



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
HENRIKA SAUGMANDSGAARDA ØE
przedstawiona w dniu 30 stycznia 2020 r.¹

Sprawa C-452/18

XZ
przeciwko
Ibercaja Banco SA

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 3 de Teruel (sąd pierwszej instancji i ds. dochodzeń nr 3 w Teruel, Hiszpania)]

Odesłanie prejudycjalne – Nieuczciwe warunki w umowach konsumenckich – Dyrektywa 93/13/EWG – Umowa kredytu hipotecznego – Warunek umowy ograniczający zmienność stopy procentowej (klauzula „dolnego progu”) – Brak przejrzystości – Nieuczciwy charakter – Zawarcie przez strony porozumienia przewidującego zmianę klauzuli „dolnego progu”, potwierdzenie ważności umowy kredytu hipotecznego i wzajemne zrzeczenie się kwestionowania jej ważności przed sądem – Zgodność z dyrektywą 93/13 – Warunki

I. Wprowadzenie

1. Niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym został złożony przez Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 3 de Teruel (sąd pierwszej instancji i ds. dochodzeń nr 3 w Teruel, Hiszpania) w ramach sporu pomiędzy XZ a Ibercaja Banco SA (zwaną dalej „bankiem Ibercaja”). Strony w postępowaniu głównym były w istocie związane umową kredytu hipotecznego o zmiennej stopie procentowej. Umowa ta zawierała klauzulę „dolnego progu” ograniczającą zmienność omawianej stopy. Wyrok Tribunal Supremo (sądu najwyższego, Hiszpania) podważył zgodność podobnej klauzuli z hiszpańskimi przepisami transponującymi dyrektywę 93/13/EWG w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich². W tych okolicznościach XZ i bank Ibercaja zawarły porozumienie, którego charakter prawny jest między nimi sporny, przewidujące zmianę rozpatrywanej klauzuli, potwierdzenie ważności umowy kredytu i wzajemne zrzeczenie się możliwości kwestionowania jej na drodze sądowej.

2. Poprzez pytania prejudycjalne sąd odsyłający zwraca się do Trybunału o orzeczenie w przedmiocie zgodności takiego porozumienia z dyrektywą 93/13. Dają one Trybunałowi sposobność orzeczenia w nierozstrzygniętej dotychczas kwestii, czy, i w danym wypadku, przy spełnieniu jakich warunków, konsument może zrzec się w drodze umowy możliwości podnoszenia potencjalnie nieuczciwego charakteru, w rozumieniu tej dyrektywy, danego warunku umownego. Od tego pytania zależy w szczególności zakres autonomii, jaką dysponują konsument i przedsiębiorca przy zawieraniu polubownych porozumień, w szczególności ugód, w celu pozasądowego rozstrzygnięcia ich sporów.

¹ Język oryginału: francuski.

² Dyrektywa Rady z dnia 5 kwietnia 1993 r. (Dz.U. 1993, L 95, s. 29).

3. W niniejszej opinii wyjaśnię, że dyrektywa 93/13 co do zasady nie zakazuje konsumentowi i przedsiębiorcy zawierania porozumienia przewidującego zrzeczenie się przez konsumenta możliwości podniesienia nieuczciwego charakteru istniejącego już wcześniej warunku umownego. Niemniej jednak takie porozumienie musi spełniać wymogi ustanowione w tej dyrektywie, w szczególności przewidziany w niej wymóg przejrzystości. Tak więc proponuję Trybunałowi przyjęcie podejścia umożliwiającego utrzymanie ważności „prawdziwych” ugód zawartych przez konsumentów z pełną znajomością rzeczy, a jednocześnie podważenie tych, narzuconych przez przedsiębiorcę, które tylko pozornie mają taki charakter.

II. Ramy prawne

A. Dyrektywa 93/13

4. Artykuł 3 dyrektywy 93/13 stanowi:

„1. Warunki umowy, które nie były indywidualnie negocjowane, mogą być uznane za nieuczciwe, jeśli stoją w sprzeczności z wymogami dobrej wiary, powodują znaczącą nierównowagę wynikających z umowy, praw i obowiązków stron ze szkodą dla konsumenta.

2. Warunki umowy zawsze zostaną uznane za niewynegocjowane indywidualnie, jeżeli zostały sporządzone wcześniej i konsument nie miał w związku z tym wpływu na ich treść, zwłaszcza jeśli zostały przedstawione konsumentowi w formie uprzednio sformułowanej umowy standardowej.

Fakt, że niektóre aspekty warunku lub jeden szczególny warunek były negocjowane indywidualnie, nie wyłącza stosowania niniejszego artykułu do pozostałej części umowy, jeżeli ogólna ocena umowy wskazuje na to, że została ona sporządzona w formie uprzednio sformułowanej umowy standardowej.

Jeśli sprzedawca lub dostawca twierdzi, że standardowe warunki umowne zostały wynegocjowane indywidualnie, ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na nim.

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

5. W art. 4 tej dyrektywy przewidziano:

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

2. 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”.

6. Zgodnie z art. 6 ust. 1 omawianej dyrektywy:

„Państwa członkowskie stanowią, że na mocy prawa krajowego nieuczciwe warunki w umowach zawieranych przez sprzedawców lub dostawców z konsumentami nie będą wiążące dla konsumenta, a umowa w pozostałej części będzie nadal obowiązywała strony, jeżeli jest to możliwe po wyłączeniu z niej nieuczciwych warunków”.

7. W załączniku do tej dyrektywy, zatytułowanym „Warunki określone w art. 3 ust. 3”, wymieniono w pkt 1 lit. q) warunki umowne, których celem lub skutkiem jest „wyłączenie lub ograniczenie prawa konsumenta do wystąpienia z powództwem lub skorzystania z innego środka zabezpieczającego, zwłaszcza zaś żądanie od konsumenta poddania sporów wyłącznie pod arbitraż nieobjęty przepisami prawa, bezprawne ograniczenie dostępności dowodów lub przerzucenie na konsumenta ciężaru dowodu, który w związku ze stosowanym prawem powinna dostarczyć druga strona umowy”.

B. Prawo hiszpańskie

8. Dyrektywa 93/13 została przetransponowana do prawa hiszpańskiego w zasadniczym zakresie przez Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación (ustawę 7/1998 o ogólnych warunkach umów) z dnia 13 kwietnia 1998 r., która została przekształcona, wraz z innymi przepisami transponującymi różne dyrektywy Unii w dziedzinie ochrony konsumentów, przez Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (królewski dekret ustawodawczy 1/2007 w sprawie zatwierdzenia jednolitego tekstu ustawy ogólnej o ochronie konsumentów i użytkowników oraz innych ustaw uzupełniających, zwany dalej „dekretom ustawodawczym 1/2007”) z dnia 16 listopada 2001 r.

9. Artykuł 10 dekretu ustawodawczego 1/2007 stanowi:

„Uprzednie zrzeczenie się praw przyznanych mocą niniejszych przepisów konsumentom i użytkownikom jest nieważne, podobnie jak czynności dokonane z naruszeniem ustawy, zgodnie z art. 6 [hiszpańskiego] kodeksu cywilnego”.

10. W art. 83 ust. 1 dekretu ustawodawczego 1/2007 przewidziano, że „[n]ieuczciwe warunki są nieważne z mocy samego prawa i uznaje się je za nieistniejące”.

III. Spór w postępowaniu głównym, pytania prejudycjalne i postępowanie przed Trybunałem

11. Aktem notarialnym z dnia 23 grudnia 2011 r. XZ nabyła nieruchomość od dewelopera. Nieruchomość ta była obciążona hipoteką ustanowioną na rzecz Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón, zabezpieczającą zwrot kredytu udzielonego przez ten bank wspomnianemu deweloperowi, zgodnie z umową z dnia 23 lipca 2010 r.³. Nabywając omawianą nieruchomość, XZ przystąpiła do tego kredytu w miejsce wspomnianego dewelopera.

12. Umowa kredytu hipotecznego przewidywała, że do omawianego kredytu będzie miała zastosowanie zmienna stopa procentowa. Warunek umowny zawarty w tej umowie ograniczał tę zmienność, wskazując „maksymalną” roczną stopę w wysokości 9,75% i „minimalną” roczną stopę w wysokości 3,25%.

³ Zwaną dalej „umową kredytu hipotecznego”.

13. W dniu 4 marca 2014 r. bank Ibercaja, który wstąpił w prawa Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón w ramach rozpatrywanego kredytu⁴, zawarł z XZ porozumienie zatytułowane „umowa odnowienia zmieniająca kredyt”. Porozumienie to przewidywało w szczególności obniżenie „minimalnej” stopy mającej zastosowanie do tego kredytu do wysokości 2,35%, licząc od dnia jego następnej miesięcznej raty do dnia jego całkowitej spłaty. Omawiane porozumienie zawierało także warunek o następującym brzmieniu:

„Strony potwierdzają ważność i stosowanie kredytu, uznają jego warunki za właściwe, oraz w konsekwencji wyraźnie i wzajemnie zrzekają się podejmowania jakiegokolwiek czynności wobec drugiej strony w odniesieniu do zawartej umowy i jej warunków, a także rozliczeń i płatności dokonanych dotychczas, które uznają za zgodne z umową”.

14. Ponadto, w tym samym porozumieniu zawarto odrębną wzmiankę, wpisaną i podpisaną przez XZ, zgodnie z formularzem dostarczonym przez bank Ibercaja, w drodze której XZ złożyła następujące oświadczenie:

„Mam świadomość i rozumiem, że stopa procentowa mojego kredytu nigdy nie spadnie poniżej nominalnej rocznej stopy wynoszącej 2,35%”.

15. W dniu 14 stycznia 2016 r. XZ zwróciła ostatnią miesięczną ratę kredytu.

16. W dniu 1 lutego 2017 r. zainteresowana wniosła pozew do Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 3 de Teruel (sądu pierwszej instancji i ds. dochodzeń nr 3 w Teruel), żądając stwierdzenia nieważności ze względu na nieuczciwy charakter klauzuli „dolnego progu” zawartej w umowie kredytu hipotecznego oraz orzeczenia, że bank Ibercaja jest zobowiązany do zwrotu kwot wpłaconych na podstawie tego warunku umownego.

17. Przed tym sądem bank Ibercaja zakwestionował nieuczciwy charakter omawianego warunku umownego i sprzeciwił się żądaniu zwrotowi, powołując się w szczególności na „umowę odnowienia zmieniającą kredyt” zawartą między bankiem a XZ. W tym kontekście XZ podniosła, że taką umowę należy objąć zasadą, zgodnie z którą nieuczciwe warunki „nie będą wiążące dla konsumenta”, przewidzianą w art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13, a co za tym idzie, należy ją uważać, podobnie jak tę klauzulę, za nieważną.

18. W tych okolicznościach, Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 3 de Teruel (sąd pierwszej instancji i ds. dochodzeń nr 3 w Teruel) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy zasadę, że nieważne warunki umowne nie mają mocy wiążącej (art. 6 [dyrektywy 93/13]), należy rozszerzyć również na późniejsze umowy i czynności prawne mające związek z takimi warunkami, takie jak [»umowa odnowienia zmieniająca kredyt«]?

Czy wobec tego, że całkowita nieważność oznacza, iż wspomniany warunek nigdy nie istniał w sferze prawno-gospodarczej umowy, można stwierdzić, że późniejsze czynności prawne – takie jak [»umowa odnowienia zmieniająca kredyt«] – oraz ich skutek w odniesieniu do tego warunku również znikają z rzeczywistości prawnej, a warunek należy uznać za nieistniejący i niewywołujący żadnego skutku?

⁴ Z postanowienia odsyłającego i uwag Ibercaja wynika, że w nieznanym dniu Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón została włączona do Banco Grupo Cajatrés SA. Następnie, w dniu 23 maja 2013 r., Banco Grupo zostało włączone do Ibercaja, a ostatecznie wchłonięte przez tę ostatnią w dniu 1 października 2014 r.

- 2) Czy dokumenty zmieniające warunki nienegocjowane lub zawierające uzgodnienia dotyczące takich warunków, które prawdopodobnie nie spełniłyby kryteriów braku nieuczciwego charakteru i przejrzystości, mogą być uznane za ogólne warunki umowy w rozumieniu przepisów art. 3 dyrektywy 93/13 i mogą podlegać tym samym podstawom nieważności co pierwotne dokumenty objęte odnowieniem zobowiązania lub ugodą?
- 3) Czy zrzeczenie się sądowego dochodzenia roszczeń zawarte w [»umowie odnowienia zmieniającej kredyt«] również powinno być nieważne w zakresie, w jakim w umowach zawartych przez klientów nie informowano ich, że mają do czynienia z nieważnym warunkiem, ani też o pieniądzech lub kwocie finansowej, do której byli uprawnieni tytułem zwrotu odsetek zapłaconych w związku z pierwotnym wprowadzeniem klauzul »dolnego progu«?

Oznacza to, że klient wyraża zgodę na zrzeczenie się dochodzenia roszczeń, przy czym nie został poinformowany przez bank, czego się zrzeka [lub] jakiej kwoty pieniędzy się zrzeka.

