



Sygn. akt I CSK 491/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 czerwca 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Dariusz Dończyk (przewodniczący)

SSN Roman Trzaskowski (sprawozdawca)

SSN Katarzyna Tyczka-Rote

w sprawie z powództwa „S.” spółki z o.o. w D.
przeciwko Bankowi (...) S.A. w W.
o zapłatę,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym
w Izbie Cywilnej w dniu 15 czerwca 2018 r.,
skargi kasacyjnej powoda od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)
z dnia 7 marca 2017 r., sygn. akt I ACa (...),

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

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 20 stycznia 2014 r. „S.” sp. z o.o. w S. (dalej - „S.”) wniósł o zasądzenie od pozwanego „B.” Bank (...) S. A. w W., jako następcy prawnego „F.” Banku (...) S.A. (dalej - „Bank”), kwoty 681.946,40 zł wraz z ustawowymi odsetkami z tytułu zwrotu nienależnych korzyści pobranych na podstawie sprzecznej z zasadami współżycia społecznego i nieważnej transakcji zamiany stóp procentowych (tzw. *swap* na stopę procentową, dalej - „transakcja IRS”). Wskazał, że umowa ta w nierównomierny sposób rozkładała ryzyko stron, a „S.” zawarł ją pod presją faktycznej przewagi Banku, który naruszył ponadto ciężące na nim obowiązki informacyjne.

Wyrokiem z dnia 9 października 2015 r. Sąd Okręgowy w W. zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 157.469,11 zł wraz z ustawowymi odsetkami, a w pozostałym zakresie powództwo oddalił (pkt 2).

Sąd ustalił m.in., że na przełomie listopada i grudnia 2007 r. powód ubiegał się w Banku o przyznanie kredytu inwestycyjnego. Jego wniosek został rozpoznany pozytywnie, jednak przed przystąpieniem do podpisania umowy został poinformowany, że musi jeszcze wyrazić zgodę na zawarcie transakcji IRS. Bank przywiązywał wagę do jej zawarcia, ponieważ transakcje tego rodzaju przynosiły mu bardzo duże dochody, dzięki czemu mógł zrealizować zakładany budżet; odmowa powoda skutkowałaby nieudzieleniem kredytu.

W dniu 14 grudnia 2007 r. strony zawarły umowę ramową dotyczącą transakcji walutowych, terminowych i pochodnych, w której przewidziały m.in. możliwość zawarcia „transakcji zamiany” IRS, określonej w Opisie tej transakcji, stanowiącym załącznik do umowy. Stosownie do tego Opisu przez zawarcie transakcji zamiany IRS strony zobowiązywały się – od dnia rozpoczęcia do dnia zakończenia - do dokonywania w oznaczonych dniach wymiany płatności odsetkowych w ten sposób, że Bank miał przekazywać klientowi kwotę odsetek naliczonych w okresie odsetkowym od kwoty bazowej według stopy referencyjnej Banku, a klient miał przekazywać Bankowi kwotę odsetek naliczonych w okresie odsetkowym od kwoty bazowej według stopy referencyjnej klienta; rozliczenie miało

przybrać postać rozliczenia netto, tj. zapłaty kwoty różnicy odsetek przez stronę, której kwota odsetek była wyższa (§ 2 ust. 1 Opisu transakcji zamiany).

Zgodnie z ustaleniami poczynionymi przez Sąd Okręgowy, w dniu 21 grudnia 2007 r. w trakcie rozmowy telefonicznej pomiędzy stronami została zawarta transakcja IRS nr (...), w której wskazano: kwotę bazową - 8.500.000 zł, dzień rozpoczęcia - 7 stycznia 2008 r., dzień zakończenia - 7 stycznia 2013 r., stopę referencyjną banku - WIBOR 1M, stopę referencyjną klienta - 7,0000%, oraz dni płatności odsetek według dołączonego do potwierdzenia harmonogramu. W tym samym dniu między stronami została zawarta transakcja IRS nr (...), w której wskazano: kwotę bazową - 2.091.881,20 zł, dzień rozpoczęcia - 7 stycznia 2013 r., dzień zakończenia - 5 grudnia 2017 r., stopę referencyjną banku - WIBOR 1M, stopę referencyjną klienta - 7,0000% oraz dni płatności odsetek według załączonego harmonogramu.

