



Sygn. akt V CSK 382/18

## **WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 11 grudnia 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Teresa Bielska-Sobkowicz (przewodniczący)

SSN Roman Trzaskowski (sprawozdawca)

SSN Katarzyna Tyczka-Rote

w sprawie z powództwa B. T.

przeciwko Bankowi (...) S.A. w W.

o zapłatę,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym

w Izbie Cywilnej w dniu 11 grudnia 2019 r.,

skargi kasacyjnej powódki od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)

z dnia 17 stycznia 2018 r., sygn. akt I ACa (...),

**uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi  
Apelacyjnemu w (...) do ponownego rozpoznania i  
rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego.**

### **UZASADNIENIE**

Wyrokiem z dnia 17 stycznia 2018 r. Sąd Apelacyjny w (...) oddalił apelację powódki B. T. od wyroku Sądu Okręgowego w W. z dnia 24 maja 2017 r., oddalającego w całości powództwo główne i powództwa ewentualne. Stosownie do

treści tych powództw powódka domagała się zasądzenia od pozwanego Banku (...) S.A. w W. kwot 68.619,99 zł oraz 18.917,55 CHF z tytułu nienależnie pobranych w okresie od 8 października 2008 r. do 14 stycznia 2016 r. - „wskutek uznania umowy o kredyt hipoteczny za nieważną” (na podstawie art. 12 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, Dz. U. z 2007 r., Nr 171, poz. 1206; dalej - „u.p.n.p.r.” oraz ze względu na niezgodnienie wszystkich istotnych elementów umowy kredytu) - rat kredytu wraz z odsetkami ustawowymi (od dnia 1 stycznia 2016 r. - odsetkami ustawowymi za opóźnienie), liczonymi od pobrania poszczególnych rat do dnia zapłaty. Ewentualnie - w razie uznania umowy za ważną - zażądała zasądzenia tych kwot „wskutek uchylecia się powódki od skutków oświadczenia woli” wraz z odsetkami, jak w żądaniu głównym. W przypadku zaś nieuznania tych żądań wniosła o zasądzenie kwoty 37.085,43 zł - wskutek uznania za bezskuteczne wobec niej § 2 ust. 2, § 4 ust. 1a i § 9 ust. 2 umowy kredytu, stanowiących klauzule indeksacyjne - wraz z odsetkami ustawowymi (od dnia 1 stycznia 2016 r. ustawowymi za opóźnienie) za każdy dzień ponoszonej szkody w postaci nadwyżki rat zapłaconych nad raty należne do dnia zapłaty w kwotach i datach wskazanych w załączniku nr 10 do pozwu (alternatywnie nadwyżka stanowiła nienależne świadczenie - art. 410 w zw. z art. 405 k.c.).

W sprawie ustalono m.in., że w dniu 14 sierpnia 2008 r. powódka złożyła w (...) Banku S.A. (dalej - „Bank”), którego następcą prawnym jest pozwany, wniosek o udzielenie kredytu na cele mieszkaniowe w kwocie 320.000 zł, wskazując jako walutę kredytu frank szwajcarski (CHF), załączając m.in. oświadczenie, iż została poinformowana o ryzyku kursowym, wynikającym z zaciągnięcia kredytu w złotych denominowanego w walucie wymiennej, oraz że ma pełną świadomość jego ponoszenia.

W dniu 3 września 2008 r. zawarła z Bankiem umowę kredytu na cele mieszkaniowe („Umowa”), której integralną częścią były (§ 1 ust. 2 Umowy) „Ogólne Warunki Kredytowania w Zakresie Udzielania Kredytów na Cele Mieszkaniowe oraz Kredytów i Pożyczek hipotecznych w (...) Banku S.A.” („OWKM”), co do których oświadczyła, że je otrzymała, zapoznała się z ich treścią i na stosowanie których wyraża zgodę.

Stosownie do § 2 ust. 1 Umowy Bank udzielił powódce kredytu „w kwocie 320.000 zł (...) denominowanego (waloryzowanego) w walucie CHF, na okres 360 miesięcy od dnia 03.09.2008 r. do dnia 08.09.2038 r. na zasadach określonych w umowie i OWKM”. Kredyt został udzielony na zakup oznaczonego lokalu mieszkalnego oraz jego remont.

W § 2 ust. 2 Umowy postanowiono, że „Kwota kredytu denominowanego (waloryzowanego) w CHF lub transzy kredytu zostanie określona według kursu kupna dewiz dla wyżej wymienionej waluty zgodnie z „Tabelą kursów” obowiązującą w Banku w dniu wykorzystania kredytu lub transzy kredytu”. Stosownie zaś do § 4 ust. 1a Umowy „Kredyt wykorzystywany jest w złotych, przy jednoczesnym przeliczeniu kwoty kredytu według kursu kupna dewiz dla CHF zgodnie z „Tabelą kursów” obowiązującą w Banku w dniu wykorzystania kredytu”.

Uzgodniono, że wysokość rat kapitałowo-odsetkowych określona jest w CHF (§ 9 ust. 2 zd. 2 Umowy), a spłata rat kapitałowo-odsetkowych dokonywana jest w złotych po uprzednim ich przeliczeniu „według kursu sprzedaży dewiz dla CHF zgodnie z „Tabelą kursów” obowiązującą w Banku w dniu spłaty” (§ 9 ust. 2 zd. 3 Umowy). Zastrzeżono, że wysokość rat kapitałowo-odsetkowych w złotych „zależy od wysokości kursu sprzedaży dewiz dla CHF obowiązującego w Banku w dniu spłaty, a tym samym zmiana wysokości w/w kursu waluty ma wpływ na ostateczną wysokość spłaconego przez Kredytobiorcę kredytu” (§ 9 ust. 2 zd. 4 Umowy).

„W związku z zaciągnięciem kredytu denominowanego (waloryzowanego) w walucie wymiennej” kredytobiorca oświadczył, że „został poinformowany przez Bank o ryzyku związanym ze zmianą kursów walut oraz rozumie wynikające z tego konsekwencje” (§ 11 ust. 4 Umowy) i że „akceptuje zasady funkcjonowania kredytu denominowanego (waloryzowanego) w walucie wymiennej, w szczególności zasady dotyczące określenia kwoty kredytu w walucie wskazane w § 2 Umowy, sposobu uruchomienia i wykorzystania kredytu określone w § 4 Umowy oraz warunków jego spłaty określone w § 9 Umowy” (§ 11 ust. 5 Umowy).

W § 8 ust. 1 Umowy postanowiono, że oprocentowanie (stopa procentowa) kredytu w całym okresie kredytowania jest zmienne i stanowi sumę zmiennej stawki odniesienia oraz stałej marży banku w wysokości 2,25 punktów procentowych.

Podstawą do ustalenia oprocentowania miała być stawka odniesienia, którą jest stawka rynku pieniężnego LIBOR 3-miesięczny z zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku, publikowana na stronie LIBOR01 serwisu Reuters o godz. 11:00 czasu londyńskiego z dnia roboczego poprzedzającego dzień dokonania zmiany (§ 8 ust. 5).

Wskazano, że rzeczywista roczna stopa oprocentowania kredytu wynosi w dniu zawarcia Umowy 5,49% (§ 8 ust. 10), a całkowity koszt kredytu w dniu zawarcia Umowy wynosi 305.095,61 zł (§ 8 ust. 11). Szacunkową, łączną kwotę wszystkich kosztów, opłat i prowizji, do których zapłaty zobowiązany jest kredytobiorca, obliczaną na dzień zawarcia Umowy, określono na 316.381,42 zł, wskazując zarazem, że ostateczna wysokość łącznej kwoty zależy od wysokości oprocentowania kredytu w okresie obowiązywania umowy i kosztów związanych z ustanowieniem prawnych zabezpieczeń jego spłaty (§ 8 ust. 13).

Powódka zleciła sporządzenie opinii w przedmiocie całkowitych kosztów kredytu oraz wysokości prowizji z tytułu stosowania podwójnych klauzul indeksacyjnych, którą sporządził dr Jacek Czabański w dniu 4 lutego 2016 r. (dalej - „Opinia”). W Opinii wskazano, że całkowite koszty kredytu wynoszą 335.965,71 zł. Wyrażono pogląd, że w przypadku gdyby Bank zastosował jedną klauzulę indeksacyjną do indeksowania zarówno zobowiązań banku jak i kredytobiorcy, to niezależnie od wysokości przyjętego kursu koszt spłaty kredytu wyniósłby 298.418,51 zł. Przy zastosowaniu podwójnych klauzul indeksacyjnych koszt spłaty kredytu wynosi 330.208,36 zł. Podniesiono, że dzięki zastosowaniu podwójnych klauzul indeksacyjnych, wysokość wynagrodzenia banku jest wyższa o 31.789,85 zł, co stanowi prowizję banku z tytułu przyjętego mechanizmu podwójnych klauzul indeksacyjnych”.

Pismem z dnia 5 lutego 2016 r. powódka złożyła oświadczenie o uchyleniu się od skutków oświadczenia woli zawarcia Umowy, jako podstawę oświadczenia wskazując wykrycie wprowadzenia przez Bank w błąd co do całkowitego kosztu kredytu oraz prowizji należnej Bankowi z tytułu stosowania podwójnych klauzul indeksacyjnych. Powołała się na to, że zgodnie z Opinią całkowite koszty kredytu określonego w Umowie wynoszą 335.975 zł, podczas gdy Bank zapewnił ją,

że całkowity koszt kredytu wynosi 305.095,61 zł, co oznacza, iż wprowadził ją podstępnie w błąd co do wysokości wynagrodzenia należnego mu z tytułu Umowy i do wysokości zobowiązań wynikających z tej Umowy. Zdaniem powódki, Bank złamał obowiązki informacyjne, jakie na nim ciążyły na mocy Rekomendacji S Komisji Nadzoru Bankowego z 2006 r. i naruszył zasady współzycia społecznego i dobre obyczaje w obrocie. Wskazała, że głównym powodem zaniżenia wielkości całkowitego kosztu kredytu było pominięcie wysokości wynagrodzenia należnego Bankowi z tytułu stosowania podwójnych klauzul indeksacyjnych. Powódka zażądała zwrotu wszystkich dotychczas świadczonych rat kredytu oraz innych prowizji, opłat i składek związanych z udzieleniem kredytu jako świadczeń nienależnych wskutek odpadnięcia podstawy prawnej ich otrzymania, w terminie 14 dni od dnia otrzymania oświadczenia.

Bank uznał oświadczenie za bezskuteczne i odmówił uwzględnienia jakichkolwiek roszczeń.

W dniu 2 lutego 2016 r. pozostała do spłaty kwota kredytu wynosiła 127.326,65 CHF, w tym 126.614,22 CHF z tytułu kapitału, 665,35 CHF z tytułu odsetek umownych i 23,32 CHF z tytułu odsetek karnych.

Ustalono również, że przed zawarciem Umowy pracownik Banku informował każdego klienta o ryzykach związanych z kredytem udzielonym w walucie wymiennej innej niż złoty. Tłumaczył, że w przypadku kredytu denominowanego do CHF rata nie jest wartością stałą i że jej wysokość może się zmieniać w czasie z uwagi na zmianę kursu waluty i stopy procentowej LIBOR 3M. W tym czasie kredyt denominowany do waluty CHF był chętniej wybierany przez kredytobiorców z uwagi na dużo niższe oprocentowanie kredytu związane z niższą stawką procentową wskaźnika LIBOR w stosunku do stawki WIBOR 3M, co przekładało się na wysokość miesięcznej raty. Pracownik obsługujący powódkę umożliwił kredytobiorcy dokładne zapoznanie się z treścią umowy, w tym także bezpośrednio przed jej podpisaniem w placówce Banku, nie było w tym względzie żadnego ograniczenia czasowego. Jeżeli kredytobiorca miał pytania czy wątpliwości co do treści umowy, to udzielał on konkretnej odpowiedzi. Kredytobiorca otrzymywał

wraz z umową ogólne warunki udzielania kredytów oraz wszystkie załączniki w postaci oświadczeń.

W toku procesu prowadzącego do udzielenia kredytu w Banku kredytobiorcy przedstawiane były symulacje dotyczące kredytu w złotych oraz kredytu w walucie CHF. Symulacje wskazywały wysokość rat kredytu do spłaty również w przypadku wzrostu kursu waluty, wskazując przykładowo, jak wzrost notowań waluty wpłynie na wzrost salda do spłaty i wzrost rat kredytu. W tym celu doradcy kredytowi mieli dostęp do programu komputerowego w postaci symulatora kredytowego. Z takiego narzędzia korzystał również pracownik Banku obsługujący powódkę. Symulacje były drukowane dla klienta, który mógł się z nimi zapoznać jeszcze przed zawarciem umowy. Symulacje miały na celu przede wszystkim pokazanie kredytobiorcy mechanizmu wskazującego zależność wysokości raty od wzrostu cen waluty oraz wzrostu stopy procentowej, ale nie uwzględniały one drastycznej zmiany kursu waluty. W Banku były określone zasady informowania klientów o ryzykach oraz obowiązywała instrukcja udzielania kredytów mieszkaniowych. Pracownicy banku będący doradcami kredytowymi byli szkoleni przez Bank w zakresie obowiązku informacyjnego.

Stosownie do dalszych ustaleń koszty kredytu wskazane w Umowie liczone są na dzień sporządzenia umowy kredytu. Stawki LIBOR CHF oraz kurs waluty ustalane są w tym samym dniu. Zasady ustalania kosztów kredytu nie były sporządzane przez Bank, a wysokość kosztów była ustalana w oparciu o przepisy obowiązującego prawa. Koszty te były wyliczane w oparciu o dane liczbowe znane na chwilę wyliczenia kosztu kredytu. W kosztach kredytu uwzględnione były już różnice wynikające z tzw. *spreadu* walutowego. Do wyliczenia kosztów kredytu, kredyt był najpierw przeliczany na złotówki po kursie kupna obowiązującego w Banku. Dla wyliczenia kosztów spłaty kredytu kwota kredytu była przeliczana po kursie sprzedaży. Koszty *spreadu* zawierały się w wyliczeniu całkowitego kosztu kredytu.