- 4) Czy analizując [»umowę odnowienia zmieniającą kredyt«] zgodnie z orzecznictwem Trybunału [...] oraz art. 3 ust. 1 i art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13, nowa klauzula »dolnego progu« zawarta w umowie ponownie dotknięta jest brakiem przejrzystości, gdyż bank ponownie nie spełnia kryteriów przejrzystości określonych w wyroku Tribunal Supremo (sądu najwyższego) z dnia 9 maja 2013 r. i nie informuje klienta o prawdziwym koszcie finansowym wspomnianej klauzuli w jego hipotecę tak, aby klient mógł znać stopę procentową (i wynikającą z niej ratę), którą musiałby zapłacić w przypadku zastosowania nowej klauzuli dolnego progu, oraz stopę procentową (i wynikającą z niej ratę), którą musiałby zapłacić w przypadku, gdyby nie została zastosowana żadna klauzula »dolnego progu« i zastosowano by stopę procentową uzgodnioną w kredycie hipotecznym, bez ograniczenia wysokości minimalnej stopy procentowej?

Innymi słowy, czy przy narzuceniu dokumentu nazwanego »odnowieniem klauzul« »dolnego progu« instytucja finansowa powinna była spełnić kryteria przejrzystości określone w art. 3 ust. 1 i art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13 oraz poinformować konsumenta o wysokości kwot, które stanowiły dla niego szkodę z powodu zastosowania klauzul »dolnego progu«, a także o oprocentowaniu stosowanym w przypadku braku takich klauzul, a jeśli tego nie uczyniła, czy wspomniane dokumenty również są dotknięte podstawą nieważności?

- 5) Czy postanowienia dotyczące roszczeń zawartych w ogólnych warunkach umownych [»umowy odnowienia zmieniającej kredyt«] mogą być uznane za nieuczciwy warunek ze względu na ich treść w świetle art. 3 ust. 1 dyrektywy 93/13 w związku z jej załącznikiem zawierającym nieuczciwe warunki, w szczególności pkt [1 lit.] q) tego załącznika [...], ponieważ ograniczają prawo konsumenta do korzystania z praw, które mogą powstać lub ujawnić się po zawarciu umowy, jak miało to miejsce w przypadku możliwości dochodzenia pełnego zwrotu zapłaconych odsetek (zgodnie z [wyrokiem Gutiérrez Naranjo i in.]^[5])?”.

19. Postanowienie odsyłające z dnia 26 czerwca 2018 r. wpłynęło do sekretariatu Trybunału w dniu 11 lipca 2018 r. Uwagi na piśmie zostały przedstawione przez bank Ibercaja, rząd hiszpański i Komisję Europejską. Ci sami uczestnicy postępowania oraz XZ byli reprezentowani na rozprawie, która odbyła się w dniu 11 września 2019 r.

5 Wyrok z dnia 21 grudnia 2016 r., C-154/15, C-307/15 i C-308/15, zwany dalej »wyrokiem Gutiérrez Naranjo», EU:C:2016:980.

IV. Analiza

20. Tłem niniejszej sprawy jest problematyka klauzul „dolnego progu” stosowanych w umowach kredytu⁶. Pragnę krótko przypomnieć, że praktyka stosowana w szczególności przez hiszpańskie banki w okresie poprzedzającym i podczas kryzysu finansowego, który wstrząsnął światową gospodarką w latach 2007–2012, polegała na oferowaniu kredytów hipotecznych o zmiennej stopie zawierających taki warunek umowny zmierzający do ograniczenia zmienności tej stopy. Ścisłej rzecz ujmując, warunek ten oznacza, że w przypadku, w którym omawiana stopa spada poniżej przewidzianego w nim „dolnego progu”, kredytobiorca jest zobowiązany zapłacić odsetki odpowiadające temu progowi⁷. W praktyce klauzule „dolnego progu” skutkowały zatem powstrzymaniem hiszpańskich konsumentów od skorzystania ze spadku stóp procentowych, który nastąpił podczas tego kryzysu finansowego, jednocześnie chroniąc instytucje kredytowe przed negatywnymi skutkami, jakie ten spadek musiał wyrzucić na ich marże⁸.

21. Zważywszy na powyższe, użycie klauzul „dolnego progu” nie pozostało bez wpływu na hiszpańskie banki. W wyroku z dnia 9 maja 2013 r.⁹ Tribunal Supremo (sąd najwyższy) stwierdził nieuczciwy charakter ze względu na brak przejrzystości, a w konsekwencji nieważność tych klauzul zawartych w warunkach ogólnych trzech z tych banków. Niemniej jednak sąd ten ograniczył w czasie skutki swojego wyroku, który mianowicie nie dotyczył kwot wpłaconych przez konsumentów w zastosowaniu tych klauzul przed dniem jego ogłoszenia¹⁰. Chociaż spór między stronami w postępowaniu głównym dotyczył zakresu powszechnej znajomości tego wyroku od czasu jego ogłoszenia, wydaje mi się, że można bezpiecznie stwierdzić, iż wyrok ten co najmniej wzbudził wątpliwości w odniesieniu do tego, czy klauzule „dolnego progu” stosowane przez inne banki były dotknięte tym samym brakiem przejrzystości.

22. W tym kontekście, w lipcu 2013 r., bank Ibercaja przyjął wewnętrzną politykę polegającą na zawieraniu z niektórymi lub wszystkimi swoimi klientami posiadającymi kredyt hipoteczny zawierający klauzulę „dolnego progu”¹¹ porozumienie zatytułowane „umowa odnowienia zmieniająca kredyt”. W porozumieniu tym przewidziano z jednej strony obniżenie „dolnego progu” mającego zastosowanie do kredytu danego klienta, ze skutkiem od następnej miesięcznej raty do końca tego kredytu, oraz z drugiej strony wyraźne i wzajemne zrzeczenie się podważania przed sądem warunków omawianego kredytu. W dniu 4 marca 2014 r., bank Ibercaja zawarł takie porozumienie z XZ.

23. W dniu 21 grudnia 2016 r. Trybunał, do którego szereg hiszpańskich sądów zwróciło się z pytaniem o konsekwencje, jakie należy wyciągnąć ze stwierdzenia nieuczciwego charakteru klauzuli „dolnego progu”, wydał wyrok Gutiérrez Naranjo. W wyroku tym Trybunał orzekł w istocie, że art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 zobowiązuje sąd krajowy, który stwierdza nieuczciwy charakter takiej klauzuli,

6 Uwaga Trybunału została już zwrócona na tę problematykę. Zobacz w szczególności: wyrok z dnia 14 kwietnia 2016 r., Sales Sinués i Drame Ba, C-381/14 i C-385/14, EU:C:2016:252; wyrok Gutiérrez Naranjo; postanowienie z dnia 14 listopada 2013 r., Banco Popular Español i Banco de Valencia, C-537/12 i C-116/13, EU:C:2013:759.

7 Zobacz wyrok Gutiérrez Naranjo, pkt 18.

8 To zjawisko ma znaczny zasięg: tytułem przykładu co najmniej jedna trzecia wszystkich kredytów hipotecznych sprzedawanych w Hiszpanii w 2010 r. zawierała podobną klauzulę (zob. F. Zunzunegui, Mortgage Credit – Mis-selling of Financial Products – Study requested by the ECON committee, *European Parliament, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, Directorate-General for Internal Policies*, czerwiec 2018, s. 23–32 i przywołana literatura).

9 Wyrok nr 241/2013 (zwany dalej „wyrokiem Tribunal Supremo z dnia 9 maja 2013 r.” lub „wyrokiem z dnia 9 maja 2013 r.”, ES:TS:2013:1916).

10 Tribunal Supremo (sąd najwyższy) potwierdził następnie to rozwiązanie [zob. w szczególności wyroki: z dnia 25 marca 2015 r., nr 139/2015 (ES:TS:2015:1280), i z dnia 29 kwietnia 2015 r., nr 222/2015 (ES:TS:2015:2207)]. Zobacz wyrok Gutiérrez Naranjo, pkt 18–21, 67.

11 Zdaniem banku Ibercaja jej pracownicy oferowali zawarcie „umowy odnowienia zmieniającej kredyt” tym klientom, którzy po wyroku Tribunal Supremo z dnia 9 maja 2013 r. podważali klauzulę „dolnego progu” zawartą w ich umowie. Natomiast – zdaniem XZ – zawarcie takich porozumień wpisywało się w ramy kampanii stosowanej wobec wszystkich klientów, których umowa zawierała podobną klauzulę „dolnego progu”, bez względu na to, czy ją podważali czy nie. Pragnę wyjaśnić, że kwestia tego, czy XZ sama podważała tę klauzulę, jest sporna między stronami w postępowaniu głównym przed sądem odsyłającym (zob. pkt 80 niniejszej opinii).

co do zasady do odstąpienia od jej stosowania i nakazania zwrotu konsumentowi kwot zapłaconych w jej zastosowaniu¹². Ponadto przepis ten stoi na przeszkodzie temu, aby prawo do zwrotu było ograniczone w czasie, jak to zrobił Tribunal Supremo (sąd najwyższy) w wyroku z dnia 9 maja 2013 r.¹³.

24. Prawdopodobnie zapoznawszy się z tym wyrokiem Trybunału, XZ wniosła w dniu 1 lutego 2017 r. pozew do sądu odsyłającego, żądając stwierdzenia nieważności ze względu na nieuczciwy charakter klauzuli „dolnego progu” zawartej w jej umowie kredytu hipotecznego oraz zobowiązania banku Ibercaja do zwrócenia jej kwot wpłaconych w zastosowaniu tej klauzuli¹⁴.

25. Główną kwestią podniesioną przed tym sądem jest kwestia konsekwencji prawnych, jakie „umowa odnowienia zmieniająca kredyt” zawarta przez XZ i bank Ibercaja w dniu 4 marca 2014 r. może mieć dla tych żądań.

26. Bank utrzymuje bowiem, że porozumienie to stoi na przeszkodzie temu, aby XZ powoływała się przed sądem na nieuczciwy charakter klauzuli „dolnego progu” zawartej pierwotnie w umowie kredytu hipotecznego. Jego argumentacja w tym względzie stanowi powtórzenie wyroku Tribunal Supremo (sądu najwyższego) z dnia 11 kwietnia 2018 r.¹⁵, w którym sąd ten orzekł w przedmiocie identycznych porozumień zawartych między bankiem Ibercaja i dwoma innymi jego klientami. Sąd ten uznał w istocie, że podobne porozumienie stanowi *ugodę*¹⁶ zawartą przez strony w celu pozasądowego i ostatecznego rozstrzygnięcia wątpliwości powstałych w wyniku jego wyroku z dnia 9 maja 2013 r. co do ważności klauzuli „dolnego progu” zawartej w ich umowach kredytu, w zamian za obniżenie tego progu, które strony wzajemnie uzgodniły. W konsekwencji, sąd nie może badać kwestii nieuczciwego charakteru tej klauzuli, ponieważ ugoda ta jest w tym względzie wiążąca dla obu stron. W tych ramach Tribunal Supremo (sąd najwyższy) orzekł, że dyrektywa 93/13 nie stoi na przeszkodzie temu, aby przedsiębiorca i konsument zawarli ugodę w celu pozasądowego rozstrzygnięcia ich sporów. Ponadto sąd ten uznał, że rozpatrywane porozumienia były przejrzyste dla konsumentów¹⁷.

27. XZ utrzymuje ze swojej strony, że „umowę odnowienia zmieniająca kredyt” należy uważać za nieważną i że nie może ona w konsekwencji powstrzymać sądu odsyłającego od rozpoznania jej żądań. Jej argumentacja w tym względzie odzwierciedla natomiast zdanie odrębne towarzyszące wyrokowi Tribunal Supremo z dnia 11 kwietnia 2018 r.¹⁸, przywołanemu w poprzednim punkcie. Wskazano w nim w istocie, że takie porozumienie stanowi nie *ugodę*, ale *odnowienie*¹⁹ klauzuli „dolnego progu” zawartej w umowach kredytu hipotecznego zainteresowanych klientów i jest nieważne na podstawie przepisów krajowych²⁰. W każdym razie, z jednej strony, art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 stoi na przeszkodzie temu, aby strony zmieniały i potwierdzały nieuczciwy warunek umowny lub temu, aby

12 A więc, konkretnie rzecz ujmując, różnicy między kwotami wpłaconymi zgodnie z „dolnym progiem”, a kwotami, które zostałyby wpłacone, gdyby próg ten nie istniał i stosowana byłaby zmienna stopa procentowa.

13 Zobacz wyrok Gutiérrez Naranjo, pkt 61–75, a także pkt 21 niniejszej opinii.

14 Przypadek XZ z pewnością nie jest odosobniony. Ponad milion żądań zwrotu kwot wpłaconych w zastosowaniu klauzuli „dolnego progu” zostało wniesionych do hiszpańskich sądów (zob. F. Zunzunegui, op.cit., s. 27). Zobacz, w przedmiocie wpływu wyroku Tribunal Supremo z dnia 9 maja 2013 r. i wyroku Gutiérrez Naranjo na hiszpańską gospodarkę, International Monetary Fund, *IMF Country Report N° 17/345, Spain: Financial Sector Assessment Program – Technical Note on Supervision of Spanish Banks – Select[ed] issues*, 13 listopada 2017 r., s. 8, 10, 23 i 53, w którym podniesiono sprzedaż kredytów hipotecznych zawierających klauzulę „dolnego progu” do rangi systemowego ryzyka dla tej gospodarki.

15 Wyrok nr 205/2018 (zwany dalej „wyrokiem Tribunal Supremo z dnia 11 kwietnia 2018 r.” lub „wyrokiem z dnia 11 kwietnia 2018 r.”, ES:TS:2018:1238).

16 Zgodnie z art. 1809 hiszpańskiego kodeksu cywilnego ugoda stanowi umowę, na mocy której każda ze stron dając, zobowiązując się do wydania lub zatrzymując jakąś rzecz, unika wszczęcia postępowania lub kończy wszczęte już postępowanie.

