

Sygn. akt IACa 1209/13 Sygn. akt IACz 1424/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 kwietnia 2014r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny w składzie następującym:

Przewodniczący :SSA Anna Cesarz

Sędziowie:SA Krystyna Golinowska (spr.)

SA Alicja Myszkowska

Protokolant: st. sekr. sąd. Julita Postolska rozpoznaniu w dniu 17 kwietnia 2014 r. w Łodzi na rozprawie sprawy z powództwa Miejskiego Rzecznika Konsumentów w W. przeciwko (...) Spółce Akcyjnej z siedzibą w W. (poprzednio (...) Bank Spółce Akcyjnej z siedzibą w W.) o ustalenie odpowiedzialności w postępowaniu grupowym na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 3 lipca 2013 r., sygn. akt II C 1693/10

oraz zażalenia strony powodowej

od postanowienia zawartego w punkcie II i III wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 3 lipca 2013 r., sygn. akt II C 1693/10

1. oddala apelację,
2. zasądza od (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W. na rzecz Miejskiego Rzecznika Konsumentów w W. kwotę (...) (trzydzieści dwa tysiące czterysta) zł z tytułu zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym,
3. oddala zażalenie,
4. zasądza od Miejskiego Rzecznika Konsumentów w W. na rzecz (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W. kwotę 3600 (trzy tysiące sześćset) zł z tytułu zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu zażaleniowym.

IACa 1209/13

IACz 1424/13

UZASADNIENIE

W pozwie z dnia 20 grudnia 2010 r. Miejski Rzecznik Konsumentów w W. Reprezentant Grupy wniósł o ustalenie, że pozwany (...) Bank Spółka Akcyjna z siedzibą w W. Oddział Bankowości Detalicznej z siedzibą w Ł. ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą wobec konsumentów określonych w postanowieniu o ustaleniu składu grupy, wynikającą z nienależytego wykonywania umów zawartych z konsumentami, polegającego na pobieraniu w okresie od dnia 1 stycznia 2009 r. do dnia 28 lutego 2010 r. od każdego z konsumentów wyższych kwot tytułem oprocentowania kredytu, niż pobierałby, gdyby wykonywał swoje zobowiązanie w sposób należyty, co doprowadziło do powstania szkody u każdego z konsumentów. Powód wyróżnił dwie sytuacje, w których możliwe jest ustalenie odpowiedzialności pozwanego:

1. wariant bazujący na stwierdzeniu, że obowiązkiem pozwanego było obniżać poziom oprocentowania, gdy obniżeniu ulegała wartość wskaźnika LIBOR 3M (...) o co najmniej 0,30 punktu procentowego (art. 65 i art. 385 § 2 k.c.),

2. wariant bazujący na stwierdzeniu, że powołana klauzula uniemożliwia jednoznaczne ustalenie obowiązków pozwanego wynikających z umowy, w konsekwencji czego należy uznać ją za niedozwolone postanowienie umowne wobec czego nie wiąże ono członków grupy (art. 385¹ § 2 k.c.). Oprocentowanie kredytu będzie zatem oprocentowaniem stałym, gdyż w pozostałym zakresie strony pozostaną związane umowami.

W pozwie zawarto również wnioszek o zasądzenie na rzecz członków grupy kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego. Wniosek w tym zakresie został ostatecznie sprecyzowany w ten sposób, że powód wniósł o zasądzenie tych kosztów bezpośrednio na rzecz członków grupy według złożonego zestawienia, alternatywnie zaś o zasądzenie kosztów na rzecz reprezentanta grupy również zgodnie ze złożonym zestawieniem.

W odpowiedzi na pozew z dnia 21 lutego 2011 r. pozwany wniósł o oddalenie powództwa oraz zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 3.006.000 zł. Podniósł, że stosunek obligacyjny, powstały na skutek zawarcia przedmiotowych umów kredytowych, miał inną treść niż zaprezentowana przez powoda, a umowy te były wykonywane w sposób właściwy. Zdaniem pozwanego, nieuzasadniona i niezgodna z regulacją kodeksu cywilnego, dotyczącą niedozwolonych postanowień umownych jest również alternatywna podstawa powództwa, tj. twierdzenie, że kwestionowana klauzula w świetle art. 385¹ k.c. nie wiąże konsumentów, a umowy będą w istocie umowami o oprocentowaniu stałym.

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 3 lipca 2013 r. Sąd Okręgowy w Łodzi uwzględnił powództwo Miejskiego Rzecznika Konsumentów w W.

przeciwko (...) Bank Spółce Akcyjnej z siedzibą w W. i ustalił, że pozwany ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą wobec (...) członków grupy wymienionych w sentencji wyroku wynikającą z nienależytego wykonywania zawartych z nimi umów polegającego na pobieraniu w okresie od dnia 1 stycznia 2009 roku do dnia 28 lutego 2010 roku, od każdej z wyżej wymienionych osób, wyższych kwot tytułem oprocentowania kredytu, niż pobierałby, gdyby wykonywał swoje zobowiązania w sposób należyty, co doprowadziło do powstania szkody u każdej z wyżej wymienionych osób (pkt I.), zasądził od (...) Bank Spółki Akcyjnej z siedzibą w W. na rzecz Miejskiego Rzecznika Konsumentów w W. kwotę 64817 zł z tytułu zwrotu kosztów zastępstwa procesowego (pkt II.) oraz oddalił wniosek strony powodowej o zwrot kosztów procesu w pozostałym zakresie (pkt III.), nakazał pobrać od strony pozwanej na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Łodzi kwotę 100000 zł z tytułu nieuiszczonej opłaty sądowej i kwotę 4956, 90 zł z tytułu nieopłaconych wydatków poniesionych w trakcie procesu (pkt IV.).

Sąd pierwszej instancji poczynił następujące ustalenia faktyczne:

(...) Bank Spółka Akcyjna w W. Oddział Bankowości Detalicznej w Ł. , posługujący się obrocie znakami towarowymi (...) i (...), w ramach prowadzonej działalności gospodarczej w latach 2003 -2006 zawierał z konsumentami umowy o kredyt hipoteczny dla osób fizycznych, waloryzowany kursem franka szwajcarskiego ((...)) i udzielany w tej walucie. Osoby fizyczne będące członkami grupy zawarły z pozwanym tego rodzaju umowy, które przewidywały udzielenie kredytu za zapłatą prowizji i z rocznym oprocentowaniem, określanym na dzień zawarcia umowy wraz z klauzulą zmiany oprocentowania. Postanowienie umowne, przewidujące zmianę oprocentowania, zawarte we wszystkich objętych sporem umowach brzmiało:

„Zmiana wysokości oprocentowania Kredytu może nastąpić w przypadku zmiany stopy referencyjnej, określonej dla danej waluty oraz zmiany parametrów finansowych rynku pieniężnego i kapitałowego w kraju (lub krajów zrzeszonych w Unii Europejskiej), którego waluta jest podstawą waloryzacji”.

W świetle treści umów, zmiana wysokości oprocentowania dokonana zgodnie z określonymi w nich zasadami nie stanowiła zmiany umowy. Ostateczne decyzje w sprawie zmiany oprocentowania kredytów należały do zarządu banku. O każdej zmianie oprocentowania bank miał zawiadamiać kredytobiorcę i poręczycieli. Po każdej zmianie oprocentowania bank miał również sporządzić i wysłać harmonogram spłat określający nową wysokość rat, przy czym

kredytobiorca mógł uzyskać informację o nowej wysokości rat kapitałowo-odsetkowych za pośrednictwem infolinii oraz sieci Internet.

W trakcie realizacji umów pozwany samodzielnie pobierał raty kredytu, obejmujące spłatę kapitału i odsetek ze specjalnie utworzonych w tym celu rachunków (eKonto, MultiKonto) na podstawie nieodwołalnego upoważnienia, udzielonego przez klientów w treści wskazanych umów kredytowych, zaś kredytobiorcy zobowiązywali się do zapewnienia na rachunkach i w terminach zawartych w harmonogramie spłat, środków odpowiadających wysokości wymagalnej raty.

Przedmiotowe umowy w omawianej części nie podlegały aneksowaniu w objętym pozwem okresie od dnia 1 stycznia 2009 r. do dnia 28 lutego 2010 r.

W dniu 1 września 2006 r. pozwany wydał pismo okólne nr (...) w sprawie wprowadzenia zmian do oferty produktowej mBanku w zakresie mPlanów hipotecznych. Od tej daty oprocentowanie kredytów i pożyczek mPlan hipoteczny miało być wyznaczone według zasady: stawka bazowa + marża banku stała w całym okresie kredytowania. W kolejnych latach pozwany przedstawiał również inne propozycje i pakiety rozwiązań w zakresie zmiany oprocentowania kredytów, w tym zakładające przewalutowanie kredytów na walutę polską lub EURO. 256 członków grupy, którzy podpisali umowy kredytowe po tej dacie miała możliwość ich zawarcia w oparciu o wzorzec umowy tzw. nowego portfela, który przewidywał stałą marżę banku i regulował zmianę oprocentowania jedynie w oparciu o zmiany stopy referencyjnej LIBOR 3M (...). Postanowienie umowne, regulujące zmianę wysokości oprocentowania kredytu w przykładowej umowie nowego portfela przewidywało, że wysokość zmiennej stopy procentowej w dniu wydania decyzji kredytowej ustalana była jako stawka bazowa LIBOR 3M (...) z określonej daty powiększona o stałą w całym okresie kredytowania marżę mBanku w wysokości 1, 10 %. Pozwany miał co miesiąc dokonywać porównania aktualnie obowiązującej stawki bazowej i dokonać zmiany wysokości oprocentowania w przypadku, gdy stawka bazowa zmieni się o co najmniej 0,10 punktu procentowego.

Procedury wewnętrzne pozwanego przewidywały możliwość przyznawania kredytobiorcom za zgodą centrali banku preferencyjnych warunków kredytowania w odniesieniu do wysokości stóp procentowych i prowizji przygotowawczych. Z takich preferencyjnych warunków skorzystało 66 członków grupy, jednak w żadnym przypadku nie dotyczyły one klauzuli umownej, określającej sposób zmiany oprocentowania kredytów.

Postanowienia umów starego portfela, zawartych ze wszystkimi członkami grupy w zakresie klauzuli, dotyczącej sposobu zmiany oprocentowania - w okresie objętym pozwem - pozostały niezmienione.

W latach 2006 - 2007 pozwany dokonywał podwyższenia oprocentowania, powołując się na wzrost stopy LIBOR 3M (...), o czym informował członków grupy w przesyłanych do nich pismach. W okresie od września 2008 r. do marca 2010 r. stopa LIBOR 3M (...) spadła średnio o 2,49 %. W tym czasie oprocentowanie kredytów członków grupy zostało obniżone jedynie o 0,4 %.

W korespondencji, prowadzonej z członkami grupy w latach 2009 - 2010 pozwany wyjaśniał, że oprocentowanie kredytów hipotecznych starego portfela zależne jest od czynników takich, jak: stopa referencyjna LIBOR 3M, parametry rynku pieniężnego i kapitałowego kraju, którego waluta jest podstawą waloryzacji, koszt pozyskania kapitału, wartość waluty, prognozy inflacyjne, dostępność środków na rynku międzybankowym. Wskazywał również, że podstawowym parametrem rynku pieniężnego i kapitałowego jest cena waluty, do której kredyt jest indeksowany na rynku międzybankowym, a której pozyskanie odbywa się poprzez średnioterminowe pożyczki, zaciągane na kilkuletnie okresy. Niektórym członkom grupy pozwany proponował też aneksowanie umów i zmianę zasad zmiany oprocentowania w ten sposób, aby była oparta na wyższej, ale stałej marży i stawce LIBOR 3M (...).

Sąd Okręgowy ustalił również, że w celu finansowania akcji kredytowej we franku szwajcarskim pozwany zmuszony był do zaciągania krótkoterminowych pożyczek na rynku międzybankowym. Bankiem, który udzielał pozwanemu pożyczek na ten cel był jego główny akcjonariusz, tj. niemiecki bank (...), za co pobierał marżę. W związku z kryzysem na rynkach finansowych w latach 2008 - 2009 umowy pożyczek przewidywały wyższe marże w zamian za finansowanie

w walucie szwajcarskiej. I tak w dniach 4 listopada i 5 grudnia 2008 r. pozwany zawarł z C. dwie umowy pożyczki z trzyletnim terminem spłaty, opiewające na kwoty po 1.000.000.000 CHF każda, które przewidywały trzymiesięczne okresy odsetkowe oraz stopy procentowe, określone jako suma stopy referencyjnej LIBOR 3M (...) i marży naliczanej w skali roku w wysokości: 1, 80 % w przypadku pierwszej umowy oraz 1, 93 % - w przypadku drugiej umowy. Dwie kolejne umowy pożyczek, o zbliżonej treści na łączną kwotę 130.000.000 CHF zostały zawarte w kwietniu i czerwcu 2009 r.

Dodatkowym źródłem finansowania była emisja obligacji o wartości 90.000.000 CHF na podstawie umowy emisji obligacji z dnia 11 czerwca 2008 r., zawartej z C. jako inwestorem i nabywcą obligacji. Oprocentowanie wykupu obligacji było określane przez emitenta i obejmowało stopę referencyjną LIBOR 3M (...) oraz marżę w wysokości 4 %.

Po ustabilizowaniu się sytuacji na rynkach finansowych pozwany nadal pozyskiwał finansowanie na podstawie umów pożyczek, zawieranych z C., które przewidywały już niższą marżę.

Przechodząc do oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w pierwszej kolejności Sąd pierwszej instancji wskazał, że na mocy art. 217 § 2 k.p.c. w brzmieniu pierwotnym w zw. z art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2009 r. o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym (Dz. U. z 2010 r. Nr 7, poz. 44) oddalił następujące wnioski dowodowe strony pozwanej:

- o dopuszczenie dowodu opinii biegłego na okoliczność:

a) mechanizmu i sposobu pozyskiwania przez polskie banki środków na sfinansowanie akcji kredytowych we franku szwajcarskim,

b) sposobu zabezpieczania się przez polskie banki przed ryzykiem kursowym w odniesieniu do kredytów udzielonych we franku szwajcarskim,

c) czynników wpływających na wysokość oprocentowania kredytów hipotecznych, udzielonych przez polskie banki w latach 2008-2010,

d) istnienia i charakteru katalogu parametrów finansowych rynku pieniężnego i kapitałowego,

e) wpływu parametrów finansowych rynku pieniężnego i kapitałowego na wysokość oprocentowania kredytów, udzielanych przez (...) Bank we franku szwajcarskim,

f) rzeczywistych kosztów pozyskiwania przez (...) Bank finansowania na rynku międzybankowym,

- o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka D. S. na okoliczność:

a) sposobu rozumienia przez (...) Bank zasad zmiany wysokości oprocentowania kredytów starego portfela,

b) czynników branych pod uwagę przy zmianie wysokości oprocentowania,

c) wysokości oprocentowania oferowanego klientom (...) Banku w ramach kredytu starego i nowego portfela w 2006 r.,

d) nieadekwatności stawki LIBOR w zakresie pozyskiwania na rynku międzybankowym i wpływu stawki LIBOR na wysokość oprocentowania kredytów starego portfela,

e) wpływu parametrów rynku pieniężnego i kapitałowego na wysokość oprocentowania kredytów udzielanych przez (...) Bank we franku szwajcarskim,

f) rzeczywistych kosztów pozyskiwania przez (...) Bank finansowania na rynku międzybankowym,

g) prowadzenia szkoleń dla pracowników (...) Banku w zakresie informacji, udzielanych klientom podczas zawierania umów o kredyt hipoteczny, oraz

- o przesłuchanie informacyjne prezesa zarządu (...) Banku S.A. C. S. w charakterze strony na okoliczność:

a) mechanizmu i sposobu pozyskiwania przez (...) Bank środków na sfinansowanie akcji kredytowych we franku szwajcarskim,

b) kosztu pozyskiwania pieniądza na rynku międzybankowym,

c) sposobu zabezpieczania się przez (...) Bank przed ryzykiem kursowym w odniesieniu do kredytów udzielonych we franku szwajcarskim,

d) czynników, wpływających na wysokość oprocentowania kredytów hipotecznych udzielonych przez (...) Bank w latach 2008-2010,

e) czynników, wpływających na wysokość oprocentowania kredytów hipotecznych, udzielonych przez (...) Bank w latach 2008-2010,

f) zmian wysokości stawki LIBOR 3M (...) w latach 2005-2010,

g) nieadekwatności stawki LIBOR w zakresie pozyskiwania finansowania na rynku międzybankowym,

h) manipulowania wysokością stawki LIBOR przez wiodące instytucje finansowe.

W ocenie Sądu I instancji powyższe okoliczności – z wyjątkiem istnienia i zamkniętego charakteru katalogu parametrów finansowych rynku pieniężnego i kapitałowego – częściowo pokrywają się, a przy tym nie są sporne pomiędzy stronami i w większości zostały przyznane przez powoda. Wskazane wnioski dowodowe są skoncentrowane na wykazaniu kwestii związanych z ekonomiczną racjonalnością działań pozwanego (w tym zwłaszcza w celu zachowania płynności i rentowności), które stoją poza zakresem badania odpowiedzialności kontraktowej pozwanego, niezależnie od ostatecznie przyjętej podstawy prawnej spornego postanowienia umownego, tj. jako klauzuli abuzywnej, czyli najdalej idącej podstawy prawnej żądania (art. 385¹ § 1 k.c.), jak również na gruncie jego jednoznaczności w świetle art. 385 § 2 k.c. Dopuszczenie i przeprowadzenie zgłoszonych dowodów prowadziłyby przy tym do zbędnego przewlekania postępowania i dalszego zwiększania się jego kosztów.

Jeżeli chodzi zaś o katalog parametrów finansowych rynku pieniężnego i kapitałowego Sąd wskazał, że spór ogniskuje się nie tylko wokół jego

otwartego, albo zamkniętego charakteru, ale – na co słusznie zwrócił uwagę powód – winien obejmować wykazanie wagi stopy referencyjnej i poszczególnych parametrów finansowych. Ta okoliczność nie została uwzględniona w tezie dowodowej dla biegłego, podczas gdy ma ona kluczowe znaczenie dla ewentualnej oceny prawidłowości zmiany oprocentowania, nawet przy założeniu, że katalog parametrów finansowych ma charakter wyczerpujący. Ponadto opinia biegłego jest zbędna dla oceny spornej klauzuli umownej pod względem prawnym, w oparciu o kryteria ustawowe określone w kodeksie cywilnym.

Odnośnie do kwestii prowadzenia szkoleń dla pracowników (...) Banku w zakresie informacji, udzielanych klientom podczas zawierania umów o kredyt hipoteczny, wskazał że prowadzenie postępowania dowodowego na tę okoliczność nie jest celowe, gdyż mają one charakter wewnętrzny i z tej przyczyny nie mogą stanowić dyrektywy interpretacyjnej, prowadzącej do uzupełnienia treści zawartej przez bank umowy kredytu (vide wyrok SN z dnia 7 maja 2004 r., I CK 686/03, Lex 148386).

Sąd Okręgowy pominął środki dowodowe w postaci:

- Raportu Instytutu (...) kształtujące cenę pieniądza na rynku bankowym w Polsce – analiza i projekcja” (G. 2010),
- prywatnej ekspertyzy, sporządzonej przez dr J. J., głównego ekonomisty (...) pt. „Koszty finansowania kredytów walutowych (w szczególności denominowanych w (...)) przez (...) Bank”,
- artykułów prasowych i wydruków internetowych, zawierających publikacje na temat przyczyn i skutków kryzysu na światowych rynkach finansowych.

