

Sygn. akt III CZP 29/17

UCHWAŁA

składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego

Dnia 20 czerwca 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

Prezes SN Dariusz Zawistowski (przewodniczący)
SSN Mirosław Bączyk
SSN Jacek Gudowski
SSN Henryk Pietrkowski
SSN Roman Trzaskowski (sprawozdawca)
SSN Mirosława Wysocka
SSN Kazimierz Zawada

na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej
w dniu 20 czerwca 2018 r.

przy udziale Rzecznika Finansowego Aleksandry Wiktorow
oraz prokuratora Prokuratury Krajowej Wojciecha Kasztelana,
po rozstrzygnięciu zagadnienia prawnego przedstawionego
przez Rzecznika Finansowego
we wniosku z dnia 3 kwietnia 2017 r., (...),

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

podjął uchwałę:

Oceny, czy postanowienie umowne jest niedozwolone (art. 385¹ § 1 k.c.), dokonuje się według stanu z chwili zawarcia umowy.

UZASADNIENIE

Na podstawie art. 60 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 listopada 2002 roku o Sądzie Najwyższym (jedn. tekst: Dz.U. z 2016 r., poz. 1254) Rzecznik Finansowy wniósł o rozstrzygnięcie występującej w orzecznictwie sądów powszechnych oraz Sądu Najwyższego rozbieżności w wykładni prawa, która ujawnia się w sporach sądowych między podmiotami rynku finansowego a konsumentami i dotyczy tego, czy na podstawie art. 385¹ i 385² k.c. badanie - w ramach kontroli incydentalnej - przesłanek zgodności z dobrymi obyczajami i rażącego naruszenia interesów konsumenta, a więc nieuczciwego (abuzywnego) charakteru postanowienia (warunku) umowy, dokonywane jest według stanu z chwili zawarcia umowy, przy uwzględnieniu jej normatywnej treści oraz okoliczności jej zawarcia, a także z odniesieniem w chwili jej zawarcia do innych warunków tej umowy lub innej umowy, od której jest zależna, czy też ocena ta dokonywana jest z uwzględnieniem sposobu stosowania (wykonywania) badanego postanowienia i umowy w praktyce w okresie od chwili jej zawarcia do chwili wyrokowania.

Rzecznik opowiedział się za poglądem, że dla oceny, czy postanowienie ma charakter niedozwolony, miarodajny jest stan z chwili zawarcia umowy i okoliczności, które zaistniały do tego czasu. To, w jaki sposób postanowienie było stosowane (wykonywane), może mieć jedynie znaczenie wtórne (dowodowe), w tym sensie, że może stanowić dowód wspierający tezę o uczciwości lub nieuczciwości danego warunku umownego.

Do poglądu Rzecznika Finansowego przychylił się Prokurator Generalny, wnosząc o podjęcie uchwały, że ocena na podstawie art. 385¹ k.c. i art. 385² k.c., w ramach kontroli incydentalnej, przesłanek zgodności postanowienia umowy z dobrymi obyczajami oraz zaistnienia rażącego naruszenia interesów

konsumenta, jest dokonywana przy uwzględnieniu stanu z chwili zawarcia umowy, biorąc pod uwagę jej treść, okoliczności zawarcia oraz z odniesieniem do innych warunków tej umowy lub innej umowy, od której jest ona zależna.

Zbliżone zapatrywanie wyraził Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wskazując, że dla oceny abuzywności postanowienia decydująca jest chwila zawarcia umowy, a sposób jego wykonywania pozostaje bez znaczenia.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Rozbieżność orzecznictwa dotyczy wykładni art. 385¹ i 385² k.c., które - wraz z art. 385³ i art. 385⁴ k.c. i innymi przepisami - zostały wprowadzone do kodeksu cywilnego mocą ustawy z dnia 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za produkt (Dz.U. Nr 22, poz. 271), w celu transpozycji do prawa polskiego postanowień dyrektywy Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz.Urz. WE L 95 z dnia 21 kwietnia 1993 r., s. 29 ze zm.; polskie wydanie specjalne Dz.Urz. UE: rozdział 15, t. 2, s. 288, ze sprostowaniem z dnia 13 października 2016 r., Dz. Urz. UE L 2016, nr 276, s. 17 - dalej: „dyrektywa 93/13”). Przepisy te stanowią rdzeń systemu ochrony konsumenta przed wykorzystywaniem przez przedsiębiorców silniejszej pozycji kontraktowej, związanej z możliwością jednostronnego kształtowania treści wiążących strony postanowień, w celu zastrzegania klauzul niekorzystnych dla konsumenta (klauzul abuzywnych). Wprowadzają instrument wzmożonej - względem zasad ogólnych (art. 58 § 2, art. 353¹ i 388 k.c.) - kontroli treści postanowień narzuconych przez przedsiębiorcę, pod kątem poszanowania interesów konsumentów.

