



Rzecznik Finansowy

www.rf.gov.pl

Aleksandra Wiktorow

Warszawa, dnia

RF/WBK/POG/ [REDACTED]

Rzecznik Finansowy

Al. Jerozolimskie 87

02-001 Warszawa

Do:

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Powód:

[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Pozwany:

[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Oświadczenie Rzecznika Finansowego zawierające pogląd istotny dla sprawy:

Zgodnie z art. 28 ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o rozpatrywaniu reklamacji przez podmioty rynku finansowego i o Rzeczniku Finansowym (Dz. U. z 2015 r., poz. 1348 z późn. zm.; dalej: ustawa o Rzeczniku Finansowym), „*Do Rzecznika stosuje się odpowiednio przepis art. 63 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r. poz. 101, z późn. zm.)*”. Z kolei, zgodnie z art. 63 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r., poz. 101 z późn. zm.; dalej: k.p.c.), „*Organizacje pozarządowe wymienione w artykułach poprzedzających, które nie uczestniczą w sprawie, mogą przedstawiać sądowi istotny dla sprawy pogląd wyrażony w uchwale lub w oświadczeniu ich należycie umocowanych organów*”.

[REDACTED] do Rzecznika Finansowego wpłynął wniosek [REDACTED] [REDACTED] (dalej: powód) [REDACTED] z prośbą przedstawienie sądowi oświadczenia Rzecznika Finansowego zawierającego pogląd istotny dla sprawy wniesionej z powództwa powoda przeciwko [REDACTED] (dalej: pozwany, łącznie dalej zwanymi stronami) – kopia wniosku stanowi załącznik nr 1 do niniejszego pisma.

Mając powyższe na uwadze oraz działając na podstawie art. 28 ustawy o Rzeczniku Finansowym w zw. z art. 63 k.p.c., niniejszym Rzecznik Finansowy przedstawia sądowi oświadczenie zawierające pogląd istotny dla przedmiotowej sprawy.

Uzasadnienie:

Za podstawę opracowania niniejszego poglądu przyjęto:

1. kopię wniosku z dnia [REDAKTOWANE]
2. umowa [REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE]
3. regulamin [REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE]
4. pozew [REDAKTOWANE]
5. odpowiedź na pozew [REDAKTOWANE]
6. treść uzasadnienia do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2015 r. – sygn. akt: II CSK 768/14 (dalej: wyrok SN).

Główną oś przedmiotowego sporu stanowi odpowiedź na pytanie, czy postanowienie [REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE] wiążącej strony – które określa warunki zmiany oprocentowania – w następującym brzmieniu:

„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”

– dalej zwane: klauzulą modyfikacyjną,

- a) może być uznane za nieważne na podstawie art. 58 § 1 – 3 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr. 16 poz. 93, z późn. zm; dalej: k.c.) w zw. z art. 69 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 76 pkt 1 ustawy z dnia z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2015 r. poz. 128; dalej: ustawa – Prawo bankowe) i w związku z tym jako nieskuteczne w stosunku do powodów;

- b) albo ewentualnie, czy spełnia przesłanki określone w art. 385¹ § 1 w zw. z art. 385² k.c., a tym samym stanowi niedozwolone postanowienie umowne i w związku z tym nie wiąże konsumentów (powodów).

W powyższym zakresie Rzecznik Finansowy przedstawia sądowi następujący pogląd.

Wyjaśnienie prawnego znaczenia „istotnego poglądu”:

Z doświadczeń Rzecznika Finansowego wynika, że niektóre podmioty rynku finansowego będące stronami sporów, w sprawach których Rzecznik Finansowy przedstawia sądowi istotny pogląd w sprawie negują kompetencje i uprawnienia Rzecznika Finansowego w tym zakresie, mimo jasnego brzmienia art. 63 k.p.c. w zw. z art. 28 ustawy o Rzeczniku Finansowym. Stąd na wstępie Rzecznik Finansowy pragnie w sposób syntetyczny przedstawić charakter prawny tzw. istotnego poglądu. W doktrynie przyjmuje się, że:

1. *„Pogląd danej organizacji wyraża jej ocenę stanu faktycznego sprawy oraz stanu prawnego, istotnego dla rozstrzygnięcia danej sprawy”¹.*
2. *„Aczkolwiek można przyjąć, że organizacja pozarządowa, przedstawiająca pogląd w sprawie, spełnia funkcję "biegłego społecznego" (zob. T. Misiuk, *Udział organizacji społecznych w ochronie praw obywateli*, s. 25 i literatura powołana w przypisie 23), ale pogląd przez nią wyrażony nie stanowi środka dowodowego. Jest w sprawie elementem materiału procesowego w najszerszym tego słowa znaczeniu. Stanowi dla sądu materiał opiniodawczy o charakterze pomocniczym. Nie jest wiążący, ale sąd powinien ustosunkować się do niego i dać temu wyraz w uzasadnieniu orzeczenia [zob. A. Oklejak, *Organizacje społeczne*, s. 193; J. Jodłowski, w: J. Jodłowski, K. Piasecki (red.), *Kodeks*, t. I, s. 142]”².*
3. *„(...) przyjmuje się stanowisko, że art. 63 nie określa bliżej, o jaki pogląd chodzi, dlatego też nie można wyłączyć, że organizacja pozarządowa może przedstawić również pogląd dotyczący okoliczności faktycznych sprawy (zob. T. Misiuk, *Udział*, s.*

¹ Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz red. prof. dr hab. Elwira Marszałkowska-Krześ Rok: 2016, Wydanie: 15, komentarz do art. 63;

² K. Piasecki (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz. Art. 1–366, Wyd. 7. Warszawa 2016, komentarz do art. 63;

228). Ta ostatnia interpretacja art. 63 jest słuszna, ponieważ brzmienie tego przepisu nie daje żadnych podstaw do zawężającej wykładni”³.

4. „Stanowisko organizacji pozarządowej co do faktów (ich oceny) może bowiem mieć wpływ na wykładnię prawa i na jego zastosowanie. Nie można więc wyłączyć możliwości przedstawienia przez organizację pozarządową poglądu (w kwestiach faktycznych), który może mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia kwestii prawnych. **Przedmiotem poglądu organizacji pozarządowej mogą być przede wszystkim fakty, ale także i "pewne oceny wchodzące w skład podstawy tak faktycznej jak i prawnej orzeczenia"** (S. Włodyka, *Strony w procesie cywilnym*, s. 27)”⁴.
5. „Trafne wydaje się stanowisko, według którego jest możliwe przedstawienie przez organizację pozarządową **poglądu o charakterze ogólnym**, odnoszącym się nie tylko do sprawy, w której pogląd został przedstawiony, przy czym brzmienie art. 63 pozwala przyjąć, że **"istotny dla sprawy pogląd"** może również **dotyczyć tylko okoliczności konkretnej sprawy i zawierać jedynie ich ocenę** [zob. J. Jodłowski, w: J. Jodłowski, K. Piasecki (red.), *Kodeks*, t. I, s. 142]. W tej ostatniej sytuacji nie jest wyłączona możliwość wykorzystania wyrażonego poglądu do oceny okoliczności innych spraw, jeżeli pozwala na to ich tożsamość lub podobieństwo z okolicznościami sprawy, w której pogląd został wyrażony”⁵.
6. „Przedstawienie poglądu istotnego dla sprawy stanowi prawo organizacji pozarządowej, a nie jej obowiązek”⁶.
7. „Treść komentowanego przepisu jasno wskazuje, że przedstawienie poglądu istotnego dla sprawy jest uprawnieniem organizacji pozarządowej i nie wiąże tego uprawnienia z jakimikolwiek kompetencjami innego podmiotu”⁷.
8. „W tym kierunku poszła praktyka, przyjmując, że **organizacja społeczna może przedstawić pogląd bądź z własnej inicjatywy, bądź na żądanie sądu. Stanowisko to zachowało aktualność w odniesieniu do organizacji pozarządowych**”⁸.

³ Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz red. prof. dr hab. Andrzej Zieliński, dr hab. Kinga Flaga-Gieruszyńska, Rok: 2016, Wydanie: 8, komentarz do art. 63;

⁴ Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz. Art. 1–366 red. prof. dr hab. Andrzej Marciniak, prof. dr hab. Kazimierz Piasecki, Rok: 2016, Wydanie: 7, komentarz do art. 63

⁵ Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz. Art. 1–366 red. prof. dr hab. Andrzej Marciniak, prof. dr hab. Kazimierz Piasecki Rok: 2016, Wydanie: 7, komentarz do art. 63;

⁶ Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz red. prof. dr hab. Elwira Marszałkowska-Krześ Rok: 2016, Wydanie: 15, komentarz do art. 63;

⁷ Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz red. prof. dr hab. Andrzej Zieliński, dr hab. Kinga Flaga-Gieruszyńska, Rok: 2016, Wydanie: 8, komentarz do art. 63;

9. „Opinia organizacji pozarządowej ma wesprzeć sąd w wypracowaniu rozstrzygnięcia sprawy, zwłaszcza wtedy, gdy w sprawie występują **ważne aspekty społeczne** (np. gdy sąd musi odnieść się do problemu naruszenia zasad współżycia społecznego czy dobrych obyczajów), jednak nie ma charakteru wiążącego⁹”.
10. „Organizacje pozarządowe mogą przedstawić pogląd istotny dla sprawy każdemu sądowi (sądowi rejonowemu, sądowi okręgowemu, sądowi apelacyjnemu, Sądowi Najwyższemu). Mogą to uczynić w każdym stadium postępowania w I i II instancji, w postępowaniu kasacyjnym, w postępowaniu toczącym się na skutek wznowienia postępowania i w postępowaniu prowadzonym na skutek skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia, a także w postępowaniu toczącym się przed Sądem Najwyższym na skutek przedstawienia do rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego powstałego w konkretnej sprawie (art. 390, 398¹⁷ KPC, art. 59 SNU) lub na skutek wniosku o rozstrzygnięcie wątpliwości, które ujawniły się w orzecznictwie sądów powszechnych, sądów wojskowych lub Sądu Najwyższego (art. 60 SNU)¹⁰”.
11. „Jeżeli chodzi o opinię organizacji pozarządowych, to należy stwierdzić, że nie jest ona wiążąca dla sądu, aczkolwiek może pomóc sądowi w wyrobieniu sobie określonego przekonania o okolicznościach istotnych w sprawie¹¹”.

Rzecznik Finansowy podziela takie zapatrywanie na instytucję „istotnego poglądu”, który stanowi dla sądu materiał opiniodawczy o charakterze pomocniczym.

Podstawy prawne

Rozpoczynając analizę prawną w omawianej kwestii, w pierwszej kolejności należy przywołać przepisy prawa powszechnie obowiązującego, regulujące materię w tym przedmiocie, tj. następujące przepisy k.c.:

⁸ Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz. Art. 1–366 red. prof. dr hab. Andrzej Marciniak, prof. dr hab. Kazimierz Piasecki Rok: 2016, Wydanie: 7, komentarz do art. 63;

⁹ Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz red. prof. dr hab. Andrzej Zieliński, dr hab. Kinga Flaga-Gieruszyńska, Rok: 2016, Wydanie: 8, komentarz do art. 63;

¹⁰ Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz. Art. 1–366 red. prof. dr hab. Andrzej Marciniak, prof. dr hab. Kazimierz Piasecki Rok: 2016, Wydanie: 7, komentarz do art. 63;

¹¹ Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz. Art. 1-729 red. dr hab. Agnieszka Góra-Błaszczkowska Rok: 2015, Wydanie: 2, komentarz do art. 63;

„Art. 58. § 1. Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednio przepisy ustawy.

§ 2. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.

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

Art. 385¹ § 1. Postanowienia umowy zawieranej z konsumentem niezgodnione indywidualnie nie wiążą go, jeżeli kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy (niedozwolone postanowienia umowne). Nie dotyczy to postanowień określających główne świadczenia stron, w tym cenę lub wynagrodzenie, jeżeli zostały sformułowane w sposób jednoznaczny”

§ 2. Jeżeli postanowienie umowy zgodnie z § 1 nie wiąże konsumenta, strony są związane umową w pozostałym zakresie.

§ 3. Niezgodnione indywidualnie są te postanowienia umowy, na których treść konsument nie miał rzeczywistego wpływu. W szczególności odnosi się to do postanowień umowy przejętych z wzorca umowy zaproponowanego konsumentowi przez kontrahenta.

§ 4. Ciężar dowodu, że postanowienie zostało uzgodnione indywidualnie, spoczywa na tym, kto się na to powołuje.

Art. 385². 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”.

Istotne znaczenie mają również następujące przepisy ustawy – Prawo bankowe:

„Art. 69 ust. 2 pkt 5. Umowa kredytu powinna być zawarta na piśmie i określać w szczególności (...) wysokość oprocentowania kredytu i warunki jego zmiany.

Art. 76. Zasady oprocentowania kredytu określa umowa kredytu, z tym że w razie stosowania stopy zmiennej należy:

1) określić w umowie kredytowej warunki zmiany stopy procentowej kredytu;

2) powiadomić w sposób określony w umowie kredytobiorcę, poręczyciela oraz, jeżeli umowa nie stanowi inaczej, inne osoby będące dłużnikami banku z tytułu zabezpieczenia kredytu o każdej zmianie stopy jego oprocentowania”.

Odniesienie się do wyroku SN

Na wstępie Rzecznik Finansowy pragnie stwierdzić, że znany mu jest wyrok SN, wydany w sprawie w której przedmiotem sporu była tożsama klauzula modyfikacyjna jak w przedmiotowej sprawie. Stąd, Rzecznik Finansowy pragnie się kolejno odnieść do argumentacji zawartej w uzasadnieniu do wyroku SN.

W uzasadnieniu do wyroku SN stwierdza się, że „*Pozwany Bank żądał oddalenia powództwa i podniósł nieprawidłową wykładnię spornej klauzuli umownej. Zakwestionował przyjmowanie sugerowanego przez Rzecznika niższego oprocentowania z powodu niewłaściwej interpretacji umowy. Z treści kwestionowanej klauzuli nie wynika, że oprocentowanie miało być kształtowane jedynie przez LIBOR 3 M CHF i stałą marżę*”. Rzecznik Finansowy podziela ten pogląd, z tym wszakże zastrzeżeniem, że problemem klauzuli modyfikacyjnej jest właśnie fakt, że nie wiadomo przez jakie czynniki oprocentowanie miało być kształtowane. Nie był to LIBOR 3 M CHF, ale skoro tak, powstaje pytanie jaki inny czynnik lub instrument bazowy był podstawą kształtowania oprocentowania.

Jak wynika z uzasadnienia do wyroku SN: „*Pozwany samodzielnie pobierał raty kredytu, a ostateczne decyzje o sprawie zmiany oprocentowania należały do Zarządu Banku*”¹².

Ponadto, „*Według pozwanego, pojęcia stopy referencyjnej i parametrów finansowych są zdefiniowane w naukach ekonomicznych, a rozsądni konsumenci mieli możliwość wyliczenia wysokości stopy oprocentowania po wystąpieniu któregoś z parametrów*”¹³. Rzecznik Finansowy kategorycznie się nie zgadza z takim poglądem pozwanego. Przeciwnie,

¹² Str. 4 uzasadnienia do wyroku SN

¹³ Str. 3 uzasadnienia do wyroku SN

przedstawiona poniżej analiza pokazuje, że treść całej klauzuli modyfikacyjnej, w tym pojęcia parametrów finansowych rynku pieniężnego i rynku kapitałowego, wymyka się z pod jakiegokolwiek kontroli i weryfikacji nie tylko konsumentów, ale również Rzecznika Finansowego i sądów.

Potwierdzają to zresztą twierdzenia samego pozwanego, gdyż: „*Pozwany wskazywał, że katalog czynników determinujący poziom oprocentowania nie jest zamknięty, a dokładne dane dotyczące ich wpływu na zmianę oprocentowania są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa*”¹⁴.

Twierdzenie to, w ocenie Rzecznika Finansowego stoi w całkowitej sprzeczności z wcześniejszym twierdzeniem pozwanego, jakoby rozsądni konsumenci mieli możliwość wyliczenia wysokości stopy oprocentowania po wystąpieniu któregoś z parametrów. Skoro tak, powstaje pytanie, dlaczego dane dotyczące wpływu na zmianę oprocentowania są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa? Skoro na podstawie klauzuli modyfikacyjnej każdy ma możliwość ustalenia, czy i w jakim zakresie następuje zmiana oprocentowania, zatem jaki cel stoi za odmową przekazania kredytobiorcom informacji w tym zakresie? Zdaniem Rzecznika Finansowego pokazuje to, że sam pozwany nie miał i być może nadal nie ma ustalonego jednolitego sposobu (wzoru) zmian oprocentowania przyjętego na podstawie klauzuli modyfikacyjnej. Dodatkowo, nieujawnianie kredytobiorcom przyczyn, które legły u podstaw zmiany wysokości oprocentowania w istocie uniemożliwia im jakąkolwiek weryfikację prawidłowości i zgodności działania pozwanego z umową i dobrymi obyczajami.