17 Zobacz, bardziej szczegółowo, pkt 82 niniejszej opinii.

18 Zwane dalej „zdaniem odrębnym sędziego Orduña Morena”.

19 Odnowienie jest umową, przewidzianą w szczególności w art. 1203 hiszpańskiego kodeksu cywilnego, poprzez którą dwie strony związane istniejącym wcześniej stosunkiem umownym zmieniają to zobowiązanie lub zastępują je innym.

20 Zobacz przypis 31 niniejszej opinii.

konsument zrzekł się prawa do podważania tego warunku przed sądem. Z drugiej strony, podobnemu porozumieniu brakuje przejrzystości, ponieważ nie zawiera ono niezbędnych informacji umożliwiających konsumentom zrozumienie konsekwencji gospodarczych i prawnych, jakie płyną dla nich z jego zawarcia. Sąd odsyłający skłania się do tego poglądu.

28. Pragnę wskazać na wstępie, że choć z dwóch poprzednich punktów wynika, iż kwalifikacja prawna „umowy odnowienia zmieniającej kredyt” jest sporna między stronami w postępowaniu głównym, to jednak kwestia ta – jak podnosi Komisja – jest objęta wyłącznie prawem hiszpańskim, a więc to nie Trybunał, lecz sąd odsyłający ma za zadanie ją rozstrzygnąć.

29. Do Trybunału należy natomiast dokonanie w świetle dyrektywy 93/13 analizy sytuacji, w której: 1) konsument i przedsiębiorca związani są umową, 2) powstały poważne wątpliwości co do potencjalnie nieuczciwego charakteru w rozumieniu art. 3 ust. 1 tej dyrektywy warunku tej umowy²¹, oraz 3) strony późniejszym porozumieniem odnowiły rozpatrywany warunek²², potwierdziły ważność pierwotnej umowy i zrzekły się wzajemnie podważania jej warunków przed sądem. Ścisłej rzecz ujmując, chodzi o ustalenie na wstępie, o co zwraca się sąd odsyłający w pytaniu pierwszym, czy art. 6 ust. 1 omawianej dyrektywy stoi *co do zasady* na przeszkodzie temu, aby takie porozumienie miało jakikolwiek wiążący skutek dla konsumenta. Przedstawię w pierwszej części niniejszej opinii powody, dla których moim zdaniem tak nie jest (część A).

A. W przedmiocie uprawnienia konsumenta do odnowienia potencjalnie nieuczciwego warunku umownego, potwierdzenia jego ważności lub zrzeczenia się podważania go przed sądem (pierwsze pytanie prejudycjalne)

30. W art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 przewidziano, jak pragnę przypomnieć, że nieuczciwe warunki w umowie zawartej przez przedsiębiorcę z konsumentem „nie będą [na mocy prawa krajowego] wiążące dla konsumenta”. Zgodnie z tym przepisem sąd krajowy, kiedy stwierdzi nieuczciwy charakter danego warunku umownego, jest zobowiązany wyciągnąć konsekwencje, które na mocy prawa krajowego płyną z tego stwierdzenia, aby zapewnić, że konsument nie będzie związany tym warunkiem. Wspomniany sąd jest bowiem zobowiązany do odstąpienia od stosowania omawianego warunku, aby nie wywoływał on wiążących skutków wobec konsumenta²³.

31. W wyroku Gutiérrez Naranjo Trybunał wyjaśnił ponadto, że nieuczciwy warunek „należy co do zasady uznać za nigdy nieistniejący, tak by nie wywoływał on skutków wobec konsumenta”. Co za tym idzie, stwierdzenie przez sąd nieuczciwego charakteru warunku umownego „powinno mieć co do zasady skutek w postaci przywrócenia sytuacji prawnej i faktycznej konsumenta, w jakiej znajdowałby się on w braku rzeczoności warunku”. Jeśli rozpatrywany warunek zobowiązuje konsumenta do wpłacania kwot pieniężnych, obowiązek sądu odstąpienia od jego stosowania „wiąże się co do zasady z odpowiednim skutkiem restytucyjnym dotyczącym tych kwot”²⁴.

21 Bank Ibercaja i rząd hiszpański podkreśliły, że w wyroku z dnia 9 maja 2013 r. Tribunal Supremo (sąd najwyższy) nie stwierdził nieważności wszystkich nieuczciwych klauzul „dolnego progu”, lecz jedynie tych, które były wykorzystywane przez trzy banki wymienione w skierowanym do tego sądu pozwie o zaniechanie naruszeń. Co więcej, zgodnie z tym wyrokiem klauzule „dolnego progu” są nieuczciwe w zakresie, w jakim brakuje im przejrzystości, co sąd ma obowiązek stwierdzić w każdym poszczególnym przypadku. Tymczasem, w chwili gdy strony w postępowaniu głównym zawarły „umowę odnowienia zmieniającą kredyt”, klauzula „dolnego progu” zawarta w umowie kredytu hipotecznego nie była kwestionowana przed sądem. XZ i Komisja utrzymują jednak, że warunki przejrzystości ustanowione w tym wyroku są bardzo rygorystyczne, a więc jest przynajmniej duże prawdopodobieństwo, że sporna klauzula „dolnego progu” jest nieuczciwa. Ich zdaniem, w blisko 97% przypadków postępowania sądowe dotyczące nieuczciwych warunków umownych, w tym klauzul dolnego progu, zostały wygrane przez konsumentów. Pragnę przypomnieć, że w wyroku Gutiérrez Naranjo Trybunał nie orzekł w przedmiocie nieuczciwego charakteru klauzul „dolnego progu”. Wyszedł on z założenia, że były one nieuczciwe. W niniejszej sprawie również do Trybunału nie należy samodzielne rozstrzygnięcie tej kwestii.

22 W ścisłym znaczeniu to nie jest warunek, który jest objęty odnowieniem, lecz zobowiązanie z niego wynikające. Jednak dla udogodnienia będą w ramach niniejszej opinii mówił o „odnowieniu warunku”.

23 Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 6 października 2009 r., Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, pkt 58; z dnia 15 marca 2012 r., Pereničová i Perenič, C-453/10, EU:C:2012:144, pkt 30; z dnia 14 czerwca 2012 r., Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, pkt 65; a także z dnia 30 maja 2013 r., r. Jörös, C-397/11, EU:C:2013:340, pkt 41.

24 Wyrok Gutiérrez Naranjo, pkt 61, 62.

32. Reasumując, jeśli sąd odsyłający miałby w sprawie w postępowaniu głównym stwierdzić, że klauzula „dolnego progu” zawarta w umowie kredytu jest nieuczciwa w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 93/13, byłby on wówczas co do zasady zobowiązany zgodnie z art. 6 ust. 1 tej dyrektywy do odstąpienia od stosowania tej klauzuli i nakazania bankowi Ibercaja zwrotu na rzecz XZ kwot wpłaconych w wykonaniu omawianej klauzuli.

33. Tymczasem „umowa odnowienia zmieniająca kredyt” zgodnie z wykładnią prawa hiszpańskiego przyjętą przez Tribunal Supremo (sąd najwyższy) w wyroku z dnia 11 kwietnia 2018 r. stoi *na przeszkodzie temu, aby sąd odsyłający badał samą kwestię nieuczciwego charakteru tej klauzuli „dolnego progu”*²⁵. Dokładniej rzecz ujmując, rząd hiszpański wskazuje, że jakkolwiek XZ nie może już żądać przed sądem kontroli ważności klauzuli „dolnego progu” zawartej pierwotnie w umowie kredytu hipotecznego, to jednak może ona natomiast kwestionować przed sądem ważność nowej klauzuli „dolnego progu”, zawartej w tym porozumieniu.

34. W tych okolicznościach powstaje pytanie, czy – jak twierdzi XZ²⁶ – art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 stoi co do zasady na przeszkodzie temu, aby konsument i przedsiębiorca zawarli porozumienie odnawiające potencjalnie nieuczciwy warunek umowny, potwierdzające²⁷ jego ważność lub przewidujące zrzeczenie się podważania go przed sądem – lub, dokładniej rzecz ujmując, czy przepis ten sprzeciwia się temu, aby to porozumienie wywierało wiążący skutek wobec konsumenta.

35. Jak wskazałem uprzednio, jestem innego zdania. Pytanie to wymaga bowiem według mnie zniuansowanej odpowiedzi.

36. Zgodnie z moim rozumieniem podejście XZ opiera się na orzecznictwie Trybunału, zgodnie z którym podstawą systemu ochrony wprowadzonego w dyrektywie 93/13 jest przekonanie, że konsument znajduje się w sytuacji podrzędności wobec przedsiębiorcy w odniesieniu zarówno do siły negocjacyjnej, jak i poziomu poinformowania, sytuacji, która skłania go do przystąpienia do warunków sporządzonych uprzednio przez przedsiębiorcę bez możliwości wywarcia wpływu na treść tych warunków. Artykuł 6 ust. 1 tej dyrektywy jest w tym kontekście *przepisem bezwzględnie obowiązującym*, który zmierza do zastąpienia ustanowionej przez umowę formalnej równowagi praw i obowiązków stron umowy rzeczywistą równowagą, która przywraca równość stron. Ponadto przepis ten należy uznać za równoważny z krajowymi przepisami posiadającymi w ramach krajowego porządku prawnego rangę norm *porządku publicznego*²⁸.

37. Przyznaję, że logika wynikająca z tego orzecznictwa w związku z orzecznictwem przytoczonym w pkt 30 i 31 niniejszej opinii powtarza do pewnego stopnia rozumowanie leżące u podstaw systemu *bezwzględnej nieważności* istniejącego w prawach różnych państw członkowskich, w tym w prawie Królestwa Hiszpanii²⁹. Jest to zresztą właśnie sankcja przewidziana w prawie hiszpańskim w przypadku stwierdzenia nieuczciwego charakteru warunku umownego³⁰. Tymczasem system bezwzględnej nieważności nie pozostawia żadnego miejsca na wolę stron umowy. Strony te nie mogą potwierdzić

25 Zobacz pkt 26 niniejszej opinii.

26 Zobacz pkt 27 niniejszej opinii.

27 Mam na myśli akt, poprzez który strona umowy zrzeka się powoływania się na podstawę nieważności (zob. w tym względzie w szczególności art. 1309–1313 hiszpańskiego kodeksu cywilnego).

28 Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 26 października 2006 r., Mostaza Claro, C-168/05, EU:C:2006:675, pkt 25, 36, 37; z dnia 6 października 2009 r., Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, pkt 30, 51, 52, a także z dnia 17 maja 2018 r., Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen, C-147/16, EU:C:2018:320, pkt 26, 27, 34, 35.

29 Pragnę przypomnieć, że prawo wielu państw członkowskich, w tym Królestwa Belgii, Republiki Francuskiej i Królestwa Hiszpanii, wprowadza rozróżnienie między „bezwzględną” nieważnością i „względną” nieważnością umów. Bezwzględna nieważność następuje z mocy prawa i sąd stwierdza ją z urzędu. Na odwrót, w wypadku względnej nieważności może na nią powołać się przed sądem wyłącznie strona, którą prawo ma chronić, i w razie potrzeby jest ona stwierdzana przez sąd. Powszechnie przyjmuje się, że kryterium rozróżnienia między tymi dwiema sankcjami stanowi podstawa naruszonej normy, w zależności od tego, czy zmierza ona do ochrony interesu ogólnego czy do ochrony interesów prywatnych. Nieważność jest bezwzględna w pierwszym przypadku, a względna w drugim. Zobacz opinia rzecznik generalnej V. Trstenjak w sprawie Martín Martín (C-227/08, EU:C:2009:295, pkt 51 i przytoczone tam orzecznictwo).

30 Zobacz art. 83 ust. 1 dekretu ustawodawczego 1/2007.

ani odnowić zobowiązania dotkniętego taką nieważnością. Nie mogą one także zawrzeć ugody co do podobnego zobowiązania: sąd z urzędu stwierdzi jej nieważność i brak skutków ich czynności. Zdaniem XZ konsument i przedsiębiorca nie mogą zatem odnowić, potwierdzić lub zawrzeć ugody co do nieuczciwego warunku. Ewentualne porozumienie między stronami nie powinno uniemożliwiać sądowi zbadanie nieuczciwego charakteru danego warunku umownego³¹.

38. Niemniej jednak orzecznictwo Trybunału nie posunęło się w rzeczywistości tak daleko. Orzeka on bowiem w sposób utrwalony – i moim zdaniem ta kwestia ma kapitalne znaczenie – że *konsument może odstąpić od powoływania się przed sądem na nieuczciwy charakter warunku umownego*³². Zdaniem Trybunału „dyrektywa 93/13 nie zmierza tak daleko, że ustanawia obowiązkowy system ochrony przed stosowaniem nieuczciwych warunków umowy przez przedsiębiorców, który wprowadziła na korzyść konsumentów”³³, zaś „prawo konsumenta do skutecznej ochrony zawiera w sobie także uprawnienie do niedochodzenia swoich praw”³⁴.

39. W wyroku Banif Plus Bank³⁵ Trybunał orzekł zatem, że do sądu krajowego należy „uwzględnienie w odpowiednim przypadku woli wyrażonej przez konsumenta, jeżeli mając świadomość niewiążącego charakteru danego nieuczciwego warunku, wskaże on jednak, iż sprzeciwia się temu, aby warunek ten został wyłączony, udzielając w ten sposób wyraźnej i wolnej zgody na dany warunek”.

