



V.511.136.2020

**DO PREZESA I CZŁONKÓW
TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ**

**Uwagi na piśmie
Rzecznika Praw Obywatelskich
w postępowaniu o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym
w sprawie C-212/20 A S.A.**

Działając na podstawie art. 23 akapit drugi Protokołu w sprawie Statutu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE), w związku z pismem Sekretariatu TSUE z dnia 10.07.2020 r. (1156037 PL), w którym wyznaczono Rzecznikowi Praw Obywatelskich (RPO) termin na złożenie uwag na piśmie na dzień 23. października 2020 r., niniejszym RPO pragnie przedstawić swoje uwagi na piśmie.

Spis treści

I.	Uwagi ogólne.....	2
II.	Mechanizm kontroli abuzywności postanowień umownych.....	2
III.	Mechanizm kontroli abuzywności postanowienia dotyczącego głównego świadczenia stron.....	3
IV.	Pytanie 1 sądu odsyłającego	5
V.	Charakterystyka argumentacji sądu odsyłającego	6
VI.	Pytanie 2	16
VII.	Propozycja odpowiedzi na pytania sądu odsyłającego	18

I. Uwagi ogólne

1. Rzecznik Praw Obywatelskich przystąpił do niniejszej sprawy na wniosek strony konsumentkiej z dwóch powodów. Po pierwsze, rozstrzygnięcie Trybunału będzie miało wpływ na tysiące toczących się w Polsce spraw, dotyczących konsumentkich kredytów indeksowanych i denominowanych do franka szwajcarskiego (dalej: CHF). Po drugie, sposób rozumowania i argumentacji, zaprezentowany w sprawie przez sąd odsyłający, jest wciąż typowy dla części polskich sądów. Takie podejście, wyrosłe na tle charakterystycznego dla systemu polskiego, liberalnego nastawienia do prawa prywatnego, wzmocnione niezwykle mocną kampanią lobbingsową banków, uniemożliwia efektywne stosowanie *acquis* konsumentkiego. Nie ulega wątpliwości, że bezpośrednia wypowiedź Trybunału, w sprawie dotyczącej polskiego rynku kredytów hipotecznych, usprawni proces prawidłowej implementacji prawa europejskiego w Polsce. Potwierdza to reakcja sądów na wyrok z dnia 3 października 2019, w sprawie C-260/18 Dziubak, które w przeważającej większości przyjęły bez oporów stanowisko Trybunału tam wyrażone.
2. Biorąc pod uwagę treść pytań sformułowanych przez sąd odsyłający, Rzecznik Praw Obywatelskich ma wątpliwości, czy zachodzi potrzeba udzielenia na nie odpowiedzi. Dotychczasowe orzecznictwo TSUE wyjaśnia już bowiem wystarczająco kwestie podniesione jako niepewne przez sąd odsyłający. Nawet jednak postanowienie o wydaniu *acte éclairé* będzie miało fundamentalne znaczenie dla praktyki stosowania prawa europejskiego przez polskie sądy. Wyjaśnienia kierowane przez TSUE bezpośrednio do sądów polskich są szczególnie ważne w sprawach takich jak niniejsza, gdzie odpowiedź udzielana jest przez sąd w warunkach dużej presji, ze względu na ekonomiczne następstwa rozstrzygnięcia, a jednocześnie wymaga zerwania z tradycyjnym podejściem do kwestii swobody umów, prezentowanym przez prawo polskie. *Acte éclairé*, bezpośrednio wyjaśniający aksjologię i mechanizmy ochrony konsumentów, skierowany do państwa takiego jak Polska, gdzie sądy wciąż doświadczają trudności z ich przyswojeniem, ma znaczenie nie do przecenienia. Chodzi tu przede wszystkim o uświadomienie sądom, że konieczność zapewnienia skutecznej ochrony konsumenta oznacza, że niedopuszczalne jest poszukiwanie rozwiązań – tak na płaszczyźnie prawa unijnego, jak i krajowego – których zastosowanie prowadziłoby do obejścia rozwiązań gwarantujących osiągnięcie *effet utile*.

II. Mechanizm kontroli abuzywności postanowień umownych

3. Pytania zadane przez sąd odsyłający w niniejszej sprawie mają na celu stworzenie instrumentarium, które umożliwi obejście rozwiązań, wypracowanych dotychczas przez Trybunał na tle mechanizmu kontroli abuzywności. Chodzi tu przede wszystkim o zakaz podejmowania przez sąd działań mających na celu zmianę treści abuzywnego postanowienia.
4. Trybunał wypracował jasne zasady dotyczące skutków, jakie wiążą się ze stwierdzeniem abuzywnego charakteru postanowienia w wyroku z dnia 14 czerwca 2012, C-618/10 Banco Español de Crédito (pkt 65).

Jak wskazał tam Trybunał, zgodnie z art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13, sąd krajowy rozpoznający nieuczciwy warunek umowny ma wyłącznie obowiązek wyłączenia stosowania tego warunku, tak aby nie wywoływał on wiążących skutków wobec konsumenta, bez upoważnienia go do zmiany treści tego warunku. Podejście to Trybunał potwierdził w wielu sprawach, np. w wyroku z dnia 30 maja 2013 r., C-488/11 *Asbeek Brusse*, pkt 57; z dnia 30 kwietnia 2014 r., C-26/13 *Kásler and Káslerné Rábai*, pkt 73; z dnia 21 stycznia 2015 C-482/13, C-484/13, C-485/13 i C-487/13 *Unicaja Banco y Caixabank*, pkt 28; z dnia 26 stycznia 2017, C-421/14 *Banco Primus*, pkt 71; z dnia 7 sierpnia 2018, w sprawach połączonych C-96/16 i C-94/17 *Banco Santander Escobedo Cortés*, pkt 73; z dnia 21 grudnia 2016 r., C-154/15, C-307/15 i C-308/15 *Gutiérrez Naranjo*, pkt 57–61)

5. Z orzecznictwa Trybunału wynika, że zmiana nieuczciwych warunków umownych oznaczałaby w istocie, że warunki te pozostałyby częściowo wiążące i że sprzedawcy lub dostawcy odnieśliby pewne korzyści z ich stosowania. Podważyłoby to skuteczność art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 i usunęłoby skutek odstrasżający, jaki art. 6 ust. 1 ma osiągnąć, traktując nieuczciwe warunki umowne jako niewiążące (C-154/15, C-307/15 i C-308/15 *Gutiérrez Naranjo*, pkt 60 i 62). Usunięcie tego rodzaju skutku odstrasżającego byłoby również niezgodne z celem, jakim jest zwalczanie dalszego stosowania nieuczciwych warunków, co odzwierciedla art. 7 ust. 1 dyrektywy 93/13. Trybunał orzekł (C-488/11 *Asbeek Brusse*, pkt 58), że wykładnię tę potwierdzają ponadto cel i ogólna struktura dyrektywy. Na podstawie charakteru i znaczenia interesu publicznego, na którym oparta jest ochrona zagwarantowana konsumentom, dyrektywa zobowiązuje państwa członkowskie, jak wynika z jej art. 7 ust. 1, do zapewnienia stosownych i skutecznych środków „mających na celu zapobieganie stałemu stosowaniu nieuczciwych warunków w umowach zawieranych przez sprzedawców i dostawców z konsumentami”. Gdyby więc sąd krajowy mógł zmieniać treść nieuczciwych warunków zawartych w takich umowach, takie uprawnienie mogłoby zagrażać realizacji długoterminowego celu ustanowionego w art. 7 dyrektywy, ponieważ osłabiłoby zniechęcający skutek wywierany na przedsiębiorców poprzez zwykły brak stosowania takich nieuczciwych warunków wobec konsumentów (C-618/10 *Banco Español de Crédito*, pkt 66–69).