Ponadto, koniecznym jest podkreślenie, że w jednej ze spraw, która była przedmiotem analizy Rzecznika Finansowego (w której Rzecznik Finansowy przedstawił sądowi pogląd istotny dla sprawy) klienci pozwanego stwierdzili, że pozwany uzasadniając poszczególne zmiany oprocentowania wskazywał m.in. na:

1. koszt finansowania kredytu;
2. analizy sytuacji makroekonomicznej, w których brano pod uwagę m.in.:
 - aktualne oraz prognozowane wartości stopy procentowej wskaźnika LIBOR i WIBOR;

¹⁴ Str. 6 uzasadnienia do wyroku SN

- aktualne oraz prognozowane zmiany wartości waluty będącej podstawą waloryzacji kredytu;
 - koszt pozyskania pieniądza;
 - ryzyko kredytowe;
 - koszty banku;
 - sytuację gospodarczą oraz rynkach finansowych w Polsce oraz na świecie;
3. zmianę wskaźników makroekonomicznych;
 4. kursy walut, oprocentowanie lokat terminowych i obligacji skarbowych;
 5. oprocentowanie obligacji skarbowych rocznych, dwuletnich, pięcioletnich i dziesięcioletnich emitowanych przez Polskę oraz USA, Szwajcarię i inne kraje Unii Europejskiej;
 6. zmiany stóp procentowych w Szwajcarii z marca 2009 r.

W kontekście powyższego warto zwrócić uwagę na kilka kwestii. Po pierwsze, część wskaźników, na które powoływał się pozwany trudno uznać jako objęte – nawet tak szerokim i wieloznacznym – zakresem klauzuli modyfikacyjnej umowy. W szczególności chodzi o koszt finansowania kredytu, wskaźnik WIBOR, ryzyko kredytowe, koszty banku, oprocentowanie obligacji skarbowych rocznych, dwuletnich, pięcioletnich i dziesięcioletnich emitowanych przez Polskę oraz USA i inne kraje Unii Europejskiej, prognozowane zmiany wartości waluty będącej podstawą waloryzacji kredytu. Nie są to bowiem parametry finansowe rynków w kraju, którego waluta jest podstawą waloryzacji, czyli Szwajcarii.

Ponadto, z informacji tych nie wynikało, o który konkretnie wskaźnik LIBOR i WIBOR chodzi. Nie wiadomo było jak „*prognozowane zmiany wartości waluty będącej podstawą waloryzacji kredytu*” wpływają na oprocentowanie kredytu. Wreszcie, jest zupełnie niejasnym, w jakiej relacji i w oparciu o jaka podstawę (o jaki wzór) należy te wszystkie wskaźniki ze sobą „łączyć”, aby ustalić, czy oprocentowanie ma ulec zmianie. W konsekwencji nie wiadomo było również, czy ma nastąpić obniżka czy też wzrost oprocentowania, a jeżeli tak, to w jakiej wysokości. Wątpliwości te można by mnożyć bez końca.

Wątpliwym jest również argument pozwanego, iż: „(...)konsumenci mieli możliwość zawarcia aneksów do umów tzw. starego portfela, zmieniających sposób ustalania wysokości oprocentowania i uzależnienia go wyłącznie od wysokości LIBOR 3M CHF oraz stałej marży”¹⁵, z czterech powodów. Po pierwsze, nie zmienia to faktu, że jeżeli dane postanowienie jest klauzulą abuzywną w rozumieniu art. 385¹ § 1 w zw. z art. 385² k.c., to jest ono bezskuteczne *ex lege* i *ex tunc*. Po drugie, nie zmienia to faktu, iż od chwili zawarcia umowy do jej zmiany w wyniku zwartego aneksu, klauzula ta obowiązywała, a co za tym idzie mogła powodować szkodę po stronie kredytobiorców. Po trzecie, z uzasadnienia do wyroku SN zdaje się wynikać, iż zawarcie takiego aneksu związane było z zapłatą przez kredytobiorców odpowiedniej prowizji przygotowawczej, cyt: „Możliwość zawarcia umowy kredytowej na podstawie stałego wzorca umownego (tzw. stałego portfela) lub tzw. nowego portfela, ustalającego zmianę oprocentowania jedynie przy uwzględnieniu zmiany stopy referencyjnej LIBOR 3M CHF i marży, miało 256 członków grupy; podpisali oni umowy po dniu 1 września 2006 r. Bank kierował do kilkudziesięciu kredytobiorców propozycje preferencyjnych stóp procentowych i prowizji przygotowawczych”¹⁶. Po czwarte wreszcie, przyjęcie, że abuzywność danej klauzuli może być niejako automatycznie „sanowana” przez przedsiębiorcę poprzez proponowanie zawarcia aneksu do umowy nie wydaje się przekonujące. Rzecznik Finansowy nie neguje, że co do zasady takie postępowanie przedsiębiorcy należy uznać jako pożądane. Wszak obecnie jest to – obok bezpośredniego zastosowania przepisów prawa regulujących kwestię objętą klauzulą abuzywną – jedyna możliwość jej zastąpienia. Tym nie mniej, zastąpienie klauzuli abuzywnej innym – nieabuzywnym – postanowieniem, nie może oznaczać, że przedsiębiorca nie jest obowiązany do naprawienia ewentualnej szkody wynikającej z tego, że przez pewien okres, taka abuzywna klauzula zawarta była w umowie. Przyjęcie bowiem takiej zasady oznaczałoby, że przedsiębiorcom może się opłacać umieszczanie (świadomie lub w wyniku niestaranności) w umowach klauzul abuzywnych, wszak uchylaliby się od negatywnych skutków w tym zakresie, zastępując je innymi postanowieniami.

Rzecznik Finansowy podziela argumenty wskazane przez sądy niższych instancji przytoczone w uzasadnieniu do wyroku SN, a mianowicie, że:

- „W ocenie Sądu Okręgowego, na etapie opracowywania wzorca lub zawierania umowy istniała możliwość precyzyjnego określenia sposobu zmiany oprocentowania,

¹⁵ Str. 3 uzasadnienia do wyroku SN

który należycie zabezpieczałby interesy Banku w całym okresie kredytowania, a jednocześnie byłby możliwy do zweryfikowania przez przeciętnego konsumenta co, stało się to np. w wyniku przyjęcia klauzuli zmiany oprocentowania umieszczonej w nowych umowach kredytowych (oprocentowanie na podstawie stawki bazowej LIBOR 3M CHF, stała marża i możliwość wahań stawki bazowej przekraczające poziom 0,10 punktu procentowego)”¹⁷.

- *„Zgodnie z orzecznictwem SN, sposób określenia przez bank warunków zmiany stopy procentowej podlega ocenie z punktu widzenia naruszenia interesów konsumenta i w tym zakresie bank powinien zachować szczególną staranność w zakresie precyzyjnego, jednoznacznego, zrozumiałego dla konsumenta określenia tej zmiany. Klauzula zmiennej stopy procentowej nie może mieć charakteru blankietowego; powinna określać czynniki usprawiedliwiające zmianę oprocentowania oraz relację między nimi a dokonywaną zmianą. Chodzi o kierunek, skalę i proporcję zmian. W przeciwnym razie pojawia się element uznaniowości i dobrowolności, co narusza wymagania zawarte w art. 76 ust. 1 i art. 69 ust. 2 pkt 5 prawa bankowego. Użyte w klauzuli wskaźniki nacechowane są niejasnością, niejednoznacznością tak dalece, że w praktyce sporna klauzula dała pozwanemu możliwość kształtowania wysokości oprocentowania, obciążającego powodów w sposób wymykający się spod obiektywnej kontroli. W treści klauzuli przewidziano ponadto fakultatywność zmiany, a nie jej obligatoryjność. Wymieniona ogólnie „stopa referencyjna” nie odpowiada wskazanym wymaganiom sformułowanym w przepisach Prawa bankowego, skoro na rynku pojawia się wiele stóp referencyjnych i przeciętny konsument nie jest w stanie zorientować się w tym zakresie. Oznacza to, że dokonywana przez pozwanego zmiana oprocentowania nie poddaje się ocenie kredytobiorcy, a rozmiar modyfikacji oprocentowania jest w istocie niemożliwy do sprawdzenia oraz wyliczenia na podstawie jasnych i dostępnych powszechnie parametrów”¹⁸.*

Rzecznik Finansowy podziela również konkluzje sądów *meriti*, które: „przyjęły skutki prawne stwierdzonej abuzywności postanowienia umownego i wyjaśniły, że postanowienie to staje się bezskuteczne *ex lege* i *ex tunc*, a strony umowy kredytowej pozostają związane jej treścią w

¹⁶ Str. 5 uzasadnienia do wyroku SN

¹⁷ Str. 8 uzasadnienia do wyroku SN

¹⁸ Str. 10 uzasadnienia do wyroku SN

pozostałym zakresie (art. 385¹ § 2 k.c.)”¹⁹. Przyjmując odpowiedzialność kontraktową pozwanego, należy się zgodzić z Sądem Najwyższym, iż: „Jeżeli pobranie nastąpiło w większym rozmiarze niż wynikało to z obowiązku właściwej repartycji wzrostu stopy procentowej w odpowiednim okresie, to po stronie kredytobiorcy nastąpiła szkoda w rozmiarze odpowiadającym pobranym odsetkom (art. 361 § 2 k.c.)”²⁰.

W ocenie Rzecznika Finansowego możliwe jest jednak przyjęcie nie tylko kontraktowej odpowiedzialności pozwanego, ale do rozważenia jest także odpowiedzialność na podstawie art. 405 w zw. z 410 k.c. (bezpodstawne wzbogacenie) lub art. 471 k.c. Zatem wbrew sugestii wynikającej z przyjętej przez Sąd Okręgowy, a następnie utrzymanej przez Sąd Apelacyjny sentencji wyroku (*verba sententiae*: „ustala odpowiedzialność odszkodowawczą, wynikającą z nienależytego wykonania umów”), w przedmiotowej sprawie z uwagi na odpadnięcie podstawy prawnej uprawniającej do pobierania kapitałowo-odsetkowych rat kredytu ustalanych na podstawie wyższych stawek oprocentowania, można rozważać kwalifikację zapłaconej przez powodów nadwyżki jako nienależnego świadczenia.

W uzasadnieniu do wyroku SN, Sąd Najwyższy stwierdza, że: „Nie można bowiem zakładać istnienia kontraktowego obowiązku posługiwania się przez kontrahenta prawidłowym (nieabuzywnym) wzorcem umownym (art. 56 i 354 k.c.)”²¹. Z kolei pozwany twierdzi, że „nie ponosił winy braku przewidywania, iż sporna klauzula, stworzona w 2002 r., będąca w tym czasie standardowym postanowieniem umownym, może być uznana w przyszłości za abuzywną”²². W ocenie Rzecznika Finansowego, takie twierdzenie pozwanego jest jedynie częściowo trafne. Nawet jeżeli przyjąć, że nie ponosi on winy w rozumieniu prawa cywilnego, to i tak przesłanka „winy” jest bezprzedmiotowa z punktu widzenia ewentualnej odpowiedzialności pozwanego wynikającej z tego, że w wykorzystywanych przez niego wzorcach i umowach znajdują się klauzule abuzywne. Wszak, wśród przesłanek zawartych w art. 385¹ § 1 k.c., które muszą być spełnione aby uznać dane postanowienie jako niedozwolone, brak jest przesłanki „winy”.

Należy też pamiętać, że umowy kredytów hipotecznych zawierane są na długie czasokresy (często na 20 – 30 lat). Zadaniem banku jako twórcy wzorca umownego, jest więc także jego skonstruowanie, aby z jednej strony zabezpieczyć swoje interesy (możliwość zmiany

¹⁹ Str. 17 uzasadnienia do wyroku SN

²⁰ Str. 25 i 26 uzasadnienia do wyroku SN

²¹ Str. 18 uzasadnienia do wyroku SN

²² Str. 18 uzasadnienia do wyroku SN

oprocentowania w trakcie wykonywania umowy), ale z drugiej strony słuszne prawa konsumentów (przewidywalność, weryfikowalność i jasne zasady zmian oprocentowania).

Kontynuując rozważania w zakresie skutków uznania danej klauzuli za abuzywną, Rzecznik Finansowy pragnie się także odnieść do poglądu Sądu Najwyższego zawartego w uzasadnieniu do wyroku SN, zgodnie z którym: „*eliminacja danej klauzuli umownej jako konsekwencja tej abuzywności nie może prowadzić do sytuacji, w której następowalaby zmiana prawnego charakteru stosunku obligacyjnego łączącego twórcę wzorca i kontrahenta. W analizowanych w sprawie umowach kredytu hipotecznego przyjęto w całym okresie kredytowania formułę zmiennej stopy procentowej odsetek kapitałowych, stanowiących element świadczenia głównego w rozumieniu art. 385¹ § 1 k.c. Cechą abuzywności dotknięta została klauzula zawarta odpowiednio w § 10 pkt 2 i § 11 pkt 2 standardowych umów kredytowych, a nie klauzula wyrażona w odpowiednio w § 10 pkt 1 i § 11 pkt 1 tych umów. Jedynie w chwili zawarcia umowy ustalono stałą stopę na poziomie określonym w § 1 pkt 8 umowy. Jednocześnie w umowach nie przewidziano żadnych zdarzeń, które powodowałyby transformację zmiennej stopy oprocentowania w stopę stałą w odpowiednim okresie. Jeżeli zatem Sądy meriti jako skutek prawny stwierdzenia abuzywności postanowień umów kredytowych, zawartych odpowiednio w § 10 pkt 2 i § 11 pkt 2 umowy kredytowej, stwierdziły obowiązywanie nieabuzywnych postanowień umownych dotyczących odsetek kapitałowych, tj. § 1 pkt 8 umowy, przewidującego stałą stopę procentową w chwili zawarcia umowy, to takie stanowisko w istocie prowadzi do bezpodstawnej zmiany charakteru zobowiązania kredytowego łączącego strony. Wprowadza ono nowy element do stosunku obligacyjnego przewidującego jako regułę zmienną stopę odsetek kapitałowych także w całym okresie objętym pozwem. Takiej ekstensywnej wykładni skutków prawnych stwierdzenia abuzywności (art. 385¹ § 1 k.c.) nie można usprawiedliwiać nawet przy założeniu jej wybitnie prokonsumenckiego celu*”²³.

Rzecznik Finansowy co do zasady podziela argumentację Sądu Najwyższego w tym zakresie. Należy się zgodzić, że zasadniczo – w świetle obowiązujących przepisów – nawet sądy nie mają uprawnienia do tego, aby w wyniku uznania danego postanowienia umownego za abuzywne, zastępować to postanowienie orzeczeniem, czyniąc to wbrew jednej lub nawet dwóm stronom umowy (procesu). **Tym niemniej, w ocenie Rzecznika Finansowego, zasądzenie od pozwanego określonej kwoty tytułem odszkodowania (czy to *ex contractu*,**

²³ Str. 19 i 20 uzasadnienia do wyroku SN

czy *ex delictu*), czy też tytułem nienależnego świadczenia, wcale nie oznacza, że sąd dokonuje zmiany charakteru zobowiązania (czy też ingeruje władczo w cywilnoprawny stosunek dwóch stron). Zasądzenie odszkodowania tytułem nadwyżki płaconej przez powodów w wyniku oprocentowania przyjętego przez pozwanego na podstawie postanowienia umownego uznanego za niedozwolone wcale nie oznacza, że oprocentowanie kredytu w sensie prawnym ma charakter stały.

Jak słusznie stwierdził Sąd Najwyższy, pozostałe zapisy umowne, a w szczególności te mówiące o zmiennym charakterze oprocentowania kredytu pozostają w mocy i w ocenie Rzecznika Finansowego, orzeczenie o ww. odpowiedzialności pozwanego tego nie zmienia. Inna sprawa, że w praktyce (czyli faktycznie), oprocentowanie to może pozostać stałe, lecz kwestia ta zależy od stron umowy. Za takim poglądem przemawia zresztą sama treść klauzuli modyfikacyjnej, w której mowa jest o tym, że oprocentowanie może, ale nie musi ulegać zmianie. Zostało ono zatem ukształtowane w taki sposób, iż jakkolwiek umowa przewiduje zmienne oprocentowanie (w sensie prawnym), to w praktyce nie wykluczało to tego, iż w całym okresie obowiązywania umowy oprocentowanie (w sensie faktycznym) mogło mieć charakter stały.

Należy dodać, że prawo dopuszcza możliwość ustalania zmiennego oprocentowania również w przypadku umów kredytów (pożyczek) krótkoterminowych. W takich wypadkach może się okazać, że jakkolwiek w umowie strony ustaliły oprocentowanie zmienne, to w praktyce będzie ono stałe, w wysokości przyjętej w chwili zawarcia umowy. Zresztą ten sam skutek może nastąpić w przypadku kredytów długoterminowych, które przewidują możliwość ich wcześniejszej spłaty. Również w takich wypadkach, oprocentowanie ustalone przez strony jako zmienne, w wyniku np. spłaty kredytu zawartego na 20 lat po upływie pół roku, w praktyce okaże się stałe.

Podsumowując, w ocenie Rzecznika Finansowego, przyjęcie w umowach kredytów zmiennego oprocentowania nie stoi na przeszkodzie do przyjęcia – na potrzeby dokonania obliczeń celem ustalenia wysokości odszkodowania pozwanego – stałego oprocentowania, co wcale nie oznacza ingerencji sądu w charakter prawny zobowiązania. W takim wypadku nie dochodzi zatem do wyeliminowania elementu zmiennego oprocentowania w związku z uznaniem abuzywności klauzuli

modyfikacyjnej²⁴. W przypadku rat płaconych w okresie po wydanym orzeczeniu, oprocentowanie w praktyce będzie mogło być zmienne, jeżeli strony dojdą do porozumienia co do sposobu jego precyzyjnego ustalenia. Ewentualna zmiana umowy w tym zakresie – słusznie – pozostaje w gestii jej stron.