W trakcie rozmowy poprzedzającej zawarcie transakcji IRS powód został poinformowany, że będzie ona dla niego korzystna z uwagi na stałe koszty obsługi kredytu i ograniczone ryzyko związane ze wzrostem stóp procentowych. Nie został natomiast uprzedzony o ewentualnym ryzyku finansowym zawartej transakcji. Przedstawiciele powoda nie rozumieli istoty i celu transakcji IRS, a jedynie akceptowali przedstawioną propozycję pracownika Banku. Z zawartej transakcji IRS korzyść osiągał tylko Bank, gdyż było wiadome, że stopy procentowe będą się obniżać.

Po zawarciu transakcji IRS strony zawarły umowy o kredyt odnawialny nr (...) (z datą 17 grudnia 2007 r.) na kwotę 6.500.000 z okresem kredytowania do dnia 5 listopada 2013 r. oraz nr (...) na kwotę 2.000.000 zł z okresem kredytowania do dnia 17 grudnia 2017 r.

Z tytułu rozliczenia transakcji IRS w okresie od dnia 1 stycznia 2008 r. do dnia 15 grudnia 2013 r. pozwany obciążył rachunek powoda łącznie kwotą 681.946,40 zł.

W oparciu o poczynione ustalenia faktyczne Sąd Okręgowy uznał, że Bank wykorzystując swą przewagę ekonomiczną oraz uzależniając od tego udzielenie powodowi kredytu, wymusił na nim zawarcie niekorzystnych transakcji IRS,

co skutkuje ich sprzecznością z zasadami współżycia społecznego i nieważnością (art. 58 § 2 k.c.). W rezultacie świadczenia pobrane przez Bank na ich podstawie są nienależne i podlegają zwrotowi (art. 410 § 2 k.c.). Ze względu jednak na podniesiony przez pozwanego zarzut przedawnienia, Sąd uwzględnił żądanie powoda tylko co do świadczeń spełnionych od lutego 2011 r. do grudnia 2013 r., a w pozostałym zakresie oddalił je jako związane z działalnością gospodarczą i przedawnione w terminie 3-letnim. Nie dostrzegł podstaw do uznania z urzędu, że podniesienie przez pozwanego zarzutu przedawnienia było sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.

Wyrokiem z dnia 7 marca 2017 r. Sąd Apelacyjny w (...) na skutek apelacji obu stron zmienił wyrok Sądu Okręgowego w ten sposób, że oddalił także powództwo o zasądzenie kwoty 157.469,11 zł wraz z odsetkami oraz oddalił apelację powoda.

Sąd odwoławczy co do zasady podzielił i przyjął za własne ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji, korygując je jednak w kilku istotnych kwestiach. Przede wszystkim zakwestionował ustalenie, że dokonując transakcji IRS, przedstawiciele powoda nie rozumieli jej istoty oraz celu, i zwrócił uwagę, iż byli oni poinformowani o tym, że celem zawarcia transakcji IRS jest zmiana oprocentowania udzielonego kredytu ze zmiennego na stałe. Dlatego stwierdził, że powód był świadomy „przynajmniej w ogólnych zarysach”, czego dotyczy zawierana transakcja IRS. Sąd ocenił, że „nawet jeśli członkowie zarządu powoda nie rozumieli szczegółowego mechanizmu działania transakcji IRS, co byłoby zrozumiałe ze względu na ich brak fachowej wiedzy w tym zakresie”, to członek zarządu zawierający umowę „nawet nie próbował zagłębić się w istotę problemu i uzyskawszy odpowiedź na postawione przez siebie pytanie, wyraził zgodę na zawarcie transakcji”. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, powstaje w związku z tym pytanie „dlaczego powód mając rzekomo poważne wątpliwości co do celu i zasadności zawierania transakcji, podobno w ogóle nie orientując się po co jest ona zawierana, jednak ją zawarł”. W tym kontekście Sąd zauważył, że powód jest przedsiębiorcą, profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego i powinien we własnym interesie - jeśli faktycznie miał poważne wątpliwości co do zamierzonej transakcji - zasięgnąć fachowej porady ze strony bezstronnego podmiotu.

