewykonania lub nienależytego wykonania umowy może być oczywiście badana również wówczas, gdy postanowienie lub postanowienia umowy będą uczciwe.

jest przesłanką szkody, której spełnienie współdecyduje o uwzględnieniu lub oddaleniu powództwa o charakterze restytucyjnym.

4. Wyrok Sądu Okręgowego z dnia 17 października 2016 r., sygn. akt III Ca 1427/15⁶⁴ – wyrok prawomocny

Przedmiotem wyroku była klauzula modyfikacyjna zawierająca warunki zmiany oprocentowania kredytu hipotecznego. Sąd uznał klauzulę w całości za abuzywną, a jednocześnie w uzasadnieniu stwierdził, że: *„Treść kwestionowanych postanowień umożliwia bankowi jednostronne kształtowanie sytuacji konsumenta w zakresie wysokości jego zobowiązań wobec banku, przez co zakłócona została równowaga pomiędzy stronami przedmiotowych umów. To powodowało, że postanowienia te były sprzeczne z dobrymi obyczajami oraz w sposób rażący naruszały interesy konsumentów”*. Sąd nie artykułując tego wprost, w istocie uznał, że sama możliwość jednostronnego kształtowania sytuacji konsumenta w zakresie jego zobowiązań wobec banku miała charakter nieuczciwy. Sąd ten zatem nie dostrzegł konieczności badania, jak sytuacja konsumenta kształtowała się w okresie wykonywania umowy, gdyż pozostawało to bez znaczenia dla oceny abuzywności postanowienia.

5. Wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 20 marca 2013 r., sygn. akt II Ca 1481/12⁶⁵ – wyrok prawomocny

Sprawa dotyczyła nieprecyzyjnej klauzuli określającej zasady wyznaczania opłaty za użytkowanie zbiornika. W ocenie sądu treść klauzuli stwarzała po stronie konsumenta sytuację niepewną, nie dając jasnych wskazówek, kiedy przedsiębiorca może domagać się wyższych opłat za użytkowanie zbiornika.

W uzasadnieniu do wyroku, sąd wskazał, że: *„Ustalenie możliwości zmiany ceny za korzystanie ze zbiornika w zależności od ilości zakupu gazu, mimo iż umożliwia przeniesienie części ryzyka związanego ze zmianami gospodarczymi na konsumenta, powinno być tak unormowane w umowie, by w chwili zawarcia umowy konsument mógł dokonać oceny celowości i opłacalności dokonywania zakupu określonej ilości gazu. Zatem zasadnie Sąd Rejonowy uznał, iż postanowienia umowy z dnia 05.09.2002 r. przyznające (...) jednostronne*

⁶⁴ [http://orzeczenia.lodz.so.gov.pl/content/\\$N/152510000001503_III_Ca_001427_2015_Uz_2016-11-17_001](http://orzeczenia.lodz.so.gov.pl/content/$N/152510000001503_III_Ca_001427_2015_Uz_2016-11-17_001)

⁶⁵ [http://orzeczenia.wroclaw.so.gov.pl/content/\\$N/155025000001003_II_Ca_001481_2012_Uz_2013-04-08_001](http://orzeczenia.wroclaw.so.gov.pl/content/$N/155025000001003_II_Ca_001481_2012_Uz_2013-04-08_001)

prawo do zmiany ceny za użytkowanie zbiornika na gaz bez wskazania jakichkolwiek zasady, które mogłyby być przez klienta skontrolowane, stanowią niedozwolone postanowienia umowne, tj. kształtują prawa i obowiązki powoda w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy, a zatem zgodnie z art. 385¹ § 1 k.c. nie wiążą go. Nie zasługiwał również na uwzględnienie zarzut apelacji, a dotyczący jakoby tego, iż między stronami doszło do zgodnej zmiany umowy w 2007 r. w zakresie wysokości opłaty za użytkowanie zbiornika na gaz, a zatem treść ostatniej umowy, powinna być przedmiotem rozstrzygnięcia Sądu. Wskazać, bowiem należy, iż uznanie postanowień umowy za abuzywne powoduje, iż umowa zawarta między stronami, od początku w tych punktach jest nieważna, a wszelkie inne zmiany następujące po zawarciu umowy nie powodują, że klauzule przestają być abuzywne. Dodać przy tym należy, iż Sąd Rejonowy postąpił zgodnie z art. 385² k.c. dokonując oceny zgodności postanowienia umowy z dobrymi obyczajami według stanu z chwili zawarcia umowy, biorąc pod uwagę jej treść i okoliczności zawarcia”.

W ocenie Rzecznika Finansowego na szczególną uwagę zasługuje fakt, że sąd rozpatrujący apelację nie uwzględnił zarzutu strony apelującej, który stanowił, iż skoro między stronami doszło do zgodnej zmiany umowy w 2007 r., to treść ostatniej umowy powinna być przedmiotem rozstrzygnięcia sądu. W ocenie sądu uznanie postanowień umowy za abuzywne powoduje, iż umowa zawarta między stronami, od początku w przytoczonych punktach jest nieważna, a wszelkie inne zmiany następujące po zawarciu umowy nie powodują, że klauzule przestają być abuzywne. Sąd ten potwierdził ponadto stanowisko sądu I instancji, który postępując zgodnie z art. 385² k.c. dokonał oceny zgodności postanowienia umowy z dobrymi obyczajami i pod kątem rażąco naruszenia jego interesów według stanu z chwili zawarcia umowy, biorąc pod uwagę jej treść i okoliczności zawarcia.

6. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie - VI Wydział Cywilny z dnia 21 maja 2015 r., sygn. VI ACa 849/14⁶⁶ – wyrok prawomocny

Sąd stwierdził, iż: „W zakresie oceny stopnia naruszenia interesów konsumentów Sąd Okręgowy podzielił stanowisko Sądu Apelacyjnego w Warszawie wyrażone w wyroku z dnia 27 czerwca (sygn. akt VI ACa 1505/05), że naruszenie interesów konsumenta, aby było rażące, musi być doniosłe czy też znaczące. Natomiast interesy konsumenta należy rozumieć szeroko, nie tylko jako interes ekonomiczny, ale też każdy inny, chociażby niewymierny. Zaliczyć tu można również dyskomfort konsumenta, spowodowany takimi okolicznościami jak

strata czasu, naruszenie prywatności, niedogodności organizacyjne, wprowadzenie w błąd oraz inne uciążliwości, jakie mogłyby powstać na skutek wprowadzenia do zawartej umowy ocenianego postanowienia. Przy określaniu stopnia naruszenia interesów konsumenta należy stosować nie tylko kryteria obiektywne (np. wielkość poniesionych czy groźących strat), lecz również względy subiektywne związane bądź to z przedsiębiorcą (np. renomowana firma), bądź to z konsumentem (np. seniorzy, dzieci). Konieczne jest zbadanie, jaki jest zakres groźących potencjalnemu konsumentowi strat lub niedogodności. (...) Warunki, w których powstają po stronie konsumenta praw i obowiązków muszą być jasno sprecyzowane. Konsument nie może być w trakcie realizowania umowy zaskakiwany w szczególności nakładaniem na niego obowiązku zwrotu pewnych kwot, których wyliczenie nasuwa wątpliwości. Brak precyzji i dokładności formułowania postanowień umowy jest również przesłanką sprzeczności z dobrymi obyczajami i może stanowić o rażącym naruszeniu praw konsumenta. Subiektywna ocena pozwanej, że zakwestionowana klauzula jest jasna i precyzyjna i nie wymagająca od konsumenta szczególnego wysiłku intelektualnego w celu wykonania nieskomplikowanych działań matematycznych dla wyliczenia kwoty podlegającej zwrotowi w ramach przyznanej ulgi, nie stanowi wystarczającej podstawy do uznania racji pozwanej”.

7. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - V Wydział Cywilny z dnia 7 lipca 2015 r., sygn. V Ca 3049/14⁶⁷ – wyrok prawomocny

Sąd stwierdził, że: „Błędnie w ocenie Sądu Okręgowego, Sąd Rejonowy uznał zatem, że sama możliwość zapoznania się z zapisami umowy przez powoda oznacza, że nie wyczerpano znamion abuzywności postanowień w niej zawartych. Zdaniem Sądu Okręgowego jednostronna swoboda kształtowania przez pozwanego sytuacji finansowej powoda stanowi zakłócenie równowagi stron, uniemożliwia bowiem sprawdzenie (zweryfikowanie) zasadności i prawidłowości decyzji pozwanego Towarzystwa, co narusza prawa powoda w rozumieniu art. 385¹ § 1 k.c.”.

8. Wyrok Sądu Okręgowego w Świdnicy z dnia 2 lipca 2015 r., sygn. akt I C 749/15⁶⁸ – wyrok prawomocny

⁶⁶ [http://orzeczenia.waw.sa.gov.pl/content/\\$N/15450000003003_VI_ACa_000849_2014_Uz_2015-05-21_002](http://orzeczenia.waw.sa.gov.pl/content/$N/15450000003003_VI_ACa_000849_2014_Uz_2015-05-21_002)

⁶⁷ [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$015bwiadczenie\\$0020wykupu\\$0020/154505000001503_V_Ca_003049_2014_Uz_2015-07-07_002](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/$015bwiadczenie$0020wykupu$0020/154505000001503_V_Ca_003049_2014_Uz_2015-07-07_002)

⁶⁸ [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/oprocentowanie\\$0020mo\\$017ce\\$0020bank/155020000000503_I_C_000749_2015_Uz_2015-07-02_001](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/oprocentowanie$0020mo$017ce$0020bank/155020000000503_I_C_000749_2015_Uz_2015-07-02_001)

Sąd Okręgowy wskazał, że: „*Do dobrych obyczajów, uczciwości kupieckiej zalicza się przede wszystkim wymaganie od przedsiębiorcy wysokiego poziomu świadczonych usług oraz stosowania we wzorcach umownych takich zapisów, aby dla zwykłego konsumenta były one jasne, czytelne i proste, a ponadto by postanowienia umowne w zakresie łączącego konsumenta z przedsiębiorcą stosunku prawnego należycie zabezpieczały interesy konsumenta i odzworowywały przysługujące mu uprawnienia wynikające z przepisów prawa. Jako sprzeczne z dobrymi obyczajami kwalifikowane są w szczególności wszelkie postanowienia, które zmierzają do naruszenia równorzędności stron umowy, nierównomiernie rozkładając uprawnienia i obowiązki między partnerami stosunku obligacyjnego. Natomiast o rażącem naruszeniu interesów konsumenta można mówić w przypadku prawnie relewantnego znaczenia tego nierównomiernego rozkładu praw i obowiązków stron umowy. (...) Nie można także pomijać tego, że działalność banku w zakresie ustalania postanowień umownych może podlegać kontroli różnych organów nadzoru, które w zakresie swoich kompetencji mogą formułować wskazania w powołanym zakresie. Jednakże oczywistym jest to, że zalecenia takich organów w rozważanym zakresie mogą stanowić także reakcję na obserwowaną praktykę formułowania postanowień umownych. To, że odpowiednie zalecenia zostały sformułowane po podpisaniu umowy nie oznacza zatem, że należałoby je oceniać mniej rygorystycznie tylko z tego powodu. Decydujące tu jest bowiem to, czy konkretne postanowienie umowy może być uznane za niedozwolone na dzień zawarcia umowy, a treść odpowiednich zaleceń może tylko potwierdzać to, że dana praktyka została oceniona jako naruszająca (lub mogąca naruszać) interesy konsumenta w kontaktach z bankiem”.*

9. Wyrok Sądu Rejonowego w Łodzi z dnia 13 października 2016 r., sygn. akt XVIII C 3560/15⁶⁹ – wyrok prawomocny

Sprawa dotyczyła umowy zlecenia, która została zawarta pomiędzy pozwanym a przedsiębiorcą, specjalizującym się w odzyskiwaniu wierzytelności. Powód powoływał się na sporny przepis, zgodnie z którym: „*w przypadku rezygnacji zleceniodawcy z dochodzenia swoich roszczeń przed sądem bądź wypowiedzenia umowy przed bądź po dacie wniesienia powództwa, zleceniodawca zobowiązuje się do zapłaty zleceniobiorcy połowy należnego wynagrodzenia, jakie zapłaciłby po odzyskaniu całej wierzytelności z tym zastrzeżeniem, że wynagrodzenie staje się należne i wymagalne z dniem wypowiedzenia umowy”.* Sąd przychylił się do stanowiska strony pozwanej i uznał ww. postanowienie za abuzywne.