W dalszej części niniejszego poglądu przedstawiona została analiza prawna klauzuli modyfikacyjnej. Należy jednak zaznaczyć, że w wyroku SN, Sąd Najwyższy 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)²⁵;

– uznając tylko element decyzyjny za abuzywny.

Rzecznik Finansowy nie podziela tej opinii. W ocenie Rzecznika Finansowego, zarówno element decyzyjny jak i element ekonomiczny spełniają przesłanki abuzywności w rozumieniu art. 385¹, art. 385² k.c., 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. Przyjęcie takiego poglądu zostało szczegółowo wyjaśnione poniżej.

Rzecznik Finansowy pragnie zwrócić uwagę, że sąd rozpoznający niniejszą sprawę nie jest związany oceną Sądu Najwyższego co do uznania częściowej tylko abuzywności klauzuli modyfikacyjnej a mianowicie w zakresie jego elementu decyzyjnego. Wychodząc z takiego założenia, Rzecznik Finansowy uważa za zasadne przedstawienie kompleksowego poglądu odnoszącego się do całej klauzuli modyfikacyjnej, nie zaś tylko i wyłącznie do jej elementu decyzyjnego.

²⁴ Str. 21 uzasadnienia do wyroku SN

Analiza klauzuli modyfikacyjnej pod kątem przepisów ustawy – Prawo bankowe

Co się tyczy określoności oprocentowania kredytów i warunków jego zmiany, istnieje bogate orzecznictwo Sądu Najwyższego, które nie może być obojętne dla analizy klauzuli modyfikacyjnej. Warto więc przytoczyć następujące orzeczenia:

1. Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 4 listopada 2011 r. I CSK 46/11, w którym Sąd Najwyższy stwierdził, że: *„Klauzula zmiennej stopy oprocentowania kredytu, zawarta we wzorcu umownym, nie może mieć charakteru blankietowego”*;
2. Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 5 kwietnia 2002 r. II CKN 933/99 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”*.
3. Uchwała Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 19 maja 1992 r. III CZP 50/92, 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”*.
4. Uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 6 marca 1992 r. III CZP 141/91, 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”*.

²⁵ Str. 23 uzasadnienia do wyroku SN

W świetle powyższego, należy więc uznać, że ustawodawca w art. 69 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 76 pkt 1 ustawy – Prawo bankowe określił stopień szczególności postanowienia przewidującego warunki zmiany oprocentowania.

Nie sposób również – w przypadku umowy zawieranej z konsumentami, interpretować przepisów ustawy – Prawo bankowe w oderwaniu od obowiązującego w Polsce i Unii Europejskiej systemu ochrony konsumentów.

W tym zakresie należy wskazać chociażby na art. 23a. ust. 2 obowiązującej w dacie zawarcia umowy ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 2000 nr 122 poz. 1319 z późn. zm.) (ustawa obowiązywała od 1 kwietnia 2001 r. do 21 kwietnia 2007 r.), zgodnie z którym:

„Za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów uważa się w szczególności stosowanie postanowień wzorców umów, które zostały wpisane do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone, o którym mowa w art. 479⁴⁵ Kodeksu postępowania cywilnego, naruszanie obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji, nieuczciwą lub wprowadzającą w błąd reklamę i inne czyny nieuczciwej konkurencji godzące w zbiorowe interesy konsumentów”.

W doktrynie podkreśla się, że: *„Normy chroniące konsumentów mają na celu zapewnienie równowagi między profesjonalnym uczestnikiem obrotu a konsumentem (S. Koroluk, Zmiana, s. 439; E. Łętowska, Ochrona konsumenta, s. 5; R. Stefanicki, Zapewnienia reklamowe, s. 173). Podstawowym instrumentem służącym realizacji tego zadania jest zapewnienie konsumentom odpowiedniego poziomu wiedzy poprzez nałożenie na przedsiębiorców szeregu obowiązków informacyjnych (wyr. TK z 21.4.2004 r., K 33/03, OTK-A 2004, Nr 4, poz. 31; E. Łętowska, Ochrona konsumenta, s. 5; S. Koroluk, Zmiana, s. 439), gdyż współczesny rynek zaciemnia przejrzystość tak co do przedmiotu oferty (jakość, bezpieczeństwo oferowanych dóbr), jak i co do sposobu korzystania z niej (M. Szydło, Publicznoprawna, s. 793; E. Łętowska, Europejskie prawo umów konsumenckich, s. 26). Dlatego w gospodarce rynkowej "konsument ma prawo do kompletnej i jednoznacznej informacji w sprawach mających istotne znaczenie dla zabezpieczenia jego interesu prawnego w warunkach globalizacji (masowości) obrotu prawnego i wielości ofert na rynku" (wyr. SN z 20.6.2006 r., III SK 7/06, OSNP 2007, Nr 13–14, poz. 207). Tylko "zasób zrozumiałej, jasnej i dostępnej informacji dla konsumenta spełnia niezbędne wymagania warunkujące możliwość dokonywania przez*

niego niezakłóconego i racjonalnego wyboru" (wyr. SN z 11.7.2002 r., I CKN 1319/00, OSNC 2003, Nr 5, poz. 73), co z kolei sprzyja prawidłowemu funkcjonowaniu rynku"²⁶.

Rzecznik Finansowy ma świadomość, że art. 23a. ust. 2 ówczesnej ustawy uokik nie nakładał samodzielnie na przedsiębiorców obowiązków informacyjnych, a jedynie wskazywał, że naruszenie takich obowiązków przewidzianych w innych ustawach może stanowić praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów. Jednakowoż, w ocenie Rzecznika Finansowego, właśnie art. 69 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 76 pkt 1 ustawy – Prawo bankowe przewidują taki obowiązek informacyjny, który musi być interpretowany przez pryzmat art. 23a. ust. 2 ówczesnej ustawy uokik i w powiązaniu z powyżej cytowanym orzecznictwem Sądu Najwyższego.

W ocenie Rzecznika Finansowego brak jest zatem podstaw, by interpretować art. 69 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 76 pkt 1 ustawy – Prawo bankowe, w oderwaniu od art. 23a. ust. 2 ówczesnej ustawy uokik. Podobnie, brak jest podstaw by badać ewentualną abuzywność klauzuli modyfikacyjnej pod kątem art. 385¹ § 1 k.c. w oderwaniu od art. 23a. ust. 2 ówczesnej ustawy uokik.

W świetle powyższego, warunki zmiany oprocentowania:

1. muszą być określone w sposób zapewniający konsumentom rzetelną, prawdziwą i pełną informację;
2. muszą wskazywać na konkretne okoliczności, od których zmiana ta jest uzależniona;
3. muszą przewidywać kryteria obiektywne i zewnętrzne w stosunku do banku;
4. nie mogą mieć charakteru blankietowego.

W ocenie Rzecznika Finansowego, klauzula modyfikacyjna w istocie wskazuje na pewne okoliczności, których zaistnienie może skutkować zmianą oprocentowania. Nie sposób jednak uznać, aby okoliczności te były **konkretne**, a taki wymóg stawia wyżej cytowane orzecznictwo w tym zakresie. Nie sposób również uznać, że okoliczności te będą skutkować zmianą oprocentowania wszak w klauzuli modyfikacyjnej mowa jest jedynie o tym, że oprocentowanie będzie **mogło być** zmienione, a nie, że będzie **musiało być** zmienione.

²⁶ T. Skoczny (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. wyd. 2, Warszawa 2014, komentarz do art. 24

W ocenie Rzecznika Finansowego, w istocie nie wiadomo bowiem, co dokładnie należy rozumieć przez użyte w umowie, poniższe sformułowania:

1. stopę referencyjną określoną dla danej waluty;
2. parametr finansowy;
3. rynek pieniężny którego waluta jest podstawą waloryzacji;
4. rynek kapitałowy którego waluta jest podstawą waloryzacji.

Pojęcia te – co zostanie rozwinięte szczegółowo poniżej – w istocie mają charakter blankietowy, mogą być swobodnie interpretowane przez pozwanego i wymykają się spod jakiegokolwiek weryfikacji ze strony zarówno konsumentów (powodów), jak i sądu.

W ocenie Rzecznika Finansowego, powyższe prowadzi do wniosku, że klauzula modyfikacyjna, wbrew wymogom ustawowym zawartym w art. 69 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 76 pkt 1 ustawy – Prawo bankowe, nie zawiera konkretnych okoliczności faktycznych, które wskazywałyby (lub których zmiana wskazywałaby) w sposób niebudzący wątpliwości, obiektywny i jednoznaczny, czy i kiedy następować będzie zmiana oprocentowania.

Przedstawione przez Rzecznika Finansowego stanowisko podzielane jest również przez doktrynę. Podkreśla się bowiem, że: „*Ponadto określenie warunków zmiany stopy procentowej kredytu nie może być rozumiane przez bank sensu largo. Jak wskazuje doktryna [W. Srokosz, w: Prawo bankowe (red. E. Fojcik-Mastalska), s. 221], zmiana stopy oprocentowania kredytu nie może być pozostawiona swobodnej ocenie banku. Warunki zmiany stopy oprocentowania powinny być dokładnie określone w umowie i zależeć od zaistnienia konkretnych przesłanek (stanu faktycznego). Przy czym także konkretne przesłanki powinny być określone w sposób pozwalający na późniejszą sądową kontrolę postanowień umownych dotyczących zmiany stóp oprocentowania (zob. komentarz do art. 69) i nie powinny podlegać swobodnej ocenie banku*”²⁷.

Ostatni cytowany fragment – w ocenie Rzecznika Finansowego – zasługuje na szczególną uwagę, wskazuje bowiem na to, że treść tzw. klauzuli modyfikacyjnej musi być weryfikowalna przez sąd. *A contrario* można więc uznać, że w sytuacji, w której sąd

²⁷ Prawo bankowe. Komentarz, red. prof. UW dr hab. Hanna Gronkiewicz-Waltz, Rok: 2013 Wydanie: 1, komentarz do art. 76

nie jest w stanie dokonać takiej weryfikacji, to wynika to właśnie z faktu niedookreśloności takiej klauzuli, a co za tym idzie, nie może ona być podstawą jakichkolwiek roszczeń ze strony kredytodawcy.

W doktrynie podkreśla się także, iż „Brak określenia tych zasad w umowie powoduje, że okażą się one nieskuteczne w stosunku do kredytobiorcy. Bank nie będzie mógł z nich skorzystać, a w razie zmiany sąd będzie uprawniony do zwolnienia kredytobiorcy z następstw tak dokonanej modyfikacji oprocentowania (por. np. T. Czech, *Konsekwencje*, s. 41; M. Jobska, *Zmiana*, s. 73–84)²⁸”.

Przyjęcie zatem przez sąd, że klauzula modyfikacyjna jest sprzeczna z art. 69 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 76 pkt 1 ustawy – Prawo bankowe, oznaczałoby, że klauzula ta byłaby nieskuteczna wobec powodów. Sąd zaś byłby uprawniony do orzeczenia zwrotu wszelkich kwot pobranych w związku z dokonaniem przez pozwanego zwiększeniem oprocentowania w oparciu o klauzulę modyfikacyjną, ponad tą stawkę oprocentowania, która wynikała wprost z umowy.

Jednocześnie, przyjmuje się, iż 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.²⁹.

Analiza klauzuli modyfikacyjnej pod kątem abuzywności w rozumieniu art. 385¹ § 1 k.c.

W przypadku uznania przez sąd, że klauzula modyfikacyjna jest zgodna z art. 69 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 76 pkt 1 ustawy – Prawo bankowe, koniecznym jest przeanalizowanie tegoż postanowienia pod kątem art. 385¹ § 1 i nast. k.c.

W celu stwierdzenia, czy dane postanowienie umowne nie wiąże konsumenta zgodnie z art. 385¹ § 1 i nast. k.c., muszą być spełnione łącznie następujące przesłanki:

1. strony łączy umowa;
2. stronami umowy są przedsiębiorca i konsument;

²⁸ Prawo bankowe. Komentarz dr Grzegorz Sikorski, Rok:2015, Wydanie: 1 – komentarz do art. 76

²⁹ 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”

3. postanowienie umowne nie zostało uzgodnione indywidualnie;
4. postanowienie nie określa głównych świadczeń stron, chyba że zostało sformułowane w sposób niejednoznaczny;
5. postanowienie kształtuje prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy

Należy też dodać, że treść klauzuli modyfikacyjnej może być przedmiotem analizy pod kątem spełnienia przesłanek zawartych w art. 385¹ § 1 k.c., gdyż przepis ten i następne k.c. znajdują zastosowanie do weryfikacji postanowień umów zawieranych przez przedsiębiorców z konsumentami, bez względu na to, czy ich zawarcie nastąpiło z użyciem czy też bez użycia wzorców, ale także do klauzul wzorców umownych używanych przy zawieraniu umów³⁰.

W ocenie Rzecznika Finansowego, nie może mieć przesądzającego znaczenia – w świetle powyższych rozważań – jak w praktyce przedmiotowe postanowienie było (jednostronnie) interpretowane i stosowane przez pozwanego. Nawet przyjmując hipotetycznie, że na postawie tej klauzuli następowała również obniżka stopy oprocentowania kredytu, nie wyklucza to przecież interpretacji i stosowania postanowienia w sposób niekorzystny dla konsumentów. Tym samym, kluczowe znaczenie ma to, jak klauzula modyfikacyjna może być interpretowana w całym okresie obowiązywania umowy. Oczywiście to, jak umowa jest faktycznie wykonywana – w konkretnej sprawie, może mieć pewien wpływ na całościową ocenę danej klauzuli. Jednakże jest to tylko jeden z wielu czynników, jaki sąd obowiązany jest brać pod uwagę. Potwierdza to zarówno treść art. 385² k.c., zgodnie z którym „*Oceny zgodności postanowienia umowy z dobrymi obyczajami dokonuje się według stanu z chwili zawarcia umowy*”, ale również fakt, iż bezskuteczność abuzywnej klauzuli ma charakter *extunc*, a więc z mocą wsteczną od momentu zawarcia umowy.

W tym miejscu koniecznym jest wskazanie na art. 4 ust. 1 dyrektywy 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; dalej: dyrektywa), który stanowi, że: „*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*

³⁰ Zob. wyroki SN z dnia 9 października 2003 r., V CK 277/02, OSNC 2004, nr 11, poz. 184 oraz z dnia 7 grudnia 2006 r., III CSK 266/06, LEX nr 238949

umowy lub innej umowy, od której ta jest zależna”. Rzecznik Finansowy pragnie podkreślić, że w jego ocenie okoliczności związane z wykonywaniem umowy przy badaniu danego postanowienia umownego pod kątem jego abuzywności, powinny mieć znaczenie subsydiarne, gdyż kluczowa jest sama treść analizowanego postanowienia i możliwość jego interpretacji. Tym niemniej, w przedmiotowej sprawie, zachowanie pozwanego polegające na odmowie przekazania powodowi szczegółowych informacji na temat przyczyn zmiany oprocentowania (z powołaniem się na tajemnicę przedsiębiorstwa), stanowi po prostu dodatkowy argument przemawiający za abuzywnym charakterem klauzuli modyfikacyjnej.

Dodatkowo, odnosząc się do treści art. 4 ust. 1 dyrektywy należy wskazać na istotny błąd w jej polskiej wersji tłumaczenia. W wersji polskiej, treść tego przepisu – przytoczona wyżej – wskazuje 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 prowadzi do zgola odmiennych wniosków:

Wersja angielska:

„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. W ocenie Rzecznika Finansowego, prawidłowe tłumaczenie art. 4 ust. 1 dyrektywy powinno być więc następujące:

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

Powyższe ma kluczowe znaczenie w kontekście tego, co stanowi przedmiot badania abuzywności – konkretna klauzula w brzmieniu z chwili zawarcia umowy, czy też sposób jej interpretacji i sposób wykonywania umowy w trakcie jej trwania. W ocenie Rzecznika Finansowego, w świetle powyższych argumentów, przedmiotem badania sądu powinna być treść danego postanowienia w brzmieniu z chwili zawarcia umowy, względnie w sytuacji w której klauzula została zmodyfikowana poprzez np. zawarcie aneksu, wówczas treść danego postanowienia w brzmieniu nadanym aneksem do umowy, ale tylko za okres od chwili zawarcia aneksu.

W związku z powyższym należy wskazać co następuje. Po pierwsze, jak zauważył Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w orzeczeniu z dnia 3 kwietnia 2008 r. (sprawa C-187/07) *„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 najnowszym orzecznictwie Trybunału, np. w orzeczeniu z dnia 9 kwietnia 2014 r. w sprawie C-74/13.

Również polska judykatura przyjęła wyżej wskazaną linię orzeczniczą. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 czerwca 2006 r. (sygn.: III PK 30/06), *„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 normatywnej w niej zawartych, a konieczne jest odwoływanie się również do innych wersji językowych dyrektywy jak również uwzględnienie ogólnej systematyki i celu danego uregulowania.

Zresztą należy podkreślić, że 13 października 2016 r. 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)³¹” 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.”³².