Sąd drugiej instancji ustalił też - wbrew stanowisku Sądu Okręgowego - że strony zawarły jedną transakcję IRS, obejmującą okres od dnia 7 stycznia 2008 r. do dnia 5 grudnia 2017 r.

Skorygował ponadto ustalenie, że już w momencie zawierania transakcji było pewne, iż przyniesie ona korzyść wyłącznie Bankowi. W ocenie Sądu Apelacyjnego, „transakcja IRS to skomplikowany instrument finansowy”, dlatego do poczynienia takiego ustalenia niezbędne są wiadomości specjalne, a więc dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, czego Sąd Okręgowy nie uczynił. Strony wnioskowały o przeprowadzenie takiego dowodu, jednak ostatecznie cofnęły wnioski na rozprawie z dnia 30 września 2015 r. W tej sytuacji nie było też podstaw do dopuszczenia tego dowodu z urzędu przez Sąd Okręgowy albo Apelacyjny. Zeznania świadka P. K., wskazującego na jednostronność korzyści czerpanych z umowy przez Bank, były w tym zakresie niewystarczające, choć był on ekonomistą z wykształcenia, pracował w Banku jako doradca klienta i miał nieporównywalnie większą wiedzę o charakterze, istocie i możliwych skutkach transakcji IRS niż przeciętna osoba.

Dokonując oceny prawnej, Sąd Apelacyjny odrzucił stanowisko Sądu pierwszej instancji co do sprzeczności transakcji IRS z zasadami współżycia społecznego, uznając je za ogólnikowe i dowolne.

Sąd drugiej instancji dostrzegł wprawdzie, że zawarcie transakcji IRS było warunkiem udzielenia kredytu, na którym powodowi zależało, uznał jednak, iż charakter i rozmiar związanego z tym „przymusu” nie oznacza, że powód znajdował się w tak ciężkim położeniu, iż jedyną możliwością było skorzystanie z oferty pozwanego. Okoliczności tej powód nie wykazał, a konkurencja między bankami nie pozwala w prosty sposób przyjąć, że w każdym przypadku kredytobiorca występuje wobec banku jako podległy petent.

Nie można też przyjąć, że transakcja IRS była sprzeczna z zasadami współżycia społecznego ze względu na to, iż postanowienia umowy zostały ukształtowane w taki sposób, że już w chwili jej zawarcia było pewne, iż przyniesie ona korzyści wyłącznie pozwanemu, który „doskonale zdawał sobie z tego sprawę”. Okoliczność ta nie została wykazana, a negatywne tego konsekwencje powinien

ponieść powód, na którym spoczywał ciężar dowodu. Ustalenie, że korzyści z transakcji IRS faktycznie osiągnął tylko pozwany, nie było wystarczające.

Sąd odwoławczy wskazał też, że samo nierównomierne rozłożenie ryzyka i szans uzyskania korzyści w umowie IRS nie stanowi wystarczającej przesłanki do uznania takiej transakcji za sprzeczną z zasadami współżycia społecznego; ważne jest także to, czy strona uzyskująca korzyść już w chwili jej zawarcia wiedziała o możliwości dysproporcji świadczeń na niekorzyść kontrahenta.

Sąd zwrócił ponadto uwagę, że okoliczności, z których powód wywodził sprzeczność transakcji IRS z zasadami współżycia społecznego, mogłyby - w razie ich udowodnienia - stanowić przesłanki zaistnienia wyzysku (art. 388 k.c.), który jest przepisem szczególnym w stosunku do art. 58 § 2 k.c. Regulacja dotycząca wyzysku nie mogła jednak znaleźć zastosowania w sprawie, ponieważ powód nie udowodnił swego przymusowego położenia ani celowego zastrzeżenia dla siebie przez pozwanego rażąco nieekwiwalentnego świadczenia w chwili zawarcia umowy, jak również dlatego, że upłynął już termin wskazany w art. 388 k.c.

