

Sygn. akt I ACa 606/17

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 grudnia 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

|                |   |   |
|----------------|---|---|
| Przewodniczący | : | SSA Bogusław Suter                                      |
| Sędziowie      | : | SSA Elżbieta Borowska (spr.)<br>SSA Elżbieta Bieńkowska |
| Protokolant    | : | Łukasz Patejuk  |

po rozpoznaniu w dniu 14 grudnia 2017 r. w Białymstoku na rozprawie

sprawy z powództwa (...) w W.

przeciwko S. S.

**o zapłatę**

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie

z dnia 10 marca 2017 r. sygn. akt I C 472/16

I. **oddala apelację;**

II. **zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 3.699 (trzy tysiące sześćset dziewięćdziesiąt dziewięć) złotych, w tym kwotę 621 zł podatku VAT, tytułem zwrotu kosztów pomocy prawnej udzielonej pozwanemu z urzędu w postępowaniu apelacyjnym.**

(...)

## UZASADNIENIE

Powód(...) w W. wniósł przeciwko pozwanym: S. S. i M. S. o zasądzenie kwoty 45.454,20 CHF (franki szwajcarskie) z umownymi odsetkami w wysokości czterokrotności stopy kredytu lombardowego NBP od kwot:

- 45.556,37 CHF – od 1 maja 2010 r. do 30 września 2015 r.,
- 45.504,96 CHF – od 1 października 2015 r. do 9 listopada 2015 r.,
- 45.454,20 CHF – od 10 listopada 2015 r. do 31 grudnia 2015 r.,

i z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od kwoty 45.504,96 CHF od 1 stycznia 2016 do dnia zapłaty.

W uzasadnieniu wskazał, że dochodzona kwota wynika z umowy pożyczki nr (...) z dnia 2 maja 2006 r., jaką pozwani zawarli z jego poprzednikiem prawnym, a jakiej w terminie nie spłacili.

Sąd Okręgowy w Olsztynie nakazem zapłaty wydanym w postępowaniu upominawczym uwzględnił w całości żądanie pozwu.

W sprzeciwie od powyższego nakazu zapłaty pozwani domagali się oddalenia powództwa w całości. Podnieśli zarzut przedawnienia oraz wskazali, że zawarta przez nich uprzednio umowa pożyczki była sprzeczna z ustawą, dobrymi obyczajami i godziła w interes konsumentów.

Wyrokiem z dnia 10 marca 2017 r. Sąd Okręgowy w Olsztynie oddalił powództwo i rozstrzygnął o kosztach zgodnie z wynikiem postępowania.

Z ustaleń Sądu wynikało, że (...)w W. zawarł z pozwanymi umowę „pożyczki nr (...)” z dnia 2 maja 2006 r., zabezpieczonej hipoteką umowną zwykłą w kwocie 54.449,67 CHF oraz hipoteką umowną kaucyjną w kwocie 11.978,93 CHF na będącej obecnie przedmiotem wyłącznej własności S. S. działce nr (...) w miejscowości R. – KW Nr (...). Pozwani przestali spłacać pożyczkę. Strony umowy zawarły ugodę z 17 czerwca 2009 r., ale i ta nie została przez pozwanych dotrzymana, dlatego została przez bank wypowiedziana. Bank wystawił bankowy tytuł egzekucyjny, który stał się podstawą wniosku egzekucyjnego. Postępowanie egzekucyjne (KM 1706/12) zostało umorzone na skutek cofnięcia wniosku egzekucyjnego pismem wierzyciela z 3 lutego 2015 r. Bank przelał wierzytelność na powoda z hipotekami.

Według ustaleń Sądu „pożyczka” została udzielona pozwanym jako konsumentom. Choć pozwana prowadziła wówczas działalność gospodarczą, nie ujawniła się w umowie jako przedsiębiorca. Pożyczka została udzielona w kwocie 54.449,67 CHF, zgodnie z § 5 ust. 3 i 4 umowy na finansowanie zobowiązań w kraju wypłacona miała być w walucie polskiej przy zastosowaniu kursu kupna dla dewiz (aktualna tabela kursów) obowiązujący w (...) S.A. w dniu realizacji zlecenia płatniczego. W złotych „pożyczkę” wypłacono pozwanym oraz w złotych dokonywana była spłata (potrącanie środków w złotych z rachunku – § 13 ust. 7 umowy).

Sąd ustalił też, że cel „pożyczki” został w niej określony wewnętrznie sprzecznie. W § 3 wskazano ten cel jako dowolny, zaś w § 5 ust. 5 przewidziano, że celem tym jest spłata kredytu w (...) i zamknięcie limitu w (...) w formie przelewu na wskazany rachunek zgodnie z dyspozycją pożyczkobiorcy.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy stwierdził, że roszczenie skierowane do dłużnika osobistego (M. S.) przedawniło się z upływem 3 lat od uznania właściwego długu (art. 123 § 1 pkt 2 k.c.), jakim była uгода z 17 czerwca 2009 r.