Mają bezpośrednie zastosowanie w ramach tzw. kontroli incydentalnej dotyczącej wszelkich postanowień, które nie były indywidualnie negocjowane (postanowienia wzorca umowy, przejęte z wzorca czy też indywidualnie narzucone) i służącej ochronie interesu indywidualnego z uwzględnieniem okoliczności konkretnego przypadku. Stosowane odpowiednio stanowią również podstawę tzw. kontroli abstrakcyjnej, realizowanej obecnie

przez Prezesa Urzędu Konkurencji i Konsumentów w sprawach o uznanie postanowienia wzorca umowy za niedozwolone (por. art. 23b i n. ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, tekst jedn. Dz.U. z 2018 r., poz. 798 ze zm.), która ma na celu ochronę zbiorowego interesu konsumentów i z założenia jest dokonywana w oderwaniu od okoliczności konkretnego przypadku (por. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2015 r., III CZP 17/15, OSNC 2016, nr 4, poz. 40), także wtedy, gdy postanowienie wzorca nie zostało jeszcze wykorzystane przy zawarciu umowy, a tym samym niezależnie także od tego, w jaki sposób postanowienie jest stosowane przez przedsiębiorcę.

Wniosek Rzecznika Finansowego został ograniczony do zakresu bezpośredniego zastosowania art. 385¹ i 385² k.c., a więc kontroli incydentalnej, co jest uzasadnione odrębnością reżimów obu rodzajów kontroli, należy jednak zastrzec, że nie przekreśla to oddziaływania rozstrzygnięcia na system kontroli abstrakcyjnej mocą odpowiedniego stosowania.

Zagadnienie wyrażone w treści pytania prawnego zostało ujęta wąsko i sprowadzone do kwestii dopuszczalności uwzględnienia w ramach oceny abuzywności postanowienia sposobu jego stosowania (wykonywania) w okresie od chwili zawarcia umowy do chwili wyrokowania, jednak z uzasadnienia wniosku wynika, że wątpliwość Rzecznika Finansowego ma ogólniejszy charakter i dotyczy tego, czy kontrola abuzywności powinna uwzględniać okoliczności, które powstały po zawarciu umowy, w tym także takie, jak zmiana umowy, niekwestionowanie skuteczności postanowienia przez konsumenta przez długi okres czasu lub zmiany normatywne. Przedstawione do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne wymaga zatem szerszej analizy, zwłaszcza że w dotychczasowym orzecznictwie Sądu Najwyższego mieszczącym się w ramach kontroli incydentalnej nie poświęcano mu wzmoczonej uwagi, a dotyczące go nieliczne wypowiedzi miały zwięzły charakter.

Dotyczy to przede wszystkim uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2015 r., IV CSK 362/14 (OSNC-ZD 2016, nr C, poz. 49)

wydanego w sprawie, w której przedmiotem sporu była abuzywność postanowień umowy kredytu przewidujących, że kwota kredytu wyrażonego i wypłaconego w złotych zostanie przeliczona na franki szwajcarskie, a kwoty rat wyrażonych we frankach szwajcarskich - na złotówki „zgodnie z Tabelą kursów obowiązującą w Banku” w danym dniu. Sąd Najwyższy stwierdził, że mocą ustawy z dnia 29 lipca 2011 r. o zmianie ustawy – Prawo bankowe oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 165, poz. 984 - dalej: „ustawa antyspreadowa”) ustawodawca wprowadził narzędzie prawne pozwalające wyeliminować z obrotu postanowienia umowne zawierające niejasne reguły przeliczania należności kredytowych, zarówno na przyszłość, jak i w odniesieniu do wcześniej zawartych umów w części, która pozostała do spłacenia i tym samym abuzywność tych postanowień została w tym zakresie usunięta. Dostrzegając, że ustawa nie dotyczyła części kredytu, który został już spłacony przez powodów, Sąd Najwyższy zauważył, iż częściowa spłata kredytu została dokonana przy zastosowaniu określonego sposobu przeliczeń i nawet jeżeli był on niejasny według treści zaskarżonych postanowień umownych, to z chwilą dokonania spłaty został skonkretyzowany. W rezultacie niedozwolony charakter tych postanowień został wyeliminowany.

Odmienne stanowisko znalazło wyraz w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 1 marca 2017 r., IV CSK 285/16 (nie publ.), wydanym w sprawie, w której przedmiotem sporu była skuteczność postanowień umowy pożyczki hipotecznej indeksowanej do franka szwajcarskiego, przewidujących przeliczenie udzielonej i wypłacanej w złotych kwoty pożyczki na franki szwajcarskie według kursu kupna franka ustalanego przez pozwanego na dzień wypłaty kredytu oraz przeliczenie rat spłacanych w złotych, stanowiących równowartość franków szwajcarskich, stosownie do kursu sprzedaży franka oznaczanego przez Narodowy Bank Polski na dzień przed datą wpływu środków. Sąd Najwyższy uznał takie ukształtowanie indeksacji za nieprawidłowe, wyjaśniając m.in., że zgodnie z art. 385² k.c. i art. 4 ust. 1 dyrektywy 93/13 ocena postanowienia powinna być dokonywana według stanu z chwili jej zawarcia oraz w okolicznościach jej zawarcia, przy uwzględnieniu umów pozostających z

nią w związku i że nie są objęte tą oceną kwestie związane z wykonywaniem umowy.