W tym kontekście, Rzecznik Finansowy stoi na stanowisku, iż to, w jaki sposób pozwany w przeszłości kształtował kursy walut nie ma żadnego znaczenia dla oceny postanowień wzorców umów, tak w kontroli abstrakcyjnej, jak i w kontroli incydentalnej danej umowy.

W kontekście powyższego nie jest też przekonujący argument przywoływany przez niektóre banki, iż racji tego, że kredytobiorcy dotychczas (w trakcie wykonywania umowy) nie kwestionowali działań banku w tym zakresie i nie podnosili zarzutu abuzywności danej klauzuli, brak jest podstaw do analizy tychże klauzul pod kątem ich zgodności z prawem. W ocenie Rzecznika Finansowego jest to bez znaczenia z punktu widzenia oceny klauzul

³¹

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

L

waloryzacyjnych pod kątem ich abuzywności. Art. 385¹ k.c. nie przewiduje bowiem, że w przypadku akceptacji danej klauzuli przez strony przez pewien okres, 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 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, podpisując umowę (a więc składając oświadczenie woli). Inne stanowisko w tym zakresie czyniłoby cały system kontroli incydentalnej bezprzedmiotowym.

Z akt sprawy wynika, iż:

1. stronami umów są przedsiębiorca (pозwany) i konsumenci (powodowie);
2. pozwany posługiwał się wzorcem umownym, który nie został uzgodniony indywidualnie; (Rzecznik Finansowy podziela w tym zakresie pogląd, iż kluczowym jest fakt stosowania przez pozwanego wzorca umownego, co do zasady przesądza że *de facto* i *de iure* konsument nie miał możliwości negocjowania większości postanowień umowy – z akt sprawy nie wynika również, aby indywidualnie negocjowane były klauzule waloryzacyjne, które stanowią główny przedmiot sporu)³³. Przepis art. 385¹ § 3 k.c. stanowi więc, że niezgodnione indywidualnie są te postanowienia umowy, na których treść konsument nie miał rzeczywistego wpływu; **w szczególności odnosi się to do postanowień umowy przyjętych ze wzoru umowy zaproponowanego konsumentowi przez kontrahenta**);
3. niezależnie od tego, czy klauzula modyfikacyjna należy do świadczenia głównego po stronie konsumenta, to tak czy inaczej nie została ona sformułowana w sposób jednoznaczny.

Rzecznik Finansowy przyjmuje więc, że w tym zakresie klauzula modyfikacyjna spełnia przesłanki zawarte w art. 385¹ § 1 k.c.

³² [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)

³³ Art. 385¹ § 1 i nast. k.c. znajdują zastosowanie do weryfikacji postanowień umów zawieranych przez przedsiębiorców z konsumentami, bez względu na to, czy ich zawarcie nastąpiło z użyciem czy też bez użycia wzorców, ale także do klauzul wzorców umownych używanych przy zawieraniu umów - zob. wyroki SN z dnia 9 października 2003 r., V CK 277/02, OSNC 2004, nr 11, poz. 184 oraz z dnia 7 grudnia 2006 r., III CSK 266/06, LEX nr 238949

Co się tyczy kwestii, czy klauzula modyfikacyjna określa główne świadczenie stron, warto zauważyć, że na tle analizy klauzul waloryzacyjnych, w orzecznictwie Sądu Najwyższego zwrócono uwagę na to, że tego rodzaju klauzule nie są objęte wyłączeniem zawartym w art. 385¹ § 1 zdanie drugie k.c. Klauzula taka nie określa bowiem bezpośrednio świadczenia głównego, a wprowadza jedynie umowny reżim jego podwyższenia (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2015 r., I CSK 257/14, nie publ.)³⁴. Oczywiście, w przypadku klauzuli modyfikacyjnej nie chodzi o kwestię ustalania waluty, lecz o kwestię ustalenia wysokości oprocentowania w oparciu o określone warunki (parametry), tym niemniej nie sposób nie dostrzec w tym zakresie analogii do stanu faktycznego, na podstawie którego orzekł Sąd Najwyższy w zacytowanym wyżej wyroku. W obu wypadkach, chodzi jednak o postanowienia umowne stanowiące podstawę odpowiednich wyliczeń, które mają bezpośredni wpływ na wysokość raty kapitałowo-odsetkowej.

Należy wskazać, że ustalanie oprocentowania następuje według reguł, które *de facto* nie są znane powodom, a co za tym idzie – za ich pomocą zastrzegano na rzecz pozwanego uprawnienie do wiążącego ustalenia wysokości oprocentowania bez ustalenia obiektywnych reguł ich weryfikacji. Można je więc uznać jako postanowienie określające sposób wykonania umowy, a nie główne świadczenia stron.

Potwierdzeniem powyższego rozumowania może być również fakt, iż w § [REDAKTOWANE] umowy znajdował się zapis, iż: „Zmiana wysokości oprocentowania Kredytu dokonana zgodnie z postanowieniami niniejszego § nie stanowi zmiany Umowy”. Skoro zmiana wysokości oprocentowania nie stanowi zmiany umowy, to racjonalny jest pogląd, iż zapis ten nie obejmuje głównego świadczenia stron. Trudno bowiem przyjąć, że zmiana jednego z głównych świadczeń stron – a więc najczęściej *essentialia negotii* umowy – mogłaby następować bez zmiany umowy (bez aneksu do umowy). Możliwy jest więc do obrony pogląd, że klauzula modyfikacyjna nie zawiera samoistnych treści, ale są instrumentem, który pozwala na ostateczne ustalenie rozmiaru świadczenia, w tym świadczenia głównego. Jednocześnie, Rzecznik Finansowy ma świadomość, że przedmiotowa kwestia ma charakter dyskusyjny.

Ponadto, należy mieć na uwadze, że wskazana argumentacja czyniona jest z daleko posuniętej ostrożności procesowej, gdyż niezależnie od tego, czy przyjąć, iż w przypadku spornego postanowienia mamy do czynienia ze świadczeniem głównym czy też nie, postanowienie to

³⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 stycznia 2016 r., sygn.: I CSK 1049

tak czy inaczej należy uznać za określone niejednoznaczne, a zatem poddające się weryfikacji pod kątem abuzywności.

Niejednoznaczne sformułowanie klauzuli modyfikacyjnej

Przez pojęcie jednoznaczności należy rozumieć brak wątpliwości co do znaczenia postanowień wzorca. Ich interpretacja nie powinna umożliwiać nadania im różnych znaczeń. Do wieloznaczności może prowadzić używanie terminów nieostrych, które pozwalają na formułowanie kilku (zamiast jednej) różniących się od siebie norm, dotyczących zachowania stron stosunku. W wyroku z dnia 26 stycznia 2006 r. (V CSK 90/05, LEX nr 195430) Sąd Najwyższy uznał, że należy zastosować normę art. 385 § 2 k.c. i rozstrzygnąć nasuwające się wątpliwości na korzyść konsumenta wobec niedostatecznie precyzyjnego określenia użytego we wzorcu. Zdaniem tego sądu, *„Konsument ma prawo nie wiedzieć, jakie warunki zabezpieczenia będą z punktu widzenia zakładu ubezpieczeń »należyte«, skoro zakład ubezpieczeń ich nie precyzuje, chociażby przez wskazanie, że dokumenty powinny być wyniesione poza pojazd”*. Eliminacji wieloznaczności służy odpowiednio dobrany język wypowiedzi, stylistyka zdań, a nawet zabiegi redakcyjne (podziały tekstu). Redakcja wzorca ma jednak podstawowe znaczenie dla jego zrozumiałości, a więc możliwości łatwego przyswojenia sobie jego treści. Przy ocenie wymogu zrozumiałości należy uwzględnić użyty przez proponenta język (powszechny, specjalistyczny, poprawność składni), obszerność dokumentu, a także układ graficzny, który może decydować nie tylko o czytelności, ale i zrozumiałości tekstu. W wyroku z dnia 12 stycznia 2007 r. (IV CSK 307/06, LEX nr 238967) Sąd Najwyższy uznał, że wymóg zrozumiałości wzorca nie jest dopełniony, gdy doręczone dokumenty zawierają *„uregulowania niejasne, wieloznaczne, mylące i obiektywnie niezrozumiałe dla przeciętnego adresata”*.

W przedmiotowej sprawie nie powinno budzić wątpliwości, że klauzula modyfikacyjna jest niejasna, jak również niezrozumiała co do istoty dla przeciętnego konsumenta. Chociażby wyrażenie *„parametry finansowe rynku pieniężnego i kapitałowego”* może być przez strony umowy interpretowane na różny sposób. Trudno przyjąć, aby przeciętny konsument wiedział co należy rozumieć (lub co pozwany rozumie) szczególnie pod pojęciem *„parametry finansowe”*, skoro pozwany w umowie tego w żaden sposób nie precyzuje. Istotne wątpliwości z analogicznych przyczyn może budzić także znaczenie wyrażenia *„rynek*

pieniężny”, czy „*rynek kapitałowy*”. Podobnie jest zresztą z pojęciem „*stopy referencyjnej określonej dla danej waluty*”.

Podsumowując w tym miejscu, należy stwierdzić, że klauzula modyfikacyjna – nawet przyjmując, iż określa świadczenie główne stron – zawiera uregulowanie niejasne, nieprecyzyjne, jak również niezrozumiałe co do istoty dla przeciętnego konsumenta, tym samym nie zostało sformułowane w sposób jednoznaczny, a zatem w tym zakresie spełnia przesłankę zawartą w art. 385¹ § 1 k.c.

Dobre obyczaje i rażąco naruszenie interesu konsumenta

Aby dane postanowienie można uznać za klauzulę niedozwoloną, musi ono również kształtować prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami i rażąco naruszać jego interesy. Przesłanki te mają charakter klauzul generalnych i są weryfikowane każdorazowo przez sąd rozpatrujący daną sprawę.

W ocenie Rzecznika Finansowego istotą sporu w przedmiotowej sprawie jest zatem odpowiedź na pytanie, czy klauzula modyfikacyjna kształtuje prawa i obowiązki powodów w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami i rażąco narusza ich interesy.

Kształtowanie praw i obowiązki powodów w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami

Przez pojęcie dobrych obyczajów należy rozumieć normy moralne i zwyczajowe stosowane w działalności gospodarczej. Zarówno dobre obyczaje, jak i zasady współżycia społecznego nie są normami prawnymi, lecz normami postępowania. Jednak z uwagi na fakt, iż są normami postępowania obowiązującymi w obrocie gospodarczym, powinny być przestrzegane tak jak przepisy prawa. Potrzeba przestrzegania dobrych obyczajów w stosunkach z konsumentami jest szczególnie widoczna w prawie umów, gdzie powinna wyrażać się we właściwym informowaniu o wynikających z umowy uprawnieniach, niewykorzystywaniu uprzywilejowanej pozycji profesjonalisty przy zawieraniu umowy i jej realizacji, rzetelnym traktowaniu równorzędnego partnera umowy. Za sprzeczne z dobrymi obyczajami należy uznać te działania przedsiębiorcy, które zmierzają do niedoinformowania, dezorientacji, wywołania błędnego przekonania u konsumenta, a także wykorzystania jego niewiedzy lub

naiwności. Dobre obyczaje należy odnosić do zapewnienia konsumentowi rzetelnej, jednoznacznej i niewprowadzającej w błąd informacji (M. Sieradzka, Komentarz do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Lex 2014 nr 288223).

Co więcej, przyjmuje się, że postępowanie sprzeczne z dobrymi obyczajami oznacza takie postępowanie, które jest pozbawione szacunku dla kontrahenta, jest niełojalne, prowadzi do naruszenia stanu równowagi kontraktowej pomiędzy stronami. W kontekście niedozwolonych klauzul umownych najczęściej sprzeczność z dobrymi obyczajami będzie występować w sytuacji, gdy dane postanowienie umowne narusza stan równowagi kontraktowej pomiędzy przedsiębiorcą a konsumentem.

W orzecznictwie podkreśla się, że: „Za sprzeczne z dobrymi obyczajami można uznać m.in. działania zmierzające do niedoinformowania, dezorientacji, wywołania błędnego przekonania konsumenta, wykorzystania jego niewiedzy lub naiwności, a więc działania potocznie określane jako nieuczciwe, nierzetelne, odbiegające od przyjętych standardów postępowania. W stosunkach z konsumentami dobry obyczaj powinien wyrażać się właściwym informowaniem o wynikających z umowy uprawnieniach, niewykorzystywaniem uprzywilejowanej pozycji profesjonalisty przy zawieraniu i realizacji umowy, rzetelnym traktowaniem równorzędnego partnera, jakim jest konsument”³⁵.

W ocenie Rzecznika Finansowego, dobre obyczaje należy więc utożsamiać z przekazywaniem konsumentom pełnej informacji (zarówno w zakresie co do faktów, jak i co do umownych podstaw prawnych) o podejmowanych przez przedsiębiorcę decyzjach dotyczących jednostronnych zmian oprocentowania w trakcie trwania stosunku obligacyjnego. Dobre obyczaje zobowiązują zatem kredytodawcę do przestrzegania obowiązku dotrzymania zawartej z kredytobiorcą umowy i niedokonywania arbitralnej zmiany wysokości oprocentowania. Konsument powinien mieć możliwość zweryfikowania decyzji biznesowych przedsiębiorcy, co do zgodności jego działań z zaakceptowanym przez obie strony kontraktem. Aby taka możliwość istniała, kredytodawca powinien przedstawić wszystkie niezbędne przesłanki, które legły u podstaw modyfikacji oprocentowania w trakcie wykonywania istniejącego już zobowiązania, w tym w szczególności okoliczności faktyczne, które miały wpływ na dokonaną zmianę.

³⁵ Wyrok Sądu Okręgowego - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 13 września 2013 r., sygn.: XVII AmA 18/11

Rzecznik Finansowy stoi na stanowisku, że podstawą do dokonania zmian w trwających kontraktach (w tym zmian niestanowiących *sensu stricto* zmiany umowy) mogą być – oprócz wyraźnego przepisu prawa, który nakazuje dostosować umowy do zmienionego stanu prawnego – jedynie określone w klauzulach modyfikacyjnych czynniki (przesłanki), które stanowią tzw. podstawę materialnoprawną dokonania modyfikacji. Wyjątkiem jest jednak sytuacja, w której to ww. czynniki (przesłanki) określone w klauzuli modyfikacyjnej mają charakter niedozwolony (abuzywny) z uwagi na m.in. nieprecyzyjną treść lub też dobór czynników, które z mocy prawa nie mogą stanowić podstawy do zmiany warunków w trakcie wykonywania umowy, gdyż – zgodnie z art. 385¹ § 1 k.c. – nie wiążą konsumenta.

Ponadto, aby można było dokonać zmiany oprocentowania w oparciu o zasady określone w klauzuli modyfikacyjnej, okoliczności faktyczne określone w tejże klauzuli modyfikacyjnej muszą rzeczywiście (obiektywnie) wystąpić. **Dopiero spełnienie tych wymagań uprawnia przedsiębiorcę do poinformowania konsumenta o planowanej zmianie oprocentowania.**

Z punktu widzenia konsumenta kluczowe jest więc to, aby został on poinformowany o propozycji przedsiębiorcy w sposób rzetelny, tzn. aby miał możliwość zweryfikowania zgodności przeprowadzanej zmiany z pierwotnymi warunkami umowy, które kształtują jego stosunek obligacyjny nawiązany z przedsiębiorcą. Dla konsumentów są to informacje istotne, gdyż pozwalają im kontrolować i weryfikować działania przedsiębiorcy, w tym czy proponowana przez przedsiębiorcę zmiana oprocentowania jest uzasadniona i czy dokonana jest zgodnie z zawartą umową.

Na podstawie informacji przekazanych przez przedsiębiorców, ich klienci powinni mieć więc możliwość oszacowania zakresu wprowadzonych zmian, ich podstawy prawnej (w zakresie warunków wskazanych w klauzuli modyfikacyjnej), a także weryfikacji okoliczności faktycznych mających wpływ na dokonane zmiany. Wszystkie przedmiotowe okoliczności powinny stanowić punkt odniesienia dla konsumentów do stwierdzenia, czy proponowana zmiana oprocentowania nie jest przejawem dyskrecjonalnej decyzji przedsiębiorcy i czy została dokonana zgodnie z warunkami umowy. Informacja przesłana przez kredytodawcę powinna pozwolić klientom ocenić, czy zastosowana zmiana wysokości oprocentowania odpowiada zmienionym od chwili zawarcia umowy warunkom ekonomicznym lub innym okolicznościom wskazanym w klauzuli modyfikacyjnej. Tym samym, należy zgodzić się z ugruntowanym stanowiskiem judykatury, że o ile kontrahent banku, jakkolwiek musi się liczyć ze zmianami umowy w trakcie jej trwania, w szczególności w zakresie możliwości

modyfikacji oprocentowania czy wysokości opłat, to jednak nie może być pozbawiony możliwości kontrolowania zasadności tych zmian³⁶.

Warto również zwrócić uwagę na Uchwałę nr 9 XII Walnego Zgromadzenia Związku Banków Polskich z dnia 9 maja 2001 W sprawie ochrony konsumenta usług bankowych (dalej: uchwała WZ ZBP)³⁷, zgodnie z którą:

„Walne Zgromadzenie ZBP uważa za szczególnie istotne stosowanie przejrzystych standardów informacyjnych dla klientów, zwłaszcza w zakresie oferowanych przez banki i inne instytucje finansowe stawek oprocentowania, opłat i prowizji, tak aby klient miał pełną jasność co do swoich zobowiązań oraz mógł porównać oferty różnych instytucji finansowych oferujących kredyt”.