Zdaniem Sądu przedawnienie nie nastąpiło jednak w stosunku do pozwanego – będącego jednocześnie dłużnikiem osobistym i rzeczowym. Jak długo bowiem figurują w księdze wieczystej nieruchomości należącej do tego pozwanego wpisy hipotek, wierzyciel będzie mógł liczyć na ich zaspokojenie z nieruchomości.

Mimo braku przedawnienia w stosunku do pozwanego (dłużnika rzeczowego) Sąd stanął na stanowisku, że powództwo wobec niego podlegało oddaleniu z trzech niezależnych od siebie przyczyn. Wskazał przede wszystkim, że analiza umowy w zestawieniu z zeznaniami pozwanej skłaniała do stwierdzenia, że przeznaczenie środków wypłaconych przez bank zostało oznaczone, w związku z czym zawarta umowa nie była pożyczką, lecz –kredytem bankowym. Strony zawarły bowiem umowę, mocą której bank przekazał do dyspozycji pozwanej określoną kwotę złotych polskich stanowiących równowartość określonej w umowie ilości franków szwajcarskich. Wartość ta była ustalana przy zastosowaniu kursu kupna dla dewiz (aktualna tabela kursów) obowiązujący w (...) S.A. w dniu realizacji zlecenia płatniczego. Zgodnie z umową strona pozwana miała spłacać kredyt w złotych według ceny sprzedaży franka szwajcarskiego obowiązującej w banku w dniu wpłacenia konkretnej raty. W konsekwencji tak skonstruowana umowa

nie spełnia wymogów umowy kredytu, wobec czego jest nieważna w całości na podstawie art. 58 § 1 k.c., jako że zawiera liczne odstępstwa od definicji legalnej zawartej w prawie bankowym.

Niezależnie od tego Sąd Okręgowy uznał, że warunki umowy nie zostały uzgodnione indywidualnie z pozwanym (art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c.). Zauważył przy tym, że wypłata kredytu w złotych polskich i zawarcie w umowie klauzuli waloryzacyjnej powodowały niemożliwość określenia świadczenia zarówno co do wysokości kredytu jak i rat spłacanej pożyczki z uwagi na możliwość jednostronnego ustalania kursu waluty przez bank. W ocenie Sądu, klauzule te były niedozwolonymi klauzulami umownymi, bowiem kształtowały prawa i obowiązki konsumenta – kredytobiorcy – w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami oraz rażąco naruszając jego interesy. Powód nie sprostował też obowiązkowi wykazania swego roszczenia co do zasady i co do wysokości (art. 6 k.c., art. 232 k.p.c.). Wobec zawarcia w umowie klauzul niedozwolonych (a w konsekwencji uznania ich za niewiążących dla stron umowy) to na powódzie ciążył bowiem – w razie założenia, że umowa była jednak ważna – obowiązek wykazania wysokości ewentualnego zadłużenia. Wyciąg z ksiąg rachunkowych banku stanowi dokument prywatny, przez co zgodnie z art. 253 k.p.c. to powód miał obowiązek udowodnienia okoliczności wynikających z tego dokumentu.

Niezależnie od tych dwóch argumentów Sąd I instancji wskazał, że skoro spłata kredytu miała nastąpić w złotych polskich, a powód nie złożył żadnego dokumentu (np. regulaminu), z którego wynikałoby, że w przypadku wypowiedzenia umowy kredytowej zapłata następuje w walucie obcej, to żądanie przed sądem zapłaty w walucie obcej było zupełnie nieuprawnione. Kredyt udzielony został w istocie w złotych polskich, zaś frank szwajcarski pełnił jedynie funkcję waloryzacyjną. Będąc wskaźnikiem waloryzacyjnym, frank nie mógł więc stać się przedmiotem żądania przed sądem.

W tym stanie rzeczy Sąd oddalił powództwo na podstawie wyżej przywołanych przepisów, o kosztach procesu orzekając na zasadzie art. 98 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku wniósł powód, który zaskarżając go w części, w zakresie pkt I oddalającego powództwo w stosunku do pozwanego S. S. oraz w zakresie pkt II w całości, zarzucał:

1) mające istotny wpływ na wynik postępowania naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

a) art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 69 ust. 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe poprzez bezpodstawne przyjęcie, że zawarta przez pozwaną z (...)umowa pożyczki hipotecznej nr (...) z dnia 2 maja 2006 r. była nieważna,

b) art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 358 § 1 k.c. poprzez bezpodstawne przyjęcie, że zawarta przez pozwaną z (...)umowa pożyczki hipotecznej nr (...) z dnia 2 maja 2006 r. była nieważna z uwagi na sprzeczność umowy pożyczki z przepisami prawa,

c) art. 385<sup>(1)</sup> k.c. poprzez bezpodstawne przyjęcie, że umowa pożyczki hipotecznej nr (...) z dnia 2 maja 2006 r. zawiera niedozwolone postanowienia nieuzgodnione indywidualnie z pozwanymi i tym samym jest sprzeczna z zasadami współżycia fizycznego i dobrymi obyczajami,

d) art. 358 k.c. poprzez błędne przyjęcie, że powód nie był uprawniony do określenia wartości żądania pozwu w walucie obcej;