40. Wbrew twierdzeniom Komisji nie uważam, aby te rozważania dotyczyły wyłącznie sytuacji, w której sąd stwierdził z urzędu nieuczciwy charakter warunku umownego i poinformował o tym konsumenta. Wynika z nich moim zdaniem bardziej ogólna logika, zgodnie z którą ten ostatni może odstąpić od powoływania się na nieuczciwy charakter danego warunku umownego, o ile odstąpienie to wynika – jak Trybunał orzekł w tym ostatnim wyroku – z *jego świadomej i wolnej zgody*.

41. Logika ta odzwierciedla moim zdaniem koncepcję obecną w orzecznictwie Trybunału, zgodnie z którą dyrektywa 93/13 zmierza w szczególności do uniknięcia sytuacji, w której konsument zaciąga zobowiązania, których znaczenia on nie zna lub nie w pełni je rozumie³⁶. Tak więc, kiedy konsument ma świadomość konsekwencji prawnych wynikających dla niego ze zrzeczenia się ochrony oferowanej mu przez tę dyrektywę, takie zrzeczenie się jest zgodne z tą dyrektywą.

42. Tymczasem, o ile uważa się, że konsument ma świadomość konsekwencji swoich działań, kiedy zrzeka się przed sądem powoływania się na warunek umowny, po tym jak sąd poinformował go o nieuczciwym charakterze tego warunku, o tyle nie oznacza to, że nie istnieje żadna inna sytuacja, w której to byłoby możliwe. W szczególności nie widzę co do zasady przeszkód, aby konsument wykonywał swoje uprawnienie do zrzeczenia się w drodze umowy, o ile ponownie zrzeczenie to wynika ze świadomej i wolnej zgody. W tej ostatniej kwestii jestem jednak zdania, że należy rozróżnić dwie sytuacje.

31 Zobacz w szczególności wyrok Tribunal Supremo (sądu najwyższego) z dnia 16 października 2017 r., nr 558/2017. W wyroku tym sąd ów uznał, że „umowa odnowienia” zawarta między bankiem a konsumentem, w której strony te odnowiły klauzulę „dolnego progu” zawartą w ich umowie kredytu, jest nieważna, ponieważ klauzula ta jest nieuczciwa, a w konsekwencji bezwzględnie nieważna. Zobacz także wyrok z dnia 26 lutego 2015 r., Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, pkt 37–42. W sprawie, w której zapadł ten wyrok, dwóch konsumentów podważało przed sądem różne warunki ich umowy kredytu. Sąd krajowy zwrócił się do Trybunału z szeregiem pytań dotyczących wykładni dyrektywy 93/13. Konsument ci i pozwany bank zawarli następnie ugodę zmierzającą do pozasądowego rozstrzygnięcia sporu. Bank ten powołał się na tę ugodę przed Trybunałem w celu uzasadnienia niedopuszczalności pytań prejudycjalnych. Sąd krajowy wskazał jednak Trybunałowi, że nie uwzględnił on tej ugody, ponieważ kwestia zarzucanego nieuczciwego charakteru rozpatrywanych warunków umownych to *kwestia porządku publicznego, co do której strony nie mogą zawrzeć ugody*. Pragnę podkreślić, że Trybunał nie rozstrzygnął tej kwestii w wyroku. Ograniczył się on do stwierdzenia, że spór był nadal rozpoznawany przez sąd odsyłający, i co za tym idzie oddalił podniesiony przed nim zarzut niedopuszczalności.

32 Zobacz wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r., Pannon GSM, C-243/08, EU:C:2009:350, pkt 33, 35.

33 Wyrok z dnia 3 października 2019 r., Dziubak, C-260/18, EU:C:2019:819, pkt 54.

34 Wyrok z dnia 14 kwietnia 2016 r., Sales Sinués i Drame Ba, C-381/14 i C-385/14, EU:C:2016:252, pkt 25. Zobacz, w przedmiocie pochodzenia tego zwrotu opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie Duarte Hueros, C-32/12, EU:C:2013:128, pkt 53.

35 Wyrok z dnia 21 lutego 2013 r., C-472/11, EU:C:2013:88, pkt 35.

36 Zobacz w szczególności orzecznictwo Trybunału dotyczące nakazu przejrzystości warunków umownych wynikającego z art. 4 ust. 2 i art. 5 dyrektywy 93/13 (zob. śródtytuł C niniejszej opinii). Odnoszę się w tym miejscu do koncepcji „świadomej” zgody konsumenta. Ogólnie rzecz ujmując, kwestia „swobodnego” charakteru wyrażonej przez konsumenta zgody na umowę wchodzi w zakres norm krajowych z dziedziny wad wyrażenia zgody (zob. przypis 54 niniejszej opinii).

43. Moim zdaniem, z jednej strony konsument nie może nigdy zrzec się z góry ochrony, jaką przyznaje mu dyrektywa 93/13 w momencie, gdy dokonuje zakupu towaru lub korzysta z usługi przedsiębiorcy. Warunek umowy sprzedaży lub świadczenia usług potwierdzający jej ważność lub zawierający zrzeczenie się prawa do podważania jej przed sądem nie może mieć żadnego wiążącego skutku wobec konsumenta. Różne akty unijne zakazują zresztą wyraźnie takiej formy zrzeczenia się³⁷.

44. Podobne zrzeczenie się nie mogłoby bowiem w żadnym razie zostać uznane za „świadome”. Nikt nie rozumie w rzeczywistości wagi ochrony przyznanej przez prawo ochrony konsumentów, dopóki nie powstaje problem i nie ma on w konkretnym przypadku potrzeby skorzystania z tej ochrony. W ten sposób należy moim zdaniem rozumieć koncepcję *uprzedniego zrzeczenia się*: zrzeczenie się jest „uprzednie”, kiedy następuje z góry, w chwili nawiązania stosunku umownego między przedsiębiorcą a konsumentem, co do którego konsument nie podejrzewa lub nie przykłada wystarczającej wagi do okoliczności, że może on stać się sporny.

45. Natomiast z drugiej strony, w momencie gdy w tym stosunku umownym powstaje problem, kiedy podobnie jak w sprawie w postępowaniu głównym powstają poważne wątpliwości co do potencjalnie nieuczciwego charakteru w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 93/13 rozpatrywanego warunku umownego, oraz kiedy powstaje w danym przypadku spór między stronami w tej kwestii, okoliczność, że konsument zrzeka się powoływania się na brak wiążącego charakteru tego warunku umownego, nie może być traktowana tak samo surowo. W takiej sytuacji konsument może dostrzec wagę ochrony przyznanej mu przez tę dyrektywę i w konsekwencji zrozumieć znaczenie tego zrzeczenia się³⁸. Innymi słowy, moim zdaniem, konsument ma możliwość w pewnych okolicznościach *następczego zrzeczenia się*, w drodze umowy, praw przyznanych mu w omawianej dyrektywie.

46. Moim zdaniem wynika stąd, że w takiej sytuacji konsument ma możliwość odnowienia rozpatrywanego warunku umownego, potwierdzenia go lub zrzeczenia się podnoszenia przed sądem kwestii jego nieuczciwego charakteru, o ile robi to w sposób wolny i świadomy³⁹.

47. Może on także wykonywać swoje uprawnienie do zrzeczenia się poprzez zawarcie z przedsiębiorcą *ugody* dotyczącej omawianego warunku umownego, sądowej lub pozasądowej. Podobna ugoda może zresztą mieć dla konsumenta pewne zalety, w tym możliwość uzyskania natychmiastowej korzyści – to właśnie jest przedmiotem wzajemnych ustępstw, które mają być zawarte w ugodzie – bez konieczności podważania tego warunku umownego przed sądem, ponoszenia kosztów postępowania i oczekiwania na jego wynik, i to tym bardziej że nie ma on pewności w chwili zawarcia tej ugody, że ten wynik będzie dla niego korzystny⁴⁰.

37 Zobacz w szczególności art. 41 lit. a) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/17/UE z dnia 4 lutego 2014 r. w sprawie konsumenckich umów o kredyt związanych z nieruchomościami mieszkalnymi i zmieniającej dyrektywę 2008/48/WE i 2013/36/UE oraz rozporządzenie (UE) nr 1093/2010 (Dz.U. 2014, L 60, s. 34) i art. 25 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniającej dyrektywę Rady 93/13/EEG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylającej dyrektywę Rady 85/577/EEG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.U. 2011, L 304, s. 64). Zobacz także w prawie hiszpańskim art. 10 dekretu ustawodawczego 1/2007.

38 Zobacz analogicznie rozwiązanie przewidziane w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (Dz.U. 2012, L 351, s. 1), w dziedzinie warunków umownych dotyczących jurysdykcji w sporach transgranicznych dotyczących umów konsumenckich. Pragnę przypomnieć, że sekcja 4 rozdziału II tego rozporządzenia reguluje jurysdykcję chroniącą konsumenta. W tym kontekście art. 19 omawianego rozporządzenia stanowi, że od jego przepisów można odstąpić na podstawie umowy dotyczącej jurysdykcji tylko wówczas, gdy umowa w szczególności została zawarta po powstaniu sporu między stronami. Przyjęte w doktrynie wyjaśnienie tej normy przewiduje, że konsument jest w stanie w pełni zrozumieć konsekwencje takiej umowy, a co za tym idzie zgodzić się w sposób świadomy na tę umowę, wyłącznie w chwili, kiedy wie, czego dotyczy spór. Zobacz P.A. Nielsen, Article 19, w: U. Magnus i P. Mankowski, *Brussels Ibis Regulation – Commentary, European Commentaries on Private International Law*, Dr. Otto Schmidt Verlag, 2016, s. 519.

39 Twierdzenie Trybunału, zgodnie z którym nieuczciwy warunek umowny należy uważać „za nigdy nieistniejący” jest więc fikcją prawną, którą należy zrelatywizować – Trybunał sam zresztą podkreślił, że jest tak „co do zasady” (zob. wyrok Gutiérrez Naranjo, pkt 61). Konsument ma możliwość zachowania istnienia rozpatrywanego warunku umownego. Kontynuując analogię do systemów nieważności istniejących w prawie niektórych państw członkowskich (zob. pkt 37 niniejszej opinii), system nieuczciwych warunków umownych zbiega się w ten sposób moim zdaniem ze *względną nieważnością*, która dopuszcza odnowienie lub potwierdzenie.

40 Zobacz podobnie opinia rzecznika generalnego N. Wahla w sprawie Gavrilescu, C-627/15, EU:C:2017:690, pkt 46–52.

48. Pragnę jednak powtórzyć, że zawarł on to porozumienie z pełną znajomością rzeczy, nie widzę przeszkód, aby było ono wiążące dla konsumenta. Ugoda powinna w szczególności dawać stronom pewność prawa, co oznacza, że nie może ona być pozbawiona wiążącego skutku wobec jednej z nich. Ponadto zrzeczenie się sądowego dochodzenia roszczeń w zamian za wzajemne ustępstwa jest – jak wyjaśnię poniżej – „głównym przedmiotem” w rozumieniu art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13 ugody, a więc istotą autonomii woli stron umowy, której dyrektywa ta nie zamierza co do zasady podważyć⁴¹.

49. To ostatnie zdanie wyrażone w poprzednim punkcie znajduje moim zdaniem potwierdzenie w przepisach dyrektywy 2013/11/UE w sprawie alternatywnych metod rozstrzygania sporów konsumenckich⁴². Zgodnie z tą dyrektywą konsument i przedsiębiorca mogą, jeśli powstał między nimi spór dotyczący umowy konsumenckiej, skorzystać z procedury pozasądowego rozstrzygania sporów (ADR). Jeżeli w tych ramach postanowią posłużyć się procedurą zmierzającą do rozstrzygnięcia sporu poprzez zaproponowanie rozwiązania – taką jak na przykład mediacja – a procedura ta kończy się wzajemnie akceptowanym kompromisem, to kompromis ten z reguły jest konkretyzowany w ugodzie⁴³. Tymczasem prawodawca Unii nie zastrzegł dla konsumenta w takiej sytuacji prawa do żądania od sądu rozpoznania tego sporu pomimo zawarcia takiej ugody. Przeciwnie, omawiany prawodawca uznał, że taka ugoda ma konsekwencje prawne dla konsumenta⁴⁴. Niemniej jednak omawiana dyrektywa przewiduje gwarancje zmierzające do zapewnienia, że zawarcie takiej ugody wynika z wolnej i świadomej zgody konsumenta⁴⁵. Jakkolwiek ta dyrektywa nie ma zastosowania do ugód zawieranych między przedsiębiorcą a konsumentem poza procedurą ADR⁴⁶, to jednak wynikającą z niej logikę można według mnie uogólnić.

50. Wbrew twierdzeniom Komisji nie uważam, że art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej wymaga innej odpowiedzi. Moim zdaniem, z jednej strony postanowienie to gwarantuje konsumentowi rzeczywistą możliwość wykonywania przed sądem praw przyznanych mu w dyrektywie 93/13, zapewniając, że dysponuje on w tym celu środkami zaskarżenia, które nie są uzależnione od warunków proceduralnych mogących uczynić to wykonywanie utrudnionym lub wręcz niemożliwym⁴⁷. Postanowienie to nie ma jednak na celu zmuszenia konsumenta do korzystania z tej możliwości, jeśli świadomie postanowi on się jej zrzec. Z drugiej strony, jakkolwiek dobrowolnie przyznaję, że biorąc pod uwagę podstawowe znaczenie prawa do skutecznego środka prawnego jednostka nie może w sposób ogólny zrzec się swojego prawa do sądowego dochodzenia roszczeń, to jednak sytuację tę należy odróżnić od ukierunkowanego zrzeczenia się, dotyczącego określonego warunku umownego lub określonego sporu.

