

ОСОБЕНО МНЕНИЕ

на младши съдия Константин Кунчев по Решение № 6578 от 05.08.2016 г. по гр. дело № 1804/2016 г. по описа на П „Е“ въззивен състав

В началото следва да посоча, че изцяло споделям установената фактическа обстановка по делото, която подробно е описана в самото въззивно решение.

Приемам за правилно и становището на мнозинството, че клаузата за едностранно изменение на лихвата е неравноправна, поради което нищожна и се дължи връщане на над платените лихви в размер на **5794,04 швейцарски франка** в следствие изменението на лихвата от банката. Правилно е и становището, че надплатените лихви се искат на основание чл. 55, ал.1 пр.1 ЗЗД, поради което за тях е приложима общата петгодишна давност, която не е изтекла в случая. Поради което намирам за правилно въззивното решение в частта, с което е потвърдено решението на РС в тази му част.

Особеното си мнение изразявам само **по отношение на въззивното решение** в частта, с която е потвърдено решението на РС, с което се **отхвърля** иска с правно основание чл. 55, ал. 1, пр. 1 ЗЗД за сумата до **13482.94 лв.**, представляваща надплатени при липса на основание погасителни вноски по договор за кредит № НЛ 41612/28.08.2008 г. в резултат на превалутиране от курсови разлики на швейцарския франк в периода 23.04.2010 г.-23.03.2013 г., **като съображенията ми по същество са следните:**

От правна страна спорът се свежда до следното - дали клаузите на чл. 6, ал.2 във връзка с чл. 21, 22, 23 от процесния договор са неравноправни, поради което нищожни по чл. 146 ЗЗП.

Чл.6, ал.2 Погасяването на кредита се извършва във валутата, в която същият е разрешен и усвоен - швейцарски франкове. В случай, че на съответния падеж на погасителна вноска по главницата и/или лихвата КРЕДИТОПОЛУЧАТЕЛЯТ не е осигурил дължимата сума в швейцарски франкове по сметката си по чл. 2, ал. 1, но има средства в лева или евро по своите сметки в БАНКАТА, погасяването на кредита се извършва с тези средства след служебно изкупуване от БАНКАТА на дължимите швейцарски франкове по курс „продава“ на xxxxxxxx (БАНКАТА) за швейцарския франк към лева/евро, за което КРЕДИТОПОЛУЧАТЕЛЯТ с подписването на настоящия договор дава своето неотменимо и безусловно съгласие и оправомощава БАНКАТА.

Чл.21. (1) КРЕДИТОПОЛУЧАТЕЛЯТ има право да поиска от БАНКАТА да превалутира предоставения му кредит в швейцарски франкове съответно в български лева или евро, като за услугата се съгласява да заплати съответната комисиона, съгласно действащата към датата на превалутирането Тарифа на Банката.

(2) С подписване на настоящия договор КРЕДИТОПОЛУЧАТЕЛЯТ се съгласява, в случаите по ал.1, БАНКАТА да превалутира кредита в лева или евро по обявения курс „купува“ на БАНКАТА за швейцарски франкове за датата на превалутирането, както и да прилага по отношение на превалутирания кредит

лихвените проценти, обявени от БАНКАТА по реда на чл. 12, ал. 2 за съответната валута и вид на кредита.

Чл.22. По смисъла на настоящия договор превалутиране се определя като промяна на валутата, в която се изчислява стойността на задължението, при което следва да се приложи съответния лихвен процент, приложим за новата валута на кредита при изчисляване на лихвата по същия.

Чл.23. (1). КРЕДИТООПЛУЧАТЕЛЯТ декларира, че е запознат и съгласен с обстоятелството, че промяната на обявения от БАНКАТА курс купува и/или продава на швейцарския франк към български лев или евро, както и превалутирането по чл. 21 от договора, може да има за последица, включително в случаите по чл. 6, ал. 2, повишаване на размера на дължимите погасителни вноски по кредита изразени в лева/евро, **като напълно приема да носи за своя сметка риска от такива промени и повишаване, както и че е съгласен да поеме всички вреди (включително и пропуснати ползи)**, произтичащи от промяната на валутните курсове и новите лихви, приложими по превалутирания кредит.

(2). КРЕДИТОПОЛУЧАТЕЛЯТ декларира, че е изцяло запознат и разбира икономическия смисъл и правните последици на разпоредбите на чл. 6, ал. 2 и чл. чл. 21-23 от този договор, както и че е съгласен с настъпването им.