III. Mechanizm kontroli abuzywności postanowienia dotyczącego głównego świadczenia stron

6. Postanowienie rozpatrywane w niniejszej sprawie w orzecznictwie Trybunału klasyfikowane jest jako postanowienie dotyczące głównego świadczenia stron (C-26/13 *Kásler i Káslerné Rábai* pkt 68; wyrok z dnia 20 września 2017 r., *Andriuc*, C-186/16, pkt 35-38, 41; C-260/18 *Dziubak*, pkt 44). Zgodnie art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13 i ukształtowanym na jego tle orzecznictwem TS, postanowienie takie nie podlega kontroli pod względem abuzywności, o ile jest transparentne, czyli zostało wyrażone prostym i zrozumiałym językiem (wyrok z dnia 3 czerwca 2010 r., *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, C-484/08, pkt 32). Wymóg wyrażenia warunku prostym i zrozumiałym językiem ma bowiem zastosowanie nawet wówczas, gdy warunek objęty jest pojęciem „głównego przedmiotu umowy” w rozumieniu art. 4 ust. 2 (*Andriuc* i in. C-186/16, pkt 43; *Kásler i Káslerné Rábai* C-26/13, pkt 68). **Jeżeli postanowienie umowne dotyczące**

głównego świadczenia stron nie spełnia wymogów transparentności, podlega kontroli pod względem abuzywności w normalnym trybie art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13, co odnosi się również do efektywności ochrony oraz skutku odstrasżającego, jaki powinien zostać osiągnięty w związku z przeprowadzoną kontrolą.

7. Trybunał bardzo szczegółowo nakreślił zasady dotyczące kontroli transparentności klauzul dotyczących głównego świadczenia stron. Orzecznictwo TS wyjaśnia, że ponieważ ustanowiony przez dyrektywę 93/13 system ochrony opiera się na założeniu, iż konsument jest stroną słabszą niż przedsiębiorca, między innymi ze względu na stopień poinformowania, wymóg wyrażenia warunków umownych prostym i zrozumiałym językiem, i w konsekwencji zapewnienia przejrzystości, nie może zostać zawężony do zrozumiałości tych warunków pod względem formalnym i gramatycznym. **Wymóg ten powinien więc podlegać wykładni rozszerzającej** (wyroki: Kásler i Káslerné Rábai, C-26/13, pkt 71-72; z dnia 9 lipca 2015 r., Bucura, C-348/14, pkt 52; Andriuc i in., C-186/16, pkt 44, z dnia 3 marca 2020 r., Gómez del Moral Guasch, C-125/18, pkt 47, 50).
8. Oznacza to, że **umowa powinna przedstawiać w sposób przejrzysty konkretne działanie mechanizmu, do którego odnosi się ów warunek, a także, w zależności od przypadku, związek między tym mechanizmem a mechanizmem przewidzianym w innych warunkach, tak by konsument był w stanie oszacować, w oparciu o jednoznaczne i zrozumiałe kryteria, wpływające dla niego z tej umowy konsekwencje ekonomiczne** (wyroki: Kásler i Káslerné Rábai, C-26/13, pkt 75; z dnia 23 kwietnia 2015, Van Hove, C-96/14, pkt 50; Andriuc i in., C-186/16, pkt 45).
9. Wskazując, że to do sądu krajowego należy rozstrzygnięcie w świetle całokształtu istotnych okoliczności faktycznych, do których zaliczają się formy reklamy i informacji stosowane przez kredytodawcę w procesie negocjacji umowy kredytu (wyroki: Andriuc i in., C-186/16, pkt 46; z dnia 26 lutego 2015 r., Matej, C-143/13, pkt 75), TS wyjaśnił już, że sąd krajowy zobowiązany jest ustalić, z uwzględnieniem ogółu okoliczności zawarcia umowy, **czy konsumentowi podano wszystkie informacje mogące mieć wpływ na zakres jego obowiązków i pozwalające mu ocenić między innymi całkowity koszt kredytu**. W ramach tej oceny decydującą rolę ma, po pierwsze, to, czy warunki umowne zostały wyrażone prostym i zrozumiałym językiem, w taki sposób, że umożliwiają przeciętnemu konsumentowi, czyli konsumentowi właściwie poinformowanemu oraz dostatecznie uważnemu i rozsądnemu, na ocenę tego kosztu, i po drugie, okoliczność związaną z **brakiem podania w umowie kredytu informacji uważanych w świetle charakteru towarów i usług będących jego przedmiotem za istotne** (wyroki: Andriuc i in. C-186/16, pkt 47; Bucura C-348/14, pkt 66).
10. Z utrwalonego orzecznictwa TS wynika ponadto, że **dla konsumenta fundamentalne znaczenia ma poinformowanie go przed zawarciem umowy o warunkach umownych i skutkach owego zawarcia**. To

w szczególności na podstawie tej informacji konsument podejmuje decyzję, czy zamierza związać się warunkami sformułowanymi uprzednio przez przedsiębiorcę (wyroki: z dnia 21 marca 2013 r., RWE Vertrieb, C-92/11, pkt 44; Kásler i Káslerné Rábai C-26/13, pkt 70; Gutiérrez Naranjo i in. C-154/15, C-307/15 i C-308/15, pkt 50; z dnia 20 września 2017, Andriuc i in. C-186/16, pkt 48; Gómez del Moral Guasch C-125/18, pkt 49).

11. Trybunał podkreślił, że w odniesieniu do kredytów w walutach instytucje finansowe muszą zapewniać kredytobiorcom informacje wystarczające do podejmowania przez kredytobiorców świadomych i rozważnych decyzji oraz **powinny wyjaśniać co najmniej, jak na wysokość raty kredytu wpłynęłyby silna deprecjacja środka płatniczego państwa członkowskiego, w którym kredytobiorca ma miejsce zamieszkania lub siedzibę, i wzrost zagranicznej stopy procentowej** (Andriuc i in. C-186/16, pkt 49).
12. Oznacza to, jak wyjaśnił TS (Andriuc i in. C-186/16, pkt 50), że, po pierwsze, kredytobiorca musi zostać jasno poinformowany, że podpisując umowę kredytu w obcej walucie, ponosi pewne ryzyko kursowe, które z ekonomicznego punktu widzenia może okazać się dla niego trudne do udźwignięcia w przypadku dewaluacji waluty, w której otrzymuje wynagrodzenie. Po drugie, bank musi przedstawić ewentualne wahania kursów wymiany i ryzyko wiążące się z zaciągnięciem kredytu w walucie obcej, zwłaszcza w przypadku, gdy konsument będący kredytobiorcą nie uzyskuje dochodów w tej walucie.
13. Do sądu odsyłającego należy zatem ustalenie, czy przedsiębiorca przedstawił zainteresowanym konsumentom wszelkie istotne informacje pozwalające im ocenić, jakie konsekwencje ekonomiczne ma dla ich zobowiązań finansowych warunek taki, jak ów rozpatrywany w postępowaniu głównym.