W uzasadnieniu sąd zaznaczył że: „Istotne jest również to, że 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 umowa obejmującą postanowienia będące przedmiotem oceny. Oznacza to, że dla oceny abuzywności nie jest istotny sposób realizacji umowy, gdyż oceny jej abuzywności dokonuje się na chwilę złożenia przez strony zgodnych oświadczeń woli, kreujących daną umowę. W przypadku umowy sporządzonej na piśmie, jest to zatem chwila otrzymania przez drugą stronę – albo pozostałe strony, jeżeli umowa jest wielostronna – egzemplarza umowy z podpisem kontrahenta złożonym jako ostatni (art. 78 § 1 k.c.).”

10. Wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12 kwietnia 2016 r. (sygn. XII C 2718/14)⁷⁰ – wyrok nieprawomocny⁷¹

11. Wyrok Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy z dnia 29 kwietnia 2016 r. (VI C 1713/15)⁷² – wyrok nieprawomocny⁷³

Drugi kierunek wykładni

1. Orzecznictwo Sądu Najwyższego

Na wstępie warto wskazać na wyrok z dnia z dnia 14 maja 2015 r., sygn. akt: II CSK 768/14⁷⁴. W wyroku tym Sąd Najwyższy nie wypowiadał się wprost w przedmiocie

⁶⁹ [http://orzeczenia.lodz.sr.gov.pl/content/\\$N/152510100005403_XVIII_C_003560_2015_Uz_2016-05-09_002](http://orzeczenia.lodz.sr.gov.pl/content/$N/152510100005403_XVIII_C_003560_2015_Uz_2016-05-09_002)

⁷⁰ [http://orzeczenia.poznan.so.gov.pl/content/\\$N/153510000006003_XII_C_002718_2014_Uz_2016-04-12_002](http://orzeczenia.poznan.so.gov.pl/content/$N/153510000006003_XII_C_002718_2014_Uz_2016-04-12_002)

⁷¹ Wypowiadając cię w przedmiocie przesłanek abuzywności, sąd stwierdził, że: „Do dobrych obyczajów, uczciwości kupieckiej zalicza się przede wszystkim wymaganie od przedsiębiorcy wysokiego poziomu świadczonych usług oraz stosowania we wzorcach umownych takich zapisów, aby dla zwykłego konsumenta były one jasne, czytelne i proste, a ponadto by postanowienia umowne w zakresie łączącego konsumenta z przedsiębiorcą stosunku prawnego należycie zabezpieczały interesy konsumenta i odwzorowywały przysługujące mu uprawnienia wynikające z przepisów prawa. Jako sprzeczne z dobrymi obyczajami kwalifikowane są w szczególności wszelkie postanowienia, które zmierzają do naruszenia równorzędności stron umowy, nierównomiernie rozkładając uprawnienia i obowiązki między partnerami stosunku obligacyjnego. Natomiast o rażącem naruszeniu interesów konsumenta można mówić w przypadku prawnie relewantnego znaczenia tego nierównomiernego rozkładu praw i obowiązków stron umowy”. Z kolei wypowiadając się w przedmiocie oceny spornych postanowień, sąd stwierdził, że: „W dokładnie wskazanych wcześniej postanowieniach umownych wskazano jedynie termin ustalania kursu waluty i przekierowanie do konkretnej tabeli kursowej (tabela A) przyjętej przez Bank, nie został natomiast wskazany sposób ustalania tego kursu, o czym mowa była w zdaniach poprzedzających. Kwestia ta pozostawała nie tylko poza kontrolą, ale przede wszystkim poza wiedzą powodów, którzy do ostatniej chwili nie mieli możliwości oceny wysokości przyszłego zobowiązania w walucie polskiej np. na dzień wypłaty transzy kredytu lub też jego przewalutowania. Taki sposób traktowania klienta jest nie tylko sprzeczny z dobrymi obyczajami, ale także narusza jego interesy w sposób rażący, uzależniając jego sytuację wyłącznie od arbitralnych decyzji pozwanego Banku”.

⁷² [http://orzeczenia.srodmiescie.warszawa.so.gov.pl/content/\\$N/154505300003003_VI_C_001713_2015_Uz_2016-04-29_002](http://orzeczenia.srodmiescie.warszawa.so.gov.pl/content/$N/154505300003003_VI_C_001713_2015_Uz_2016-04-29_002)

⁷³ W wyroku tym, sąd stwierdził, że: „Treść kwestionowanych postanowień umożliwiła bankowi jednostronne kształtowanie sytuacji konsumenta w zakresie wysokości jego zobowiązań wobec banku, przez co zakłócona została równowaga pomiędzy stronami przedmiotowej umowy. To powodowało, że postanowienia te były sprzeczne z dobrymi obyczajami oraz w sposób rażący naruszały interesy konsumentów. Pozwany przyznał sobie prawo do jednostronnego regulowania wysokości rat kredytu waloryzowanego kursem CHF poprzez wyznaczenie w tabelach kursowych kursu sprzedaży/kupna franka szwajcarskiego oraz wartości spreadu walutowego (rozumianego jako różnica pomiędzy kursem sprzedaży a kursem zakupu waluty obcej). (...) Przyznane kredytobiorcom ustawą z dnia 29 lipca 2001 r. o zmianie ustawy – Prawo bankowe, prawo do spełnienia świadczenia w walucie waloryzacji (art. 69 ust. 3 ustawy) nie uchyla abuzywnego charakteru przedmiotowych postanowień. Każdy z wariantów spłaty musi być przecież zgodny z prawem konsumenckim. (...) Dodać też należy, że ocena abuzywności postanowień umownych musi być dokonywana według stanu z chwili zawarcia umowy (art. 385² k.c.). Stąd zarzuty pozwanego dotyczące późniejszego wprowadzenia zmian w regulaminie i zmian ustawodawcy są bezzasadne”.

zawartego w *petitum* pytania stanowiącego przedmiot niniejszego wniosku Rzecznika Finansowego, niemniej stwierdził, iż: „*Rolą biegłego jest stwierdzenie, czy w związku z dość otwartym i szerokim katalogiem kryteriów zmiany stopy procentowej, niestosowanym obecnie przez pozwanego, przyjętym w treści kwestionowanej klauzuli, w okresie objętym pozwem Bank kierował się najbardziej racjonalnymi, ekonomicznie uzasadnionymi i dającymi się odpowiednio zweryfikować czynnikami, ustalając poziom ostatecznego zadłużenia odsetkowego kredytobiorców. Należy zaznaczyć, że chodzi tu o opłacalność tej handlowej działalności Banku, którą można zaliczyć do akcji kredytowej powiązanej z uzyskiwaniem odpowiedniego kapitału w walucie obcej (opłacalność transakcyjna), a nie w ogóle o opłacalność działalności bankowej w zakresie innych czynności bankowych. Oznacza to konieczność specjalistycznego zweryfikowania postępowania pozwanego Banku we wspomnianym okresie w sferze definitywnego określenia 24 zmiennej stopy procentowej przy założeniu i wcześniejszym ustaleniu, że na Banku ciążył obowiązek kontraktowy odpowiedniego podziału (repartycji) między stronami wzrostu lub obniżenia poziomu stopy procentowej*”. W ocenie Rzecznika Finansowego argumentację Sądu Najwyższego należy interpretować w ten sposób, iż rola biegłego aktualizuje się tylko w przypadku uznania, że dana klauzula (lub przynajmniej jej część) jest zgodna z prawem i uczciwa. Dopiero w następnej kolejności uzasadnione mogłoby się okazać zastosowanie dowodu z opinii biegłego (lub innego dowodu), celem ewentualnego ustalenia, czy nastąpiło niewykonanie, lub nienależyte wykonanie postanowienia (umowy). Tymczasem, dla części sądów, co zostanie rozwinięte, omawiany wyrok stał się asumptem do tego, aby dla celów przeprowadzenia samego testu abuzywności badać, w jaki sposób sporne postanowienie (umowa) była wykonywana w okresie przed wyrokowaniem i czy takie działanie rażąco naruszają interesy konsumentów.

Należy również przywołać wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2015 r., sygn. akt IV CSK 362/14⁷⁵, w którym Sąd Najwyższy poruszył dwa istotne zagadnienia. Po pierwsze, wypowiedział się w przedmiocie wpływu wejścia w życie nowych przepisów prawa w kontekście testu abuzywności, uznając, że „(...) 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. Zatem abuzywność tych postanowień dostrzeżona przez powodów została w powyższym zakresie usunięta”.

⁷⁴ OSNC 2015 nr 11, poz. 132, str. 58

⁷⁵ OSNC - Zb. dodatkowy 2016 nr C, poz. 49, str. 73

Po drugie, Sąd Najwyższy odnosząc się do spłaconej już części kredytu stwierdził, że: „(...) częściowa spłata kredytu odbyła się według konkretnych zasad. Powodowie dokonali spłaty przy zastosowaniu określonego sposobu przeliczeń. Nawet jeżeli był on niejasny według treści zaskarżonych postanowień umownych, to z chwilą dokonania spłaty został skonkretyzowany. W rezultacie niedozwolony (abuzywny) charakter tych postanowień został wyeliminowany. Tym samym został usunięty stan niepewności, który mógłby usprawiedliwiać interes prawny powodów”. Z przytoczonej argumentacji można wywieść wniosek, iż to w jaki sposób umowa została wykonana ma kluczowe znaczenie w kontekście testu abuzywności. W szczególności, w ocenie Sądu Najwyższego, konkretyzacja zobowiązania na etapie wykonywania umowy, nawet jeżeli następuje na podstawie niejasnego postanowienia może prowadzić do „uzdrowienia” jego abuzywnego charakteru. Co ciekawe, taki wniosek oznacza, że na etapie przed „konkretyzacją zobowiązania”, Sąd Najwyższy przyjmował niedozwolony charakter spornego postanowienia.