По същество приемам за правилно становището, споделено и от мнозинството, че за ипотечния кредит, какъвто е настоящият, се прилагат правилата на Закона за защита на потребителите.

Първият спорен въпрос е дали така предвидените клаузи в договора са индивидуално уговорени.

В решаващите съображения не е даден отговор на този въпрос, поради което следва да посоча следното. Съгласно разпоредбата на чл. 143 ЗЗП, неравноправна клауза в договор, сключен с потребител, е всяка уговорка в негова **вреда**, която не отговаря на изискването за **добросъвестност** и води до значително **неравновесие** между правата и задълженията на търговеца или доставчика и потребителя, като примерно са посочени някои неравноправни клаузи. Законодателят е посочил, че клауза, която е индивидуално уговорена, дори и да е неравноправна по смисъла на чл. 143 ЗЗП не е нищожна. Останалите неравноправни клаузи обаче са нищожни съобразно разпоредбата на чл. 146, ал. 1 ЗЗП. Считам, че клаузите в договора за кредит, предмет на делото, не са индивидуално уговорени по смисъла на чл. 146 ЗЗП. Същите не са част от „общи условия” към договора за кредит, но това не означава, че те са индивидуално уговорени. Законодателят в разпоредбата на чл. 146, ал. 2 ЗЗП е посочил изрично, че не са индивидуално уговорени клаузи от „общи условия”. В същата разпоредба обаче законодателят е дал и определение на **клауза, която не е индивидуално уговорена**, а именно: клауза от индивидуален договор, която е била изготвена предварително от търговеца/доставчика и поради това потребителят не е имал възможност да влияе върху съдържанието ѝ. Ето защо приемам, че посочването в чл. 146, ал. 2 ЗЗП на общите условия като клауза, която не е индивидуално уговорена, е само изрично квалифициране на общите условия, но не е ограничение на възможността клаузи, които не са от „общи условия”, също да се приемат като такива, които не са индивидуално уговорени. Следва да се приеме, че при съобразяване с разпоредбата на **чл. 146, ал. 4**

ЗЗП, в тежест на ответника е било да ангажира доказателства по делото, че клаузите не са били предварително подготвени или, дори и да са били, то ищците да са имали възможност да ги обсъдят с ответника и да влияят върху съдържанието им. Това е така предвид разпоредбата на чл. 146, ал. 4 ЗЗП, според която когато търговец/доставчик твърди, че определено условие от договора е индивидуално уговорено, то негова е тежестта за доказването на същото. Тази своеобразна оборима презумпция е израз на генералния принцип на уредбата на защитата на потребителите, че потребителите като по-слаба страна нямат правни средства, знания и информация да влияят на индивидуалното съдържание на договорите, които са типови, изработени от търговеца и се предлагат масово на неограничен кръг лица. По настоящото дело не е направено твърдение, че процесните клаузи са индивидуално уговорени и не са събрани доказателства в тази посока. В този смисъл е отговорът на поставения въпрос, даден с Решение № 51 от 04.04.2016 г. по т. д. № 504/2015 г., П т. о., ВКС.

По тези съображения и съгласно чл. 154, ал. 2 ГПК във връзка с чл. 146, ал. 4 ЗЗП съдът следва да приеме, че клаузите на чл. 6, ал.2, 21 22, 23 от договора не са индивидуално уговорени.

Вторият въпрос по делото е *дали уговорките в договора са уговорени във вреда на потребителя и не отговарят на изискването за добросъвестност и водят до значително **неравновесие** между правата и задълженията на търговеца или доставчика и потребителя:*