IV. Pytanie 1 sądu odsyłającego

14. W niniejszej sprawie powodowie jako podstawę do twierdzenia o abuzywności postanowień umownych wskazali okoliczność, że **bank miał całkowitą dowolność ustalania kursu kupna i sprzedaży CHF w bankowej tabeli kursów walut dla kredytów walutowych oraz kredytów indeksowanych kursem waluty obcej**. Powód argumentował, że ani umowa ani regulamin nie zawierają postanowień odnoszących się do ustalania miernika wartości, na podstawie którego ustalana byłaby wysokość kursu kupna i sprzedaży CHF. Kurs waluty w tabeli banku ustalany jest w oparciu o kurs waluty na rynku międzybankowym w ten sposób, że kurs kupna lub sprzedaży jest odchylany w jedną lub drugą stronę od kursu międzybankowego, o czym decyduje zarząd banku, a konsumenci nie mają wpływu na ustalenie kursu kupna i sprzedaży.
15. Rozumowanie przyjęte przez sąd odsyłający ogranicza ocenę transparentności postanowienia umowy do stwierdzenia czy bank określił precyzyjnie i ściśle zasady ustalania kursu waluty obcej. Sąd odsyłający kwestionuje ponadto, czy w ogóle możliwe jest jednoznaczne ustalenie takich zasad, to jest takie

sformułowanie postanowienia, aby kredytobiorca-konsument mógł samodzielnie określić kurs w danym dniu (w kontekście charakteru umowy, przepisów krajowych i ustalonych zwyczajów w chwili zawarcia umowy), biorąc pod uwagę, że umowa została zawarta na 40 lat. To prowadzi sąd odsyłający do sformułowania pytania, czy dyrektywa 93/13, biorąc pod uwagę rodzaj usług, umożliwia odwołanie się do ogólniejszego pojęcia kursu wolnorynkowego. Sąd przyjmuje, że „ewentualna swoboda banku w ustalaniu kursu waluty obcej – w granicach wartości wolnorynkowych – nie prowadziłaby do znaczącej nierównowagi zgodnie z art. 3 ust 1 dyrektywy, pod względem ekonomicznym na szkodę konsumenta”. Sąd odsyłający dąży tu do ustalenia czy możliwe jest usunięcie niejednoznaczności warunku umownego określającego zasady ustalania kursu waluty obcej zgodnie z motywami i art. 5 dyrektywy, bez konieczności usuwania kwestionowanego postanowienia umownego.

V. Charakterystyka argumentacji sądu odsyłającego

16. W niniejszej sprawie **sąd odsyłający proponuje modyfikacje mechanizmu kontroli transparentności klauzul dotyczących głównego świadczenia stron**. Modyfikacje te są niezgodne z dotychczasowym orzecnictwem TS, a ich skutkiem jest wyłączenie kontroli abuzywności takich klauzul, nawet o ile są one nietransparentne. Rozumowanie sądu odsyłającego, które doprowadziło do zadania pytania oparte jest na błędnym rozumieniu treści prawa: dyrektywy 93/13, relacji między przepisami krajowymi i prawem UE oraz prawa krajowego. Ewentualne przyjęcie argumentacji prezentowanej przez sąd wyłączy możliwość zapewnienia polskim konsumentom efektywnej ochrony, wymaganej na tle dyrektywy 93/13, prowadząc do erozji stosowania prawa konsumenckiego w Polsce.
17. Po pierwsze, sąd odsyłający nieprawidłowo rekonstruuje kryteria kontroli transparentności klauzul, jasno zdefiniowane przez Trybunał Sprawiedliwości. Sąd proponuje podział mechanizmu kontroli transparentności na segmenty. Celem takiego podziału (co sąd wyraźnie przyznaje w pkt IV (1) postanowienia odsyłającego) jest wyeliminowanie z testu transparentności postanowienia dotyczącego głównego świadczenia stron, elementu dotyczącego poinformowania konsumenta o ryzyku, jakie niesie dla konsumenta zawarcie umowy kredytu hipotecznego, obciążonego ryzykiem walutowym (transparentność materialna). Sąd skupia się jedynie na jednoznaczności postanowienia, co jest wprost sprzeczne ze stabilną linią orzecniczą Trybunału (patrz punkt III niniejszego pisma), który bardzo szeroko określa kryteria dotyczące kontroli transparentności.
18. Rzecznik Praw Obywatelskich pragnie podkreślić konieczność zagwarantowania, że sądy w Polsce będą podchodziły do kontroli transparentności w sposób zgodny z orzecnictwem Trybunału. **Podjęcie kontroli postanowień dotyczących głównego świadczenia stron, których abuzywność jest ewidentna jest bowiem możliwa tylko o ile zostanie wykazany brak transparentności takich postanowień.** Postanowienia waloryzacyjne w umowach kredytów indeksowanych bądź denominowanych do CHF, uznane przez Trybunał za postanowienia dotyczące głównego świadczenia stron, przerzucają całość ryzyka

zmian kursowych na konsumenta, nie dając mu żadnej możliwości umownego zabezpieczenia się przed ryzykiem takich zmian. Polscy konsumenci, którzy zawierali umowy obarczone ryzykiem walutowym, nie byli informowani o skali ryzyka zmian kursu CHF do PLN, a jeżeli otrzymywali informacje, były one nieadekwatne do realnej skali ryzyka. Na przykład, umowa, której dotyczy spór w niniejszej sprawie, została podpisana 16 maja 2008 roku. W tym czasie obowiązywała wydana przez Komisję Nadzoru Bankowego w 2006 r. nieobowiązkowa „Rekomendacja S”, zawierająca zbiór dobrych praktyk dotyczących ekspozycji kredytowych finansujących nieruchomości i zabezpieczonych hipotecznie.¹ Jej pkt 5.1.7. rekomendował, aby bank przedstawiając klientowi ofertę kredytu, pożyczki lub innego produktu, w walucie obcej lub indeksowanego do waluty obcej, informował klienta o kosztach obsługi ekspozycji kredytowej w wypadku niekorzystnej dla klienta zmiany kursu walutowego. Informacje takie mogły być przekazane na przykład w postaci symulacji wysokości rat kredytu i powinny były zawierać w szczególności informację o kosztach obsługi ekspozycji kredytowej, przy założeniu, że stopa procentowa dla waluty ekspozycji kredytowej jest równa stopie procentowej dla złotego, a kapitał ekspozycji kredytowej jest większy o 20% (pkt 5.1.7.(2)). Z opublikowanego w 2018 r. raportu Najwyższej Izby Kontroli pt. „Ochrona praw konsumentów korzystających z kredytów objętych ryzykiem walutowym”,² który dotyczył kontroli działań organów odpowiedzialnych za ochronę konsumentów na rynku finansowym wobec niedozwolonych praktyk stosowanych przez banki przy udzielaniu kredytów objętych ryzykiem walutowym, wynika, że **zalecenia w odniesieniu do informacji dotyczącej poziomu ryzyka nie oddawały rzetelnie skali ryzyka walutowego, jakim obarczone były kredyty zaciągane na okresy wieloletnie, niekiedy przekraczające 30 lat (zob. s. 57-63 raportu). Nawet więc ich prawidłowa realizacja przez banki nie dawała konsumentowi możliwości ustalenia realnego poziomu ryzyka, jaki wiązał się z zawarciem kredytu CHF.**

19. Co więcej, otrzymywane przez konsumentów informacje nie obejmowały tego, że jako zarabiający w PLN w przypadku zmiany kursu CHF mogą mieć problem ze spłatą zobowiązania. Sąd odsyłający podkreśla w niniejszej sprawie, że konsumenci, którzy wytaczają powództwa przeciwko bankom motywują to zazwyczaj wzrostem wartości kredytu na skutek zmian kursów waluty, którego nie przewidywali w chwili zawarcia umowy. Sąd odsyłający dostrzega więc, w jakich okolicznościach aktualizuje się potencjał abuzywności, tkwiący w klauzulach indeksacyjnych, które nakładają na konsumenta całość ryzyka związanego ze zmianą kursy indeksacji waluty, jednak nie wyciąga z tego właściwych wniosków.
20. Należy ponadto podkreślić, że w czasie największej popularności tego typu kredytów (lata 2006-2008) frank szwajcarski prezentowany był (również w kampaniach medialnych) jako waluta stabilna, ze wskazaniem dalszego spadku wartości w stosunku do PLN.