Pogląd, zgodnie z którym niedozwolony (abuzywny) charakter postanowień zostaje wyeliminowany, gdyż nawet jeżeli sposób spłaty (zapłaty) był niejasny według treści postanowień umownych, to z chwilą dokonania spłaty został skonkretyzowany, należy ocenić jako bardzo niekorzystny z punktu widzenia ochrony interesów konsumentów. Przecież fakt iż przedsiębiorca zażądał spłaty w określonej wysokości oznacza tylko tyle, że określona została – najczęściej przez przedsiębiorcę – wysokość świadczenia. Nie oznacza to jednak automatycznie, iż konsument ma możliwość ustalenia na jakich zasadach dokonana przez przedsiębiorcę konkretyzacja nastąpiła i zweryfikowania takiego działania pod kątem zgodności z zawartym przez strony kontraktem. W ocenie Rzecznika Finansowego jednostronne ustalenie konkretnej wysokości świadczenia przez przedsiębiorcę na podstawie nietransparentnego i nieweryfikowalnego postanowienia umownego nie eliminuje automatycznie jego abuzywnego charakteru, czyniąc go uczciwym⁷⁶.

Komentarza wymaga również kwestia wejścia w życie nowych przepisów prawa w kontekście testu abuzywności. Rzecznik Finansowy stoi na stanowisku, że zakładając, iż

⁷⁶ Przykładowo k.c. nawet w przypadku umowy sprzedaży przewiduje, że cenę można ustalić poprzez wskazanie podstaw jej ustalenia (art. 536 § 1 k.c.). Na tle tego przepisu, w doktrynie podkreśla się, że: „W praktyce określenie ceny przez wskazanie podstaw do jej ustalenia może nastąpić przez odwołanie się np. do takich klauzul jak „po kursie dnia”, „według ceny giełdowej z dnia X”, „za tę samą cenę co ostatnio”, „według cennika”. Określenie ceny może zostać także powierzone osobie trzeciej występującej w charakterze rzeczoznawcy. Nie wydaje się natomiast dopuszczalne pozostawienie kwestii ustalenia ceny swobodnemu uznaniu wyłącznie jednej ze stron umowy sprzedaży. Takie rozwiązanie należy uznać za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, a tym samym powodujące nieważność całej umowy sprzedaży. Możliwość jednostronnego określenia ceny przez którąkolwiek ze stron powoduje bowiem powstanie nadmiernego stanu niepewności u drugiej strony takiej umowy (W.J. Katner, w: System PrHandl, t. 5, 2001, s. 663). Tym samym za konieczne należy uznać wspólne określenie przez strony umowy poziomu ceny lub przynajmniej oparcie zasad jej ustalenia na przesłankach zobiektywizowanych i niezależnych de facto od wpływu którejkolwiek ze stron (J. Jezioro, w: Gniewek, Machnikowski, Komentarz, 2016, art. 536, Nb 3–4). Podstawy ustalenia ceny muszą być stabilne i konkretne oraz jednoznacznie określone. Dane niezbędne do jej ustalenia powinny być

istnieją przepisy dyspozytywne, które mogą zastąpić niedozwolone postanowienie, treść stosunku prawnego może być uzupełniona właśnie tymi przepisami dyspozytywnymi⁷⁷. Przy czym nie powinno budzić wątpliwości, że okres obowiązywania (wejścia w życie) tych przepisów powinien się pokrywać z okresem obowiązywania umowy (i jej postanowień). Taka konstatacja wynika zresztą wprost z cytowanego orzeczenia, w którym Sąd Najwyższy odnosząc się do części kredytu, który został już spłacony przez powodów, dostrzegł, iż rozwiązania wprowadzone nowelą nie obejmują spłaconych należności a zatem, w tym zakresie nowe przepisy nie pozwoliły na uchylenie abuzywności postanowień umownych.

Niemniej, jeżeli chodzi o skutek na przyszłość, to przecież po to, aby przepis dyspozytywny mógł wypełnić lukę wynikającą z abuzywności danego postanowienia, najpierw musi nastąpić ustalenie tejże abuzywności. Zatem chronologicznie, najpierw musi nastąpić uznanie klauzuli za abuzywną, a dopiero w następnej kolejności możliwe jest poszukiwanie odpowiednich przepisów dyspozytywnych i zastąpienie nimi powstałej luki. Istnienie tych przepisów może mieć również znaczenie w kontekście tego, czy umowa może być w dalszym ciągu wykonywana w związku z uznaniem danego postanowienia jako abuzywnego, wydaje się jednak, że nie ma żadnego znaczenia w kontekście przeprowadzenia samego testu abuzywności.

Powyższy pogląd koresponduje również z zasadą, że za abuzywne mogą być uznane tylko takie postanowienia, które formalnie rzecz ujmując są zgodne z prawem, jednakże naruszają dobre obyczaje i rażąco naruszają interesy konsumenta jako słabszej strony umowy. Przyjmuje się bowiem, że w przypadku uznania klauzuli za nieważną z mocy 58 k.c., brak jest podstaw do uznania jej za abuzywną w rozumieniu art. 385¹ § 1 i nast. k.c.⁷⁸.

W uchwale z dnia 13 stycznia 2011 r., sygn. III CZP 119/10⁷⁹, Sąd Najwyższy przesądził, że: „*Postanowienie wzorca umowy, sprzeczne z bezwzględnie obowiązującym przepisem ustawy, nie może być uznane za niedozwolone postanowienie umowne (art. 385[1] § 1 KC)*”.

Podobnie Sąd Apelacyjny w Warszawie - VI Wydział Cywilny w wyroku z dnia 3 lutego 2016 r., sygn. VI ACa 12/15⁸⁰, stwierdził, że: „*Klauzula generalna wyrażona w art. 385¹ § 1*

uprzednio uzgodnione przez strony (wyr. SN z 25.6.2010 r., I CSK 505/09, Legalis)” Kodeks cywilny. Komentarz red. dr hab. Konrad Osajda Rok: 2017 Wydanie: 15, komentarz do art. 536 k.c.

⁷⁷ pkt 82 wyroku Trybunału (czwarta izba) z dnia 30 kwietnia 2014 r. w sprawie C-26/13 (ECLI:EU:C:2014:282)

str. 22 wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 września 2016 r., sygn.: II CSK 750/15 (numer Legalis: 1555664)

str. 18 pkt 46 Ekspertyzy naukowej z dnia 27.06.2015 r., pt.: *Możliwość i sposoby eliminacji z obrotu prawnego postanowień umownych uznanych przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów za abuzywne*, autorstwa dr hab. Monika Namysłowska (Katedra Europejskiego Prawa Gospodarczego WPiA UŁ), przy współudziale prof. dr hab. Tadeusza Skoczego (Zakład Europejskiego Prawa Gospodarczego WZ UW); link: https://www.cars.wz.uw.edu.pl/tresc/badania/07/Ekspertyza_naukowa_dla_ZBP.pdf

⁷⁸ por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie - VI Wydział Cywilny z dnia 16 stycznia 2014 r. VI ACa 832/13, w którym sąd stwierdził, że: „*Brak jest podstaw do uznania za abuzywne postanowienia umownego sprzecznego z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa. Postanowienie takie jest bowiem nieważne z mocy samego prawa*”

KC zawiera przesłankę abuzywności, która obejmuje "sprzeczność z dobrymi obyczajami" i "rażące naruszenie interesów konsumenta". Niezasadny jest jednak zarzut naruszenia art. 3531 KC, bowiem zapisy umowne są dozwolone w świetle zasady swobody umów, co jednak nie wyklucza uznania ich za abuzywne w odniesieniu do słabszej strony stosunku umownego, jaką jest konsument".

Abuzywnym będzie więc zawsze takie postanowienie, które w świetle art. 58 k.c. będzie zgodne z prawem. W konsekwencji nie sposób się zgodzić z poglądem, iż wejście w życie nowych przepisów bezpośrednio pozwoliło na usunięcie abuzywności poszczególnych postanowień umownych. W ocenie Rzecznika Finansowego, fakt, iż określone postanowienie jest zgodne z prawem nie przesądza w sposób automatyczny, że jest ono uczciwe w rozumieniu art. 385¹ i następne k.c. a także w rozumieniu przepisów dyrektywy. Przyjęcie odmiennego poglądu czyniłoby kontrolę incydentalną bezprzedmiotową. Z kolei zastosowanie przepisu dyspozytywnego następuje dopiero sytuacji w której nastąpi stwierdzenie abuzywności danego postanowienia.

Zbliżoną argumentację w tym zakresie przedstawił Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 28 maja 2014 r., sygn. akt: I CSK 607/13⁸¹ w którym poszukiwał odpowiedzi na pytanie, czy po nowelizacji prawa bankowego w 2011 r. (a więc po wejściu w życie ustawy antyspreadowej) zaskarżoną klauzulę umowną można uznać za abuzywną. Sąd Najwyższy nie odpowiedział wprost na to pytanie, przy czym wskazał, że: „(...) przedmiotowa nowelizacja przyznała jedynie kredytobiorcy dodatkowe uprawnienie do spłaty rat kredytu indeksowanego lub denominowanego do waluty obcej bezpośrednio w tej walucie, co nie znaczy jednak, że jest on obowiązany do takiej formy spłaty. Przeciwnie: kredytobiorca ma możliwość wyboru formy spłaty, a więc może wybrać spłatę w złotych polskich, co oznacza konieczność zamieszczenia w umowie kredytowej, zgodnie z wymaganiami art. 69 ust. 2 pkt 4a, szczegółowych zasad określania sposobów i terminów ustalania kursu wymiany walut, na podstawie którego w szczególności wyliczana jest kwota kredytu, jego transz i rat oraz zasad przeliczania na walutę wypłaty albo spłaty kredytu. Skarżący pominął, że bezsporne jest, iż zaskarżone postanowienie wzorca umowy nie zawiera szczegółowego określenia sposobów ustalania kursu wymiany walut, na podstawie którego wyliczana jest kwota rat kapitałowo-odsetkowych, co, jak uznały Sądy, decyduje o jego abuzywności, gdyż uniemożliwia konsumentowi ocenę wysokości złotej jego zobowiązania na dzień spłaty raty ani zasad

⁷⁹ LEX nr 688470

⁸⁰ numer Legalis: 1446689

⁸¹ LEX nr 1622296

ustalania tej wysokości, a ta ocena Sądów dotyczy także sytuacji konsumenta, który po nowelizacji prawa bankowego wybrał sposób spłaty rat kredytu w złotych polskich”.