Zdaniem Sądu meriti wymienione środki dowodowe miały służyć wykazaniu takich okoliczności jak sposób pozyskiwania pieniądza na finansowanie akcji kredytowej, sposób zabezpieczenia banków przed ryzykiem walutowym, czynniki wpływające na wysokość oprocentowania kredytów hipotecznych, udzielonych przez polskie banki w latach 2008-2010 (a więc po zawarciu umów przez członków grupy), koszty pozyskiwania waluty przez pozwanego, czy problem związany z manipulacją wskaźnikiem LIBOR na rynkach finansowych, które nie mają w świetle przepisów prawa materialnego znaczenia dla oceny kwestionowanej klauzuli jako abuzywnej w stosunku do członków grupy.

Sąd pierwszej instancji podkreślił, że wymienione wyżej okoliczności dotyczą kwestii oceny racjonalności postępowania pozwanego pod względem ekonomicznym, a nie oceny prawidłowości wykonywania umowy z punktu widzenia prawa cywilnego i ochrony interesów konsumenta. Nie ma przy tym sporu między stronami, co do tego, że finansowanie akcji kredytowej przez banki polskie w zasadzie zakłada pozyskanie na ten cel środków na rynku międzybankowym lub z operacji na instrumentach pochodnych, z czym wiążą się określone koszty, jak również, iż wysokość tych kosztów uzależniona jest od sytuacji gospodarczej na rynkach światowych i poziomu ryzyka inwestycyjnego dla Polski. W związku z tym bezprzedmiotowe jest prowadzenie postępowania dowodowego, zmierzającego do wykazania wskazanych okoliczności.

Z kolei sposób finansowania akcji kredytowej w (...) przez (...) Bank został przez pozwanego opisany i wykazany za pomocą złożonych dokumentów umów pożyczek i emisji obligacji, zawartych z C., jak również twierdzeń nie kwestionowanych przez stronę przeciwną.

Odnosząc się do kwestii katalogu parametrów finansowych rynku pieniężnego i kapitałowego Sąd I instancji podkreślił, iż decydujący dla rozstrzygnięcia jest nie tylko otwarty, bądź zamknięty charakter tego katalogu, ale również waga poszczególnych parametrów w zakresie ustalenia ostatecznej wysokości oprocentowania. Nawet zatem zakładając, zgodnie z twierdzeniem pozwanego, że katalog parametrów finansowych rynku pieniężnego i kapitałowego jest uważany za zamknięty w nauce ekonomii, to w świetle przedstawionej opinii prywatnej, która miała wspierać stanowisko strony pozwanej, możliwe jest oparcie tych parametrów na dalszych instrumentach specyficznych różniących się od instrumentów podstawowych (k. 12366). W praktyce oznacza to możliwość powołania się na kolejne parametry, będące pochodnymi parametrów podstawowych, bez jakiegokolwiek kontroli ze strony konsumenta. Zestawienie treści złożonej opinii prywatnej i opartego na niej stanowiska pozwanego nie tylko nie pozwala w konsekwencji na stwierdzenie, że katalog parametrów finansowych jest zamknięty, lecz wskazuje, iż nie jest możliwe określenie, choćby w przybliżeniu, jak powinny być dobierane parametry i w jakim stopniu każdy z nich powinien wpływać na wysokość oprocentowania. Dotyczy to również wykorzystanego przez pozwanego w przedstawionej analizie parametru ceny instrumentów (...) ((...) instrumentu pochodnego służącego do przenoszenia ryzyka kredytowego) i rozszerzenia spreadów na transakcjach swapowych, bowiem co do wagi, proporcji i kierunku ich uwzględnienia brak jest jakiegokolwiek wyjaśnienia. Sąd Okręgowy wskazał również na niekonsekwencję zaprezentowanych wyjaśnień i tez opinii prywatnej, zgodnie z którymi stopa LIBOR z jednej strony stanowi stopę referencyjną, a z drugiej zalicza się ją do parametrów finansowych. Już z tych względów uzasadnione jest pominięcie opinii prywatnej, ponieważ nie pozwala on, choćby w przybliżeniu, zweryfikować zasadności i racjonalności postępowania banku.

Sąd pierwszej instancji pominął również dokumenty w postaci listy 466 członków grupy, którzy zgodnie z twierdzeniem pozwanego zawarli umowy kredytowe, korzystając z pośrednictwa profesjonalnych agencji doradczych

oraz rankingu kredytów mieszkaniowych E. z marca 2006 r., które zostały powołane w celu wykazania okoliczności indywidualnego negocjowania z pozwanym warunków umów o kredyt hipoteczny. Sąd a quo stwierdził, że wymienione środki dowodowe nie mogą posłużyć do wykazania, iż członkowie grupy indywidualnie negocjowali z pozwanym postanowienia umów kredytowych, odnoszące się do sposobu zmiany oprocentowania. Fakt zawierania umów za pośrednictwem wyspecjalizowanych agencji, czy też posługiwanie się rankingami kredytów przy wyborze oferty nie dowodzą bowiem, że przedmiotem indywidualnych uzgodnień pomiędzy kredytobiorcą i pośrednikiem z jednej strony oraz pozwanym z drugiej strony były klauzule umowne, dotyczące zmiany oprocentowania.

W tym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał powództwo za zasadne.

Sąd stwierdził, że stosownie do art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2009 r. o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym, w sprawach o roszczenia pieniężne powództwo może ograniczać się do żądania ustalenia odpowiedzialności kontraktowej pozwanego. W takim przypadku powód nie jest obowiązany wykazywać interesu prawnego w ustaleniu.

Sąd I instancji zauważył, że pomiędzy stronami procesu nie jest sporny fakt posługiwania się przez pozwanego wzorcem umowy kredytu, jak również fakt zawierania umów kredytowych z konsumentami w rozumieniu art. 22¹ k.c., co zostało również potwierdzone prawomocnym postanowieniem o ustaleniu ostatecznego składu grupy. Osłą sporu jest charakter i sposób interpretacji klauzuli zmiany oprocentowania w umowach kredytowych, kwestia należytego wykonywania umowy w okresie objętym pozwem oraz jej powiązanie z odpowiedzialnością kontraktową pozwanego.

Przechodząc do rozważań prawnych Sąd odniósł się w pierwszej kolejności do zagadnienia abuzywności postanowienia umowy przewidującego sposób zmiany oprocentowania kredytu udzielonego wszystkim członkom grupy jako konsumentom w walucie obcej i uznał, że stanowi ono niedozwolone postanowienie umowne w rozumieniu art. 385¹ § 1 k.c. oraz nieuczciwy warunek umowy w rozumieniu dyrektywy Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz. Urz. WE L 95, s. 29). W ocenie Sądu Okręgowego, nie można uznać, iż zasady zmiany oprocentowania kredytu zostały sformułowane w jego treści w sposób jednoznaczny. Świadczy o tym posłużenie się w treści wzorca zwrotami niedookreślonymi oraz zastrzeżeniem możliwości (a nie obowiązku) dokonania stosownej zmiany. W rezultacie to pozwany, jako proferent uzyskał na jego podstawie uprawnienie do dokonania wiążącej interpretacji umowy (art. 385³ pkt 9 k.c.) co do tego, czy dokonać zmiany, a także terminu, kierunku i zakresu zmiany bez możliwości jakiegokolwiek ich weryfikacji przez konsumenta.

Pozwany nie wykazał, że miało miejsce indywidualne uzgodnienie treści klauzuli zmiany oprocentowania z którymkolwiek z członków grupy, przez co należy rozumieć rzeczywistą możliwość wpływu konsumenta na jego treść i możliwość prowadzenia negocjacji w tym zakresie (art. 385¹ § 1 w zw. z § 3 k.c.). Nie świadczą o tym ani indywidualne wnioski pracowników pozwanego o przyznanie niektórym klientom preferencyjnych stóp procentowych i prowizji przygotowawczych, ani fakt zawarcia przez część członków grupy umowy w czasie, kiedy istniała możliwość zawarcia umowy kredytowej według wzorca nowego portfela. W tej ostatniej kwestii Sąd podzielił wyrażony w doktrynie pogląd, zgodnie z którym indywidualne uzgodnienie postanowienia umowy nie następuje poprzez sam fakt istnienia możliwości wyboru różnych wariantów brzmienia klauzuli. Podniósł też, że prawidłowości powyższego wniosku nie podważa okoliczność korzystania przez część członków grupy z usług agencji doradztwa finansowanego, ponieważ pozwany nie wykazał, że w zakres tych usług wchodziła analiza klauzuli zmiany oprocentowania kredytu.

Następnie Sąd pierwszej instancji stwierdził, że sporne postanowienie umowne kształtuje prawa i obowiązki członków grupy w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami oraz rażąco narusza ich interesy. Przez interesy członków grupy należy rozumieć przede wszystkim ich interesy majątkowe, wiążące się bezpośrednio z wysokością zmienionych rat spłaty kredytu i pochodnie z rzeczywistym rozmiarem zabezpieczenia hipotecznego, ale również dezinformację, dyskomfort i niepewność co do czynników wpływających na wysokość oprocentowania. Odwołując się do utrwalonego orzecznictwa Sąd Okręgowy wskazał, że samo zastrzeżenie przez bank zmiennej stopy procentowej kredytu nie stanowi niedozwolonej klauzuli wzorca umownego, natomiast sposób określenia przez bank warunków zmiany

procentowej kredytu podlega ocenie z punktu widzenia konsumenta i w tym zakresie banki powinny zachować szczególną staranność w odniesieniu do precyzyjnego, jednoznacznego i zrozumiałego dla kontrahenta określenia tych warunków.

Wreszcie wymóg ten wynika wprost z treści art. 69 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe w brzmieniu obowiązującym w okresie zawierania umów z członkami grupy (t.j. Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665). Podniósł, że problem zgodności z prawem ochrony konsumenta klauzul, przewidujących możliwość zmiany oprocentowania kredytów z powołaniem się na zmiany wskaźników ekonomicznych był już przedmiotem analizy w orzecznictwie polskim. W sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone, rozpoznawanych przez Sąd Najwyższy i sądy powszechne (wyroki: Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 2011 r., I CSK 46/11 i Sądu Apelacyjnego w Warszawie w sprawach VI ACa 1460/11 oraz VI ACa 775/10, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 grudnia 2011 r., I CSK 310/11) za niedozwolone uznano postanowienia umów, zawierające klauzule przewidujące fakultatywność zmiany oprocentowania. Podkreślano, że oczywiste i sprzeczne z dobrymi obyczajami jest naruszenie równowagi kontraktowej stron, wynikające z nadużycia dominującej pozycji kredytodawcy. Oceny tej nie zmienia nawet powołanie się w treści klauzuli na konkretne parametry finansowe rynku pieniężnego i kapitałowego (np. stawki (...)/WIBOR, rentowność lub stopa procentowa bonów skarbowych), ponieważ sama klauzula jest nadal nieprecyzyjna i zakłada dowolność interpretacji m.in. co do sposobu wyliczenia i kierunku zmiany oprocentowania.

Sąd I instancji zauważył, że postanowienie umowne kwestionowane w rozpoznawanej sprawie przewidujące jedynie możliwość zmiany oprocentowania bez odwołania się do konkretnego parametru finansowego jest dalece bardziej niejednoznaczne i nieprecyzyjne, aniżeli postanowienia analizowane w uprzednio w orzecznictwie i uznane za niedozwolone. Nie kwestionując, że odwołuje się ono do pojęć definiowanych na gruncie takich dziedzin jak ekonomia, czy finanse i bankowość, to jednak nie można podzielić poglądu pozwanego, że są to pojęcia jednoznaczne i poddające się weryfikacji na poziomie konsumenta. Ponadto na podstawie tak sformułowanego postanowienia umowy nie można wyprowadzić jakiegokolwiek koherentnego, czytelnego i powtarzalnego mechanizmu zmiany oprocentowania, skoro nie określono wagi poszczególnych (nienazwanych) wskaźników, jak i sposobu i kierunku (obniżenie albo podwyższenie) dokonania zmiany oprocentowania.

Sąd podkreślił, że już z treści samego stanowiska pozwanego, którego wsparcie miała stanowić pominięta prywatna ekspertyza ekonomiczna, wynika iż pojęcia stopy referencyjnej danej waluty oraz parametry finansowe rynku pieniężnego i kapitałowego, są pojęciami niedookreślonymi. Świadczy o tym choćby ujmowanie w treści wzorca stopy referencyjnej dla danej waluty (w tym przypadku LIBOR 3M (...)) jako czynnika odrębnego od parametrów finansowych, przy jednoczesnym twierdzeniu, iż oprocentowanie depozytów i kredytów międzybankowych (w tym stopa LIBOR) należy do katalogu parametrów finansowych. Łącznie pozwany wskazuje na istnienie 10 parametrów finansowych rynku pieniężnego i kapitałowego. Pomijając, że żaden z nich nie został wskazany w treści klauzuli umownej ich analiza wyklucza uznanie ich za pojęcia jednoznaczne.

Wobec powyższego, w ocenie Sądu Okręgowego, klauzula umowy kredytowej, przewidująca wskazany sposób (a ściślej tylko możliwość) zmiany oprocentowania musi być uznana za całkowicie nieczytelną i nieweryfikowalną dla przeciętnego konsumenta, którego model przyjmowany jest tak na gruncie prawa polskiego, jak i prawa europejskiego (np. ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym - Dz. U. Nr 171, poz. 1206, dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach handlowych), a także stosowany w judykaturze. Model ten jest oparty na abstrakcyjnym wzorcu konsumenta, należycie ostrożnego, dobrze poinformowanego, a jednak nadal szczególnie podatnego np. na wykorzystywanie przewagi kontraktowej i stosowanie nieuczciwych praktyk handlowych. Nawet przyjmując tak określany model przeciętnego konsumenta, nie sposób uznać, że przytoczona klauzula umowna jest dla niego jednoznaczna, pomijając fakt jej sprzeczności z dobrymi obyczajami i rażące naruszenie interesów konsumenta. Wynikająca z niego możliwość, a nie konieczność zmiany oprocentowania w połączeniu z blankietowym wskazaniem wielu różnorodnych czynników, wpływających na tę zmianę, daje pozwanemu pełną dowolność w zakresie momentu podjęcia decyzji, sposobu i kierunku dokonania zmiany. Ocena ta abstrahuje od tego, czy pozwanemu można przypisać złą wolę i działanie z premedytacją, istotne jest bowiem to, iż skutkiem takiego sformułowania wzorca jest możliwość dowolnej i pozbawionej kontroli

konsumenta zmiany oprocentowania. Ryzyko takiego sformułowania wzorca umowy w żadnym razie nie może obciążać konsumenta, który nie miał wpływu na jego brzmienie, a jego decyzja ograniczała się do zawarcia, albo niezawarcia umowy, co jest typową cechą umów adhezyjnych. W przypadku zawarcia umowy, jak w niniejszej sprawie, która zawiera w sobie postanowienia uznane za niedozwolone, niewątpliwie aktualizuje się zatem potrzeba zastosowania sankcji z art. 385¹ § 1 i 2 k.c. i stwierdzenia, że są one bezskuteczne w stosunku do konsumenta (verba legis „nie wiążą go”).

Analizując różnice między zakresem kontroli abstrakcyjnej przeprowadzanej w sprawach o uznanie postanowień wzorców umowy za niedozwolone oraz kontroli incydentalnej przeprowadzanej w rozpoznawanej sprawie, w ocenie Sądu Okręgowego, nie ma racjonalnych przesłanek do stwierdzenia, że charakter kontroli incydentalnej obejmującej treści postanowień inkorporowanych we wzorcach umownych wyklucza powołanie się na argumentację, przytaczaną w pierwszym rodzaju spraw. Przeciwnie, wytyczony przez nie standard badania postanowień umowy i ochrony konsumenta należy odnosić również do kontroli incydentalnej. Odmienność polega zaś na tym, że

na gruncie kontroli incydentalnej należy brać pod uwagę także okoliczności konkretnej sprawy, w tym okoliczności zawarcia umowy i treść umów, pozostających w związku z umową, obejmującą postanowienie będące przedmiotem oceny w zakresie oceny zgodności z dobrymi obyczajami (art. 385² k.c.). Ocena ta jest dokonywana według stanu z chwili zawarcia umowy, a nie jej wykonywania. Wprawdzie ustawa nie zawiera podobnej reguły interpretacyjnej w odniesieniu do oceny rażącego naruszenia interesów konsumenta, jednakże konieczność dokonywania tej oceny ad casu jest przesądzona przez tryb wskazany dla klauzuli generalnej dobrych obyczajów.

W ocenie Sądu Okręgowego, przytoczone przez pozwanego szczególne okoliczności takie jak zmiana warunków ekonomicznych działania banku, kryzys na rynkach pieniężnych i finansowych, zwiększenie się kosztów akcji kredytowej, czy konieczność zachowania płynności i rentowności banku są związane z wykonywaniem umowy, a nie procesem formułowania wzorca i zawarcia umowy. W sprawie nie ma sporu co do sposobu finansowania przez pozwanego akcji kredytowej poprzez zaciąganie pożyczek od banku-matki, z czym łączył się obowiązek zapłaty okresowo wyższej marży i oprocentowania ani co do manipulacji wskaźnikiem LIBOR przez międzynarodowe instytucje finansowe i wynikającego stąd braku adekwatności tego wskaźnika, jako miernika wartości pieniądza. Okoliczności te nie mogą jednak wpływać na ocenę kwestionowanego postanowienia umowy jako niedozwolonego, skoro dotyczą jedynie etapu wykonywania umowy. Mogą ewentualnie rzutować na ocenę, czy pozwany zdołał obalić domniemanie winy na gruncie odpowiedzialności kontraktowej, wynikające z art. 471 k.c.

W przekonaniu sądu a quo niewątpliwie już na etapie opracowywania wzorca umowy lub jej zawarcia istniała możliwość bardziej precyzyjnego określenia sposobu zmiany oprocentowania, który należycie zabezpieczałby interesy banku w całym okresie kredytowania, a jednocześnie byłby możliwy do zweryfikowania przez konsumenta. Takim sposobem jest choćby ustalenie zmiany oprocentowania w oparciu o stawkę bazową LIBOR 3M (...), stałą marżę i wahania stawki bazowej przekraczające 0,10 punktu procentowego, co miało miejsce w umowach nowego portfela lub w przypadku następczego anektowania (np. k. 3363) umów zawartych z członkami grupy (poza okresem objętym powództwem). Okoliczność, że w sytuacji wyboru wzorca nowego portfela stała marża banku była z reguły wyższa, w związku z czym klienci nadal często decydowali się zawierać umowy według wzorca starego portfela, nie zwalnia pozwanego, jako proferenta, z odpowiedzialności za abuzywny charakter klauzuli w tych umowach w okresie objętym powództwem. Członkowie grupy, zawierając umowy nie wiedzieli bowiem, że późniejsza praktyka banku będzie dla nich niekorzystna i nie będą mogli jej kontrolować, ani zweryfikować, a ich stanowisko nie będzie uwzględniane. W niniejszej sprawie praktyką pozwanego, czego nie kwestionował, było podwyższanie oprocentowania kredytów jedynie z powołaniem się na wzrost wskaźnika LIBOR 3M (...), podczas gdy w przypadku jego spadku oprocentowanie było obniżane jedynie nieznacznie z powołaniem się na bliżej nieokreślone, nieznanie kredytorom czynniki.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji, nie można zgodzić się z twierdzeniem pozwanego, że zakres ochrony należnej konsumentom jest kategorią zmienną w czasie. Ochrona ta aktualizuje się bowiem już w momencie wykorzystania wzorca umowy, zawierającego niedozwolone postanowienia ze skutkiem braku związania konsumenta takim postanowieniem. Pozwany nie wykazał przy tym, że ryzyko związane z ogólnie wskazanym sposobem zmiany

oprocentowania było zakomunikowane członkom grupy. W relacjach z konsumentem nie sposób zaś przyjmować reguł odpowiadających zasadzie *caveat emptor* stosowanej w niektórych obcych systemach prawnych), wymagającej od kontrahenta szczególnej ostrożności i pozyskania przed zawarciem umowy wszystkich informacji i analiz związanych z jej wykonaniem, celem zabezpieczenia swojej pozycji w ewentualnym sporze. Przewaga informacyjna przedsiębiorcy zmniejszała bowiem zasadę autonomii woli i równowagi stron, wobec czego nie może być wykorzystywana na niekorzyść konsumenta

Sąd Okręgowy podniósł, że w przypadku braku uznania spornej klauzuli umownej za abuzywną, jako część wzorca umowy podlegałyby ona ocenie w świetle treści art. 385 § 2 zd. 1 i 2 k.c. Przepis ten wyraża zasadę transparentności wzorca, opartą na możliwości jego interpretowania bez nadawania mu różnych znaczeń (jednoznaczność) oraz łatwego przyswojenia jego treści (zrozumiałość) również dla osób nieposiadających wykształcenia prawniczego.