W niektórych orzeczeniach sądów powszechnych przywołanych we wniosku uznaje się, że Sąd Najwyższy wypowiedział się w przedmiotowej kwestii także w wyroku z dnia 14 maja 2015 r., II CSK 768/14 (OSNC 2015, nr 11, poz. 132), jednak kwalifikacja ta nie jest prawidłowa. Wprawdzie Sąd Najwyższy rzeczywiście przeniósł tam ciężar weryfikacji należytego poszanowania interesów konsumenta z samej klauzuli - jej części „parametrycznej” określającej kryteria zmiany wysokości oprocentowania kredytu - którą utrzymał w mocy, na etap jej stosowania, jednak nie oznacza to, że w ten sposób przyjął, choćby tylko *implicite*, iż o uznaniu klauzuli za dozwoloną mogą decydować okoliczności dotyczące jej stosowania. Należy dostrzec, że uznania „parametrycznej” części klauzuli za dozwoloną nie przesądziła możliwość kontroli jej późniejszego stosowania – takiej argumentacji uzasadnienie omawianego wyroku nie zawiera – lecz stwierdzenie, iż wynikająca z umowy reguła zmiennej stopy oprocentowania, stanowiąca element świadczenia głównego w rozumieniu art. 385¹ § 1 k.c., nie może być podważona i związana z tym konieczność utrzymania podstawy normatywnej dla określenia należnego oprocentowania i jego weryfikacji.

Ustosunkowując się do sformułowanego przez bank zarzutu naruszenia art. 385¹ § 1 w związku z art. 385² k.c. przez niepełną ocenę kryterium „rażącego naruszenia interesów konsumenta”, mającego polegać na pominięciu okoliczności występujących po zawarciu umowy z konsumentem, a związanych ze sposobem jej wykonania, Sąd Najwyższy uznał go za bezprzedmiotowy, ponieważ w części „parametrycznej” klauzula nie została uznana za niedozwoloną. W tej sytuacji należy zgodzić się z Rzecznikiem Finansowym, że nie możliwość następczej kontroli stosowania klauzuli pod kątem poszanowania interesów konsumenta zadecydowała o uznaniu jej za dozwoloną, lecz uznanie jej za dozwoloną otworzyło drogę do kontroli jej wykorzystania. W żadnym razie nie można stwierdzić, że Sąd Najwyższy uznał postanowienie za dozwolone z tego względu, iż było stosowane w sposób

prawidłowy, gdyż prawidłowości stosowania w ogóle nie oceniał, wskazując na konieczność zasięgnięcia w tej kwestii opinii biegłego.

Jednoznacznego stanowiska co do przedmiotowej kwestii nie zajęto także w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 września 2016 r., II CSK 750/15 („Monitor Prawa Bankowego” 2017, nr 10, s. 21), co wynikało m.in. z tego, że sporne między stronami postanowienie zostało uprzednio uznane za niedozwolone w ramach kontroli abstrakcyjnej, co w istocie oznaczało, iż oceny wymagała już tylko kwestia indywidualnego uzgodnienia tych postanowień w ramach stosunku między stronami. Można zatem stwierdzić, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego zarysowała się rozbieżność poglądów co do przedmiotowej kwestii, jednakże niewielka liczba wypowiedzi, ich zwięzłość oraz brak szerszej argumentacji wskazuje, iż nie ma ona jeszcze charakteru ugruntowanego.

Wykładnia językowa art. 385¹ § 1 zdanie 1 k.c. nie stwarza podstaw do przyjęcia, że w ramach oceny abuzywności postanowienia istotny jest sposób jego stosowania przez przedsiębiorcę. Przeciwnie, skłania ona do wniosku, że decydujące znaczenie ma nie to, w jaki sposób przedsiębiorca stosuje postanowienie i dla kogo jest to korzystne, lecz to, w jaki sposób postanowienie kształtuje prawa i obowiązki konsumenta. Z przepisu wynika, że przedmiotem oceny jest samo postanowienie, a więc wyrażona w określonej formie (przeważnie słownej) treść normatywna, tzn. norma lub jej element określający prawa lub obowiązki stron (por. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2015 r., III CZP 17/15), a jej punktem odniesienia – sposób oddziaływania postanowienia na prawa i obowiązki konsumenta. Samo postanowienie może bezpośrednio kształtować prawa i obowiązki tylko w sensie normatywnym, wpływając na zakres i strukturę praw lub obowiązków stron. Taka interpretacja pozostaje w zgodzie z powszechnie akceptowanym poglądem, że art. 385¹ k.c. jest instrumentem kontroli treści umowy (stosunku prawnego). To, w jaki sposób postanowienie jest stosowane, jest kwestią odrębną, do której art. 385¹ § 1 zdanie 1 k.c. wprost się nie odnosi.

Z wykładni art. 385² k.c. wynika z kolei, że o tym, czy postanowienie jest zgodne z dobrymi obyczajami, mogą decydować także czynniki wykraczające poza samą jego treść, w tym faktyczne w postaci okoliczności zawarcia umowy. We wstępnej części przepisu wskazano jednak, że ocena powinna być dokonywana „według stanu z chwili zawarcia umowy”. Jest to wyraźne, jednoznaczne rozstrzygnięcie normatywne, które oznacza, że w ramach tej oceny mogą być uwzględniane tylko zmienne zaistniałe do chwili zawarcia umowy, a więc istniejącą, wówczas pozostałą treść umowy, okoliczności jej zawarcia (np. udzielone informacje) oraz już zawarte powiązane umowy. Tylko w takim zakresie należy uwzględniać czynniki wprost niewymienione w przepisie, takie jak np. stan prawny oraz inne zdarzenia i stany (np. pozycję rynkową przedsiębiorcy), posiadaną lub dostępną wiedzę o ryzyku, prognozy dotyczące przyszłego rozwoju zdarzeń itp.