Sąd Najwyższy dopuścił zatem możliwość badania postanowień umownych określających sposoby ustalania kursów walut pod kątem ich abuzywności również po wejściu w życie ustawy antyspreadowej. Rzecznik Finansowy podziela taką ocenę. Po pierwsze, ustawa antyspreadowa daje kredytobiorcom pewne uprawnienia, z których mogą, ale nie muszą skorzystać. W szczególności Rzecznik Finansowy ma na myśli uprawnienie do spłaty kredytu bezpośrednio w walucie waloryzacji. Nie oznacza to jednak, iż klauzule, które w chwili zawarcia umowy były abuzywne, zwłaszcza jeżeli w dalszym ciągu stanowią podstawę świadczeń ze strony powoda, przestają mieć charakter abuzywny. Zatem nawet wówczas, gdy konsument dobrowolnie decyduje się spłacać kredyt w złotówkach (a nie bezpośrednio w walucie waloryzacji), do czego z resztą również ma prawo na podstawie przepisów ustawy antyspreadowej, musi się to dziać na zasadach zgodnych z prawem. Podstawy świadczeń konsumenta nie może stanowić klauzula abuzywna. Ubocznie należy stwierdzić, że ustawa antyspreadowa dotyczy tylko i wyłącznie kwestii spłaty kredytu bezpośrednio w walucie waloryzacji, nie dotyka natomiast problematyki obliczenia kwoty wypłaconego kredytu z PLN po kursie kupna na CHF. Ponadto, z punktu widzenia kredytobiorców – prawo do spłaty kredytu w walucie waloryzacji – może się okazać niekorzystne, gdyż koniecznym jest ponoszenie kosztu wymiany waluty (np. w kantorze), jeżeli ich dochód wypłacany jest w złotówkach. Z tego punktu widzenia, ustawa antyspreadowa – w sensie ekonomicznym – nie zmieniła w żaden sposób sytuacji większości kredytobiorców. Jeżeli spłacają kredyt w złotówkach ponoszą koszt z tytułu przeliczenia kredytu na podstawie kursu kupna, a następnie kursu sprzedaży. Z kolei, jeżeli spłacają kredyt w walucie waloryzacji (zarabiając w złotówkach), to *de facto* ponoszą ten sam koszt. Pierwotnie bowiem ich kredyt przeliczony został na walutę obcą po kursie kupna (czego ustawa antyspreadowa nie zmieniła), a celem jego spłaty muszą nabyć walutę waloryzacji (np. w kantorze) po kursie sprzedaży – co wynika z zasad rynkowych. Zawsze zatem zobowiązani są do ponoszenia kosztów wymiany walut, gdy tymczasem zgodnie z umową ich kredyt był jedynie waloryzowany do waluty obcej i w żadnym wypadku nie zakładał realnych transakcji wymiany walut. Powyższe dowodzi, że – wbrew stwierdzeniu sądu okręgowego – ustawa antyspreadowa w żaden sposób nie uchylila ani nie rozwiązała problemu tzw. spreadów walutowych. Jedynym celem ustawy antyspreadowej było bowiem ograniczenie możliwości dowolnego kształtowania przez banki kursów walut przyjmowanych jako podstawy waloryzacji kredytów.

2. Wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 9 lipca 2015 r., sygn. I ACa 173/15 – wyrok prawomocny

Sprawa dotyczyła umowy pożyczki hipotecznej nominowanej do CHF. Powód zarzucał, że w umowie znajdują się nieuczciwe postanowienia. Sąd Apelacyjny oddalił apelację powoda złożoną od wyroku sądu I instancji, który z kolei oddalił powództwa powoda.

Odnosząc się do materialnych przesłanek abuzywności postanowień umownych, na str. 26 tego orzeczenia, Sąd Apelacyjny stwierdził, że: *„W tym miejscu należy wskazać, że apelująca błędnie podnosi by ocena ewentualnej zgodności postanowień umowy z dobrymi obyczajami i naturą umowy miała być dokonywana jedynie na chwilę zawarcia umowy. Treść postanowień umowy winna być dokonywana w świetle całokształtu okoliczności sprawy, nie ma podstaw do zawężania tej oceny w sposób proponowany przez powódkę, albowiem w istocie ocena ta ograniczałaby się jedynie do teoretycznych rozważań w zakresie ewentualnego naruszenia równowagi stron. Oceny tej dokonuje się natomiast w stanie faktycznym konkretnej sprawy; dopiero bowiem kolejne okoliczności wskazujące jak w istocie kształtuje się sytuacja stron na skutek przyjętych rozwiązań pozwala na stwierdzenie czy postanowienia umowy naruszają dobre obyczaje”*.

Przyznać trzeba rację Sądowi Apelacyjnemu, że oceny ewentualnej abuzywności danego postanowienia dokonuje się w stanie faktycznym konkretnej sprawy i w świetle całokształtu okoliczności sprawy. Tym niemniej, za niezasadne i sprzeczne z treścią art. 385² k.c. (w zw. z art. 3 i art. 4 dyrektywy), należy przyjąć stanowisko, iż dla oceny tej abuzywności kluczowe znaczenie ma to, jak faktycznie kształtuje się sytuacja konsumenta na skutek przyjętych w umowie i wykonywanych rozwiązań. Wynika to z faktu, że abuzywność stwierdzana jest w sposób obiektywny. A zatem jeżeli dane postanowienie choćby potencjalnie może kształtować prawa i obowiązki konsumenta w sposób naruszający dobre obyczaje i rażąco naruszając jego interesy (i spełnione są pozostałe przesłanki abuzywności) należy je uznać za abuzywne. Przyjęcie stanowiska Sądu Apelacyjnego prowadziłoby do sytuacji, w której ocena, czy dane postanowienie jest abuzywne zależałaby od aktualnego zachowania podmiotu rynku finansowego. Tymczasem, np. umowy kredytów/pożyczek hipotecznych (a więc stosunek prawny będący przedmiotem omawianego orzeczenia) zawierane są na wiele lat (często na 20 lub nawet 30 lat) i nie da się wykluczyć, że np. w pierwszym okresie obowiązywania umowy podmiot rynku finansowego rzeczywiście nie będzie wykonywał postanowienia (obiektywnie abuzywnego) w sposób nieuczciwy, ale np. w 10 roku

obowiązywania umowy już tak. Trudno uznać, że dopiero wówczas konsument miałby prawo poszukiwać **skutecznej** ochrony sądowej. Stąd też, w ocenie Rzecznika Finansowego, badanie danego postanowienia również w „trybie” kontroli incydentalnej, jakkolwiek powinno się odnosić do całokształtu konkretnych okoliczności sprawy, to mimo to powinno mieć charakter obiektywny w tym sensie, że bez znaczenia jest, czy w pewnym okresie obowiązywania umowy podmiot rynku finansowego wykonywał ją (jej postanowienia) z poszanowaniem interesów konsumenta, jeżeli potencjalnie na mocy takiego postanowienia przedsiębiorcy przysługuje prawo do działania w sprzeczności z dobrymi obyczajami i z rażącym naruszeniem praw konsumenta.

3. Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 23 listopada 2015 r., sygn. akt III Ca 1046/15⁸² – wyrok prawomocny

Przedmiotem wyroku była klauzula modyfikacyjna zawierająca warunki zmiany oprocentowania kredytu hipotecznego. W uzasadnieniu sąd stwierdził, że:

- *„Pojęcie interesu powodów musi być zatem w tej sprawie odniesione do okoliczności zawarcia i wykonywania konkretnych umów kredytowych. (...)”*
- *W niniejszej sprawie nie można uznać, aby interesy powodów były naruszone w momencie zawierania umowy, a tym bardziej, by było to naruszenie rażące. Nie sposób przyjąć, że w sytuacji prawnej stron, ocenianej w dacie zawierania umów o kredyt hipoteczny, poprzez samo zawarcie umowy nastąpiło rażące naruszenie interesów powodów. Znali oni treść umowy kredytowej oraz jej rodzaj – wiążący się daleko idącym ryzykiem zmiany parametrów rynku finansowego. (...)”*
- *Pozwany zmieniał oprocentowanie kredytów w trakcie trwania umów na podstawie kryteriów, których stosowalność nie była dla powodów jasna. Odpowiedź na pytanie o rażące naruszenie interesu powodów w tym kontekście wyraża się ustaleniem, czy faktycznie zmiana taka następowała arbitralnie, stawiając powodów w gorszej pozycji niż klientów innych banków udzielających kredyty hipoteczne, czy też pozwany wprowadził procedury wewnętrzne powodujące dostosowanie aktualnego oprocentowania kredytów do sytuacji gospodarczej w sposób uwzględniający interesy obu stron umowy. Jak wskazano wcześniej, ciężar dowodu w tym zakresie spoczywał na stronie powodowej. Dla rozstrzygnięcia sprawy istotne jest ustalenie, czy wskazana*

przez powodów klauzula umowna kształtowała ich obowiązki w trakcie trwania umowy w sposób rażąco niekorzystny – przy uwzględnieniu ekonomicznego składnika pojęcia interesu, czy rzeczywiście na skutek takiego, a nie innego sformułowania § 10 ust. 2 umowy kredytowej, powodowie musieli ponieść wyższe koszty kredytowe, niż gdyby umowa kredytowa została sformułowana w inny sposób. Materiał dowodowy, który został przez strony przedstawiony w toku procesu, nie pozwala na sformułowanie powyższego wniosku. Powodowie nie przeprowadzili na powyższą okoliczność skutecznego dowodu, na przykład w postaci opinii biegłego dotyczącej słusznego, zgodnego z interesami obu stron, oprocentowania kredytu powodów w okresie kredytowania, czy choćby zestawienia oprocentowania kredytu powodów z porównywalnymi co do wysokości, daty udzielenia, przedmiotu kredytowania i zabezpieczeń, kredytami udzielonymi przez inne banki. Sama niejasność postanowienia umownego nie powoduje przecież jeszcze jego eliminacji z obrotu, konieczne jest wykazanie naruszenia interesu konsumenta w rażącym stopniu. Takiego rażącego naruszenia interesu powodów w toku wykonywania umowy kredytowej nie można ustalić w niniejszej sprawie”.

Omawiane orzeczenie jest interesujące w kilku płaszczyznach. Z jednej strony sąd wprost stwierdził, że pozwany zmieniał oprocentowanie kredytów w trakcie trwania umów na podstawie kryteriów, których stosowalność nie była dla powodów jasna. Innymi słowy na podstawie zawartej umowy, a także na podstawie decyzji przedsiębiorcy, konsumenci nie byli w stanie ustalić mechanizmu ustalania oprocentowania, ani też nie mieli możliwości weryfikacji jego zgodności z umową. Jednocześnie sąd stwierdził, że takie ustalenie nie jest wystarczające dla uznania postanowienia za abuzywne, gdyż koniecznym jest odpowiedź na pytanie o rażące naruszenie interesu powodów, która wyraża się ustaleniem, czy faktycznie zmiana taka następowała arbitralnie, stawiając powodów w gorszej pozycji niż klientów innych banków udzielających kredyty hipoteczne, oraz, czy pozwany wprowadził procedury wewnętrzne powodujące dostosowanie aktualnego oprocentowania kredytów do sytuacji gospodarczej w sposób uwzględniający interesy obu stron umowy.

Sąd zwrócił zatem uwagę na następujące aspekty sprawy. Po pierwsze, za kluczowe uznał przesądzenie, czy w okresie wykonywania umowy, bank rzeczywiście zmieniał oprocentowanie na niekorzyść konsumenta i czy czynił to arbitralnie. Takie podejście trudno uznać za spójne z twierdzeniem tego samego sądu, który wskazał iż: „Nie można uznać, aby

⁸² [http://orzeczenia.lodz.so.gov.pl/details/\\$N/152510000001503_III_Ca_001046_2015_Uz_2015-11-23_001](http://orzeczenia.lodz.so.gov.pl/details/$N/152510000001503_III_Ca_001046_2015_Uz_2015-11-23_001)

interesy powodów były naruszone w momencie zawierania umowy, a tym bardziej, by było to naruszenie rażące". Jaki jest bowiem związek między faktycznymi działaniami przedsiębiorcy w okresie wykonywania umowy, a naruszeniem interesów konsument w momencie zawierania umowy? Jest ono również niespójne z twierdzeniem sądu, iż: *„Sprzeczność z dobrymi obyczajami wystąpi w przypadku nierównomiernego rozkładu praw i obowiązków stron umowy, natomiast rażące naruszenie interesów konsumenta ma miejsce w razie stwierdzenia prawnie relewantnego znaczenia tej nierównowagi. Należy przyjąć, że postanowienia umowy rażąco naruszają interes konsumenta, jeżeli poważnie, znacząco odbiegają od sprawiedliwego wyważenia praw i obowiązków stron*". Ponadto, nie bardzo wiadomo, w jaki sposób konsument miałby wykazać, że działania przedsiębiorcy były arbitralne. Problem wynikający z nietransparentnego postanowienia umownego może polegać na tym, że nie sposób precyzyjnie ustalić praw i obowiązków stron, co pozwala na arbitralność i uniemożliwia dokonanie weryfikacji przez konsumenta, czy zachowanie przedsiębiorcy jest zgodne z zawartym przez strony kontraktem.