Skoro w okolicznościach sprawy istnieje podstawa do przyjęcia, że sporne postanowienie umowy jest niejednoznaczne, blankietowe i w całości niezrozumiałe dla przeciętnego konsumenta, otwiera bowiem pole do licznych i swobodnie kształtowanych przez pozwanego interpretacji, zastosowanie reguły wykładni określonej w art. 385 § 2 zd. 2 k.c. nie pozwala na nadanie jej jakiegokolwiek znaczenia, nawet na korzyść konsumenta. W ocenie Sądu pierwszej instancji w opisanym przypadku należy stwierdzić bezskuteczność, rozumianą jako niezwiązanie konsumenta klauzulą. Gdyby bowiem uznać, że analizowana klauzula zmiennego oprocentowania nie wiąże członków grupy z uwagi na swoją niejednoznaczność (niezrozumiałość) byłoby to tożsame z abuzywnością klauzuli w zakresie sankcji. Z tego względu w realiach rozpoznawanej sprawy spornej klauzuli nie można wyklądać na korzyść konsumentów poprzez przyjęcie, iż odwołuje się ona jedynie do wskaźnika LIBOR 3M (...). Częściowo zasadnie zauważa bowiem pozwany, iż strony nigdy nie osiągnęły konsensusu w zakresie zmiany oprocentowania w oparciu o LIBOR 3M (...) i stałą marżę. Z kolei sam wskaźnik LIBOR 3M (...) w ogóle nie jest wprost wymieniony w treści klauzuli, a ponadto nadal zakładałaby ona fakultatywną zmianę oprocentowania i nie określałaby sposobu zmiany. Ponadto, nie jest pewne, czy rzeczywiście korzystne dla członków grupy byłoby dokonywanie wykładni klauzuli w wariantcie opisanym w pozwie i opartym na art. 65 i art. 385 § 2 k.c. w ten sposób, że obowiązkiem pozwanego było obniżać poziom oprocentowania, gdy obniżeniu ulegała wartość wskaźnika LIBOR 3M (...) o co najmniej o, 30 punktu procentowego.

Odnosząc się do skutków posłużenia się zakwestionowanym postanowieniem umowy Sąd Okręgowy stwierdził, że sporna klauzula, przewidująca zmienne oprocentowanie nie wiąże członków grupy w okresie objętym pozwem, a zatem jest wobec nich bezskuteczna. W pozostałym zakresie strony są związane umową, w tym również jej postanowieniami, przewidującymi spłatę kredytu wraz z oprocentowaniem, jednakże w wysokości stałej określonej w dniu zawarcia umowy. Sąd I instancji wskazał, że zaprezentowane stanowisko znajduje oparcie w zasadzie zapewnienia efektywności prawa wspólnotowego i dążeniu do zapewnienia maksymalnej ochrony konsumenta w prawie krajowym (przykładowo wyrok Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu z dnia 14 czerwca 2012 r. w sprawie B. E. de (...) SA, C-618/10, Lex 1164386).

Przenosząc powyższe ustalenie na płaszczyznę odpowiedzialności *ex contractu* uregulowaną w art. 471 k.c. Sąd pierwszej instancji podkreślił, że została ona ukształtowana na zasadzie winy, objętej domniemaniem. W odniesieniu do przedsiębiorców przy wykonywaniu umowy obowiązuje miernik należytej staranności określany przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej przez nich działalności gospodarczej (art. 355 § 2 k.c.). Z kolei z art. 354 § 1 k.c. wyprowadzany jest również obowiązek lojalności. Dla przypisania winy stronie umowy nie jest natomiast konieczne stwierdzenie jej złej woli, czy działania z premedytacją. Poza zawinionym niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania przesłankami odpowiedzialności kontraktowej jest powstanie szkody i stwierdzenie, że pomiędzy zachowaniem dłużnika, a powstaniem szkody zachodzi normalny związek przyczynowy.

Skoro pozwany w okresie objętym pozwem wykonywał umowę, dokonując zmian oprocentowania w oparciu o klauzulę abuzywną, oznacza to, że w sposób nienależyty wykonywał zobowiązanie. Pozwany bowiem nienależycie określał wysokość oprocentowania i rat kapitałowo-odsetkowych, określanych we frankach i nienależycie przeliczał raty na walutę polską, a w konsekwencji pobierał z rachunków powodów kwoty wyższe, niż kwoty wynikające z umowy po wyeliminowaniu z niej postanowień umowy, uznanych za niedozwolone. Takie działanie pozwanego jest zawinione.

Świadczy bowiem o naruszeniu zasady szczególnej staranności i lojalności w zakresie wykonania zobowiązania, co było przyczyną powstania po stronie członków grupy uszczerbków majątkowych. Podwyższony stopień staranności musi również dotyczyć etapu formułowania wzorca umowy i zawarcia samej umowy, zwłaszcza że bank miał możliwość prawidłowego sformułowania wzorca.

Pozwany nie wykazał przy tym, że winy nie ponosi. Zdaniem Sądu a quo argumentacja pozwanego, zmierzająca do wykazania, że w okresie objętym pozwem działał w trudnych warunkach ekonomicznych, dążył do zachowania płynności i rentowności oraz ponosił dodatkowe koszty finansowania akcji kredytowej nie wyłączają jego winy, którą odnosić należy do samego sformułowania i wykorzystywania w obrocie wzorca umowy zawierającego klauzulę abuzywną. Przyjęcie odmiennego zapatrywania oznaczałoby przerzucenie całego ryzyka, związanego z działalnością pozwanego na konsumentów, co nie może mieć miejsca w świetle opisanych zasad ich ochrony i zapewniania równowagi kontraktowej w stosunkach z konsumentami.

W konkluzji Sąd Okręgowy uznał, że pozwany ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą w stosunku do członków grupy. Żądanie pozwu obejmowało jedynie przesądzenie zasady tej odpowiedzialności bez określenia wysokości poniesionych szkód. Zbędna jest przy tym weryfikacja twierdzeń powoda co do samego sposobu wyliczenia rozmiaru szkody, co będzie rozstrzygane w odrębnym postępowaniu z powództwa o zapłatę.

W następnej kolejności Sąd I instancji rozważał kwestię potraktowania świadczeń członków grupy, jako świadczeń nienależnych w rozumieniu art. 410 k.c., która to podstawa prawna zwrotu świadczenia nienależnego nie uchybia przepisom o obowiązku naprawienia szkody, na mocy art. 414 k.c. Odwołując się do poglądów doktryny Sąd uznał, że samo spełnienie świadczenia na podstawie klauzuli uznanej następnie za abuzywną, a więc bezskutecznej wobec konsumenta, spełnia przesłanki świadczenia, spełnionego na podstawie nieważnej (per analogiam także bezskutecznej) czynności prawnej (kondykcji sine causa), jak i świadczenia w przypadku braku obowiązku świadczenia lub braku obowiązku świadczenia wobec danej osoby (kondykcji indebiti). Zamierzonego skutku nie może odnieść podniesiony przez pozwanego zarzut braku możliwości żądania zwrotu nienależnego świadczenia na podstawie art. 411 pkt 1 k.c. Przede wszystkim wątpliwości członków grupy w zakresie prawidłowości wyliczenia rat kredytów nie mogą być utożsamiane z ich pozytywną wiedzą o braku powinności spełnienia świadczenia na rzecz banku. Ponadto nie może ująć uwadze, że pozwany samodzielnie pobierał raty kredytu ze specjalnie utworzonych w tym celu rachunków i na podstawie nieodwołalnego upoważnienia. Członkowie grupy byli obowiązani do zapewnienia środków na rachunku. Przyjęte rozwiązanie wykluczało możliwość kontroli przez członków grupy wysokości rat spłaty w danym miesiącu. Stąd też nawet stwierdzenie, że członek grupy kwestionował wysokość spłaty za dany miesiąc nie daje podstaw do stawiania mu wymogu uprzedniego zastrzeżenia zwrotu świadczenia. Poza tym z uwagi na realną możliwość wystawienia przez pozwanego bankowych tytułów egzekucyjnych do wysokości kwoty długu wraz z odsetkami, kosztami sądowymi oraz innymi kosztami i wydatkami, można pośrednio przyjąć, że świadczenia w postaci rat należności były również spełniane w celu uniknięcia przymusowej ich egzekucji przez bank. Wreszcie, roszczenie o zwrot nienależnego świadczenia, nawet przy przyjęciu pozytywnej wiedzy o braku obowiązku świadczenia, jest także aktualne w przypadku wykonania nieważnej czynności prawnej (art. 411 pkt 1 in fine k.c.). Sytuację tę odnosić należy poprzez analogię również do spełnienia świadczenia na podstawie bezskutecznego postanowienia umowy, w tym bowiem zakresie nie jest ono wiążące dla świadczącego, nie rodzi dla niego praw, ani obowiązków.

W konsekwencji, w ocenie Sądu pierwszej instancji, poza przesądzeniem zasady odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanego (art. 471 k.c.), nie jest także wyłączony zwrot przez pozwanego nienależnie pobranych świadczeń na rzecz członków grupy (art. 414 k.c.).

O kosztach procesu Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 24 ust. 1 ustawy o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym stosując zasadę odpowiedzialności za wynik procesu. Sąd podkreślił, że członkowie grupy są w niniejszej sprawie powodami jedynie w znaczeniu materialnym, natomiast w znaczeniu formalnym powodem jest reprezentant grupy działający w procesie na zasadzie podstawienia procesowego wynikającej z ustawy. Ponadto przedmiotem żądania pozwu nie są roszczenia o zapłatę, a jedynie przesądzenie zasady odpowiedzialności pozwanego (art. 21 ust. 3 ustawy o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym).

W takim układzie procesowym, wyłącznie na rzecz reprezentanta grupy może być zasądzony zwrot kosztów procesu bez względu na charakter i postanowienia umów przewidujących konieczność zapłaty przez członków grupy wynagrodzenia na rzecz reprezentanta grupy lub na rzecz pełnomocnika procesowego. Przyznając, że to na reprezentancie grupy spoczywa obowiązek pozyskania środków niezbędnych do zainicjowania postępowania grupowego Sąd meriti podkreślił, że ustawa nie wskazuje i nie narzuca źródła finansowania w tym zakresie, pozostawiając tę kwestię reprezentantowi grupy i wewnętrznej organizacji grupy. Ustawodawca nie przewiduje również możliwości obciążenia kosztami procesu poszczególnych członków grupy, co jest wynikiem pozbawienia ich uprawnień procesowych. Wynagrodzenie pełnomocnika reprezentanta grupy (w tym wynagrodzenie prowizyjne) nie wchodzi w skład kosztów procesu i nie podlega zwrotowi przez przeciwnika na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. Wynikająca z umowy o prowadzenie sprawy i zastępstwo procesowe zawartej przez Miejskiego Rzecznika Konsumentów w W., jako reprezentanta grupy, konieczność wpłacenia określonej kwoty (stanowiąca jednocześnie warunek przystąpienia do grupy) na rzecz kancelarii adwokackiej wykonującej zastępstwo procesowe powoda przez członków grupy stanowiła jedynie techniczny sposób rozliczenia się z tytułu umowy o prowadzenie sprawy z pominięciem płatności na rzecz reprezentanta grupy. Zdaniem Sądu I instancji nie uprawnia to jednak do przyjęcia, że wskazane kwoty stanowią koszty procesu po stronie członków grupy. Również kwestia, czy i w jaki sposób zasądzone na rzecz reprezentanta grupy koszty procesu będą podlegać dalszej redystrybucji na rzecz członków grupy powinna zostać uregulowana w stosownej umowie i nie ma znaczenia z punktu widzenia rozliczenia kosztów procesu w przedmiotowej sprawie.

W tych warunkach Sąd pierwszej instancji zasądził na rzecz powoda koszty zastępstwa procesowego w I instancji oraz w postępowaniu zażaleniowym ustalone przy uwzględnieniu maksymalnej stawki wynagrodzenia adwokackiego z uwagi na skomplikowany oraz precedensowy charakter sprawy. W pozostałym zakresie wniosek o zasądzenie kosztów procesu według złożonego zestawienia został oddalony jako bezzasadny.

Od powyższego wyroku pozwany wniósł apelację zaskarżając go w zakresie punktów I, II i IV. Skarżący zarzucił zaskarżonemu rozstrzygnięciu:

1. naruszenie przepisu prawa materialnego tj. artykułu 385¹ § 1 k.c. w zw. z art.

(...) k.c. poprzez jego błędną interpretację polegającą na:

- nieuzasadnionym przyjęciu, że występowanie w okolicznościach konkretnej

sprawy przesłanki rażącego naruszenia interesów konsumenta musi być

oceniane według stanu z chwili zawarcia umowy a nie biorąc pod uwagę

okoliczności jej wykonywania, podczas gdy obligatoryjnym elementem

właściwie przeprowadzonej kontroli incydentalnej jest analiza i szczegółowe

rozważenie sposobu wykorzystania i prawidłowości zastosowania

kwestionowanego wzorca w okolicznościach konkretnej sprawy,

- pominięciu okoliczności mających miejsce w dacie zawarcia umów o kredyt

hipoteczny przez członków grupy przy ocenie zgodności spornego

postanowienia z dobrymi obyczajami i dokonanie tej oceny w oderwaniu od

tych okoliczności, co jest charakterystyczne dla kontroli abstrakcyjnej klauzuli

dokonywanej w postępowaniu o uznanie postanowień wzorca umowy za

abuzywne, podczas gdy w przedmiotowej sprawie miała zostać przeprowadzona

kontrola incydentalna, a więc uwzględniająca owe okoliczności,

- nieuwzględnieniu całokształtu postanowień umów o kredyt hipoteczny i

dokonanie oceny spornej klauzuli pod kątem jej abuzywności w oderwaniu od kontekstu całej umowy, a w szczególności przy pominięciu postanowień umożliwiających członkom grupy wypowiedzenie umowy, podczas gdy dokonanie analizy wszystkich postanowień umowy i ich relacji względem spornej klauzuli było obowiązkiem Sądu Okręgowego w ramach kontroli incydentalnej,

- błędnym przyjęciu, że skutkiem skutkiem bezskuteczności spornej klauzuli jest przyjęcie stałego oprocentowania umów o kredyt hipoteczny, podczas gdy pozostające w mocy postanowienia umów kredytu wyraźnie określają jego zmienny charakter,

- pominięciu przy wykładni powyższych przepisów dyrektyw prounijnej wykładni celowościowej i funkcjonalnej, w szczególności nieuwzględnieniu celów wynikających z przepisów dyrektywy Rady Unii Europejskiej z dnia 5 kwietnia 1993 roku nr 93/13/EWG oraz braku rozważenia specyfiki usług finansowych (stosunków kredytowych) przy dokonywaniu wykładni,

2. naruszeniu przepisów prawa materialnego tj. art. 385¹ pkt 9 k.c. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że uprawnienie do zmiany oprocentowania zawarte w spornej klauzuli jest jednostronnym zastrzeżeniem na rzecz pozwanego możliwości dokonywania interpretacji umowy podczas, gdy sporna klauzula dotyczy ceny, co powoduje, iż pozostaje poza przedmiotem powyższej regulacji prawnej,

3. naruszenie prawa materialnego tj. art. 471 w zw. z art. 472 k.c. poprzez jego błędną interpretację polegającą na nieuzasadnionym przyjęciu, że przesłanka zawinienia jako przesłanka odpowiedzialności kontraktowej w odniesieniu do posługiwania się klauzulą abuzywną odnosi się do samego faktu sformułowania klauzuli w sposób odbiegający od wymogów wykształconych w późniejszym orzecznictwie oraz błędnego przyjęcia, że uznanie winy za wykorzystywanie w obrocie rzekomo abuzywnej klauzuli nie wymaga przeprowadzenia postępowania dowodowego, pomimo przedstawienia przeciwdowodu przez pozwanego, co doprowadziło Sąd Okręgowy do błędnego przyjęcia, że pozwany ponosi winę za niezgodność spornej klauzuli w wymogami postanowień zmiennego oprocentowania ukształtowanymi w zapadłym później orzecznictwie Sądu Najwyższego i (...),

4. naruszenie przepisów prawa procesowego mającego istotny wpływ na wynik sprawy tj. artykułu 217 § 2 k.p.c. w pierwotnym brzmieniu w związku z artykułem 227 k.p.c. w związku z artykułem 24 ust. 1 ustawy o postępowaniu grupowym poprzez nieuzasadnione oddalenie wniosków dowodowych pozwanego, wynikające z błędnego przyjęcia, iż nie mają one znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, jako służące wykazaniu okoliczności wykonywania umów o kredyt hipoteczny przez (...) Bank, podczas gdy ich przeprowadzenie było konieczne dla ustalenia jednoznacznego charakteru spornej klauzuli poprzez ustalenie katalogu parametrów finansowych, ich rozumienia w naukach ekonomicznych oraz wzajemnych relacji w zakresie kształtowania wysokości oprocentowania, a także ewentualnego rażącego naruszenia interesów członków grupy w skutek wykonywania spornej klauzuli przez (...) Bank,

5. naruszenie przepisów prawa procesowego tj. art. 232 k.p.c. w zw. z art. 6 k.c.

poprzez błędne przyjęcie, iż przesłanki abuzywności spornej klauzuli wskazane

w artykule 385¹ § 1 k.c. zostały udowodnione w niniejszym postępowaniu,

podczas gdy powód będący zobowiązany do ich wykazania nie udowodnił

zaistnienia żadnej z tych przesłanek.

Skarżący podniósł, że wbrew literalnemu brzmieniu przepisu art. 385²

k.c., który według stanu z chwili zawarcia umowy nakazuje analizę

postanowienia umownego wyłącznie pod względem zgodności z dobrymi

obyczajami, Sąd Okręgowy per analogiam przyjął, że reguła ta odnosi się także

do rażącego naruszenia interesów konsumenta. Tymczasem o ile należy zgodzić

się ze stwierdzeniem, że przesłanka rażącego naruszenia interesów

konsumentów musi być badana ad casu, a więc w odniesieniu do konkretnych

okoliczności określonej sprawy, o tyle wbrew stanowisku Sądu Okręgowego przesłanka rażącego naruszenia interesów konsumenta podlega analizie przez cały okres istnienia stosunku umownego, jako że interes konsumenta jest kategorią zmienną w czasie, uzależnioną od okoliczności istniejących w danym momencie. W tych warunkach w celu dokonania właściwego ustalenia w ramach kontroli incydentalnej, czy sporna klauzula narusza interesy konsumentów w sposób rażący nie wystarczy, jak uczynił to Sąd Okręgowy, odwołać się jedynie do jej brzmienia. Sąd powinien zatem dokonać szczegółowego zbadania sposobu wykonania umowy przez (...) Bank, w tym w szczególności sposobu i zakresu zmiany wysokości oprocentowania w spornym okresie. W braku takiego ustalenia nie jest możliwe stwierdzenie, że sporna klauzula narusza interesy konsumentów, a już na pewno nie jest uprawnione stwierdzenie, że narusza interesy konsumentów w sposób rażący.