Tabele kursowe Banku tworzone są każdego dnia co najmniej trzy razy w ciągu dnia. Tabela kursowa tworzona jest przez dealera Banku na podstawie analizy i zachowań rynków międzynarodowych. Na podstawie uzyskanych

informacji dealer ustala następnie średni kurs Euro do złotówki, który wprowadza do systemu komputerowego. System na podstawie tak ustalonego kursu średniego wylicza kursy dla pozostałych par walut, w tym pary franka szwajcarskiego CHF do złotówki PLN. W systemie zakodowana jest wartość *spreadu*, której połowę nakłada on do ceny sprzedaży i drugą połowę do ceny kupna i w ten sposób powstaje kurs kupna i sprzedaży dewiz banku.

Oddalając apelację powódki, Sąd Apelacyjny zgodził się z poglądem Sądu pierwszej instancji, że Umowa określa wszystkie niezbędne elementy umowy kredytu przewidziane w art. 69 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn. Dz. U. z 2002 r., Nr 72, poz. 665 ze zm.; dalej - „pr.bank.”). Przychylił się do stanowiska, że określony przez strony w Umowie mechanizm, polegający na tym, iż Bank zobowiązał się wydać kredytobiorcy określoną sumę kredytową w złotych (320.000), przy czym jej wysokość jest określana (waloryzowana, denominowana) według kursu CHF po cenie kupna dewiz w dniu wykorzystania kredytu, a wysokość rat kredytowych określana jest po przeliczeniu na złote stosownie do kursu danej waluty obowiązującego przy jej sprzedaży, miał w istocie charakter waloryzacyjny, i że tak ukształtowana Umowa jest dopuszczalna, mieści się w konstrukcji ogólnej umowy kredytu bankowego, stanowiąc jej możliwy wariant.

Sąd odwoławczy zaaprobował też zapatrywanie Sądu Okręgowego, że kredytobiorca miał pełną świadomość, w jakiej kwocie kredyt został zaciągnięty, jak również, według jakich zasad będzie on waloryzowany, w związku z czym wiedział, jaką kwotę kredytu uzyskał oraz godził się na określone warunki spłaty po denominacji. Oceniał, że sposób denominacji został wystarczająco opisany w Umowie - bliższe sprecyzowanie było niemożliwe wobec zmienności kursu CHF - i pozwalał na kontrolę działania Banku pod warunkiem zapoznania się ze stosowanymi tabelami, zaznaczając jednak, iż kwestią odrębną jest metoda ich ustalania. Również ponoszony przez powódkę koszt kredytu wynikał z wielkości zależnych od określonych, zmiennych w czasie parametrów. Sąd drugiej instancji przychylił się również do stanowiska Sądu Okręgowego, że ustawa z dnia 29 lipca 2011 r. o zmianie ustawy - Prawo bankowe oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2011 r. Nr 165, poz. 984; dalej – „Ustawa antyspreadowa”), mająca zastosowanie

- w myśl jej art. 4 - także do umów zawartych przed wejściem zmian w życie (26 sierpnia 2011 r.) w stosunku do tych kredytów lub pożyczek pieniężnych, które nie zostały całkowicie spłacone - do tej części kredytu lub pożyczki, która pozostała do spłacenia, potwierdziła dodatkowo dopuszczalność kredytów denominowanych lub indeksowanych, określając konieczne postanowienia takiej umowy (wprowadzenie art. 69 ust. 2 pkt 4a pr.bank.) i dając kredytobiorcy uprawnienie do wyboru waluty spłat (wprowadzenie art. 69 ust. 3 pr. bank.). Ocenił jednak zarazem, że Ustawa ta w żaden sposób nie ingerowała w sposób formułowania klauzul indeksacyjnych.

Sąd Apelacyjny zaakceptował też ustalenie, że powódka była poinformowana o ryzyku związanym ze zmianą kursu walut i przed podpisaniem Umowy złożyła stosowne oświadczenie na piśmie, oraz ocenił, iż trudno przyjąć, by nie zdawała sobie sprawy z jego znaczenia, zwłaszcza że kurs walut i jego zmienność jest okolicznością powszechnie znaną, a trudności mogą nastąpić z prognozowaniem kierunku i zakresu owej zmiany.

Sądy obu instancji były też zgodne, że art. 12 ust. 1 pkt 4 u.p.n.p.r. nie uzasadnia tezy, iż Umowa była dotknięta nieważnością ze względu na dopuszczenie się przez Bank nieuczciwej praktyki rynkowej wprowadzającej w błąd. Sąd odwoławczy podkreślił, że wskazana w § 8 pkt 13 Umowy łączna kwota kosztów, opłat i prowizji wyraźnie określona została jako szacunkowa, co wiązało się przede wszystkim ze zmienną stopą oprocentowania, zaakceptowaną przez powódkę. Wskazywane w § 8 pkt 10-13 koszty kredytu zostały określone mianem „szacunkowych”, ich wielkość bowiem była uzależniona od wysokości oprocentowania kredytu w okresie umowy i kosztów związanych z ustanowieniem prawnych zabezpieczeń jego spłaty. W ocenie Sądu, brak precyzji był tu uzasadniony sposobem obliczania kosztów a zastosowana metoda znana powódce. Nie ma zatem podstaw do uznania Umowy za nieważną na tej podstawie albo do uznania oświadczenia o uchyleniu się od skutków oświadczenia woli za skuteczne.

W kontekście obu żądań zasadzających się na tezie o nieważności Umowy, Sąd odwoławczy zwrócił dodatkowo uwagę na wadliwe rozumienie w pozwie



obowiązku wzajemnego zwrotu świadczeń, gdyż nie oznacza on, że w razie wzajemnego zwrotu świadczeń bank zobowiązany jest zwrócić spłaconą już część kredytu. Zdaniem Sądu, udzielenie kwoty kredytu jest świadczeniem banku i w sytuacji zwrotu świadczeń to on powinien otrzymać całą świadczoną kwotę, a nie zwracać to, co zdążył kwestionujący umowę klient uiścić w ramach spłaty. Koszty kredytu mogą być uznane za świadczenie wzajemne kredytobiorcy, takich jednak powódka w ogóle, co do części spłaconej, nie wykazała. Ostatecznie kwestię tę uznał jednak za nieistotną, „wobec braku podstaw do uznania żądania zwrotu świadczeń wzajemnych za zasadne wobec przyjęcia, że umowa stron jest ważna, a oświadczenie powódki o uchyleniu się od jej skutków z powodu błędu nie wywarło skutku”.

Rozważając zarzuty apelacji, wskazujące na abuzywność niektórych postanowień Umowy i ewentualny skutek uznania ich za zasadne, Sąd odwoławczy dostrzegł, inaczej niż Sąd Okręgowy, że w judykaturze utrwalił się już pogląd, iż postanowienia umowy kredytowej - denominowanej, które pozwalają bankowi swobodnie i bez sprecyzowania przesłanek określać kursy walut, służące następnie do przeliczania kwoty kredytu i należnych od kontrahenta rat i stosowania w pierwszym przypadku kursu kupna waluty, w drugim sprzedaży, są abuzywne. Spostrzegł też nierównowagę informacyjną związaną z tym, że Bank uprawniony został do samodzielnego określania danych istotnie wpływających na wymiar zobowiązania drugiej strony umowy, co uniemożliwia skuteczną kontrolę zastosowanego kursu. Zwrócił ponadto uwagę, że stosowany przez Bank dwojaki kurs (kupna i sprzedaży), czyli tzw. *spread* walutowy, może stanowić dodatkowe wynagrodzenie - obok „klasycznych” świadczeń kredytobiorcy, takich jak odsetki kapitałowe i prowizje - i może kształtować prawa i obowiązki kontrahenta banku w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami i rażąco naruszać jego interes w omawianym typie stosunków kredytowych. Zauważył też, że niedozwolone postanowienie umowne nie wiąże konsumenta, co w orzecznictwie przeważnie interpretuje się jako zastosowanie sankcji bezskuteczności działającej od samego początku, mocą samego prawa i branej pod uwagę z urzędu. Wreszcie stwierdził, że „O ile (...) umowa w pozostałym zakresie będzie nadal wiązać strony, powstanie problem, według jakiego kursu środki pobierane przez bank z rachunku złotowego

powinny być przeliczone na franki szwajcarskie”. Tym niemniej uznał, że w niniejszej sprawie problem ten nie jest istotny dla rozstrzygnięcia z uwagi na charakter roszczenia, z jakim wystąpiła powódka i jej sytuację, jako strony Umowy. W swoim żądaniu, określanym w pozwie jako trzecie, domagała się bowiem zasądzenia kwoty 37.085 zł, którą określiła jako zawyżony koszt kredytu, choć nadal jest dłużnikiem Banku i na rozprawie apelacyjnej przyznała, że Umowa została wypowiedziana, żądana do spłaty kwota kredytu to ponad 500.000 zł, po dokonaniu zapłaty około 144.000 zł. Zważywszy ponadto, że Umowa przewiduje możliwość przedterminowej spłaty (§ 9 ust. 6), Sąd Apelacyjny uznał, iż powódka nie może domagać się zasądzenia żądanej kwoty, nawet gdyby doszło do jakiejś nadpłaty w zakresie poszczególnych rat. Jej żądanie nie może prowadzić do zwrotu świadczenia uiszczonego przez kredytobiorcę w sytuacji, gdy jest on nadal dłużnikiem Banku i to w znacznych rozmiarach. W sytuacji takiej Bank nie jest bezpodstawnie wzbogacony, a wobec tego żądanie zwrotu jakiegokolwiek kwoty jest bezzasadne. Zdaniem Sądu, czyniło to zbędnym prowadzenie postępowania dowodowego we wskazanym w apelacji zakresie (opinia biegłego).

Skargę kasacyjną od postanowienia Sądu Apelacyjnego wniosła powódka, zaskarżając go w całości. Zarzuciła naruszenie prawa materialnego, tj. art. 353 k.c. w związku z art. 69 ust. 1 pr.bank., art. 5 ust. 3 pkt 5 u.p.n.p.r. w związku z art. 5 pkt 6 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim (wcześniej art. 7 ustawy z dnia 20 lipca 2001 r. o kredycie konsumenckim) oraz art. 410 § 2 k.c., jak również naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 321 § 1 w związku z art. 391 § 1 k.p.c. Wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku oraz jego przekazanie Sądowi Apelacyjnemu w (...) do ponownego rozpoznania, a w razie stwierdzenia podstaw - o uchylenie w całości również zaskarżonego orzeczenia Sądu Okręgowego w W. i przekazanie sprawy do rozpoznania temu Sądowi, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego orzeczenia w całości i uwzględnienie powództwa stosownie do art. 398<sup>16</sup> k.p.c. , w każdym przypadku z uwzględnieniem kosztów postępowania.

Ponadto, w razie wątpliwości co do wykładni pojęcia całkowity koszt kredytu oraz roczna rzeczywista stopa oprocentowania, a zwłaszcza w zakresie sposobu obliczania tych wartości, wniosła o skierowanie pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej na podstawie art. 267 Traktatu

o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) o treści: „Czy całkowity koszt kredytu (CKK) oraz rzeczywistą, roczną stopę oprocentowania kredytu (ERSO), o którym mowa w art. 3 lit. g) oraz lit. i) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/48/WE z dnia 23 kwietnia 2008 r. w sprawie umów o kredyt konsumencki oraz uchylająca dyrektywę Rady 87/102/EWG a także w art. 4 pkt 13) oraz pkt 15) 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 zmieniająca dyrektywy 2008/48/WE i 2013/36/UE oraz rozporządzenie (UE) nr 1093/2010, w sytuacji gdy umowa kredytu odsyła do wyznaczanych przez bank kursów kupna i sprzedaży waluty obcej celem obliczenia należnych rat spłaty kredytu należy wyliczać przyjmując wysokość kursu kupna i kursu sprzedaży waluty obcej wyznaczonych przez bank w dniu sporządzenia umowy, nawet jeżeli wysokość tych kursów może ulec zmianie w przyszłości, a przez to faktyczne koszty spłaty kredytu będą w innej wysokości.”

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Naruszenia art. 321 § 1 w związku z art. 391 § 1 k.p.c. skarżąca dopatrzyła się w uznaniu przez Sąd Apelacyjny wzajemnego roszczenia pozwanego o zapłatę, które nie było przedmiotem niniejszego sporu w formie roszczenia wzajemnego ani zarzutu potrącenia i wobec którego powódka nie miała możliwości przedstawienia swojego stanowiska w postępowaniu, co miało decydujący wpływ na wynik postępowania, gdyż na tej podstawie Sąd przyjął, że jej roszczenie nie jest zasadne i oddalił apelację (powództwo). Zdaniem powódki, jest to równoznaczne z orzeczeniem co do przedmiotu, który nie był objęty żądaniem, a ponadto pozbawieniem jej możliwości obrony swoich praw i nieważnością postępowania przed Sądem odwoławczym (art. 379 pkt 5 k.p.c.), gdyby bowiem pozwany zgłosił w toku procesu swoje roszczenie jako roszczenie wzajemne, to powódka miałaby szansę odnieść się do niego i zgłosić ewentualne zarzuty zarówno co do jego zasadności, jak i wysokości oraz wymagalności. Sąd miał co najmniej obowiązek zwrócenia stronom uwagi na rozważaną podstawę prawną i wysłuchania ich argumentów.