Po drugie, sąd zasugerował konieczność przeprowadzenia testu polegającego na sprawdzeniu, czy konsument, którzy wnieśli powództwo, byli w gorszej sytuacji od klientów innych banków udzielających kredyty hipoteczne. Taki wymóg – w istocie dowodowy – jest jednak z wielu powodów bardzo trudny (jeżeli nie niemożliwy) do spełnienia. Po pierwsze, konsument (nawet jeżeli jest reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika) nie ma wiedzy ani informacji, w jaki sposób kształtowało się oprocentowanie innych klientów (kredytobiorców) banków. Być może dostępne będą ogólne opracowania w tym zakresie, niemniej, kwestia ta w istocie nie powinna mieć kluczowego znaczenia dla oceny uczciwości danego postanowienia umowy. Inni kredytobiorcy świadomie mogą się bowiem decydować się na tańszy lub droższy kredyt (a zatem niższe lub wyższe oprocentowanie), co wynika ze swobody umów i istoty wolnego rynku. Kluczowym jest natomiast, aby każdy konsument znał koszt kredytu albo przynajmniej precyzyjne zasady ustalania tych kosztów. To, jaki był koszt wynikający z innych umów kredytu (które *notabene* często również mogły zawierać bardzo nieprecyzyjne lub nieuczciwe warunki zmiany oprocentowania⁸³) nie powinno mieć przesądzającego znaczenia dla oceny konkretnej klauzuli umownej zawartej w zindywidualizowanym stosunku prawnym. Obrazując to w dużym uproszczeniu, umowa kredytu, na podstawie której konsument-kredytobiorca w praktyce płacić będzie najwyższe – prawem dopuszczalne

⁸³ klauzula nr 3016 – wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 9 kwietnia 2010 r. (XVII AmC 959/09)
klauzula nr 4107 – wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 24 lipca 2012 r. (XVIII AmC 285/11)

odsetki – co do zasady powinna zostać uznana jako zgodna z prawem, jeżeli konsument będzie znał zasady ustalania lub zmiany oprocentowania i możliwa będzie weryfikacja zgodności takich zmian z zawartym przez strony kontraktem. Jednocześnie, postanowienie umowne, które nie przewiduje takich jasnych zasad i uniemożliwia weryfikację zgodności dokonywanych zmian oprocentowania z zawartym przez strony kontraktem, nie może zostać uznane za uczciwe, nawet jeżeli w praktyce na jego podstawie konsument-kredytobiorca płacić będzie niższe odsetki w porównaniu do pierwszego kredytobiorcy.

Po trzecie w omawianym wyroku, sąd za zasadne uznał zbadanie procedur wewnętrznych obowiązujących w banku w zakresie ustalania warunków zmiany oprocentowania. Argument ten również nie jest przekonujący, bowiem jeżeli procedury wewnętrzne nie wynikają z umowy (czyli brak jest podstawy wynikającej z umowy do ich stosowania), nie będą wiążące dla konsumenta, a najczęściej w ogóle nie będą mu znane. Dodatkowo, wewnętrzne procedury przedsiębiorcy mogą być przez niego dowolnie modyfikowane. Co z tego, że bank w danym okresie (np. na dzień wyrokowania) przewidywać będzie precyzyjne warunki ustalania oprocentowania w swoich wewnętrznych procedurach, skoro w późniejszym okresie będą one mogły być zmienione. Idąc takim tokiem rozumowania w jednym okresie klauzulę można by uznać za uczciwą, w innym zaś za abuzywną.

Warto podkreślić, że w omawianym wyroku sąd kierował się treścią wyroku Sądu Najwyższego z dnia z dnia 14 maja 2015 r. – sygn. akt: II CSK 768/14, który na tle klauzuli modyfikacyjnej o następującej treści: *„Zmiana wysokości oprocentowania Kredytu może nastąpić w przypadku zmiany stopy referencyjnej określonej dla danej waluty oraz zmiany parametrów finansowych rynku pieniężnego i kapitałowego w kraju (lub krajów zrzeszonych w Unii Europejskiej), którego waluta jest podstawą waloryzacji”*, dokonał wyróżnienia dwóch części (elementów) klauzuli modyfikacyjnej na:

1. część odsyłającą do kryteriów ustalania (weryfikowania) stopy procentowej w czasie trwania stosunku kredytowego (element parametryczny lub ekonomiczny);
2. część stwierdzającą, że zmiana wysokości oprocentowania kredytu może nastąpić „przy pojawieniu się zmian” wspomnianych parametrów (element decyzyjny, kompetencyjny)⁸⁴;

– uznając tylko element decyzyjny za abuzywny.

klauzula nr 4704 – wyrok Sąd Apelacyjny w Warszawie – VI Wydział Cywilny z dnia 10 lutego 2012 r. (VI ACa 1460/11)
⁸⁴ str. 23 wyroku z dnia z dnia 14 maja 2015 r., sygn. akt: II CSK 768/14 (OSNC 2015 nr 11, poz. 132, str. 58)

Pomijając w tym miejscu fakt, że zdaniem Rzecznika Finansowego zarówno element decyzyjny jak i element ekonomiczny mają charakter nieuczciwy, a nawet mogą być rozpatrywane pod kątem zgodności z art. 69 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 76 pkt 1 ustawy – Prawo bankowe, wywieziony przez Sąd Najwyższy obowiązek wykazania (ciężar dowodu) przez konsumenta obowiązku kontraktowego, jaki pozwany bank mógł naruszyć w okresie objętym pozwem w związku z pobieraniem odsetek z rachunków bankowych kredytobiorców⁸⁵ a także że rolą biegłego jest stwierdzenie, czy w związku z dość otwartym i szerokim katalogiem kryteriów zmiany stopy procentowej, niestosowanym obecnie przez pozwanego, przyjętym w treści kwestionowanej klauzuli, w okresie objętym pozwem Bank kierował się najbardziej racjonalnymi, ekonomicznie uzasadnionymi i dającymi się odpowiednio zweryfikować czynnikami, ustalając poziom ostatecznego zadłużenia odsetkowego kredytobiorców⁸⁶, są **konsekwencją przyjęcia, że klauzula modyfikacyjna, która była przedmiotem analizy była tylko częściowo abuzywna, a zatem, że w pozostałej części (wskazanej przez Sąd Najwyższy) jest uczciwa.** Obowiązki dowodowe, na które Sąd Najwyższy wskazał w tym zakresie, nie dotyczą zatem w żaden sposób samych materialnych przesłanek abuzywności postanowienia. Innymi słowy, chronologicznie najpierw następuje badanie abuzywności danej klauzuli, a dopiero w następnym kroku, w przypadku uznania, że jest ona uczciwa (lub częściowo uczciwa – choć należy wskazać, że dotychczas w orzecznictwie i doktrynie raczej przyjmowano zakaz stosowania zabiegu, jakim jest redukcja czy wykładnia utrzymująca skuteczność⁸⁷) następuje badanie, czy nastąpiło naruszenie obowiązku kontraktowego wynikającego z takiej klauzuli.

Podkreślenia wymaga, że wśród przesłanek zawartych w art. 385¹ § 1 k.c., które muszą być spełnione aby uznać dane postanowienie jako niedozwolone, brak jest przesłanek „winy” i „szkody”, a więc przesłanek typowych dla ustalenia odpowiedzialności odszkodowawczej, czy to *ex contractu*, czy też *ex delictu*.

Z kolei w przypadku uznania, że postanowienie jest abuzywne, bezprzedmiotowym czyni konieczność badania, czy doszło do naruszenia obowiązku kontraktowego wynikającego z takiego postanowienia, gdyż wyłączane jest z umowy i nie wiąże jej stron *ex lege* i *ex tunc*. Możliwe jest co najwyżej zbadanie, czy w konsekwencji wyłączenia danego postanowienia

⁸⁵ str. 21 wyroku z dnia z dnia 14 maja 2015 r., sygn. akt: II CSK 768/14 (OSNC 2015 nr 11, poz. 132, str. 58)

⁸⁶ str. 23 wyroku z dnia z dnia 14 maja 2015 r., sygn. akt: II CSK 768/14 (OSNC 2015 nr 11, poz. 132, str. 58)

⁸⁷ uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 2007 r., III CZP 62/07 (OSNC 2008 nr 7-8, poz. 87, str. 115)

Ewa Łętowska, Komentarz do ustawy: Kodeks Cywilny z dnia 23-4-1964 (Dz.U. Nr 16, poz. 93) Opracowanie redakcyjne na podstawie: Prawo zobowiązań – część ogólna Rok: 2013, Wydanie: 2, nb.: 393

nie doszło do naruszenia obowiązku kontraktowego wynikającego z pozostałych postanowień umowy.

4. wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 7 marca 2016 r., sygn. akt III Ca 1706/15⁸⁸ i wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 27 października 2015 r., sygn. akt III Ca 967/15⁸⁹ - wyroki prawomocne

Przedmiotem obu wyroków była klauzula modyfikacyjna zawierająca warunki zmiany oprocentowania kredytu hipotecznego. W uzasadnieniu oba sądy stwierdziły, że:

- *„Pojęcie interesu powodów musi być zatem w tej sprawie odniesione do okoliczności zawarcia i wykonywania konkretnych umów kredytowych. (...)”*
- *„Odpowiedź na pytanie o rażące naruszenie interesu powodów w tym kontekście wyraża się ustaleniem, czy faktycznie zmiana taka następowała arbitralnie, stawiając powodów w gorszej pozycji niż klientów innych banków udzielających kredyty hipoteczne, czy też pozwany wprowadził procedury wewnętrzne powodujące dostosowanie aktualnego oprocentowania kredytów do sytuacji gospodarczej w sposób uwzględniający interesy obu stron umowy”.*

Z obu orzeczeń wynika zatem, że sądy rozpatrujące sprawy łączyły przesłanki abuzywności z okolicznościami wynikającymi z wykonywania umowy. Sądy nie badały zatem, czy z treści umowy wynikała prawnie relewantna nierównowaga praw przedsiębiorców w stosunku do obowiązków i na niekorzyść konsumentów, lecz obciążły tych ostatnich ciężarem dowodzenia, iż działanie przedsiębiorcy faktycznie wyrządzało im szkodę. Jednocześnie sądy w omawianych sprawach całkowicie pominęły dorobek judykatury, a w tym dorobek Sądu Najwyższego⁹⁰, wskazujący na to, że kontrahent banku, jakkolwiek musi się liczyć z tym, że

⁸⁸ [http://orzeczenia.lodz.so.gov.pl/content/\\$N/152510000001503_III_Ca_001706_2015_Uz_2016-03-07_001](http://orzeczenia.lodz.so.gov.pl/content/$N/152510000001503_III_Ca_001706_2015_Uz_2016-03-07_001)