41 Zobacz opinia rzecznik generalnej V. Trstenjak w sprawie Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2009:682, pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo. Zobacz pkt 73 niniejszej opinii.

42 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 maja 2013 r. w sprawie zmiany rozporządzenia (WE) nr 2006/2004 i dyrektywy 2009/22/WE (dyrektywa w sprawie ADR w sporach konsumenckich) (Dz.U. 2013, L 165, s. 63).

43 Co prawda dyrektywa 2013/11 nie reguluje kwestii charakteru czy skutków prawnych aktów, które zostaną wykorzystane do sformalizowania zgody stron na proponowane rozwiązanie, a więc kwestia ta jest objęta prawem każdego państwa członkowskiego. Niemniej jednak ugoda jest aktem najczęściej wykorzystywanym dla skonkretyzowania porozumienia wynikającego z mediacji (zob. R. Caponi, »Just Settlement« or »Just About Settlement«? Mediated Agreements: A Comparative Overview of the Basics, *RebelsZ*, No 79, 2015, s. 117–141).

44 Zobacz art. 9 ust. 2 lit. c) dyrektywy 2013/11.

45 Zobacz art. 9 ust. 2 dyrektywy 2013/11, przytoczony w przypisie 75 niniejszej opinii.

46 Zgodnie z art. 2 ust. 2 lit. e) dyrektywy 2013/11 nie ma ona zastosowania do „bepośrednich negocjacji między konsumentem a przedsiębiorcą”. Pragnę wskazać ponadto, że poprzez ten przepis prawodawca Unii ograniczył się do wykluczenia z zakresu stosowania omawianej dyrektywy ugód wynegocjowanych bezpośrednio między przedsiębiorcą a konsumentem: jednak ich nie zakazał, choć mógł łatwo to uczynić, gdyby miał taki zamiar.

47 Zobacz podobnie wyroki: z dnia 1 października 2015 r., ERSTE Bank Hungary, C-32/14, EU:C:2015:637, pkt 59; z dnia 21 kwietnia 2016 r., Radlinger i Radlingerová, C-377/14, EU:C:2016:283, pkt 56.

51. Wyjaśniwszy powyższe, nie można jednak tracić z oczu sytuacji podrzędności, w jakiej znajduje się konsument wobec przedsiębiorcy w odniesieniu zarówno do siły negocjacyjnej, jak i poziomu poinformowania⁴⁸. Nie można ignorować zagrożenia, że zrzeczenie się przez konsumenta powoływania się na nieuczciwy charakter warunku umownego wynika z nadużycia siły⁴⁹ przez przedsiębiorcę. Zawierając z przedsiębiorcą porozumienie przewidujące podobne zrzeczenie się, konsument nie może więc zrzec się wszelkiej ochrony sądowej, a tę sytuację podrzędności powinna móc zrównoważyć „pozytywna interwencja” podmiotu niebędącego stroną umowy⁵⁰.

52. W tym względzie pragnę zauważyć, że podobne porozumienie między przedsiębiorcą a konsumentem stanowi z definicji umowę, która z jednej strony podlega powszechnym i szczególnym normom prawa umów, mającego do niej zastosowanie, a z drugiej strony może podlegać, podobnie jak jakakolwiek inna umowa między przedsiębiorcą a konsumentem, dyrektywie 93/13⁵¹. Wyłącznie w sytuacji, gdy porozumienie to jest zgodne z tymi różnymi normami, zrzeczenie się jest wiążące dla konsumenta.

53. W konsekwencji warunki wspomnianego porozumienia mogą zostać poddane kontroli sądu⁵². Pragnę ponadto zauważyć, że jakkolwiek strony w postępowaniu głównym spierają się w niniejszej sprawie o to, czy XZ może żądać od sądu stwierdzenia nieuczciwego charakteru klauzuli „dolnego progu” zawartej pierwotnie w umowie kredytu hipotecznego, to jednak biorąc pod uwagę zawarcie „umowy odnowienia zmieniającej kredyt” nic nie stoi na przeszkodzie temu, aby XZ mogła kwestionować przed sądem ważność warunków tego ostatniego porozumienia⁵³.

54. Tymczasem moim zdaniem to właśnie w ramach tej kontroli sądowej sąd może dokonać „pozytywnej interwencji” niezbędnej dla ochrony konsumenta przed nadużyciem siły przez przedsiębiorcę. Sąd powinien w szczególności zbadać, także z urzędu, gdy przedstawiono mu podobne porozumienie, czy zrzeczenie się przez konsumenta możliwości powoływania się na nieuczciwy charakter danego warunku umownego wynika z jego wolnej i świadomej zgody, lub przeciwnie z takiego nadużycia. Oznacza to z jednej strony zbadanie w szczególności⁵⁴, czy warunki tego porozumienia zostały wynegocjowane lub przeciwnie, narzucone przez przedsiębiorcę, a w tym drugim przypadku, czy zostały spełnione wymogi przejrzystości, równowagi i dobrej wiary wynikające z dyrektywy 93/13.

55. Biorąc pod uwagę całość powyższych rozważań, proponuję, aby Trybunał na pytanie pierwsze udzielił odpowiedzi, że art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 nie sprzeciwia się temu, aby w sytuacji gdy konsument i przedsiębiorca są związani umową i powstały poważne wątpliwości co do potencjalnie nieuczciwego charakteru warunku tej umowy w rozumieniu art. 3 ust. 1 tej dyrektywy, a strony późniejszym porozumieniem zmieniły rozpatrywany warunek, potwierdziły ważność pierwotnej umowy i wzajemnie zrzekły się podważania jej warunków przed sądem, uznać wiążący skutek tego porozumienia wobec konsumenta, o ile jednak omawiane porozumienie wynika z jego wolnej i świadomej zgody.

48 Zobacz orzecznictwo przytoczone w pkt 36 niniejszej opinii.

49 Zobacz motyw dziewiąty dyrektywy 93/13.

50 Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 27 czerwca 2000 r., *Océano Grupo Editorial i Salvat Editores*, od C-240/98 do C-244/98, EU:C:2000:346, pkt 27, z dnia 6 października 2009 r., *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, pkt 31; a także z dnia 14 kwietnia 2016 r., *Sales Sinués i Drame Ba*, C-381/14 i C-385/14, EU:C:2016:252, pkt 23.

51 Jak wskazuje jej motyw dziesiąty, dyrektywa 93/13 stosuje się do „wszelkich umów” zawieranych między przedsiębiorcą a konsumentem.

52 Zobacz opinia rzecznika generalnego N. Wahla w sprawie *Gavrilescu*, C-627/15, EU:C:2017:690, pkt 55.

53 Zobacz pkt 33 niniejszej opinii.

54 Kwestię tego, czy zgoda konsumenta ma charakter „wolny”, należy zbadać w świetle norm krajowych w dziedzinie wad oświadczenia woli. Ponadto, jeśli chodzi o „świadomy” charakter zgody konsumenta, prawo państw członkowskich może przewidywać gwarancje wokół transakcji takich jak odnowienie zobowiązania, potwierdzenie lub ugoda w celu w szczególności zapewnienia, że strony zawarły taką transakcję z pełną znajomością rzeczy. Zobacz tytułem przykładu art. 1182 francuskiego kodeksu cywilnego przewidującego, że akt o charakterze potwierdzenia zobowiązania musi wskazywać w szczególności wadę, jaką dotknięta jest umowa.

56. Biorąc pod uwagę tę propozycję odpowiedzi, w drugiej części niniejszej opinii przedstawię przesłanki, jakie musi spełniać porozumienie takie jak to, o którym mowa w poprzednim punkcie, aby było zgodne z dyrektywą 93/13. W tym celu, zgodnie z tym, co wskazałem w pkt 54 niniejszej opinii, powrócę na wstępie do pojęcia „warunku umowy, który nie był indywidualnie negocjowany” w rozumieniu art. 3 ust. 1 tej dyrektywy, które stanowi pojęcie będące przedmiotem pytania prejudycjalnego drugiego (śródtytuł B). Zbadam następnie wymogi przejrzystości, równowagi i dobrej wiary wynikające z omawianej dyrektywy, przywołane w pytaniach prejudycjalnych trzecim, czwartym i piątym(śródtytuł C).

B. W przedmiocie pojęcia „warunku umowy, który nie był indywidualnie negocjowany” (pytanie drugie)

57. Według mojego rozumienia sąd odsyłający zmierza w pytaniu drugim do uzyskania wyjaśnień w przedmiocie pojęcia „warunku umowy, który nie był indywidualnie negocjowany” zawartego w art. 3 ust. 1 dyrektywy 93/13, aby móc poddać kontroli warunki „umowy odnowienia zmieniającej kredyt” z punktu widzenia wymogów przejrzystości, równowagi i dobrej wiary przewidzianych w tej dyrektywie. Pragnę przypomnieć, że zgodnie z omawianym art. 3 ust. 1 rzeczona dyrektywa stosuje się wyłącznie do warunków umownych, które nie były przedmiotem takich negocjacji. Przepis ten wprowadza więc warunek wstępny wobec takiej kontroli. Temat ten wymaga jednak w istocie moim zdaniem kilku wyjaśnień⁵⁵.

58. Dyrektywa 93/13 nie definiuje omawianego pojęcia „warunku umowy, który nie był indywidualnie negocjowany”. W art. 3 ust. 2 tej dyrektywy uściślono jednak, w akapicie pierwszym, że taki warunek zostanie zawsze uznany za niewynegocjowany indywidualnie, jeżeli został „sporządzony wcześniej” i konsument „nie miał w związku z tym wpływu na jego treść”, zwłaszcza w ramach „umowy standardowej [umowy adhezyjnej]”.

59. Z tego przepisu wynika moim zdaniem wiele wniosków. Na wstępie warunek umowny jest „wynegocjowany indywidualnie” zgodnie ze zwykłym rozumieniem tego zwrotu, kiedy był szczególnie dyskutowany między stronami. Następnie nie jest tak w szczególności wówczas, gdy rozpatrywany warunek umowny został sporządzony przez przedsiębiorcę „wcześniej” w stosunku do wszelkiej dyskusji na temat, którego on dotyczy. Wreszcie, jak podnosi Komisja, decydującym kryterium jest kwestia, czy konsument miał możliwość wywarcia wpływu na jego treść czy nie⁵⁶.

60. Wynika z tego również, że warunki umowne, na których treść konsumenci nie mogli mieć wpływu, obejmują w szczególności warunki zawarte w tzw. umowach „adhezyjnych”, które mogą oni jedynie przyjąć lub odrzucić w całości, a więc ich margines swobody ogranicza się do zawarcia albo niezawarcia umowy z przedsiębiorcą. Pojęcie „umowy adhezyjnej” jest zresztą ściśle związane z pojęciem „warunków ogólnych”, mianowicie sporządzonych wcześniej standardowych warunków umownych, których przedsiębiorca używa systematycznie w jego relacjach handlowych w celu ograniczenia swoich kosztów transakcji.

⁵⁵ Trybunał dotychczas ograniczał się w istocie do przypomnienia sądom krajowym treści art. 3 dyrektywy 93/13. Zobacz postanowienia: z dnia 16 listopada 2010 r., Pohotovost', C-76/10, EU:C:2010:685, pkt 57; z dnia 3 kwietnia 2014 r., Sebestyén, C-342/13, EU:C:2014:1857, pkt 24.

⁵⁶ Zobacz podobną definicję w art. II-1:110 ust. 1 *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* [C. Von Bar, i in. (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Interim Outline Edition; prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2008, s. 160]. Zobacz również podobnie opinia rzecznika generalnego E. Tancheva w sprawie OTP Bank i OTP Faktoring, C-51/17, EU:C:2018:303, pkt 53.

61. Jakkolwiek warunki ogólne i umowy standardowe stanowią w ten sposób „centralny punkt” dyrektywy 93/13, pragnę jednak podkreślić, że stosuje się ona do wszystkich niewynegocjowanych warunków umownych. Po prostu, w przypadku sporządzonego wcześniej standardowego warunku umownego art. 3 ust. 2 tej dyrektywy ustanawia zwykle domniemanie braku negocjacji, wzruszalne w drodze dowodu przeciwnego, którego ciężar spoczywa na przedsiębiorcy⁵⁷. W przeciwnym przypadku domniemanie to nie ma zastosowania, a ciężar dowodu wykazania braku negocjacji ponownie spoczywa na konsumentcie.

62. W sprawie w postępowaniu głównym do sądu krajowego należało będzie ustalenie, czy warunki „umowy odnowienia zmieniającej kredyt” były indywidualnie wynegocjowane w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 93/13 czy nie⁵⁸. Punktem wyjścia jego analizy powinno być zbadanie, czy te warunki stanowią sporządzone wcześniej standardowe warunki umowne – co wydaje się mieć miejsce⁵⁹. Jeśli tak jest rzeczywiście, braku takich negocjacji należy domniemywać, zgodnie z art. 3 ust. 2 tej dyrektywy, i do banku Ibercaja będzie należało przedstawienie dowodu przeciwnego.

63. W tej ostatniej kwestii pragnę wyjaśnić, że ustalenie, czy przeprowadzono negocjacje, należy oprzeć – jak twierdzi Komisja – na okolicznościach towarzyszących zawarciu umowy. Konsument miał możliwość wywarcia wpływu na treść danego warunku, jeśli to zawarcie było poprzedzone dyskusją między stronami dającą mu rzeczywistą sposobność w tym względzie. Niezbędne jest zatem przedstawienie dowodów wykazujących nie tylko to, że podobne dyskusje przeprowadzono, ale także że konsument brał w ich trakcie czynny udział w ustalaniu treści warunku⁶⁰.