Ostatecznie Sąd Apelacyjny stwierdził, że nie ma podstaw do uznania transakcji IRS za sprzeczną z zasadami współżycia społecznego, a tym samym zasądzenia dochodzonej przez powoda kwoty z tytułu nienależnego świadczenia. „Uzupełniając” podzielił dokonaną przez Sąd Okręgowy ocenę prawną podniesionego przez pozwanego zarzutu przedawnienia pod kątem art. 5 k.c., zaznaczając, że te same względy, które zadecydowały o braku podstaw do zastosowania art. 58 § 2 k.c., stałyby na przeszkodzie nieuwzględnieniu zarzutu przedawnienia na podstawie art. 5 k.c.

Powód zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego w całości, zarzucając naruszenie prawa materialnego, tj. błędną wykładnię art. 58 § 2 k.c., prowadzącą do uznania, że zawarta pomiędzy stronami umowa nie naruszała zasad współżycia społecznego i powinna być podstawą świadczenia na rzecz pozwanego, błędną wykładnię art. 6 w związku z art. 58 § 2, art. 65 i 405 k.c. prowadzącą do odwrócenia ciężaru dowodu i w konsekwencji do utrwalenia stanu niezgodnego z prawem, w którym pozwany uzyskał bezpodstawne wzbogacenie kosztem powoda, niewłaściwe zastosowanie art. 61, 117 § 2, 118 k.c. co do oceny

skuteczności zarzutu przedawnienia zgłoszonego przez pozwanego, jak również naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 328 § 2 w związku z art. 382 i 391 § 1 k.p.c. poprzez niezamieszczenie w motywach rozstrzygnięcia całości rozważań dotyczących rozkładu ciężaru dowodu faktów zgłaszanych przez strony, zaniechanie ustosunkowania się do poczynionych przez sąd pierwszej instancji ustaleń faktycznych i przeprowadzonego postępowania dowodowego, co doprowadziło do wydania orzeczenia z pominięciem faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Zgodnie z orzecnictwem Sądu Najwyższego zarzut kasacyjny naruszenia art. 328 § 2 (w związku z art. 391 § 1) k.p.c. może być skuteczny tylko wyjątkowo, gdy treść uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia nie pozwala na określenie ustaleń faktycznych i ocen prawnych, które legły u podstaw rozstrzygnięcia, co uniemożliwia dokonanie kontroli kasacyjnej (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2014 r., I CSK 735/13, nie publ., z dnia 16 grudnia 2015 r., IV CSK 149/15, nie publ., z dnia 17 grudnia 2015 r., I CSK 1028/14, nie publ., z dnia 15 kwietnia 2016 r., I CSK 278/15, nie publ. i tam przywoływane dalsze orzeczenia). Sytuacja taka nie występuje w niniejszej sprawie. Uzasadniając zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.c., skarżący wskazał, że skoro Sąd drugiej instancji dokonał własnych ustaleń faktycznych w nieznacznym zakresie - przyjmując co do zasady ustalenia Sądu pierwszej instancji za własne - i dokonał odmiennej oceny prawnej, powinien w uzasadnieniu wskazać, jaki materiał dowodowy stał się podstawą takiego rozstrzygnięcia, czego nie uczynił. Argumentacja ta jednak nie przekonuje, gdyż Sąd Apelacyjny mógł poprzestać na wyjaśnieniu przyczyn i podstaw skorygowania określonych ustaleń faktycznych, a w pozostałym zakresie odwołać się do niesprzecznych z nimi, pozostałych ustaleń dokonanych przez Sąd Okręgowy. Obowiązкови temu Sąd odwoławczy uczynił zadość, wskazując w szczególności, z jakiego powodu uznał za nieustaloną okoliczność, że już w chwili zawarcia transakcji IRS było wiadomo, że stopy procentowe będą maleć (wymaganie wiadomości specjalnych). Wbrew wywodom skarżącego, z uzasadnienia jasno wynika też, dlaczego Sąd Apelacyjny uznał, że transakcja IRS została zawarta bez naruszenia zasad współżycia społecznego, co uwzględniło

m.in. analizę, czy i w jakim stopniu Bank wykorzystał swoją przewagę ekonomiczną. Uznanie, że świadczenie spełnione przez powoda nie było świadczeniem nienależnym, czyniło zaś zbędnym analizowanie kwestii, czy roszczenie o zwrot nienależnego świadczenia uległo przedawnieniu.