2) mające istotny wpływ na wynik postępowania naruszenie przepisów prawa postępowania cywilnego, tj.:

a) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez:

- brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego zebranego w postępowaniu i bezpodstawne pominięcie okoliczności, że pozwani na podstawie zawartego w dniu 28 października 2008 r. aneksu nr (...) do umowy pożyczki hipotecznej nr (...)z dnia 2 maja 2006 r. mieli możliwość dokonywania spłat rat kredytu bezpośrednio w walucie

obcej (...), a także pominięcie wyjaśnień pozwanej M. S. złożonych na rozprawie w dniu 28 lutego 2017 r., z których jednoznacznie wynika, że pozwani sami wnioskowali o przyznanie im pożyczki w walucie obcej,

- błędną ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego polegającą na dowolnej i sprzecznej z zasadami logicznego rozumowania ocenie materiału dowodowego i w konsekwencji przyjęcie, że umowa pożyczki hipotecznej nr (...)z dnia 2 maja 2006 r. jako nieuwzględniona indywidualnie z pozwanymi rażąco narusza ich interesy,

b) sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego i przyjęcie, że umowa pożyczki zawierała nieuwzględnione indywidualnie postanowienia umowne, naruszające interes pożyczkobiorców,

c) art. 232 k.p.c. w zw. z art. 6 k.c. poprzez przyjęcie przez Sąd, że powód nie udowodnił wysokości roszczenia, podczas gdy powód dołączył do pozwu szereg dokumentów potwierdzających wysokość dochodzonego roszczenia: wyciąg z ksiąg rachunkowych funduszu sekurytyzacyjnego i umowę przelewu wierzytelności Banku na powoda oraz Bankowy Tytuł Egzekucyjny nr (...) z dnia 22 grudnia 2011 r. wraz z postanowieniem Sądu Rejonowego w Olsztynie Wydział X Cywilny z dnia 13 grudnia 2013 r., sygn. akt X Co 7010/11.

Wskazując na powyższe wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie od pozwanego S. S. na jego rzecz kwoty 45.454,20 CHF wraz z umownymi odsetkami z ograniczeniem odpowiedzialności tego pozwanego jako dłużnika rzeczowego do prawa własności nieruchomości gruntowej stanowiącej działkę gruntu nr (...), położoną w miejscowości R. i do wysokości ujawnionych hipotek wpisanych na rzecz powoda. Domagał się również zasądzenia na swoją rzecz kosztów postępowania według norm przepisanych za obie instancje. Jako ewentualny sformułował wniosek o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

***Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje:***

***Apelacja jest bezzasadna.***

Sąd Apelacyjny poczynił prawidłowe ustalenia w sprawie, które Sąd Apelacyjny akceptuje i uznaje za własne. W szczególności trafne jest stanowisko, odnośnie do odpowiedzialności pozwanego wobec powoda - wierzyciela hipotecznego, z tytułu wpisanych na jego rzecz hipotek zwykłej i kaucyjnej – przeniesionych wraz z przelaną wierzytelnością (art.79 ust.1 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece, Dz. U 2017 poz. 1007). Oczywiste jest przy tym, iż aby skutecznie formułować żądanie zapłaty z tego tytułu, wierzyciel hipoteczny zobowiązany jest wykazać istnienie wierzytelności zabezpieczonej hipoteką.

Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Sądu Okręgowego, iż „umowa pożyczki hipotecznej” była w istocie umową kredytu, gdyż mimo, że w § 3 umowy wskazano, iż może być ona wykorzystana na dowolny cel, to faktycznie jej cel został określony w § 5 umowy jako spłata wcześniejszych zobowiązań kredytowych pozwanym w innych bankach. Umowa kredytu bankowego jest umową nazwaną, w której bank zobowiązuje się do wydania określonej sumy pieniężnej, a kredytobiorca - do zwrotu wykorzystanej sumy kredytu i zapłacenia odsetek kapitałowych (art. 69 ust.1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo Bankowe, Dz.U. Nr 140, poz. 939 z późn. zm.). W art. 69 ust. 2 Prawa Bankowego wskazano, jakie niezbędne (obligatoryjne) postanowienia powinny być zawsze ujawnione w tej umowie bankowej, m.in. cel, na który kredyt został udzielony. Wskazanie celu odróżnia kredyt od umowy pożyczki. Rozróżnienie obu rodzaju umów nie ma zasadniczego znaczenia jeśli idzie o ocenę prawną zasadności roszczenia powoda.