Jednakże należy zgodzić się ze stanowiskiem wyrażonym w odpowiedzi na skargę kasacyjną, że Sąd drugiej instancji nie uczynił „roszczenia wzajemnego” pozwanego przedmiotem swego rozstrzygnięcia. Powołując się na złożone na rozprawie apelacyjnej oświadczenie powódki, że Umowa została wypowiedziana, a żądana do spłaty kwota kredytu wynosi ponad 500.000 zł (po dokonaniu zapłaty około 144.000 zł), Sąd stwierdził, iż Bank nie jest bezpodstawnie wzbogacony, w związku z czym żądanie zwrotu jakiegokolwiek kwoty jest bezzasadne (uzasadnienie, s. 8). Powołał się też na możliwość przedterminowej spłaty przewidzianej w § 9 ust. 6 Umowy. Można sądzić, że w ten sposób dał wyraz pogładowi, iż skoro kwota udzielonego skarżącej i – wobec wypowiedzenia Umowy - podlegającego zwrotowi kredytu przewyższa kwotę „nadpłaty”, której zwrotu powódka się domaga, to już sama ta okoliczność, „przyznana” przez powódkę, przesądza bezzasadność jej żądania. Jest to zatem kwestia ustaleń faktycznych i prawidłowości zastosowania prawa materialnego, a ściślej norm dotyczących bezpodstawnego wzbogacenia (nienależnego świadczenia), którą skarżąca również kwestionuje w ramach zarzutu naruszenia art. 410 § 2 k.c. W tym kontekście nie ma też podstaw, by uznać, że powódka została pozbawiona możliwości obrony swych praw.

Zarzucane w skardze kasacyjnej naruszenie art. 353 k.c. w związku z art. 69 ust. 1 pr. bank. miało polegać na wadliwym przyjęciu przez Sąd, że w świetle tych przepisów konieczne jest tylko określenie zobowiązania banku do oddania kwoty kredytu do dyspozycji kredytobiorcy, a zobowiązanie kredytobiorcy do zwrotu kwoty wykorzystanego kredytu może podlegać określeniu przez bank w przyszłości w sposób arbitralny przez wyznaczenie dwóch mierników wartości w postaci dwóch różnych kursów waluty obcej (kursu kupna i kursu sprzedaży) stosowanych do przeliczenia kwoty udzielonego kredytu. W ocenie skarżącej, *in casu*, wykorzystując kredyt w wysokości 320.000,00 zł, kredytobiorca został zobowiązany do zwrotu jakiejś innej kwoty, wyznaczonej w zależności od wysokości kursów kupna oraz sprzedaży waluty obcej, które nie zostały powiązane z obiektywnym kursem rynkowym (np. kursem średnim NBP), lecz miały być wyznaczone dowolnie przez Bank. W rezultacie, w dniu 8 września 2008 r., kiedy to pozwany wypłacił powódce kredyt w wysokości 320.000,00 zł, jego równowartość wyrażona w CHF - wg kursu

kupna określonego przez pozwanego (2,0986 zł/CHF) - wyniosła 152.482,61 CHF. Po przeliczeniu zaś tej kwoty na złotówki, według wyższego kursu sprzedaży, wyznaczonego w tym samym dniu (2,2176 zł/CHF), wysokość zobowiązania kredytobiorca wynosiła 338.145,44 zł, czyli o 18.145,44 zł więcej niż wykorzystana kwota kredytu. Tym samym, pozwany został zobowiązany do zwrotu kwoty kredytu wyższej niż rzeczywiście wykorzystana, co narusza art. 69 ust. 1 pr.bank., w którym jest mowa o zobowiązaniu kredytobiorcy do zwrotu kwoty wykorzystanego kredytu. O jednym kursie wymiany, na podstawie którego wyliczana jest kwota kredytu i rat spłaty, jest również mowa w art. 69 ust. 2 pkt 4a pr.bank., dodanym mocą Ustawy antyspreadowej.

Skarżąca zwróciła też uwagę, że określenie miernika wartości (czy nawet dwóch różnych mierników wartości, jeżeli przyjąć to za dopuszczalne) stosowanego do przeliczeń musi spełniać ogólne zasady oznaczoności świadczenia, co oznacza, że miernik wartości musi być obiektywny, niezależny od woli stron. Nie jest dopuszczalne, aby jedna ze stron w sposób dowolny wyznaczała kurs, który wpływa na wysokość zobowiązania drugiej strony.

W swej istocie omawiany zarzut zasadza się przede wszystkim na twierdzeniu, że zastosowanie mechanizmu indeksacyjnego (waloryzacyjnego), takiego jak zastrzeżony w Umowie, a więc przewidującego przeliczanie kwoty wypłacanego kredytu i wysokości rat kapitałowo-odsetkowych według dwóch różnych kursów walut (tzw. *spread* walutowy) jest sam przez się niezgodny z art. 69 ust. 1 pr.bank.

Przeciwko temu stanowisku konsekwentnie oponuje pozwany, wskazując w odpowiedzi na skargę kasacyjną m.in., że stosowanie przez Bank różnych kursów walut przy wypłacie transz kredytu (kurs kupna) i przy spłacie rat (kurs sprzedaży) jest wymuszane „transakcjami walutowymi” związanymi z kredytem indeksowanym do franka szwajcarskiego, a więc odpowiednio: kupnem udostępnianych klientowi złotych za franki, pozyskiwane w ramach „zdobytego” finansowania - np. pożyczki - oprocentowanego w oparciu o LIBOR CHF, oraz kupnem franków za raty płatne przez klienta w złotych.

Teza powódki - w istocie równoznaczna z zakwestionowaniem dopuszczalności zastrzegania *spreadu* walutowego - nie znajduje potwierdzenia w rozwiązaniach legislacyjnych i dotychczasowym dorobku judykatury. Należy zwrócić uwagę, że dopuszczalność zastrzegania *spreadu* wynikała pośrednio z art. 22 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim (Dz. U. Nr 126, poz. 715 ze zm.; dalej - „u.k.k. z 2011 r.”), który obowiązywał do dnia 22 lipca 2017 r., przewidując obowiązek podania konsumentowi przed zawarciem umowy o kredyt zabezpieczony hipoteką m.in. informacji o zasadach ustalania wysokości *spreadu* walutowego oraz sposobie informowania konsumenta przez bank o jego wysokości w czasie obowiązywania umowy (pkt 9) oraz informacji o wpływie *spreadu* walutowego na wysokość kredytu oraz wysokość rat kapitałowo-odsetkowych (pkt 10). Oznacza to, że w założeniu ustawodawcy tego rodzaju mechanizm indeksacji – wprost gdzie indziej nie uregulowany - nie był sprzeczny z ogólną konstrukcją umowy kredytu przewidzianą w art. 69 ust. 1 pr.bank. W tej sytuacji nie ma podstaw, by przyjąć, że uchylenie przywołanego przepisu mocą art. 82 pkt 10 ustawy z dnia 23 marca 2017 r. o kredycie hipotecznym oraz o nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami (Dz. U. z 2017 r., poz. 819) oznacza ograniczenie elastyczności art. 69 ust. 1 pr.bank.

Elastyczność tę potwierdza także orzecznictwo dotyczące umów kredytu zawieranych jeszcze przed wejściem w życie ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim. W szczególności w wyroku z dnia 22 stycznia 2016 r., I CSK 1049/14 (OSNC 2016, nr 11, poz. 134) Sąd Najwyższy wyjaśnił, że umowa kredytu indeksowanego (*in casu* przewidującego *spread* walutowy) mieści się w konstrukcji ogólnej umowy kredytu bankowego i stanowi jej możliwy wariant (art. 353<sup>1</sup> k.c. w związku z art. 69 pr. bank.). Ogólniej rzecz ujmując, w dotychczasowym orzecznictwie dopuszczalność zastosowania takiego mechanizmu nie była sama przez się kwestionowana, co odnosi się zarówno do orzecznictwa Sądu Najwyższego (por. wyroki z dnia 19 marca 2015 r., IV CSK 362/14, OSNC-ZD 2016, nr C, poz. 49, z dnia 22 stycznia 2016 r., I CSK 1049/14, OSNC 2016, nr 11, poz. 134, z dnia 1 marca 2017 r., IV CSK 285/16, nie publ.), jak i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który skupiał swą uwagę przede wszystkim na ocenie charakteru i transparentności klauzul

kształtujących ten mechanizm w kontekście art. 4 ust. 1 i 2 dyrektywy Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz. Urz. WE L 95 z dnia 21 kwietnia 1993 r., s. 29 ze zm.; polskie wydanie specjalne Dz.Urz.UE: rozdział 15, t. 2, s. 288, ze sprostowaniem z dnia 13 października 2016 r., Dz.Urz.UE.L 2016, nr 276, s. 17 - dalej: "dyrektywa 93/13"). Wprost nie kwestionowała go także skarżąca, choć podważała zastrzeżoną w spornych postanowieniach arbitralność w ustalaniu kursu walut przez Bank (por. pozew s. 43, k. 43) i twierdziła, że *spread* walutowy stanowił prowizję, której ukrycie wprowadziło ją w błąd.

Nie ma zatem wystarczających podstaw, by uznać, że zastosowanie indeksacji przewidującej *spread* jest samo przez się sprzeczne z art. 69 ust. 1 pr.bank. Wprawdzie w rezultacie jego zastrzeżenia w chwili zawarcia umowy czy faktycznego oddania środków pieniężnych do dyspozycji kredytobiorcy, wyrażona w złotych polskich, podlegająca zwrotowi „kwota kredytu” jest wyższa niż kwota udostępniona, jednakże oznacza to tylko to, że *spread* może być - w zależności od zmian kursu waluty, do której kredyt jest indeksowany - źródłem dodatkowej korzyści banku (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 lipca 2017 r., II CSK 803/16, OSNC 2018, nr 7-8, poz. 79). Kwestia, o jaki rodzaj korzyści tu chodzi (por. art. 170 pr.bank.), ma z omawianego punktu widzenia znaczenie drugorzędne.

Zagadnieniem odrębnym względem ogólnej dopuszczalności zastrzeżenia *spreadu* (także w świetle art. 69 ust. 1 pr.bank.) są też eksponowane w skardze kasacyjnej zastrzeżenia co do zgodności przyjętej w Umowie metody ustalania miarodajnego kursu waluty obcej – zgodnie z nią miał on wynikać z „Tabeli kursów” obowiązującej w Banku odpowiednio w dniu wykorzystania kredytu albo spłaty jego raty - z ogólnymi wymaganiami co do oznaczalności świadczenia, rekonstruowanymi z uwzględnieniem art. 353<sup>1</sup> k.c. Ponieważ jednak w skardze kasacyjnej nie zarzucono naruszenia tego przepisu ani art. 58 k.c., wskazany problem może być rozważany - co najwyżej – w kontekście zarzutu naruszenia art. 410 § 2 k.c. w związku z tezą o abuzywności przedmiotowych postanowień Umowy.

Naruszenia art. 5 ust. 3 pkt 5 u.p.n.p.r. w związku z art. 5 pkt 6 u.k.k. z 2011 r. skarżąca dopatrzyła się w przyjęciu, że deklarowany przez Bank całkowity

koszt kredytu obliczony na dzień sporządzenia Umowy nie powinien być oparty o znane w chwili sporządzenia umowy parametry finansowe (w tym wysokość oprocentowania oraz kursy walut). Jej zdaniem, Sąd Apelacyjny uznał błędnie, że wyliczenie całkowitych kosztów kredytu nie powinno następować na podstawie parametrów znanych w chwili sporządzania umowy (wysokość oprocentowania, wysokość kursu kupna i sprzedaży waluty obcej), lecz może mieć charakter szacunkowy (zwłaszcza w związku ze zmienną stopą oprocentowania), jak również że mogło nie uwzględniać pobieranego przez Bank *spreadu*, a w konsekwencji nieprawidłowo przyjął, że zadeklarowanie przez Bank całkowitego kosztu kredytu w wysokości zaniżonej nie stanowi wprowadzenia w błąd kredytobiorcy co do ceny produktu. Tymczasem - jak zauważa powódka - zgodnie z metodologią wyliczania całkowitego kosztu kredytu przyjętą od początku obowiązywania regulacji unijnych, mającą na celu zapewnienie kredytobiorcom wyczerpującej i rzetelnej informacji o koszcie kredytu, za właściwe uznaje się wyliczenie całkowitego kosztu kredytu na podstawie kosztów znanych w chwili przedstawiania informacji. W szczególności zgodnie z art. 1a ust. 6 dyrektywy 87/102/EWG z dnia 22 grudnia 1986 r. w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących kredytu konsumenckiego (Dz. Urz. WE L 42 z 12.02.1987, ze zm.; dalej – „dyrektywa 87/102”) „W przypadku umów kredytowych zawierających przepisy dopuszczające zmianę stopy procentowej, odsetek oraz kwoty lub poziomu innych opłat wliczonych w efektywną roczną stopę oprocentowania, ale niemożliwych do określenia w chwili obliczania stopy procentowej, efektywna roczna stopa oprocentowania będzie obliczana przy założeniu, że odsetki i inne opłaty pozostaną niezmiennione i będą obowiązywać do końca umowy kredytowej”. Z kolei w myśl cz. I pkt 4 załącznika do ustawy z dnia 20 lipca 2001 r. o kredycie konsumenckim (Dz. U. Nr 100, poz. 1081 ze zm.; dalej - „u.k.k. z 2001 r.”) w celu obliczenia rzeczywistej rocznej stopy oprocentowania należało uwzględnić należności w wysokości z dnia zawarcia umowy. Stosownie zaś do art. 7 ust. 1 pkt 5 u.k.k. z 2001 r. całkowity koszt kredytu oznaczał wszystkie koszty wraz z odsetkami i innymi opłatami i prowizjami, które konsument jest zobowiązany zapłacić za kredyt, z wyjątkiem (m.in.) kosztów „wynikających ze zmiany kursów walut”. W rezultacie - w ocenie skarżącej - nie



powinno budzić wątpliwości, że obliczenia całkowitego kosztu kredytu oraz rzeczywistej rocznej stopy oprocentowania w przypadku kredytu opartego o zmienną stopę oprocentowania należy dokonać przy założeniu, iż wysokość oprocentowania obowiązująca w dniu sporządzenia umowy nie ulega zmianie w toku wykonywania umowy. W przypadku stosowania przez bank do obliczania wysokości zobowiązań kredytobiorcy dwóch kursów waluty obcej, których wysokość jest znana w momencie sporządzania umowy, wysokość tych kursów należało przyjąć bez ich zmiany w dalszym toku wykonywania umowy. Nic innego nie wynikało z rekomendacji S Komisji Nadzoru Bankowego wydanej w 2006 r. na podstawie art. 137 pkt 5 pr.bank., która również przewidywała obowiązek przedstawiania kredytobiorcom informacji o całkowitym koszcie kredytu.