Odrębną kwestią jest zasadność oceny prawnej, że transakcje IRS nie były sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, z czym wiążą się zarzuty naruszenia art. 58 § 2 oraz art. 6 w związku z art. 58 § 2, art. 65 i 405 k.c.

Podstawą tej oceny było stwierdzenie, że powód nie wykazał dwóch istotnych okoliczności: przymusu zawarcia umowy kredytu właśnie z pozwanym, skutkującego koniecznością dokonania transakcji IRS, oraz istniejącej w chwili dokonania tej transakcji pewności, iż przyniesie ona korzyści wyłącznie pozwanemu, który „doskonale zdawał sobie z tego sprawę”. Ponadto - zdaniem Sądu Apelacyjnego - nawet w razie ich wykazania, w rachubę wchodziłoby jedynie zastosowanie instytucji wyzysku (art. 388 k.c.), a nie sankcji nieważności ze względu na naruszenie zasad współżycia społecznego (art. 58 § 2 k.c.).

W orzecznictwie i doktrynie nie budzi już obecnie wątpliwości, że art. 58 § 2 k.c. i przewidziana tam sankcja (co do zasady nieważność czynności) mogą znaleźć zastosowanie, jeżeli *in casu* jedna ze stron nadużyła - choćby tylko w wyniku niedbalstwa - swej silniejszej pozycji kontraktowej, kształtując treść umowy w sposób rażąco (znacząco) niekorzystny dla kontrahenta (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 2008 r., IV CSK 478/07, nie publ., z dnia 14 stycznia 2010 r., IV CSK 432/09, OSP 2011, z. 3, poz. 30, z dnia 26 maja 2011 r., II CSK 528/10, nie publ., z dnia 2 marca 2012 r., II CSK 351/11, nie publ., z dnia 23 maja 2013 r., IV CSK 658/12, nie publ., z dnia 19 września 2013 r., I CSK 651/12, OSNC 2014, nr 7-8, poz. 76, z dnia 19 listopada 2015 r., IV CSK 804/14, OSNC-ZD 2017, nr B, poz. 32, z dnia 31 marca 2016 r., IV CSK 372/15, nie publ., z dnia 14 września 2016 r., III CSK 339/15, nie publ., z dnia 15 września 2015 r., I CSK 611/15, nie publ., z dnia 15 lutego 2018 r., I CSK 339/17, nie publ. oraz uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 2015 r., III CZP 73/15, OSNC 2016, nr 12, poz. 135). Odnoszone jest to także do przypadków, w których rażąca dysproporcja dotyczy świadczeń głównych, choć w zasadzie uznaje się, że art. 388

k.c. stanowi przepis szczególny względem art. 58 § 2 k.c. (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 8 października 2009 r., II CSK 160/09, nie publ. oraz z dnia 31 marca 2016 r., IV CSK 372/15), co wiąże się z założeniem, iż przewidziana w art. 388 k.c. sankcja wzruszalności jest korzystniejsza dla wyzyskanego, któremu może zależeć na utrzymaniu ważności umowy i zachowaniu otrzymanego świadczenia.