⁸⁹ [http://orzeczenia.lodz.so.gov.pl/content/\\$N/152510000001503_III_Ca_000967_2015_Uz_2015-10-27_001](http://orzeczenia.lodz.so.gov.pl/content/$N/152510000001503_III_Ca_000967_2015_Uz_2015-10-27_001)

⁹⁰ wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 4 listopada 2011 r. I CSK 46/11 (LEX nr 1102253), w którym Sąd Najwyższy stwierdził, że: „Klauzula zmiennej stopy oprocentowania kredytu, zawarta we wzorcu umownym, nie może mieć charakteru blankietowego”;

wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 5 kwietnia 2002 r. II CKN 933/99 (LEX nr 54492) w którym Sąd Najwyższy stwierdził, że: „Zastrzeżenie w regulaminie bankowym - stanowiącym o treści umowy zawieranej z bankiem o udzielenie kredytu bądź pożyczki albo o treści umowy o prowadzeniu rachunku bankowego (oszczędnościowego bądź lokat terminowych) - uprawnienia do zmiany przez bank w czasie trwania umowy wysokości stopy oprocentowania bez wypowiedzenia umowy, wymaga dla swej skuteczności określenia konkretnych okoliczności, od jakich zmiana ta jest uzależniona”.

uchwała Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 19 maja 1992 r. III CZP 50/92 (OSP 1993/6/119), w której Sąd Najwyższy stwierdził, że: „Postanowienie umowy kredytu bankowego, w którym przyjęto, że kredytodawca jest uprawniony do zmiany stawek oprocentowania jest bezskuteczne, jeżeli w umowie nie określono jednocześnie konkretnych okoliczności, od jakich zmiana ta jest uzależniona”.

oprocentowanie kredytu może ulec zmianie, to jednak nie może być pozbawiony możliwości kontrolowania zasadności tych zmian⁹¹. W tym właśnie przejawia się obiektywna ocena abuzywności. Ustalenie zmiennej stopy oprocentowania, mimo iż umożliwia przeniesienie części ryzyka kredytodawcy związanej ze zmianami gospodarczymi na konsumenta, powinno być tak unormowane w umowie, by w chwili zawarcia umowy konsument mógł dokonać oceny celowości i opłacalności zaciągniętego kredytu i aby miał pewność, że w toku spłacania kredytu zmiany jego oprocentowania nie będą miały charakteru oderwanego od czynników wpływających na nie (tak też Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 27 października 2010 r., VI Aca 775/10⁹²). Wystarczy zatem sama możliwość kształtowania zmiany oprocentowania w sposób dowolny, aby została naruszona zasada równorzędności stron umowy, a tym samym klauzula została uznana za abuzywną. Tymczasem sądy w omawianych orzeczeniach niesłusznie zdaniem Rzecznika Finansowego w ramach testu abuzywności wymagały od powodów udowodnienia, iż postępowanie pozwanego następowało w sposób dowolny.

Ponadto, Sąd Okręgowy w Łodzi w uzasadnieniu do wyroku z dnia 7 marca 2016 r., sygn. akt III Ca 1706/15⁹³, uznał za znamienne, iż powodowie dopiero po upływie 8 lat od daty zawarcia umowy zgłosili do niej zastrzeżenia, podczas gdy mieli zagwarantowane uprawnienie do wypowiedzenia umowy w każdym czasie, z którego to uprawnienia nie skorzystali. W ocenie Rzecznika Finansowego nie jest przekonujący argument – *notabene* przywoływany przez podmioty rynku finansowego – iż racji tego, że klienci dotychczas (w trakcie wykonywania umowy) nie kwestionowali działań podmiotu rynku finansowego w tym zakresie i nie podnosili zarzutu abuzywności danej klauzuli, brak jest podstaw do analizy klauzul wykonywanej umowy pod kątem ich zgodności z prawem. Tymczasem, w ocenie Rzecznika Finansowego okres jaki upłynął od zawarcia umowy pozostaje bez znaczenia z punktu widzenia oceny postanowień w niej zawartych pod kątem ich abuzywności. Art. 385¹ k.c. nie przewiduje bowiem, że w przypadku akceptacji danej klauzuli przez strony i niekwestionowania jej w pewnym (nawet długim) okresie wykonywania umowy, nie może ona być uznana za abuzywną. Byłoby to zresztą absurdalne dlatego, że w przypadku kontroli incydentalnej, zawsze badana jest klauzula konkretnej umowy, zaakceptowana przez

uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 6 marca 1992 r. III CZP 141/91 (OSNC 1992/6/90), w której Sąd Najwyższy stwierdził, że: „Zastrzeżenie w regulaminie bankowym - stanowiącym o treści umowy zawieranej z bankiem o udzielenie kredytu bądź pożyczki albo o treści umowy o prowadzenie rachunku bankowego (oszczędnościowego bądź lokat terminowych) - uprawnienia do zmiany przez bank w czasie trwania umowy wysokości stopy oprocentowania bez wypowiedzenia umowy, wymaga dla swej skuteczności określenia konkretnych okoliczności od jakich zmiana ta jest uzależniona”.

⁹¹ wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 5 kwietnia 2002 r. II CKN 933/99 (LEX nr 54492)

⁹² M.Pr.Bank. 2011/3/21-24

⁹³ [http://orzeczenia.lodz.so.gov.pl/content/\\$N/152510000001503_III_Ca_001706_2015_Uz_2016-03-07_001](http://orzeczenia.lodz.so.gov.pl/content/$N/152510000001503_III_Ca_001706_2015_Uz_2016-03-07_001)

konsumenta. Jednak w sytuacji, w której narusza ona dobre obyczaje i rażąco narusza interesy tegoż konsumenta, może być uznana za niedozwoloną, mimo, że konsument niejako „zgodził” się na nią, zawierając umowę (a więc składając oświadczenie woli). Inne stanowisko w tym zakresie czyniłoby cały system kontroli incydentalnej bezprzedmiotowym. Wyjątek stanowi oczywiście sytuacja, w której postanowienie uzgadniane było w sposób indywidualny (lub też zachodzą inne przesłanki zawarte w art. 385¹ k.c. wyłączające możliwość uznania klauzuli za abuzywną). Powyższe nie zmienia to faktu, że w konkretnych okolicznościach sprawy powództwo konsumenta, w którym powołuje się na abuzywność klauzuli może zostać oddalone z uwagi na upływ terminów przedawnienia. Kwestia ta pozostaje jednak bez znaczenia dla samej oceny abuzywności danego postanowienia.

Na marginesie warto dodać, że prawo do wypowiedzenia umowy kredytowej, w przypadku wieloletnich kredytów zabezpieczonych hipotecznie, trudno uznać za realny instrument mogący przeciwdziałać i zapobiegać ewentualnym nadużyciom kredytodawców w dokonywaniu zmian oprocentowania bez uzasadnionej przyczyny. Wypowiedzenie umowy postawiłoby całą wierzytelność banku w stan natychmiastowej wymagalności. Również TSUE wypowiadając się na temat skutków abuzywności postanowień umownych, sugerując ostrożne podejście w orzekaniu o nieważności całej umowy stwierdził, że: *„Takie unieważnienie bowiem wywiera co do zasady takie same następstwa jak postawienie pozostałej do spłaty kwoty kredytu w stan natychmiastowej wymagalności, co może przekraczać możliwości finansowe konsumenta i z tego względu penalizuje raczej tego ostatniego niż kredytodawcę, który nie zostanie przez to zniechęcony do wprowadzania takich warunków w proponowanych przez siebie umowach”*⁹⁴.

5. Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 23 listopada 2016 r., sygn. akt III Ca 775/16⁹⁵ - wyrok prawomocny

Sprawa dotyczyła postanowienia umownego określającego przesłanki zmiany oprocentowania oraz zasad ustalania kursu sprzedaży waluty służącego do wyliczania rat kapitałowo-odsetkowych. Sąd Okręgowy oddalił apelację powoda, złożoną od wyroku sądu I instancji, który oddalił powództwo.

Argumentację zawartą w omawianym orzeczeniu trudno uznać za spójną i przekonującą. Sąd stwierdził, że: *„Nie ma racji strona apelująca wskazując, że ustalenie przesłanki uznania §11*

⁹⁴ pkt 84 wyroku Trybunału (czwarta izba) z dnia 30 kwietnia 2014 r. w sprawie C-26/13 (ECLI:EU:C:2014:282)

ust. 2 i § 12 ust. 3 umowy za niedozwolone postanowienia umowne w myśl art. 385 § 1 k.c. w postaci kształtowania przez nie praw i obowiązków konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszający jego interesy zostało nieprawidłowo sprowadzone do etapu wykonywania umowy. (...) Zatem kontrola postanowień umownych dokonywana jest według stanu z chwili zawarcia umowy, co stanowi rozwiązanie korzystane dla konsumenta (tak M. S., Klauzule...s. 271). Z przepisu tego wynika, iż przy ocenie zgodności z dobrymi obyczajami postanowień umowy lub wzorca umownego należy oczywiście wziąć pod uwagę całą ich treść. Ponadto, badanie nie może pomijać kontekstu towarzyszącego procesowi kontraktowania. Nie powinno się zatem brać pod uwagę późniejszych modyfikacji umowy, zwłaszcza dokonywanych na podstawie art. 384¹ k.c., które mogą wprowadzać postanowienia korzystne dla konsumenta jedynie w tym celu, aby utrudnić ocenę określonej klauzuli z punktu widzenia art. 381¹ k.c. **[zapewne chodzi o art. 385¹ k.c. – przypomina Rzecznik Finansowy]** ograniczenie kontroli postanowień umownych do stanu z chwili zawarcia umowy ma to znaczenie, iż późniejsze zmiany umowy nie wpływają na ocenę zgodności umowy lub wzorca z dobrymi obyczajami. Z tego typu sytuację nie mamy zaś do czynienia w realiach niniejszej sprawy. Wskazać również należy, że nawet jeżeli abuzywność badamy na chwilę zawarcia umowy, to ten element nie może nie być oceniany przez pryzmat wykonywania umowy. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż dokonanie rzetelnej i pełnej oceny nie mogło abstrahować od etapu wykonywania umowy, w szczególności, iż powodowie wystąpili z żądaniem po kilku latach od zawarcia umowy kredytu. Zatem istotnym elementem dla oceny zgłoszonego roszczenia poza samą treścią umowy jest to w jaki rzeczywisty sposób postanowienia umowy kształtowały sytuację stron umowy kredytowej”.

Przytoczona argumentacja jest wewnętrznie sprzeczna, gdyż z jednej strony sąd stwierdza, że przy ocenie abuzywności danego postanowienia nie powinno się brać pod uwagę późniejszych modyfikacji umowy a także, iż abuzywność badana jest na chwilę zawarcia umowy, a jednocześnie wskazuje, że ocena ta nie mogła abstrahować od etapu wykonywania umowy. Co więcej w orzeczeniu tym sąd powieliła argumentację zawartą we wcześniej omawianych wyrokach, a mianowicie iż w ocenie sądu konsument miał obowiązek (wynikający z rozkładu ciężaru dowodu) udowodnienia, że przedsiębiorca dokonał dowolnej zmiany oprocentowania wskazanej w umowie, przejawiającej się w modyfikacji oprocentowania na podstawie dowolnie wybranego wskaźnika finansowego.