Валутата на получения от ищеца кредит е лева. Съгласно чл.1 ал.1 от договора на ищеца е предоставен кредитен лимит в швейцарски франкове, чиито размер е равностойността им на 160 000 лв. Каква сума във швейцарски франкове се равнява на 160 000 лв. към момента на сключване на договора в последния не е посочено. Съгласно чл.2, ал.1 от договора тя - неизвестната равностойност в швейцарски франкове на 160 000 лв. - се превежда по блокирана сметка, открита на името на кредитополучателя. От тази сметка той не е усвоил кредита си. Усвоил го е и то в лева от друга, открита на негово име от банката съгласно чл. 2, ал. 3 от договора сметка в лева, по която тя е превела сума в лева, след като служебно я е превалутирала по курса си швейцарски франк/ евро към деня на отпускане на кредита. В периода на изпълнение на договора от страна на кредитополучателя курсът швейцарски франк/ евро, лев се покачи. Задължението на кредитополучателя е да връща кредита си на погасителни вноски в швейцарски франкове - така чл.6, ал.2 т.е. дължат се анюитетни вноски във валута швейцарски франк. Сметката, по която такава валута е преведена (ако въобще е била открита, за което няма данни) е блокирана съгласно чл.2, ал.1 от договора. Реално кредитополучателят погасява кредита си във валутата, в която го е получил т.е. лева (каквато възможност има съгласно чл. 6, ал. 2 от договора) по откритата му от банката по чл.2, ал.2 от договора сметка. Курсът, по който се определя евровата/левовата равностойност на дължимата във франкове погасителна вноска, се определя от банката към деня на съответното плащане, а съгласно чл. 22 от договора банката прилага за превалутираната вноска лихвения процент за кредити в лева, който е неизвестен за кредитополучателя. Когато курсът се покачва (както в конкретния случай, тъй като швейцарският франк устойчиво се повиши в периода 2008 - 2014г. спрямо еврото и лева), за една и съща като размер във швейцарски франкове вноска кредитополучателят

внося различна, по – голяма сума в евро/лева. Разликата в курса на швейцарския франк към еврото/лева към момента на отпускане на кредита и към момента на погасяване на вноските по него, представлява положителна величина, формирана след служебно превалутиране от банката, по неин търговски курс, към всеки от двата момента, която се явява печалба за банката, съществуваща и получавана успоредно с договорената възнаградителна лихва. Тази разлика не е част от основния предмет на договора за кредит, нито представлява цена на финансова услуга (**така т. 59 от решение по дело С-26/13 на СЕС**). Тя е печалба на банката за сметка на кредитополучателя, защото именно той я заплаща като част от служебно превалутираната анюитетна вноска. В резултат потребителят, без да е търговец, поема съществен валутен риск, а **равновесието между правата и задълженията на търговеца /банката/ и потребителя /кредитополучателя/ значително се нарушава във вреда на последния**, което съгласно разпоредбата на чл. 143 ЗЗП обуславя неравноправност на клаузите от договора, които го позволяват. В случая това са клаузите от процесния договор касаещи превалутирането, в това число посочените от ищеца разпоредби на чл. 6, ал.2 и чл. 23, тълкувани във връзка с разпоредбите на чл.1 и чл.2 от договора. Клаузата на чл.23, ал.1 и 2 представлява пряка уговорка във вреда на потребителя, като възлага върху по–слабо информирания страна единствено неизгодните за нея икономически последици (тези от повишаване на валутния курс швейцарски франк / евро) и прехвърля върху нетърговец риска от колебанията на валутния пазар. За потребителя не е предвиден механизъм за противодействие срещу постоянното повишаване на валутния курс, което води до непрекъснато нарастване на размера на анюитетни вноски в евро/лева, без да се променя абсолютната им стойност в швейцарски франкове. За банката е предвиден такъв механизъм и това е чрез едностранно изменение на лихвата при настъпило изменение във пазарните условия, включително при финансови рискове. В договора няма изрична клауза, че банката носи риска от понижаване на курса на франка, защото това просто не е така. Анализът на изричните разпоредби в договора води до извода, че има значително неравновесие между правата и задълженията на търговеца и потребителя.

Разпоредбата на чл. 23 от договора свидетелства за формалното спазване от страна на банката на принципа на добросъвестност, прогласен от чл.143 ЗЗП, тъй като в нея кредитополучателят е декларирал, че е запознат с възможността промяната в курсовете на швейцарския франк към евро/лева и превалутирането да доведат до повишаване на размера на погасителните вноски в евро / лева. За да бъде обаче реално информиран потребителят, а банката – действително добросъвестна, е необходимо обстоятелствата, за които потребителят декларира информираност да следват от ясни и прозрачни условия на договора. Съществени негови параметри са лишени от тези характеристики, а именно: конкретният размер на кредита в швейцарски франкове (посочено е единствено, че е на равностойност 160 000 лв); факторите, които определят курса на търговеца, по който извършва превалутирането (в договора не се пояснява въз основа на какви показатели банката определя курсовете „продава” и „купува” за съответните валути); размерът на месечните погасителни вноски в швейцарски франкове – валутата, определена в договора за валута на задължението на кредитополучателя да погасява кредита (такъв не е посочен нито в договора, нито е