Wykładnia językowa art. 385² k.c. nie wskazuje natomiast w sposób oczywisty, czy „stan z chwili zawarcia umowy” jest miarodajny również dla oceny, czy określone postanowienie „rażąco” – tzn. istotnie, znacząco, wystarczająco poważnie (por. art. 3 dyrektywy 93/13; wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 16 stycznia 2014 r., C-226/12, Constructora Principado SA przeciwko J. I. Menéndez Álvarez, pkt 27, 28 i wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 lutego 2006 r., I CK 297/05, Biul. SN 2006, nr 5, s. 12) - narusza interesy konsumenta. Nie oznacza to jednak, że przepis ten może być – choćby tylko w warstwie czysto językowej - podstawą wykładni *a contrario* i uzasadniać wniosek, iż przesłanka ta powinna być rozpatrywana z uwzględnieniem całokształtu okoliczności, w tym także tych, które zaistniały po zawarciu umowy. Jest tak przede wszystkim dlatego, że stosunek przesłanki sprzeczności z dobrymi obyczajami i znaczącego naruszenia interesów konsumentów nie przedstawia się jednoznacznie i jest ujmowany bardzo różnie.

W doktrynie reprezentowany jest m.in. pogląd – który może być uzgodniony z wykładnią językową art. 385¹ § 1 zdanie 1 k.c. – że przesłanka sprzeczności z dobrymi obyczajami ma charakter nadrzędny, obejmuje przesłankę rażącego naruszenia interesów konsumenta, nie czyni jej jednak zbędną, ponieważ wynika z niej, że nie każda sprzeczność postanowienia z

dobrymi obyczajami powoduje jego abuzywność, a jedynie określona jej postać, tj. ukształtowanie praw i obowiązków konsumenta naruszające w wystarczająco poważny sposób jego interesy (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 13 października 2010 r., I CSK 694/09, nie publ., z dnia 29 sierpnia 2013 r., I CSK 660/12, nie publ., z dnia 30 września 2015 r., I CSK 800/14, OSNC 2016, nr 9, poz. 105, oraz z dnia 27 listopada 2015 r., I CSK 945/14, nie publ.).

Nawet jednak uznanie pełnej odrębności przesłanek sprzeczności z dobrymi obyczajami oraz znaczącego naruszenia interesów konsumenta nie oznaczałoby, że art. 385² k.c. ma znaczenie rozstrzygające. W takim ujęciu ograniczenie hipotezy przepisu do oceny zgodności postanowienia umowy z dobrymi obyczajami można tłumaczyć założeniem ustawodawcy, że przesłanka znacznego naruszenia interesów konsumenta ma niejako charakter czysto normatywny; decyduje oddziaływanie postanowienia na prawa i obowiązki konsumenta, a czynniki pozanormatywne, np. okoliczności zawarcia umowy, mają znaczenie jedynie dla oceny zgodności postanowienia z dobrymi obyczajami. Interpretacja ta jest możliwa do uzgodnienia z akceptowanym w judykaturze sposobem rozumienia obu przesłanek. Stosownie do jednego z ujęć - mającego oparcie w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej - postanowienie umowne jest sprzeczne z dobrymi obyczajami, jeżeli kontrahent konsumenta, traktujący go w sposób sprawiedliwy, słuszny i uwzględniający jego prawnie uzasadnione roszczenia, nie mógłby racjonalnie spodziewać się, iż konsument ten przyjąłby takie postanowienie w drodze negocjacji indywidualnych (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 stycznia 2016 r., I CSK 125/15, OSNC-ZD 2017, nr A, poz. 9; por. też wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 14 marca 2013 r., C-415/11, M. Aziz przeciwko Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), pkt 69, i z dnia 26 stycznia 2017 r., C-421/14, Banco Primus SA przeciwko J. Gutiérrez García, pkt 60, oraz postanowienie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 14 listopada 2013 r., C-537/12 i C-116/13, Banco Popular Espanol SA przeciwko M. T. Rivas Quichimbo i W. E. Cun Pérez oraz Banco de Valencia SA przeciwko J. Valldeperas Tortos i María Ángeles Miret Jaume, pkt 66).

Wynika to z założenia, że przedsiębiorca, który z przyczyn faktycznych lub prawnych może jednostronnie określić treść klauzuli wiążącej konsumenta, powinien zachować się lojalnie i uwzględnić jego uzasadnione interesy, kompensując w ten sposób brak rzeczywistego wpływu konsumenta na jej treść; jeżeli tego nie czyni, działa nielojalnie, a więc sprzecznie z dobrymi obyczajami. W celu ustalenia, czy klauzula znacząco narusza interesy konsumenta, trzeba natomiast w szczególności wziąć pod uwagę, czy pogarsza ona położenie prawne konsumenta w stosunku do tego, które - w braku umownej regulacji - wynikałoby z przepisów prawa, w tym dyspozytywnych (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2007 r., III SK 21/06, OSNP 2008, nr 11-12, poz. 181, z dnia 11 października 2007 r., III SK 19/07, „Europejski Przegląd Sądowy” 2008, nr 8, s. 60, z dnia 29 sierpnia 2013 r., I CSK 660/12, z dnia 30 września 2015 r., I CSK 800/14, oraz z dnia 27 listopada 2015 r., I CSK 945/14; por. też wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 14 marca 2013 r., C-415/11, pkt 68, z dnia 16 stycznia 2014 r., C-226/12, pkt 21, oraz z dnia 26 stycznia 2017 r., C-421/14, pkt 59).