Ustosunkowując się do przedstawionego zarzutu, należy przede wszystkim zwrócić uwagę, że jego rozpoznaniu nie sprzeciwia się okoliczność, iż zasadza się on na twierdzeniach co do stanu faktycznego odbiegających od poczynionych w sprawie ustaleń. Wprawdzie z ustaleń tych wynika, że *in casu* koszty *spreadu* zostały uwzględnione w wyliczeniu całkowitego kosztu kredytu, jednakże ich uwzględnienie powódka kwestionowała w apelacji (por. też s. 15 odpowiedzi na skargę kasacyjną, pkt 56), do czego Sąd Apelacyjny się nie ustosunkował, kwestionując miarodajność kosztów wynikających ze *spreadu*, wyliczonych według kursów waluty obcej istniejących w dniu zawarcia Umowy.

Mimo to trzeba stwierdzić, że omawiany zarzut został sformułowany częściowo wadliwie. Odwołuje się bowiem - jakkolwiek tylko związkowo - do art. 5 pkt 6 u.k.k. z 2011 r., a więc do przepisu, który nie obowiązywał w dacie zawarcia Umowy, nie miał do niej zastosowania w świetle reguł intertemporalnych (por. art. 66 ust. 1 u.k.k. z 2011 r.), i którego Sąd Apelacyjny w ogóle nie stosował, a tym samym nie mógł też dopuścić się jego błędnej wykładni. Z tożsamyh względów nie ma też podstaw do kierowania do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wnioskowanego pytania prejudycjalnego.

Skarżąca odwołuje się także związkowo do art. 7 u.k.k. z 2001 r., przy czym z uzasadnienia zarzutu wynika, że chodzi w istocie o art. 7 ust. 1 pkt 5 u.k.k. z 2001 r. Również ta ustawa nie może być jednak uznana za wprost miarodajną,

gdyż zgodnie z jej art. 3 ust. 1 pkt 1 nie miała ona w ogóle zastosowania do umów o kredyt konsumencki o wysokości większej niż 80.000 zł albo równowartość tej kwoty w innej walucie niż waluta polska.

Tym niemniej z uzasadnienia zarzutu wynika, że sens owego związkowego odwołania sprowadza się do tego, iż - zdaniem powódki - zamieszczona w art. 7 ust. 1 pkt 5 u.k.k. z 2001 r. definicja całkowitego kosztu kredytu ma charakter ogólnosystemowy (uniwersalny), w związku z czym powinna być respektowana także w Umowie odwołującej się do tego pojęcia, a użycie jej w inny sposób jest równoznaczne z dopuszczeniem się praktyki rynkowej zakazanej, nieuczciwej, wprowadzającej w błąd (art. 4 ust. 2 u.p.n.p.r.), a więc z działaniem powodującym lub mogącym powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął (art. 5 ust. 1 u.p.n.p.r.), które może dotyczyć w szczególności ceny, sposobu obliczania ceny lub istnienia szczególnej korzyści cenowej (art. 5 ust. 3 pkt 5 u.p.n.p.r.).

W kontekście tego wyводу trzeba przypomnieć, że Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyjaśnił już, iż praktykę handlową polegającą na podaniu w umowie kredytu rocznej rzeczywistej stopy oprocentowania niższej od tej stosowanej w rzeczywistości, należy uznać za „wprowadzającą w błąd” w rozumieniu art. 6 ust. 1 dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniającej dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady (dalej – „dyrektywa 2005/29”), jeśli powoduje ona lub może spowodować podjęcie przez konsumenta decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął (por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 15 marca 2012 r., w sprawie C-453/10, Jana Pereničová, Vladislav Perenič przeciwko SOS financ, spol. s r.o., pkt 37 i n.). O tym, czy i w jaki sposób wpływa to na skuteczność umowy, decyduje jednak w zasadzie prawo krajowe, gdyż zgodnie z art. 3 ust. 2 dyrektywy 2005/29 dyrektywę tę należy stosować bez uszczerbku dla przepisów prawa zobowiązań umownych, w szczególności dla uregulowań dotyczących ważności, zawierania lub skutków

umów (por. pkt 45-46 ww. wyroku; por. też wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 19 września 2018 r., w sprawie C-109/17, Bankia S.A. przeciwko Juanowi Carlosowi Mariemu Merinowi i in., pkt 31 i n.).

W świetle przywołanego orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie powinno w zasadzie budzić wątpliwości, że także podanie w umowie zaniżonej kwoty całkowitego kosztu kredytu – w każdym razie kredytu konsumenckiego - może być uznane za zakazaną, wprowadzającą w błąd praktykę rynkową w rozumieniu art. 4 ust. 1 i 2 oraz art. 5 u.p.n.p.r. oraz art. 6 ust. 1 dyrektywy 2005/29. Samo przez się nie podważa to skuteczności umowy kredytu, a o wpływie na tę skuteczność decydują zasady ogólne. Do zasad ogólnych odsyła też art. 12 ust. 1 pkt 4 u.p.n.p.r., stanowiąc, że w razie dokonania nieuczciwej praktyki rynkowej konsument, którego interes został naruszony, może żądać naprawienia wyrządzonej szkody na zasadach ogólnych, w szczególności „unieważnienia umowy z obowiązkiem wzajemnego zwrotu świadczeń” oraz zwrotu przez przedsiębiorcę kosztów związanych z nabyciem produktu. Wzmianka o możliwości żądania „unieważnienia umowy” wywołuje poważne wątpliwości, takiej bowiem instytucji zasady ogólne deliktowej odpowiedzialności odszkodowawczej nie przewidują, a najbliższe tej kategorii byłoby żądanie przywrócenia stanu poprzedniego przez stwierdzenie obowiązku (nakazanie) złożenia oświadczenia woli o rozwiązaniu umowy. Nawet jednak uznając, że chodzi tu o szczególne żądanie unieważnienia umowy przez sąd (na wzór art. 388 k.c.), byłoby ono uzależnione od przesłanek ogólnych deliktowej odpowiedzialności odszkodowawczej, w tym od wykazania przez konsumenta szkody, a więc wykazania, iż w braku niedozwolonej praktyki (prawidłowego podania całkowitego kosztu kredytu) nie zawarłby w ogóle umowy kredytu albo zawarłby ją na korzystniejszych warunkach (choćby z innym podmiotem).

Uznając za bezzasadny podniesiony w apelacji zarzut naruszenia art. 5 ust. 3 pkt 5 u.p.n.p.r., Sąd Apelacyjny stwierdził, że wskazane w § 8 pkt. 10-13 koszty kredytu zostały określone mianem „szacunkowych”, ich wielkość bowiem była uzależniona od wysokości oprocentowania kredytu w okresie umowy i kosztów związanych z ustanowieniem prawnych zabezpieczeń jego spłaty. W związku z tym za nieprzydatną uznał złożoną do akt Opinię, która została sporządzona w oparciu

o „nieprawdziwe założenia” co do stałego kursu CHF z daty zawarcia Umowy i stałego oprocentowania. Oceniał też, że brak precyzji Banku był uzasadniony sposobem obliczania kosztów, a zastosowana metoda była znana powódce. Sąd odwoławczy zdawał się zatem aprobować „szacunkowe” określenia kosztów kredytu oraz przeciwstawiać je określeniu tych kosztów stosownie do ich wielkości z daty zawarcia Umowy.

W związku z tym trzeba najpierw zauważyć, że obowiązujący w dniu zawarcia Umowy art. 4 u.k.k. z 2001 r. określał w ust. 2, jakie dane powinna zawierać umowa o kredyt konsumencki (w tym informacje o rocznej stopie oprocentowania i całkowitym koszcie kredytu), a w ust. 3 zastrzegał, iż jeżeli nie jest możliwe podanie kosztów, do których poniesienia zobowiązany jest konsument, należy określić ich szacunkową wysokość oraz okoliczności, od których zależy ich ostateczna wysokość i obowiązek zapłaty przez konsumenta. Regulacje te były w praktyce źródłem wątpliwości co do sposobu określania w umowie składników o zmiennej wysokości. W doktrynie wskazywano, że w takiej sytuacji oprócz zasad ostatecznego określenia wysokości tych składników, w umowie należało podać ich wysokość wyliczoną według wartości tych wskaźników na dzień zawarcia umowy. Uzasadniano to analogią do reguły wyrażonej w cz. I ust. 4 Załącznika do omawianej ustawy, nakazującej uwzględnienie - w celu obliczenia rzeczywistej rocznej stopy oprocentowania - należności w wysokości „z dnia zawarcia umowy”, i pozostającej w zgodzie z art. 1a ust. 6 dyrektywy 87/102, przewidującym że w przypadku umów kredytowych zawierających postanowienia dopuszczające zmianę stopy procentowej, odsetek oraz kwoty lub poziomu innych opłat wliczonych w efektywną roczną stopę oprocentowania, ale niemożliwych do określenia w chwili obliczania stopy procentowej, efektywna roczna stopa oprocentowania będzie obliczana przy założeniu, że odsetki i inne opłaty pozostaną niezmiennione i będą obowiązywać do końca umowy kredytowej. W konsekwencji uznawano też, że w przypadku owych zmiennych składników koszty szacunkowe - odpowiadające art. 4 ust. 3 u.k.k. z 2001 r. - to takie, które odpowiadają wielkości wskaźników istniejących w chwili zawarcia umowy. Z tego względu w kontekście art. 7 ust. 1 pkt 5 u.k.k. z 2001 r., wyłączającego z zakresu całkowitego kosztu kredytu koszty „wynikające ze zmiany kursów walut”, wyjaśniano też, że wyłączenie to było

zbędne, gdyż w sytuacji, w której wysokość kosztów (oprocentowania, rat, prowizji) uzależniona jest od czynników o zmiennym charakterze, należało przyjąć, iż informacje dotyczące całkowitego kosztu kredytu oraz rzeczywistej rocznej stopy oprocentowania tak czy inaczej uwzględniałyby jedynie wysokość określonych wskaźników na dzień zawarcia umowy (a więc bez zmian kursów). W tym świetle można było bronić poglądu, że całkowity koszt kredytu powinien obejmować także koszt wynikający ze *spreadu* walutowego, wyliczany stosownie do kursów kupna i sprzedaży waluty według stanu na dzień zawarcia umowy. Sugestię tę wspiera stanowisko wyrażone przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 30 kwietnia 2014 r., w sprawie C-26/13, Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai v. OTP Jelzálogbank Zrt, w którym wyjaśniono m.in. (pkt 74), że dla oceny abuzywności postanowienia, będącego współźródłem *spreadu* walutowego, zezwalającego przedsiębiorcy na obliczenie wysokości należnych od konsumenta rat miesięcznych według stosowanego przez tego przedsiębiorcę kursu sprzedaży waluty obcej istotne jest to, czy przeciętny konsument mógł nie tylko dowiedzieć się o istnieniu różnicy, ogólnie obserwowanej na rynku papierów wartościowych, między kursem sprzedaży a kursem kupna waluty obcej, ale również oszacować - potencjalnie istotne - konsekwencje ekonomiczne, jakie niosło dla niego zastosowanie kursu sprzedaży przy obliczaniu rat kredytu, którymi zostanie ostatecznie obciążony, a w rezultacie także „całkowity koszt zaciągniętego przez siebie kredytu” (por. też wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 20 września 2017 r., w sprawie C-186/16, R. P. Andriuc i in. przeciwko Banca Românească SA, pkt 47 i z dnia 5 czerwca 2019 r., w sprawie C-38/17, GT przeciwko HS, pkt 34).

Powstaje jednak pytanie, czy określonym w ustawie o kredycie konsumenckim z 2001 r. regułem, dotyczącym określania całkowitego kosztu kredytu, należało przypisać charakter uniwersalny, uznając je za miarodajne także poza zakresem zastosowania tej ustawy, ilekroć w umowie kredytu (zwłaszcza konsumenckiego) odwołano się do pojęcia „całkowitego kosztu kredytu”.

Poszukując odpowiedzi, należy mieć z jednej strony na względzie, że definicja zawarta w tej ustawie była jedyną wówczas obowiązującą normatywnie, a z drugiej - że pojęcie „całkowitego kosztu kredytu” było wykorzystywane także

poza jej zakresem obowiązywania, o czym świadczy wydana w 2006 r. na podstawie art. 137 ust. 1 pr.bank. i „obowiązująca” w dacie zawarcia Umowy (KNF oczekiwał wprowadzenia rekomendacji nie później niż do 1 lipca 2006 r.) Rekomendacja S dotycząca dobrych praktyk w zakresie ekspozycji kredytowych zabezpieczonych hipotecznie (dalej - „Rekomendacja”). Rekomendacja ta zawierała własną definicję (pkt 8) całkowitego kosztu kredytu (nie odsyłała do art. 7 ust. 1 u.k.k. z 2001 r.), w myśl której oznaczał on „łączną kwotę wszystkich odsetek, prowizji i innych opłat, które kredytobiorca zobowiązany jest ponieść w związku z zaciągniętym kredytem, pożyczką lub innym produktem”. Przynajmniej w warstwie literalnej definicja ta nie była tożsama z wynikającą z art. 7 ust. 1 u.k.k. z 2001 r., a różnica polegała w szczególności na tym, że o ile definicja ustawowa obejmowała „wszystkie koszty” - jedynie w niej egzemplifikowane - które konsument jest zobowiązany zapłacić za kredyt, z uwzględnieniem wyłączeń ściśle określonych w ust. 1 pkt 1-5, o tyle definicja z Rekomendacji zdawała się obejmować zamknięty zbiór kosztów, przyporządkowanych do trzech kategorii: odsetek, prowizji i innych opłat. Znaczenie tej definicji ujawniało się w kontekście Rekomendacji 19 i 20, dotyczących przypadków, w których klientami banków są konsumenci. Zgodnie z Rekomendacją 19 „Bank powinien dołożyć wszelkich starań, aby przekazywane klientom informacje były zrozumiałe, jednoznaczne i czytelne”, przy czym w punkcie 5.1.3. wskazano, że bank powinien przedstawiać kredytobiorcom informacje o całkowitym koszcie kredytu oraz rzeczywistej rocznej stopie procentowej uwzględniające koszty znane w momencie zawarcia umowy i że służyć temu powinno również zamieszczanie w ogłoszeniach i reklamach dotyczących kredytu, zawierających warunki udzielania kredytu rzeczywistej rocznej stopy procentowej, wyliczonej od całkowitego kosztu kredytu. W myśl zaś Rekomendacji 20 „W relacjach z klientami, w obszarze działalności związanej z ekspozycjami kredytowymi zabezpieczonymi hipotecznie bank powinien stosować zasady profesjonalizmu, rzetelności, staranności oraz najlepszej wiedzy”, co rozwinięto m.in. w punkcie 5.2.1 stanowiącym, że „Umowa o kredyt powinna być zawarta w formie pisemnej, a kredytodawca zobowiązany jest wręczyć kredytobiorcy umowę przy jej zawarciu. Wskazane jest aby, poza elementami wskazanymi w art. 69 ustawy Prawo bankowe, umowa zawierała (m.in.): a) opłaty oraz inne koszty

związane z udzieleniem kredytu, w tym opłatę za rozpatrzenie wniosku kredytowego oraz przygotowanie i zawarcie umowy kredytowej, będące elementem całkowitego kosztu kredytu oraz warunki ich zmian, b) informacje o całkowitym koszcie kredytu i rzeczywistej rocznej stopie procentowej, uwzględniające koszty znane w momencie zawarcia umowy, c) łączną kwotę wszystkich należności, do których zapłaty zobowiązany jest kredytobiorca (z wyłączeniem ekspozycji kredytowych zabezpieczonych hipotecznie opartych o zmienne oprocentowanie).