Odnosząc się do uznania przez Sąd Okręgowy, iż umowa „pożyczki” nr (...)z dnia 2 maja 2006 r. była nieważna, gdyż zawierała liczne odstępstwa od definicji legalnej umowy kredytu zawartej w prawie bankowym, wskazać należy, iż Bank postawił do dyspozycji kredytobiorców kwotę wyrażoną w walucie obcej, co wynika wprost z § 2 umowy. Pożyczka mogła być wypłacona w walucie obcej lub krajowej, w zależności od tego gdzie zobowiązania miały być finansowane – w kraju czy za granicą (§ 5pkt.3 umowy). W przypadku wypłaty w walucie polskiej, zastosowanie miał kurs kupna dla dewiz obowiązujący w (...) SA, w dniu zlecenia płatniczego według tabeli kursów tego Banku (§ 5 pkt.4 umowy). Z kolei spłata rat w walucie polskiej miała następować w wysokości stanowiącej równowartość kwoty pożyczki lub raty

w walucie wymiennej, w której udzielona została pożyczka, według kursu sprzedaży dewiz obowiązującego w banku w dniu wpłacenia konkretnej raty (§14 pkt.7 umowy).

Dokonując oceny prawnej tych postanowień, należy zwrócić uwagę, iż Sąd Najwyższy wyjaśniał już, iż dopuszczalne jest zaciągnięcie zobowiązania w walucie obcej z równoczesnym zastrzeżeniem, że wypłata i spłata kredytu (pożyczki) będzie dokonywana w pieniądzu krajowym; zastrzeżenie takie dotyczy wyłącznie sposobu wykonania zobowiązania, przez co nie powoduje zmiany waluty wierzytelności (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2011 r., IV CSK 377/10, oraz z dnia 29 kwietnia 2015 r., V CSK 445/14). Nadto strony nie tylko określiły w walucie obcej kwotę pożyczki i kwoty podlegające zwrotowi, ale także inne postanowienia umowy odwołują się do waluty obcej, co dowodzi woli stron w tym zakresie. We frankach szwajcarskich wyrażono także kwotę prowizji (§10 umowy), wysokości hipoteki umownej zwykłej i kaucyjnej (§ 11 pkt 1 umowy). Z umowy wynika również, że zmienne oprocentowanie pożyczki miało być obliczane na podstawie wskaźnika LIBOR 3M (§6 umowy), właściwego dla franków szwajcarskich. Konsekwentnie wyrażona wola stron co do określenia kwoty „pożyczki” w walucie obcej powinna być respektowana także w odniesieniu do kwestii wprost w umowie nieuregulowanych, a tezy tej nie podważa stwierdzenie, że określony przez strony mechanizm miał w istocie charakter waloryzacyjny. Należy więc uznać, iż przedmiotem zobowiązania wynikającego z umowy jest suma pieniężna wyrażona we frankach szwajcarskich. W niniejszej sprawie mamy do czynienia z umową o kredyt denominowany do kursu waluty obcej, gdyż Bank wydaje (udostępnia) kredytobiorcy określoną sumę kredytową w złotych, stanowiącą równowartość wskazanej w umowie ilości waluty obcej (w dniu wydania świadczenie Banku jest denominowane do waluty obcej po cenie kupna). Ustalenie takie następuje też w celu określenia wysokości rat kredytowych, gdyż w dniu płatności konkretnych rat, rata taka jest przeliczana zgodnie z umową na złote stosownie do kursu danej waluty po kursie jej sprzedaży kontrahentowi banku.

Tak ujęta umowa kredytu denominowanego mieści się, oczywiście, w konstrukcji ogólnej umowy kredytu bankowego i stanowi jej możliwy wariant (art. 353

k.c. w zw. z art. 69 Prawa bankowego). Zatem zarzut apelacji naruszenia art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 69 ust. 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe poprzez przyjęcie, że zawarta przez pozwanych z (...)umowa pożyczki hipotecznej nr (...)z dnia 2 maja 2006 r. była nieważna, jak i przyjęcie, iż przedmiotem zobowiązania wynikającego z umowy była suma pieniężna wyrażona w złotych polskich, był uzasadniony.

Sąd Apelacyjny nie podziela natomiast zarzutu apelacji obraży art. 385<sup>1</sup> k.c. poprzez jakoby bezpodstawne przyjęcie, że umowa pożyczki hipotecznej zawiera niedozwolone postanowienia niezgodnione indywidualnie z pozwany i jest sprzeczna z zasadami współżycia społecznego i dobrymi obyczajami.

Zgodnie z art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. 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.

Ocena postanowień umowy dokonywana być powinna według zasad przewidzianych w art. 385<sup>(1)</sup> k.c., a zatem według stanu z chwili jej zawarcia oraz w okolicznościach jej zawarcia, przy uwzględnieniu umów pozostających z nią w związku, stosownie do art. 385<sup>(2)</sup> k.c. oraz art. 4 ust. 1 dyrektywy Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz.U. UE L z 21 kwietnia 1993 r., dalej: „dyrektywa 93/13.”). Nie są objęte tą oceną kwestie związane z wykonywaniem umowy. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 września 2008 r., V CSK 105/08, zwrócił uwagę, że obecne brzmienie przepisów art. 384 do 385<sup>(4)</sup> k.c. zostało nadane przez art. 18 pkt 1 do 5 ustawy z dnia 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz odpowiedzialności za produkt niebezpieczny (Dz.U. NR 22, poz. 271 ze zm.), które stanowiły implementację dyrektywy 93/13 i miały na celu wzmocnienie poziomu ochrony konsumenta jako zazwyczaj słabszej strony stosunku prawnego, którego drugą stroną jest przedsiębiorca. Zostały one częściowo zmienione ustawami o zmianie ustawy - Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw z dnia 14 lutego 2003 r. (Dz.U. Nr 49, poz. 408) i z dnia 13 kwietnia 2007 r. (Dz.U. Nr 82, poz. 557).