представен погасителния план, от който да е виден). Когато не са ясни конкретните обстоятелства, върху които определен фактор може да влияе, знанието за самия него не носи информация за механизма на действието му и резултатите от проявлението му. В този смисъл въпреки декларацията в чл.23 от договора ищецът е останал неинформиран за начина, по който промяната във валутния курс е възможно да повлияе върху конкретните му задължения за погасяване на кредита. Не би могло основателно да се очаква, че ищецът би сключил договор за кредит в швейцарски франкове, за да купи имот в Р България, ако бе запознат с възможността за устойчиво нарастване на задължението му като длъжник вследствие от кръстосаното превалутиране евро-лев-франк и то по начин, че кредитът да поскъпне с процент, който надвишава процента на лихвите по стандартните кредити в лева или евро. Не е основателно да се очаква, че ищецът би поел задължение да плаща вноски в швейцарски франкове, ако му е било надлежно разяснено, че възможността да погасява кредита в друга валута влече приложение на лихвения процент за кредити в тази друга валута (чл.22 от договора) т.е. останали са неясни за ищеца предимствата на договора за кредит в швейцарски франкове пред такъв във лева и не е направено нужното да бъде разсеяно заблудението му, че във всички случаи ще дължи по – ниските лихви, които се следват върху вноски в швейцарски франкове, което всъщност го е мотивирало да направи избора си. Непредоставянето на подобна информация от страна на банката е в нарушение на изискването за добросъвестност по чл.143 ЗЗП. В този смисъл изрично **решение № 3258 от 21.04.2016 г. по гр. д. № 11564 / 2015 г. на СГС, както и Решение от 22.10.2012 г. по гр. д. № 40854/2011 г. на СРС, което е влязло в сила.**

Третият въпрос по делото *е намират ли приложение за валутните разлики изключенията на чл.144, ал.3 ЗЗП?*

*В Решение № 424 от 02.12.2015 г. по гр. д. № 1899/2015 г., IV, ВКС, с което за правилно изрично по реда на чл. 291, т. 1 ГПК е прието становището, застъпено в Решение от 07.11.2014 г. по гр.д. № 11169 на СГС, в което е посочено, че законът обявява за неравноправна всяка уговорка във вреда на потребителя, която не отговаря на изискването за добросъвестност и води до значително неравновесие между правата и задълженията на търговеца и потребителя (чл. 143 от ЗЗП), като примерно изброява редица типични случаи, измежду които и клауза, която позволява на търговеца или доставчика да променя едностранно условията на договора въз основа на непредвидено в него основание (т. 10 на чл. 143 от ЗЗП) или клауза, която дава право на търговеца да увеличава цената, без потребителят да има право в тези случаи да се откаже от договора, ако окончателно определената цена е значително завишена в сравнение с цената, уговорена при сключването на договора (т. 12 на чл. 143 от ЗЗП). Съдът е приел, че същевременно от забраните по чл. 143, т. 10 и 12 са предвидени изключения по отношение на доставките на финансови услуги, каквато представлява и процесният договор за банков кредит съобразно § 13, т. 12 от ЗЗП, като изключенията са уредени в чл. 144 ЗЗП. Тази теза е споделена и с **Определение № 433 20.05.2016 г., т. д. № 1818 /2015 г., I т. о., ВКС, с което е прието отново, че изключението на чл. 144, ал. 3, т. 1 ЗЗП по принцип не изключва приложението на правилото на чл. 143, т. 10 и т. 12 ЗЗП по отношение на договорите за банков ипотечен кредит, ако са налице други установени по делото обстоятелства. Такива обстоятелства са дали в клаузата на***

договора има яснота относно методиката и математическия алгоритъм за едностранна промяна от банката на лихвения процент, че клаузите за изменение на лихвения процент трябва да бъдат формулирани по ясен и недвусмислен начин, за да се прецени дали отговарят на критерия за изключение от общия принцип (чл. 147, ал. 1 ЗЗП), че потребителят трябва да получи достатъчна информация как банката може да промени цената (какъвто характер има възнаградителната лихва при договорите за кредит). **В този смисъл е изрично и Решение № 51 от 04.04.2016 г. по т. д. 504/2015 г., II т., о., ВКС, и Определение № 379 от 03.05.2016 г. по т. д. № 2088/15 г., I т. о., ВКС.**