Usytuowanie korzyści czerpanych przez bank ze *spreadu* walutowego wśród odsetek, prowizji i innych opłat składających się na całkowity koszt kredytu trudno uznać za bezdyskusyjne. Mogłoby to przemawiać przeciwko przyjęciu, że pominięcie tych korzyści przy wyliczeniu całkowitego kosztu kredytu stanowiło działanie wprowadzające w błąd co do ceny, sposobu obliczania ceny lub istnienia szczególnej korzyści cenowej, zwłaszcza w sytuacji, w której - tak jak *in casu* - kredytobiorca zaakceptował zasady funkcjonowania kredytu złotowego „denominowanego w walucie wymiennej”, w tym dotyczące określenia jego kwoty, sposobu uruchomienia i wykorzystania oraz warunków jego spłaty, z których wynikało zastrzeżenie *spreadu* (por. § 11 ust. 5 Umowy), a Umowa wprost zastrzegła w § 9 ust. 2 zd. 4, że „Wysokość rat kapitałowo - odsetkowych w złotych zależy od wysokości kursu sprzedaży dewiz dla CHF obowiązującego w Banku w dniu spłaty, a tym samym zmiana wysokości w/w kursu waluty ma wpływ na ostateczną wysokość spłaconego przez Kredytobiorcę kredytu”. Z drugiej jednak strony trudno zaakceptować stanowisko, w którym konsument byłby w ogóle nie informowany – choćby tylko szacunkowo - o wysokości (skali) kosztów związanych z zastrzeżeniem *spreadu*. Jeżeli zatem bank nie uwzględnił tej kategorii kosztów w ramach całkowitego kosztu kredytu, powinien wspomnieć o jej szacowanej wysokości (np. według kursów waluty na dzień zawarcia Umowy) odrębnie albo uwzględnić w ramach ogólniejszej kategorii kosztów nie wchodzących w zakres całkowitego kosztu kredytu (por. art. 6 ust. 1 i 3 pkt 1 u.p.n.p.r.). Dla przeciętnego bowiem konsumenta, a więc konsumenta dobrze poinformowanego oraz dostatecznie uważnego i ostrożnego (por. motyw 18 dyrektywy 2005/29) istotna jest nie tylko świadomość zastosowania różnych kursów walut przy wypłacie i spłacie kredytu oraz ich zmienności, ale także

orientacja co do skali wynikającego stąd, dodatkowego obciążenia finansowego. Okoliczność, że wysokość tego rodzaju kosztów jest niemożliwa do definitywnego określenia w chwili zawarcia umowy kredytu, wydaje się nie mieć decydującego znaczenia, gdyż dotyczy to także innych elementów kosztów o zmiennym charakterze (w tym zwłaszcza wysokości oprocentowania, jeżeli jest ono zmienne).

W rezultacie należy zgodzić się z poglądem, że całkowite pominięcie informacji o szacunkowej wysokości (skali) kosztów związanych z zastrzeżeniem *spreadu* walutowego może być postrzegane jako działanie (zaniechanie) wprowadzające w błąd w rozumieniu art. 5-6 u.p.n.p.r.

Samo przez się nie uzasadnia to jeszcze żądania „unieważnienia umowy”, ta bowiem zgodnie z art. 12 ust. 1 pkt 4 u.p.n.p.r. zależy od ziszczenia się ogólnych przesłanek naprawienia szkody, a w szczególności – jeżeli chodzi o deliktową odpowiedzialność przedkontraktową - od zawinienia (art. 415 k.c.) przedsiębiorcy, choćby w postaci niedbalstwa, oraz powstania i wykazania szkody. O szkodzie w postaci zawyżonych kosztów kredytu (por. s. 13-14 pozwu, k. 14-15) nie można zaś mówić - przynajmniej co do zasady - wtedy, gdy postanowienia umowne, będące źródłem *spreadu* są niedozwolone (abuzywne) i z tego względu nie wiążą konsumenta, co sąd ma obowiązek wziąć pod uwagę z urzędu. Kwestia unieważnienia „umowy” staje się całkowicie bezprzedmiotowa, jeżeli wyeliminowanie klauzul abuzywnych prowadzi do upadku całej umowy kredytowej.

Teza o abuzywności postanowień § 2 ust. 2, § 4 ust. 1a i § 9 ust. 2 Umowy (m.in.) legła u podstaw podniesionego w skardze kasacyjnej zarzutu naruszenia art. 410 § 2 k.c., którego powódka dopatrzyła się w uznaniu przez Sąd Apelacyjny, że w przypadku pobierania przez Bank świadczeń w nienależnej wysokości i wypowiedzenia Umowy, kredytobiorcy nie przysługuje roszczenie o zwrot tych świadczeń, ze względu na fakt, iż Bank mógłby - czego jednak w tym postępowaniu nie zrobił - zgłosić roszczenie wzajemne o zwrot swojego świadczenia albo zarzut potrącenia. Zdaniem skarżącej, stanowisko Sądu odwoławczego jest równoznaczne z zastosowaniem tzw. teorii salda, która - w razie upadku (nieważności) obustronnie wykonanej umowy wzajemnej - nakazuje uwzględniać saldo rozliczeń pomiędzy stronami i uwzględniać roszczenie tylko tej strony, która



pozostaje wzbogacona, po uwzględnieniu wszystkich roszczeń stron, podczas gdy zgodnie z panującą w orzecznictwie i w doktrynie teorią dwu kondycji, opartą na art. 410 § 2 k.c., w takiej sytuacji każde roszczenie o wydanie korzyści należy traktować niezależnie, a ich kompensacja jest możliwa tylko w ramach instytucji potrącenia.

Ustosunkowując się do tego zarzutu, należy przede wszystkim przypomnieć, że o ile Sąd drugiej instancji odrzucił stanowisko, iż Umowa jest w całości nieważna ze względu na naruszenie art. 69 ust. 2 pr.bank., art. 5 ust. 3 pkt 5 u.p.n.p.r. albo uchylenie się od skutków oświadczenia woli, o tyle dostrzegł podstawy do przyjęcia, że kwestionowane przez powódkę postanowienia Umowy są abuzywne, zauważając zarazem, iż „O ile (...) umowa w pozostałym zakresie będzie nadal wiązać strony, powstanie problem, według jakiego kursu środki pobierane przez bank z rachunku złotowego powinny być przeliczone na franki szwajcarskie”. Tym niemniej uznał, że w niniejszej sprawie problem ten nie jest istotny dla rozstrzygnięcia, z uwagi na charakter roszczenia, z jakim wystąpiła powódka i jej sytuację, jako strony Umowy. Zażądała bowiem zasądzenia kwoty 37.085 zł z tytułu nadwyżki rat zapłaconych nad raty należne, mimo że Umowa przewiduje możliwość przedterminowej spłaty (§ 9 ust. 6) i mimo że powódka jest nadal - wskutek wypowiedzenia Umowy - dłużnikiem Banku (w znacznych rozmiarach), który w związku z tym nie jest bezpodstawnie wzbogacony, co czyni jej żądanie bezzasadnym.

Z przedstawionego wyводу zdaje się wynikać, że w ocenie Sądu Apelacyjnego niezależnie od tego, czy abuzywność przedmiotowych postanowień powoduje upadek całej Umowy czy też pozostaje ona w mocy, lecz została skutecznie wypowiedziana, powódka jest dłużnikiem Banku w szerszym zakresie niż dochodzone przez nią roszczenie, co przesądza jego bezzasadność, niezależnie od tego, czy Bank (pozwany) złożył oświadczenie o potrąceniu.

Należy zgodzić się ze skarżącą, że rozumowanie to - przywodzące na myśl teorię salda - nie może zostać uznane za prawidłowe. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wyjaśniono już, że brak związania konsumenta niedozwolonym postanowieniem, o którym mowa w art. 385<sup>1</sup> § 1 zd. 1 k.c., oznacza, że nie

wywołuje ono skutków prawnych od samego początku i z mocy samego prawa, co sąd ma obowiązek wziąć pod uwagę z urzędu (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 2007 r., III CZP 62/07, OSNC 2008, nr 7-8, poz. 87 i uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 czerwca 2018 r., III CZP 29/17, OSNC 2019, nr 1, poz. 2 oraz wyroki Sądu Najwyższego z dnia 30 maja 2014 r., III CSK 204/13, "Monitor Prawa Bankowego" 2015, nr 1, s. 22, z dnia 1 marca 2017 r., IV CSK 285/16, z dnia 14 lipca 2017 r., II CSK 803/16, OSNC 2018, nr 7 -8, poz. 79, z dnia 24 października 2018 r., II CSK 632/17, nie publ., z dnia 27 lutego 2019 r., II CSK 19/18, nie publ., z dnia 13 grudnia 2018 r., V CSK 559/17, nie publ., z dnia 4 kwietnia 2019 r., III CSK 159/17, OSP 2019, z. 12, poz. 115), chyba że konsument następczo udzieli "świadomej, wyraźnej i wolnej zgody" na to postanowienie i w ten sposób jednostronnie przywróci mu skuteczność (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 14 lipca 2017 r., II CSK 803/16 i z dnia 4 kwietnia 2019 r., III CSK 159/17, OSP 2019, z. 12, poz. 115, przywołane tam orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz wyrok tego Trybunału z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-260/18, Kamil Dziubak i Justyna Dziubak przeciwko Raiffeisen Bank International AG, pkt 54, 66-67; por. też uchwała Sądu Najwyższego z dnia 6 kwietnia 2018 r., III CZP 114/17, OSNC 2019, nr 3, poz. 26). Co do zasady zatem - w braku takiego działania sanującego - świadczenie spełnione na podstawie niedozwolonego postanowienia musi być postrzegane jako świadczenie nienależne w rozumieniu art. 410 § 2 k.c. (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 4 kwietnia 2019 r., III CSK 159/17, OSP 2019, z. 12, poz. 115 i z dnia 9 maja 2019 r., I CSK 242/18, nie publ.).

Interpretacja ta jest w pełni zgodna z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, z którego również wynika, że w świetle art. 6 ust. 1 dyrektywy 13/93, warunek umowny, którego nieuczciwy charakter stwierdzono, należy co do zasady uznać za nigdy nieistniejący, wobec czego stwierdzenie nieuczciwego charakteru takiego warunku powinno mieć co do zasady skutek w postaci przywrócenia sytuacji prawnej i faktycznej konsumenta, w jakiej znajdowałby się on w braku rzeczonoego warunku, uzasadniając w szczególności prawo do zwrotu korzyści nienależnie nabytych przez przedsiębiorcę - ze szkodą dla konsumenta - w oparciu o ten warunek (por. wyroki

z dnia 21 grudnia 2016 r. w połączonych sprawach C-154/15, C-307/15 i C-308/15, Francisco Gutiérrez Naranjo, Ana María Palacios Martínez, Banco Popular Español, SA v. Emilio Irlés López, Teresa Torres Andreu, pkt 61-66, z dnia 31 maja 2018 r., w sprawie C-483/16, Zsolt Sziber przeciwko ERSTE Bank Hungary Zrt., pkt 34 i 53, z dnia 14 marca 2019 r., w sprawie C-118/17, Zsuzsanna Dunai przeciwko ERSTE Bank Hungary Zrt., pkt 41 i 44).