¹ https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/rekomendacja_s_8566.pdf (dostęp: 8.08.2020) oraz https://www.knf.gov.pl/dla_rynku/regulacje_i_praktyka/rekomendacje_i_wytyczne/rekomendacje_dla_bankow?articleId=8576&p_id=18 (dostęp: 23.10.2020)

² <https://www.nik.gov.pl/plik/id,17566,vp,20139.pdf> (dostęp: 19.10.2020)

21. Sąd odsyłający, mimo że jest do tego zobowiązany z urzędu, nie tylko nie podejmuje żadnych działań mających na celu zweryfikowanie czy bank należycie poinformował konsumenta o ryzyku walutowym, lecz wprost dąży do wyeliminowania tego aspektu kontroli transparentności.
22. Po drugie, sąd po podziale procesu kontroli transparentności na segmenty, podejmuje próbę odpowiedniego wyłożenia treści postanowienia, tak, aby wyeliminować jego niejednoznaczność, to jest możliwość arbitralnego ustalania kursu waluty przez bank. Przyjęcie argumentacji sądu odsyłającego prowadzi do obejścia wypracowanego w orzecznictwie TS zakazu zmiany treści klauzuli uznanej za abuzywną. Sąd dokonuje obejścia tego zakazu przenosząc działania mające na celu zmianę treści klauzuli na etap kontroli transparentności. Sąd odsyłający stara się ustalić, czy - w razie akceptacji, że postanowienie umowne może charakteryzować się (w przypadku umów kredytu indeksowanego) pewną dowolnością - możliwa jest interpretacja postanowienia umownego dotyczącego określenia przez bank kursu kupna i sprzedaży waluty obcej w ten sposób, aby rozstrzygnąć wątpliwości umowne na korzyść konsumenta i przyjąć, że umowa określa kursy kupna i sprzedaży waluty obcej nie w sposób całkowicie dowolny, lecz w sposób rynkowy. Sąd dąży do ustalenia, czy możliwe jest usunięcie niejednoznaczności warunku umownego określającego zasady ustalania kursu waluty obcej zgodnie z motywami i art. 5 dyrektywy 93/13. Zdaniem sądu odsyłającego (pkt 20, s. 16) za takim rozwiązaniem może przemawiać rozróżnienie możliwości interpretacji warunków umowy na korzyść konsumenta zgodnie z art. 5 dyrektywy i możliwości wyłączenia warunku umowy uznanego za nieuczciwy na podstawie art. 6 dyrektywy 93/13.
23. Linia rozumowania sądu odsyłającego w tym punkcie oparta jest na kilku błędnych założeniach. Jednocześnie sąd używa tych samych argumentów w różny sposób w odniesieniu do poszczególnych kwestii. To utrudnia Rzecznikowi przedstawienie krytyki w sposób ciągły; musi bowiem odnosić do tak skonstruowanego zespołu kwestii. Dla zachowania czystości wyводу zagadnienia te zostały więc omówione odrębnie. Sąd odsyłający: (1) zakłada, że zastosowana przez niego wykładnia jest korzystna dla konsumenta (patrz pkt 36); (2) wyprowadza błędne wnioski dotyczące wymogu jednoznaczności postanowienia (patrz pkt 27-29) oraz (3) relacji pomiędzy art. 5 i 6 dyrektywy 93/13 (patrz pkt 42-46), jak również (4) zupełnie pomija znaczenie braku informacji o ryzyku (w kontekście kontroli transparentności) (patrz pkt III i 25) oraz całkowitego przerzucenia ryzyka zmian walutowych na konsumenta (w kontekście kontroli abuzywności) (patrz pkt 26).
24. Co do zmiany treści postanowienia na etapie kontroli transparentności sąd sugeruje zastąpienie uznaniowej decyzji banku miernikiem, który zdaniem sądu może zostać uznany za spełniający wymogi jednoznaczności, to jest rynkowym kursem kupna i sprzedaży waluty obcej (choć jak sam wskazuje, konsumenci uważali, że kredyt przeliczany będzie po kursie obiektywnym, np. kursie Narodowego Banku Polskiego). Takie działanie prowadzi wprost do zmiany treści postanowienia abuzywnego przez sąd, niedopuszczalnego w świetle orzecznictwa TSUE (patrz punkt II). Co więcej, działanie takie jest całkowicie nieskuteczne, ponieważ nie

tylko nie usuwa braku transparentności, ale postanowienie w zaproponowanej przez sąd treści pozostaje również abuzywne.

25. Jeśli chodzi o brak transparentności, to po pierwsze: postanowienie pozostaje niejednoznaczne (patrz pkt. 27-29), a po drugie, zmiana jego treści nie usuwa braków transparentności materialnej, odnoszącej się do braku poinformowania konsumenta o skali i potencjalnych skutkach ryzyka walutowego, związanego z zawarciem takiej umowy (patrz punkt III). Informacja dotycząca skali ryzyka ma dla konsumenta znaczenie jedynie przed zawarciem umowy (patrz punkt III), więc poinformowanie konsumenta o ryzyku jakie podjął zawierając umowę już w czasie trwania umowy nie może sanować braku transparentności stwierdzonego na chwilę zawarcia (tj. nieudzielenia konsumentowi wyczerpujących informacji umożliwiających świadome podjęcie decyzji o zawarciu umowy).
26. Postanowienie w treści zaproponowanej przez sąd odsyłający pozostaje abuzywne, ponieważ również posiadając taką treść przerzuca całość ryzyka zmian kursu waluty na konsumenta. Postanowienie abuzywne może natomiast pozostać wiążące dla konsumenta tylko, o ile poinformowany przez sąd o konsekwencjach konsument stwierdzi, że nie chce powoływać się na abuzywny charakter postanowienia. (wyroki z 21 lutego 2013, Banif Plus Bank C-472/11, pkt 23, 27 i 35 oraz 4 czerwca 2009, Pannon GSM C-243/08, pkt 33 i 35). Co więcej, sąd nie może działać wbrew stanowisku konsumenta, Trybunał stwierdził bowiem, że art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 stoi on na przeszkodzie utrzymywaniu w umowie postanowień abuzywnych, jeżeli ich usunięcie prowadziłoby do unieważnienia tej umowy, a sąd stoi na stanowisku, że takie unieważnienie wywołałoby niekorzystne skutki dla konsumenta, gdyby ten nie wyraził zgody na takie utrzymanie w mocy (C-260/18 Dziubak, pkt 67, 68).
27. Po trzecie, sąd sugeruje (pkt IV (6) s. 20), że jedynym pewnym, choć „dość ogólnym postanowieniem umownym” byłoby takie, które odwołuje się do rynkowych kursów kupna i sprzedaży waluty obcej. Pewna ogólnikowość kwestionowanego postanowienia mogłaby być, zdaniem sądu odsyłającego, uzasadniona w świetle art. 3 ust. 1 dyrektywy, charakterem umowy kredytu indeksowanego do waluty obcej zawartej na okres kilkudziesięciu lat. Sąd odsyłający dostrzega i akceptuje pozostawienie bankowi pewnej swobody w ustalaniu kursów walut, podkreśla jednak, że swoboda, jaka przysługiwałaby bankowi „wyłącznie w ramach granic wartości rynkowych” uniemożliwia ocenę takiego zapisu umownego jako wprowadzającego znaczącą nierównowagę na niekorzyść konsumenta zgodnie z art. 4 ust. 1 dyrektywy 93/13. Jak twierdzi sąd odsyłający: „Przepisy krajowe nie wprowadzają zakazu określenia przez bank własnych kursów walut zgodnie z art. 69 i 111 prawa bankowego, zaś wolny rynek być może byłby odpowiednią gwarancją realnych, obiektywnych kursów walut obcych.”
28. Również w tym fragmencie rozumowanie sądu odsyłającego jest nieprawidłowe. Po pierwsze, odesłanie do „kursu rynkowego” nie jest odesłaniem jednoznacznym, ze względu na wielość istniejących „kursów rynkowych” (omawia to dokładnie w swoim piśmie strona powodowa). Brak jednoznaczności określenia „kurs rynkowy” w dalszym ciągu umożliwiałaby bankowi manipulacje związane z wyliczeniami dotyczącymi

kurów, po jakich przeliczane są świadczenia. Sugerowana przez sąd odsyłający metoda ustalenia wysokości świadczenia konsumenta, to jest powołanie biegłego (a więc osoby posiadającej specjalną wiedzę w danym zakresie), zaprzecza twierdzeniu sądu, że postanowienie umowne o takiej treści spełnia wymogi przejrzystości wyznaczone przez dyrektywę 93/13.