Ponadto w przedmiotowym postępowaniu rzeczą Sądu było przeprowadzenie incydentalnej kontroli spornej klauzuli, a nie kontroli abstrakcyjnej, jak to ma miejsce w przypadku kontroli samego wzorca umownego dokonywaną przez (...), których zakres cechują istotne odmienności, czego Sąd nie dostrzegł. Konsekwencją tych różnic jest konieczność zbadania przez Sąd, w ramach kontroli incydentalnej, konkretnych okoliczności towarzyszących zawarciu i wykonaniu umowy, a także rozważenia szerszego kontekstu zapisu umownego będącego przedmiotem sporu, z uwzględnieniem sytuacji obligacyjnej konkretnego konsumenta, w tym właściwych mu przymotów, możliwości zawarcia umowy na podstawie innych warunków lub też korzystanie z profesjonalnego pośrednika przy jej zawarciu.

Apelujący wskazał, że posłużenie się pewnymi określeniami w konkretnej umowie, nawet uznanymi uprzednio za abuzywne, powoduje że muszą być one interpretowane w odniesieniu do treści całej umowy, a ich ocena następuje w drodze kontroli incydentalnej. Pozwala ona bowiem w najpełniejszy sposób oddać rzeczywistą wolę stron umowy, biorąc pod uwagę nie tylko treść kwestionowanego zapisu, ale także inne postanowienia umowne, prawa i obowiązki stron czy rozkład ryzyka. W tym świetle pozornie niedopuszczalna klauzula może okazać się korzystna dla obu stron umowy, odpowiadając ich prawom i interesom. Ponadto wbrew konieczności uwzględnienia okoliczności zawarcia umowy Sąd Okręgowy nie wziął pod uwagę faktu, że w czasie kiedy były zawierane umowy o kredyt hipoteczny w obrocie bankowym stosowano powszechnie klauzule odpowiadające brzmieniu spornej klauzuli i nawet kontrole UOKiK akceptowały ich wykorzystywanie. W tych warunkach błędne jest jej uznanie za sprzeczną z dobrymi obyczajami w świetle późniejszych zmian orzecznictwa czy wymogów organów nadzoru. Poza tym Sąd nie uwzględnił, że członkowie grupy zawierający umowy po 1 września 2006 r. mieli możliwość wyboru między umowami tak zwanego „starego portfela” i umowami tak zwanego „nowego portfela”, które określały wysokość oprocentowania jedynie w oparciu o wskaźnik stopy referencyjnej LIBOR 3M (...) przy uwzględnieniu stałej marży. Osoby te dokonały jednak wyboru umów tak zwanego „starego portfela”, które wydawały się dla nich korzystniejsze, pomimo że znaczna część członków grupy zawarła analizowane umowy za pośrednictwem profesjonalnych agencji doradczych, w których przedstawiono im oferty kredytowe innych banków, w tym także z oprocentowaniem określonym w oparciu o LIBOR 3M (...) przy uwzględnieniu stałej marży.

Zdaniem skarżącego, nawet gdyby podzielić zapatrywanie Sądu I instancji, że sporna klauzula była niejednoznaczna czy nawet spreczna z dobrymi obyczajami, nie przesądza to jeszcze o jej abuzywności. Pozwany wielokrotnie

wskazywał w niniejszym postępowaniu, że do rażącego naruszenia interesu konsumenta dochodzi w razie istotnej i nieusprawiedliwionej dysproporcji praw i obowiązków na niekorzyść konsumenta, przy czym należy uwzględnić subiektywne elementy danego stosunku zobowiązaniowego. Samo naruszenie interesów konsumenta nie jest wystarczające do stwierdzenia, że mamy do czynienia z klauzulą abuzywną, bowiem musi to być naruszenie poważne, szczególnie doniosłe i znaczące. Zwłaszcza, że umowa kredytu, szczególnie wieloletniego, której stronami są bank, jako profesjonalista, oraz konsument charakteryzuje się prawnie uregulowaną i dozwoloną asymetrią. (...) Bank wykazał zaś, że w niniejszej sprawie zmiana wysokości oprocentowania była ściśle zdeterminowana zmianami ekonomicznymi, które znalazły odzwierciedlenie w parametrach finansowych rynku pieniężnego i kapitałowego. Nie doszło zatem do nadużycia stosunku nierówności pomiędzy stronami, a tym samym rażącego naruszenia interesów konsumentów.

Wreszcie dokonana przez Sąd Okręgowy analiza spornej klauzuli nie uwzględniła dyrektyw pro-unijnej wykładni celowościowej i funkcjonalnej

przez odwołanie się do postanowień Dyrektywy Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 roku w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich.

W ocenie pozwanego bezpodstawne jest również twierdzenie, że uznanie spornej klauzuli za bezskuteczną prowadzi do przyjęcia stałego oprocentowania kredytów, gdyż jest to niezgodne z brzmieniem umów zawartych z członkami grupy, które są umowami o zmiennym oprocentowaniu. Przyjęcie, jak to uczynił Sąd, że umowy o kredyt hipoteczny są umowami o stałym oprocentowaniu, prowadzi do niedopuszczalnego ukształtowania na nowo stosunku prawnego.

Apelujący podniósł również, że Sąd Okręgowy błędnie przyjął, iż uprawnienie do stosowania zmiennego oprocentowania przewidzianego w spornej klauzuli jest równoznaczne z zastrzeżeniem na rzecz pozwanego jednostronnego prawa do wiążącej interpretacji umowy, podczas gdy stanowi ono jedynie realizację uprawnienia banku wynikającego z przepisów art. 76 ust. 1 i 69 ust. 2 pkt 5 Prawa bankowego. Poza tym jeśli dokonać oceny klauzuli zmiennego oprocentowania przez pryzmat artykułu 385³ k.c. to zmiana oprocentowania w umowach bankowych może być porównywana do zmiany ceny, w myśl pkt 20 powołanego przepisu. Biorąc to pod uwagę, zmiana oprocentowania, jako zmiana ceny jest dopuszczalna, jeśli tylko konsument ma prawo wypowiedzenia umowy, w sytuacji, gdy nie wyraża zgody na dokonaną zmianę. Skoro członkom grupy przysługiwało prawo do wypowiedzenia umów o kredyt hipoteczny, sporna klauzula nie może być uznana za abuzywną.

W dalszej kolejności skarżący zarzucił naruszenie art. 471 w zw. z art. 472 k.c. wobec pominięcia, że w chwili kształtowania brzmienia i wprowadzania do obrotu spornej klauzuli jej treść odpowiadała wszelkim wymogom stawianym klauzulom zmiennego oprocentowania. Był to wówczas wymóg weryfikowalności klauzul, możliwości ich następczej weryfikacji oraz kontroli ex post wpływu zmian określonych czynników na wysokość oprocentowania. W efekcie stanowisko Sądu I instancji sprowadza się do przypisania pozwanemu winy za to, iż nie przewidział, że sporna klauzula tworzona w 2002 r., będąca w tym czasie standardowym postanowieniem umownym, powszechnie stosowanym w obrocie, może być w przyszłości uznana za abuzywną. Jednocześnie, opierając się na domniemaniu winy pozwanego wynikającym z art. 471 k.c. Sąd a quo oddalił wszystkie wnioski dowodowe, uniemożliwiając tym samym wykazanie, że (...) Bank nie ponosi winy za jej rzekomo niewłaściwe wykonywanie.

Nie sposób również zgodzić się z poglądem Sądu Okręgowego, że w realiach sprawy nie została spełniona żadna z przesłanek z artykułu 411 pkt 1 k.c. Nawet bowiem, jeśli przyjąć, że przy zawieraniu umów o kredyt hipoteczny członkowie grupy nie wiedzieli, iż nie są zobowiązani do spełnienia świadczenia na jej podstawie, jak twierdzą na potrzeby niniejszego postępowania, to z pewnością powinni dołożyć należytej staranności i dokonać takiego ustalenia w trakcie trwania umowy. Zgodnie z poglądami doktryny, solvens nie może się powoływać na błąd co do tego, iż świadczenie jest należne w tych przypadkach, gdy przy dołożeniu należytej staranności powinien był wiedzieć o nieistnieniu zobowiązania. Mimo zaś technicznej strony spłaty poszczególnych rat kredytu członkowie grupy w każdym momencie mogli zastrzec zwrot kwot pobranych przez pozwanego. Przede wszystkim nie można zgodzić się z argumentacją Sądu, że regulację z art. 411 pkt 1 k.c. dotyczącą świadczenia z nieważnej czynności prawnej,

należy analogicznie odnosić do przypadków świadczeń spełnionych w wykonaniu czynności prawnych bezskutecznych i uznać, że również podlegają zwrotowi. Pozostaje ona w sprzeczności z daleko idącymi odmiennościami w konstrukcji nieważności i bezskuteczności czynności prawnych. W szczególności skoro Sąd I instancji uznał, że sporna klauzula jest abuzywna, nie mógł jednocześnie stwierdzić, że klauzula jest nieważna, bowiem nieważność postanowienia umownego eliminuje go z obrotu i uniemożliwia kontrolę pod względem występowania przesłanek abuzywności. Cecha bezskuteczności przysługuje zatem wyłącznie ważnym czynnościom prawnym.

Z tych względów, zdaniem apelującego, członkowie grupy spełniając świadczenie nie działali pod wpływem przymusu ani w wykonaniu nieważnej czynności prawnej. Skoro nadto wiedzieli, iż uiszczając raty kredytu spełniają świadczenie nienależne i pomimo takiej wiedzy żaden z członków grupy nie zastrzegł zwrotu tak pobranych kwot, nie ma żadnych podstaw do zwrotu członkom grupy nienależnie pobranego świadczenia.

Uzasadniając zarzut naruszenia prawa procesowego, a mianowicie art. 217 § 2 k.p.c. skarżący podniósł, że oddalenie zgłoszonych przez pozwanego wniosków dowodowych o dopuszczenie dowodu z: opinii biegłego, przesłuchania informacyjnego prezesa zarządu (...) Banku (...) w charakterze strony, zeznań świadka D. S., Raportu Instytutu (...) kształtujące cenę pieniądza na rynku bankowym w Polsce - analiza i projekcja", prywatnej ekspertyzy sporządzonej przez dr J. J., artykułów prasowych zawierających publikacje dotyczące przyczyn i skutków kryzysu na światowych rynkach finansowych wynika z przyjętych przez Sąd Okręgowy błędnych założeń co do charakteru kontroli incydentalnej. Aby móc ocenić zasadność twierdzenia o rzekomej abuzywności spornej klauzuli, Sąd Okręgowy był zobowiązany w ramach kontroli incydentalnej poddać analizie sposób i prawidłowość jej stosowania przez (...) Bank, przy uwzględnieniu nie tylko stosunków występujących między stronami, ale także złożonej sytuacji gospodarczo-ekonomicznej, która w spornym okresie przesądziła o konieczności dokonania określonej zmiany wysokości oprocentowania kredytów hipotecznych. Pozwoliłoby to także na ustalenie braku winy (...) Banku w sposobie dokonywania zmian wysokości oprocentowania. Skarżący podkreślił, że wbrew stanowisku Sądu I instancji, w przedmiotowej sprawie większość okoliczności, na które zostały powołane dowody przez pozwanego, nie zostało uzgodnionych między stronami postępowania. Zostało zatem naruszone jego fundamentalne prawo procesowe do udowodnienia okoliczności i faktów, z których wywodzi skutki prawne, co w konsekwencji doprowadziło do niewyjaśnienia istoty sprawy. Wskazał, że w szczególności opinia biegłego na okoliczność czynników wpływających na wysokość oprocentowania kredytów hipotecznych udzielonych przez (...) Bank w latach 2008 - 2010 (a więc w okresie objętym sporem) miała wykazać korelację i wewnętrzną zależność między poszczególnymi parametrami finansowymi rynku pieniężnego i kapitałowego oraz ich wpływu na wysokość oprocentowania. Tym samym wyjaśnione zostałyby wątpliwości sądu a quo co do wagi i znaczenia poszczególnych parametrów na ostateczną wysokość zmiany wysokości oprocentowania. Opinia biegłego dokonałaby także analizy sposobu zmiany wysokości oprocentowania przez (...) Bank, a przede wszystkim wskazanej przez Sąd Okręgowy kwestii prawidłowości takiej zmiany.

Apelujący zarzucił również, że wbrew ustaleniom Sądu I instancji w świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego nie można uznać za udowodnioną przez powoda okoliczność abuzywności spornej klauzuli. W szczególności powód zaniechał określenia konkretnej zasady rozumianej jako dobry obyczaj i nie wykazał sprzeczności między ową zasadą a sporną klauzulą. Powód nie udowodnił też istnienia takiej dysproporcji w relacjach z członkami grupy mającej potwierdzać, że jednocześnie sporna klauzula rażąco narusza ich interesy.

Przy tak sformułowanych zarzutach skarżący wniósł o zmianę

zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości, ewentualnie o jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji, a także o zasądzenie kosztów procesu w tym kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje według norm przepisanych (art. 98 k.p.c.).

W odpowiedzi na apelację powód wniósł o jej oddalenie i zasądzenie kosztów zastępstwa adwokackiego na rzecz członków grupy według złożonego zestawienia, ewentualnie na rzecz reprezentanta według norm przepisanych.

Powód wskazał, że wbrew stanowisku skarżącego, dokonywanie oceny postanowienia umownego na moment inny niż data zawarcia umowy jest immanentną cechą oceny abstrakcyjnej wzorców umownych. Wymóg prowadzenia kontroli

abuzywności danej klauzuli na moment zawarcia umowy został przewidziany w art. 385² k.c., a zatem ma zastosowanie w ramach kontroli incydentalnej. Ponadto pozwany nie przedstawił choćby jednej okoliczności, która wystąpiła po zawarciu umowy, pozwalającej na podważenie zdefiniowanych przez Sąd Okręgowy przyczyn uznania spornej klauzuli za rażąco naruszającą interesy członków grupy. Nietrafny jest również zarzut naruszenia art. 385¹ § 1 w zw. z art. 385² k.c., bowiem skarżący nie wskazał, pominięcia jakich konkretnie okoliczności mających miejsce w dacie zawarcia umów kredytowych z członkami grupy dopuścił się Sąd I instancji. Z pewnością nie może to być okoliczność, że w czasie kiedy były one zawierane w obrocie bankowym powszechnie stosowane były klauzule odpowiadające brzmieniu spornej klauzuli. O niedozwolonym charakterze danego zapisu umownego nie przesądzą bowiem ani wymogi organów nadzoru, ani poglądy judykatury wyrażane w danym czasie. Powód podkreślił, że abuzywności klauzuli nie uchyla możliwość wypowiedzenia przez konsumentów umowy. Ponadto treść art. 385¹ § 2 k.c. przewiduje po stronie konsumenta uprawnienie do dalszego wykonywania umowy z wyłączeniem stosowania zapisu niedozwolonego, nie zaś uprawnienie do jej rozwiązania.

Od zawartego w powyższym wyroku rozstrzygnięcia o kosztach procesu wywiódł zażalenie powód zaskarżając je w całości (pkt II. i III. wyroku). Zaskarżonemu postanowieniu zarzucił:

1. naruszenie art. 98 § 1 k.p.c. w zw. z art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2009 r. o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym polegające na jego błędnej interpretacji prowadzącej do wniosku, iż na gruncie postępowania grupowego przeciwnikiem w rozumieniu art. 98 § 1 k.p.c. a więc podmiotem, na rzecz którego należy zasądzić koszty od strony przegrywającej, jest reprezentant grupy będący stroną procesową w znaczeniu formalnym, a nie członkowie grupy będący stroną procesową w znaczeniu materialnym,

2. naruszenie art. 98 § 3 k.p.c. w związku z § 2 pkt 1 i 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenie przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu w związku z art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2009 r., polegające na przyjęciu, że w postępowaniu grupowym brak jest podstaw do określenia łącznych kosztów zastępstwa procesowego po stronie powodowej w oparciu o sumę stawek minimalnych odnoszonych do wartości przedmiotu sporu, ale w relacji do każdego członka grupy indywidualnie.

Skarżący podniósł, że dla potrzeb decyzji o zasądzeniu kosztów

zastępstwa procesowego przeciwnikiem jest zarówno reprezentant, jak i członkowie grupy. W konsekwencji w zależności od tego jak ukształtowane są w danym postępowaniu grupowym relacje umowne między członkami grupy, reprezentantem oraz pełnomocnikiem, Sąd w sytuacji wygrania sprawy przez stronę powodową winien zasądzać koszty zastępstwa na rzecz tych podmiotów, które je rzeczywiście poniosły. W przedmiotowym postępowaniu zasady wynagrodzenia pełnomocnika zostały poniesione a wcześniej uzgodnione wyłącznie z członkami grupy bez udziału reprezentanta, który został jedynie upoważniony do złożenia wniosku o zasądzenie kosztów bezpośrednio na ich rzecz. Błędne jest przy tym stanowisko Sądu Okręgowego, że obowiązkiem reprezentanta było zgromadzenie środków niezbędnych na zainicjowanie i prowadzenie postępowania grupowego, skoro przepisy prawa takiego obowiązku nie formułują. Również umowa łącząca reprezentanta z pełnomocnikiem takiego obowiązku nie nakładała. W ocenie skarżącego obowiązek taki ciąży wyłącznie na członkach grupy, gdyż to ich praw i obowiązków dotyczy sprawa, to oni są stronami tego postępowania w sensie materialnoprawnym i to ich bezpośrednio będzie dotyczył wyrok. Nie do przyjęcia jest zatem pogląd, że nie mają szansy odzyskać poniesionych kosztów nawet w sytuacji wygrania procesu.

Zdaniem skarżącego, nawet gdyby przyjąć, że konstrukcja postępowania grupowego wyłącza, także w drodze odpowiedniego zastosowania przepisu art. 98 § 1 k.p.c., zasądzenie na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego bezpośrednio od członków grupy, to taki wniosek nie uzasadnia twierdzenia, aby dla zachowania symetrii czy równowagi między stronami odmówić stronie powodowej uprawnienia do zasądzenia kosztów procesu bezpośrednio na rzecz członków grupy, szczególnie gdy to oni gromadzą i zapewniają środki finansowe na wszczęcie i prowadzenie postępowania. Ponadto nakład pracy wykonywanej przez reprezentanta i jego pełnomocnika (w

szczególności polegającej na bieżącym kontakcie i współpracy z członkami grupy) w postępowaniu grupowym jest zdecydowanie większy niż nakład pracy pełnomocnika pozwanego. Zakres niezbędnych działań przy grupach liczniejszych niż 1000 członków jest istotnym wyzwaniem organizacyjnym.

Tak znaczna dysproporcja między nakładem pracy wykonywanej przez pełnomocnika powoda i pozwanego powinna uzasadniać brak omawianej symetrii.

Sąd przyjął, iż koszty wynagrodzenia pełnomocnika nie wchodzi w skład kosztów procesu i nie podlegają zwrotowi przez przeciwnika. Powyższy pogląd na gruncie ustawy o kosztach sądowych, która definiuje koszty sądowe w art. 2 ust. 1 jako opłaty i wydatki, jest oczywiście trafny. Sam fakt jednak niezaliczenia kosztów zastępstwa procesowego do kosztów sądowych nie eliminuje na gruncie ustawy o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym obowiązku zwrotu kosztów zastępstwa procesowego przez stronę przegrywającą. W konsekwencji zatem, trafne rozdzielenie przez Sąd instytucji kosztów sądowych od kosztów zastępstwa procesowego strony nie uzasadnia jednak tezy sformułowanej przez Sąd, że wynagrodzenie pełnomocnika reprezentanta grupy (w tym wynagrodzenie prowizyjne) nie wchodzi w skład kosztów procesu i nie podlega zwrotowi na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c.