W świetle powyższego, w ocenie Rzecznika Finansowego, dobrym obyczajem jest takie ukształtowanie umowy, które zapewni konsumentowi rzetelną, prawdziwą i pełną informację na temat sposobu ustalania wysokości raty kapitałowo-odsetkowej, a zatem również na temat sposobu, warunków i przyczyn ustalania oprocentowania które ma bezpośredni wpływ na wysokość rat.

Dobry obyczaj w tym zakresie – w ocenie Rzecznika Finansowego – współkształtowany i materializowany jest właśnie na podstawie:

1. wskazanego art. 23a. ust. 2 ówczesnej ustawy uokik;
2. cytowanego fragmentu Uchwały nr 9 XII Walnego Zgromadzenia Związku Banków Polskich z dnia 9 maja 2001 W sprawie ochrony konsumenta usług bankowych;
3. przepisów art. 72, art. 353¹, art. 354 oraz art. 385¹ k.c.

Podsumowując, dobre obyczaje wymagają, aby możliwość dokonania zmiany oprocentowania w trakcie trwania stosunku obligacyjnego następowała tylko wówczas, gdy spełnione są następujące przesłanki:

³⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r., sygn.. II CKN 993/99; Wyrok SA w Warszawie z dnia 10 lutego 2012 r., sygn. VI ACa 1460/11

³⁷ http://www.cpb.pl/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=23&Itemid=46

1. istnieje materialnoprawna podstawa prawna dopuszczająca taką czynność, a jednocześnie powszechnie obowiązujące przepisy prawa nie uniemożliwiają dokonania takiej zmiany;
2. istnieje precyzyjna, jednoznaczna i zrozumiała klauzula modyfikacyjna, która nie ma charakteru abuzywnego (w rozumieniu art. 385¹ § 1 k.c.) i wiąże konsumenta;
3. treść i kształt klauzuli modyfikacyjnej umożliwi konsumentowi jak i sądowi na weryfikację wystąpienia wskazanych w niej okoliczności faktycznych, a zatem zarówno podstaw, jak i sposobu dokonanej zmiany oprocentowania;
4. wystąpią wskazane w tejże klauzuli okoliczności faktyczne warunkujące możliwość lub obowiązek dokonania tej zmiany.

Rażące naruszenie interesów konsumenta

Naruszenie interesów konsumentów może dotyczyć interesów o różnym charakterze. Zwykle będą to interesy o charakterze ekonomicznym. Ustawodawca jednak nie ogranicza tu w żaden sposób kategorii interesów konsumentów, które mogą zostać naruszone. W grę mogą tu także wchodzić takie okoliczności, jak fakt, że w wyniku konkretnego postanowienia konsument traci czas, zdrowie, dochodzi do dezorganizacji jego zajęć albo do ingerencji w sferę prywatności lub naruszenia godności osobistej (por. M. Bednarek, w: System PrPryw, t. 5, 2013, s. 768). Naruszenie interesów konsumenta, obejmujące oprócz interesu ekonomicznego także kwestie związane z niewygodą organizacyjną, mitręgą czy stratą czasu, musi być rażące (zob. E. Łętowska, Umowy, s. 341, wyrok SOKiK z 18.11.2013 r., XVII AMC 12373/12, Legalis). **Rażące naruszenie interesów konsumenta zachodzi też w razie istotnej i nieusprawiedliwionej dysproporcji praw i obowiązków na jego niekorzyść.**

Wyroki Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK)

Analizując klauzulę modyfikacyjną, nie sposób nie przywołać wyroków SOKiK i Sądu Apelacyjnego w Warszawie, które badając podobne postanowienia w postępowaniach w

sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone (czyli w tzw. trybie abstrakcyjnej kontroli wzorców umów), uznały następujące klauzule za abuzywne:

1. Klauzula nr 3016 – wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 9 kwietnia 2010 r., sygn. Akt XVII AmC 959/09:

„Kredyt oprocentowany jest według zmiennej stopy procentowej obowiązującej w okresach, za które naliczane są odsetki. Wysokość ustalonego oprocentowania może ulec zmianie w przypadku zmiany o co najmniej 0,25 punktu procentowego jednego z niżej wymienionych czynników:

- 1. stawek WIBOR;*
- 2. stopy procentowej bonów skarbowych 52-tygodniowych;*
- 3. stopy redyskonta weksli NBP;*
- 4. stopy procentowej kredytu lombardowego NBP;*
- 5. wysokości stopy rezerw obowiązkowych Zmiana wysokości oprocentowania następuje z dniem wejścia w życie w bankach Uchwały Zarządu Banku zmieniającej wysokość stopy procentowej”.*

2. Klauzula nr 4107 – wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 24 lipca 2012 r., sygn. XVIII AmC 285/1:

„Zmiana wysokości oprocentowania może następować także w przypadku zmiany parametrów finansowych rynku pieniężnego i kapitałowego w kraju (lub krajów zrzeszonych w UE), którego waluta jest podstawą indeksacji”.

3. Klauzula nr 4704 – wyrok Sąd Apelacyjny w Warszawie – VI Wydział Cywilny Sygn. akt VI ACa 1460/1:

„Stopa procentowa kredytu może ulegać zmianom w okresie trwania umowy w przypadku zmiany co najmniej jednego z następujących parametrów finansowych rynku pieniężnego i kapitałowego:

- oprocentowania lokat międzybankowych (WIBID/WIBOR);*

- *rentowność bonów skarbowych, obligacji Skarbu Państwa;*
- *zmiany stóp procentowych NBP;*

oraz w zakresie wynikającym ze zmiany tych parametrów”.

Rzecznik Finansowy ma świadomość, że powyższa kontrola miała charakter czysto abstrakcyjny i nie dotyczyła kontroli indywidualnego stosunku zobowiązaniowego powoda, w szczególności nie dotyczyła tego konkretnie postanowienia umownego, na które powołują się powodowie. Wyroki te nie wpływają zatem w sposób bezpośredni na uprawnienia powoda oraz nie wiążą sądu w tym sensie, że nie rodzą obowiązku uznania klauzul zawartych w umowie zawartej z powodem za niewiążące.

Rzecznikowi Finansowemu znana jest również uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2015 r., III CZP 17/15³⁸, w której Sąd Najwyższy rozstrzygnął wątpliwości co do zakresu materialnej prawomocności wyroków uznających postanowienia wzorców umów za niedozwolone. Przy czym, kwestia ta ma zasadnicze znaczenie dla spraw, w których konsumenci decydują się na poddanie sporu kontroli Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów; natomiast w sprawach, w których przedmiotem ustaleń jest kontrola incydentalna, orzecznictwo Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów ma charakter niejako posiłkowy, którego to charakteru powyższe rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego z pewnością go nie pozbawia.

Co więcej, w ocenie Rzecznika Finansowego, fakt umieszczenia ww. klauzul w rejestrze postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone o którym mowa w art. 479⁴⁵ § 2 k.p.c. (dalej: rejestr), nie jest również pozbawiony znaczenia dla podmiotów trzecich (niebędących stronami postępowania w którym zapadł wyrok) i skuteczności prawnej, lecz stanowi bardzo ważną wskazówkę interpretacyjną dla wszystkich uczestników obrotu gospodarczego (a więc w tym m.in. banków), ale również dla sądów powszechnych, rozstrzygających sprawy indywidualne. Ponadto, w ocenie Rzecznika Finansowego, wpis taki powoduje ten skutek, że istnieje domniemanie prawne (a przynajmniej reguła interpretacyjna), iż tożsame lub podobne klauzule stosowane przez innych przedsiębiorców są abuzywne, chyba że, z uwagi na konkretne okoliczności faktyczne, nie naruszają one rażąco dobrych obyczajów lub interesów konsumentów. W doktrynie zaproponowano pogląd, że: *„Najbardziej racjonalną, uzasadnioną aksjologicznie i celowościowo, kwalifikacją*

postanowienia uznanego za niedozwolone przez SOKiK, jest bowiem uznanie go za specyficzną klauzulę „podejrzaną” o abuzywność, potencjalnie szkodliwą, ukształtowaną na zasadzie podobnej do normy prawnej. Nie można wykluczyć, że w przypadku takiej swoistej „normy” należałoby przyjąć, że „podejrzenie” o abuzywność ma charakter domniemania, a nie tylko reguły interpretacyjnej jak w przypadku listy klauzul określonej w art. 385³ k.c.”³⁹. Rzecznik Finansowy podziela taki pogląd, który może również implikować skutki procesowe w postaci obciążenia przedsiębiorcę (pозwanego) ciężarem dowodu, że w konkretnej sprawie nie zachodzą przesłanki wynikające z art. art. 385¹ § 1 i art. 385² k.c. Tymczasem, w ocenie Rzecznika Finansowego, pozwany nie wykazał, że z uwagi na konkretne okoliczności faktyczne zaistniałe w przedmiotowej sprawie, klauzule waloryzacyjne nie naruszają rażąco interesów powodów i nie stoi w sprzeczności z dobrymi obyczajami z niżej wskazanych powodów.

Analiza treści klauzuli modyfikacyjnej

Przenosząc wskazaną wyżej analizę prawną na grunt przedmiotowej sprawy (niniejszego stanu faktycznego), należy wskazać, co następuje. W ocenie Rzecznika Finansowego, klauzula modyfikacyjna pozwala kształtować wysokość oprocentowania kredytu w zasadzie w sposób dowolny, według jego uznania i pozostawia pozwanemu ogromną swobodę interpretacyjną w tym zakresie. Co więcej, z dostępnych Rzecznikowi informacji wynika, że ani umowy, ani załączniki do nich (regulaminy, OWU itp.) nie określają w sposób jednoznaczny i precyzyjny przesłanek zmiany wysokości oprocentowania kredytu ani sposobu jego ustalenia.

Po pierwsze, postanowienie to posługuje się sformułowaniem „*może nastąpić*”, co oznacza, że pozwany może, ale nie musi zmieniać wysokości oprocentowania. Zatem klauzula w tym zakresie może naruszać równość stron, gdyż w przypadku wzrostu jednego z parametrów oprocentowanie zapewne wzrasta, natomiast w przypadku spadku jednego z parametrów, pozwany zapewne w praktyce w przeszłości nie obniżał oprocentowania.

Powstaje też zasadne pytanie, jak interpretować sytuację, gdy np. wartość jednego parametru wzrasta, a drugiego obniża się. Czy jeżeli np. wzrośnie wartość wskaźnika LIBOR, a

³⁸ LEX nr 1916698, www.sn.pl, Biul.SN 2015/11/10, M.Prawn. 2016/2/59

jednocześnie spadnie parametr finansowy rynku pieniężnego, ale dodatkowo wzrosnie parametr rynku kapitałowego, to czy wówczas oprocentowanie podlega zmianie? A jeżeli tak, to czy jest ono obniżane, czy podwyższane? Na jakiej podstawie i zasadzie pozwany o tym decyduje? Wydaje się, że nikt – ani powódowie, ani Rzecznik Finansowy, ani też sąd – nie jest w stanie obiektywnie odpowiedzieć na te pytania. A to oznacza, że klauzula modyfikacyjna jest wieloznaczna i nie daje odpowiedzi na podstawowe pytania w zakresie jego prawidłowej interpretacji.

Co więcej, nawet przyjmując, że możliwe jest wyinterpretowanie określonej treści normatywnej tego postanowienia, to w ocenie Rzecznika Finansowego interpretacja taka nie może mieć charakteru jednostronnego (tj. nie może być dokonywana przez jedną stronę umowy). Owszem, samej zmiany oprocentowania dokonuje jednostronnie pozwany. **Nie oznacza to jednak, że wykładnia tego postanowienia – jak również innych postanowień umowy – następuje w drodze jednostronnego uznania pozwanego.** Przeciwnie, należy pamiętać, że zgodnie z art. 65 k.c., oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Ponadto, w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Trudno uznać, że wzajemnym zamiarem stron było, aby pozwany w zasadzie dowolnie mógł kształtować wysokość oprocentowania (szczególnie w kontekście wyżej omówionego argumentu, zgodnie z którym przedmiotowe postanowienie nie było indywidualnie negocjowane).

W tym kontekście, klauzula modyfikacyjna może być również analizowane pod kątem art. 385³ pkt 9 k.c., zgodnie z którym, „*W razie wątpliwości uważa się, że niedozwolonymi postanowieniami umownymi są te, które w szczególności przyznają kontrahentowi konsumenta uprawnienia do dokonywania wiążącej interpretacji umowy*”. Oczywiście, powstaje pytanie, jak należy rozumieć ten przepis. Możliwe są dwa kierunki wykładni. Po pierwsze, przyjęcie iż przepis ten obejmuje tylko takie klauzule, które wprost dają przedsiębiorcy uprawnienie do wiążącej interpretacji umowy lub jej określonych części. Po drugie, możliwe jest przyjęcie szerszego rozumienia tego przepisu, jako obejmującego również te postanowienia umowne, których niejednoznaczny charakter w powiązaniu ze sposobem wykonywania umowy w istocie powoduje, że to przedsiębiorcy przysługuje

³⁹ W sprawie charakteru i skutków abstrakcyjnej kontroli niedozwolonych postanowień wzorców umownych stosowanych przez przedsiębiorcę Michał Romanowski, Rok: 2010, SPP 2010, Nr 3, str. 23

jednostronne prawo do interpretacji danego postanowienia umownego. Biorąc pod uwagę prokonsumencki charakter analizowanego przepisu, Rzecznik Finansowy nie widzi podstaw by odrzucać szerszą interpretację przepisu. Za takim poglądem przemawia również to, iż sam fakt „niejednoznaczności” danego postanowienia nie świadczy jeszcze o jego abuzywnym charakterze. Jeżeli natomiast niejednoznaczność jest tak daleko idąca, że w istocie (w praktyce) przyznaje przedsiębiorcy prawo do jednostronnej wykładni umowy, tym samym realizuje dyspozycję normy wynikającej z art. 385³ pkt 9 k.c. Dodatkowo należy wskazać, że pozwany „(...) pobierał należności od kredytobiorców z ich rachunków bankowych na podstawie nieodwołalnego pełnomocnictwa do rachunku, a kredytobiorcy (posiadacze rachunków) zobowiązani byli do gromadzenia w odpowiednim czasie kwot odpowiadającym tym płatnościom”⁴⁰. Zatem w przeciwieństwie do tradycyjnych stosunków umów, w których dłużnik wzywany jest do spełnienia świadczenia, a w przypadku wątpliwości czy sporów co do wykładni umowy, świadczenia takiego nie spełnia podejmując jednocześnie ryzyko narażenia się na ewentualny spór sądowy, w przedmiotowej sprawie (w przypadku umowy kredytu), pozwany (jako bank), po prostu pobierał raty w wysokości przez siebie ustalonej na podstawie interpretacji klauzuli modyfikacyjnej dokonanego we własnym zakresie, a więc jednostronnie. Zatem zarówno treść klauzuli modyfikacyjnej, jak również sposób wykonywania umowy wskazują, że może być ona abuzywna jako spełniająca przesłankę wynikającą z art. 385³ pkt 9 k.c.

W tym miejscu Rzecznik Finansowy pragnie dodać, że w żadnym razie nie neguje samego instrumentu (konstrukcji) umowy kredytu, jaką jest zmienne oprocentowanie. Oczywistym jest, że kredyty hipoteczne udzielane są na wiele lat, stąd ich oprocentowanie co do zasady jest (może być) zmienne. Nie zmienia to jednak faktu, że mechanizm zmiany tego oprocentowania, a więc jego podstawy prawne i faktyczne, a także przyczyny i sposób ewentualnych zmian, powinny być jasno i precyzyjnie określone w umowie. Jest to szczególnie ważne z punktu widzenia praw konsumenta, w tym zwłaszcza z punktu widzenia jego prawa do rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji.

Kontynuując analizę treści klauzuli modyfikacyjnej, można stwierdzić, iż składa się ona z trzech przesłanek, które muszą być spełnione kumulatywnie, aby pozwany mógł zastosować postanowienie i zmienić oprocentowanie, a mianowicie:

1. musi nastąpić zmiana stopy referencyjnej określonej dla danej waluty;

⁴⁰ Str. 21 uzasadnienia do wyroku SN

2. musi nastąpić zmiana parametrów finansowych rynku pieniężnego w kraju (lub krajów zrzeszonych w Unii Europejskiej), którego waluta jest podstawą waloryzacji;
3. musi nastąpić zmiana parametrów finansowych rynku kapitałowego w kraju (lub krajów zrzeszonych w Unii Europejskiej), którego waluta jest podstawą waloryzacji.