Ostatnia nowelizacja dotyczyła także art. 384 k.c., stanowiąc, że ustalony przez jedną ze stron wzorzec umowy, w szczególności ogólne warunki umów, wzór umowy, regulamin, wiąże drugą stronę, jeżeli został jej doręczony przed zawarciem umowy. Została ona wprowadzona do porządku prawnego z dniem 10 sierpnia 2007 r., już po zawarciu umowy przez pozwanego i poprzednika prawnego powoda. Niezależnie od tego na obowiązek kształtowania treści umów kredytu i pożyczki pieniężnej w drodze uzgodnienia ich postanowień z konsumentami, z zachowaniem dobrych obyczajów oraz wszechstronnego informowania o zasadach i źródłach przyjmowanych wskaźników, wskazywały przesłanki swobodnego ułożenia treści umowy, objęte art. 353<sup>(1)</sup> KC oraz decyzje i zalecenia podejmowane przez (...).

Sąd Apelacyjny nie podziela zarzutu obrazy art. 233 § 1 k.p.c. i sprzeczności istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego poprzez przyjęcie, że umowa kredytu zawierała niezgodnione indywidualnie postanowienia umowne, naruszające interes kredytobiorców.

Zgodnie z art. 385<sup>1</sup> § 3 k.c. 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. Postanowienia umowy przejęte z wzorca umowy zaproponowanego konsumentowi przez przedsiębiorcę tj. opracowane wcześniej przez niego do zastosowania w wielu umowach lub postanowienia indywidualnie narzucone przez przedsiębiorcę do zastosowania w jednej umowie, podlegają kontroli incydentalnej. O indywidualnie uzgodnionym postanowieniu można mówić wyłącznie wtedy gdy w istocie dane postanowienie powstało poprzez wspólne uzgodnienie jego treści przez konsumenta i przedsiębiorcę, lub też zostało w zasadzie narzucone przedsiębiorcy przez konsumenta. Postanowieniem indywidualnie uzgodnionym w myśl przepisu art. 385<sup>1</sup> § 1 k.c. nie jest postanowienie, którego treść konsument mógł negocjować lecz takie postanowienie, które rzeczywiście powstało na skutek indywidualnego uzgodnienia. Tymczasem z zeznań pozwanej nie wynikało, jak twierdzi w apelacji powód, iż pozwani mieli możliwość negocjowania treści postanowień umowy. Pozwana twierdziła, iż w zasadzie to tylko podpisali umowę, niczego wcześniej nie negocjując, zaś waluta kredytu wynikała z faktu, iż Bank stwierdził, iż kredyt w złotych polskich nie może być im udzielony, z uwagi na brak zdolności kredytowej. Dodać należy, iż zgodnie z art. 3 ust.2 dyrektywy 93/13 nawet fakt, że niektóre postanowienia umowy były negocjowane indywidualnie, nie wyłącza uznania innych jej postanowień za nie uzgodnione indywidualnie, zwłaszcza, jeśli ogólna ocena umowy wskazuje na to, iż została ona sporządzona na podstawie uprzednio sformułowanego wzorca. Również okoliczność, iż konsument znał i rozumiał treść postanowień oraz godził się na wprowadzenie go do umowy, nie stoi na przeszkodzie, uznaniu, iż nie jest indywidualnie uzgodniony, jeżeli jego treść nie została uzgodniona w toku negocjacji z konsumentem.

Uznane za abuzywne klauzule nie określają głównych świadczeń stron w rozumieniu art. 385<sup>1</sup> § 1 zdanie drugie k.c. i stanowią z tzw. klauzule waloryzacyjne w przypadku kredytów indeksowanych jak i denominowanych do kursu waluty obcej. Odnoszą się one bowiem bezpośrednio nie do samych elementów przedmiotowo istotnych umowy kredytu bankowego, tj. nie do oddania i zwrotu podstawowej sumy kredytowej. Kształtują jedynie dodatkowy, zawarty we wzorcu umownym, mechanizm waloryzacyjny, wspomnianych głównych świadczeń stron stosunku kredytowego, tj. sposób określania rynkowej wartości wydanej i wykorzystywanej sumy kredytu w złotych w relacji do walut obcych. W judykaturze zgodnie przyjmuje się, że postanowienia bankowego wzorca umownego, zawierającego uprawnienie banku do przeliczania sumy wykorzystanego przez kredytobiorcę kredytu do waluty obcej (klauzula tzw. spreadu walutowego), nie dotyczą głównych świadczeń stron w rozumieniu art. 385<sup>1</sup> § 1 zdanie drugie k.c., a wprowadzają jedynie umowny reżim jego podwyższenia (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2015 r., I CSK 257/14, z dnia 22 stycznia 2016 r., I CSK 1049/14).