Dostrzegalne w praktyce orzeczniczej szersze wykorzystanie art. 58 § 2 k.c. i związana z tym marginalizacja regulacji szczególnej podyktowane są niewątpliwie potrzebą zapewnienia stronie słabszej efektywniejszej ochrony niż ta, którą przewiduje 388 k.c. Dostrzega się bowiem, że walor ochronny tego przepisu może zaktualizować się tylko wtedy, gdy strona słabsza w odpowiednim, stosunkowo krótkim czasie zorientuje się co do ziszczenia się przesłanek wyzysku i przysługujących jej w związku z tym uprawnień oraz wykaże się niezbędną aktywnością procesową. W wielu przypadkach już w chwili zawarcia umowy jest jasne, że na aktywność tę nie można liczyć (np. słabość podmiotowa wyzyskanego ma charakter trwały albo rażące zwichnięcie równowagi kontraktowej jest trudne do dostrzeżenia i ujawnia swe negatywne skutki dopiero w perspektywie długofalowej), co - zdaniem części doktryny - uzasadnia odwołanie do art. 58 § 2 k.c. i zastosowanie efektywniejszych sankcji, poczynwszy od nieważności, która nie musi godzić w interes wyzyskanego (np. wtedy, gdy umowa została zawarta z inicjatywy wyzyskującego i w jego interesie, a świadczenie należne wyzyskanemu nie było dlań - i nie miało się stać - nieodzowne). W doktrynie silnie reprezentowany jest także pogląd, że art. 58 § 2 k.c. jest właściwy w razie szczególnie rażącej dysproporcji świadczeń.

W każdym razie należy zgodzić się z poglądem, że nieefektywny art. 388 k.c. powinien być wykładany restryktywnie, stwarzając pole do szerszego wykorzystania art. 58 § 2 k.c. W żadnym razie nie można przyjąć, że art. 388 k.c. uzasadnia argumentację *a contrario*, w tym sensie, iż umowy ukształtowane w sposób rażąco niesprawiedliwy, a zarazem nie mieszczące się w restryktywnie interpretowanym zakresie jego zastosowania, są wyłączone spod kontroli przewidzianej w art. 58 § 2 k.c. (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2010 r., IV CSK 432/09 oraz z dnia 31 marca 2016 r., IV CSK 372/15).

Analizując tę kwestię, Sąd Apelacyjny poprzestał na stwierdzeniu, że powód nie znajdował się w przymusowym położeniu, a nawet gdyby było inaczej, w rachubę wchodziło jedynie zastosowanie art. 388 k.c. Nie dostrzegł, że o nadużyciu silniejszej pozycji kontraktowej jednej ze stron można mówić nie tylko wtedy, gdy druga strona jest zmuszona do zaakceptowania narzuconych jej, niekorzystnych postanowień umowy. O istotnej przewadze kontraktowej może decydować - czego art. 388 k.c. już nie uwzględnia, także w ramach wąsko rozumianej przesłanki niedoświadczenia (ogólne niedoświadczenie życiowe) - asymetria informacyjna, sprawiająca, że jeden z kontrahentów znacznie lepiej zna i rozumie uwarunkowania ekonomiczno-prawne zawieranej umowy, w tym wynikający z jej treści rozkład ryzyka. Zjawisko to jest szczególnie częste w przypadku skomplikowanych instrumentów finansowych, oferowanych przez instytucje finansowe klientom, w tym przedsiębiorcom, których specjalizacja gospodarcza nie obejmuje zawierania takich transakcji. Do instrumentów takich - związanych ze znacząco zwiększonym ryzykiem - prawo unijne zalicza także transakcje typu *swap* (por. art. 38 dyrektywy Komisji 2006/73/WE z dnia 10 sierpnia 2006 r. wprowadzającej środki wykonawcze do dyrektywy 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do wymogów organizacyjnych i warunków prowadzenia działalności przez przedsiębiorstwa inwestycyjne oraz pojęć zdefiniowanych na potrzeby tejże dyrektywy (Dz.Urz.UE.L 241, s. 26; dalej: "dyrektywa 2006/73/WE") w związku z pkt 4 sekcji C załącznika I do dyrektywy 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych zmieniającej dyrektywę Rady 85/611/EWG i 93/6/EWG i dyrektywę 2000/12/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylającą dyrektywę Rady 93/22/EWG (Dz.Urz.UE.L 145, s. 1; dalej: „dyrektywa 2004/39/WE”)).