⁹⁵ [http://orzeczenia.lodz.so.gov.pl/content/\\$N/152510000001503_III_Ca_000775_2016_Uz_2016-11-23_001](http://orzeczenia.lodz.so.gov.pl/content/$N/152510000001503_III_Ca_000775_2016_Uz_2016-11-23_001)

Rzecznik Finansowy pragnie raz jeszcze podkreślić, iż nie neguje faktu, iż dla oceny zasadności roszczenia (którego jeden z elementów stanowi, lub może stanowić zarzut abuzywności postanowienia) konieczne okazać się może zbadanie sposobu wykonywania umowy. Dotyczyć to będzie w szczególności roszczeń dochodzonych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Jednocześnie Rzecznik Finansowy dostrzega różnicę między oceną zasadności roszczenia (w tym roszczenia o zapłatę), a wykonaniem testu abuzywności danego postanowienia. Dla oceny, czy dane postanowienie jest abuzywne koniecznym jest ustalenie czy występuje nieusprawiedliwiona dysproporcja praw i obowiązków wynikających z umowy na niekorzyść konsumenta, przy czym sąd powinien wziąć pod uwagę postanowienia całej umowy, uwzględnić wszystkie okoliczności zawarcia umowy, w tym informacje jakie konsument uzyskał na etapie przedkontraktowym, rozkład praw i obowiązków stron i ryzyka jakie ponoszą strony. Warto dodać, że samo pojęcie ryzyka określa zdarzenie które może ale nie musi prowadzić do strat. Chodzi natomiast o zbadanie prawdopodobieństwa wystąpienia tego zdarzenia, a także stopnia jego rozłożenia na strony kontraktu. Dopiero w przypadku uznania, że postanowienie jest uczciwe (lub częściowo uczciwe) aktualizuje się obowiązek zbadania, czy przedsiębiorca w sposób prawidłowy wykonywał postanowienie (lub uczciwą jego część) i pozostałą część umowy. Badanie sposobu stosowania i wykonywania (postanowień) umowy może zatem dotyczyć tylko i wyłącznie takich postanowień, które wiążą strony, a zatem takich, które są uczciwe.

Nieprawidłowym z logicznego punktu widzenia jest badanie sposobu wykonywania postanowienia celem dokonania jego oceny pod kątem abuzywności. Abuzywne postanowienie nie wiąże konsumenta i jest traktowane jako nigdy nieistniejące – z założenia nie może być zatem badane pod kątem tego jak było wykonywane.

6. Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 28 grudnia 2016 r., sygn. akt III Ca 1395/16⁹⁶ - wyrok prawomocny

Przedmiotem wyroku była klauzula modyfikacyjna zawierająca warunki zmiany oprocentowania kredytu hipotecznego. W uzasadnieniu wyroku sąd przedstawił argumentację zbliżoną do tej zawartej w analizowanym wyżej wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 23 listopada 2016 r., sygn. akt III Ca 775/16⁹⁷.

⁹⁶ [http://orzeczenia.lodz.so.gov.pl/content/\\$N/152510000001503_III_Ca_001395_2016_Uz_2016-12-28_001](http://orzeczenia.lodz.so.gov.pl/content/$N/152510000001503_III_Ca_001395_2016_Uz_2016-12-28_001)

7. Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 23 grudnia 2016 r., sygn. akt III Ca 1258/16⁹⁸ - wyrok prawomocny

Przedmiotem wyroku była klauzula modyfikacyjna zawierająca warunki zmiany oprocentowania kredytu hipotecznego. W uzasadnieniu wyroku sąd przedstawił argumentację zbliżoną do tej zawartej w analizowanym wyżej wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 23 listopada 2016 r., sygn. akt III Ca 775/16⁹⁹.

8. Wyrok Sądu Rejonowego w Łodzi z dnia 18 marca 2016 r., sygn. akt I C 150/14¹⁰⁰ - wyrok prawomocny

Przedmiotem wyroku była klauzula modyfikacyjna zawierająca warunki zmiany oprocentowania kredytu hipotecznego. Analizowany wyrok jest o tyle ciekawy, że *prima facie* argumentacja prawna w nim zawarta wydaje się prawidłowa. Sąd w ślad za Sądem Najwyższym stwierdził bowiem częściową abuzywność klauzuli modyfikacyjnej, a jednocześnie wskazał, że: *„Przesądzenie o abuzywności części spornego postanowienia umownego i uznanie, że jest on bezskuteczny dla powodów nie przesądza jeszcze o powstaniu odpowiedzialności z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia po stronie pozwanego. Nie można bowiem łączyć powstania odpowiedzialności jedynie z tym, że pozwany bank pobierał od kredytobiorców odsetki o zmiennej stopie kredytowej, mimo skutecznego zakwestionowania ex tunc postanowienia umownego przewidującego taką stopę”*. Pomijając w tym miejscu zagadnienie dopuszczalności stosowania przez sąd zabiegu redukcji lub wykładni utrzymującej skuteczność sąd słusznie rozróżnił test abuzywności od ewentualnej odpowiedzialności odszkodowawczej przedsiębiorcy. Tymczasem w dalszej części orzeczenia, sąd wskazał, że: *„Jeszcze raz podkreślić należy, że bank niewątpliwie kształtował oprocentowanie na podstawie ogólnej klauzuli umownej obiektywnie spełniającej kryteria uznania jej za abuzywną (zwłaszcza w kontekście fakultatywności zmiany oprocentowania), nie ma jednak dowodów jednoznacznie wskazujących, że oprocentowanie to w przypadku powodów np. było rażąco wyższe w stosunku do ofert innych banków w tym samym okresie albo rażąco zawyżane w trakcie wykonywania umowy. Tylko ustalenie tej i zbliżonych okoliczności mogłoby doprowadzić do wykazania, że oprocentowanie pobrane przez bank w określonej części zostało pobrane nienależnie jako naruszające (i to rażąco) interes”*

⁹⁷ [http://orzeczenia.lodz.so.gov.pl/content/\\$N/15251000001503_III_Ca_000775_2016_Uz_2016-11-23_001](http://orzeczenia.lodz.so.gov.pl/content/$N/15251000001503_III_Ca_000775_2016_Uz_2016-11-23_001)

⁹⁸ [http://orzeczenia.lodz.so.gov.pl/content/\\$N/15251000001503_III_Ca_001258_2016_Uz_2016-12-23_001](http://orzeczenia.lodz.so.gov.pl/content/$N/15251000001503_III_Ca_001258_2016_Uz_2016-12-23_001)

⁹⁹ [http://orzeczenia.lodz.so.gov.pl/content/\\$N/15251000001503_III_Ca_000775_2016_Uz_2016-11-23_001](http://orzeczenia.lodz.so.gov.pl/content/$N/15251000001503_III_Ca_000775_2016_Uz_2016-11-23_001)

¹⁰⁰ [http://orzeczenia.lodz.sr.gov.pl/content/\\$N/152510100000303_I_C_000150_2014_Uz_2016-04-08_001](http://orzeczenia.lodz.sr.gov.pl/content/$N/152510100000303_I_C_000150_2014_Uz_2016-04-08_001)

powodów. W toku przeprowadzonego postępowania dowodowego nie ustalono jednak, że wynagrodzenie i zysk banku z tytułu udzielenia kredytu były nadmierne w realiach ekonomicznych panujących przy podpisaniu i w toku wykonywania umowy”. Zatem mimo iż na wstępie, sąd rozgranicza ocenę abuzywności danego postanowienia od przesłanek kształtujących odpowiedzialność restytucyjną (odszkodowawczą) w konkluzji stwierdza, że tylko ustalenie i udowodnienie przez konsumenta że wynagrodzenie pobierane przez bank było rażąco wyższe w stosunku do ofert innych banków w tym samym okresie lub zbliżonych okoliczności mogłoby doprowadzić do wykazania, że doszło do rażącego naruszenia interesów konsumenta – a więc do spełnienia jednej z przesłanek przesądzających o uczciwym lub nieuczciwym charakterze postanowienia. W istocie więc, sąd łączy przesłanki testu abuzywności z przesłankami odpowiedzialności.

Dodatkowo, sąd wprost wskazał, że przyjęty „kierunek wykładni prezentowany jest w najnowszym orzecznictwie Sądu Okręgowego w Łodzi wypracowywanym zwłaszcza z uwzględnieniem wskazanego już wyroku SN zapadłego w sprawie II CSK 768/14 (orzeczenia Sądu Okręgowego w Łodzi w sprawach o sygn. akt III Ca 10/15, III Ca 967/15, III Ca 985/15 i III Ca 1046/15, III Ca 1367/15; por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 maja 2013 r., V Ca 2924/12)”.

9. Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 17 października 2016 r., sygn. akt I C 722/14 – wyrok nieprawomocny

Przedmiotem wyroku była klauzula modyfikacyjna zawierająca warunki zmiany oprocentowania kredytu hipotecznego. Sąd uznał, że klauzula modyfikacyjna nie jest abuzywna. Omawiany wyrok należy ocenić jako wewnętrznie niespójny i sobie zaprzeczający.

W uzasadnieniu powyższego najpierw sąd stwierdził, że: „Rację mają zatem powodowie, że sporne postanowienie zapewniło pozwanemu bankowi w praktyce całkowitą, niczym nieskrępowaną swobodę w kształtowaniu oprocentowania, przy praktycznie zupełnym braku możliwości skontrolowania, czy choćby przewidzenia decyzji banku. Pomimo to rozróżnienia wymaga potencjalna swoboda w określaniu wysokości oprocentowania od faktycznego wykorzystywania tej możliwości przez pozwany bank”. Wskazał również – słusznie w ocenie Rzecznika Finansowego – że: „W ramach kontroli indywidualnej to na stronie cięży zgodnie z zasadą ciężaru dowodu (onus probandi) obowiązek udowodnienia przesłanek wynikających

z art. 385¹k.c. Powodowie nie sprostali jednak temu obowiązkowi i pomimo przysługującej im inicjatywy dowodowej nie przedstawili faktów, które jednoznacznie wskazywałyby na fakt rażącego naruszenia ich interesów jako konsumentów w związku z treścią § (...) umowy kredytu w chwili jej zawarcia. Inną kwestią pozostaje natomiast sama ocena realizacji spornego postanowienia na etapie wykonywania umowy, przy czym aspekt ten może być rozważany co najwyżej w zakresie odpowiedzialności kontraktowej”. Z powyższą argumentacją sądu nie sposób się nie zgodzić. Sąd rozróżnia test abuzywności od odpowiedzialności kontraktowej przedsiębiorcy. Wskazuje również, że konsument powinien wykazać fakty, które jednoznacznie wskazywałyby na fakt rażącego naruszenia jego interesów w chwili zawarcia umowy. W tym kontekście jako całkowicie zaskakujące i sprzeczne z ww. argumentacją należy ocenić stwierdzenie tego samego sądu, iż: „Powodowie winni wykazać w toku niniejszego postępowania, że w okresie objętym żądaniem pozwu decyzje pozwanego banku w przedmiocie zmiany stopy oprocentowania godziły rażąco w ich interesy. Należy stwierdzić, że powodowie pomimo ciążącego na nich obowiązku wykazania faktów, z których wywodzą dla siebie korzystne skutki prawne nie zaoferowali powyżej opisanego dowodu, W konsekwencji przedłożony materiał dowodowy nie pozwalał na rzetelną ocenę, czy, a jeśli tak to w jakim zakresie pozwany bank nie był uprawniony do pobierania odsetek. Innymi słowy nie zostało wykazane aby strona pozwana nadużywała uprawnienia wynikającego z § (...) umowy w sposób rażąco naruszający interesy powoda. Nie sposób bowiem kategorycznie stwierdzić, czy poszczególne zmiany oprocentowania w okresie objętym żądaniem pozwu rzeczywiście znajdowały odzwierciedlenie w zmianie parametrów opisanych w spornej regulacji, w szczególności czy uwzględniano jedynie czynniki prowadzące do jego wzrostu przy jednoczesnym ignorowaniu czynników skutkujących jego obniżeniem”. W istocie więc sąd wbrew własnej argumentacji wskazuje, że konsumenci powinni byli wykazać, że działania przedsiębiorcy podejmowane na podstawie spornego postanowienia w okresie obowiązywania umowy godziły rażąco w ich interesy.

10. Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 17 września 2015 r., sygn. I C 289/14¹⁰¹ - wyrok prawomocny

Kolejną tendencją, którą można zaobserwować w orzecznictwie sądów powszechnych jest dokonywanie oceny abuzywności klauzuli umownej przez pryzmat późniejszych zmian obowiązującego prawa. Jest to szczególnie widoczne w wyrokach dotyczących umów

kredytów waloryzowanych do kursu walut obcych, gdzie sądy orzekają o braku abuzywności postanowień umownych ze względu na wejście w życie ustawy z dnia 29 lipca 2011 r. o zmianie ustawy – Prawo bankowe oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2011, poz. 984; dalej: ustawa antyspreadowa).

W omawianym orzeczeniu sąd rozpatrujący sprawę powołał się na argumentację Sądu Najwyższego zawartą w wyroku z dnia 19 marca 2015 r., sygn. akt IV CSK 362/14¹⁰². Dodatkowo, sąd uznał, że w jego ocenie: „(...) wywody te mają bezpośrednie zastosowanie w niniejszej sprawie, tym bardziej, że w dniu 5 września 2011 r. strony w oparciu o znowelizowane przepisy prawa bankowego zawarły porozumienie, w którym określiły nowy sposób dokonywania spłat rat kapitałowo odsetkowych. Na mocy tego porozumienia powodowie spłacają kredyt bezpośrednio we franku szwajcarskim. Nie może być zatem mowy o jakiegokolwiek niepewności co do ich sytuacji prawnej, a w konsekwencji nie mają oni interesu prawnego co do ustalenia abuzywności pierwotnych zapisów umownych”. W ocenie tego sądu, zawarcie aneksu do umowy wyklucza możliwość uznania pierwotnych zapisów umowy (zastąpionych lub zmienionych tym że aneksem) jako abuzywnych, również w odniesieniu do okresu w którym aneks nie obowiązywał.

W ocenie Rzecznika Finansowego taki pogląd nie zasługuje na aprobatę. Istotnie, zawarcie aneksu nie pozostaje bez znaczenia dla oceny skutków ewentualnego uznania pierwotnych klauzul za abuzywną, niemniej, nie powinno automatycznie wykluczać możliwości przeprowadzenia testu abuzywności. Należy bowiem pamiętać, że w cytowanym już orzeczeniu TSUE z 2016 r., który uznał, że art. 6 ust. 1 dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że:

1. warunek umowny uznany za nieuczciwy należy co do zasady uznać za nigdy nieistniejący, tak by nie wywoływał on skutków wobec konsumenta;
2. sprzeciwia się on orzecznictwu krajowemu ograniczającemu w czasie skutki restytucyjne związane ze stwierdzeniem nieuczciwego charakteru badanego postanowienia umownego;
3. sądowe stwierdzenie nieuczciwego charakteru takiego warunku powinno mieć co do zasady skutek w postaci przywrócenia sytuacji prawnej i faktycznej konsumenta, w jakiej znajdowałby się on w braku rzezonego warunku.

¹⁰¹ [http://orzeczenia.gliwice.so.gov.pl/content/\\$N/151515000000503_I_C_000289_2014_Uz_2015-09-17_001](http://orzeczenia.gliwice.so.gov.pl/content/$N/151515000000503_I_C_000289_2014_Uz_2015-09-17_001)

¹⁰² (OSNC - Zb. dodatkowy 2016 nr C, poz. 49, str. 73)

Na tle podobnego stanu faktycznego, Sąd Okręgowy w Warszawie Wydział XXIV Cywilny w (nieprawomocnym) wyroku z dnia 9 listopada 2015 r., sygn. XXIV C 837/14¹⁰³ uznał, że: „(...) aneksy nie sanowały skutków stwierdzonej wyżej abuzywności części postanowień umowy tj. nie dotyczyły umowy od początku jej zawarcia. Wskazać bowiem należy, że jak zostało wskazane wyżej kwestionowane przez powodów postanowienia są w części abuzywne, co skutkuje przyjęciem, iż są one bezskuteczne ex lege i ex tunc”. Z kolei, Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 20 marca 2013 r., sygn. akt II Ca 1481/12¹⁰⁴ uznał, że: „(...) wszelkie inne zmiany następujące po zawarciu umowy nie powodują, że klauzule przestają być abuzywne”.

11. Wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 25 listopada 2015 r.. sygn. I Aca 1163/15¹⁰⁵ - wyrok prawomocny

W omawianym orzeczeniu w odniesieniu do problematyki związanej z testem abuzywności, sąd rozpatrujący sprawę – zapewne wzorując się na argumentacji Sądu Najwyższego zawartej w wyroku z dnia 19 marca 2015 r., sygn. akt IV CSK 362/14¹⁰⁶ – stwierdził, że: „Co do zarzutów w przedmiocie spreadu, którego stosowanie prowadzić miało do rażącego naruszenia interesów powódki, zwrócił słusznie sąd I instancji uwagę, że powódka dokonywała spłaty rat we frankach. Nie było podstaw do ustalenia nieważności umowy z przyczyn związanych z potencjalną możliwością stosowania spreadu. Dokonanie częściowych spłat należności nie pozwala na odwoływanie się do abuzywności klauzul, a to wobec skonkretyzowania spłaconych należności”.

12. Wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 3 marca 2016 r., sygn. I C 1851/14¹⁰⁷ – wyrok prawomocny

Przedmiotem sporu była umowa kredytu na cele mieszkaniowe. Poddając analizie zapisy umowy o kredyt, sąd stwierdził, że: „Niewiążąca moc postanowienia umowy dotycząca tzw. S., o którym mowa w par. 9 umowy została usunięta ustawą z dnia 29 lipca 2011 r. o zmianie ustawy prawo bankowe obowiązującą od dnia 26 sierpnia 2011r., która zmieniła treść dotychczasowego art. 69 prawa bankowego. Znowelizowany przepis wprowadził możliwość

¹⁰³ [http://orzeczenia.warszawa.so.gov.pl/content/\\$N/154505000007203_XXIV_C_000837_2014_Uz_2015-11-09_002](http://orzeczenia.warszawa.so.gov.pl/content/$N/154505000007203_XXIV_C_000837_2014_Uz_2015-11-09_002)

¹⁰⁴ [http://orzeczenia.wroclaw.so.gov.pl/content/\\$N/155025000001003_II_Ca_001481_2012_Uz_2013-04-08_001](http://orzeczenia.wroclaw.so.gov.pl/content/$N/155025000001003_II_Ca_001481_2012_Uz_2013-04-08_001)

¹⁰⁵ [http://orzeczenia.krakow.sa.gov.pl/content/\\$N/152000000000503_I_ACa_001163_2015_Uz_2015-11-25_001](http://orzeczenia.krakow.sa.gov.pl/content/$N/152000000000503_I_ACa_001163_2015_Uz_2015-11-25_001)

¹⁰⁶ (OSNC - Zb. dodatkowy 2016 nr C, poz. 49, str. 73)

¹⁰⁷ [http://orzeczenia.krakow.so.gov.pl/content/\\$N/152010000000503_I_C_001851_2014_Uz_2016-03-03_001](http://orzeczenia.krakow.so.gov.pl/content/$N/152010000000503_I_C_001851_2014_Uz_2016-03-03_001)

wyeliminowania z obrotu prawnego postanowień umowy zawierających niejasne reguły przeliczenia należności kredytowych zarówno na przyszłość jak i w odniesieniu do wcześniej zawartych umów w części nie spłaconej. Zgodnie z jego treścią kredytobiorca może dokonywać spłaty kredytu bezpośrednio w walucie do jakiej kredyt jest denominowany omijając w ten sposób kurs waluty banku w którym zaciągnięty został kredyt (tzw. spread). Co do spłaconych już rat kredytu co do których te nowe reguły nie obowiązują stwierdzić należy iż ich spłata dokonana się według określonego sposobu przeliczeń, który z chwilą spłaty skonkretyzował się a więc przestał być niejasny (vide – takie stanowisko SN w wyroku z dnia 19.03.2015 r. – IV CSK 362/14). Tak więc nowelizacja ustawy prawo bankowe uniemożliwia obecnie stwierdzenie nieważności umowy co do jej nieistniejących już niejasnych postanowień – również w części dotyczącej spłaconych już rat według wcześniej obowiązującej zasady tj. według tabeli kursów obowiązujących w banku w dniu spłaty”.

13. Wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 7 marca 2016 r., sygn. akt I C 2274/14¹⁰⁸ – wyrok nieprawomocny

14. Wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 24 lutego 2016 r., sygn. akt I C 523/15¹⁰⁹ – wyrok nieprawomocny¹¹⁰

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, stwierdzić należy, że przedstawione w niniejszym wniosku rozbieżności w orzecznictwie sądów powszechnych występujące w szczególności na tle umów konsumenckich zawieranych z podmiotami rynku finansowego a dotyczących usług finansowych, wymagają rozstrzygnięcia poprzez podjęcie uchwały przez Sąd Najwyższy, przyczyniając się do ujednoczenia orzecznictwa w przyszłości i zwiększenia pewności sytuacji prawnej tak konsumentów jak i przedsiębiorców.

Z tych względów wnoszę jak w *petitum*.

RADCA PRAWNY

Bartosz Wyżykowski
WA - 10822

¹⁰⁸ [http://orzeczenia.krakow.so.gov.pl/content/\\$N/15201000000503_I_C_002274_2014_Uz_2016-03-07_001](http://orzeczenia.krakow.so.gov.pl/content/$N/15201000000503_I_C_002274_2014_Uz_2016-03-07_001)

¹⁰⁹ [http://orzeczenia.szczecin.so.gov.pl/content/\\$N/15551500000503_I_C_000523_2015_Uz_2016-03-15_001](http://orzeczenia.szczecin.so.gov.pl/content/$N/15551500000503_I_C_000523_2015_Uz_2016-03-15_001)

¹¹⁰ Sprawa dotyczyła uznania za abuzywne klauzul zawartych w umowie kredytu mieszkaniowego, które dotyczyły sposobu waloryzacji wysokości kredytu poprzez wyznaczenie w tabeli kursowej kursu franka szwajcarskiego. Sąd stwierdził m.in. że: „W takiej sytuacji powód powinien wykazać, że zastosowanie konkretnych tabel kursowych rażąco naruszyło jego interesy. Powód tego nie wykazał. W istocie nie mógł tego wykazać, ponieważ istota problemu nie leży w tabeli kursowej pozwanego Banku, ale w kursie złotego do franka”.