Pojęcie „stopy referencyjnej określonej dla danej waluty”

„Według pozwanego, pojęcia stopy referencyjnej i parametrów finansowych są zdefiniowane w naukach ekonomicznych, a rozsądni konsumenci mieli możliwość wyliczenia wysokości stopy oprocentowania po wystąpieniu któregoś z parametrów”⁴¹. Rzecznik Finansowy nie podziela takiego poglądu. O ile można się domyślać, co należy rozumieć pod pojęciem „stopy referencyjnej określonej dla danej waluty”, o tyle pozostałe dwie przesłanki są całkowicie niejasne, niejednoznaczne, pozostawiają pozwanemu ogromny luz interpretacyjny (w zasadzie dyskrejonalny) i są całkowicie nieweryfikowalne z punktu widzenia konsumenta (powodów). Ale również ustalenie desygnatu pojęcia „stopy referencyjnej określonej dla danej waluty” może być bardzo trudne nawet dla wykształconego konsumenta. **Jeżeli przyjąć, że pod tym pojęciem należy rozumieć wskaźnik LIBOR dla CHF, to powstaje pytanie, dlaczego pozwany nie zapisał tego wprost w umowie. Taki zapis z jednej strony zapewniałby zmienność oprocentowania, z drugiej zaś powodowałby, że interpretacja przyczyn zmiany oprocentowania miałyby charakter obiektywny w tym sensie, że nie zależałyby bezpośrednio od stron umowy.**

W tym miejscu warto podkreślić, że Rzecznik Finansowy analizował wiele umów o kredyt hipoteczny (zawieranych również przez pozwanego z innymi konsumentami), w których oprocentowanie kształtowane jest właśnie w taki sposób – często składa się ono z dwóch elementów: ze stałej marży i ze zmiennej wartości określonego parametru – np. wskaźnika LIBOR. Skoro taką praktykę stosują banki (w tym również pozwany), to rozumując w sposób logiczny należałoby uznać, że jeżeli w przedmiotowej umowie pozwany nie posługuje się wprost wskaźnikiem LIBOR, to pod pojęciem „stopy referencyjnej określonej dla danej waluty” należałoby rozumieć inną wartość – powstaje jednak pytanie, jaką?

⁴¹ Str. 3 uzasadnienia do wyroku SN

Kolejna wątpliwość nasuwa się w związku z tym, że mowa jest o stopie referencyjnej **dla danej waluty**. W tym kontekście rodzi się kolejne pytanie: zatem dla jakiej waluty? W dalszej części klauzuli modyfikacyjnej jest bowiem mowa o zmianach parametrów finansowych określonych rynków, ale tych, których waluta jest podstawą waloryzacji. W tym wypadku następuje więc dookreślenie, o którą walutę chodzi. W przypadku wspomnianej stopy referencyjnej konsument (powodowie) nie mają wiedzy w tym zakresie, z uwagi na powyższe brzmienie przedmiotowego postanowienia. Można oczywiście przyjąć, że również i w przypadku stopy referencyjnej chodzi o odniesienie jej do waluty będącej podstawą waloryzacji, jednak jest to tylko jedna z możliwości interpretacji klauzuli modyfikacyjnej, co pokazuje, że nawet w tym zakresie budzi ona wątpliwości.

Kolejny problem wiąże się z faktem, że w zasadzie zupełnie nie wiadomo, o jaką wartość stopy referencyjnej chodzi i na jaką chwilę (dzień) jest ona ustalana. Przyjmując nawet, iż chodzi o wskaźnik LIBOR, to przecież stawki LIBOR wyznaczone są dla następujących walut: USD, EUR, CHF, GBP, JPY, dla pożyczek na 1 dzień, 1 tydzień, 1 miesiąc, 2 miesiące, 3 miesiące, 6 miesięcy i 1 rok. Powstaje zatem kolejne pytanie, która z tych wartości objęta jest zakresem klauzuli modyfikacyjnej?

Podsumowując w tym miejscu, nie jest możliwe obiektywne „odkodowanie” treści normatywnej pojęcia „*stopa referencyjna określona dla danej waluty*”. A nawet przy założeniu, iż chodzi o wskaźnik LIBOR, nie wiadomo do jakiej waluty i jakiego czasokresu ma on być przypisany.

Pojęcie „parametrów finansowych rynku pieniężnego i kapitałowego”

W ocenie Rzecznika Finansowego, w istocie, nie wiadomo również, co dokładnie należy rozumieć przez:

1. parametr finansowy;
2. rynek pieniężny;
3. rynek kapitałowy.

Przez parametr rozumie się zmienną, którą przyjmuje się za stałą w danym zagadnieniu. Zatem parametrem finansowym będzie pewna zmienna w czasie wartość (finansowa), którą w danym momencie (pytanie w jakim) przyjmiemy za stałą.

Z kolei, przez rynek pieniężny można rozumieć np. segment rynku finansowego, na którym dokonuje się obrotu krótkoterminowymi instrumentami finansowymi o pierwotnym terminie wykupu poniżej 1 roku. Wskazuje się, że celem prowadzenia transakcji na rynku pieniężnym jest kształtowanie płynności finansowej dużych podmiotów gospodarczych – banków, ubezpieczycieli, przedsiębiorstw i państwa.

Skoro tak, możliwość uznania, że określona wartość stanowi parametr finansowy rynku pieniężnego jest w zasadzie niczym nieograniczona.

Z kolei, przez rynek kapitałowy uznaje się segment rynku finansowego, na którym są zawierane transakcje średnio- i długoterminowymi instrumentami finansowymi, takimi jak akcje i obligacje.

Oznacza to, że pod pojęciem parametru finansowego rynku kapitałowego można sobie wyobrazić wartości związane m.in. z:

1. akcjami;
2. obligacjami;
3. kwitami depozytowymi;
4. listami zastawnymi;
5. certyfikatami inwestycyjnymi;
6. jednostkami uczestnictwa;
7. indeksami giełdowymi.

Dla przykładu, tylko na polskim rynku giełdowym można znaleźć następujące indeksy⁴²:

⁴² Indeksy Giełdy Papierów Wartościowych w Warszawie styczeń 2016 - https://www.gpw.pl/indeksy_gieldowe

1. Indeks WIG20TR;
2. Indeks WIG20short;
3. Indeks WIG20lev;
4. Indeks mWIG40;
5. Indeks sWIG80;
6. Indeks WIGdiv;
7. Indeks WIG30;
8. Indeks WIG30TR;
9. Indeks WIG;
10. Subindeksy sektorowe;
11. Indeks WIG-CEE;
12. Indeks WIG-Poland;
13. Indeks WIG-Ukraine;
14. RESPECT Index.

Wśród subindeksów sektorowych można wyróżnić następujące⁴³:

1. WIG-banki;
2. WIG-budownictwo;
3. WIG-chemia;
4. WIG-deweloperzy;
5. WIG-energia;

⁴³ Indeksy Giełdy Papierów Wartościowych w Warszawie styczeń 2016 - https://www.gpw.pl/indeksy_gieldowe

6. WIG-informatyka;
7. WIG-media;
8. WIG-paliwa;
9. WIG-spożywczy;
10. WIG-surowce;
11. WIG-telekomunikacja.

Tylko na polskiej giełdzie na dzień 5 maja 2016 r. notowanych jest 484 spółek⁴⁴, co oznacza, że notowana jest również wartość akcji każdej z tych spółek. Każde notowanie jako zmienne w czasie, a jednocześnie będące wartością rynku kapitałowego może stanowić parametr finansowy w rozumieniu klauzuli modyfikacyjnej. **Oznacza to, że tylko w przypadku polskiego rynku kapitałowego odnoszonego do akcji, można zidentyfikować 484 „parametry finansowe”, nie wspominając nawet o parametrach finansowych rynku pieniężnego i stopie referencyjnej.**

Rzecznik Finansowy ma świadomość, że klauzula modyfikacyjna odnosi się do rynku kapitałowego którego waluta jest podstawą waloryzacji, tym niemniej, wskazany przykład ma na celu pokazanie skali i zmienności tzw. parametrów finansowych.

Z kolei na stronie internetowej giełdy szwajcarskiej można znaleźć następujące indeksy⁴⁵:

1. SMI Family;
2. SLI;
3. SPI;
4. SXI;
5. Swiss All Share Index;
6. Investment Index;

⁴⁴ https://www.gpw.pl/lista_spolek

⁴⁵ http://www.six-swiss-exchange.com/indices/data_centre/index_overview_en.html

7. SBI-Family;
8. Leveraged Indices;
9. Dividend Point Indices;
10. VSMI;
11. SMI Risk Control Indices;
12. Swiss Reference Rates;
13. SWX IAZI Real Estate Indices.

Rzecznik Finansowy przywołuje ww. indeksy, aby wskazać na złożoność rynków finansowych i kapitałowych, a także na różnorodność indeksów i szeroko rozumianych parametrów, które występują. **Należy dodać, że powyżej wskazano jedynie indeksy, a przecież klauzula modyfikacyjna mówi o parametrach finansowych, przez które można rozumieć wiele innych wartości (waluty, jednostki pieniężne, płynność finansowa, wypłacalność, rentowność itd.).**

Przyjmując logikę pozwanego, należałoby uznać, że w zasadzie każda zmiana jednego z ww. parametrów na rynku szwajcarskim mogłaby stanowić podstawę do zmiany oprocentowania. Znalezienie i zrozumienie ww. indeksów na rynku polskim należy uznać za skomplikowane, tym bardziej znalezienie, zrozumienie i – co najważniejsze – zweryfikowanie podobnych indeksów na rynku szwajcarskim, nawet dla konsumentów z wyższym wykształceniem wydaje się nader trudnym zadaniem.

W kontekście powyższego, Rzecznik Finansowy pragnie raz jeszcze nawiązać do sposobu ustalania wysokości ewentualnego odszkodowania (nienależnego świadczenia) od pozwanego. Z uzasadnienia do wyroku SN wynika bowiem, że w tym zakresie nie należy przyjmować oprocentowania stałego (w wysokości ustalonej w chwili zawarcia umowy), lecz powinno się ustalić wysokość oprocentowania i jego zmiany nicjako „obiektywnie” na podstawie klauzuli modyfikacyjnej. Rzecznik Finansowy rozumie dążenie Sądu Najwyższego do wydania sprawiedliwego orzeczenia w sprawie, lecz zabieg taki – w szczególności jeżeli oznacza obciążenie ciężarem dowodu powodów – w istocie niezwykle utrudnia, a być może

nawet uniemożliwia skuteczne dochodzenie roszczeń ze strony konsumentów-kredytobiorców. Stanowisko takie nie znajduje również odzwierciedlenia w przepisach k.c.

W świetle analizy zawartej w niniejszym poglądzie, Rzecznik Finansowy stoi bowiem na stanowisku, że nie jest możliwe obiektywne odkodowanie mechanizmu zmiany oprocentowania w oparciu o klauzulę modyfikacyjną – nawet przy pomocy biegłego sądowego. Nawet ewentualna opinia niezależnego od powodów i pozwanego biegłego, zawsze będzie mogła być kontestowana przez obie strony jako nierealizująca prawidłowo warunków wynikających z klauzuli modyfikacyjnej. Przyczyną tego jest zwyczajnie tak dalece nieokreślona treść klauzuli modyfikacyjnej, iż niemożliwe jest przypisanie tej treści określonych desygnatów. A nawet przyjmując, że jest to możliwe, nie jest znana wzajemna relacja parametrów (określony wzór) umożliwiające ustalenie stawki oprocentowania na dany miesiąc. Negatywnych skutków w tym zakresie nie powinni jednak ponosić konsumenci, lecz przedsiębiorca (pозwany), który miał wszelkie narzędzia, wiedzę i doświadczenie pozwalające na sformułowanie jasnej i zrozumiałej klauzuli zawierającej warunki zmiany oprocentowania. Mógł zatem sformułować postanowienie tak, aby z jednej strony zapewnić swój słuszny interes, ale jednocześnie chronić słuszne prawa konsumentów-kredytobiorców. W tym kontekście, wymaganie od powodów wykazania, na czym polegało nieprawidłowe wykonanie kontraktu (obowiązków kontraktowych) w istocie jest niemożliwym, w sytuacji w której obiektywne ustalenie tych obowiązków na podstawie klauzuli modyfikacyjnej jest niemożliwe. Fakt ten, w ocenie Rzecznika Finansowego nie może jednak pozbawiać konsumentów (powodów) przysługującej im sądowej ochrony prawnej.

Kumulatywne spełnienie przesłanek zawartych w klauzuli modyfikacyjnej

Na marginesie tych rozważań Rzecznik Finansowy pragnie dodać, że w ogóle można się zastanawiać, czy pozwany miał prawo zmieniać wysokość oprocentowania w oparciu o klauzulę modyfikacyjną, powołując się li tylko i wyłącznie na zmianę wskaźnika LIBOR. Przyjmując nawet, że wskaźnik LIBOR objęty jest desygnatem pojęcia „*stopa referencyjna określona dla danej waluty*”, to przecież z klauzuli modyfikacyjnej jasno wynika, że zmiana tego wskaźnika jest tylko jednym z koniecznych elementów uprawniających pozwanego do

zmiany oprocentowania kredytu na tej podstawie. Klauzula modyfikacyjna stwierdza bowiem, że muszą być spełnione – kumulatywnie – następujące przesłanki:

1. musi nastąpić zmiana stopy referencyjnej określonej dla danej waluty;
2. musi nastąpić zmiana parametrów finansowych rynku pieniężnego w kraju (lub krajów zrzeszonych w Unii Europejskiej), którego waluta jest podstawą waloryzacji;
3. musi nastąpić zmiana parametrów rynku kapitałowego w kraju (lub krajów zrzeszonych w Unii Europejskiej), którego waluta jest podstawą waloryzacji.

Omawiane postanowienie umowne posługuje się bowiem pojęciami „oraz” i „i”, a zatem tzw. koniunkcją lub inaczej – iloczynem logicznym. Jest to zdanie złożone ze trzech zdań prostych połączonych dwukrotnie spójnikiem „i”. Wartość logiczna koniunkcji przyjmuje wartość „prawda” wtedy i tylko wtedy, gdy wszystkie czynniki koniunkcji przyjmują wartość „prawda”. Przekładając to na grunt treści klauzuli modyfikacyjnej, wszystkie trzy ww. przesłanki powinny być spełnione kumulatywnie, aby pozwany mógł zastosować to postanowienie i zmienić oprocentowanie. W ocenie Rzecznika Finansowego, brak jest podstaw, by przyjąć inną, odbiegającą od zasad logiki (prawniczej) interpretację tego znaczenia.

Jedyny wyjątek w tym zakresie może stanowić inne postanowienie umowne, które uzależniałoby np. wysokość oprocentowania kredytu wprost od wartości wskaźnika LIBOR, co ma miejsce w niektórych umowach kredytu hipotecznego – chodzi o sytuacje, w których na oprocentowanie kredytu składała się stała marża banku, do której dodawana jest – zmienna w czasie – wartość wskaźnika LIBOR.

Podsumowując w tym miejscu, nawet w przypadku uznania przez sąd, że klauzula modyfikacyjna nie ma charakteru abuzywnego i wiąże strony, koniecznym jest przeanalizowanie, czy zmiany oprocentowania dokonywane przez pozwanego w trakcie obowiązywania umowy, rzeczywiście dokonywane były zgodnie z jej treścią. Kwestia ta powinna być zatem przedmiotem badania pod kątem należytego wykonania umowy zgodnie z art. 471 k.c.



[REDACTED]

Dyrektywa:

Rzecznik Finansowy pragnie się również krótko odnieść to treści dyrektywy.

Zgodnie z art. 3 ust. 3 dyrektywy:

„Załącznik zawiera przykładowy i niewyczerpujący wykaz warunków, które mogą być uznane za nieuczciwe”.

Z kolei, ust. 1 lit. j) załącznika, wskazuje jako warunki określone w art. 3 ust. 3:

„Warunki, których celem lub skutkiem jest umożliwienie sprzedawcy lub dostawcy według własnego uznania, jednostronnej zmiany warunków, bez uzasadnionego powodu wymienionego w umowie”.

Wreszcie, zgodnie z ust. 2 lit. b) załącznika:

„Stosowanie lit. j) nie narusza warunków, zgodnie z którymi dostawca usług finansowych zastrzega sobie prawo do zmiany stopy procentowej płaconej przez konsumenta lub jemu należnej, lub zmiany wysokości opłat za inne usługi finansowe bez wcześniejszego powiadomienia, o ile istnieje uzasadniona przyczyna takiego postępowania pod warunkiem, że dostawca usług będzie zobowiązany do jak najszybszego powiadomienia o tym drugiej strony umowy, która uzyska prawo do niezwłocznego rozwiązania umowy.

Stosowanie lit. j) nie narusza warunków na mocy, których sprzedawca lub dostawca zastrzega sobie prawo do jednostronnego dokonywania zmian umowy zawartej na czas nieokreślony pod warunkiem, że będzie on zobowiązany do uprzedniego poinformowania konsumenta, który uzyska prawo rozwiązania umowy”.

Z treści umowy wynika, że okres kredytowania wynosi 240 miesięcy, tj. od dnia 4 września 2006 r. do dnia 3 września 2026 r., a zatem mamy do czynienia z umową na czas określony i nie znajdzie zastosowanie ww. tiret 2 ust. 2 lit. b) załącznika.

Z kolei, ust. 2 lit. b) tiret 1 załącznika można interpretować na dwa sposoby. Po pierwsze, można uznać, że wyjątek wynikający z tej jednostki redakcyjnej polega na tym, że zmiana oprocentowania (a także innych opłat), **może nastąpić bez wcześniejszego powiadomienia**, o ile istnieje uzasadniona przyczyna takiego postępowania. Konsekwencją takiego działania, jest jednak niezwłoczne powiadomienie o tym fakcie drugiej strony, która zyskuje prawo do niezwłocznego rozwiązania umowy. Taka wykładnia prowadzi do wniosku, że przywilej dla instytucji finansowych polega na możliwości zmiany oprocentowania nie informując o tym kredytobiorcy. Warunkiem takiego działania jest jednak istnienie uzasadnionej przyczyny takiego postępowania. Przyjmując nawet taki sposób interpretacji analizowanej normy, nie sposób wydedukować z niej prawa pozwanego do jednostronnej zmiany oprocentowania bez podstawy prawnej (a więc bez klauzuli modyfikacyjnej) i bez zaistnienia okoliczności faktycznych w niej przewidzianych (a więc bez uzasadnienia). Co więcej, na instytucji finansowej ciąży następczy obowiązek przekazania konsumentowi informacji w tym zakresie.