Stwierdzenie, że świadczenie spełnione (nadpłacone) przez kredytobiorcę na podstawie postanowienia abuzywnego jest świadczeniem nienależnym oznacza, iż co do zasady podlega ono zwrotowi, choćby kredytobiorca był równoległym dłużnikiem banku. Odmienne stanowisko Sądu Apelacyjnego w tej kwestii jest sprzeczne z panującą niepodzielnie w doktrynie teorią dwu kondycji, jak również ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, że w art. 410 § 1 k.c. ustawodawca przesądził, iż samo spełnienie świadczenia nienależnego jest źródłem roszczenia zwrotnego, przysługującegoubożonemu i nie ma potrzeby ustalania, czy i w jakim zakresie spełnione świadczenie wzbogaciło *accipiens* ani czy na skutek tego świadczenia majątek *solvens* uległ zmniejszeniu. Samo bowiem spełnienie świadczenia wypełnia przesłankę ubożenia po stronie powoda, a uzyskanie tego świadczenia przez pozwanego - przesłankę jego wzbogacenia (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 24 listopada 2011 r., I CSK 66/11, nie publ., z dnia 9 sierpnia 2012 r., V CSK 372/11, nie publ., z dnia 28 sierpnia 2013 r., V CSK 362/12, nie publ., z dnia 15 maja 2014 r., II CSK 517/13, nie publ., z dnia 29 listopada 2016 r., I CSK 798/15, nie publ. i z dnia 11 maja 2017 r., II CSK 541/16, nie publ.). Wyrażona w § 9 ust. 6 Umowy reguła dotycząca przedterminowej spłaty kredytu lub jego części nic w tym zakresie nie zmienia, gdyż nadpłata świadczenia wynikająca z abuzywności klauzul nie może być zrównana z dobrowolną, przedterminową spłatą (podobnie wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 maja 2019 r., I CSK 242/18, nie publ.). Wbrew woli nienależnie świadczącego Bank nie mógł zaliczać nienależnej zapłaty na poczet przyszłych świadczeń, a inaczej byłoby tylko wtedy, gdy jego przyszłe roszczenie stało się wymagalne i doszło do jego potrącenia, czego w sprawie nie ustalono. Nadpłacone na podstawie klauzuli abuzywnej świadczenie podlega zwrotowi, i nic w tym zakresie nie może zmienić (samo przez się)

wypowiedzenie umowy kredytowej, nie czyni bowiem ono świadczenia nienależnego - należnym, a jedynie otwiera możliwość dokonania potrącenia.

Stanowisko to przemawia za zasadnością roszczenia powódki co do zasady, jego wysokość zależy natomiast od tego, czy abuzywność spornych klauzul pociąga za sobą nieważność (bezskuteczność) całej Umowy. Wychodząc z błędnych przesłanek Sąd Apelacyjny nie wyraził stanowczego zapatrywania co do tej kwestii, sygnalizując jedynie problem „kursowy” - mający aktualizować się w razie utrzymania Umowy - dotyczący ustalenia kursu, według którego środki pobierane przez Bank z rachunku złotowego powinny być przeliczone na franki szwajcarskie.

W związku z tym warto przede wszystkim zwrócić uwagę, że w świetle dotychczasowego orzecznictwa Sądu Najwyższego nie powinno budzić wątpliwości, iż postanowienia § 2 ust. 2, § 4 ust. 1a i § 9 ust. 2 (zd. 3) Umowy mają charakter niedozwolony, uznaje się bowiem, iż określenie wysokości należności obciążającej konsumenta z odwołaniem do tabel kursów ustalanych jednostronnie przez bank, bez wskazania obiektywnych kryteriów, jest nietransparentne, pozostawia pole do arbitralnego działania banku i w ten sposób obarcza kredytobiorcę nieprzewidywalnym ryzykiem oraz narusza równorzędność stron (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 22 stycznia 2016 r., I CSK 1049/14 (OSNC 2016, Nr 11, poz. 134, z dnia 1 marca 2017 r., IV CSK 285/16 (nie publ.), z dnia 19 września 2018 r., I CNP 39/17, nie publ., z dnia 24 października 2018 r., II CSK 632/17, nie publ., z dnia 13 grudnia 2018 r., V CSK 559/17, nie publ., z dnia 27 lutego 2019 r., II CSK 19/18, nie publ., z dnia 4 kwietnia 2019 r., III CSK 159/17, OSP 2019, z. 12, poz. 115, z dnia 9 maja 2019 r., I CSK 242/18, nie publ., z dnia 29 października 2019 r., IV CSK 309/18, nie publ.). Sąd Apelacyjny poglądowi temu nie zaprzecza, jednakże - wzmiankując o problemie „kursowym” - zdaje się ujmować postanowienia niedozwolone, podobnie jak Sąd Okręgowy, wąsko jako postanowienia (ew. ich części) przewidujące jednostronne określenie przez Bank kursu wymiany waluty (Tabel kursów), bez wskazania jasnych i zrozumiałych kryteriów, którymi będzie się kierował (*in casu* § 2 ust. 2 *in fine*, § 4 ust. 1a *in fine* oraz § 9 ust. 2 zd. 3 i 4 Umowy), i odróżniać je od postanowień (ich części)

przewidujących sam mechanizm przeliczenia (*in casu* § 2 ust. 2 *in principio* i § 4 ust. 1a *in principio* oraz § 9 ust. 2 zd. 2 Umowy).

Należy jednak zauważyć, że bez unormowania kursu miarodajnego dla poszczególnych przeliczeń, przeliczenia te nie mogą być dokonane, a postanowienia „przeliczeniowe” – wyrzecz skutku (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 kwietnia 2019 r., III CSK 159/17, OSP 2019, z. 12, poz. 115).

Powstaje w związku z tym pytanie, czy - i ewentualnie kiedy oraz w jaki sposób – niedozwolone postanowienie „kursowe” może być substytuowane, a odpowiedź na nie musi być udzielona z uwzględnieniem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Wynika z niego, że art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 nie stoi na przeszkodzie temu, "by sąd krajowy uchylił, zgodnie z zasadami prawa zobowiązań, nieuczciwy warunek poprzez zastąpienie go przepisem prawa krajowego o charakterze dyspozytywnym", jednakże dotyczy to tylko sytuacji, w której brak zastąpienia pociągałby za sobą unieważnienie umowy w całości i narażał konsumenta na szczególnie niekorzystne skutki, jako że takie unieważnienie „wywiera co do zasady takie same następstwa jak postawienie pozostałej do spłaty kwoty kredytu w stan natychmiastowej wymagalności, co może przekraczać możliwości finansowe konsumenta i z tego względu penalizuje raczej tego ostatniego, a nie kredytodawcę (por. wyroki z dnia 30 kwietnia 2014 r. w sprawie C-26/13, Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai przeciwko OTP Jelzálogbank Zrt, pkt 80-84, z dnia 21 stycznia 2015 r. w połączonych sprawach C-482/13, C-484/13, C-485/13 i C-487/13, Unicaja Banco i Caixabank, pkt 33, z dnia 20 września 2018 r., w sprawie C-51/17, OTP Bank Nyrt. I OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt. Przeciwko Teréz Ilyés i Emilowi Kissowi, pkt 60-61, z dnia 26 marca 2019 r., w połączonych sprawach C-70/17 i C-179, Abanca Corporación Bancaria i Bankia, pkt 56-58, z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-260/18, Kamil Dziubak i Justyna Dziubak przeciwko Raiffeisen Bank International AG, pkt 48 i n.). Dalsze, istotne obostrzenia i uściślenia tej reguły wynikają z wyroku z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-260/18, Kamil Dziubak i Justyna Dziubak przeciwko Raiffeisen Bank International AG, dotyczącego umowy kredytu hipotecznego indeksowanego do franka szwajcarskiego, zawierającej mechanizm indeksacji taki jak w Umowie. Trybunał doprecyzował tam, że ocena, czy

unieważnienie umowy naraża konsumenta na szczególnie szkodliwe skutki, musi być dokonywana w świetle okoliczności istniejących lub możliwych do przewidzenia w chwili zaistnienia sporu, a nie w chwili zawarcia umowy (pkt 50), co oznacza, iż miarodajne są skutki, które rzeczywiście powstałyby, w okolicznościach istniejących lub możliwych do przewidzenia w chwili zaistnienia sporu, gdyby sąd krajowy unieważnił tę umowę, a nie skutki, które w dniu zawarcia tej umowy wynikałyby z jej unieważnienia (pkt 51). Stwierdził też, że konsument może zrzec się ochrony przed negatywnymi następstwami unieważnienia umowy w całości (pkt 55, 67), czyli obstawać przy tej nieważności, a wówczas zastąpienie niedozwolonej klauzuli również nie wchodzi w rachubę. Trybunał wyjaśnił ponadto, że art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 stoi na przeszkodzie wypełnieniu luk w umowie, spowodowanych usunięciem z niej nieuczciwych warunków, które się w niej znajdowały, wyłącznie na podstawie przepisów krajowych o charakterze ogólnym, przewidujących, iż skutki wyrażone w treści czynności prawnej są uzupełniane w szczególności przez skutki wynikające z zasad słuszności lub ustalonych zwyczajów, które nie stanowią przepisów dyspozytywnych lub przepisów mających zastosowanie, w przypadku gdy strony umowy wyrażą na to zgodę (pkt 61-62).

Z przywołanego orzecznictwa wynika, że punktem wyjścia do oceny dopuszczalności zastąpienia klauzuli abuzywnej inną, dopuszczalną jest ustalenie, czy bez tej klauzuli umowa może nadal istnieć, a w razie odpowiedzi negatywnej - czy jej „unieważnienie” zagraża interesom konsumenta, z uwzględnieniem okoliczności istniejących w czasie sporu. Jeżeli zagraża, wówczas w rachubę wchodzi zastąpienie niedozwolonego postanowienia szczegółową regułą ustawową, chyba że konsument obstaje przy nieważności całej umowy. Umowę należy uznać za nieważną w całości także wtedy, gdy prawo nie przewiduje takiego szczegółowego unormowania „zastępczego”, chyba że konsument sanuje niedozwolone postanowienie, udzielając następczo „świadomej, wyraźnej i wolnej zgody”.

W tym świetle kluczowego znaczenia dla oceny skutków abuzywności postanowień konstruujących mechanizm indeksacji kredytu złotowego indeksowanego do waluty obcej ma to, czy bez tego mechanizmu umowa taka może być utrzymana w mocy.

Ogólnie rzecz biorąc, z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wynika, że po wyeliminowaniu klauzul abuzywnych umowa powinna „w zasadzie nadal obowiązywać, bez jakiegokolwiek zmiany innej niż wynikająca z uchylecia nieuczciwych warunków, o ile takie dalsze obowiązywanie umowy jest prawnie możliwe zgodnie z zasadami prawa wewnętrznego” (zob. wyroki z dnia 14 czerwca 2012 r. w sprawie C-618/10, Banco Español de Crédito SA przeciwko Joaquín Calderón Camina, pkt 66 – 69, z dnia 30 maja 2013 r., w sprawie C-488/11, Dirk Frederik Asbeek Brusse, Katarina de Man Garabito przeciwko Jahani BV, pkt 57, 60, z dnia 21 stycznia 2015 r. w połączonych sprawach C-482/13, C-484/13, C-485/13 i C-487/13, Unicaja Banco i Caixabank, pkt 28, z dnia 21 kwietnia 2016 r. w sprawie C-377/14, Ernst Georg Radlinger, Helena Radlingerová przeciwko Finway a.s., ECLI:EU:C:2016:283, pkt 97, z dnia 26 stycznia 2017 r. w sprawie C-421/14, Banco Primus SA przeciwko Jesús Gutiérrez García, ECLI:EU:C:2017:60, pkt 71, z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-260/18, Kamil Dziubak i Justyna Dziubak przeciwko Raiffeisen Bank International AG, pkt 39-40). O tym, czy umowa może być utrzymana, decyduje zatem prawo krajowe, i musi to być zweryfikowane przy zastosowaniu obiektywnego podejścia, zgodnie z którym niedopuszczalne jest uznanie sytuacji jednej ze stron umowy, zgodnie z prawem krajowym, za decydujące kryterium rozstrzygające o dalszym losie umowy (por. wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 15 marca 2012 r. w sprawie C-453/10, Jana Pereničova i Vladislav Perenič przeciwko SOS financ spol. sr.o., pkt 33-34, z dnia 14 marca 2019 r., w sprawie C-118/17, Zsuzsanna Dunai przeciwko ERSTE Bank Hungary Zrt., pkt 40, 51, z dnia 26 marca 2019 r., w połączonych sprawach C-70/17 i C-179, Abanca Corporación Bancaria i Bankia, pkt 57 i z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-260/18, Kamil Dziubak i Justyna Dziubak przeciwko Raiffeisen Bank International AG, pkt 41).

Stanowisko takie, odpowiadające art. 385<sup>1</sup> § 2 k.c., jest co do zasady uznawane również w orzecznictwie Sądu Najwyższego (por. wyroki Sądu Najwyższego z 14 lipca 2017 r., II CSK 803/16, OSNC 2018, 7-8, poz. 79, z dnia 4 kwietnia 2019 r., III CSK 159/17, OSP 2019, z. 12, poz. 115). W nawiązaniu do niego, określając skutki abuzywności postanowień kształtujących mechanizm

indeksacji walutowej (*spread* walutowy), w orzecznictwie tym przyjmowano dotychczas, że nie pociąga ona za sobą nieważności całej umowy, gdyż umowa ta może istnieć również po wyeliminowaniu z niej klauzuli indeksacyjnej, jako kredyt złotowy niezawierający takiej klauzuli (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 4 kwietnia 2019 r., III CSK 159/17, OSP 2019, z. 12, poz. 115, z dnia 9 maja 2019 r., I CSK 242/18, nie publ. i z dnia 29 października 2019 r., IV CSK 309/18, nie publ.). Dostrzegano wprawdzie, że eliminacja klauzuli umownej uznanej za bezskuteczną nie może prowadzić do zmiany charakteru stosunku prawnego łączącego strony, tj. granicą, której przekroczenie uzasadnia interwencję sądu, jest sprzeczne z naturą stosunku (art. 353<sup>1</sup> k.c.) ukształtowanie umowy, jednakże uznawano, iż wyeliminowanie klauzuli indeksacyjnej nie stanowi przeszkody do utrzymania oprocentowania według stawek LIBOR, mimo wyeliminowania wszelkich powiązań wysokości świadczeń z walutą obcą i mimo że strony najprawdopodobniej nie ustaliłyby wysokości oprocentowania kredytu złotowego według stawki LIBOR, gdyby były świadome abuzowości klauzuli indeksacyjnej (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 4 kwietnia 2019 r., III CSK 159/17, OSP 2019, z. 12, poz. 115 i z dnia 9 maja 2019 r., I CSK 242/18, nie publ.). Kryterium hipotetycznej woli stron bowiem mogłoby mieć znaczenie na tle art. 58 § 3 k.c., którego nie można stosować w odniesieniu do skutków eliminacji niedozwolonych postanowień umownych (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 maja 2019 r., I CSK 242/18, nie publ.). Z odwołaniem do art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 wskazywano, że umowa nie może być utrzymana w mocy tylko wtedy, gdy eliminacja niedozwolonego postanowienia umownego prowadzi do takiej deformacji regulacji umownej, że na podstawie pozostałej jej treści nie da się odtworzyć treści praw i obowiązków stron (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 maja 2019 r., I CSK 242/18, nie publ.). Wyjaśniano przy tym, że z punktu widzenia banku pozostawienie oprocentowania powiązanego z LIBOR pełni funkcję tzw. *penalty default*, a zatem klauzuli odstraszałającej kredytodawcę od stosowania w przyszłości niedozwolonych postanowień umownych (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 kwietnia 2019 r., III CSK 159/17, OSP 2019, z. 12, poz. 115). Sankcji tej - prowadzącej do oprocentowania kredytu według stawki niższej niż byłby najprawdopodobniej oprocentowany kredyt udzielony w złotych



i niezawierający klauzul walutowych - nie uznawano za zbyt surową, kontrastując ją z sankcją kredytu darmowego przewidzianą w art. 45 ust. 1 u.k.k. z 2011 r., stanowiącą „rozwiązanie referencyjne w dziedzinie konsumenckich stosunków kredytowych” (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 kwietnia 2019 r., III CSK 159/17, OSP 2019, z. 12, poz. 115). Wyrażono też pogląd, że takie rozwiązanie uwzględnia interesy obu stron umowy, waży je i odpowiada poczuciu sprawiedliwości (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 października 2019 r., IV CSK 309/18, nie publ.).