Można także uznać, że art. 385² k.c. powinien być wykładany rozszerzająco i stosowany również do oceny, czy postanowienie znacząco narusza interesy konsumenta.

W konsekwencji nie można zgodzić się ze stwierdzeniem, że wykładnia obejmująca zakresem zastosowania art. 385² k.c. także ocenę, czy postanowienie kształtuje prawa i obowiązki konsumenta w sposób, który rażąco narusza jego interesy, byłaby wykładnią *contra legem*.

W zgodzie z wnioskami wynikającymi z wykładni literalnej art. 385¹ § 1 zdanie 1 i art. 385² k.c. pozostają argumenty natury systemowej. Należy przede wszystkim zwrócić uwagę na wiążące wskazówki wynikające z prawa unijnego, a zwłaszcza z art. 3 ust. 1 i art. 4 ust. 1 dyrektywy 93/13. Z uwzględnieniem obcych wersji językowych należy wskazać - ujmując rzecz precyzyjniej niż uczyniono to w oficjalnym polskim tłumaczeniu - że w myśl art. 3 ust. 1 postanowienie umowne, które nie było indywidualnie negocjowane, jest nieuczciwe (niedozwolone, abuzywne), jeżeli sprzecznie z wymaganiami dobrej

wiary powoduje znaczącą (istotną) nierównowagę praw i obowiązków stron wynikających z umowy, na niekorzyść konsumenta. Z kolei art. 4 ust. 1 dyrektywy przewiduje obecnie – po sprostowaniu pierwotnej wersji polskiej, opartej na rażąco wadliwym tłumaczeniu - 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 momencie zawarcia umowy, do wszelkich okoliczności związanych z zawarciem umowy oraz do innych warunków tej umowy lub innej umowy, od której ta jest zależna”. Z art. 4 ust. 1 wynika zatem jednoznacznie, że „odniesienie do” chwili zawarcia umowy jest miarodajne dla oceny nieuczciwego (abuzywnego) charakteru postanowienia w ogólności, a więc – jak wynika z art. 3 ust. 1 dyrektywy - zarówno przesłanki sprzeczności z wymaganiami dobrej wiary, jak i przesłanki znaczącej nierównowagi praw i obowiązków na niekorzyść konsumenta. Wynika stąd sugestia, że okoliczności powstałe po zawarciu umowy w ogóle nie mogą mieć znaczenia dla oceny nieuczciwego charakteru postanowienia.

Sugestię tę wzmacnia treść załącznika do dyrektywy 93/13, w którym zamieszczono tzw. szarą listę klauzul, obejmującą m.in. tzw. klauzule modyfikacyjne, czyli przewidujące możliwość zmiany umowy lub obowiązków konsumenta – jednostronnie przez przedsiębiorcę albo automatycznie - bez konieczności udzielenia przezeń dodatkowej zgody (por. pkt 1, lit. j, k, l). Jest charakterystyczne, że ich dopuszczalność uzależniono od wskazania w umowie uzasadnionego powodu zmiany (por. pkt 1, lit. j, k), zastrzeżenia dla konsumenta prawa do wypowiedzenia (rozwiązania) umowy (por. pkt 1, lit. l oraz pkt 2 lit. b akapit 2) – przy czym niekiedy wymagania te są formułowane łącznie (por. pkt 2, lit. b akapit 1) – albo jasnego przedstawienia metody, według której następuje zmiana (por. pkt 2 lit d). W żadnym miejscu dyrektywy nie przypisano istotnego znaczenia okolicznościom dotyczącym sposobu korzystania przez przedsiębiorcę z uprawnień wynikających z klauzul modyfikacyjnych.

Z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej również wynika, że zasadnicze znaczenie dla dopuszczalności klauzul modyfikacyjnych

ma wymaganie ich przejrzystości, z którym wiąże się w szczególności konieczność przejrzystego wskazania przyczyn uprawniających do zmiany i jej sposobu (mechanizmu) - tak aby konsument miał możliwość przewidzenia, na podstawie jasnych i zrozumiałych kryteriów, zmian, jakie może wprowadzić przedsiębiorca lub ich konsekwencji ekonomicznych - a niekiedy także przyznanie konsumentowi prawa do wypowiedzenia umowy (por. wyroki z dnia 26 kwietnia 2012 r., C-472/10, Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság przeciwko Invitel Távközlési Zrt, pkt 24 i 28; z dnia 21 marca 2013 r., C-92/11, RWE Vertrieb AG przeciwko Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V., pkt 49; z dnia 26 lutego 2015 r., C-143/13, B. Matei, I. O. Matei v. SC Volksbank România SA, pkt 74-76). Kluczowe jest zatem nie to, jak przedsiębiorca stosuje klauzulę modyfikacyjną, lecz to, czy konsument miał możliwość przewidzenia, jak będzie stosowana. W tym kontekście istotnego znaczenia może nabrać całokształt istotnych okoliczności faktycznych, do których Trybunał zalicza formy zachęty stosowane przez przedsiębiorcę w procesie negocjacji umowy oraz informacje dostarczone na tym etapie przez przedsiębiorcę, z uwzględnieniem poziomu uwagi, jakiego można oczekiwać od właściwie poinformowanego oraz dostatecznie uważnego i rozsądnego przeciętnego konsumenta (por. wyroki z dnia 30 kwietnia 2014 r., C-26/13, Á. Kásler, H. Káslerné Rábai przeciwko OTP Jelzálogbank Zrt, pkt 70, 74, z dnia 26 lutego 2015 r., C-143/13, pkt 75 oraz z dnia 23 kwietnia 2015 r., C-96/14, J.-C. Van Hove przeciwko CNP Assurances SA, pkt 41). Jest charakterystyczne, że formułując wskazówki pomocnicze, Trybunał pomija potrzebę wzięcia pod uwagę okoliczności powstałych po zawarciu umowy, a w szczególności tego, w jaki sposób przedsiębiorca korzystał z klauzuli modyfikacyjnej. Przeciwnie, z orzecznictwa Trybunału wynika, że jest to niedopuszczalne.