29. Brak możliwości zaakceptowania argumentacji sądu odsyłającego jasno wynika z orzecznictwa Trybunału, który wypowiedział się już w odniesieniu do kryteriów, służących zapewnieniu, że konsument zostanie skutecznie poinformowany, w kontekście długoterminowych umów kredytowych, w których kalkulacja świadczenia konsumenta oparta jest na wartościach zmieniających się w czasie. W sprawie *Gómez del Moral Guasch C-125/18* (pkt 51), w odniesieniu do warunku dotyczącego odsetek obliczonych na podstawie zmiennej stopy, Trybunał podkreślił, że wymóg przejrzystości należy rozumieć nie tylko jako konieczność zapewnienia, by dany warunek był zrozumiały dla konsumenta pod względem formalnym i gramatycznym, ale także by właściwie poinformowany oraz dostatecznie uważny i rozsądny przeciętny konsument był w stanie zrozumieć konkretne działanie metody obliczania tej stopy procentowej i oszacować tym samym w oparciu o jednoznaczne i zrozumiałe kryteria potencjalnie istotne konsekwencje ekonomiczne takiego warunku dla swoich zobowiązań finansowych (a więc bez odwoływania się do specjalistycznej wiedzy biegłego) (analogicznie wyroki: *Kásler i Káslerné Rábai C-26/13*, pkt 75; *Andriciuc i in. C-186/16*, pkt 51, *Gómez del Moral Guasch C-125/18*, pkt 51). W kontekście warunku dotyczącego zmiennego oprocentowania, którego wartość nie może być określona w umowie o kredyt na cały okres obowiązywania tej umowy, Trybunał wskazał elementy szczególnie istotne dla oceny, jakiej powinien dokonać sąd krajowy: okoliczność, czy ze względu na publikację sposobu obliczania stopy procentowej główne elementy dotyczące obliczania tej stopy są łatwo dostępne dla każdej osoby zamierzającej zawrzeć umowę o kredyt hipoteczny, oraz dostarczenie informacji na temat zmian w przeszłości tego wskaźnika, na podstawie którego obliczana jest ta stopa procentowa (pkt 53-56). Nie ulega wątpliwości, że proponowane przez sąd odsyłający, bliżej niesprecyzowane odwołanie do „kursu rynkowego” oraz eliminacja weryfikacji, czy bank udzielił informacji na temat wysokości wahań kursowych CHF nie spełniają tego typu wymagań.
30. Po czwarte, sąd odsyłający podejmuje próbę wyprowadzenia kryteriów dla stwierdzenia abuzywności postanowienia nie w oparciu o przepisy dyrektywy 93/13 (i krajowe przepisy je transponujące), ale w oparciu o przepisy prawa krajowego. Narusza to zasadę pierwszeństwa prawa europejskiego, zgodnie z którą, jeżeli sąd krajowy stwierdzi sprzeczność między prawem krajowym i prawem unijnym ma obowiązek zapewnić pełną skuteczność przepisów unijnych, odmawiając w razie potrzeby z urzędu zastosowania wszelkich sprzecznych z nimi przepisów krajowych, nawet późniejszych, bez konieczności żądania lub oczekiwania na uprzednie uchylene tych przepisów w drodze ustawodawczej lub w jakimkolwiek innym trybie konstytucyjnym (wyrok z 9 marca 1978 r., 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA*, pkt 21, 24; z 19 listopada 2009 r. w sprawie *C-314/08 Filipiak*, pkt 81; z 22 czerwca 2010 r., *C-188/10* oraz *C-189/10*, *Aziz Melki (C-188/10)* i *Sélim Abdeli (C-189/10)*, pkt 43).

31. Sąd odsyłający przyjmuje błędnie, że realizacja obowiązków nałożonych na banki przez prawo krajowe (w szczególności art. 69 ust. 2 prawa bankowego, obowiązującego w chwili zawarcia umowy), zapewnia prawidłową realizację przepisów dyrektywy 93/13. Fakt, że w chwili zawarcia umowy nie istniały przepisy prawa krajowego, które wprowadzałyby obowiązek wskazania zasad ustalania kursów walut (obowiązek taki został wprowadzony dopiero w 2011 roku), nie ma wpływu na konieczność realizacji przez bank obowiązków wynikających z dyrektywy 93/13, to jest obowiązku zapewnienia transparentności postanowień w umowach zawieranych z konsumentami. Równie chybiony jest argument sądu (pkt 9 s. 14) odnoszący się do faktu, że ustawodawca nie negował swobody banków w zakresie ustalania kursów walut. Problemem na tle zawierania umów z konsumentem nie jest bowiem, czy dana czynność leży w zakresie swobody działań banku, ale czy konsument został poinformowany o czynności w sposób umożliwiający przeciętnemu konsumentowi zrozumienie jej treści i skutków.
32. Wątpliwości sądu odsyłającego na tle stosowania przepisów prawa krajowego dotyczą ponadto tego, czy niejednoznaczne postanowienie w umowie zawartej z konsumentem może być usunięte w drodze wykładni zgodnego zamiaru stron i celu umowy (czyli poprzez art. 65 polskiego kodeksu cywilnego), czy też należy takie postanowienie umowne „niejako automatycznie” uznać za bezskuteczne w rozumieniu art. 385¹ polskiego k.c. W oparciu o „wykładnię zgodnego zamiaru stron i celu umowy” sąd sugeruje „usunąć niejednoznaczność postanowienia w umowie zawartej z konsumentem”.
33. Artykuł 65 polskiego kodeksu cywilnego, który zawiera dyrektywy interpretacyjne oświadczeń woli nie może być jednak wykorzystany do interpretacji postanowienia umownego, w ramach kontroli jego abuzywności, i to w sposób, który prowadzi do zmiany treści postanowienia. Dyrektywy wykładni umowy zawarte w art. 65 k.c. są sprzeczne z dyrektywami wykładni ujętymi w art. 5 dyrektywy 93/13, zgodnie z którym wszelkie wątpliwości co do treści postanowienia należy interpretować na korzyść konsumenta. Artykuł 65 nakazuje bowiem wyklądać oświadczenie woli tak, jak wymagają tego okoliczności, w jakich zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W przypadku umów należy badać, jaki był zamiar stron i cel umowy a nie opierać się na jej dosłownym brzmieniu.
34. Zaproponowana przez sąd odsyłający metoda interpretacji nie tylko narusza prawo europejskie, ale również nie znajduje uzasadnienia na tle prawa krajowego. Z punktu widzenia dyrektywy 93/13 podejście zaproponowane przez sąd odsyłający prowadzi do obejścia zasady sformułowanej w orzecznictwie Trybunału, zgodnie z którą sąd po stwierdzeniu abuzywnego charakteru postanowienia zobowiązany jest jedynie do prostego niestosowania umowy, nie jest natomiast uprawniony do zmiany treści, aby zapewnić wystąpienie skutku odstraszającego (patrz punkt II powyżej). Zaproponowana przez sąd interpretacja treści postanowienia za pomocą art. 65 k.c. prowadzi do zmiany treści postanowienia. Uniemożliwia to osiągnięcie skutku odstraszającego w stosunku do przedsiębiorcy, który stosując nieuczciwe postanowienie umowne, wiedziałby, że sąd dokonując wykładni uwzględni jego interesy i prowadzi do osiągnięcia skutku sprzecznego z dyrektywą 93/13.