Poglądy te wyrażano także wtedy, gdy uznawano - wbrew dotychczasowemu orzecnictwu Sądu Najwyższego - iż przedmiotowa klauzula indeksacyjna określała świadczenie główne stron (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 4 kwietnia 2019 r., III CSK 159/17, OSP 2019, z. 12, poz. 115, z dnia 9 maja 2019 r., I CSK 242/18, nie publ.). Przyznawano wprawdzie, że eliminacja postanowienia określającego takie świadczenie częściej prowadzi do upadku umowy w całości niż eliminacja postanowienia niezwiązanego ze świadczeniem głównym, ale fakt ten sam w sobie jest bez znaczenia, jeżeli na podstawie pozostałych postanowień możliwe jest określenie praw i obowiązków stron (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 maja 2019 r., I CSK 242/18, nie publ.).

Stanowisko co do możliwości utrzymania skuteczności umowy kredytu złotowego, indeksowanego do waluty obcej, mimo wyeliminowania klauzuli indeksacyjnej, wywołuje jednak zastrzeżenia.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na konieczność weryfikacji dominującego dotychczas w orzecnictwie Sądu Najwyższego poglądu - przyjętego także przez Sąd pierwszej instancji - że postanowienia przewidujące przeliczenie oddawanej do dyspozycji kwoty kredytu oraz spłacanych rat na inną walutę nie określają głównych świadczeń stron w rozumieniu art. 385<sup>1</sup> § 1 zd. 2 k.c., lecz kształtują jedynie dodatkowy mechanizm indeksacyjny (waloryzacyjny) tych świadczeń, tj. sposób określania rynkowej wartości wydanej i wykorzystywanej sumy kredytu w złotych w relacji do walut obcych, co ma na celu zachowanie wartości pieniądza w długim okresie spłaty pożyczki (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 22 stycznia 2016 r., I CSK 1049/14, OSNC 2016, nr 11, poz.

134, z dnia 1 marca 2017 r., IV CSK 285/16, z dnia 14 lipca 2017 r., II CSK 803/16, OSNC 2018, nr 7-8, poz. 79, z dnia 24 października 2018 r., II CSK 632/17, nie publ., z dnia 13 grudnia 2018 r., V CSK 559/17, nie publ., z dnia 27 lutego 2019 r., II CSK 19/18, nie publ., z dnia 29 października 2019 r., IV CSK 309/18, nie publ.).

Pogląd ten ukształtował się częściowo pod wpływem stanowiska wyrażonego w wyroku z dnia 30 kwietnia 2014 r., w sprawie C-26/13, Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai przeciwko OTP Jelzálogbank Zrt, w którym Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej uchylił się od oceny, czy będące częścią klauzuli indeksacyjnej postanowienie przewidujące spłatę rat w walucie krajowej, których wysokość była obliczana na podstawie kursu sprzedaży franka szwajcarskiego stosowanego przez bank w dniu poprzedzającym dzień wymagalności raty, określa główny przedmiot umowy, pozostawiając tę ocenę sądowi krajowemu.

Jednakże w późniejszym orzecznictwie stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w tym względzie zostało doprecyzowane.

Jego punktem wyjścia jest niezmiennie stwierdzenie, że za postanowienia umowne mieszczące się w pojęciu „głównego przedmiotu umowy” w rozumieniu art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13 należy uważać te, które określają podstawowe świadczenia w ramach danej umowy i które z tego względu charakteryzują tę umowę (por. wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 30 kwietnia 2014 r. w sprawie C-26/13, Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai przeciwko OTP Jelzálogbank Zrt, pkt 49-50, z dnia 26 lutego 2015 r. w sprawie C-143/13, Bogdan Matei i Ioana Ofelia Matei przeciwko S.C. Volk sbank România SA, pkt 54, z dnia 23 kwietnia 2015 r. w sprawie C-96/14, Jean-Claude Van Hove przeciwko CNP Assurances SA, pkt 33, dnia 20 września 2017 r., w sprawie C-186/16, R. P. Andriciuc i in. przeciwko Banca Românească SA, pkt 35; podobnie co do pojęcia postanowienia określającego świadczenie główne w rozumieniu art. 385<sup>1</sup> § 1 zd. 2 k.c. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 8 czerwca 2004 r., I CK 635/03, nie publ., z dnia 30 września 2015 r., I CSK 800/14, OSNC 2016, nr 9, poz. 105 i z dnia 14 lipca 2017 r., II CSK 803/16, OSNC 2018, nr 7-8, poz. 79). Za takie uznawane są m.in. postanowienia (określane niekiedy jako „klauzule ryzyka walutowego”),

które wiążą się z obciążeniem kredytobiorcy-konsumenta ryzykiem zmiany kursu waluty i związanym z tym ryzykiem zwiększenia kosztu kredytu (por. wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 20 września 2017 r., w sprawie C-186/16, R. P. Andriuc i in. przeciwko Banca Românească SA, pkt 37, z dnia 20 września 2018 r., w sprawie C-51/17, OTP Bank Nyrt. I OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt. przeciwko Teréz Ilyés i Emilowi Kissowi, pkt 68, z dnia 14 marca 2019 r., w sprawie C-118/17, Zsuzsanna Dunai przeciwko ERSTE Bank Hungary Zrt., pkt 48, z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-260/18, Kamil Dziubak i Justyna Dziubak przeciwko Raiffeisen Bank International AG, pkt 44).

W tym świetle nasuwa się wniosek, że zastrzeżone w umowie kredytu złotowego indeksowanego do waluty obcej klauzule kształtujące mechanizm indeksacji określają główne świadczenie kredytobiorcy (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 4 kwietnia 2019 r., III CSK 159/17, OSP 2019, z. 12, poz. 115 i z dnia 9 maja 2019 r., I CSK 242/18, nie publ.). W konsekwencji w ten sposób należy też ocenić postanowienie (część postanowienia) stanowiące część mechanizmu indeksacyjnego, określające sposób oznaczenia kursu miarodajnego dla przeliczenia walutowego.

W razie stwierdzenia abuzywności klauzuli ryzyka walutowego Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej uznaje obecnie, że utrzymanie umowy „nie wydaje się możliwe z prawnego punktu widzenia”, co dotyczy także klauzul przeliczeniowych przewidujących *spread* walutowy (por. wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 14 marca 2019 r., w sprawie C-118/17, Zsuzsanna Dunai przeciwko ERSTE Bank Hungary Zrt., pkt 52 i z dnia 5 czerwca 2019 r., w sprawie C-38/17, GT przeciwko HS, pkt 43). Zdaniem Trybunału, jest tak zwłaszcza wówczas, gdy unieważnienie tych klauzul doprowadziłoby nie tylko do zniesienia mechanizmu indeksacji oraz różnic kursów walutowych, ale również - pośrednio - do zaniknięcia ryzyka kursowego, które jest bezpośrednio związane z indeksacją przedmiotowego kredytu do waluty (por. wyrok z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-260/18, Kamil Dziubak i Justyna Dziubak przeciwko Raiffeisen Bank International AG, pkt 44). W konsekwencji w wyroku z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-260/18, Kamil Dziubak i Justyna Dziubak przeciwko Raiffeisen Bank International AG Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej orzekł, że art. 6

ust. 1 dyrektywy 93/13 nie stoi na przeszkodzie temu, aby sąd krajowy, po stwierdzeniu nieuczciwego charakteru niektórych warunków umowy kredytu indeksowanego do waluty obcej i oprocentowanego według stopy procentowej bezpośrednio powiązanej ze stopą międzybankową danej waluty, przyjął, zgodnie z prawem krajowym, że ta umowa nie może nadal obowiązywać bez takich warunków z tego powodu, iż ich usunięcie spowodowałoby zmianę charakteru głównego przedmiotu umowy (pkt 45).

Nie powinno budzić wątpliwości, że o zaniknięciu ryzyka kursowego można mówić w sytuacji, w której skutkiem eliminacji niedozwolonych klauzul kształtujących mechanizm indeksacji jest przekształcenie kredytu złotowego indeksowanego do waluty obcej w zwykły (tzn. nieindeksowany) kredyt złotowy, oprocentowany według stawki powiązanej ze stawką LIBOR. Zarazem należy uznać, że wyeliminowanie ryzyka kursowego, charakterystycznego dla umowy kredytu indeksowanego do waluty obcej i uzasadniającego powiązanie stawki oprocentowania ze stawką LIBOR, jest równoznaczne z tak daleko idącym przekształceniem umowy, iż należy ją uznać za umowę o odmiennej istocie i charakterze, choćby nadal chodziło tu tylko o inny podtyp czy wariant umowy kredytu (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 stycznia 2016 r., I CSK 1049/14, OSNC 2016, nr 11, poz. 134). Oznacza to z kolei, że po wyeliminowaniu tego rodzaju klauzul utrzymanie umowy o charakterze zamierzonym przez strony nie jest możliwe, co przemawia za jej całkowitą nieważnością (bezskutecznością).

W kontekście zarzutów zgłaszanych w toku postępowania przez pozwanego, jedynie marginalnie rozważonych przez Sąd odwoławczy, warto też zwrócić uwagę, że samo wejście w życie Ustawy antyspreadowej w żaden sposób nie wpływa na ocenę abuzywności przedmiotowych postanowień Umowy i jej konsekwencji dla bytu Umowy. Wprawdzie w wyroku z dnia 19 marca 2015 r., IV CSK 362/14 (OSNC-ZD 2016, z. C, poz. 49) Sąd Najwyższy stwierdził, że mocą tej Ustawy ustawodawca wprowadził narzędzie prawne pozwalające wyeliminować z obrotu postanowienia umowne zawierające niejasne reguły przeliczania należności kredytowych, zarówno na przyszłość, jak i w odniesieniu do wcześniej zawartych umów w części, która pozostała do spłacenia i tym samym abuzywność tych postanowień została w tym zakresie usunięta, jednakże stanowiska tego nie można

uznać za prawidłowe. Zgodnie z art. 1 ust. 2 dyrektywy 93/13 jej przepisom nie podlegają m.in. postanowienia umowy „odzwierciedlające obowiązujące przepisy ustawowe lub wykonawcze”, przy czym z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wynika, że dotyczy to także przepisów, które weszły w życie już po zawarciu umowy zawierającej niedozwolone postanowienia i miały w założeniu charakter sanacyjny, tj. zastępowały te postanowienia *ex tunc* i utrzymywały ważność umowy (por. wyroki Trybunału Sprawiedliwości z dnia 20 września 2018 r., w sprawie C-51/17, OTP Bank Nyrt. I OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt. przeciwko Teréz Ilyés i Emilowi Kissowi, pkt 62-64, 70 i z dnia 14 marca 2019 r., w sprawie C-118/17, Zsuzsanna Dunai przeciwko ERSTE Bank Hungary Zrt., pkt 37, 40), pod warunkiem, iż zachowana została możliwość odwrócenia niekorzystnych skutków niedozwolonego postanowienia (por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 marca 2019 r., w sprawie C-118/17, Zsuzsanna Dunai przeciwko ERSTE Bank Hungary Zrt., pkt 45). Skutkiem sanowania klauzul abuzywnych jest wówczas także wyłączenie możliwości uznania umowy za nieważną z powodu tej (i tylko tej) abuzywności.