Drugi sposób interpretacji zakłada, że ust. 2 lit. b) tiret 1 załącznika rzeczywiście dopuszcza zastrzeżenie przez kredytodawcę **prawa do zmiany stopy procentowej, ale ten będzie mógł to uczynić również tylko w sytuacji zaistnienia uzasadnionej przyczyny takiego postępowania.**

Nie jest więc tak, iż na gruncie prawa europejskiego, zmiana oprocentowania bez istnienia uzasadnionych przyczyn i bez wskazania tych przyczyn konsumentowi (kredytobiorcy) jest dopuszczalne, jeżeli przedsiębiorca bezzwłocznie poinformuje o tym drugą stronę, a drugiej stronie przysługuje prawo możliwie szybkiego jej wypowiedzenia. Taki pogląd nie znajduje pokrycia w zacytowanej wyżej treści ust. 2 lit. b) tiret 1 załącznika. Przeciwnie, z normy tej wynika, że jednostronna zmiana oprocentowania dopuszczalna jest tylko i wyłącznie jeżeli istnieje uzasadniona przyczyna takiego postępowania.

Powyższe potwierdzają również wersja angielska i niemiecka ust. 2 lit. b) tiret 1 załącznika:

*„Subparagraph (j) is without hindrance to terms under which a supplier of financial services reserves the right to alter the rate of interest payable by the consumer or due to the latter, or the amount of other charges for financial services without notice **where there is a valid reason**, provided that the supplier is required to inform the other contracting party or parties thereof at the earliest opportunity and that the latter are free to dissolve the contract immediately”.*

*„Buchstabe j) steht Klauseln nicht entgegen, durch die sich der Erbringer von Finanzdienstleistungen das Recht vorbehält, den von dem Verbraucher oder an den Verbraucher zu zahlenden Zinssatz oder die Höhe anderer Kosten für Finanzdienstleistungen **in begründeten Fällen** ohne Vorankündigung zu ändern, sofern der Gewerbetreibende die Pflicht hat, die andere Vertragspartei oder die anderen Vertragsparteien unverzüglich davon zu unterrichten, und es dieser oder diesen freisteht, den Vertrag alsbald zu kündigen.*

Niezależenie od tego, którą koncepcję wykładni przyjąć, nie sposób się zgodzić, aby z ust. 2 lit. b) tiret 1 załącznika wynikało prawo instytucji finansowej (pozwanego) do jednostronnej i według własnego uznania zmiany wysokości oprocentowania.

Już tylko na marginesie niniejszych rozważań, Rzecznik Finansowy pragnie 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.

Warto również zaznaczyć, że norma wynikająca z ust. 2 lit. b) tiret 1 załącznika mogłaby znaleźć zastosowanie tylko wówczas, gdyby w umowie w ogóle nie było odpowiedniej klauzuli modyfikacyjnej, tj., gdyby instytucja finansowa bezwarunkowo mogła zmieniać oprocentowanie. Należy jednak pamiętać, że po pierwsze, w tym zakresie obowiązek określenia warunków zmiany oprocentowania nakładają na bank (pozwanego) art. 69 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 76 pkt 1 ustawy – Prawo bankowe. **Po drugie, powyższe nie oznacza** **wszak, że strony, w ramach swobody umów nie mogą zawrzeć w umowie warunków zmiany oprocentowania kredytu, jak ma to miejsce w przedmiotowej sprawie. Wówczas jednak, skoro pozwany zdecydował się zawrzeć w umowie odpowiednią klauzulę modyfikacyjną, brak podstaw by uznać, że nie podlega ona pełnej analizie pod kątem spełnienia przesłanek z art. 385¹ § 1 k.c.** Jeżeli zatem strony w ramach swobody umów zdecydowały się na wskazania „uzasadnionych przyczyn” zmiany oprocentowania w umowie, to uchyla to dyspozytywny – w ocenie Rzecznika Finansowego – charakter ust. 2 lit. b) tiret 1 załącznika.

Na marginesie należy stwierdzić, że ust. 2 lit. b) tiret 1 załącznika nie został implementowany do polskiego systemu prawnego, a zatem jako norma dyrektywy (tj. aktu adresowanego do krajów UE, który musi zostać przez nie poddany transpozycji do

prawa krajowego), co do zasady nie wywołuje pełnego bezpośredniego skutku. Warto także wskazać, że dyrektywa wyznacza minimalny zakres ochrony konsumenta, zaś ustawodawca krajowy jest upoważniony do zapewnienia dalej idącej ochrony (art. 8 dyrektywy). Ustawodawca polski zatem, dokonał transpozycji postanowień załącznika do dyrektywy w k.c. nie przewidując w nim (ani w innych aktach prawa polskiego) wyjątków dla instytucji finansowych (podmiotów rynku finansowego), co oznacza, że w tym zakresie ustawodawca polski objął konsumentów większą ochroną niż minimum wymagane przez dyrektywę.

Wyroki sądów powszechnych wydane na podstawie tożsamyh stanów faktycznych:

Rzecznik Finansowy ma świadomość, że tutejszy sąd jest niezawisły i niezależny i nie jest związany orzeczeniami innych sądów. Tym niemniej, nie sposób nie przywołać treści kilku orzeczeń sądowych, które również poddawały analizie dokładnie tożsame postanowienie umowne, będące przedmiotem sporu w niniejszej sprawie, tj.:

1. orzeczenie Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 17 października 2016 r., sygn.. akt: III Ca 1427/15;
2. orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28 września 2016 r., sygn.. akt XXVII Ca 678/16;
3. orzeczenie Sądu Okręgowego we Wrocławiu II Wydział Cywilny Odwoławczy Sądu z dnia 25 stycznia 2016 r., sygn. akt II Ca 1557/15;
4. orzeczenie Sądu Okręgowego w Łodzi III Wydział Cywilny Odwoławczy z dnia 8 maja 2015 roku, sygn. akt III Ca 155/15;
5. orzeczenie Sądu Okręgowego we Wrocławiu II Wydział Cywilny Odwoławczy z dnia 17 września 2013 r., sygn. akt II Ca 716/13;

Rzecznik Finansowy w pełni podziela poglądy Sądów Okręgowych zaprezentowane w ww. wyrokach, a wyszczególnione poniżej. Wartość przytoczonej argumentacji ma szczególne znaczenie z tego powodu, iż w zakresie klauzuli abuzywnej zaprezentowana została w

odniesieniu do takiego samego stanu faktycznego (w odniesieniu do tożsamego postanowienia umownego), jak w niniejszej sprawie.

Wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu II Wydział Cywilny Odwoławczy Sądu z dnia 25 stycznia 2016 r., sygn. akt II Ca 1557/15

Poniżej zawarto najistotniejsze – w ocenie Rzecznika Finansowego – twierdzenia sądu, który w większości podzielił stanowisko sądu rejonowego rozpatrującego sprawę w pierwszej instancji:

„(...) postanowienia umowy dotyczące możliwości zmiany odsetek w sposób niewynikający czytelnie z umowy, kształtowały prawa i obowiązki powoda w sposób spreczny z dobrymi obyczajami i rażąco naruszały jego interesy. Należy w tym miejscu zdecydowanie podkreślić, że samo zastrzeżenie zmienności oprocentowania kredytu nie stanowi samo w sobie niedozwolonej klauzuli umownej. Powód zaciągnął kredyt na wiele lat, zatem oczywistym było dla niego, że niezbędne będzie zastrzeżenie możliwości zmian oprocentowania w tym okresie – tak poprzez jego obniżenie, jak i podwyższenie, stosownie do pewnych parametrów makroekonomicznych, związanych z kosztem uzyskania środków przez bank, wartością pieniądza i innymi tego rodzaju kryteriami. Stosowanie zmiennego oprocentowania w przypadku wieloletnich kredytów hipotecznych jest praktyką powszechną i w pełni uzasadnioną charakterem tego typu umów. Normą jest także, że zmiany oprocentowania w trakcie okresu kredytowania nie wymagają z reguły aneksowania umów ani akceptacji konsumenta, są wprowadzane w życie przez kredytodawcę w oparciu o jego własne decyzje, uzewnętrzniane w postaci wewnętrznych zarządzeń, cenników i taryf. Nie oznacza to jednak, że bank-kredytodawca może i powinien mieć pozostawioną pełną swobodę co do zmian wysokości oprocentowania. Przyznanie jednej ze stron możliwości jednostronnego i dowolnego zmieniania świadczenia głównego drugiej strony stosunku zobowiązaniowego w czasie jego trwania z oczywistych względów godzi w zasadę równości stron i pewności obrotu. Niedopuszczalna jest sytuacja, w której ani konsument, ani sąd nie są w stanie w żaden sposób zweryfikować zasad, wedle których zmieniona była treść świadczenia głównego konsumenta. Sąd Najwyższy wskazał w przywołanym wcześniej wyroku z 4.11.2011 r. (I CSK 46/11, LEX nr 1102253), że sposób określania przez bank warunków zmiany stopy procentowej kredytu podlega ocenie z punktu widzenia naruszenia interesów konsumenta i w

tym zakresie banki powinny zachować szczególną staranność, w szczególności w odniesieniu do precyzyjnego, jednoznacznego i zrozumiałego dla konsumenta określenia tych warunków. Sąd Najwyższy wskazał w związku z tym, że „**klauzula zmiennego oprocentowania nie może mieć charakteru blankietowego, lecz powinna dokładnie wskazywać czynniki (okoliczności faktyczne) usprawiedliwiające zmianę oprocentowania oraz relację między zmianą tych czynników, a rozmiarem zmiany stopy oprocentowania kredytu, określając precyzyjnie wpływ zmiany wskazanych okoliczności na zmianę stopy procentowej, a więc kierunek, skalę, proporcję tych zmian**”. W podobnym duchu Sąd Najwyższy wypowiedział się w uchwale (w składzie 7 sędziów) z 6.03.1992 r. (III CZP 141/91, OSNC 1992/6/90), wskazując, że zastrzeżenie 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. Sąd Najwyższy wskazał, że zasady współżycia społecznego, czyli zasady słuszności, w zastosowaniu do stosunków obligacyjnych muszą oznaczać przede wszystkim zasadę równości stron tych stosunków. Prowadziłoby do drastycznego naruszenia tej zasady przyjęcie, że określenie wysokości oprocentowania wkładów i kredytów, zmienionej w czasie trwania umowy zawieranej z bankiem, ma być pozostawione dowolnej ocenie banków. **Zastrzeżenie zaś w regulaminach i umowach bankowych możliwości zmiany wysokości oprocentowania bez określenia uwarunkowań faktycznych takich zmian oznaczałoby, że zmiany takie byłyby nie tylko dokonywane jednostronnie przez bank, ale i w sposób nie kontrolowany przez nikogo spoza aparatu bankowego.** Z tego względu uznać trzeba, zdaniem Sądu Najwyższego, że zasady słuszności, w tym przede wszystkim zasada równości stron stosunku obligacyjnego, wymagają, aby regulaminy i umowy bankowe wskazywały konkretne okoliczności, przy zaistnieniu których wysokość oprocentowania może być zmieniona. Takie bowiem zastrzeżenie umowy da możliwość kontrahentowi banku skontrolowania, czy zastosowana przez bank zmiana wysokości oprocentowania i jej zakres odpowiadają zmienionym od chwili zawarcia umowy warunkom ekonomicznym.

Zdaniem Sądu Rejonowego rację ma powód, gdy wskazuje, że umowa zawarta z nim jest – w części w jakiej normuje zasady zmiany oprocentowania kredytu – niekonkretna, niejasna i w istocie ma charakter normy blankietowej, która może zostać przez bank swobodnie wypełniona treścią tak co do przesłanek i częstotliwości zmiany oprocentowania, jak i w znacznej mierze co do samych mechanizmów jego ustalania. **Pojęcie „zmiany parametrów finansowych rynku pieniężnego w kraju (lub krajów zrzeszonych w Unii Europejskiej),**

którego waluta jest podstawą waloryzacji” nie jest, wbrew temu co wywodził pozwany bank, jasne, jednoznaczne i czytelne. Zwrot ten może odnosić się do różnorodnych wskaźników makroekonomicznych ogłaszanych przez różne instytucje działające na rynku kapitałowym; nie sposób też wykluczyć w oparciu o taki zapis umowy, że bank mógłby np. samodzielnie i na własne potrzeby stworzyć własny mechanizm określenia pewnych makroekonomicznych parametrów finansowych, niezależny do parametrów ogłaszanych przez instytucje zewnętrzne. Zapis umowy nie wskazuje, jakie konkretnie parametry powinny być uwzględniane, i jaka jest ich waga, a także – w jaki sposób kształtują one ostateczną wysokość oprocentowania. Ani umowa, ani żaden z przedstawionych dokumentów nie zawiera żadnej formuły, algorytmu czy wzoru, umożliwiającego odkodowanie mechanizmu ustalania odsetek przez bank; nie sposób też ustalić, z jaką właściwie częstotliwością bank może zmieniać oprocentowanie.

Co więcej, sposób sformułowania powołanego postanowienia umownego wskazuje, że bankowi pozostawiono swobodę decyzji, czy chce oprocentowanie zmienić (nie jest to zgodnie z umową obligatoryjne, gdyż umowa wskazuje, że „zmiana oprocentowania [...] może nastąpić”) - w związku z tym pojawia się ryzyko, że w przypadku, gdy parametry makroekonomiczne wskazywałyby na potrzebę obniżenia oprocentowania, bank byłby uprawniony do nieskorzystania z możliwości jego zmiany. Klient strony pozwanej nie byłby w stanie samodzielnie ustalić, czy i kiedy dojdzie do zmiany oprocentowania – zwłaszcza, że umowa w istocie nie precyzowała, który konkretnie parametr makroekonomiczny powinien decydować o tym, że zmiana oprocentowania nastąpi; nie sposób wykluczyć, że kredytodawca uzasadniałby zmianę oprocentowania lub jej brak różnymi parametrami finansowymi w różnych okresach. Na marginesie wskazać można, że powód w czasie trwania umowy kredytowej konsekwentnie podnosił, że w przypadku omawianego kredytu taka właśnie sytuacja miała miejsce – gdy okoliczności związane z sytuacją makroekonomiczną przemawiały za obniżeniem oprocentowania, strona pozwana zdecydowanie odmówiła dokonania obniżki, zaś jeśli chodzi o zmianę zasad naliczania oprocentowania, proponowała powodowi ewidentnie niekorzystne dla niego zmiany, przewidujące zdecydowanie wyższą marżę banku, aniżeli wynikająca z pierwotnego oprocentowania.

Zdaniem Sądu Rejonowego dla przeciętnego konsumenta niemożliwe jest prawidłowe, miarodajne odkodowanie na podstawie zacytowanego postanowienia umownego jaki jest w danym momencie jego zakres obowiązków. Zdany jest wyłącznie na informacje przekazane mu przez bank-kredytodawcę, będąc przy tym pozbawiony jakiegokolwiek możliwości

weryfikacji zakomunikowanych mu decyzji banku co do stosowanych stóp procentowych. Zastosowanie w umowie nieprecyzyjnych, ogólnikowych zwrotów, nadających omawianemu postanowieniu w istocie charakter normy blankietowej, powoduje, że ewentualna zmiana oprocentowania kredytu nie poddaje się jakiegokolwiek ocenie, zaś wysokość prawidłowego oprocentowania jest niemożliwa do wyliczenia i sprawdzenia przez kredytobiorcę na podstawie jasnych i dostępnych powszechnie parametrów.

Co szczególnie istotne w niniejszej sprawie – nieprecyzyjność i niekonkretność zasad modyfikacji oprocentowania nie dotyczyła tylko samej umowy. Strona pozwana nie wykazała, aby istniały u niej wewnętrzne ściśle określone, jasno sprecyzowane i weryfikowalne kryteria zmiany oprocentowania. Przeciwnie, z argumentacji strony pozwanej pośrednio wynika, że kryteria te były elastyczne, zmienne i nie zostały skonkretyzowane w stopniu umożliwiającym odtworzenie procesu decyzyjnego banku przez sąd lub kontrahenta. Strona pozwana podejmując decyzję o zmianie oprocentowania kierowała się różnorodnymi i licznymi kryteriami, których waga dla zmiany oprocentowania nie była w sposób skonkretyzowany ustalona. Zdaniem Sądu szczególny charakter działalności bankowej nakazuje, by bank w takich wypadkach posługiwał się zobiektywizowanymi, precyzyjnymi i weryfikowalnymi wskaźnikami, uwzględniając wszelkie zmiany tych wskaźników w sposób przewidywalny i konsekwentny, niezależnie od tego czy w konkretnym wypadku prowadziłoby to do obniżenia, czy do podwyższenia oprocentowania. Na marginesie należy też przypomnieć, że wprost z obowiązujących przepisów (tj. ustawy Prawo bankowe) wynikał obowiązek banku określenia w umowie warunków zmiany stopy procentowej kredytu, jak też wysokości jego oprocentowania”.