35. Na tle prawa krajowego należy podkreślić, że wspólny zamiar stron w przypadku umów adhezyjnych (opartych na wzorcach) ma charakter sfingowanego konsensu normatywnego, który nie powinien być traktowany jako konsens rzeczywisty. Artykuł 65 polskiego kodeksu cywilnego, który odnosi się do konsensu rzeczywistego, nie pozostaje więc nawet w zbiegu z przepisami dotyczącymi kontroli abuzywności, ponieważ postanowienia indywidualnie negocjowane, które mogą być wykładane przez art. 65, na tle prawa polskiego nie podlegają kontroli abuzywności. Nie jest to koncepcja nowa na tle prawa polskiego. Wykładnia *contra proferentem* w odniesieniu do wzorców umownych była znana w Polsce co najmniej od końca lat 50-tych ubiegłego wieku (zob: W. Warkalło, Glosa do orzeczenia SN z 19 listopada 1957 r., 2CR 1000/57, Państwo i prawo, 1959, z. 10, s. 693 – 694), a w latach 70-tych ubiegłego wieku znajdowała się już w centrum dyskursu dogmatycznego (zob. E. Łętowska, Wzorce umowne, Ossolineum 1975, s. 216-220).
36. Po piąte, sąd pomija jasno wyrażone zdanie konsumentów co do skutków stwierdzenia abuzywnego charakteru postanowienia, konstatując po prostu, że interpretacja zaproponowana przez sąd jest dla konsumentów korzystna. Takie podejście jest niezgodne ze stanowiskiem konsumentów, którzy w sprawie żądają stwierdzenia braku związania klauzulą (bez względu na skutki, jakie może to wywołać dla dalszego trwania umowy), a ponadto narusza zasady wypracowane w tym względzie przez Trybunał Sprawiedliwości. Trybunał nakazuje bezwzględne uwzględnienie stanowiska wyrażonego przez konsumenta, tak na etapie wyciągania konsekwencji wynikających z abuzywności dla klauzuli (to konsument decyduje o tym, czy powołać się na nieuczciwy charakter postanowienia Banif Plus Bank C-472/11, pkt 23, 27 i 35, Pannon GSM C-243/08, pkt 33 i 35, Dziubak 260/18, pkt 67, 68), jak i dla dalszego trwania umowy (czy upadek umowy powoduje skutki szczególnie niekorzystne dla konsumenta - Dziubak 260/18, pkt 55, 56). Wykładnia zaproponowana przez sąd odsyłający, wbrew deklaracjom składanym przez sąd, że są to środki ochronne, to wykładnia na korzyść przedsiębiorcy (tu – banku), a nie konsumenta (a więc nie *in dubio contra proferentem*, lecz *in dubio contra consumentem*). Konsument w bardzo jasny sposób określił swoje preferencje, zgodnie z którymi bez względu na to, jakie będą konsekwencje stwierdzenia abuzywności postanowienia (tj. upadek umowy, czy też jej dalsze funkcjonowanie jako umowa odfrankowiona), będzie to dla niego skutek akceptowalny, nie zgadza się natomiast z pozostawieniem postanowienia w umowie. **Próba pozostawienia klauzuli w umowie, podejmowana przez sąd wbrew stanowisku - a tym samym wbrew - interesowi konsumenta nie może zostać uznana za wykładnię na korzyść konsumenta.**
37. Sąd odsyłający kwestionuje ponadto abuzywny charakter rozpatrywanej klauzuli, powołując się na kryteria, których zastosowanie narusza dyrektywę 93/13. Sąd odsyłający błędnie zakłada, że wskazane przez niego kwestie mają znaczenie dla ustalenia normatywnego standardu abuzywności. Relewantność, czy może raczej brak relewantności, tych okoliczności został już przesądzony w orzecznictwie Trybunału jak i zaakceptowany w polskim porządku prawnym. Sąd odsyłający wskazuje na:
- (a) wykonywanie umowy „mające na celu odtworzenie okoliczności z chwili zawarcia umowy”;
 - (b) niepodpisanie aneksu do umowy umożliwiającego spłatę kredytu bezpośrednio w walucie obcej;

- (c) wpływ kwestionowanych postanowień umownych na wolę zawarcia umowy przez konsumenta;
 - (d) rozumienie przez konsumenta kwestionowanego postanowienia umownego;
 - (e) brak zainteresowania konsumenta kwestionowanym postanowieniem umownym w czasie zawarcia umowy i jej wykonywania, w tym brak zaznajomienia się z treścią umowy w chwili jej zawarcia i przez cały czas jej trwania.
38. **Ad. (a)** Jeśli chodzi o wykonywanie umowy „mające na celu odtworzenie okoliczności z chwili zawarcia umowy”, to sąd wydaje się akceptować stanowisko, zgodnie z którym sposób wykonania umowy może wyeliminować abuzywność postanowienia. Wątpliwości sądu spowodowane są rzekomą rozbieżnością, jaką odnajduje pomiędzy stanowiskiem prezentowanym przez Urząd Ochrony Konsumentów i Konkurencji, Rzecznika Finansowego oraz część polskich sądów, a orzecznictwem Trybunału (Banco Primus C-421/14, pkt 57, 61; Pannon GSM C-243/08, pkt 39; Aziz, C-415/11), to jest oparciem oceny abuzywności o „literalne brzmienie umowy” bądź dokonaniem jej „w świetle całokształtu istotnych okoliczności umowy”. Sąd odsyłający powołuje się jednak na błędne tłumaczenie wyroków. Błąd ten został już dostrzeżony i wyjaśniony (prawidłowe tłumaczenie dyrektywy zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 13 października 2016 r. (L276/17)). Orzeczenie, jakie wydał dnia 20 czerwca 2018 Sądu Najwyższego w składzie siedmiu sędziów (sygn. akt III CZP 29/17), bardzo szczegółowo omawia kwestię momentu właściwego dla oceny abuzywności (w oparciu o orzecznictwo Trybunału). Ponadto wniosek Rzecznika Finansowego, który był podstawą wydania orzeczenia przez Sąd Najwyższy dokładnie analizuje błąd popełniony w pierwotnym tłumaczeniu dyrektywy (s. 9-12). Nie powinno więc podlegać jakiegokolwiek wątpliwości, że oceny abuzywności postanowienia dokonuje się na chwilę zawarcia umowy, a okoliczności wykonania umowy nie mają żadnego wpływu na tę ocenę.
39. **Ad. (b)** Jeśli chodzi o niepodpisanie aneksu, to okoliczność ta nie zachodzi w niniejszej sprawie, więc podniesienie jej przez sąd nie ma żadnego znaczenia (co sąd odsyłający zresztą przyznaje). Rzecznik Praw Obywatelskich chciałby jednak podkreślić, że polski Sąd Najwyższy wyjaśnił już, że podpisanie aneksu nie powoduje automatycznego usunięcia abuzywności postanowień umowy (zob. m.in.: wyrok Sądu Najwyższego z 14 lipca 2017r., II CSK 803/16, uchwała (7) z 20 czerwca 2018 r., III CZP 29/17, z dnia 11 grudnia 2019 r. V CSK 382/18, uchwała z dnia 20 czerwca 2018 roku, III CZP 29/17, wyroku z dnia 9 maja 2019 r., I CSK 242/18).
40. **Ad. (c)** Sąd odsyłający wskazuje również, że jego wątpliwość dotycząca tego, czy postanowienie jest nieuczciwe, wynika z tezy wyrażonej w wyroku w sprawach Aziz C-415/11 i Banco Primus C-421/14, gdzie Trybunał wskazał, że o sprzeczności z zasadami dobrej wiary można mówić wtedy, gdy postanowienia umowne kształtują rozkład praw i obowiązków w sposób, który nie zostałby zaakceptowany przez strony w toku uczciwie prowadzonych negocjacji. Zdaniem sądu, kwestia, czy dane postanowienie zostałoby zaakceptowane przez konsumenta może zostać wyjaśniona w rozpatrywanej sprawie. Sąd wskazuje (pkt 25, s. 16 i 17), że wykonanie umowy, nieprzywiązywanie wagi do zasad ustalania waluty obcej czy brak