Z kilku względów Ustawie antyspreadowej nie może być przypisywane takie znaczenie. Mocą tej Ustawy do art. 69 ust. 2 pr.bank. dodano pkt 4a, stanowiący, że „w przypadku umowy o kredyt denominowany lub indeksowany do waluty innej niż waluta polska”, umowa kredytu powinna także określać „szczegółowe zasady określania sposobów i terminów ustalania kursu wymiany walut, na podstawie którego w szczególności wyliczana jest kwota kredytu, jego transz i rat kapitałowo-odsetkowych oraz zasad przeliczania na walutę wypłaty albo spłaty kredytu”. Do art. 69 dodano także ust. 3, w myśl którego „W przypadku umowy o kredyt denominowany lub indeksowany do waluty innej niż waluta polska, kredytobiorca może dokonywać spłaty rat kapitałowo-odsetkowych oraz dokonać przedterminowej spłaty pełnej lub częściowej kwoty kredytu bezpośrednio w tej walucie. W tym przypadku w umowie o kredyt określa się także zasady otwarcia i prowadzenia rachunku służącego do gromadzenia środków przeznaczonych na spłatę kredytu oraz zasady dokonywania spłaty za pośrednictwem tego rachunku”. Wprowadzono ponadto art. 75b, przewidujący, że „Wykonanie uprawnienia, o którym mowa w art. 69 ust. 3, nie może wiązać się z poniesieniem przez

kredytobiorcę dodatkowych kosztów” (ust. 1), „Bank nie może uzależnić wykonania przez kredytobiorcę uprawnienia, o którym mowa w art. 69 ust. 3, od wprowadzenia dodatkowych ograniczeń, w szczególności nie może zobowiązać kredytobiorcy do nabywania waluty przeznaczonej na spłatę rat kredytu, jego całości lub części, od określonego podmiotu” (ust. 2), „Otwarcie i prowadzenie rachunku, o którym mowa w art. 69 ust. 3, jest wolne od opłat w przypadku, gdy kredytobiorcą jest konsument w rozumieniu ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny” (ust. 3), oraz że „Przepisy ust. 1-3, art. 69 ust. 2 pkt 4a oraz ust. 3 stosuje się odpowiednio do umów pożyczek pieniężnych” (ust. 4). W kwestii intertemporalnej w art. 4 Ustawy antyspreadowej postanowiono, że „W przypadku kredytów lub pożyczek pieniężnych zaciągniętych przez kredytobiorcę lub pożyczkobiorcę przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy ma zastosowanie art. 69 ust. 2 pkt 4a oraz art. 75b ustawy, o której mowa w art. 1, w stosunku do tych kredytów lub pożyczek pieniężnych, które nie zostały całkowicie spłacone - do tej części kredytu lub pożyczki, która pozostała do spłacenia. W tym zakresie bank dokonuje bezpłatnie stosownej zmiany umowy kredytowej lub umowy pożyczki”.

Przywołane przepisy nie stwarzają jednoznacznych podstaw do przyjęcia, że ich przedmiotem regulacji były klauzule abuzywne oraz umowy z ich powodu nieważne, a celem – sanowanie tych wadliwości (por. też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 kwietnia 2019 r., III CSK 159/17, OSP 2019, z. 12, poz. 115), o wadliwościach tych bowiem w ogóle nie wspominają ani nie regulują związanych z nimi rozliczeń. Można zatem twierdzić, że w założeniu ustawodawcy chodziło o doprecyzowanie na przyszłość reguł ustalania kursu wymiany walut oraz nieodpłatne umożliwienie dokonywania spłat kredytu bezpośrednio w walucie obcej, i że miał on na względzie – przynajmniej *explicite* - umowy ważne oraz klauzule dozwolone, choć podlegające doprecyzowaniu. Nawet jeżeli było inaczej, założony (*implicite*) skutek sanujący nie mógł zostać w ten sposób osiągnięty. Omawiana Ustawa w zasadzie nie przewidywała gotowych do zastosowania (choćby tylko dyspozytywnych) przepisów, które zastępowałyby ewentualne klauzule abuzywne, a jedynie nakładała na banki ciężar dokonania ogólnie określonych, wymagających skonkretyzowania *in casu* zmian umowy, co nie wystarcza dla przyjęcia domniemania, że owe konkretne rozwiązania są wynikiem należytego

wyważenia ogółu praw i obowiązków stron przez ustawodawcę (por. motyw 13 dyrektywy 93/13 oraz wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 21 marca 2013 r., w sprawie C-92/11, RWE Vertrieb AG przeciwko Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V., pkt 26 i n.) i nie czyni zadość przesłankom przewidzianym w art. 1 ust. 2 dyrektywy 93/13. Zwłaszcza że, jak wynika z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, wyjątek przewidziany w tym przepisie podlega ścisłej wykładni (por. wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 20 września 2017 r., w sprawie C-186/16, R. P. Andriuc i in. przeciwko Banca Românească SA, pkt 31 i z dnia 20 września 2018 r., C-51/17, w sprawie OTP Bank Nyrt. I OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt. Przeciwko Teréz Ilyés i Emilowi Kissowi, pkt 54, 66). Samo zaś umożliwienie spłaty bezpośrednio w walucie obcej ma sens także w przypadku mechanizmu indeksacji skonstruowanego prawidłowo (element konkurencji między sprzedawcami waluty), a z drugiej strony nie rozwiązuje problemu dotyczącego określenia kursu, po którym przeliczona została kwota kredytu oddawana do dyspozycji kredytobiorcy.

Z kolei wspomniana w art. 4 zd. 2 Ustawy antyspreadowej zmiana umowy kredytu mogłaby wywoływać skutek sanujący tylko wtedy, gdyby stanowiła wyraz następczej "świadomej, wyraźnej i wolnej" rezygnacji kredytobiorcy-konsumenta z powoływania się na abuzywność postanowienia (ewentualnie także nieważność umowy) i zgody na jego zastąpienie (*ex tunc* lub *pro futuro*) postanowieniem dozwolonym (por. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 czerwca 2018 r., III CZP 29/17, OSNC 2019, nr 1, poz. 2 i wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 maja 2019 r., I CSK 242/18, nie publ.).

W braku takich czynności sanujących, wejście w życie Ustawy antyspreadowej w żaden sposób nie podważa abuzywności spornych klauzul i nieważności Umowy. Dalsze konsekwencje z tym związane są uzależnione od tego, czy nieważność Umowy w całości zagraża interesom kredytobiorcy-konsumenta, co dopiero mogłoby otwierać drogę do zastąpienia klauzul niedozwolonych postanowieniami „kursowymi” wynikającymi z przepisów prawa, o ile istnieją (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 lipca 2017 r., II CSK 803/16, OSNC 2018, nr 7-8, poz. 79) i o ile konsument nie sprzeciwił się takiemu zastąpieniu, obstając przy nieważności całej umowy. Dla oceny tego zagrożenia

i podjęcia przez konsumenta takiej decyzji istotne jest uwzględnienie, że - jak podkreśla Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej - „unieważnienie” umowy kredytu „wywiera co do zasady takie same następstwa, jak postawienie pozostałej do spłaty kwoty kredytu w stan natychmiastowej wymagalności” (por. wyroki z dnia 30 kwietnia 2014 r. w sprawie C-26/13, Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai przeciwko OTP Jelzálogbank Zrt, pkt 80-84, z dnia 21 stycznia 2015 r. w połączonych sprawach C-482/13, C-484/13, C-485/13 i C-487/13, Unicaja Banco i Caixabank, pkt 33, z dnia 26 marca 2019 r., w połączonych sprawach C-70/17 i C-179/17, Abanca Corporación Bancaria i Bankia, pkt 56-58, z dnia 20 września 2018 r., w sprawie C-51/17, OTP Bank Nyrt. I OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt. przeciwko Teréz Ilyés i Emilowi Kissowi, pkt 60-61, z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-260/18, Kamil Dziubak i Justyna Dziubak przeciwko Raiffeisen Bank pkt 48. Położenie prawne stron określają w takim przypadku przede wszystkim przepisy o nienależnym świadczeniu (art. 410 k.c.). Należy zwrócić uwagę, że popularne w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej nawiązanie do postawienia kredytu w stan natychmiastowej wymagalności nie może być rozumiane w ten sposób, iż dla określenia skutków nieważności (bezskuteczności) całej umowy kredytu miarodajne są reguły dotyczące wypowiedzenia kredytu ze skutkiem *ex nunc*. Nawiązanie to akcentuje zagrożenie związane z koniecznością niezwłocznego zwrotu całego kredytu wykorzystanego przez konsumenta, i nie może być rozumiane jako wiążące, całościowe zdefiniowanie reżimu tego zwrotu. W tej kwestii za miarodajne należy uznać wypowiedzi Trybunału, które wskazują, że postanowienie abuzywne należy co do zasady uznać za nigdy nieistniejące, a pobrane na jego podstawie świadczenia – za nienależne i podlegające zwrotowi (por. wyroki z dnia 21 grudnia 2016 r. w połączonych sprawach C-154/15, C-307/15 i C-308/15, Francisco Gutiérrez Naranjo, Ana María Palacios Martínez, Banco Popular Espanol, SA v. Emilio Irlés López, Teresa Torres Andreu, pkt 61-66, z dnia 31 maja 2018 r., w sprawie C-483/16, Zsolt Sziber przeciwko ERSTE Bank Hungary Zrt., pkt 34 i 53, z dnia 14 marca 2019 r., w sprawie C-118/17, Zsuzsanna Dunai przeciwko ERSTE Bank Hungary Zrt., pkt 41 i 44). Jeżeli niedozwolone postanowienie ma być uznane za nigdy „nieistniejące” (tzn. nieważne czy bezskuteczne, por. zob. wyroki



Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 26 kwietnia 2012 r., w sprawie C-472/10, Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság przeciwko Invitel Távközlési Zrt, pkt 40 i z dnia 30 maja 2013 r., C-397/11, Erika Jörös v. Aegon Magyarország Hitel Zrt., pkt 43; por. też uchwała Sądu Najwyższego z dnia 6 kwietnia 2018 r., III CZP 114/17, OSNC 2019, nr 3, poz. 26), a bez niego umowa nie może być utrzymana w mocy, również umowę należy uznać za nigdy „nieistniejącą” (tzn. nieważną czy bezskuteczną *ab initio* albo *ex tunc*). Oznacza to, że świadczenia spełnione na podstawie tej umowy podlegają zwrotowi stosownie do reżimu zwrotu nienależnego świadczenia, co dotyczy także reguł przedawnienia wynikających zeń roszczeń. Zważywszy jednak zastrzeżoną dla kredytobiorcy-konsumenta możliwość podjęcia ostatecznej decyzji co do sanowania niedozwolonej klauzuli albo powołania się na całkowitą nieważność umowy także wtedy, gdy mogłaby zostać utrzymana w mocy przez zastąpienie klauzuli abuzywnej stosownym przepisem (por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-260/18, Kamil Dziubak i Justyna Dziubak przeciwko Raiffeisen Bank International AG, pkt 55, 67), należy uznać, że co do zasady termin przedawnienia tych roszczeń może rozpocząć bieg dopiero po podjęciu przez kredytobiorcę-konsumenta wiążącej (świadomej, wyraźnej i swobodnej) decyzji w tym względzie (co do tej decyzji por. wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-243/08, Pannon GSM Zrt. przeciwko Erzsébet Sustikné Gyórfi, pkt 33-35, z dnia 21 lutego 2013 r. w sprawie C-472/11, Banif Plus Bank Zrt przeciwko Csabie Csipaiowi, Viktorii Csipai, ZOTSiS 2013/2/I-88, pkt 27, 31, 35, z dnia 30 maja 2013 r. w sprawie C-488/11, Dirk Frederik Asbeek Brusse, Katarina de Man Garabito przeciwko Jahani BV, pkt 49, 52 i z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-260/18, Kamil Dziubak i Justyna Dziubak przeciwko Raiffeisen Bank International AG, pkt 53-54, 66-67). Dopiero bowiem wówczas można uznać, że brak podstawy prawnej świadczenia stał się definitywny (na pewne podobieństwo przypadku do *condictio causa finita*), a strony mogły zażądać skutecznie zwrotu nienależnego świadczenia (por. art. 120 § 1 zd. 1 k.c.). Oznacza to w szczególności, że kredytobiorca-konsument nie może zakładać, iż roszczenie banku uległo przedawnieniu w terminie liczonym tak, jakby wezwanie do zwrotu udostępnionego kredytu było możliwe już w dniu jego udostępnienia (art. 120 § 1 zd. 2 k.c.).

Dla określenia położenia prawnego stron związanego z nieważnością całej umowy istotna jest także odpowiedź na pytanie, czy obowiązek zwrotu nienależnie otrzymanych świadczeń w związku z uznaniem umowy za nieważną wyczerpuje obowiązki stron. *In casu* powódka domagała się odsetek ustawowych od każdej nadpłaconej raty od dnia uiszczenia każdej z nich z tytułu naprawienia szkody w postaci utraty wartości nabywczej pieniądza w czasie oraz utraty korzyści, które mogłaby czerpać chociażby z ulokowania tych kwot na oprocentowanym rachunku bankowym (art. 415 w związku z art. 363 § 1 k.c.). Szczególnie ważką jest jednak kwestia, czy i na jakiej podstawie (np. art. 405 k.c. albo art. 224 i n. k.c. stosowanych *per analogiam*) wynagrodzeniu podlega bezpodstawne (bezumowne) korzystanie przez strony z kapitału kontrahenta. Nie przesądzając tej kwestii na obecnym etapie, warto zauważyć, że dotychczasowy dorobek Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej takiej konsekwencji jednoznacznie nie wyklucza, co do zasady bowiem w ogóle nie odnosi się do szczegółowego unormowania reguł restytucyjnych mających zastosowanie w razie stwierdzenia nieważności (bezskuteczności) umowy. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału, jeżeli nieważność (bezskuteczność) całej umowy jest dla konsumenta niekorzystna, może on zapobiec jej w ten sposób, że udzieli następczej „świadomej, wyraźnej i swobodnej” zgody na niedozwolone postanowienie, przez co wyeliminuje źródło wadliwości umowy. Zbyt uproszczone jest też stwierdzenie, że wskutek uznania podstaw do żądania przez bank wynagrodzenia za bezumowne korzystanie z kapitału unikałby on negatywnych konsekwencji związanych z zastrzeżeniem niedozwolonego postanowienia. W wielu przypadkach otrzymane wynagrodzenie byłoby znacznie niższe niż świadczenia konsumenta spełniane na podstawie niedozwolonej klauzuli (z uwzględnieniem ryzyka kursowego), a ponadto nieważność umowy nieuchronnie prowadzi do upadku zabezpieczeń akcesoryjnych (w tym zwłaszcza hipoteki), co istotnie zwiększa ryzyko banku. Dodatkową negatywną konsekwencją jest też pozostawienie w ręku konsumenta decyzji co do upadku umowy, która może być podjęta z uwzględnieniem indywidualnych okoliczności i aktualnej sytuacji rynkowej (w tym aktualnej „ceny” kredytu, którego zaciągnięcie może być niezbędne w celu zaspokojenia należności banku).

Z tych względów, na podstawie art. 398<sup>15</sup> § 1 k.p.c., Sąd Najwyższy orzekł,  
jak w sentencji.

jw