Mając powyższe na uwadze, sąd uznał, że: „W świetle powyższego, zważyć należało, iż przeciętny kredytobiorca, nie był w stanie określić dlaczego i w jakim zakresie uległa zwiększeniu wysokość oprocentowania spłacanego przez niego kredytu. Sam skarżący wskazał w wywiedzionej apelacji, iż do czynienia ustaleń Sądu Rejonowego w tej mierze niezbędnym było, jego zdaniem posiłkowanie się wiedzą specjalistyczna z zakresu ekonomii.

Wskazane wyżej okoliczności prowadziły do wniosku, że w niniejszej sprawie, konsument zawierając umowę nie miał pewności, jakimi kryteriami będzie kierował się bank przy dokonywaniu zmian oprocentowania, jakie wskaźniki ekonomiczne będzie brał pod uwagę. Klauzula zawarta w § 11 ust. 2 umowy kredytowej dawała więc bankowi pewną elastyczność,

a wręcz dowolność w kształtowaniu sytuacji kredytobiorcy – co uznać należało za sprzeczne z dobrymi obyczajami i rażąco naruszające interesy konsumenta.

Wszystkie postanowienia umowy kredytowej winny być bowiem tak sformułowane, aby kredytobiorca mógł sam określić przysługujące mu prawa i obowiązki. Kredytobiorca winien mieć pełną świadomość ciążącego na nim zobowiązania kredytowego, zarówno co do zasady jak i wysokości. Przewidywalność w tej mierze jest warunkiem i minimalnym wymogiem ochrony praw konsumenta i pewności obrotu prawnego. Chodzi tu o przeciętnego kredytobiorcę, nie posiadającego wiedzy ekonomicznej. Umowa winna zawierać arytmetyczny wzór, przy pomocy którego każdy konsument mógłby wyliczyć swoje aktualne zobowiązanie kredytowe. Wzorzec umowny podpisany przez strony spornego stosunku obligacyjnego nie zawierał takiego wzoru, był nieprecyzyjny i nazbyt ogólnikowy.

Zasadnie zatem Sąd Rejonowy uznał § 11 ust. 2 umowy kredytowej za niedozwoloną klauzulę umowną”.

Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi III Wydział Cywilny Odwoławczy z dnia 8 maja 2015 r., sygn. akt III Ca 155/15

Do jeszcze dalej idących konkluzji doszedł Sąd Okręgowy w Łodzi III Wydział Cywilny Odwoławczy, który w wyroku z dnia 8 maja 2015 roku, sygn. akt III Ca 155/15, również poddając analizie dokładnie tożsame postanowienie umowne, będące przedmiotem sporu w niniejszej sprawie uznał je za bezwzględnie nieważne na podstawie art. 58 k.c.

Poniżej zawarto najistotniejsze – w ocenie Rzecznika Finansowego – twierdzenia sądu:

*„Przechodząc do oceny zarzutów naruszenia prawa materialnego wskazać jeszcze raz należy, że zaskarżone rozstrzygnięcie zapadło w oparciu o art. 353¹ k.c. w zw. z art. 76 pkt 1 Prawa bankowego w zw. z art. 58 k.c. **Jedynie na marginesie w dalszej części uzasadnienia zaskarżonego wyroku Sąd Rejonowy podniósł, że nawet gdyby hipotetycznie założyć, iż sporne postanowienia umowne nie są dotknięte bezwzględną nieważnością, należałoby przyjąć, że stanowią one klauzule abuzywne, o których stanowi art. 385¹ § 1 k.c. Mając powyższe na uwadze wyjaśnić należy, że w sytuacji, w której Sąd Odwoławczy dojdzie do identycznego wniosku co Sąd I instancji, to jest że sporne postanowienia umowne są dotknięte bezwzględną nieważnością, pozostałe zarzuty skarżącego dotyczące abuzywności spornych***

postanowień umownych staną się bezprzedmiotowe, zaś dokonanie oceny ich zasadności nie będzie konieczne, bowiem nawet jeżeli zarzuty te okażą się trafne to i tak pozostanie to bez wpływu na treść zaskarżonego rozstrzygnięcia. Zdaniem Sądu Okręgowego trafne było wyrażone przez Sąd Rejonowy zapatrywanie o bezwzględnej nieważności postanowienia zawartego w § 10 ust. 2 umowy z dnia 20 września 2003 roku oraz postanowienia zawartego w § 11 ust. 2 umowy z dnia 10 września 2003 roku”.

W dalszej części uzasadnienia sąd ten stwierdza, że: *„Nie sposób również zgodzić się z apelującym, iż w rozpoznawanej sprawie nie zachodzą przesłanki do zastosowania art. 58 § 3 k.c. Ponieważ treść § 10 ust. 2 umowy z dnia 20 września 2003 roku oraz § 11 ust. 2 umowy z dnia 10 września 2003 roku nie spełnia wymogów stawianych przez art. 76 pkt 1 Prawa bankowego, zgodzić się należy z Sądem I instancji, iż sporne postanowienia są bezwzględnie nieważne (art. 58 § 1 k.c.) (...)”.*

Wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu II Wydział Cywilny Odwoławczy z dnia 17 września 2013 r., sygn. akt II Ca 716/13

Poniżej zawarto najistotniejsze – w ocenie Rzecznika Finansowego – twierdzenie sądu:

„I tak prawidłowo ocenił Sąd Rejonowy zapis § 11 ust. 2 umowy kredytowej stron z dnia 23 maja 2005r. w kontekście regulacji art. 385(1) § 1 k.c., stwierdzając, iż w zakresie warunków, w jakich pozwany Bank zastrzegł dla siebie uprawnienie do zmiany stopy oprocentowania kredytu, stanowił klauzulę abuzywną”.

Konkluzje

W świetle powyższego należy uznać, że klauzula modyfikacyjna jest elementem umowy zawartej (na podstawie nienegocjowanego indywidualnie wzorca umownego), między przedsiębiorcą a konsumentem (powodami). Kwestią dyskusyjną może być, czy jest to postanowienie określające główne świadczenie stron, ale niezależnie od tego, z uwagi na jego ewidentny i bezsprzecznie niejednoznaczny charakter poddaje się analizie pod kątem spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 385¹ § 1 k.c.

W ocenie Rzecznika Finansowego klauzulę modyfikacyjną należy uznać za niezgodną z tzw. uczciwością kupiecką i kształtującą prawa i obowiązki powodów w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, gdyż:

1. ma ona charakter blankietowy, jest niejasna, niejednoznaczna i nieczytelna;
2. nie wskazuje dokładnie czynników (okoliczności faktycznych) uprawniających do zmiany oprocentowania;
3. nie wskazuje, jakie konkretnie parametry powinny być uwzględniane, jaka jest ich waga, a także – w jaki sposób kształtują one ostateczną wysokość oprocentowania;
4. nie wskazuje dokładnie relacji między zmianą tych czynników, a rozmiarem zmiany stopy oprocentowania kredytu, a więc kierunku, skali i proporcji tych zmian;
5. nie sposób ustalić, z jaką częstotliwością może być zmieniane oprocentowanie;
6. nikt (a zwłaszcza powodowie, ani sąd) poza przedsiębiorcą nie jest w stanie w żaden sposób zweryfikować zasad, wedle których następuje zmiana oprocentowania;
7. godzi w zasadę równości stron i pewności obrotu.

Z ww. powodów należy również uznać, że klauzula modyfikacyjna rażąco narusza interesy powodów. Co więcej, oprócz interesów nieekonomicznych (nieświadomość co do wysokości rat kredytu i związana z tym codzienna niepewność, grożące działania windykacyjne i możliwość wypowiedzenia przez pozwanego umowy, a także konieczność wdania się w spór sądowy), postanowienie to z pewnością rażąco narusza również interes ekonomiczny powodów, gdyż pozwala pozwanemu na w zasadzie dowolne kształtowanie wysokości oprocentowania, a co za tym idzie możliwość żądania i dochodzenia należności w sądzie.

Należy też dodać, że sama możliwość zaistnienia takich skutków dla powodów (niezależnie od sposobu wykonywania umowy w tym zakresie) powinna być miarodajna przy uznawaniu abuzywności klauzuli. Wynika to z faktu, iż zgodnie z art. 385² k.c., „Oceny zgodności postanowienia umowy z dobrymi obyczajami dokonuje się według stanu z chwili zawarcia umowy”. Potwierdza to również fakt, iż bezskuteczność abuzywnej klauzuli ma charakter *ex tunc*, a więc z mocą wsteczną od momentu zawarcia umowy.

Analiza klauzuli modyfikacyjnej pokazuje, że nie nadaje ona kredytobiorcom (powodom) żadnych uprawnień – przewiduje ona bowiem tylko i wyłącznie uprawnienie dla pozwanego. Skoro tak, oznacza to, że pozwanemu przysługują wszystkie prawa, z którymi są skorelowane obowiązki po stronie powodów. Oczywiście, postanowienia tego nie można analizować w oderwaniu od pozostałych postanowień umowy, ale w przedmiotowej sprawie brak postanowień, które dawałyby powodom jakiegokolwiek prawa (uprawnienia) w przypadku ustalania wysokości oprocentowania. **W ocenie Rzecznika Finansowego, postanowienie umowne, które uwzględniałoby w minimalnym stopniu równość stron powinno przewidywać dla powodów możliwość weryfikacji podstaw i sposobu ustalenia wysokości oprocentowania.**

Tymczasem, z uwagi na blankietowy charakter klauzuli modyfikacyjnej, mamy do czynienia z rażąco niesprawiedliwym (i niezgodnym z dobrymi obyczajami) rozłożeniem praw i obowiązków stron, na niekorzyść powodów-konsumentów. Co więcej, takie ukształtowanie praw i obowiązków również rażąco narusza interesy powodów, którzy nie będąc w stanie zweryfikować sposobu dokonywanych przez pozwanego obliczeń, narażeni są w zasadzie na niczym nieograniczone roszczenia z jego strony. W tym kontekście trudno sobie wyobrazić bardziej rażące naruszenie interesów (zwłaszcza ekonomicznych) jednej strony kontraktu, aniżeli umożliwienie drugiej stronie jednostronnego regulowania należnego mu wynagrodzenia (w tym wypadku oprocentowania), wszak żądania (roszczenia) majątkowe pozwanego – formalnie rzecz biorąc – mogą być niczym nieograniczone.

Powyższe znajduje potwierdzenie w zachowaniu pozwanego, gdyż: *„Pozwany wskazywał, że katalog czynników determinujący poziom oprocentowania nie jest zamknięty, a dokładne dane dotyczące ich wpływu na zmianę oprocentowania są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa”⁴⁶.*

W tym kontekście koniecznym jest podkreślenie, że w jednej ze spraw, która była przedmiotem analizy Rzecznika Finansowego (w której Rzecznik Finansowy przedstawił sądowi pogląd istotny dla sprawy) klienci pozwanego stwierdzili, że:

„Od początku trwania umowy kredytowej (...) bank zupełnie dowolnie zmienia oprocentowanie naszego kredytu. Na początku uzasadniał dokonywane podwyższenie oprocentowania zmianą stawki LIBOR 3m CHF, potem kolejne zmiany były dokonywane bez szczegółowego uzasadnienia (bank przysyłał jedynie nowy harmonogram spłat). Od 2008 r.

⁴⁶ Str. 6 uzasadnienia do wyroku SN

kierowaliśmy szereg pism (...) z wnioskiem o przekazanie nam szczegółowych informacji, na podstawie których będzie możliwe zweryfikowanie zasadności wprowadzanych zmian oprocentowania naszego kredytu. W piśmie z [REDAKTOWANE] ostatecznie odmówił nam udzielenia takich informacji, z uwagi że są one objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, cyt.:

„... uprzejmie wyjaśniam, że [REDAKTOWANE] nie może podać szczegółowych danych na temat poszczególnych wskaźników mających wpływ na oprocentowanie kredytu. Informacje w jaki sposób Bank ustala oprocentowanie dla danego rodzaju kredytów oraz zmiany oprocentowania kredytów w portfolio, są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Czynniki wymienione w treści pisma z dnia (...) są elementem polityki kredytowej i również nie mogą zostać przekazane. (...)”.

Pokazuje to też, że wbrew twierdzeniom pozwanego przyjętym za podstawę wydania wyroku SN, pozwany dokonywał zmiany oprocentowania w przynajmniej jednym przypadku w oparciu o li tylko wskaźnik LIBOR 3 M CHF, albo też czynił to bez jakiegokolwiek uzasadnienia.

Takie działanie pozwanego stanowi namacalny dowód na to, iż treść klauzuli modyfikacyjnej w praktyce całkowicie uniemożliwia powodowi weryfikację dokonanej przez pozwanego ustalenia wysokości oprocentowania. Oceniając zatem treść klauzuli modyfikacyjnej przez pryzmat zachowania pozwanego polegającego na odmowie przekazania powodowi szczegółowych informacji na temat przyczyn zmiany oprocentowania (z powołaniem się na tajemnicę przedsiębiorstwa), stanowi to dodatkowy argument przemawiający za abuzywnym charakterem klauzuli modyfikacyjnej.

Takie zachowanie pozwanego należy więc nie tylko ocenić jako rażąco godzące w dobre obyczaje i rażąco naruszające interesy powodów, ale ponadto, w świetle poglądów komentatorów ustawy – Prawo bankowe – uznających, że: „**konkretne przesłanki powinny być określone w sposób pozwalający na późniejszą sądową kontrolę postanowień umownych dotyczących zmiany stóp oprocentowania (zob. komentarz do art. 69) i nie powinny podlegać swobodnej ocenie banku**”⁴⁷ – jako niezgodne z art. 69 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 76 pkt 1 ustawy – Prawo bankowe.

⁴⁷ Prawo bankowe. Komentarz red. prof. UW dr hab. Hanna Gronkiewicz-Waltz, Rok: 2013 Wydanie: 1, komentarz do art. 76

Z powyższych względów, w ocenie Rzecznika Finansowego, klauzulę modyfikacyjną, jako spełniającą wszystkie przesłanki wynikające z art. 385¹ § 1 k.c., należy uznać za abuzywną.

Skutki abuzywności klauzuli modyfikacyjnej

Rzecznik Finansowy szeroko omówił skutki uznania abuzywności (a także nieważności) klauzuli modyfikacyjnej dla powodów w części poglądu odnoszącej się do wyroku SN. Poniżej uwagi mają więc charakter uzupełniający. Skutkiem uznania abuzywności klauzuli modyfikacyjnej będzie jej 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”⁴⁸. Zatem zgodnie z art. 385¹ § 1 k.c., takie niedozwolone postanowienia umowne nie wiążą konsumenta, czyli są bezskuteczne, natomiast w pozostałym zakresie umowa, rozumiana jako stosunek zobowiązaniowy, jest wiążąca, na co jednoznacznie wskazuje art. 385¹ § 2 k.c.

Bezskuteczność klauzul niedozwolonych następuje z mocy prawa i *ex tunc*. Powoduje to brak związania konsumenta postanowieniem abuzywnym zawartym we wzorcu umownym lub konkretnej umowie z mocą wsteczną i do wywołania tego skutku nie musi zapaść orzeczenie sądu, a jedynie muszą zostać spełnione przesłanki art. 385¹ k.c. Brak obowiązywania danej klauzuli w konkretnym stosunku umownym doprowadza do powstania luki w treści stosunku zobowiązaniowego. W zależności od treści postanowienia uznanego za niedozwolone, luka spowodowana jego bezskutecznością może zostać wypełniona przez odpowiednie przepisy prawa o charakterze dyspozytywnym. Stanie się tak jednak jedynie wówczas, gdy istnieją w systemie obowiązującego prawa przepisy dyspozytywne, które dotyczą kwestii regulowanych odmiennie w postanowieniu uznanym za klauzulę niedozwoloną. W innych przypadkach luka powstała w treści wzorca nie może zostać uzupełniona w powyższy sposób⁴⁹. Warto też

⁴⁸ 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 Skoczego (Zakład Europejskiego Prawa Gospodarczego WZ UW)

⁴⁹ 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)

dodać, że: „*niedozwolone postanowienie nie wiąże konsumenta w całości, a nie tylko w takim zakresie, w jakim jego treść jest niedopuszczalna*”⁵⁰

Przedstawiając powyższe stanowisko, Rzecznik Finansowy wyraża nadzieję, że okaże się ono pomocne dla wydania rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie.

Jednocześnie z uwagi na prowadzone przez nas analizy orzecznictwa, zwracam się z uprzejmą prośbą o poinformowanie Rzecznika Finansowego o wynikach postępowania sądowego, przesyłając kopię orzeczenia sądu.

Rzecznik Finansowy

Aleksandra Wiktorow

Załączniki:

1. kopia wniosku powoda o przedstawienie sądowi oświadczenia zawierającego pogląd istotny dla sprawy;
2. dwa odpisy oświadczenia Rzecznika Finansowego zawierające pogląd istotny dla sprawy wraz z załącznikami.

⁵⁰ Ewa Łętowska, Komentarz do ustawy: KC z dnia 23-4-1964 (Dz.U. Nr 16, poz. 93) Opracowanie redakcyjne na podstawie: Prawo zobowiązań – część ogólna Rok: 2013, Wydanie: 2