W ocenie skarżącego poza sporem jest, że koszty te podlegają zwrotowi, a rozstrzygnięcia wymaga jedynie ustalenie, czy na mocy stosowanego odpowiednio art. 98 § 1 k.p.c. dopuszczalne jest zasądzenie kosztów zastępstwa od pozwanego bezpośrednio na rzecz członków oraz czy zasądzając obowiązek zwrotu kosztów na rzecz członków grupy Sąd winien stosować § 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (...), ustalając wartość stawek minimalnych w odniesieniu do poszczególnych członków grupy i wartości ich roszczeń objętych pozwem.

W konkluzji skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia i

zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego bezpośrednio na rzecz członków grupy według zestawienia złożonego na rozprawie dnia 19 czerwca 2013 r. ewentualnie o jego zmianę i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w łącznej kwocie 64817 zł bezpośrednio na rzecz członków grupy.

W odpowiedzi na zażalenie strona pozwana wniosła o jego oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania zażaleniowego.

Sąd Apelacyjny w Łodzi zważył, co następuje:

Apelacja nie jest zasadna.

Na wstępie wskazać należy, że po wydaniu zaskarżonego wyroku zmieniła się nazwa pozwanego banku, który działa obecnie pod firmą (...) (odpis pełny KRS - k. 13020 – 13034).

Przechodząc do zarzutów apelacji w pierwszej kolejności konieczne jest odniesienie się do sformułowanych przez skarżącego zarzutów naruszenia przepisów postępowania. Wnioski w tym zakresie z istoty swej determinują bowiem rozważania co do zarzutów dotyczących zastosowania prawa materialnego, ponieważ jego właściwe zastosowanie jest możliwe jedynie na podstawie prawidłowo ustalonego stanu faktycznego. Zarzuty apelacji w tej części, zmierzające do wykazania naruszenia przepisu art. 217 § 2 k.p.c. (w brzmieniu pierwotnym) w zw. z art. 227 k.p.c. i art. 24 ust. 2 ustawy o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym (dalej: "u.d.p.g.") poprzez oddalenie wniosków dowodowych zgłoszonych przez stronę pozwaną uznać należy za nietrafne. Jak prawidłowo wskazał Sąd pierwszej instancji istota sporu w rozpoznawanej sprawie sprowadza się do oceny, czy jedno z postanowień umownych zawarte w umowach łączących pozwany bank z członkami grupy nosi cechy klauzuli abuzywnej. Apelujący nie wykazał, że pominięte przez Sąd Okręgowy wnioski dowodowe, w szczególności z opinii biegłego, przesłuchania prezesa zarządu (...) Banku (...) w charakterze strony, zeznań świadka D. S., Raportu Instytutu (...) kształtujące cenę pieniądza na rynku bankowym w Polsce - analiza i projekcja", prywatnej ekspertyzy sporządzonej przez dr J. J., artykułów prasowych zawierających publikacje dotyczące przyczyn i skutków kryzysu na światowych rynkach finansowych,

miałyby znaczenie, dla ustalenia jednoznaczności spornego zapisu umownego w rozumieniu art. 385¹ § 1 k.c. Twierdził jedynie, że przy pomocy pominiętych środków dowodowych możliwe byłoby ustalenie okoliczności zawarcia oraz wykonywania przedmiotowych umów o kredyt hipoteczny, czynników mających rzeczywisty wpływ na wysokość oprocentowania w spornym okresie czy panujących wówczas warunków ekonomiczno-finansowych. Wbrew zarzutom pozwanego część z powołanych okoliczności była niesporna między stronami (co zresztą przyznał sam pozwany – pkt 83 apelacji), a część pozostawała bez wpływu na treść rozstrzygnięcia. Jak stanowi art. 227 k.p.c. przedmiotem dowodu są bowiem jedynie fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie. Skoro, jak wyżej wskazano, przedmiotem analizy Sądu Okręgowego były przepisy o niedozwolonych klauzulach umownych, zasadne było ukierunkowanie postępowania dowodowego stosownie do powyższej podstawy prawnej. Bezprzedmiotowe było zatem prowadzenie postępowania dowodowego dla wykazania, jak kształtowały się czynniki wpływające na wysokość oprocentowania kredytów hipotecznych udzielanych przez (...) Bank, skoro strony nie ustaliły, kiedy, w jakim zakresie i w jakim kierunku te zmiany będą następowały.

W takiej sytuacji, nawet w wypadku przeprowadzenia pominiętych przez Sąd pierwszej instancji dowodów niemożliwa byłaby konfrontacja sposobu wykonywania spornego postanowienia umownego z jego treścią, ponieważ nie określało ono żadnych warunków obligujących bank do dokonania zmiany oprocentowania ani jednoznacznych kryteriów zmiany dotychczasowej wysokości odsetek. Z drugiej strony jest oczywiste, że w razie stosowania zmiennej stopy procentowej, rzeczą banku jest określanie wysokości oprocentowania kredytu w czasie trwania umowy kredytowej, przy dostosowaniu jego wysokości do aktualnych warunków gospodarowania pieniędzem, warunków jego pozyskania i jego siły nabywczej (co wynika z charakteru umowy kredytu zwłaszcza wieloletniego kredytu hipotecznego), jednakże decyzja w tym przedmiocie nie może być uznaniowa i opierać się na wybranych przez bank parametrach rynkowych. W efekcie zbędne było prowadzenie obszernego postępowania dowodowego, które miało wykazać racjonalność postępowania pozwanego banku w określonych, zmieniających się warunkach ekonomiczno – finansowych, skoro nie można decyzji banku w tym zakresie odnieść do kryteriów zmiany oprocentowania możliwych do wyliczenia i sprawdzenia przez konsumenta, gdyż takich w treści podważanej klauzuli nie określono. Również w żadnej z tez dowodowych, zwłaszcza w odniesieniu do dowodu z opinii biegłego i z ekspertyzy prywatnej nie wskazano na istnienie takich wyliczalnych i zgodnych z treścią spornej klauzuli kryteriów. Przeciwnie sam skarżący podaje, że opinia biegłego miała wykazać korelację i wewnętrzną zależność między poszczególnymi parametrami finansowymi rynku pieniężnego i kapitałowego oraz ich wpływ na wysokość oprocentowania. Już tak określona teza dowodowa oznacza, że redakcja kwestionowanej klauzuli mogła budzić wątpliwości, dopuszczając możliwość więcej niż jednej interpretacji, z uwagi na mnogość parametrów finansowych rynku pieniężnego. W efekcie dopiero opinia biegłego miała służyć określeniu czynników, które usprawiedliwiały ustalenie przez pozwanego w spornym okresie stóp procentowych w określonej wysokości, podczas gdy rzeczą pozwanego było wykazanie, że wspomniane czynniki (okoliczności faktyczne) uzasadniają zmianę oprocentowania oraz relację między zmianą tych kryteriów, a rozmiarem zmiany stopy oprocentowania kredytu zostały w sposób zrozumiały wskazane konsumentom w chwili zawarcia umowy i prawidłowo stosowane w ramach prerogatyw kredytodawcy wynikających z faktu zastrzeżenia klauzuli zmiennego oprocentowania. Dowody na taką okoliczność nie zostały przez skarżącego zaoferowane.

Zagadnienia z zakresu prawa materialnego zostaną omówione w dalszej części uzasadnienia. Obecnie zasygnalizować jednak należy, że w ocenie Sądu

Apelacyjnego bezzasadny jest przywołany w kontekście pominięcia szeregu wniosków dowodowych zarzut zaniechania przeprowadzenia właściwej kontroli incydentalnej spornej klauzuli, która pozwoliłaby na ewentualne stwierdzenie niedozwolonego jej charakteru i nieuprawnionego zastąpienia jej kontrolą o charakterze abstrakcyjnym.

Z tych wszystkich względów Sąd odwoławczy w pełni aprobuje stanowisko wyrażone w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że okoliczności faktyczne, których wykazaniu służyły wnioski dowodowe pozwanej, zostały już dostatecznie wyjaśnione bądź też nie były istotne dla rozstrzygnięcia sporu. Sąd Okręgowy prawidłowo przeprowadził postępowanie dowodowe, trafnie ocenił jego wyniki i na tej podstawie poczynił uzasadnione okolicznościami sprawy ustalenia

faktyczne. W tych warunkach Sąd Apelacyjny podziela poczynione przez Sąd I instancji ustalenia faktyczne i przyjmuje je za własne. W konsekwencji ustalenia te stanowiły również podstawę do orzekania w postępowaniu apelacyjnym.

Przechodząc do omówienia jawiących się na gruncie rozpoznawanej sprawy zagadnień prawa materialnego należy stwierdzić, że prawidłowe było wyrażone przez Sąd Okręgowy zapatrywanie o nieskuteczności spornego postanowienia umownego. Przedstawiony w tym przedmiocie przez Sąd I instancji wywód jest trafny. Sam skarżący wskazuje w apelacji, że generalny cel ochronny przepisów o niedozwolonych postanowieniach umownych to zabezpieczenie praw poszczególnych, konkretnych konsumentów, zaś dla stwierdzenia naruszenia interesu konsumenta wymagane jest stwierdzenie, iż zawarte w umowie naruszenie ma charakter rażący. O ile generalnie uwaga ta jest trafna, to skarżący wyraził błędny pogląd, że warunki dla stwierdzenia abuzywności spornej klauzuli nie zostały spełnione. Sąd Apelacyjny podobnie jak Sąd Okręgowy stoi na stanowisku przeciwnym i dostrzega w kwestionowanej klauzuli umownej rażące naruszenie praw powodów będących konsumentami.

Abstrahując od powszechnie zgłaszanej w literaturze przedmiotu potrzeby szerszego niż w art. 22¹ k.c. rozumienia pojęcia konsumenta w ramach polskiego powództwa grupowego, w realiach rozpoznawanej sprawy nie budzi wątpliwości, iż członkowie grupy spełniają definicję konsumentów również w jej wąskim rozumieniu określoną w art. 22¹ k.c. Zróżnicowanie sytuacji prawnej konsumenta i przedsiębiorcy jako drugiej strony umowy konsumenckiej spowodowane jest przyznaniem słabszej ekonomicznie, społecznie i organizacyjnie stronie umowy silniejszej pozycji, chroniącej ją przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi.

Za chybione przy tym należy ocenić wywody sprowadzające się do stwierdzenia, że zachowanie członków grupy należy oceniać jak działania osób posiadających wiedzę profesjonalną, a nie jak konsumentów. To, że część członków grupy korzystała z pomocy profesjonalnych, przeszkolonych pośredników finansowych nie może wpłynąć na wykładnię art. 385¹ i nast. k.c. Wskazane przepisy nie różnicują sytuacji konsumentów korzystających z profesjonalnej pomocy od sytuacji innych konsumentów. Także w procesie sądowego stosowania prawa nie ma podstaw do różnicowania tych osób. Mogłoby to stanowić punkt wyjścia do nadużyć, w ramach których korzystanie z pomocy jakiegokolwiek profesjonalisty pozbawiałoby konsumentów ochrony przewidzianej przez przepisy prawa. Dodatkowo należy pamiętać także i o tym, że zawarcie przez powodów umów leżało w interesie majątkowym działających na ich zlecenie pośredników, co także nie może pozostać bez wpływu na stanowisko w tej mierze.

Powracając do głównego nurtu rozważań, w pierwszej kolejności należy odnieść się do kluczowego, w ocenie skarżącego, zarzutu przeprowadzenia przez Sąd a quo kontroli przedmiotowego postanowienia umownego o charakterze abstrakcyjnym, zamiast koniecznej w realiach sprawy kontroli incydentalnej. Kontrola wzorców umownych jest nierozdzielnie związana ze swobodą umów - w ramach swobody umów przedsiębiorca może wybrać model zawierania umowy przy zastosowaniu wzorca, ale swoboda ta ograniczona jest przepisami dotyczącymi klauzul abuzywnych i kontrolą - zarówno incydentalną, jak i abstrakcyjną. Kontrola abstrakcyjna prowadzona na podstawie przepisów art. 479³⁶ i nast. k.p.c. dotyczy postanowień zawartych w stosowanym przez przedsiębiorcę wzorcu umownym. Pojedyncze klauzule mogą stanowić element umowy i być narzucone kontrahentowi nawet bez użycia wzorca, będąc przedmiotem kontroli in extenso. Kontrola in abstracto dotyczy postanowień zawartych we wzorcu umowy, rozumianym jako zbiór klauzul. Kompetencja sądu powszechnego odnosi się zatem do ustalenia na tle konkretnej umowy czy dana klauzula wprowadzona do umowy jest postanowieniem niedozwolonym, zaś kontrola abstrakcyjna ocenia wzorzec w oderwaniu od konkretnej umowy, przy zastosowaniu funkcjonalnej wykładni art. 385¹ k.c., w celu sformułowania materialnych kryteriów kwalifikacji postanowień wzorca jako nieuczciwych.

O ile zatem dla zainicjowania abstrakcyjnej kontroli wzorca nie jest potrzebne istnienie jakiegokolwiek konkretnej czynności prawnej, w ramach kontroli incydentalnej poddaje się analizie konkretny substrat czynności prawnej. Na tym polega podstawowa różnica między kontrolą indywidualną konkretnej umowy (umów), a kontrolą abstrakcyjną wzorca, który przedsiębiorca powszechnie stosuje, i który - z przyczyn oczywistych - nie podlega negocjacom. Negocjacom bowiem nie może podlegać tworzenie wzorca, ale konstruowanie postanowień indywidualnej umowy.

Skarżący z jednej strony wywodzi, że Sąd Okręgowy dokonał kontroli abstrakcyjnej, a z drugiej twierdzi, że zignorował konkretne uwarunkowania poddanych analizie umów, nie trafnie zarzucając naruszenie przepisów art. 385³ pkt 9 k.c., art. 385¹ § 1 k.c. i art. 385² k.c. Przypomnieć wypada, że ostatni z wymienionych przepisów ma zastosowanie wyłącznie w ramach przeprowadzanej kontroli incydentalnej (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 31 stycznia 2013 r., VI ACa 830/12) a przy tym, co wynika wprost z pisemnych motywów zaskarżonego rozstrzygnięcia, został prawidłowo zastosowany przez Sąd Okręgowy. Forsując kardynalny dla przyjętej konstrukcji apelacji zarzut rzekomego nieprzeprowadzenia kontroli incydentalnej pozwany popada zatem w wewnętrzną sprzeczność, w istocie utożsamiając ten zarzut z ograniczeniem postępowania dowodowego.

Postępowanie w sprawie abstrakcyjnej kontroli klauzul używanych we wzorcach umownych ma na celu, jak wyżej wskazano, dokonanie ex ante eliminacji pewnych postanowień zawartych we wzorcu umowy, rozumianym jako zbiór klauzul, a nie postanowień konkretnych umów. Natomiast legalność stosowania pojedynczych klauzul w konkretnej umowie jest badana wyłącznie w trybie kontroli incydentalnej, z uwzględnieniem postanowień całej umowy, rozkładu praw i obowiązków stron. Jednakże ze swej istoty powinna być ona dokonywana na chwilę zawarcia umowy, bo właśnie od tego momentu staje się dopuszczalna. Z tego też względu, w ocenie Sądu Apelacyjnego, w art. 385² k.c. ustawodawca przewidział dokonanie oceny abuzywności danego zapisu umownego na chwilę zawarcia kontraktu konsumenckiego. Taka właśnie kontrola została w przedmiotowej sprawie przeprowadzona, a ponadto Sąd Okręgowy odniósł się do sposobu wykorzystania podważanej klauzuli przez pozwanego bank (czego apelujący zdaje się nie dostrzegać), zaś ocenę sądu odwoławczego podlega kwestia, czy dokonano jej prawidłowo.

Odrzucić też należy tę część argumentacji apelującego, która różnicę między abstrakcyjną oraz incydentalną kontrolą postanowień umownych upatruje w przeciwstawieniu mierników oceny abuzywności klauzuli wymienionych w art. 385¹ § 1 oraz art. 385² k.c. Sąd Apelacyjny podziela pogląd wyrażony przez M. B. [w:] System Prawa Prywatnego, Prawo zobowiązań – część ogólna, W. 2006, s. 665, zgodnie z którym przy ocenie rażącego naruszenia interesów konsumenta (art. 385¹ § 1 k.c.) należy stosować mierniki konkretne, analogicznie jak w przypadku oceny zgodności z dobrymi obyczajami (art. 385² k.c.). Przemawia za tym również okoliczność, że obie przesłanki wzajemnie przenikają się, nie sposób bowiem wyraźnie wyodrębnić naruszenia dobrych obyczajów oraz interesów konsumenta. W takiej sytuacji nie do zaakceptowania jest pogląd, że badanie tego drugiego miernika, jako warunek dokonywania kontroli incydentalnej, musi być oderwane od chwili zawarcia umowy, gdyż mogłoby to prowadzić do różnych rozstrzygnięć w przedmiocie abuzywności klauzuli umownej w zależności od chwili wytoczenia powództwa. Wreszcie wadliwości stanowiska Sądu I instancji nie dowodzi powołany przez skarżącego pogląd doktryny, w myśl którego: „jedyną przesłanką, która w związku z treścią przepisu nie musi podlegać badaniu na chwilę zawarcia umowy, jest naruszenie interesu konsumenta. Interes jest bowiem kategorią zmienną, uwarunkowaną okolicznościami, w jakich znajduje się konsument (M. Skory, Klauzule abuzywne w polskim prawie ochrony konsumenta, Zakamycze 2005, s. 224 - 225). Trafna jest w tym zakresie konstatacja strony powodowej, że oznacza to tyle, iż przy ocenie abuzywności klauzuli sąd mógł (choć nie musiał) jej dokonać na dzień zawarcia umów z członkami grupy. Konkludując, zarzut apelującego, iż Sąd I instancji dokonał kontroli abstrakcyjnej jest chybiony.

Jak już wskazano, materialnoprawną podstawę kontroli przedmiotowego postanowienia umownego stanowi art. 385¹ § 1 k.c., w treści którego skonstruowana została klauzula generalna znajdująca zastosowanie do wszystkich umów konsumenckich. W myśl powyższego przepisu 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.

W pierwszej kolejności należy podzielić argumentację Sądu pierwszej instancji, że sporna klauzula nie została uzgodniona indywidualnie. Przyjęte zostało w orzecznictwie, że zwrot „postanowienia umowy”, zawarty w art. 385¹ § 1 k.c. użyty został w znaczeniu potocznym, a zatem obejmuje zarówno postanowienia objęte porozumieniem stron danej czynności prawnej, jak i postanowienia wzorców umownych, które nie są postanowieniami umowy w

ściślym znaczeniu, ale kształtują także treść nawiązywanego stosunku prawnego (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 2012 r., II CSK 515/11 oraz z dnia 8 czerwca 2004 r., I CK 635/03). Nie można zatem przyznawać decydującego znaczenia temu, czy łączący strony stosunek cywilnoprawny ukształtowany został postanowieniami przyjętymi ze standardowych wzorców, czy też nie, ponieważ zarówno w odniesieniu do jednych, jak i drugich postanowień istnieje obowiązek uzgadniania ich treści. Podkreślenie, objęte art. 385¹ § 3 zd. 2 k.c., związane jest z tym, że standardowy wzorzec umowy, z reguły wyłącza możliwość wpływania przez drugą stronę na treść zawartych w nim postanowień. Szczególna ochrona zasady swobody kształtowania treści i zawierania umów z konsumentem, wyrażona w art. 385¹ k.c., oparta jest na domniemaniu braku indywidualnego uzgodnienia postanowień wzorca. Obalenie tego domniemania i łączącego się z nim reżimu ochronnego obciąża przedsiębiorcę posługującego się wzorcem umowy. W rozpoznawanej sprawie pozwana nie wykazała, że podważana klauzula została objęta negocjacjami stron, w następstwie czego strony uzgodniły to postanowienie umowne indywidualnie.