Четвъртият въпрос по делото е изводим от дадените отговори по-горе - *неравноправна ли е клауза от кредитен договор, с която всички вреди от валутните промени и валутният риск са в тежест само на потребителя?*

Точно по този въпрос във връзка с идентичен казус вече е допуснато касационно обжалване с **определение № 660 от 14.07.2016 год. по т.д. № 3539 по описа за 2015г., I т. о., ВКС.** В случая с клаузите за превалутиране е налице значително неравновесие между банката и потребителя, тъй като банката недобросъвестно възлага редица задължения в тежест на клиента, а именно потребителят **напълно приема да носи за своя сметка риска от такива промени и повишаване, както и че е съгласен да поеме всички вреди (включително и пропуснати ползи)**, произтичащи от промяната на валутните курсове и новите лихвите, приложими по превалутирания кредит. От друга страна, банката си гарантира приходи от възнаградителната лихва, която и в тези случаи се състои от два компонента – фиксиран и **т.нар. „рискова премия“ или „премия за валутен риск“ като променлив компонент.** Освен с променливия компонент банката гарантира интереса си и с една скрита лихва, доколкото разчита и на разликата между сумата, която е отпуснал в лева, и тази, която ще получи при връщане на кредита в швейцарски франкове съгласно покачения курс. Освен това във всички случаи, в които извършва превалутиране (и при първоначално отпускане на кредита, и в хода на погасяване на задълженията), банката прилага собствените си валутни курсове, тоест тези, определени едностранно от нея, и така създава още една предпоставка за непредвидимост по отношение на това, какво дължи кредитополучателят. Кредитополучателят е поел всички рискове от повишаване на курса, а банката има механизъм за коригиране на размера на вноската при понижаване на курса. Банката не носи риск от понижаване на курса на франка и това си личи в договора именно, тъй като е предвидено изменение на лихвата свързана с финансовия риск, тоест ако се понижи курса на франка банката ще може да увеличава едностранно лихвата и цената на кредита няма да се промени. Тоест рискът е изцяло пренесен върху потребителя, при което банката може само да спечели. Банката никога не може да загуби дори при понижаване на курса. Значително неравновесие, но и нещо повече изрично е посочено, че всички вреди от промяната в курса са за сметка на потребителя, включително пропуснатите ползи. Потребителски договор който задължава потребителя да понесе всички вреди от настъпването на финансовите рискове, като тези вреди се превръщат в **директна печалба за банката**, просто не е потребителски договор и е грубо нарушение на изискванията на добросъвестността тази схема да се предлага и рекламира широко като потребителски договор. Това е схема за рисков

финансиране – инвестиране във финансови инструменти, което е различна услуга. Имено при рисковото финансиране се прилагат изключенията на чл. 143, ал.3 ЗЗП, тъй като там сделката има изцяло **спекулативен характер и се преследва печалба**, като рисковете наистина се поемат от инвеститора, поради което той не може да се позовава на част от защитата си във връзка с неравноправните клаузи, които изключение обаче не намират приложение в случая. От направения цялостен анализ на договора става ясно, че при настоящата схема, която по правната си същност е потребителски договор, са комбинирани средства за защита на банката, които да гарантират печалбата, а за потребителя остават всички рискове от изменението на курса на франка, като вредите за потребителя от измененията в курса се превръщат в допълнителна чиста печалба за банката. В крайна сметка банката печели **8 % чиста печалба** над вече уговорения и изплатен лихвен процент на кредита, без да поема какъвто и да е риск и да предоставя каквото и да е насреща, като нейната престация няма как да се намали.