Sąd Apelacyjny podziela też ocenę, iż postanowienia umowy zawierające klauzule waloryzacyjne dotyczące wypłaty kwoty kredytu w walucie polskiej wedle kursu kupna dla dewiz obowiązującego w (...) SA, w dniu zlecenia płatniczego według tabeli kursów tego Banku (§ 5 pkt.4 umowy) i spłaty rat w walucie polskiej w wysokości stanowiącej równowartość kwoty pożyczki lub raty w walucie wymiennej, w której udzielona została pożyczka, według kursu sprzedaży dewiz obowiązującego w banku w dniu wpłacenia konkretnej raty (§14 pkt.7 umowy), są nietransparentne przez co są sprzeczne z dobrymi obyczajami i powodują rażącą dysproporcję praw i obowiązków umownych na

niekorzyść konsumenta. Podobną ocenę tego rodzaju postanowień wyrażono już w szeregu judykatów dotyczących przestrzegania wymogu jednoznacznego formułowania postanowień umownych wynikającego z art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13 (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 22.01.2016 r, I CSK 1049/14, z dnia 14.07.2017 r. II CSK 803/16, z dnia 2.04.2015 r. I CSK 257/14, wyrok (...) z dnia 30.04.2014 r. sygn.akt C-26/13, A. K., H. R. p-ko (...) i z dnia 23 kwietnia 2015 r. w sprawie C-96/14, J.-C. H. przeciwko (...) SA, (...) -262, pkt 37).

Klauzule waloryzacyjne uprawniające Bank do wyznaczania wedle własnego uznania kursu waluty waloryzacji są abuzywne, gdyż powodują rażąco dysproporcję uprawnień kontraktowych na niekorzyść konsumenta, są nietransparentne, obciążają konsumenta ukrytą prowizją o niesprecyzowanej, zależnej jedynie od woli Banku wysokości, w postaci tzw. spreadu walutowego.

W konsekwencji należy stwierdzić, że wskazywane postanowienia umowne kształtują prawa i obowiązki kontrahenta banku w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami i rażąco naruszają jego interesy. Oceny tej nie zmienia fakt zawarcia przez strony aneksu do umowy w dniu 28 października 2008r., mocą którego umożliwiono kredytobiorcom spłatę kredytu w walucie pożyczki (k.36-37). Na tle tzw. ustawy antyspreadowej z dnia 29 lipca 2011 r. o zmianie ustawy Prawo Bankowe oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 165, poz.984), wprowadzającej uprawnienie konsumenta do spłaty kredytu bezpośrednio w walucie waloryzacji, wskazano, iż do eliminacji abuzywnego charakteru klauzul waloryzacyjnych nie doszło w wyniku samych tylko zmian dokonanych ustawą. Podobnie w niniejszej sprawie, przyznanie kredytobiorcom możliwości spłaty kredytu w walucie kredytu, nie zmienia faktu, iż przeliczenie wypłaconej kredytobiorcy w polskich złotych kwoty na (...) zostało dokonane na podstawie kursu tej waluty wyznaczonego przez Bank wedle własnego uznania. Również raty kredytu były spłacane w wysokości obliczanej w oparciu o kurs waluty wyznaczonej przez Bank. Zatem istniał okres czasu, w którym Bank stosował niedozwolone klauzule umowne, co miało wpływ na obliczenie zobowiązań pozwanego wobec Banku.

Zgodnie z art. 385<sup>1</sup> § 1 zd. 1 k.c., postanowienie abuzywne nie wiąże konsumenta, co w orzecznictwie przeważnie interpretuje się jako zastosowanie sankcji bezskuteczności działającej od samego początku, mocą samego prawa i branej pod uwagę przez sąd z urzędu (zob. np. uchwałę 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 i z dnia 1 marca 2017 r., IV CSK 285/16). W jednym z ostatnich wyroków z dnia 14 lipca 2017 r. II CSK 803/16, Sąd Najwyższy wskazał, iż w ramach interpretacji tego przepisu należy jednak uwzględnić przyjmowaną w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wykładnię art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13, który nakłada na Państwa Członkowskie obowiązek zapewnienia, że „nieuczciwe warunki w umowach zawieranych przez sprzedawców lub dostawców z konsumentami nie będą wiążące dla konsumenta, a umowa w pozostałej części będzie nadal obowiązywała strony, jeżeli jest to możliwe po wyłączeniu z niej nieuczciwych warunków”. Z orzecznictwa tego wynika przede wszystkim, że z uwagi na rodzaj i wagę interesu publicznego stanowiącego podstawę ochrony udzielonej konsumentom w przepisach dyrektywy sąd krajowy ma obowiązek - od chwili gdy dysponuje niezbędnymi informacjami na temat okoliczności prawnych i faktycznych - zbadania z urzędu, czy klauzula ma charakter abuzywny i wyciągnięcia z tego konsekwencji. Trybunał wyjaśnił również, że „art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 należy interpretować w ten sposób, że warunek umowny uznany za nieuczciwy należy co do zasady uznać za nigdy nieistniejący, tak by nie wywoływał on skutków wobec konsumenta. W związku z tym sądowe stwierdzenie nieuczciwego charakteru takiego warunku powinno mieć co do zasady skutek w postaci przywrócenia sytuacji prawnej i faktycznej konsumenta, w jakiej znajdowałby się on w braku rzeczonego warunku”. Wymaganiom tym czyni co do zasady zadość sankcja nieważności klauzuli abuzywnej, jednakże należy zastrzec, że stosownie do utrwalającego się stanowiska Trybunału sąd krajowy ma obowiązek odmówić zastosowania nieuczciwego warunku umowy, „chyba że konsument się temu sprzeciwi”. Trybunał wyjaśnił, że jeżeli sąd krajowy stwierdza w trakcie oceny dokonywanej z urzędu, iż klauzula ma nieuczciwy charakter, ma co do zasady obowiązek poinformować o tym strony sporu, a przyznana konsumentowi możliwość wypowiedzenia się w tej kwestii „odpowiada również obowiązkowi ciążącemu na sędziu krajowym (...), uwzględnienia w odpowiednim przypadku woli wyrażonej przez konsumenta, jeżeli mając świadomość o niewiążącym charakterze danego nieuczciwego warunku, wskaże on jednak, iż sprzeciwia się temu, aby warunek ten został wyłączony, udzielając w ten sposób wyraźnej i wolnej zgody na dany warunek”. Sąd Najwyższy wskazał dalej, iż powstaje pytanie, według jakiego kursu środki pobierane