zaznajomienia się z umową przez cały czas jej trwania pozwalają sądowi wysnuć wniosek, że umowa zostałaby zawarta nawet wówczas, gdyby strona w toku uczciwie prowadzonych negocjacji poznała szczegóły ustalania kursu waluty obcej przez bank. Sąd odsyłający zakłada ponadto jako pewnik, że w zachowaniu banku przy prowadzeniu negocjacji nie byłoby elementów abuzywnych. Twierdzenie takie jest, po pierwsze, hipotezą, a po drugie hipoteza ta przeczy doświadczeniu, na którym oparta jest dyrektywa 93/13 (doświadczenie to znajduje potwierdzenie również na polskim rynku). Ten kierunek argumentacji odbiega ponadto od stanowiska wyrażonego przez Sąd Najwyższy, który stwierdził w jednej ze spraw na tle kredytów frankowych (wyrok SN z 29 października 2019 r., sygn. akt IV CSK 309/18), że gdyby konsumentowi rzeczywiście zostało należycie wyjaśnione znaczenie zmiany kursu waluty i ponoszonego ryzyka, to racjonalny kredytobiorca nie zdecydowałby się na kredyt powiązany z kursem waluty obcej w sposób wadliwy w perspektywie jego spłacania przez kilkadziesiąt lat, chyba żeby z okoliczności sprawy wyraźnie wynikało co innego. Ponadto, gdyby kredytujący bank zamierzał wystarczająco poinformować kredytobiorcę będącego osobą fizyczną (konsumentem) o niebezpieczeństwach wynikających z kredytu powiązanego z kursem waluty obcej, to nie proponowałby w ogóle zawierania takich umów kredytowych, zdając sobie sprawę jako profesjonalista, że umowa taka może zostać łatwo oceniona jako nieuczciwa.

41. **Ad. (e) i (d).** Brak zrozumienia przez konsumenta treści zawieranej przez niego umowy, czy nawet fakt niezapoznania się przez konsumenta z umową nie jest kryterium relewantnym dla oceny abuzywności postanowienia. Artykuł 3 ust. 1 dyrektywy jasno wskazuje kryteria, jakie nakazują uznać postanowienie umowne za nieuczciwe: sprzeczności z wymogami dobrej wiary, która powoduje znaczącą nierównowagę wynikających z umowy praw i obowiązków stron ze szkodą dla konsumenta (kwestia ta omówiona została obszernie w uwagach pisemnych Rzecznika Praw Obywatelskich w sprawie C-198/20 X Bank).
42. Ostatnia podniesiona przez sąd odsyłający kwestia to relacja między artykułem 5 i 6 dyrektywy 93/13. Sąd odsyłający dąży do ustalenia, czy możliwe jest usunięcie niejednoznaczności warunku umownego określającego zasady ustalania kursu waluty obcej zgodnie z motywami i art. 5 dyrektywy 93/13. Zdaniem sądu (pkt 20, s. 16) za takim rozwiązaniem może przemawiać rozróżnienie możliwości interpretacji warunków umowy na korzyść konsumenta zgodnie z art. 5 dyrektywy i możliwości wyłączenia warunku umowy uznanego za nieuczciwy na podstawie art. 6 dyrektywy 93/13.
43. Również i w tym przypadku rozumowanie zaproponowane przez sąd odsyłający budzi wątpliwości. Artykuł 5 dyrektywy 93/13, a także jego relacja do art. 6 dyrektywy nie były wprawdzie częstym przedmiotem rozważań Trybunału, jednak dotychczasowe wyroki zawierają wskazówki dotyczące prawidłowego stosowania dyrektywy 93/13 przez sądy krajowe.
44. Trybunał odniósł się krótko do art. 5 dyrektywy 93/13 w wyrokach z dnia 15 stycznia 2015, Šiba C-537/13 oraz z dnia 23 kwietnia 2015 C-96/14 Van Hove. W wyroku Šiba C-537/13 (pkt 49) Trybunał przypomniał, że jeżeli warunek nie jest objęty wyjątkiem przewidzianym w art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13, a jego **brzmienie**

jest niejasne, na mocy art. 5 tej dyrektywy wątpliwości należy interpretować na korzyść konsumenta. W wyroku C-96/14 Van Hove (pkt 34) stwierdził natomiast, że w odniesieniu do umów dotyczących usług prawnych do sądu odsyłającego należy uwzględnić szczególny rodzaj tych usług w ramach przeprowadzanej przez ów sąd oceny prostego i zrozumiałego charakteru warunków umownych, zgodnie z art. 5 zdanie pierwsze dyrektywy 93/13, a na mocy art. 5 zdanie drugie – interpretowanie tych warunków w razie wątpliwości w sposób najbardziej korzystny dla konsumenta.

45. Bardziej precyzyjnych wskazówek dostarcza wyrok z dnia 9 września 2004, C-70/03, Komisja przeciwko Hiszpanii (pkt 16). Trybunał wyjaśnił tam, że rozróżnienie ustanowione w art. 5 dyrektywy pomiędzy powództwami wszczętymi przez jednostkę a powództwami o zaniechanie wszczętymi przez osoby lub organizacje reprezentujące interes zbiorowy w zakresie znajdującej zastosowanie zasady interpretacyjnej tłumaczone jest odmiennością celów postawionych przed każdym z tych typów powództw. W pierwszym przypadku sądy lub właściwe organy muszą przeprowadzić *in concreto* analizę nieuczciwego charakteru warunku zamieszczonego w zawartej już umowie, podczas gdy w drugim przypadku do ich obowiązku należy dokonanie *in abstracto* oceny nieuczciwego charakteru warunku, który dopiero może zostać włączony do przyszłych umów. W pierwszej sytuacji dokonanie interpretacji na korzyść konsumenta przynosi mu natychmiastową korzyść. W drugiej przeciwnie, ażeby tytułem prewencyjnym osiągnąć skutek najbardziej korzystny dla grupy konsumentów, nie należy w razie wątpliwości dokonywać interpretacji najbardziej korzystnej dla nich korzystny. Opinia Rzecznika Generalnego L.A. Geelhoeda z dnia 29 kwietnia 2004 r. (pkt 11) zawiera dalej idące wyjaśnienia tej kwestii. Rzecznik Generalny podnosi bowiem (słusznie, zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich), że zasada interpretacji zawarta w art. 5 zdanie drugie ma charakter pomocniczy, ponieważ stosuje się ją wyłącznie, jeśli **wątpliwość co do znaczenia jednego z warunków umowy utrzymuje się po dokonaniu jego wykładni zwyczajowymi metodami**. W sporze dotyczącym jednego z warunków umowy między konsumentem a sprzedawcą lub dostawcą, warunek ten interpretowany jest na korzyść konsumenta. Niejasność takiego warunku i skutki z tego wynikające przypisane zostają sprzedawcy lub dostawcy. Odnosi się to do sytuacji, gdy umowa została zawarta i gdy następnie należy rozstrzygnąć, czy dany warunek jest nieuczciwy.
46. Wykładnia na korzyść konsumenta może więc dotyczyć jedynie sytuacji, kiedy postanowienie jest niezrozumiałe (narusza zasady transparentności formalnej). Wykorzystanie tego typu wykładni do postanowienia, którego treść można ustalić, np. za pomocą wykładni literalnej, prowadziłoby do zmiany treści postanowienia, co z kolei prowadziłoby do obejścia zakazu zmiany treści postanowienia. W rozpatrywanej sprawie problem nie dotyczy tego, że postanowienie jest niezrozumiałe, ale tego, że bank wprowadził do niego niejasne i arbitralne kryteria ustalania kursu walut (co łatwo wywnioskować z brzmienia postanowienia). Wykorzystanie art. 5 dyrektywy 93/13 po to, aby wprowadzić nowe kryteria ustalania kursu walut prowadzi więc do obejścia zakazu zmiany treści postanowienia.