Все в тази връзка следва да се посочи, че банката служебно превалутира франка в лева и изплаща левова на потребителя, което изрично е посочено в чл. 2 , ал. 3 от Договора. В ал. 4 от договора е посочено изрично, че банката няма да събира такси и комисионни за това превалутирание по ал. 3. При погасяване на кредита обаче потребителят логично прави вноски в лева, които служебно се превалутарат от банката по нейни курсове съгласно чл. 6, ал. 2 от договора. При това служебно превалутирание банката събира на общо основание и такси и комисионни за сделката с валута. Това обаче не е посочено, че е част от цената по кредита, която ще се дължи от потребителя, тъй като това също го оскъпява и остава напълно скрито от потребителя. Вярно е, че потребителят може да купи франкове от където желае, но така пак ще търпи загуба и оскъпяване на кредита, тъй като пак ще дължи цена за тези сделки, което като разход следва да се посочи ясно в договора. Очевидно цената – крайните разходи на потребителя по този кредит е напълно неизвестна и предполага отделни допълнителни разходи, които не са описани и включени изрично в договора, но те са неминуеми. Отделно тези непредвидени допълнителни разходи се свързват с допълнителна печалба на банката, което представлява още една престация срещу която банката не престира насреща нищо. Всички тези уговорки са само срещу обещанието, че франка е стабилна валута и кредита по него има първоначална по-ниска лихва, тоест по изгоден от останалите, но прогнозата за неговото повишаване е направена от банката и е факт за шест годишен период, а за потребителя това остава неизвестно. Нещо повече договорът е сключен когато вече е било ясно, че курсът на франка се покачва и ще продължи устойчивото му покачване, а това също е останало скрито за потребителя. Прогнозата се сбъдва, но дори да не се сбъдне, банката има механизъм да овладее риска и да го прехвърли отново към потребителя, за да гарантира планираната си печалба. Разгледани системно в тяхната цялост и предварителен замисъл тези правила следва категорично да се приемат за неравноправни, поради което и нищожни, тъй като водят до прехвърляне на всички рискове върху потребителя и до гарантирано превръщане на неговите загуби в печалба за банката.

При тези изводи следва да се приеме, че клаузите за превалутирание в процесния договор са неравноправни по смисъла на чл. 143, ал.1, т. 19 ЗЗП. Следва отново да се посочи, че списъка на неравноправни клаузи не е изчерпателен, а примерен на

типичните такава, но неравноправни са всички клаузи, които отговарят на посочените по-горе условия на чл.143 ЗЗП, каквито безспорно са и процесните клаузи за превалутиране. В подкрепа на тези изводи са и разрешенията, дадени в правната доктрина-Байрактарова, Ц. Дискусионни въпроси във връзка с договора за банков кредит, публикувана на <http://gramada.org>. В този смисъл е и решението на Комисията за защита на потребителите, с което същите клаузи са обявени за неравноправни и са отправени препоръка към банките в Р. България да ги бъдат премахнати, за което е даден срок. В допълнение сравнително правният анализ показва, че същата схема с банкови кредити отпуснати в швейцарски франкове с превалутиране в местна валута в периода 2008 г.– 2014 г. се прилагат в Унгария, Хърватска и Полша. Унгарският съд именно по тези въпроси е отправил преюдициално запитване до СЕС, по което е постановено решение **по дело C-26/13 на СЕС, в което е посочено, че член 4, параграф 2 от Директива 93/13 трябва да се тълкува в смисъл, че изискването договорните клаузи да са изразени на ясен и разбираем език, следва да се схваща като налагащо задължение не само договорните клаузи да са ясни и разбираеми за потребителя от граматическа гледна точка, но и в договора да е прозрачно изложен точният механизъм на конвертиране на чуждестранната валута, посочен във въпросната клауза, както и отношението между този механизъм и механизма, предвиден в другите клаузи, свързани с отпускането на кредита, така че потребителят да може да предвиди въз основа на ясни и разбираеми критерии произтичащите за него икономически последици.** Освен това, що се отнася до особеностите на метода на конвертиране на чуждестранната валута, запитващата юрисдикция следва да определи дали с оглед на всички елементи на релевантните факти, включително публичността на информацията, предоставена от кредитодателя при договаряне на договор за кредит, средният потребител, относително осведомен и в разумни граници наблюдателен и съобразителен, е могъл не само да установи съществуването на разлика, която обикновено се наблюдава на пазара на ценни книжа между обменния курс продава и обменния курс купува на чуждестранна валута, но и да прецени потенциално значимите икономически последици за него **от прилагането на обменния курс продава при изчисляването на погасителните вноски, които той в крайна сметка ще дължи, и следователно общата себестойност на сключения заем.** Полският Съд за защита на конкуренцията и потребителите (решение XVII AmC 1531/09) е включил този тип клаузи за превалутиране в списъка си със забранени неравноправни клаузи.