64. W niniejszej sprawie pragnę zauważyć, że bank Ibercaja ogranicza się w istocie do utrzymywania, że zgodnie z informacjami zawartymi w wewnętrznym dokumencie określającym politykę, jaką należy przyjąć w odniesieniu do renegotjacji klauzul „dolnego progu” zawartych w umowach kredytu z jego klientami⁶¹, najniższy próg, jaki jej pracownicy mogli im zaoferować w tych ramach, wynosił 2,75%. Okoliczność, że „umowa odnowienia zmieniająca kredyt” zawarta z XZ przewiduje „dolny próg” wynoszący 2,35%, wskazuje więc, że strony przeprowadziły negocjacje. Do sądu odsyłającego należy ustalenie wartości dowodowej tych informacji, które moim zdaniem nie są w pełni wystarczające do wykazania okoliczności przedstawionych w poprzednim punkcie⁶².

65. Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, proponuję Trybunałowi udzielenie na pytanie drugie odpowiedzi, że warunek umowny nie został wynegocjowany indywidualnie w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 93/13, jeśli konsument nie miał rzeczywistej możliwości wywarcia wpływu na jego treść. Tę kwestię ocenia się z punktu widzenia okoliczności towarzyszących zawarciu umowy i w szczególności

57 Jakkolwiek bowiem art. 3 ust. 2 akapit pierwszy dyrektywy 93/13 wydaje się wskazywać, że sporządzony wcześniej warunek umowny „zawsze” (to znaczy nieuchronnie) należy uważać za niewynegocjowany indywidualnie, to jednak w akapicie trzecim pozostawiono przedsiębiorcy możliwość wykazania, że standardowy warunek umowny (z założenia sporządzony wcześniej) został wynegocjowany indywidualnie.

58 Zobacz analogicznie wyrok z dnia 16 stycznia 2014 r., Constructora Principado, C-226/12, EU:C:2014:10, pkt 19; postanowienie z dnia 24 października 2019 r., Topaz, C-211/17, niepublikowane, EU:C:2019:906, pkt 46.

59 Bank Ibercaja sam przyznaje, że zawarcie takich porozumień z jego klientami wynikało z ogólnej polityki (zob. pkt 22 niniejszej opinii). Ponadto, w wyroku z dnia 11 kwietnia 2018 r., który dotyczy, jak pragnę przypomnieć, porozumienia identycznego z porozumieniem rozpatrywanym w postępowaniu głównym, Tribunal Supremo (sąd najwyższy) orzekł, że warunki tego porozumienia nie zostały wynegocjowane indywidualnie, a więc mogły one podlegać kontroli z punktu widzenia wymogu przejrzystości ustanowionego w art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13 (zob. pkt 26, 82 niniejszej opinii).

60 Podobnie sama okoliczność, że przedsiębiorca wyjaśnił treść warunku konsumentowi, nie oznacza przeprowadzenia negocjacji. Dotyczy to także okoliczności, że konsument nie sprzeciwił się treści warunku umownego lub żądał wyjaśnień co do jego treści. Natomiast okoliczność, że warunek umowny został zmieniony co do istoty w trakcie rozmów między stronami, wskazuje na indywidualne negocjacje. W sytuacji, w której po usłyszeniu wyjaśnień przedsiębiorcy konsument wysuwa kontrproponycję i strony przeprowadzają dyskusję prowadzącą do kompromisu, wówczas warunek należy uznać za wynegocjowany (zob. C. Von Bar i in., op. cit., s. 161, 162).

61 Zobacz pkt 22 niniejszej opinii.

62 Podobnie sama okoliczność, że „umowa odnowienia zmieniająca kredyt” zawiera odrębnie sporządzony warunek, w którym konsument potwierdza, iż rozumie klauzulę „dolnego progu” (zob. pkt 14 niniejszej opinii), nie wykazuje, że wynegocjowano go indywidualnie. Zobacz podobnie postanowienie z dnia 24 października 2019 r., Topaz, C-211/17, niepublikowane, EU:C:2019:906, pkt 47–51.

zakresu dyskusji przeprowadzonych między stronami w odniesieniu do zagadnienia, którego ten warunek dotyczy. Jeśli chodzi o wcześniej sporządzony standardowy warunek umowny, do przedsiębiorcy należy przedstawienie dowodu na to, że został on w ten sposób wynegocjowany, zgodnie z art. 3 ust. 2 tej dyrektywy.

C. W przedmiocie kontroli wymogów przejrzystości, równowagi i dobrej wiary wynikających z dyrektywy 93/13 (pytania trzecie, czwarte i piąte)

66. Przy założeniu, że warunki „umowy odnowienia zmieniającej kredyt” nie zostały wynegocjowane indywidualnie w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 93/13, sąd odsyłający w pytaniach trzecim, czwartym i piątym zwraca się do Trybunału o udzielenie odpowiedzi w przedmiocie zgodności z wymogami przejrzystości, równowagi i dobrej wiary dwóch istotnych warunków tego porozumienia: z jednej strony, warunku przewidującego wzajemne zrzeczenie się sądowego dochodzenia roszczeń, z drugiej strony, nowej klauzuli „dolnego progu”, zmieniającej próg zawarty w umowie kredytu hipotecznego wiążącej XZ i bank Ibercaja. Zbadam po kolei te dwa warunki.

1. Kontrola warunku przewidującego wzajemne zrzeczenie się sądowego dochodzenia roszczeń

67. Pytania trzecie i piąte sądu odsyłającego dotyczą w istocie tego, czy art. 3 ust. 1 dyrektywy 93/13 w związku z pkt 1 lit. q) załącznika do niej należy interpretować w ten sposób, że warunek przewidujący wzajemne zrzeczenie się sądowego dochodzenia roszczeń, który nie został indywidualnie wynegocjowany, jest nieuczciwy w rozumieniu omawianego art. 3 ust. 1, ponieważ z jednej strony uniemożliwia on konsumentowi wykonywanie praw, o których istnieniu dowiedział się po zawarciu tego porozumienia, w tym skorzystanie z możliwości żądania zwrotu kwot wpłaconych w zastosowaniu klauzuli „dolnego progu”⁶³, a z drugiej strony nie poinformowano w nim konsumenta o potencjalnie nieuczciwym charakterze tego ostatniego warunku lub kwot wpłaconych w jego zastosowaniu, których zwrotu miałby on potencjalnie prawo się domagać.

68. W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 3 ust. 1 dyrektywy 93/13 warunek umowny, który nie był indywidualnie negocjowany, jest uważany za nieuczciwy, jeśli wbrew wymogom *dobrej wiary* powoduje *znaczną nierównowagę* wynikających z umowy praw i obowiązków stron ze szkodą dla konsumenta. Ponadto w art. 5 tej dyrektywy przewidziano, że w przypadku umów, w których przedstawiane konsumentowi warunki wyrażone są na piśmie, muszą one zawsze być sporządzone prostym i zrozumiałym językiem, zaś ten ostatni wymóg jest z reguły określany jako wprowadzający nakaz *przejrzystości*. Co więcej, w pkt 1 lit. q) załącznika do omawianej dyrektywy wymieniono, jako warunki, które mogą być nieuczciwe, warunki, których celem lub skutkiem jest „wyłączenie lub ograniczenie prawa konsumenta do wystąpienia z powództwem lub skorzystania z innego środka zabezpieczającego”.

69. W tym kontekście Komisja utrzymuje, że warunek przewidujący wzajemne zrzeczenie się sądowego dochodzenia roszczeń, który nie był indywidualnie negocjowany w rozumieniu omawianego art. 3 ust. 1 dyrektywy 93/13 – jak to prawdopodobnie miało miejsce w przypadku warunku zawartego w „umowie odnowienia zmieniającej kredyt” – jest *nieuczciwy sam w sobie*, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowego badania w tym względzie⁶⁴.

⁶³ Zobacz wyrok Gutiérrez Naranjo, pkt 62.

⁶⁴ Zobacz w odniesieniu do warunku dotyczącego jurysdykcji, który nie był indywidualnie negocjowany i wskazuje sądy siedziby przedsiębiorcy, wyrok z dnia 27 czerwca 2000 r., Océano Grupo Editorial i Salvat Editores, od C-240/98 do C-244/98, EU:C:2000:346, pkt 24.

70. Ze swojej strony i zgodnie z wyjaśnieniami przedstawionymi w części A niniejszej opinii, jestem zdania, że odpowiedź musi być bardziej zniuansowana. Poza okolicznością, że wykaz zawarty w załączniku do dyrektywy 93/13 jest, zgodnie z jej art. 3 ust 3, wyłącznie przykładowy, a w konsekwencji warunek umowny nie może zostać uznany za nieuczciwy z tego tylko powodu, iż jest w nim wymieniony⁶⁵, należy moim zdaniem mieć na uwadze rozróżnienie między *wcześniejszym* *zrzeczeniem się* i *późniejszym zrzeczeniem się*.

71. Z jednej strony, warunek umowy przewidujący zrzeczenie się sądowego dochodzenia roszczeń zawarty w umowie sprzedaży lub świadczenia usług należy rzeczywiście uznać za nieuczciwy sam w sobie. Jak bowiem wskazałem w pkt 43 i 44 niniejszej opinii, konsument nie może nigdy uprzednio zrzec się ochrony sądowej i praw przyznanych mu w dyrektywie 93/13. Nie ma w tym względzie znaczenia, czy to zrzeczenie się byłoby wzajemne.

72. Natomiast, z drugiej strony, uważam, że dyrektywa 93/13 nie sprzeciwia się co do zasady warunkom umownym przewidującym wzajemne zrzeczenie się roszczeń sądowych, kiedy zostają one zawarte w porozumieniach, takich jak ugoda, których przedmiotem jest właśnie rozstrzygnięcie sporu istniejącego między konsumentem a przedsiębiorcą.

73. W takim kontekście bowiem, jak wskazałem w pkt 47 niniejszej opinii, warunek przewidujący zrzeczenie się sądowego dochodzenia roszczeń może zostać uznany za objęty „głównym przedmiotem” podobnego porozumienia w rozumieniu art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13. Pragnę przypomnieć, że zdaniem Trybunału warunki umowne są objęte tym pojęciem, jeśli określają podstawowe świadczenia w ramach danej umowy i z tego względu charakteryzują tę umowę⁶⁶. W tym względzie właśnie istotą w szczególności ugody jest przyjęcie warunków przewidujących zrzeczenie się wszelkich praw, roszczeń sądowych lub innych roszczeń dotyczących sporu, który jest ich źródłem, oraz uniemożliwienie wystąpienia z powództwem lub prowadzenia postępowania sądowego między stronami o tym samym przedmiocie⁶⁷.

74. Tymczasem w zastosowaniu tego art. 4 ust. 2 warunki umowne objęte „głównym przedmiotem umowy” nie podlegają co do zasady ocenie pod kątem ich ewentualnie nieuczciwego charakteru⁶⁸. O ile warunek umowny przewidujący zrzeczenie się sądowego dochodzenia roszczeń wpisuje się w szczególny kontekst, o którym mowa w dwóch poprzednich punktach, o tyle nie może on być uważany za nieuczciwy sam w sobie.

75. W tym szczególnym kontekście podobny warunek umowny nie jest również moim zdaniem nieuczciwy z tego tylko powodu, że może uniemożliwić konsumentowi wykonywanie praw, o których dowiedział się po zawarciu porozumienia zawierającego ten warunek. Jak podkreśla sąd odsyłający w swoim pytaniu piątym, jest tak w niniejszej sprawie w odniesieniu do prawa uzyskania zwrotu, jakie przysługuje XZ na podstawie art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13. W tym względzie pragnę przypomnieć, że w wyroku z dnia 9 maja 2013 r. dotyczącym klauzul „dolnego progu” Tribunal Supremo (sąd najwyższy) ograniczył skutki w czasie swojego wyroku, który nie miał dotyczyć płatności dokonanych przed dniem jego ogłoszenia. Tymczasem porozumienie to zostało zawarte w dniu 4 marca 2014 r., a więc po tym wyroku, czyli dwa lata przed wyrokiem Gutiérrez Naranjo, ogłoszonym w dniu 21 grudnia 2016 r., w którym Trybunał orzekł, że omawiany art. 6 ust. 1 sprzeciwia się takiemu

65 Zobacz wyrok z dnia 19 września 2019 r., Lovasné Tóth, C-34/18, EU:C:2019:764, pkt 45, 46 i 49 i przytoczone tam orzecznictwo.

66 Zobacz wyroki: z dnia 30 kwietnia 2014 r., Kásler i Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, pkt 49, 50; z dnia 20 września 2017 r., Andriuciu i in., C-186/16, EU:C:2017:703, pkt 35, 36.

67 Zobacz art. 1816 hiszpańskiego kodeksu cywilnego oraz R. Caponi, *Agreements Resulting from Mediation: Judiciation Review, Avoidance, and Enforcement*, w: M. Stürner i in., *The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice*, 2013, Sellier, s. 149 i nast.

68 Zgodnie z tym przepisem „[o]cena 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”. Zobacz wyroki: z dnia 3 czerwca 2010 r., Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, pkt 31, 35, 40; z dnia 30 kwietnia 2014 r., Kásler i Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, pkt 41.

ograniczeniu⁶⁹. Niemiej jednak ocenę nieuczciwego charakteru warunku umownego należy przeprowadzać *w odniesieniu do chwili zawarcia danej umowy* z uwzględnieniem wszystkich okoliczności, o których przedsiębiorca mógł wiedzieć w rzeczonyj chwili i które mogły wpływać na jej późniejsze wykonanie⁷⁰.