przez Bank z rachunku złotowego powinny być przeliczone na franki szwajcarskie, co ma znaczenie także dla określenia i przeliczenia ogólnej kwoty zadłużenia pożyczkobiorców, oraz czy i na jakiej podstawie luka w umowie wynikająca z wyeliminowania niedozwolonego postanowienia może być wypełniona. Z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wynika, że sądy krajowe są zobowiązane wyłącznie do niestosowania klauzuli abuzywnej i nie wolno im przekształcać jej treści tak, aby nadać jej kształt nienaruszający interesu konsumenta, ponieważ osłabiałoby to oddziaływanie prewencyjne sankcji. Umowa powinna „w zasadzie nadal obowiązywać, bez jakiegokolwiek zmiany innej niż wynikająca z uchylecia nieuczciwych warunków, o ile takie dalsze obowiązywanie umowy jest prawnie możliwe zgodnie z zasadami prawa wewnętrznego. W odniesieniu do postanowienia stanowiącego element tzw. spreadu walutowego Trybunał zajął stanowisko bardziej elastyczne, wskazując, że art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 nie stoi na przeszkodzie temu, „by sąd krajowy uchylił, zgodnie z zasadami prawa zobowiązań, nieuczciwy warunek poprzez zastąpienie go przepisem prawa krajowego o charakterze dyspozytywnym” (zob. wyrok z dnia 30 kwietnia 2014 r. w sprawie K., pkt 80 i n.). Wyłom ten został ograniczony do dopuszczalności uzupełnienia luki jedynie przez przepisy dyspozytywne, a ponadto został powiązany tylko z sytuacją, w której pozostawienie luki prowadziłoby do upadku całej umowy i przez to zagrażało interesom konsumenta, narażając go na konieczność natychmiastowego zwrotu całej kwoty kredytu (wyrok z dnia 30 kwietnia 2014 r. w sprawie K., pkt 82-84; por. też wyrok z dnia 21 stycznia 2015 r. w połączonych sprawach U. B. i C., pkt 33). Jednakże - kierując się racjami leżącymi u podstaw przywołanego orzecznictwa - należy dopuścić możliwość stosownego wypełnienia luk w umowie także w innych sytuacjach, w których zagrażają one interesom konsumenta, również wtedy, gdy nie ma możliwości zastosowania wprost odpowiedniego przepisu dyspozytywnego. Konsument nie może być bowiem postawiony przed koniecznością wyboru między dwoma rozwiązaniami, z których każde jest dla niego ex definitione niekorzystne: pozostawieniem niekorzystnej luki w umowie albo następczą akceptacją niekorzystnej klauzuli. Sąd Najwyższy w przytoczonym judykacie wskazał różne możliwości wypełnienia tej luki – poprzez kierowanie się wolą stron wyrażoną w innych postanowieniach umowy, bądź poprzez zastosowanie per analogiam art. 41 ustawy z dnia 28 kwietnia 1936 r. - Prawo wekslowe (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 160), który przewiduje, że jeżeli weksel wystawiono na walutę, która nie jest walutą miejsca płatności, sumę wekslową można zapłacić w walucie krajowej podług jej wartości w dniu płatności. Na gruncie tego przepisu przyjmuje się zgodnie, że miarodajny jest kurs średni waluty ustalany przez NBP.