На последно място следва да посоча, че споделям становището на мнозинството, че въззивното решение подлежи на касационно обжалване, като с оглед развитието на съдебната практика следва да изложи и следните съображения в подкрепа на това становище: Считаю, че **настоящото дело е гражданско, а не търговско, тъй като в случая се касае за потребителски спор** и ищецът по делото има **качеството на потребител, за когото е предвидена особена защита в специалния нормативен акт - ЗЗП.** Тези обстоятелства изключват определянето на делото като търговско, въпреки че банковият кредит е абсолютна търговска сделка. В този смисъл Определение № 263 от 09.04.2012 г. по ч. гр. д. № 193/2013 г., III г.о., и Определение № 75 от 18.04.2006 г. по ч. т. д. № 50/2006 г., I т.о., ВКС. Аргумент в тази посока е и **разпоредбата на чл. 318,**

ал. 2 ТЗ, която по аналогия следва да намери приложение към банковия кредит, доколкото в случая са налице всички предпоставки на ЗНА. Следва да се допълни, че процесната сделка остава търговска за страната търговец - банката и правилата на ТЗ се прилагат по отношение на нея, но тези правила се допълват от специалните правила на ЗЗП и те формират второто ниво на облигационната връзка, поради което за потребителя сделката **не е търговска,** като за него се прилагат правилата на ЗЗП, а това значи, че материалните и процесуалните разпоредби на ТЗ и ГПК, които влизат в противоречие със специалните охранителни разпоредби на ЗЗП, не намират приложение по отношение на потребителя. В тази връзка е редно да се посочи, че изобщо нецелесъобразно е при разглеждане на потребителски спор да се прилагат правилата на особеното производство за търговски спорове. Целта на това производство влиза в колизия с генералните принципи на защита на потребителя. Това е и един от рисковете, който крие липсата на яснота по въпроса дали делата свързани с потребителски спорове –независимо от материалния интерес по тях са търговски дела, а граждански, и за тях е приложим общият процесуален ред, а не специалния. Разглеждане на потребителски спор по реда на търговските спорове е в пряко противоречие с целите и нормативните разрешения възприети в правната система на ЕС относно защита на потребителя. В този смисъл е споделено становище и в доктрината - Голева, П. Преосмисляне на понятието за търговска сделка, в сборника Правната наука. Тенденции и актуалност. С.2012 г., с. 355-359.

В смисъл че делата по чл. 55 ЗЗД за връщане на даденото по банков кредит са граждански очевидно е възприето с **Решение № 424 от 02.12.2015 г. по гр. д. № 1899/2015 г., IV, ВКС и Решение № 77 от 22.04.2015 г. по гр. д. № 4452/2015 г., III, ВКС,** макар да има трайна практика в обратен смисъл на съставите на ТК на ВКС, че тези дела са търговски. Следва да се посочи, че доколкото спорове като настоящия касаят приложението на правото на ЕС, е съществено съдебната практиката по прилагането и тълкуването на ЗЗП да бъде уеднаквена и да съобразява тенденциите в развитието на практиката на СЕС, като е целесъобразно да се създаде по-широк достъп на тези дела до касационното производство, с което ще се осигури и по-пълна защита на правата и законните интереси на потребителите, цел, която се поставя в редица програмни документи на институциите на ЕС и се утвърждава в постоянната практиката на СЕС. Мотивиран от така изложеното намирам, че клаузите от договора, които уреждат превалутиране на погасителните вноски като предвиждат задължение за връщане на кредита в швейцарски франкове в равностойност на лева, определена по курса на банката „продава” за швейцарски франк към деня на падежа, са нищожни като неравноправни по смисъла на чл. 143 ЗЗП. Получената от банката сума над уговорената възнаградителна лихва, формирана от курсовата разлика швейцарски франк/евро, лев при превалутирането в периода 23.04.2010 г.-23.03.2013 г., е платена без основание. Ето защо подлежи на връщане на основание чл. 55, ал.1, предл.1 во ЗЗД. Разликата възлиза **на 13482.94 лева,** съгласно заключението на вещото лице по ССч. В тази си част решението на РС, с което отхвърлен искът за сумата до **13482. 94 лева,** следваше да се отмени, а предявеният иск следваше да бъде уважен до размера от **13482. 94 лева.**

младши съдия Константин Кунчев