47. Kwestią, która została już omówiona to możliwość przeprowadzenia wykładni „na korzyść konsumenta”, która prowadzi do osiągnięcia skutku sprzecznego z jednoznacznie wyrażonym stanowiskiem konsumenta. Rzecznik Praw Obywatelskich stoi na stanowisku, że w świetle ukształtowanej linii orzeczniczej Trybunału jest to niedopuszczalne (patrz pkt 36). Należy podkreślić, że wykładnia *contra proferentem* bywa, ale nie musi być prokonsumencka: w szczególności tak jest wtedy, gdy skutek ochronny może zostać osiągnięty dzięki innym działaniom (np. usunięciu klauzuli abuzywnej, co wynika z prawa UE i zapewnia poszanowanie woli oraz decyzji konsumenta). Wtedy po prostu brak jest potrzeby sięgania do salvacji interesu konsumenta w drodze wykładni *contra proferentem*.

VI. Pytanie 2

48. Rzecznik Praw Obywatelskich uważa, że w świetle ustaleń na tle pytania 1, pytanie 2 nie wymaga udzielenia odpowiedzi.
49. W pytaniu 2 sąd odsyłający odwołuje się do tych samych koncepcji, ewidentnie naruszających normy dyrektywy 93/13, co w pytaniu 1 (możliwość uniknięcia kontroli abuzywności poprzez zastosowanie „zgodnej z wolą stron” interpretacji, opartej na art. 65 polskiego kodeksu cywilnego; okoliczności wykonania umowy jako czynnik eliminacji abuzywnego charakteru postanowienia).
50. Na tle pytania 2 sąd odsyłający przywołuje jednak również nowe argumenty. Ich wykorzystanie doskonale ilustruje podejście sądu i wyjaśnia problemy z osiągnięciem prawidłowego poziomu ochrony konsumenckiej w Polsce. Z tego powodu Rzecznik Praw Obywatelskich chciałby się do nich krótko odnieść.
51. Po pierwsze, sąd odsyłający argumentuje, że choć kwestionowane postanowienie nie jest dość precyzyjne, to jednak „nie pozwala na przypisanie pozwanemu bankowi złej woli, gdyż przez cały okres wykonywania umowy stosował, zgodnie ze swoim rozumieniem umowy, rynkowe kursy walut i to również w czasie, kiedy kwestia abuzywności postanowień umownych nie pojawiała się”. Zdaniem sądu odsyłającego: „W tym zakresie można co najwyżej przypisać bankowi pewną niefrasobliwość, ale nie chęć ukształtowania zapisu umownego celem pokrzywdzenia konsumenta poprzez stosowanie dowolnych, oderwanych od rynkowych kursów walut”. Sąd odsyłający dopuszcza więc „niefrasobliwość” po stronie profesjonalnego uczestnika obrotu o szczególnym charakterze (w Polsce banki wciąż postrzegane są jako instytucje zaufania publicznego), oczekuje natomiast zachowania w pełni racjonalnego i starannego od konsumenta (brak odpowiedniego zaangażowania konsumenta stara się wykorzystać jako argument pozwalający na zaakceptowanie postanowienia abuzywnego w umowie). Należy przy tym pamiętać, że stan świadomości przedsiębiorcy, czy jego dobra wola co do niedozwolonego charakteru postanowienia, które wprowadził do umowy, nie ma żadnego znaczenia dla oceny abuzywności.

52. Po drugie, sąd odsyłający podkreśla, że „analogiczne postanowienia umowne były powszechną praktyką również w innych bankach”, mimo że fakt powszechności stosowania klauzul abuzywnych nie wyłącza ich abuzywności i nie może prowadzić do ich akceptacji.
53. Po trzecie, sąd odsyłający wskazuje (pkt IV (16), s. 22), że za uznaniem jego rozumowania przemawiają względy ekonomiczne. Sąd odsyłający podkreśla, że nawet dopuszczenie do swobody banku w zakresie ustalania kursów waluty w ramach wartości rynkowych prowadzi do tego, że kredytobiorcy w niniejszej sprawie znajdują się w sytuacji bardziej korzystnej ekonomicznie niż gdyby byli stroną kredytu złotówkowego z właściwym dla niego oprocentowaniem. Sąd wprawdzie zdaje sobie sprawę (pkt IV (17)), że wzrost wartości waluty obcej powoduje nie tylko wzrost rat kredytu, ale i wysokości zobowiązania, co stawia kredytobiorcę w sytuacji niekorzystnej, gdyby w tym momencie chciał spłacić kredyt w całości. Sąd odsyłający podkreśla jednak, że umowa została zawarta na okres znacznie dłuższy, a przy tym w ramach raty kredytu indeksowanego kilkakrotnie szybciej zwraca się kapitał niż przy kredycie złotówkowym, w którym zdecydowanie większą część raty stanowią odsetki, niedogodność związana z chwilowym wzrostem zadłużenia, wynikającym ze wzrostu waluty obcej, wydaje się w pewien sposób zamortyzowana (co, należy podkreślić, może zostać uznane za argument niezwykle spekulatywny w kontekście historycznych danych dotyczących wartości CHF). Argumentacja przedstawiona przez sąd w tym zakresie pozostaje bez związku dla oceny abuzywnego charakteru postanowienia. To rozumowanie odzwierciedla jednak linię argumentacyjną banków. Z jednej strony banki motywują konieczność odstąpienia od wyciągnięcia konsekwencji wynikających z faktu wykorzystywania przez nie klauzul abuzywnych względami ekonomicznymi dla systemu (koszty, jakie będą musiały ponieść w związku z wyciągnięciem takich konsekwencji, obecnie również w kontekście osłabienia sektora bankowego w związku z pandemią). Z drugiej natomiast strony, banki powołują się na lepszą sytuację konsumentów, którzy zaciągnęli kredyt w CHF w porównaniu do konsumentów, którzy zaciągnęli kredyt w PLN, podejmując (skuteczną) próbę zantagonizowania tych dwóch grup społecznych.
54. Sposób rozumowania ujawniony w argumentacji sądu odsyłającego jasno wskazuje, że przy jego zastosowaniu niemożliwe jest osiągnięcie poziomu ochrony wymaganego dyrektywą 93/13. Kryteria wykładni treści postanowienia jakie proponuje sąd są rażąco sprzeczne z kryteriami wykładni na tle dyrektywy 93/13, w tym wykładni postanowienia na korzyść konsumenta.

VII. Propozycja odpowiedzi na pytania sądu odsyłającego

55. Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, kwestie podniesione bądź poruszone przez sąd odsyłający w niniejszej sprawie w przeważającej części nie budzą wątpliwości z punktu z widzenia prawa europejskiego. Wskazówki dla sądu krajowego, mogą w związku z tym zostać ujęte w ramach *acte éclairé*. Biorąc pod uwagę,

z jak wieloma problemami, jeśli chodzi o rozumienie aksjologii dyrektywy 93/13, boryka się sąd odsyłający, niezwykle wskazane byłoby jednocześnie, aby Trybunał wyjaśnił pewne pryncypia, na których opiera się dyrektywa. W szczególności, wskazane byłoby wyjaśnienie, że zakaz podejmowania działań mających na celu zmianę treści klauzuli uznanej za abuzywną obejmuje również działania sądu mające na celu zmianę treści klauzuli, podlegającej wyłączeniu na tle art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13 na etapie kontroli transparentności takiej klauzuli, w świetle art. 6 i 7 dyrektywy 93/13.

56. Jeżeli Trybunał stwierdzi, że kwestie związane ze stosowaniem art. 5 dyrektywy nie zostały odpowiednio wyjaśnione w dotychczasowym orzecznictwie, Rzecznik Praw Obywatelskich sugeruje sformułowanie następujących wskazówek:
- (1) Wykładnia na korzyść konsumenta na tle art. 5 zdanie drugie dyrektywy 93/13 ma na celu interpretację warunku umownego, który został sformułowany w sposób uniemożliwiający jego zrozumienie.
 - (2) Wykładnia na korzyść konsumenta na tle art. 5 zdanie drugie dyrektywy 93/13 musi opierać się na stanowisku wyrażonym przez konsumenta.

Dr hab. Maciej Taborowski

Zastępca Rzecznika Praw Obywatelskich

/podpisano elektronicznie/