Na gruncie niniejszej sprawy strona powodowa nie podjęła żadnej inicjatywy dowodowej mającej na celu uzupełnienie luki w umowie po wyeliminowaniu z jej treści abuzywnych postanowień. Bez tego uzupełnienia nie jest zaś możliwe ustalenie czy faktycznie zostały spełnione warunki uzasadniające wypowiedzenie umowy w myśl § 23 umowy, ewentualnie na podstawie z §7 ust.1 pkt 2 ugody, gdyż nie jest znana kwota zobowiązań pozwanego wyliczona, po eliminacji abuzywnych postanowień.

Należy zauważyć, iż zgodnie z § 23 pkt1 umowy wypowiedzenie jest możliwe w razie niedokonania spłaty dwóch kolejnych rat w terminach określonych przez Bank w wysłanych do pożyczkobiorcy dwóch kolejnych przypomnieniach. Powód – cesjonariusz, przedstawił jedynie dowody z dokumentów prywatnych w postaci przypomnienia o zaległości w kwocie 1017,34 CHF i odsetek 15,23 CHF z dnia 28.10 2008 r. (k.45), przy czym wobec nieprzedłożenia harmonogramu spłaty kredytu, nie jest wiadomym ilu rat powyższa kwota dotyczy. Również treść zawartej w dniu 17.06.2009 r. ugody, w której podano ogólną kwotę zaległego kapitału i odsetek, bez harmonogramu spłat ustalonych w ugodzie, nie dowodzi skuteczności wypowiedzenia ugody na podstawie z §7 ust.1 pkt 2, w którym przewidziano możliwość jej wypowiedzenia razie niedokonania spłaty dwóch kolejnych rat wynikających z przyjętego w ugodzie harmonogramu spłat (k.47-49). Dokument prywatny w postaci bankowego tytułu egzekucyjnego z dnia 22.12.2011 r., nie eliminuje tych braków dowodowych, gdyż dowodzi jedynie tego, o czym mowa w art. 245 k.p.c. Podkreślić przy tym należy, iż wobec stwierdzenia abuzywności klauzul waloryzacyjnych, obowiązkiem powoda było wykazanie, iż jego poprzednik prawny był uprawniony do wypowiedzenia warunków ugody i formułowania żądania obejmującego spłatę w całości udzielonego kredytu. Sąd Apelacyjny jako zupełne niezrozumienie istoty sprawy uznaje stanowisko powoda, który w odpowiedzi na sprzeciw, podniósł, iż podnoszona przez pozwanych kwestia abuzywności klauzul waloryzacyjnych jego nie dotyczy i wszelkie zarzuty z tym związane pozwani powinni byli zgłaszać do strony umowy (...), gdyż podstawą roszczenia powoda jest art. 509 k.c.



Za bezzasadny należy zatem uznać zarzut apelacji obrazy art. 232 k.p.c. w zw. z art. 6 k.c. poprzez przyjęcie przez Sąd, że powód nie udowodnił wysokości roszczenia, podczas gdy zdaniem skarżącego powód dołączył do pozwu szereg dokumentów potwierdzających wysokość dochodzonego roszczenia: wyciąg z ksiąg rachunkowych funduszu sekurytyzacyjnego i umowę przelewu wierzytelności Banku na powoda oraz Bankowy Tytuł Egzekucyjny nr (...) z dnia 22 grudnia 2011 r. wraz z postanowieniem Sądu Rejonowego w Olsztynie Wydział X Cywilny z dnia 13 grudnia 2013 r., sygn. akt X Co 7010/11. Dowody te dowodzą tylko, iż dokonany został przelew wierzytelności, nie dowodzą zaś istnienia przelanej wierzytelności w wysokości wskazanej w pozwie.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny nie dostrzega obowiązku przeprowadzania z urzędu dowodów (art.232 zd. 2 k.p.c) Powód, mimo utrwalonego już w judykaturze stanowiska i stwierdzenia przez Sąd Okręgowy abuzywności klauzul waloryzacyjnych i wytknięcia przez tenże Sąd braku inicjatywy dowodowej, nie podjął tej inicjatywy, nawet na etapie postępowania apelacyjnego, kwestionując stanowisko Sądu co do zasady. Przewidziana w art. 232 zdanie drugie k.p.c. możliwość dopuszczenia przez sąd dowodu z urzędu dotyczy przede wszystkim przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego, w sytuacji, gdy tylko tym dowodem można wyjaśnić okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia sprawy (por. wyrok SN z 24 listopada 1999 r., I CKN 223/98, „Wokanda” 2000, nr 3, s. 7 wyrok SA w Gdańsku z 22 listopada 2000 r., I ACA 763/00, OSA 2002, nr 7, poz. 45) (wyrok SN z 6 grudnia 2000 r., II UKN 118/00, OSNAPiUS 2002, nr 15, poz. 363). Na powodzie, który domagał się spłaty całego kredytu z odsetkami, spoczywał ciężar dowodzenia skuteczności dokonanego wypowiedzenia umowy, po wyeliminowaniu z jej treści postanowień abuzywnych (art.6 k.c).

Z tych względów na mocy art. 385 k.p.c. orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania apelacyjnego postanowiono na mocy art. 98 §1 k.p.c. w zw. z art. 108 § 2 k.p.c.

(...)