Należy również zgodzić się z wnioskiem Sądu Okręgowego, że choć analizowana klauzula określa główne świadczenia stron, nie została sformułowana w sposób jednoznaczny, co otwiera drogę do dokonania jej kontroli na gruncie regulacji z art. 385¹ k.c. W tym miejscu przypomnieć należy, że sporna klauzula użyta została w zawieranych przez pozwaną bank umowach kredytowych. Art. 69 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Prawo bankowe stanowi, że przez umowę kredytu bank zobowiązuje się oddać do dyspozycji kredytobiorcy, na czas oznaczony w umowie, kwotę środków pieniężnych z przeznaczeniem na ustalony cel, a kredytobiorca zobowiązuje się do korzystania z niej na warunkach określonych w umowie, zwrotu kwoty wykorzystanego kredytu wraz z odsetkami w oznaczonych terminach spłaty oraz zapłaty prowizji od udzielonego kredytu. Umowa kredytu powinna być zawarta na piśmie i określać w szczególności: strony umowy, kwotę i walutę kredytu, cel, na który kredyt został udzielony, zasady i termin spłaty kredytu, wysokość oprocentowania kredytu i warunki jego zmiany (art. 69 ust. 2 Prawa bankowego). Podzielić zatem należy pogląd Sądu I instancji, że odsetki od udzielonego kredytu bankowego są elementem składowym świadczenia głównego stron umowy kredytu, stanowią bowiem, z jednej strony cenę płaconą przez kredytobiorcę za korzystanie z oddanych mu do dyspozycji środków finansowych banku, z drugiej zaś strony wynagrodzenie pobierane przez bank za udostępnienie kredytobiorcy tych środków (por. E. Rutkowska, „Niedozwolone klauzule w bankowym obrocie konsumenckim”, Prawo Bankowe 2002, Nr 7-8 oraz R. Tollik, „Czy w świetle art. 385³ pkt 20 kodeksu cywilnego w brzmieniu ustalonym przez ustawę z 2 marca 2000 r. (Dz.U. Nr 22, poz. 271) zastrzeżenie zmiennej stopy oprocentowania kredytu jest niedozwoloną klauzulą umowną?”, Prawo Bankowe 2000 r., Nr 7-8). Zgodnie z art. 76 pkt 1 ustawy Prawo bankowe, zasady oprocentowania kredytu określa umowa kredytu, z tym że w razie stosowania stopy zmiennej należy określić w umowie kredytowej warunki zmiany stopy procentowej kredytu. Stopa procentowa to czynnik, który wraz z sumą kredytu kształtuje iloczyn należnej bankowi kwoty odsetek, w określonym umownie przedziale czasu.

Jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie sposób określania przez bank warunków zmiany stopy procentowej kredytu podlega ocenie z punktu widzenia naruszenia interesów konsumenta i w tym zakresie banki powinny zachować szczególną staranność, w szczególności w odniesieniu do precyzyjnego, jednoznacznego i zrozumiałego dla konsumenta określenia tych warunków (por. orzeczenia Sądu Najwyższego: wyrok z dnia 5 kwietnia 2002 r., II CKN 933/99, uchwała składu 7 Sędziów z dnia 6 marca 1992 r., III CZP 141/91, uchwała składu 7 Sędziów z dnia 22 maja 1991 r., III CZP 15/91 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 10 lutego 2012 r., VI ACa 1460/11).

Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy klauzula zmiennego oprocentowania, choć dozwolona i powszechnie stosowana w umowach długoterminowych, nie może mieć charakteru blankietowego, lecz powinna dokładnie wskazywać czynniki (okoliczności faktyczne) usprawiedliwiające zmianę oprocentowania oraz relację między zmianą tych czynników, a rozmiarem zmiany stopy oprocentowania kredytu, określając precyzyjnie wpływ zmiany wskazanych okoliczności na zmianę stopy procentowej, a więc kierunek, skalę i proporcję tych zmian. W przeciwnym razie dokonywana przez bank w czasie trwania umowy kredytowej zmiana stopy oprocentowania kredytu nosiłaby cechy uznaniowości i dowolności w sposób oczywisty wykraczając poza uprawnienia wynikające z art. 76 ust. 1 i 69 ust. 2 pkt 5 Prawa bankowego.

Tymczasem prawidłowo rozumiane uprawnienie banku w tym zakresie sprowadza się do ustalenia nowej wysokości omawianego świadczenia na podstawie jednoznacznych kryteriów wskazanych w umowie.

W języku polskim przymiotnik „jednoznaczny” oznacza taki, co do którego nie ma wątpliwości, jakie ma znaczenie lub jakie znaczenie można mu nadać (por. Wielki Słownik Języka Polskiego, (...), pod kier. P. Ź.). Innymi słowy jednoznaczny należy rozumieć jako niebudzący wątpliwości, dokładnie określony, wyraźny, oczywisty, niedwuznaczny, czyli dopuszczający tylko jedną interpretację. Odwołując się do przytoczonych definicji nie sposób zaaprobować stanowiska skarżącego, że zakwestionowane postanowienie umowne, zawarte we wszystkich objętych sporem umowach odpowiada tym kryteriom, a w konsekwencji zostało sformułowane w sposób jednoznaczny. Użyte w zapisie klauzulowym wskaźniki nacechowane są bowiem niejasnością i niejednoznacznością tak dalece, że w praktyce sporna klauzula dała pozwanemu możliwość kształtowania wysokości oprocentowania obciążającego powodów w sposób wymykający się obiektywnej kontroli.

Pierwszym elementem uzasadniającym zaprezentowane stanowisko jest sformułowanie „może ulec zmianie”. Wynika z niego, że wszelkie skutki wynikające ze zmian powołanych w umowie, choć bliżej nieokreślonych, parametrów wprawdzie mogą być uwzględnione przez pozwanego, jednakże z zapisu tego nie wynika żadna reguła obligująca pozwanego bank do zmiany oprocentowania. W szczególności, pozwany nie został zobligowany do obniżenia oprocentowania w razie wystąpienia zmian korzystnych dla powodów.

Odnosnie do zawartego w kwestionowanym zapisie pojęcia „stopy referencyjnej”, należy zgodzić się z argumentacją przywołaną w motywach zaskarżonego orzeczenia, że nie odpowiada ona podstawowym wymogom wynikającym z przepisów Prawa bankowego, zgodnie z którymi warunki zmiany oprocentowania powinna określać umowa zawarta na piśmie. Skoro na rynku – wedle twierdzeń samego pozwanego - występuje wiele wskaźników spełniających kryteria czy też mieszczących się w pojęciu stopy referencyjnej nie sposób przyjąć, że umowy łączące go z członkami grupy precyzują, który (które) z tych wskaźników stanowić może podstawę zmiany wysokości oprocentowania. W tym miejscu dostrzec należy, że dokonując ustaleń w tym zakresie Sąd I instancji, choć formalnie nie przeprowadził wnioskowanego przez pozwanego dowodu z prywatnej ekspertyzy sporządzonej przez dr J. J. dotyczącej kosztów finansowania kredytów walutowych (w szczególności denominowanych w (...)) przez (...) Bank, to jednak odniósł się do jego treści (str. 80 uzasadnienia). Uchybienie powyższe nie było jednak przedmiotem zarzutu apelacyjnego, a ponadto nie mogło mieć wpływu na wynik rozstrzygnięcia, skoro w postępowaniu cywilnym dopuszczalne jest prowadzenie dowodu z dokumentów prywatnych, które w pewnym stopniu mogą być także źródłem wiadomości specjalnych. Podkreślenia też wymaga, że prawidłowa jest konstatacja Sądu Okręgowego, iż skoro sam pozwany w przedłożonych dokumentach wskazuje na istnienie co najmniej 10 parametrów finansowych rynku pieniężnego, brak dokładnego określenia, zmiana którego (których) z nich będzie prowadziła do zmiany oprocentowania, w jakim kierunku, w jakiej skali i w jakim momencie, uniemożliwiała zrekonstruowanie przez konsumenta adekwatności dokonywanych przez bank zmian do treści podważanej przez stronę powodową klauzuli. Z całą mocą podkreślić też należy, że pozwany nigdy nie wskazał członkom grupy wprost choćby listy, jak twierdzi, zamkniętego katalogu, parametrów finansowych mających wpływ na zmiany oprocentowania zawartych z nimi kontraktów konsumenckich.

Jak słusznie zauważył Sąd I instancji, trudności dla przeciętnego konsumenta w zdekodowaniu pojęcia „stopa referencyjna określona dla danej waluty”, sprawia okoliczność, że w umowie kredytowej nie wskazano, o którą konkretnie stopę chodzi (dla jakiego okresu ustalaną) oraz gdzie i jaki organ podaje do publicznej wiadomości aktualną wysokość stopy referencyjnej dla waluty kredytu, w tym wypadku (...). Nie można również pominąć, że sporne postanowienie w żaden sposób nie precyzuje skali, w jakiej zmiana stopy referencyjnej może wpływać na stopę procentową kredytu. Odnosnie do pojęcia „zmiany parametrów finansowych rynku pieniężnego i kapitałowego w kraju (...), którego waluta jest podstawą waloryzacji”, również nie ma podstaw by przyjąć, że ma ono ścisłe, jednoznaczne i powszechnie przyjęte znaczenie w nauce ekonomii (innymi słowy - że ekonomiści zgodnie przyjmują określoną, zamkniętą i bezdyskusyjną listę tychże parametrów). Tym bardziej w języku potocznym pojęcie to (niezdefiniowane w umowie) jest niekonkretne, ogólnikowe, a co za tym idzie niejasne. Pojęcie to może bowiem odnosić się do wielu wskaźników makroekonomicznych ogłaszanych przez różne instytucje działające na rynku kapitałowym. Trafnie zwrócił również uwagę Sąd Okręgowy, że forsując twierdzenie o zamkniętym katalogu i dookreśloności wspomnianych

pojęć, sam pozwany określa najbardziej popularny wskaźnik, a mianowicie stopę LIBOR raz jako stopę referencyjną, a następnie jako parametr finansowy rynku pieniężnego.

W tych warunkach zastosowanie obu nieprecyzyjnych pojęć powoduje, że dokonywana przez pozwanego zmiana oprocentowania kredytu nie poddaje się ocenie przez kredytobiorcę, zaś rozmiar modyfikacji oprocentowania jest w istocie niemożliwy do wyliczenia i sprawdzenia przez kredytobiorcę na podstawie jasnych i dostępnych powszechnie parametrów. Ponadto zasadne jest – jak podniosła strona powodowa - upatrywanie braku jednoznaczności kwestionowanego postanowienia w braku wskazania przez pozwanego wzajemnego stosunku między stopą referencyjną oraz parametrami finansowymi rynku pieniężnego i kapitałowego, których zmiana mogła być podstawą zmiany oprocentowania. W takich warunkach, w odbiorze konsumenta, analizowana klauzula nie wskazuje skali ani proporcji, w jakiej może nastąpić zmiana stopy procentowej kredytu w stosunku do stopnia zmian poszczególnych parametrów i relacji pomiędzy zmianami tych parametrów.

Wobec tego członkowie grupy nie mogli mieć pewności, jakimi kryteriami będzie się kierował bank przy dokonywaniu zmian oprocentowania, jakie wskaźniki ekonomiczne będzie brał pod uwagę, a w razie zmiany kilku różnych parametrów - które z nich będą traktowane jako mniej lub bardziej istotne. Przede wszystkim zaś konsumenci nie mogli kontrolować, czy choćby przewidywać o ile zmieni się oprocentowanie, co w sposób oczywisty oznaczało niepewność co do zakresu zastosowania wskazanych wyżej pojęć określonych –w uproszczeniu - jako parametry rynkowe i zakłada fakultatywność zmiany oprocentowania. Dodać też należy, że zebrany w sprawie materiał dowodowy pozwala na ustalenie, że pozwany bank faktycznie korzystał z zagwarantowanej sobie swobody kształtując oprocentowanie kredytów udzielonych członkom grupy.

Pozwany stwierdził w apelacji, że nawet gdyby podzielić zapatrywanie Sądu I instancji, iż sporna klauzula była niejednoznaczna czy nawet sprzeczna z dobrymi obyczajami, nie przesądza to jeszcze o jej abuzywności. Zauważył przy tym, że w tym świetle nawet pozornie niedopuszczalna klauzula może okazać się korzystna dla obu stron umowy, odpowiadając ich prawom i interesom. Co charakterystyczne pozwany nie zaoferował jednak żadnych dowodów dla wykazania tej ostatniej okoliczności w odniesieniu do będących przedmiotem kontroli sądowej tzw. umów starego portfela. Formułując powyższy pogląd nie podjął nawet próby wykazania, że stosowanie spornej klauzuli było korzystne dla członków grupy w spornym okresie. Wspomniany pogląd ma zatem jedynie walor nieudowodnionej hipotezy, a więc musi pozostać bez wpływu na wynik rozstrzygnięcia. Co więcej dostrzec należy, że zgodnie z niekwestionowanymi ustaleniami Sądu Okręgowego członkowie grupy byli przeświadczeni, iż główną przesłanką zmian oprocentowania będą zmiany LIBOR. W latach 2006 - 2007 pozwany dokonywał bowiem podwyższenia oprocentowania, powołując się na wzrost stopy LIBOR 3M (...), o czym informował członków grupy w przesyłanych do nich pismach. Natomiast, kiedy w okresie od września 2008 r. do marca 2010 r. (objętym pozwem) stopa LIBOR 3M (...) spadła średnio o

2, 49 %, oprocentowanie kredytów członków grupy zostało obniżone jedynie o 0, 4 %. Okoliczność ta nie była sporna między stronami. W praktyce okazało się zatem, że zmiany były, przynajmniej od pewnego momentu, wręcz dowolne i całkowicie niezrozumiałe dla kredytobiorców. Oznacza to, że podważane postanowienia umowne rażąco naruszały interesy konsumentów zarówno z chwilą ich sformułowania, jak i w trakcie wykonywania umowy. Z tego powodu realizacja umów kredytowych tzw. starego portfela we wspomnianym okresie stała się przedmiotem licznych skarg i reklamacji, a ostatecznie dała impuls do wystąpienia na drogę sądową.

Przedstawiając w obszernej apelacji swoje stanowisko odnośnie do dopuszczalności spornej klauzuli zawartej w umowach poddanych kontroli, skarżący w istocie nie odniósł się jednak do podstawowego stwierdzenia Sądu I instancji, sprowadzającego się do uznania mechanizmu zmiany odsetek za nieweryfikowalny. Wyjaśnił zaś, że przyczyną zmiany pierwotnej praktyki ustalania zmian oprocentowania był wybuch kryzysu finansowego pod koniec 2008 r. Wskaźnik LIBOR zaczął wtedy gwałtownie spadać, co wynikało z obniżki stóp procentowych banków centralnych. Wskaźnik LIBOR jest to stopa procentowa kredytów oferowanych na rynku międzybankowym przez kilka głównych banków i stanowi bazową stopę procentową dla ustalania oprocentowania kredytów i depozytów na rynku międzybankowym. O ile przed wybuchem kryzysu finansowego cena pieniądza dla banków polskich była

zbliżona do wskaźnika LIBOR, to później przestał on odzwierciedlać cenę pieniądza dla banków polskich, pozostając ceną waluty tylko dla kilku największych instytucji finansowych w Szwajcarii. Dlatego w przypadku kredytów, które nie miały wprowadzonej marży, pozwany szukał pokrycia dla wyższego kosztu waluty w oprocentowaniu. Oprocentowanie kredytów tzw. starego portfela, z powodu wzrostu kosztów uzyskania pieniądza nie spadało tak szybko, jak spadał wskaźnik LIBOR. Bank odwołał się wtedy do wskaźnika (...), który wyraża koszt ubezpieczenia pożyczonego kapitału. Ponieważ (...) Bank miał dostęp do tańszego kapitału niż wyrażały to wskaźniki (...) (vide umowy z C.), oprocentowanie było niższe niż LIBOR powiększony o (...). Zmiana oprocentowania następowała na podstawie decyzji zarządu. Gdyby bank obniżył oprocentowanie umów zawartych przed wrześniem 2006 r. do wysokości LIBOR, zacząłby na nich gwałtownie tracić. Od września 2006 r. oferta LIBOR + marża została tak skalkulowana, że marża pokrywała dodatkowe czynniki ryzyka, ponadto klienci, którzy brali kredyt po wrześniu 2006 r. mieli na dzień uruchamiania kredytu oprocentowanie wyższe o około 0,3 - 0,4 %. Wskazał też, że po wybuchu kryzysu klienci, którzy renegegowali stare umowy decydując się na umowę LIBOR plus marża, otrzymywali korzystniejsze warunki oprocentowania niż klienci nowi.

Wyjaśnienia powyższe oraz rozważania prawne zawarte w apelacji miały dowodzić konieczności i dopuszczalności wyważenia relacji między bankiem a klientem, zwłaszcza w dobie kryzysu gospodarczego, wiążącego się ze wzrostem ceny pozyskiwania franka szwajcarskiego na rynku międzybankowym, co w żadnym razie nie może dowodzić nieabuzywności klauzuli dotkniętej wskazanymi wcześniej mankamentami. Podkreślić jednak należy, że w treści kontrolowanej klauzuli nie wskazano, iż wysokość oprocentowania kredytów udzielonych członkom grupy jest uzależniona od wysokości kosztów ich udzielenia ponoszonych przez pozwanego bank (w tym ceny waluty). Wbrew zapatrywaniu apelującego stanowi to kolejny powód zasadności oddalenia przez Sąd Okręgowy wniosków dowodowych zmierzających do wykazania wysokości tych kosztów ponoszonych w poszczególnych okresach. Ustalenia poczynione na podstawie dowodów nakierowanych na wykazanie powyższych okoliczności nie mają bowiem związku z treścią podważanej klauzuli i w konsekwencji nie mogłyby wpływać na wynik jej oceny w płaszczyźnie przesłanek abuzywności. Stanowisko apelującego w tym przedmiocie jaskrawo dowodzi zaś arbitralności jego działań, skoro w czasie wykonywania przedmiotowej umowy, zmiana oprocentowania przestała podążać za zmianami LIBOR, a stało się to gdy dotychczasowa praktyka ustalania wysokości oprocentowania zagroziła ekonomicznemu interesowi banku. Było to możliwe z uwagi na fakt, że podważana klauzula pozostawiała pozwanemu pełną swobodę dopasowania czynników rzeczywiście wpływających na wysokość oprocentowania przedmiotowych kredytów ukrytych pod nieweryfikowalnym z poziomu konsumenta pojęciem „stopy referencyjnej i parametrów finansowych rynku pieniężnego i kapitałowego”. Taka sytuacja musi być postrzegana jako rażąco godząca w równowagę kontraktową.

Za gołosłowny należy również uznać zarzut zignorowania przez Sąd a quo norm prawa unijnego. Choć bowiem zarzut ten został obszernie powołany, to pomija obowiązek dokonywania prounijnej wykładni prawa krajowego, co zostało uwzględnione przez Sąd Okręgowy i wynika wprost z pisemnych motywów zaskarżonego rozstrzygnięcia. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 11 października 2007 r., III SK 19/07 kwalifikacja określonego postanowienia umowy jak i wzorca umów jako nieuczciwego i tym samym niedozwolonego wymaga dokonania oceny (analizy) wzorca z punktu widzenia występowania ogólnych przesłanek z art. 385¹ k.c. oraz art. 3 ust. 1 dyrektywy Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz.Urz. UE 1993 L 95, wydanie specjalne polskie Dz.U.UE-sp.15-2-288, dalej: „dyrektywa 93/13”). Pogląd taki został wyrażony w wyroku ETS w sprawie C-478/99 Komisja p. Szwecji, pkt 20. Po myśli wspomnianego art. 3 ust. 1 dyrektywy 93/13 warunki umowy, które nie były indywidualnie negocjowane, mogą być uznane za nieuczciwe, jeśli stoją w sprzeczności z wymogami dobrej wiary (co odpowiada przesłance sprzeczności z dobrymi obyczajami), powodują znaczącą nierównowagę wynikających z umowy, praw i obowiązków stron ze szkodą dla konsumenta (co odpowiada przesłance rażącego naruszenia interesów konsumenta). W zgodzie z jego treścią pozostaje zatem dyspozycja art. 385¹ § 1 k.c., której wykładnia dokonana przez Sąd pierwszej instancji była bezbłędna. W szczególności kryterium rażącego naruszenia interesów konsumenta nie można traktować jako nieprzewidzianej w dyrektywie 93/13 przesłanki nieuczciwości postanowień umownych. W przeciwnym razie polska regulacja byłaby dla konsumentów mniej korzystna, co pozostaje w sprzeczności z jej charakterem i zakazem stosowania w prawie krajowym rozwiązań

o niższym poziomie ochrony (zasada harmonizacji minimalnej). Odwołując się do dyrektywy 93/13 skarżący również nie dotyka sedna wyводу, który stanowi stwierdzenie, że decyzje o zmianie wysokości odsetek nie odbywały się wedle znanego, powtarzalnego i dającego się sprawdzić mechanizmu.