W postanowieniu z dnia 11 czerwca 2015 r., C-602/13, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA przeciwko F. Quintano Ujeta i M. I. Sánchez García, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej stwierdził, że okoliczność, iż oceniane postanowienie nie zostało wykonane, nie może wykluczyć – sama przez się – ustalenia, że powoduje znaczącą nierównowagę między prawami i obowiązkami stron wynikającymi z umowy na niekorzyść konsumenta (pkt 53).

Konsekwencją tego stanowiska jest wyrok z dnia 26 stycznia 2017 r., C-421/14, w którym Trybunał wskazał, że kompetencje sądu związane ze stwierdzeniem nieuczciwego charakteru postanowienia nie mogą – ze względu na konieczność zagwarantowania skutku odstraszaającego wskazanego w art. 7 dyrektywy 93/13 – zależeć od faktycznego stosowania lub niestosowania tego postanowienia. Wprawdzie ocena ta dotyczyła samych skutków uznania postanowienia za niedozwolone (zastosowania sankcji) - jednak potwierdza *implicite*, że samo niezastosowanie klauzuli ze szkodą dla konsumenta nie wyłącza możliwości uznania go za abuzywne (pkt 73).

Wyraźne zapatrywanie znalazło wyraz w wyroku Trybunału z dnia 20 września 2017 r., C-186/16, R. P. Andriciuc i in. przeciwko Banca Românească SA, dotyczącym umowy kredytu, mocą której kredytobiorcy – uzyskujący wynagrodzenie w lejach rumuńskich - byli zobowiązani spłacić raty kredytowe w tej samej walucie, w której zaciągnięte zostały kredyty, czyli we frankach szwajcarskich. Uzasadniając abuzywność tej klauzuli, powódnie powoływali się na nieudzielenie im należytych informacji o ryzyku kursowym, związaną z tym nietransparentność klauzuli, oraz na to, że znaczną nierównowagę pomiędzy prawami i obowiązkami stron spowodował spadek wartości leja rumuńskiego w stosunku do franka szwajcarskiego, jaki nastąpił po zawarciu umów. W związku z tym sąd rumuński skierował do Trybunału pytanie o to, czy art. 3 ust. 1 dyrektywy 93/13 należy interpretować w ten sposób, że znaczącą nierównowagę między prawami i obowiązkami stron wynikającymi z umowy należy oceniać ściśle w odniesieniu do chwili zawarcia umowy, czy też nierównowaga ta obejmuje również sytuację, w której w trakcie wykonywania umowy w sposób okresowy lub ciągły świadczenie konsumenta stało się nadmiernie uciążliwe w porównaniu z chwilą zawarcia umowy z powodu istotnych zmian kursu wymiany.

Udzielając odpowiedzi, Trybunał zwięźle wyjaśnił, że ocenę nieuczciwego charakteru warunków umowy należy przeprowadzać w odniesieniu do chwili zawarcia danej umowy z uwzględnieniem wszystkich okoliczności, o których przedsiębiorca mógł wiedzieć przy zawieraniu umowy i które mogły wpływać na jej późniejsze wykonanie, gdyż warunek umowny

może wprowadzać między stronami nierównowagę pojawiającą się dopiero w czasie wykonywania umowy (pkt 54). Stanowisko zajęte w omawianym wyroku pozostaje w zgodzie z szeroko umotywowanym poglądem, wyrażonym przez Rzecznika Generalnego. Odwołując się do celu i treści dyrektywy 93/13 - zwłaszcza art. 4 ust. 1 oraz art. 3 ust. 1 - oraz charakteru ochrony przyznanej konsumentowi, Rzecznik stwierdził, że jest oczywiste, iż ocena nieuczciwego charakteru warunków oraz istnienia znaczącej nierównowagi ze szkodą dla konsumenta powinna uwzględniać wszystkie okoliczności, o których przedsiębiorca wiedział lub które mógł przewidzieć w chwili zawarcia umowy i które mogły wpływać na jej późniejsze wykonanie, natomiast ocena ta nie może zależeć od zdarzeń, które wystąpią po zawarciu umowy i są niezależne od woli stron. W tym kontekście wskazał m.in., że postanowienie umowne przewidujące możliwość jednostronnej zmiany przez przedsiębiorcę ceny świadczenia usług - w postaci standaryzowanej klauzuli „późniejszej zmiany” - jest od początku nieuczciwe, gdyż wprowadza znaczącą nierównowagę między stronami.