76. Do sądu odsyłającego będzie należało zbadanie w sprawie w postępowaniu głównym kwestii, czy warunek umowny przewidujący wzajemne zrzeczenie się sądowego dochodzenia roszczeń zawarty w „umowie odnowienia zmieniającej kredyt” jest rzeczywiście objęty „głównym przedmiotem umowy” w rozumieniu art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13. Będzie to zależało w szczególności od tego, czy – jak utrzymuje bank Ibercaja – chodzi rzeczywiście o ugodę⁷¹.

77. Zważywszy na powyższe, w każdym razie nie można przerwać analizy w tym punkcie. Pragnę bowiem przypomnieć, że zgodnie z art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13 warunki objęte „głównym przedmiotem umowy” nie podlegają ocenie ich ewentualnego nieuczciwego charakteru, *o ile zostały wyrażone prostym i zrozumiałym językiem*. Wymogu przejrzystości zawartego w art. 5 dyrektywy 93/13 należy zatem przestrzegać nawet w odniesieniu do tych warunków umownych.

78. W tym względzie, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału tego wymogu przejrzystości nie można zawęzić do samego aspektu zrozumiałości warunków umownych pod względem formalnym i gramatycznym⁷². W art. 4 ust. 2 i art. 5 dyrektywy 93/13 wprowadzono kontrolę *materialnej przejrzystości* tych warunków umownych⁷³. Warunek umowny jest przejrzysty, z materialnego punktu widzenia, jeśli właściwie poinformowany oraz dostatecznie uważny i rozsądny przeciętny konsument może zrozumieć konsekwencje prawne i ekonomiczne, które wynikają dla niego z tego warunku. Należy w szczególności zbadać, czy w umowie przedstawiono w sposób przejrzysty powody i specyfikę mechanizmu, o którym mowa w rozpatrywanym warunku. W tych ramach znaczenie mają także reklama i informacje przedstawione przez przedsiębiorcę przed zawarciem umowy w przedmiocie warunków umownych i ich konsekwencji dla konsumenta⁷⁴.

79. Co się tyczy warunku umownego przewidującego wzajemne zrzeczenie się kwestionowania przed sądem ważności istniejącej wcześniej klauzuli, wpisującego się w porozumienie takie jak ugoda, jestem zdania, że przeciętny konsument może zrozumieć konsekwencje prawne i ekonomiczne, które płyną dla niego z tego warunku, jeśli w chwili zawarcia tego porozumienia ma on świadomość wady, którą jest potencjalnie dotknięta ta ostatnia klauzula, praw, które mogłyby mu przysługiwać w tym względzie na podstawie dyrektywy 93/13, okoliczności, że ma on swobodę wyboru co do podpisania

69 Zobacz pkt 21 i 23 niniejszej opinii.

70 Zobacz podobnie wyrok z dnia 20 września 2017 r., Andriuciu i in., C-186/16, EU:C:2017:703, pkt 54.

71 Tribunal Supremo (sąd najwyższy), w swoim wyroku z dnia 11 kwietnia 2018 r., uznał, że warunki ugody, takie jak przewidziane w art. 1809 kodeksu cywilnego (zob. przypis 16 niniejszej opinii), były spełnione w przypadku porozumienia takiego, jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, ponieważ strony zmierzały do ostatecznego uregulowania „sytuacji niepewności” dotyczącej ważności klauzul „dolnego progu” poprzez zrzeczenie się sądowego dochodzenia roszczeń w zamian za „wzajemne ustępstwa”: z jednej strony instytucja kredytowa, korzystająca z pewnego „dolnego progu”, zgadza się na obniżenie tego progu, z drugiej strony konsument, który nie chce klauzuli „dolnego progu”, zgadza się na przyjęcie niższego dolnego progu, niż został pierwotnie określony (zob. pkt 26 niniejszej opinii). W swoim zdaniu odrębnym sędzia Orduña Moreno twierdził natomiast, że porozumienie to było odnowieniem, ponieważ zamiar banku w tym względzie był jasny, a omawiane porozumienie nie odzwierciedlało istnienia spornej sytuacji między stronami. Podobnie Audiencia Provincial de Badajoz (sąd prowincji Badajoz, Hiszpania), w wyroku z dnia 26 kwietnia 2018 r., nr 168/2018, orzekając w przedmiocie podobnej umowy, uznał, że nie może być mowy o ugodzie, biorąc pod uwagę okoliczność, że między stronami nie istniał spór. Mam wątpliwości odnośnie do analizy Tribunal Supremo (sąd najwyższy) w tym względzie (zob. pkt 80 niniejszej opinii).

72 Zobacz wyroki: z dnia 30 kwietnia 2014 r., Kásler i Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, pkt 71, 72; z dnia 20 września 2018 r., EOS KSI Slovensko, C-448/17, EU:C:2018:745, pkt 61.

73 Zobacz wyrok Gutiérrez Naranjo, pkt 48–51.

74 Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 30 kwietnia 2014 r., Kásler i Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, pkt 73, 74; z dnia 5 czerwca 2019 r., GT, C-38/17, EU:C:2019:461, pkt 35. Trybunał orzekał bowiem wielokrotnie, że ta informacja ma dla konsumenta podstawowe znaczenie. To mianowicie na podstawie tej informacji konsument podejmuje decyzję o tym, czy zamierza się związać warunkami umownymi sporządzonymi wcześniej przez przedsiębiorcę. Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 21 marca 2013 r., RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, pkt 44; z dnia 20 września 2017 r., Andriuciu i in., C-186/16, EU:C:2017:703, pkt 48.

tego porozumienia lub odmowy podpisania go i zwrócenia się do sądu oraz okoliczności, że właśnie tego nie będzie już mógł zrobić po jego zawarciu⁷⁵. Do sądu odsyłającego będzie należało zbadanie tego w sprawie w postępowaniu głównym z punktu widzenia warunków „umowy odnowienia zmieniającej kredyt” i informacji dostarczonych XZ przez bank Ibercaja przed zawarciem umowy.

80. W tych ramach sąd ów będzie zobowiązany zbadać z jednej strony, czy XZ miała rzeczywiście świadomość – przed zawarciem „umowy odnowienia zmieniającej kredyt” – wady, jaką potencjalnie dotknięta jest klauzula „dolnego progu” zawarta w jej umowie kredytu, i praw, jakie mogły jej przysługiwać w danym przypadku na podstawie dyrektywy 93/13. W tym względzie ograniczę się do poczynienia obserwacji, że nie jest pewne, iż XZ w ogóle złożyła do banku Ibercaja zażalenie zmierzające do zniesienia tej klauzuli ani iż umowa została przedstawiona przez ten bank nie jako uгода oznaczająca istnienie sporu w tej kwestii między stronami⁷⁶, ale jako „umowa odnowienia” zmierzająca do przystosowania umowy kredytu hipotecznego do zmian koniunktury gospodarczej. Przewidziany w tym porozumieniu warunek umowy przewidujący wzajemne zrzeczenie się sądowego dochodzenia roszczeń jest sam w sobie niejasny, ponieważ ma szczególnie szeroki zakres: nie jest nakierowany na kwestię ważności klauzuli „dolnego progu”, lecz odnosi się do wszystkich warunków umowy kredytu hipotecznego.

81. Omawiany sąd winien zbadać z drugiej strony, czy XZ została poinformowana przez bank Ibercaja o okoliczności, że mogła ona zawrzeć to porozumienie lub odmówić jego zawarcia i zwrócić się do sądu, oraz o okoliczności, że nie będzie ona mogła już tego właśnie zrobić po jego zawarciu⁷⁷. W tych ramach znaczenie ma również kwestia, czy XZ dysponowała rozsądnym czasem do namysłu przed podjęciem swojej decyzji. W tej kwestii pragnę jedynie wskazać, że bezsporne jest, iż projekt porozumienia nie został jej wcześniej przedstawiony⁷⁸ i że nie dysponowała ona również sposobnością do zabrania go do domu, ponieważ zmuszono ją do podjęcia decyzji na miejscu.

82. Co prawda, w wyroku z dnia 11 kwietnia 2018 r. Tribunal Supremo (sąd najwyższy) orzekł, że porozumienie takie jak to zawarte przez XZ spełniało w istocie wymóg przejrzystości ze względu na to, że jego wyrok z dnia 9 maja 2013 r. dotyczący klauzul „dolnego progu” był znany publicznie, zaś to porozumienie zawierało odrębny warunek, w którym konsument uznawał, że zrozumiał znaczenie nowej klauzuli „dolnego progu”. Niemniej jednak mam wątpliwości co do tego rozumowania. Ewentualna powszechna znajomość orzeczenia nie wystarczy bowiem, moim zdaniem, do zwolnienia przedsiębiorcy w sytuacji takiej jak w postępowaniu głównym, z jego obowiązku sporządzenia przejrzystych warunków umownych i działania w sposób całkowicie przejrzysty na etapie

75 Moim zdaniem w tej kwestii można zaczerpnąć inspiracji z gwarancji przewidzianych przez prawodawcę Unii w dyrektywie 2013/11, przywołanej w pkt 49 niniejszej opinii. Zgodnie z art. 9 ust. 2 tej dyrektywy „[w] postępowaniach ADR mających na celu rozstrzygnięcie sporu poprzez zaproponowanie rozwiązania, państwa członkowskie zapewniają, aby [...] b) strony, zanim zgodzą się one na zaproponowane rozwiązanie lub zastosują się do niego, zostały poinformowane, że: (i) mogą nie zgodzić się z zaproponowanym rozwiązaniem lub nie zastosować się do niego; (ii) udział w postępowaniu nie wyklucza możliwości dochodzenia roszczeń w postępowaniu sądowym; (iii) zaproponowane rozwiązanie może różnić się od wyniku ustalonego przez sąd na podstawie zastosowania przepisów prawa; c) strony, zanim zgodzą się one na zaproponowane rozwiązanie lub zastosują się do niego, zostały poinformowane o prawnych skutkach zgody na to rozwiązanie lub zastosowania się do niego; d) stronom, zanim wyrażą one zgodę na zaproponowane rozwiązanie lub rozwiązanie polubowne, dano rozsądny czas do namysłu”.

76 Tytułem przykładu, w dziedzinie umów dotyczących jurysdykcji w transgranicznych sporach konsumenckich (zob. przypis 35 niniejszej opinii), uważa się, że spór powstaje między stronami, jeśli nie zgadzają się one co do określonej kwestii, a postępowanie sądowe wydaje się nieuniknione lub bliskie w czasie [zob. raport Jenarda dotyczący konwencji brukselskiej z dnia 27 września 1968 r. (Dz.U. 1979, C 59, s. 1), s. 33]. Samo zażalenie konsumenta nie wystarczy do uznania, że tak jest: trzeba jeszcze, aby przedsiębiorca odmówił uwzględnienia go (P.A. Nielsen, op.cit., s. 520).

77 Nie oznacza to siłą rzeczy, jak wskazuje sąd odsyłający, że przedsiębiorca musi wskazać dokładne kwoty, z których konsument rezygnuje. Taki wymóg wydaje mi się nierealistyczny w ramach negocjowania ugody. Trybunał dokłada zresztą starań w odniesieniu do wymogu przejrzystości, aby nie wykraczać poza to, czego można rozsądnie oczekiwać od przedsiębiorcy (zob. wyrok z dnia 19 września 2019 r., Lovasné Tóth, C-34/18, EU:C:2019:764, pkt 69). Ponadto w niniejszej sprawie, w chwili zawarcia „umowy odnowienia zmieniającej kredyt” bank nie mógł racjonalnie wiedzieć, że XZ będzie potencjalnie korzystała z takiego prawa do uzyskania zwrotu (zob. pkt 75 niniejszej opinii).

78 W motywie dwudziestym dyrektywy 93/13 wyjaśniono, że konsument powinien mieć faktycznie możliwość zapoznania się ze wszystkimi warunkami umowy. Ponadto Trybunał orzekł już, że okoliczność, iż zasada przejrzystości nakazuje, aby konsument otrzymał umowę z wyprzedzeniem, przyczynia się do przestrzegania nakazu przejrzystości. Zobacz podobnie postanowienie z dnia 24 października 2019 r., Topaz, C-211/17, niepublikowane, EU:C:2019:906, pkt 50.

poprzedzającym zawarcie umowy. Z drugiej strony, nie jestem pewny tego, że odrębny warunek umowny w kształcie narzuconym przez bank, odnoszący się do okoliczności, że konsument zrozumiał, iż jego stopa procentowa nie spadnie poniżej określonego progu, rzeczywiście dowodzi zrozumienia przez tego ostatniego znaczenia zrzeczenia się, na które wyraził zgodę.

83. W sytuacji gdyby sąd odsyłający potwierdził brak przejrzystości warunku przewidującego wzajemne zrzeczenie się sądowego dochodzenia roszczeń zawartego w „umowie odnowienia zmieniającej kredyt”, wynikałoby z tego, że mógłby on kontrolować nieuczciwy charakter tego warunku, pomimo że jest on objęty „głównym przedmiotem umowy” w rozumieniu art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13. Niemniej jednak taki brak przejrzystości byłby w mojej opinii wystarczający w szczególnym kontekście porozumienia takiego jak to będące przedmiotem postępowania głównego, w celu wykazania niezgodności rzeczonego warunku z tą dyrektywą bez nawet konieczności zbadania kryteriów znaczącej nierównowagi i dobrej wiary, które zostały przewidziane w art. 3 ust. 1. Z uwagi bowiem na taki brak przejrzystości zrzeczenia się, przewidzianego w tym samym warunku umownym, nie można by uznać za „świadomą zgodę” konsumenta⁷⁹. Zresztą w mojej opinii omawiany brak przejrzystości oraz asymetria informacji, jaką ona oznacza, pozwalałyby na przyjęcie założenia co do istnienia tej znaczącej nierównowagi i wskazywałyby na uchybienie przez bank Ibercaja wymogowi dobrej wiary⁸⁰.