Podzielić także wypada pogląd, że dokonując wykładni pojęcia „jednoznaczności”, o jakim mowa w analizowanym przepisie art. 385¹ § 1 k.c. należy sięgnąć do źródeł tej normy prawnej i przywołać implementowany przez nią przepis art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13. Zgodnie z tym artykułem „Ocena nieuczciwego charakteru warunków nie dotyczy ani określenia głównego przedmiotu umowy, ani relacji ceny i wynagrodzenia do dostarczonych w zamian towarów lub usług, o ile warunki te zostały wyrażone prostym i zrozumiałym językiem”. Zdaniem Sądu drugiej instancji w okolicznościach sprawy nie może być wątpliwości, że zakwestionowane postanowienie umowne nie zostało sformułowane prostym i zrozumiałym językiem, także przy uwzględnieniu założenia, iż zgodnie z przepisami Prawa bankowego to kredytodawca jednostronnie wypowiada dotychczasową stopę procentową, a zatem jest zobowiązany i uprawniony do wcześniejszego samodzielnego analizowania zmian parametrów rynku finansowego i pieniężnego przez pryzmat zmiany kosztu pozyskania pieniądza z rynku. Z uwagi na to, że nie można z góry w umowie kredytu liczbowo określić przyszłych zmian stopy oprocentowania, klauzula dotycząca zmiany procentowania powinna być skonstruowana w taki sposób, aby dokonana jednostronnie przez bank modyfikacja w tym przedmiocie była weryfikowalna i policzalna w określonych z góry granicach. Swoboda banku nie może bowiem oznaczać dowolności i przejawiać się w możliwości dokonywania modyfikacji oprocentowania na podstawie dowolnie wybranego wskaźnika finansowego, czyli np. z uwzględnieniem wskaźnika prowadzącego do wzrostu oprocentowania, a z pominięciem wskaźników korzystnych dla kredytobiorców, oraz w możliwości zignorowania zmian wskaźników, które mogłyby uzasadniać obniżenie oprocentowania. Skoro kontrolowana klauzula umowna nie pozwalała na weryfikację działania banku stawiając kredytobiorcę w gorszym położeniu, prowadziło to do zachwiania równowagi kontraktowej i bezsprzecznie naruszało w sposób rażący jego interesy. Należy w pełni podzielić pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 lipca 2005 r., w sprawie o sygn. akt I CK 832/04, że w rozumieniu art. 385¹ § 1 k.c. „rażące naruszenie interesów konsumenta” oznacza nieusprawiedliwioną dysproporcję praw i obowiązków na jego niekorzyść w określonym stosunku obligacyjnym, natomiast „działanie wbrew dobrym obyczajom” w zakresie kształtowania treści takiego stosunku obligacyjnego wyraża się w tworzeniu przez partnera konsumenta takich klauzul umownych, które godzą w równowagę kontraktową tego stosunku (podobnie wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 czerwca 2004 r., I CK 635/03, por. też M. Bednarek [w:] System prawa prywatnego, Prawo zobowiązań – część ogólna, Warszawa 2006, s. 665).

Posiłkując się argumentami zaczerpniętymi z prawa unijnego, jak również odnosząc się do omówionego przez Sąd Okręgowy orzecznictwa (w którym przyjmuje się brak możliwości modyfikacji umowy w razie stwierdzenia abuzywności postanowienia, a jedynie niemożność stosowania klauzuli abuzywnej – tak orzeczenie ETS z dnia 14 czerwca 2012 r.) wywód skarżącego staje się częściowo niejasny, gdyż nie nawiązując bezpośrednio do polemiki ze stwierdzeniem, że mechanizm podwyżek był niesprawdzalny, i akceptując pogląd ETS o braku podstaw do modyfikacji (a nie tylko pominięcia) klauzuli abuzywnej, apelujący odrzuca możliwość uznania spornego postanowienia umownego za niewiążące. W ten sposób sformułowany wywód prowadzi do impasu, który w ocenie Sądu Apelacyjnego jest jednak pozorny. Rozwiązaniem jest tu bowiem uznanie klauzuli abuzywnej za niewiążącą i stosowanie umowy w pozostałym zakresie. Pozostaje to w zgodzie z przywołanym wyżej stanowiskiem ETS, choć naturalnie wiąże się z negatywnymi skutkami dla podmiotu stosującego tę klauzulę w umowach z konsumentami. Przedstawiając swój wywód skarżący ignorował też oczywisty fakt, że w latach 2008–2009 zmienił w istotny sposób praktykę ustalania oprocentowania. Odstąpił tym samym od praktyki, którą zachęcał potencjalnych klientów do zawierania umów. Pamiętać przy tym należy, że zarówno kwestionowane postanowienia umów, jak i sama praktyka ich stosowania ukształtowane były wyłącznie decyzjami pozwanego. Zmiana wysokości oprocentowania, jak już wcześniej podniesiono, naturalnie leży w kompetencjach banku, jednak tylko o tyle, o ile opiera się na prawnie wiążących postanowieniach umów lub na przepisie ustawy. Udzielając kredytów obliczonych na spłatę w bardzo długim czasie, to na banku ciąży obowiązek zadbania o to, by przygotować jednoznaczny i weryfikowalny mechanizm ustalania odsetek,

z uwzględnieniem możliwych zawirowań na rynkach finansowych, które jak wynika z dorobku nauk ekonomicznych mają charakter powtarzalny, a więc należało się liczyć z tym, że zawirowania takie w tak długich okresach wystąpią.

W tym miejscu stwierdzić należy, że nietrafna jest próba przeniesienia odpowiedzialności pozwanego banku z art. 385³ punkt 9 k.c. na punkt 20 tego przepisu, gdyż przedmiotowe umowy przewidywały uprawnienie kredytobiorcy do wypowiedzenia umowy, także na wypadek zmiany wysokości oprocentowania. Wypada stwierdzić, że złożenie członkom grupy przez Bank propozycji przejścia na inną konstrukcję oprocentowania nie może uchylać skutków wcześniejszego, nieprawidłowego sformułowania umowy. Poza tym chybnym zabiegiem jest wymaganie od kredytobiorców dokonywania zmian w zakresie umowy, których opłacalność odbiegała od oczekiwań, jakie gotów był zaspokoić bank w chwili udzielania kredytu.

Oczywiście błędny pozostaje też wniosek, że żadne postanowienie umowne nie może zostać uznane za abuzywne, o ile tylko konsument ma możliwość rozwiązania stosunku umownego. Ponadto nie może umknąć z pola widzenia okoliczność, że refinansowanie kredytu wiąże się dla kredytobiorców z niebagatelnymi kosztami, związanymi z koniecznością uzyskania kolejnego kredytu i powtórnego poniesienia kosztów okołokredytowych, jak prowizja, koszty związane z ustanowieniem zabezpieczeń itp. Nie można zatem od nich żądać by ponosili te koszty z tego powodu, że pozwany zawarł we wzorcu umownym klauzulę naruszającą równowagę kontraktową. W zasadzie na wspomnianym stwierdzeniu o rozwiązywalności umowy skarżący oparł zarzut pominięcia w rozważaniach Sądu meriti całokształtu umowy poprzez dokonanie analizy wszystkich postanowień umownych i ich relacji względem spornej klauzuli. Zarzut ten musi być zatem oceniony jako bezzasadny. Apelujący nie wykazał bowiem, jakie konkretnie (poza wyżej omówionym) postanowienia umowne pominął w swoich rozważaniach Sąd I instancji, które miałyby mieć wpływ na prawidłowość przeprowadzonej oceny w płaszczyźnie art. 385¹ § 1 k.c.

Skarżący wywodził też, że powodowie przed przystąpieniem do umowy zapoznali się z warunkami umów konkurencyjnych kredytodawców i zdecydowali się właśnie na ofertę pozwanego, jako na najkorzystniejszą. Korzystali dzięki temu z atrakcyjnej wysokości oprocentowania. Do wykazania tych okoliczności prowadziły także niektóre ze zgłaszanych wniosków dowodowych, przy czym w zasadzie jest to okoliczność niesporna. Apelujący podnosił również, że strona powodowa usiłuje pominąć fakt, iż umowy zostały zawarte dla zmiennej stopy procentowej. A także, iż orzeczenie Sądu Okręgowego w istocie przekształca kredyt na oprocentowany według stałej stopy. Przedstawiony wywód pomija jednak, że to na pozwanym banku, jako na podmiocie profesjonalnie trudniącym się działalnością kredytową, i dysponującym znacznymi zasobami ludzkimi, w tym obsługą prawną, spoczywał obowiązek sporządzenia umów w sposób gwarantujący ich zgodność z prawem i dobrymi obyczajami. Obecnie przedstawiane stanowisko w istocie mierza zaś do przerzucenia na konsumentów skutków tego, że przedmiotowym wymogom pozwany bank nie sprostał.

Nie może zmienić poglądu Sądu prezentowane przez skarżącego stanowisko, że rzeczywiste znaczenie spornego postanowienia umowy w istocie nie interesowało bliżej kredytobiorców. Twierdzenie to pozostaje zresztą w sprzeczności z prezentowanym w innym miejscu apelacji twierdzeniem o wyjątkowej atrakcyjności proponowanych warunków umownych, która miała być dla członków grupy czynnikiem motywującym do zawarcia umowy właśnie z tym bankiem. W ocenie Sądu odwoławczego sam, niekwestionowany przeciw fakt, że w chwili zawarcia umowy jej warunki były atrakcyjne, nie usprawiedliwia nieprecyzyjnego sformułowania umowy w odniesieniu do klauzuli zmiany oprocentowania, które z czasem zaczęło obracać się na niekorzyść konsumentów. Gdyby przewidziany tam mechanizm ustalania odsetek był sprawdzalny, nie można by mówić o naruszeniu art. 385¹ i nast. k.c., niezależnie od kierunku zmian oprocentowania. Praktyka obrotu gospodarczego nie może być przeciwstawiana obowiązującym normom prawa. Jak uczy doświadczenie życiowe, praktyka nie w każdym przypadku podąża za literą prawa, jednak tam gdzie łamie normy prawne, musi się to spotkać z reakcją Sądu orzekającego.

Wreszcie stwierdzić wypada, że nie wytrzymuje krytyki zarzut apelującego, iż nieuprawnione było przypisanie pozwanemu winy za sam fakt rzekomo niewłaściwego sformułowania spornej klauzuli, pomimo że w chwili jej wprowadzenia do obrotu sporna klauzula odpowiadała wszelkim wymogom stawianym przez prawo, orzecznictwo,

doktrynę oraz organy nadzoru. Argumentacja ta nie broni się przed trafnym kontrargumentem strony powodowej, że o niedozwolonym charakterze danego zapisu umownego nie przesądzą wymogi organów nadzoru, aktualny kierunek orzecznictwa, czy też zmiana w pewnym momencie kierunku poglądów judykatury. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu klauzule abuzywne są bezskuteczne względem konsumenta *ex lege* i *ex tunc*. W ich miejsce prawa i obowiązki konsumenta kształtują przepisy dyspozytywne. Jest to zatem sankcja identyczna jak w przypadku sankcji przewidzianej na wypadek nieprawidłowej inkorporacji wzorca (por. E. Łętowska, Europejskie prawo umów konsumenckich, Warszawa 2004 oraz E. Łętowska, Prawo umów konsumenckich, Warszawa 2002, M. Jagielska, Nowelizacja Kodeksu cywilnego. Kontrola umów i wzorów umownych, Monitor Prawniczy 2000, Nr 11, s. 711). Na marginesie dodać też należy, że formułując powyższe stanowisko skarżący nie wykazał, na czym opiera tezę, jaka legła u jego podstaw, że kontrole UOKiK akceptowały wykorzystanie spornej klauzuli. Uzupełniając zaś wcześniejszą wypowiedź dotyczącą stwierdzenia pozwanego o powszechności wykorzystywania w praktyce rynkowej, w czasie zawierania umów z członkami grupy, klauzul odpowiadających brzmieniu spornej klauzuli oraz wyrażonej przez nich zgody na taki zapis umowny, zauważyć należy, że przyjęcie argumentacji apelującego w tym zakresie prowadziłoby do praktycznego unicestwienia znaczenia instrumentu kontroli incydentalnej umów konsumenckich. Wniosek taki nie może być zaakceptowany. Jak już uprzednio wskazano kontrola incydentalna dotyczy klauzul inkorporowanych do umowy jako czynności prawnej składającej się z oświadczeń woli jej stron zawartej przez konsumenta w sposób ważny. Z tych względów dobrowolność jest warunkiem koniecznym powstania takiego zobowiązania. Gdyby zatem zgoda wyrażona przez konsumenta na ukształtowanie stosunku zobowiązaniowego z użyciem danej klauzuli (podobnie jak powszechność praktyki jej stosowania w obrocie w danym czasie) miała dowodzić jej nieabuzywności stosowanie art. 385¹ § 1 k.c. byłoby praktycznie bezprzedmiotowe. Wprowadzając ten przepis, w zgodzie z przywołanym wyżej prawodawstwem unijnym, ustawodawca zakładał zaś ingerencję sądu właśnie w takich sytuacjach, w celu zapewnienia ochrony przewidzianej w jego dyspozycji z uwagi na sygnalizowany już brak realnego wpływu konsumentów na treść poszczególnych postanowień umownych skomplikowanych kontraktów zwłaszcza przejętych z narzucanego przez przedsiębiorcę wzorca umowy. Oczywiście prowadzi to do zróżnicowania sytuacji prawnej dwóch podmiotów umowy, które osiągnęły *consensus* co do jej treści, jednak wynika to z zamierzonego przez prawodawcę celu ochronnego.

Z tych wszystkich względów niezasadnie podnosi skarżący, że kwestionowany wyrok jest konsekwencją niewłaściwego zastosowania przez Sąd Okręgowy art. 385¹ § 1 i nast. k.c. Wbrew tak sformułowanemu zarzutowi, Sąd ten właściwie rozważył wszystkie przesłanki przewidziane w wymienionym przepisie, warunkujące uznanie, że umowy zawarte przez członków grupy zawierały niedozwoloną klauzulę, szkodząc interesom konsumentów w sposób rażący. Biorąc pod uwagę obszerny zakres ustaleń, wnikliwość i drobiazgowość rozważań Sądu I instancji, odrzucić należy zarzut skarżącego, że treść zaskarżonego wyroku jest wyłącznie wynikiem podobieństwa spornej klauzuli do brzmienia innych postanowień zmiennego oprocentowania uznanych za abuzywne w innych postępowaniach w ramach kontroli abstrakcyjnej.

Jednocześnie podzielić należy zapatrywanie Sądu I instancji, że nie istnieje podstawa prawna umożliwiająca zmianę postanowień umów. O ile bowiem uznanie klauzuli za niewiążącą znajduje podstawę w art. 385¹ § 1 i 3 k.c., to nie ma podstaw by przyjmować inną wysokość oprocentowania, np. w wysokości LIBOR + marża. Nie można przy tym podzielić argumentacji strony pozwanej, według której uwzględnienie żądania powodów równoznaczne jest z wydaniem orzeczenia kształtującego. W materialnoprawnej koncepcji rozstrzygnięcia Sąd I instancji trafnie wskazał, że kategoria czynności prawnych bezskutecznych jest odmienna w stosunku do czynności prawnych nieważnych, a cecha bezskuteczności przysługuje wyłącznie czynnościom ważnym. Jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 13 stycznia 2011 r., III CZP 119/10, postanowienie wzorca umowy, sprzeczne z bezwzględnie obowiązującym przepisem ustawy, nie może być uznane za niedozwolone postanowienie umowne (art. 385¹ § 1 k.c.). Podobny pogląd wyrażony został w doktrynie prawa (por. M. Gutowski, Nieważność czynności prawnej, Warszawa 2008, s. 64 – 65). Przypomnieć trzeba, że sankcja przewidziana w art. 385¹ § 1 k.c. to bezskuteczność *ex lege* (por. Cz. Żuławska [w:] Komentarz do Kodeksu Cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania, t. I, pod red. G. Bieniek, Warszawa 2003, s. 138, E. Łętowska, Ochrona niektórych praw konsumentów. Komentarz, Warszawa 2001, s. 106). Bezskuteczność *sensu stricto* (*ex lege*), a więc w takim rozumieniu, w jakim operuje tym terminem ustawa, odnosi się do wadliwości polegającej

na niewywołaniu bądź anulowaniu niektórych skutków ważnej czynności prawnej. Umowa jest natomiast wiążąca w pozostałym zakresie. Nie ma przy tym znaczenia ani doniosłość zakwestionowanego postanowienia, ani też fakt, że przepis art. 385¹ § 1 k.c. nie przewiduje, iż na miejsce takiego postanowienia wchodzi dyspozycja odpowiedniej normy prawnej (por. Cz. Żuławska [w:] Komentarz do Kodeksu Cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania, t. I, pod red. G. Bieniek, LexisNexis, wyd. 9, s. 170),

Stwierdzenie bezskuteczności klauzuli abuzywnej zawsze rodzi ingerencję w postanowienia umowy i kształtuje inną rzeczywistość zobowiązaniową. Ingerencja ta jest wszakże, z przyczyn wyżej wskazanych, wyraźnie dopuszczona przez ustawodawcę i jak zostało to wprost przewidziane w ustawie, może dotyczyć nawet postanowień określających główne świadczenia stron, jeżeli - jak w niniejszej sprawie - nie zostały sformułowane w sposób jednoznaczny. Stwierdzenie niedozwolonego charakteru klauzuli nie wiąże się bowiem z ukształtowaniem treści stosunku według sędziowskiego uznania, a jedynie z wyciągnięciem konsekwencji *expressis verbis* przewidzianej w ustawie, a mianowicie niezwiązania konsumenta takim postanowieniem umownym. Czym innym jest zatem wydanie orzeczenia kształtującego w rozumieniu procedury cywilnej, czym innym zaś ekonomiczny skutek rozstrzygnięcia, wiążący się ze zmianą praw i obowiązków stron na skutek stwierdzenia abuzywności określonej części umowy.

Konsekwencją powyższych prawidłowych ustaleń jest wniosek, że umowy zawarte przez (...) Bank (obecnie mBank) z członkami grupy - choć odwołujące się do oprocentowania zmiennego - nie zawierają wiążących kredytobiorców (będących konsumentami) postanowień określających sposób dokonywania zmiany oprocentowania. W tych warunkach, w ocenie Sądu Apelacyjnego, dokonywane przez pozwanego podwyżki należy w pierwszej kolejności oceniać jako pozbawione podstawy prawnej, zaś jedynymi nieabuzywnymi postanowieniami umów określających wysokość oprocentowania są te z nich które określają ich rozmiar w wysokości stałej określonej w dniu zawarcia kontraktów.