Można zatem stwierdzić, że z powołanych przepisów dyrektywy 93/13, interpretowanych z uwzględnieniem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, wynika jasno, iż okoliczności, które zaistniały po zawarciu umowy, nie mają znaczenia dla oceny abuzynośności postanowienia. W ramach tej oceny należy natomiast uwzględnić skutki, o których przedsiębiorca wiedział albo mógł wiedzieć przy zawieraniu umowy i które mogły wpływać na jej wykonanie w przyszłości. Wskazówki te mają charakter wiążący i muszą być uwzględnione w ramach prounijnej wykładni art. 385¹ § 1 k.c.

W zgodzie z tymi wskazówkami pozostają także inne argumenty natury systemowej. Rzecznik Finansowy trafnie zwrócił uwagę, że uwzględnienie w ramach oceny abuzynośności postanowienia także okoliczności, które zaistniały po zawarciu umowy, jest niemożliwe do uzgodnienia z charakterem zastosowanej w art. 385¹ § 1 k.c. sankcji. W myśl bowiem dominującego stanowiska – pozostającego w zgodzie z prawem unijnym - brak związania konsumenta niedozwolonym postanowieniem oznacza, że nie wywołuje ono skutków prawnych od samego początku i z mocy samego prawa, co sąd ma

obowiązek wziąć pod uwagę z urzędu (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 2007 r., III CZP 62/07, OSNC 2008, nr 7-8, poz. 87 oraz wyroki Sądu Najwyższego z dnia 30 maja 2014 r., III CSK 204/13, „Monitor Prawa Bankowego” 2015, nr 1, s. 22, z dnia 1 marca 2017 r., IV CSK 285/16, oraz z dnia 14 lipca 2017 r., II CSK 803/16, OSNC 2018, nr 7-8, poz. 79), chyba że konsument następnie udzieli "świadomej, wyraźnej i wolnej zgody" na to postanowienie i w ten sposób jednostronnie przywróci mu skuteczność (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 lipca 2017 r., II CSK 803/16 i przywołane tam orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej). W konsekwencji, orzeczenie sądu stwierdzające abuzywność postanowienia i brak związania konsumenta może mieć – jak zgodnie się przyjmuje - charakter wyłącznie deklaratoryjny. Zastosowanie takiej sankcji zakłada, że już od chwili zawarcia umowy jest jasne, czy określone postanowienie jest dozwolone i ocena ta nie jest zmienna w czasie. Z tego względu możliwe jest uwzględnienie tylko tych czynników, które są wówczas dostępne, a więc treści umowy zawartej z wykorzystaniem tego postanowienia i treści umów powiązanych, okoliczności zaistniałych i działań podejmowanych przez strony (w tym udzielonych informacji) do chwili zawarcia umowy, stanów trwających w tej chwili, istniejącego wówczas otoczenia prawnego i gospodarczego, posiadanej przez strony i dostępnej wiedzy, prognoz co do przyszłych zdarzeń i możliwości przewidzenia związanego z nimi ryzyka.

Dopuszczenie zmienności oceny abuzywności w czasie byłoby też trudne do uzgodnienia z wymaganiami transparentności (por. art. 385 § 2 i art. 385¹ § 1 zd. 2 k.c. oraz art. 5 dyrektywy 93/13), mającym istotne znaczenie dla oceny abuzywności postanowienia (por. np. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 2007 r., III CZP 62/07, wyroki Sądu Najwyższego z dnia 13 października 2010 r., I CSK 694/09, nie publ., z dnia 15 lutego 2013 r., I CSK 313/12, „Monitor Prawa Bankowego” 2013, nr 12, s. 28, z dnia 18 grudnia 2013 r., I CSK 149/13, OSNC 2014, nr 10, poz. 103, z dnia 10 lipca 2014 r., I CSK 531/13, OSNC-ZD 2015, nr D, poz. 53, z dnia 4 marca 2016 r., I CSK 72/15, nie publ., oraz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 2015 r., I CSK 720/14, nie publ.; por. też wyroki Trybunału

Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 26 kwietnia 2012 r., C-472/10, pkt 27, 30-31, i z dnia 16 stycznia 2014 r., C-226/12, pkt 27). Istotą wymagania transparentności jest – w przypadku szczególnie istotnych w tym miejscu klauzul modyfikacyjnych - zapewnienie konsumentowi, na podstawie jasnych i zrozumiałych kryteriów, możliwości przewidzenia skutków postanowienia, w tym zmian, jakie może wprowadzić przedsiębiorca lub ich konsekwencji ekonomicznych (por. wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 30 kwietnia 2014 r., C-26/13, pkt 73, z dnia 26 lutego 2015 r., C-143/13, pkt 74, oraz z dnia 23 kwietnia 2015 r., C-96/14, pkt 41).

Ze względu na wymagania transparentności nie można też uznać, że w przypadku klauzul modyfikacyjnych wystarczającą ochronę interesów konsumenta zapewnia następcza kontrola korzystania z tych klauzul - przybierające postać dokonywania przez przedsiębiorcę jednostronnych czynności prawnych - z odwołaniem do klauzuli generalnej zasad współżycia społecznego (art. 58 § 2 k.c.). Tego rodzaju potencjalna kontrola nie wyłącza zatem możliwości uznania klauzuli modyfikacyjnej za niedozwoloną.