84. Biorąc pod uwagę całość powyższych rozważań, sugeruję Trybunałowi udzielenie na pytania trzecie i piąte odpowiedzi, że warunek skutkujący wzajemnym zrzeczeniem się sądowego dochodzenia roszczeń, który nie był przedmiotem indywidualnych negocjacji, ma nieuczciwy charakter w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 93/13, chyba że został zawarty w porozumieniu, którego przedmiotem jest właśnie rozstrzygnięcie sporu istniejącego między konsumentem a przedsiębiorcą. Taki warunek musi być jednak zgodny z wymogiem przejrzystości wynikającym z art. 4 ust. 2 i art. 5 tej dyrektywy. Jeśli, w ramach takiego porozumienia, warunek przewiduje wzajemne zrzeczenie się prawa do kwestionowania przed sądem ważności istniejącej wcześniej klauzuli umownej, uznaje się, że przeciętny konsument rozumie konsekwencje prawne i ekonomiczne, które z tego dla niego wynikają, o ile w chwili zawarcia tego porozumienia ma on świadomość wady, którą ta ostatnia klauzula jest potencjalnie dotknięta, praw, jakie mogą mu w tym względzie przysługiwać na podstawie omawianej dyrektywy, okoliczności, że miał on możliwość podpisania tego porozumienia lub odmowy jego podpisania i zwrócenia się do sądu, oraz okoliczności, że nie będzie on już mógł tego zrobić po jego zawarciu.

2. Kontrola nowej klauzuli „dolnego progu”

85. W swoim pytaniu czwartym sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy warunek umowny, taki jak nowa klauzula „dolnego progu” zawarta w „umowie odnowienia zmieniającej kredyt”, jest dotknięty brakiem przejrzystości w rozumieniu art. 4 ust. 2 i art. 5 dyrektywy 93/13 z tego powodu, że bank nie poinformował konsumenta w tym porozumieniu o prawdziwym ekonomicznym koszcie tej klauzuli w taki sposób, aby mógł on poznać stopę procentową, która znalazłaby zastosowanie i raty miesięczne, które musiałby zapłacić w braku omawianej klauzuli.

86. Biorąc pod uwagę okoliczności rozpatrywane w postępowaniu głównym, prawdopodobne jest, że zmiana klauzuli „dolnego progu” jest objęta „głównym przedmiotem” w rozumieniu art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13 „umowy odnowienia zmieniającej kredyt”, i to bez względu na kwalifikację tego porozumienia, jakiej należy dokonać w prawie krajowym. Jeśli bowiem celem omawianego porozumienia jest – jak utrzymuje XZ – odnowienie klauzuli „dolnego progu” zawartej pierwotnie

⁷⁹ Zobacz sugerowaną odpowiedź na pierwsze pytanie prejudycjalne.

⁸⁰ Trybunał orzekł, że w celu ustalenia, czy nierównowaga spowodowana warunkiem umownym powstaje „w sprzeczności z wymogami dobrej wiary” w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 93/13, sąd krajowy musi w tym zakresie sprawdzić, czy przedsiębiorca traktujący konsumenta w sposób sprawiedliwy i słuszny mógłby racjonalnie spodziewać się, iż konsument ten przyjąłby taki warunek w drodze negocjacji indywidualnych. Zobacz w szczególności wyrok z dnia 14 marca 2013 r., Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, pkt 69.

w umowie kredytu hipotecznego, to wówczas ta nowa klauzula musi siłą rzeczy stanowić jego główny przedmiot. Jeśli celem tego porozumienia jest – jak utrzymują bank Ibercaja i rząd hiszpański – ostateczne rozstrzygnięcie sporu poprzez wymianę wzajemnych ustępstw, to wówczas omawiana klauzula również jest objęta tym głównym przedmiotem, ponieważ konkretyzuje ona te ustępstwa.

87. Niemniej jednak – jak wskazałem powyżej – nawet warunek umowny objęty „głównym przedmiotem” w rozumieniu art. 4 ust. 2 winien spełniać wymóg przejrzystości. Jak wskazałem, warunek umowny jest przejrzysty, kiedy przeciętny konsument może zrozumieć konsekwencje ekonomiczne, jakie dla niego wynikają z tego warunku. Co się tyczy klauzuli „dolnego progu”, zawierająca ją umowa winna wskazywać w przejrzysty sposób powody i specyfikę mechanizmu, o którym mowa w klauzuli⁸¹. W tym względzie Tribunal Supremo (sąd najwyższy) przedstawił w wyroku z dnia 9 maja 2013 r. dokładne wymogi dotyczące korzystania z tego rodzaju warunków w umowach kredytu⁸², które moim zdaniem wprowadzają w życie i konkretyzują wymóg przejrzystości ustanowiony w ogólnych zarysach przez Trybunał. Te warunki muszą być spełnione w niniejszej sprawie, niezależnie od okoliczności, że „umowa odnowienia zmieniająca kredyt” nie jest sama w sobie umową kredytu, ale formą zmiany takiej umowy. Do sądu odsyłającego będzie należało zbadanie tego.

88. Należy jednak poruszyć dwie szczególne kwestie. Z jednej strony, nie jestem pewien, że można od instytucji kredytowej wymagać, aby przedstawiła ona na przyszłość wysokość rat miesięcznych, które konsument byłby zobowiązany zapłacić w braku klauzuli „dolnego progu”. Skoro bowiem stopa procentowa zależy od trudnych do przewidzenia zmian gospodarczych, taki wymóg wydaje mi się nieracjonalny⁸³. Ponadto przedsiębiorca musi wskazać – na co zwrócił uwagę Tribunal Supremo (sąd najwyższy) – możliwe scenariusze odnośnie do racjonalnie dającego się przewidzieć zachowania stopy oprocentowania w dniu zawarcia umowy. Z drugiej strony, co do odrębnego warunku umownego sporządzonego przez konsumenta⁸⁴, któremu Tribunal Supremo (sąd najwyższy) przyznał w wyroku z dnia 11 kwietnia 2018 r. wagę rozstrzygającą dla wykazania poszanowania wymogu przejrzystości, uważam, że jakkolwiek warunek taki jest bezsprzecznie istotną wskazówką, to jednak nie może on być sam w sobie rozstrzygający. Z pewnością ten odrębnie sporządzony warunek dowodzi uwagi, jaką zwrócił konsument na skutki klauzuli „dolnego progu”. Niemniej jednak owa klauzula jest niewystarczająca dla wykazania przestrzegania ścisłych warunków przejrzystości ustanowionych przez Trybunał i przez Tribunal Supremo (sąd najwyższy). Wskazówkę, jaką stanowi ten odrębny warunek, należy zatem w mojej opinii uzupełnić innymi spójnymi informacjami.

89. Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, sugeruję Trybunałowi udzielenie na pytanie czwarte odpowiedzi, że klauzulę „dolnego progu” należy uważać za przejrzystą w rozumieniu art. 4 ust. 2 i art. 5 dyrektywy 93/13, jeśli konsument jest w stanie zrozumieć konsekwencje ekonomiczne, jakie z niej dla niego wynikają. W szczególności zawierająca ją umowa winna przedstawiać w sposób przejrzysty powody i specyfikę mechanizmu, o którym mowa w tej klauzuli. Natomiast nie można wymagać od przedsiębiorcy, aby wyjaśnił on na przyszłość raty miesięczne, jakie klient byłby zobowiązany zapłacić w braku omawianej klauzuli.

81 Zobacz pkt 78 niniejszej opinii.

82 Tribunal Supremo (sąd najwyższy) orzekł, że klauzuli „dolnego progu” brak jest przejrzystości, ponieważ a) nie zawiera ona wystarczająco jasnych informacji dotyczących okoliczności, że chodzi o element określający główny przedmiot umowy; b) klauzule zostały włączone w tym samym czasie, co klauzule górnego progu, i przedstawione w taki sposób, jakby stanowiły dla nich przeciwwagę; c) nie przedstawiono symulacji różnych scenariuszy co do rozsądnie przewidywalnych zmian stopy procentowej w dniu zawarcia umowy; d) nie przedstawiono wcześniejszej jasnej i zrozumiałej informacji co do kosztu porównanego z innymi opcjami pożyczek tej instytucji – jeśli takie istnieją – ani nie poinformowano klienta, że ze względu na jego sytuację te inne opcje nie są mu oferowane, oraz e) w przypadku warunków umownych wykorzystywanych przez BBVA usytuowane są one wśród ogromnej liczby danych, które je ukrywają i które odwracają uwagę konsumenta.

83 W szczególności wykraczałoby to, jak mi się wydaje, znacznie poza wymogi wprowadzone przez dyrektywę 2014/17, która choć nie ma zastosowania *ratione temporis* do sporu w postępowaniu głównym, dostarcza jednak użytecznego punktu odniesienia. Dyrektywa ta przewiduje bowiem w art. 14, że kredytodawca winien wypełnić swój przedumowny obowiązek informowania przy użyciu standardowego europejskiego arkusza informacyjnego ESIS określonego w załączniku II do omawianej dyrektywy. Tymczasem załącznik ten ogranicza się do przewidzenia w pkt 6 swojej sekcji 3, zatytułowanej „Główne cechy kredytu”, że „sekcja ta wyjaśnia, czy stopa oprocentowania kredytu jest stała czy zmienna oraz w odpowiednich przypadkach informuje, w jakich okresach będzie ona stała; precyzuje też częstotliwość przyszłych zmian i czy określone są granice zmian stopy oprocentowania, np. w postaci górnych lub dolnych limitów”.

84 Zobacz pkt 14 niniejszej opinii.

V. Wnioski

90. Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, sugeruję, aby Trybunał udzielił na pytania przedstawione przez Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 3 de Teruel (sąd pierwszej instancji i ds. dochodzeń nr 3 w Teruel, Hiszpania) następującej odpowiedzi:

- 1) Artykuł 6 ust. 1 dyrektywy Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich nie sprzeciwia się temu, aby w sytuacji gdy konsument i przedsiębiorca są związani umową i powstały poważne wątpliwości co do potencjalnie nieuczciwego charakteru warunku tej umowy w rozumieniu art. 3 ust. 1 tej dyrektywy, a strony późniejszym porozumieniem zmieniły rozpatrywany warunek, potwierdziły ważność pierwotnej umowy i wzajemnie zrzekły się podważania jej warunków przed sądem, uznać wiążący skutek tego porozumienia wobec konsumenta, o ile jednak omawiane porozumienie wynika z jego wolnej i świadomej zgody.
- 2) Warunek umowny nie został wynegocjowany indywidualnie w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 93/13, jeśli konsument nie miał rzeczywistej możliwości wywarcia wpływu na jego treść. Tę kwestię ocenia się z punktu widzenia okoliczności towarzyszących zawarciu umowy i w szczególności zakresu dyskusji przeprowadzonych między stronami w odniesieniu do zagadnienia, którego ten warunek dotyczy. Jeśli chodzi o wcześniej sporządzony standardowy warunek umowny, do przedsiębiorcy należy przedstawienie dowodu na to, że został on w ten sposób wynegocjowany, zgodnie z art. 3 ust. 2 tej dyrektywy.
- 3) Warunek skutkujący wzajemnym zrzeczeniem się sądowego dochodzenia roszczeń, który nie był przedmiotem indywidualnych negocjacji, ma nieuczciwy charakter w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 93/13, chyba że został zawarty w porozumieniu, którego przedmiotem jest właśnie rozstrzygnięcie sporu istniejącego między konsumentem a przedsiębiorcą. Taki warunek musi być jednak zgodny z wymogiem przejrzystości wynikającym z art. 4 ust. 2 i art. 5 tej dyrektywy. Jeśli, w ramach takiego porozumienia, warunek przewiduje wzajemne zrzeczenie się kwestionowania przed sądem ważności istniejącej wcześniej klauzuli umownej, uznaje się, że przeciętny konsument rozumie konsekwencje prawne i ekonomiczne, które z tego dla niego wynikają, o ile w chwili zawarcia tego porozumienia ma on świadomość wady, którą ta ostatnia klauzula jest potencjalnie dotknięta, praw, jakie mogą mu w tym względzie przysługiwać na podstawie omawianej dyrektywy, okoliczności, że miał on możliwość podpisania tego porozumienia lub odmowy jego podpisania i zwrócenia się do sądu, oraz okoliczności, że nie będzie on już mógł tego zrobić po jego zawarciu.
- 4) Klauzulę „dolnego progu” należy uważać za przejrzystą w rozumieniu art. 4 ust. 2 i art. 5 dyrektywy 93/13, jeśli konsument jest w stanie zrozumieć konsekwencje ekonomiczne, jakie z niej dla niego wynikają. W szczególności zawierająca ją umowa winna przedstawiać w sposób przejrzysty powody i specyfikę mechanizmu, o którym mowa w tej klauzuli. Natomiast nie można wymagać od przedsiębiorcy, aby wyjaśnił on na przyszłość raty miesięczne, jakie klient byłby zobowiązany zapłacić w braku omawianej klauzuli.