W opisanej sytuacji pobieranie przez pozwanego odsetek według stopy procentowej przekraczającej ten poziom nie miało umocowania w umowie, co uzasadnia odpowiedzialność wobec konsumentów za wywołany uszczerbek majątkowy. Mając powyższe na uwadze podzielić należy stanowisko Sądu Okręgowego, że przedmiotowe powództwo wywiedzione na podstawie art. 2 ust. 3 u.d.p.g., ukierunkowane na ustalenie zasady odpowiedzialności pozwanego okazało się zasadne. Dochodząc do takiego przekonania Sąd I instancji niewadliwie ustalił również okoliczności przesądzające o odpowiedzialności pozwanego, pozwalające w dalszej kolejności na ustalenie wysokości świadczeń należnych poszczególnym członkom grupy czy to w odrębnym powództwie o świadczenie, czy to w drodze ugody.

W rozumieniu art. 1 ust. 2 u.d.p.g., w ramach roszczeń (w znaczeniu procesowym), w których ochrony wymagają naruszone prawa konsumenckie, powództwo obejmuje wszelkie tego rodzaju roszczenia bez względu na źródło naruszenia i podstawę prawną. Mieszczą się zatem w ich ramach szeroko ujmowane roszczenia *ex delicto*, *ex contractu* i z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia. Jedynym warunkiem prawnym jest, aby roszczenie dotyczyło konsumenta (por. W. Katner, M. Krakowiak, Polska Class Action – wybrane zagadnienia prawa materialnego i postępowania cywilnego, Aurea Praxis Aurea Theoria, Księga Pamiątkowa ku czci Prof. T. Erecińskiego, LexisNexis 2011, s. 353).

Z tych wszystkich względów prawidłowo przyjął Sąd Okręgowy, że stosowna część odsetek pobranych od członków grupy podlegać winna zwrotowi. Jako materialnoprawną podstawę ostatecznego ich rozliczenia Sąd Okręgowy rozważał zarówno przepisy o odszkodowaniu za szkodę spowodowaną nienależytym wykonaniem umowy (art. 471 k.c.), jak i przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu, a konkretnie jego szczególnej postaci świadczenia nienależnego (art. 410 § 1 w zw. z art. 405 k.c.). W tym miejscu wskazać należy, że Sąd Apelacyjny podziela przeważający w doktrynie i judykaturze pogląd, odrzucający co do zasady dopuszczalność zbiegu roszczenia z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia z roszczeniami z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania i zacieśniający tym samym zastosowanie art. 414 k.c. tylko do roszczeń z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia i roszczeń o naprawienie szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym. Pozwanemu, co oczywiste, na gruncie odpowiedzialności wynikającej z posługiwania się klauzulą abuzywną nie przypisuje się zaś popełnienia deliktu. Konkludując, w obowiązującej u nas formule prawnej bezpodstawnego wzbogacenia nie ma podstaw do przypisania tej instytucji pełnienia funkcji swoistej *conditionis generalissimae* (por. wyroki

Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2009 r., IV CSK 523/08 oraz z dnia 12 lutego 2004 r., V CK 193/03). W tym zakresie Sąd odwoławczy nie podziela wykładni art. 414 k.c., jaką zdaje się prezentować Sąd pierwszej instancji.

Formułując wyżej wskazany pogląd, co do skutków zastrzeżenia w umowie klauzuli niedozwolonej, trafnie definiujący uszczerbek majątkowy za powstanie którego pozwany ponosi odpowiedzialność, Sąd Okręgowy uznał, że w pierwszej kolejności podstawy jego wyrównania należy poszukiwać w przepisie art. 471 k.c., ale też wskazał, że w okolicznościach rozstrzyganej sprawy mogą mieć również zastosowanie przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu (art. 410 § 1 k.c. w zw. z art. 405 k.c.). Niewątpliwie wskazując na obie podstawy odpowiedzialności pozwanego Sąd a quo miał też na uwadze potrzebę udzielenia członkom grupy jak najszerzej ochrony.

Skarżący zarzucił naruszenie prawa materialnego zarówno w odniesieniu do art. 471 k.c., jak i przepisów o nienależnym świadczeniu. Podniesiony przez skarżącego zarzut naruszenia art. 471 w zw. z 472 k.c. opiera się na przywołanym wcześniej twierdzeniu o niezasadności przypisania mu winy za to, że nie przewidział, iż sporna klauzula stworzona w 2002 r., będąca w tym czasie standardowym postanowieniem umownym, może być w przyszłości uznana za abuzywną. Podniósł też, że uchybieniem Sądu a quo było oparcie konstrukcji odpowiedzialności odszkodowawczej na domniemaniu winy pozwanego wynikającym z art. 471 k.c., przy jednoczesnym oddaleniu wszystkich wniosków dowodowych zmierzających do wykazania, że w chwili wprowadzania do obrotu odpowiadała ona wszelkim wymogom stawianym klauzulom zmiennego oprocentowania. Zarzuty te są praktycznie tożsame z podnoszonymi w tym zakresie odnośnie do naruszenia art. 385¹ § 1 k.c. i ze względów omówionych we wcześniejszych rozważaniach nie zasługują na uwzględnienie. Dodać jedynie należy, że prawidłowości przy tworzeniu przedmiotowej klauzuli w żadnym razie nie może dowodzić, jak chce skarżący, możliwość następczej weryfikacji ich treści oraz kontroli ex post wpływu zmian określonych czynników na wysokość oprocentowania, gdyż nie zapewnia to standardu właściwej równowagi kontraktowej stron.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących obrazu przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu nie może odnieść zamierzonego skutku zarzut pozwanego oparty na treści art. 411 k.c. Obowiązek zapłaty odsetek był bowiem przedmiotem sporu, zaś wątpliwości co do obowiązku spełnienia świadczenia nie mogą być utożsamione z wymaganą przez art. 411 pkt 1 k.c. pozytywną wiedzą dłużnika o braku powinności spełnienia świadczenia (wyrok SN z dnia 12 grudnia 1997 r., sygn. akt III CKN 236/97, OSNC 1998, nr 6, poz. 101). Zresztą sam pozwany będąc profesjonalistą przywołuje w podniesionych zarzutach argumentację mającą wykazać, że także bank nie był w stanie przewidzieć abuzywności spornej klauzuli. Należy też podzielić argumentację Sądu pierwszej instancji, że przewidziany w art. 411 pkt 1 k.c. wyjątek dotyczący świadczeń spełnionych w wykonaniu nieważnej czynności prawnej obejmuje także świadczenia spełnione w wykonaniu niewiążącego konsumenta postanowienia umownego (art. 385¹ § 2 k.c.), gdyż w przeciwnym razie powstałaby luka w prawie.

Z przywołanych względów zarzuty naruszenia prawa materialnego w powyższym zakresie nie zasługiwały na uwzględnienie.

Sąd Apelacyjny dostrzega, iż petitum pozwu, a za nim sentencja zaskarżonego wyroku odnosi się do odpowiedzialności za nienależyte wykonywanie umów z członkami grupy. Podkreślić jednak należy, że przedmiotem żądania pozwu było żądanie ustalenia odpowiedzialności pozwanego w trybie art. 2 ust. 3 u.d.p.g. Powód w sposób jednoznaczny przedstawił podstawę faktyczną przedmiotu sporu. Zespół faktów uzasadniających zgłoszone żądanie obejmuje zaś twierdzenie, że identyczny mechanizm umowny przewidziany we wszystkich objętych pozwem umowach kredytowych doprowadził w trakcie wykonywania umowy do powstania uszczerbku majątkowego po stronie członków grupy. Co więcej już w pozwie wyróżniono niejako dwa warianty żądania. Pierwszy bazujący na twierdzeniu, że prawidłowa interpretacja spornej klauzuli na podstawie art. 65 i art. 385 § 2 k.c. prowadzi do wniosku, że obowiązkiem pozwanego było obniżanie poziomu oprocentowania w określony sposób oraz drugi bazujący na stwierdzeniu, że sporna klauzula ma charakter abuzywny. Sąd pierwszej instancji dokonał analizy, w granicach żądania pozwu wyznaczonych przez wskazaną w jego treści podstawę faktyczną, obu tych wariantów i doszedł do trafnego przekonania, że sporne postanowienie umowne ma charakter klauzuli abuzywnej. Ocena, jaki przepis stanowi w takiej sytuacji podstawę prawną odpowiedzialności pozwanego należy już do sfery subsumpcji. Sąd nie jest związany dokonaniem przez powoda

wyborem konkretnego przepisu prawa materialnego. Sąd związany jest wyłącznie causa petendi, a więc dopiero, kiedy uznałby, że zgłoszonego roszczenia nie da się oprzeć na przytoczonych przez powoda faktach musiałby oddalić powództwo. Poza tym podkreślenia wymaga, że w toku procesu zgłaszane i analizowane przez obie strony były obie podstawy prawne ewentualnej odpowiedzialności pozwanego w związku z zastosowaniem klauzuli abuzywnej. Pogląd Sądu Okręgowego odnośnie do zakresu odpowiedzialności pozwanego związanego ze stosowaniem klauzuli abuzywnej jest prawidłowy i sprowadza się do konieczności korekty wysokości rat pobranych z uwzględnieniem niewiążącego członków grupy postanowienia umownego o zmienności oprocentowania do wysokości odsetek obliczonych zgodnie z nieabuzywnymi postanowieniami umów określających wysokość oprocentowania w wysokości stałej określonej w dniu zawarcia kontraktów.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, zastosowana przez ustawodawcę formuła prawna niedozwolonego postanowienia umownego (art. 385¹ § 1 k.c.) oznacza, że pobieranie świadczeń w wykonaniu takiego niewiążącego konsumenta postanowienia nie miało umocowania w umowie. W konsekwencji bezpodstawnie pobrana, zawyżona część odsetek winna być zwrócona według konstrukcji zwrotu nienależnego świadczenia w rozumieniu art. 410 § 1 k.c., a odpowiedzialność banku lokuje się w płaszczyźnie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. Takie stanowisko, zdaniem Sądu II instancji, nie wywoływało jednak potrzeby korekty sentencji zaskarżonego orzeczenia, skoro wszystkie podniesione przez pozwanego zarzuty okazały się bezzasadne, a zaskarżone rozstrzygnięcie wynikające z prawidłowego przyjęcia odpowiedzialności w związku z wystąpieniem przesłanek z art. 385¹ § 1 k.c. odpowiada prawu.

Wskazać też należy, że żądanie pozwu ani jego podstawa faktyczna nie dają w rozpoznawanej sprawie uzasadnienia dla przyjęcia jednoznacznego związania uprzednio wyrażonym poglądem i oceny, że odpowiedzialność pozwanego za uszczuplenie majątku członków grupy w oparciu o art. 471 k.c. jest wyłączona. Do powstania tak rozumianej szkody nie doszłoby bowiem, gdyby bank należycie wykonywał umowę, a to w następstwie wyeliminowania w procesie jej realizacji klauzuli abuzywnej.

Z tych wszystkich względów oraz na podstawie art. 385 k.p.c. apelacja została oddalona.

Niezasadne okazało się również zażalenie powoda.

Orzekając o kosztach procesu Sąd Okręgowy prawidłowo zastosował art. 98 § 1 i 3 k.p.c.

Nie może ujść uwagi, jak trafnie podkreślił Sąd I instancji w motywach zaskarżonego rozstrzygnięcia, że reprezentant grupy jest postacią kluczową w postępowaniu grupowym. To on wytacza powództwo, prowadzi w imieniu własnym postępowanie na rzecz wszystkich członków grupy, negocjuje i zawiera w imieniu członków grupy umowę z zawodowym pełnomocnikiem procesowym i udziela mu pełnomocnictwa. W sprawach o świadczenia niepieniężne nawet egzekucję zasądzzonego świadczenia wszczyna się przez pierwsze 6 miesięcy tylko na wniosek reprezentanta grupy (art. 23 ust. 1 i 2 u.d.p.g.). W uzasadnieniu projektu ustawy o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym (s. 10 – www.ms.gov.pl) stwierdzono również: „Ustawa nie ingeruje w zasadzie w relacje między członkami grupy i jej reprezentantem, pozostawiając je umowie zainteresowanych podmiotów. Treść tej umowy zainteresowani mogą kształtować dowolnie, zgodnie z zasadą swobody umów. Umowie stron pozostawiono także problem, skąd reprezentant grupy będzie posiadał środki pieniężne, na pokrycie opłat związanych ze wszyciem postępowania oraz kaucję. Na reprezentancie ciąży wiele obowiązków związanych z zebraniem grupy, uzgodnieniem zasad uczestnictwa w grupie czy ustaleniem wynagrodzenia adwokata (radcy prawnego). Członkom grupy pozostawiono jedynie decyzję w kwestiach najistotniejszych dla ochrony ich praw (co do cofnięcia pozwu, zrzeczenia się i ograniczenia roszczenia i zawarcia ugody)” .

Przy okazji rozważań nad obowiązkowym zastępstwem powoda w postępowaniu grupowym w uzasadnieniu uchwały z dnia 13 lipca 2011 r., III CZP 28/11 również Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że członkowie grupy - osoby bezpośrednio zainteresowane wynikiem sprawy - są w tym postępowaniu pozbawione w zasadzie wszystkich uprawnień tradycyjnie przyznawanych stronie procesu. Osoby te, przystępując do grupy, powierzają swe uprawnienia reprezentantowi i są związane skutkami jego działań.

Z tych wszystkich względów uznać należy, że członkowie grupy zajmują pozycję właściwą stronie w znaczeniu materialnym i nie biorą udziału w postępowaniu na zasadach właściwych wielopodmiotowej stronie procesowej. Jak słusznie wskazuje się w piśmiennictwie (T. Jaworski, P. Radzimierski, Ustawa o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym. Komentarz, Warszawa 2010, Nb 27, 28 do art. 4) ich sytuacja procesowa kształtuje się podobnie jak sytuacja upadłego w procesach dotyczących masy upadłości. Wyłączną legitymację do działania na jego rzecz lecz we własnym imieniu posiada reprezentant grupy (art. 4 ust. 3 u.d.p.g.), podobnie jak po ogłoszeniu upadłości syndyk czy zarządca masy upadłości. Podstawienie procesowe ma charakter bezwzględny. W przeciwieństwie zatem do sytuacji, gdy powództwo na rzecz określonego podmiotu wytacza np. prokurator czy organizacja społeczna (art. 55 i nast. k.p.c.), członek grupy nie może "wstąpić" do sprawy w charakterze powoda, uzyskując w ten sposób pozycję procesową strony w znaczeniu procesowym. Członkowi grupy przysługują w postępowaniu jedynie pewne „uprawnienia incydentalne”, w szczególności do złożenia zeznań w charakterze strony (art. 20 u.d.p.g.), prowadzenia egzekucji zasądzonych na rzecz członka grupy świadczenia pieniężnego (art. 22 u.d.p.g.) oraz złożenia wniosku o nadanie klauzuli wykonalności i prowadzenia egzekucji świadczenia niepieniężnego w wypadku bierności reprezentanta (art. 23 ust. 2 u.d.p.g.).

W ramach tychże „uprawnień incydentalnych” ustawa nie przyznała członkom grupy szczególnego statusu w zakresie uprawnienia do żądania zasądzenia na swoją rzecz zwrotu poniesionych kosztów prowadzenia postępowania grupowego. Z tych samych powodów ustawodawca nie przewiduje również możliwości obciążenia poszczególnych członków grupy kosztami procesu (por. P. Grzegorzczak, Ustawa o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym. Ogólna charakterystyka, LexisNexis 2011, s. 89).

Jest przy tym oczywiste, że członkowie grupy mogą ponosić wydatki na ten cel, jednakże ustawa nie ingeruje w stosunki wewnętrzne grupy w tym zakresie, na co słusznie zwrócił uwagę Sąd pierwszej instancji.

Biorąc pod uwagę treść art. 2 ust. 2 u.k.s.c., zgodnie z którą do uiszczenia kosztów sądowych obowiązana jest strona, która wnosi do sądu pismo podlegające opłacie lub powodujące wydatki, koszty sądowe ponosi reprezentant grupy. W postępowaniu grupowym niedopuszczalne jest przy tym składanie przez członków grupy pism procesowych, co wyłącza potraktowanie poszczególnych członków grupy jako uczestników postępowania w rozumieniu art. 7 ust. 1 u.k.s.c. Także reprezentant grupy zobowiązany jest do uregulowania kaucji aktorycznej w warunkach określonych w art. 8 u.d.p.g.

Finansowanie kosztów sądowych, podobnie jak wynagrodzenia prowizyjnego pełnomocnika (art. 5 u.d.p.g.) w toku postępowania grupowego pozostaje zatem, jak niewadliwie przyjął Sąd Okręgowy, domeną uzgodnień wewnątrz grupy.

Przedmiotowa ustawa nie zawiera również autonomicznej regulacji w zakresie kosztów procesu. W tym zakresie w postępowaniu grupowym obowiązują zatem zasady wynikające z uregulowań Kodeksu postępowania cywilnego (art. 98 i nast. w zw. z art. 24 ust. 1 u.d.p.g.). Zdaniem Sądu Apelacyjnego, analiza przepisów ustawy o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym nie daje podstaw do stwierdzenia, że ustawodawca na gruncie postępowania grupowego zdecydował się na odejście od zasady zryczałtowanych kosztów procesu na rzecz kosztów rzeczywiście poniesionych. Z tych względów za nietrafny de lege lata uznać należy zarzut naruszenia art. 98 § 3 k.p.c. W efekcie uzgodnienia członków grupy co do obowiązku partycypowania w kosztach prowadzenia postępowania grupowego nie wpływa na wysokość podlegających zwrotowi z mocy powołanego przepisu kosztów procesu. W szczególności w odniesieniu do wynagrodzenia prowizyjnego będącego rozwiązaniem przewidzianym w polskiej procedurze cywilnej wyłącznie w postępowaniu grupowym, wobec braku odrębnej regulacji, nie ma podstaw do przyjęcia, że należność ta mieści się w kategorii „niezbędnych kosztów procesu”, o jakiej mowa w art. 98 § 3 k.p.c. Po myśli powołanego przepisu do niezbędnych kosztów procesu zalicza się co prawda wynagrodzenie pełnomocnika, jednakże nie wyższe niż stawki opłat określone w odrębnych przepisach. Oczywiście w przypadku wyroków ustalających odpowiedzialność co do zasady kwestia wynagrodzenia prowizyjnego nie występuje, jednak została przywołana dla wsparcia stanowiska,

że obciążając pozwanego kosztami procesu w sprawach rozpoznawanych w postępowaniu grupowym sąd powinien orzec w tym przedmiocie według norm przepisanych, a więc zgodnie z art. 98 § 3 k.p.c. stosowanym wprost.

Z przywołanych względów wobec pozbawienia członków grupy uprawnień procesowych Sąd Okręgowy prawidłowo zasądził na rzecz powoda Miejskiego Rzecznika Konsumentów w W. koszty zastępstwa procesowego w I instancji, co skutkowało oddaleniem zażalenia strony powodowej na mocy art. 385 w zw. z art. 397 § 2 k.p.c. i orzeczenie o kosztach tego postępowania na podstawie art. 98 § 1 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. w zw. z art. 24 ust. 1 u.d.p.g. Z przyczyn omówionych powyżej zasądzenie zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu, winno nastąpić od pozwanego na rzecz reprezentanta grupy mającego status powoda w ujęciu procesowym. Mając powyższe na uwadze, Sąd II instancji zasądził od pozwanego na rzecz powoda z tytułu zwrotu kosztów zastępstwa procesowego kwotę 32400 zł w postępowaniu apelacyjnym i oddalił wnioski o ich zasądzenie w pozostałym zakresie. Wysokość wynagrodzenia pełnomocnika została ustalona w maksymalnym rozmiarze zgodnie z § 2 ust. 1 i 2 oraz § 6 pkt 7 w zw. z § 13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 461) z uwagi na zawily i precedensowy charakter sprawy.