Odrębną kwestią jest natomiast możliwość sanowania niedozwolonego postanowienia, choćby z mocą *ex tunc*, wskutek późniejszego zdarzenia; ukierunkowanej na ten skutek konstytutywnej czynności prawnej – jednostronnej, np. potwierdzenia niedozwolonego postanowienia przez konsumenta, albo dwustronnej, tj. umowy, w której strony wyrażają następczo wolę takiego ukształtowania swego położenia prawnego, jakby postanowienie od początku było skuteczne - albo zmiany prawa, mającej oddziaływać w ten sposób na już zawarte umowy. Akty te zakładają, że postanowienie jest nieskuteczne, mają zatem charakter następczy względem stwierdzenia abuzywności, a ponadto muszą każdorazowo podlegać ocenie pod kątem dopuszczalności z zastosowaniem ogólnych instrumentów ochronnych, wynikających z ustawy (np. art. 353¹ i art. 58 k.c.), prawa unijnego (art. 6 i 7 dyrektywy 93/13) lub Konstytucji (np. art. 2). Z dotychczasowego orzecznictwa wynika np., że skuteczność wspomnianych czynności prawnych wchodzi w rachubę – niekonieczne jest to jednak jedyna przesłanka - tylko wtedy, gdy ich podstawą była „świadoma, wyraźna i wolna” zgoda konsumenta

(por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 lipca 2017 r., II CSK 803/16; w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej por. w szczególności wyrok z dnia 21 lutego 2013 r., C-472/11, Banif Plus Bank Zrt przeciwko C. Csipaiowi, V. Csipai, pkt 31 i 35). Z pewnością takiego skutku nie może osiągnąć jednostronna czynność prawna przedsiębiorcy, np. dokonana na podstawie art. 384¹ k.c., albo umowa, na której istotną treść konsument nie wywarł rzeczywistego wpływu. Ponadto zgoda konsumenta musi być jednoznacznie, wyraźnie i stanowczo ukierunkowana na sanowanie wadliwego postanowienia. Wyrażenie zgody na zmianę umowy przez wyeliminowanie niedozwolonego postanowienia (zastąpienie go innym, uzupełnienie itp.) - choćby zmiana ta była indywidualnie uzgodniona - nie może być traktowane samo przez się jako wyraz woli sanowania wadliwego postanowienia ze skutkiem *ex tunc*.

Za poglądem, że ocena niedozwolonego charakteru postanowienia nie może uwzględniać okoliczności powstałych po zawarciu umowy - w tym także sposobu stosowania postanowienia umowy w praktyce - przemawiają także ogólne zasady dotyczące kontroli zgodności treści umowy z wymaganiami słuszności kontraktowej, gdyż zarówno na gruncie art. 353¹ i art. 58 § 2, jak i art. 388 k.c. w doktrynie przeważa pogląd, iż decydujące znaczenie w ramach tej kontroli mają okoliczności istniejące w chwili zawarcia umowy.

Stanowisku temu nie sprzeciwia się powszechnie akceptowany pogląd, że jednym ze źródeł informacji o rzeczywistej woli stron i sposobie rozumienia przez nie postanowień umowy (art. 65 k.c.) mogą być także zachowania stron podjęte po zawarciu umowy, zwłaszcza sposób jej wykonywania (por. np. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2013 r., II CSK 302/12, nie publ.; z dnia 19 września 2013 r., I CSK 688/12, „Izba Cywilna” 2014, nr 4, s. 53, z dnia 27 czerwca 2014 r., V CSK 433/13, nie publ., z dnia 9 października 2014 r., I CSK 320/14, nie publ., z dnia 29 kwietnia 2016 r., I CSK 306/15, nie publ., z dnia 18 listopada 2016 r., I CSK 802/15, nie publ. i z dnia 16 listopada 2017 r., V CSK 79/17, nie publ.). Należy pamiętać, że są to tylko dowody pośrednie, które mają służyć ustaleniu sposobu rozumienia umowy przez strony w chwili jej zawarcia, a więc przy

wyjaśnianiu wątpliwości interpretacyjnych dotyczących treści umowy (art. 65 k.c.). Nawiązywanie do zgodnego zamiaru stron w odniesieniu do postanowienia jednostronnie narzuconego konsumentowi w ogóle nie wchodzi w rachubę. Ponadto ustalenie znaczenia klauzuli jest w zasadzie etapem wcześniejszym niż kontrola jej abuzywności, ustalając zaś - na potrzeby kontroli abuzywności - treść (znaczenie) jednostronnie narzuconej i niejednoznacznej klauzuli, a zwłaszcza klauzuli modyfikacyjnej, nie można przypisać decydującego znaczenia następczemu względem zawarcia umowy, respektującemu interesy konsumenta sposobowi korzystania z tej klauzuli przez przedsiębiorcę. Sprzeciwia się bowiem temu wymaganie transparentności, jak również reguła *in dubio contra proferentem* (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 września 2016 r., IV CSK 711/15, „Monitor Prawa Bankowego” 2017, nr 10, s. 44).

Z tych względów Sąd Najwyższy podjął uchwałę, jak na wstępie.

aj

r.g.