Zważywszy charakter specjalizacji powoda, jest jasne, że nie może być on traktowany jako profesjonalista na rynku instrumentów finansowych (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 19 września 2013 r., I CSK 651/12 i z dnia 8 września 2017 r., II CSK 845/16, nie publ.), a tym samym nie powinna budzić wątpliwości eksponowana przez skarżącego i związana z asymetrią informacyjną przewaga kontraktowa Banku, od którego wyszła inicjatywa zawarcia transakcji IRS. Przewagi

tej nie niweluje ani nie równoważy przywoływana przez Sąd odwoławczy konkurencja w sektorze bankowym, mająca uzasadniać tezę, że zawierając transakcję IRS powód nie znajdował się w przymusowym położeniu, skoro mógł zawrzeć umowę kredytu z innym bankiem. Należy bowiem zwrócić uwagę, że możliwość skorzystania przez powoda z dobrodziejstwa konkurencji w sektorze bankowym, nabierałaby znaczenia dopiero wtedy, gdyby rozumiał i potrafił oszacować nadmierne ryzyko związane z zawarciem nastrożonej mu transakcji IRS, a więc dysponował wystarczającymi informacjami. Bez znaczenia jest także eksponowana przez Sąd Apelacyjny - w opozycji do ustaleń Sądu pierwszej instancji - okoliczność, że powód był świadomy „przynajmniej w ogólnych zarysach”, czego dotyczy zawierana transakcja IRS, zwłaszcza, że Sąd przyznaje, iż ze względu na brak fachowej wiedzy członkowie zarządu powoda mogli nie rozumieć szczegółowego mechanizmu działania tej transakcji. Z poczynionych przez Sąd ustaleń zdaje się przy tym wynikać, że owa „ogólna” świadomość dotyczyła celu zawarcia transakcji IRS, którym miała być „zmiana oprocentowania udzielonego kredytu ze zmiennego na stałe”.

Złagodzeniu negatywnych konsekwencji różnicy w potencjale kontraktowym stron, uwarunkowanej asymetrią informacyjną, mogą służyć informacje udzielane przez instytucje finansowe swym kontrahentom. Dostrzegł to prawodawca unijny, wprowadzając w art. 19 ust. 3 dyrektywy 2004/39/WE - w celu ochrony interesów inwestora - obowiązek udzielania klientom kompleksowych, rzetelnych, niebudzących wątpliwości i niewprowadzających w błąd informacji dotyczących instrumentów finansowych i proponowanych strategii inwestycyjnych, obejmujących stosowne wytyczne oraz ostrzeżenia o ryzyku związanym z inwestycjami w takie instrumenty lub odnoszącym się do poszczególnych strategii inwestycyjnych. Informacje te powinny być skonstruowane w taki sposób, aby potencjalni klienci mogli zrozumieć charakter i ryzyko związane z oferowanym instrumentem finansowym i podjąć świadome decyzje. Obowiązek ten został rozwinięty w art. 27 dyrektywy 2006/73/WE.

Omawiane regulacje unijne zostały implementowane w Polsce dopiero ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy o obrocie instrumentami finansowymi i niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2009 r. Nr 165, poz. 1316), która

weszła w życie w dniu 21 października 2009 r., a także wydanym na podstawie art. 94 ust. 1 pkt 1 u.o.i.f. rozporządzeniu Ministra Finansów z dnia 20 listopada 2009 r. w sprawie trybu i warunków postępowania firm inwestycyjnych, banków, o których mowa w art. 70 ust. 2 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, oraz banków powierniczych (Dz.U. Nr 204, poz. 1577 ze zm.; obecnie uchylone). Wdrożenie to nastąpiło zatem z przekroczeniem terminu do implementacji obu aktów (por. art. 70 dyrektywy 2004/39/WE i art. 53 dyrektywy 2006/73/WE), co jednak nie oznacza, że do tego czasu ich obowiązywanie było pozbawione jakiegokolwiek znaczenia. Z prawa unijnego wynika nakaz wykładni prawa krajowego w zgodzie z dyrektywą, tj. dążenia przy interpretacji prawa krajowego, prowadzonej według reguł akceptowanych w prawie krajowym, tak dalece, jak to możliwe, do realizacji treści i celu dyrektywy (por. np. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 listopada 1990 r., C-106/89, *Marleasing SA przeciwko La Comercial Internacional de Alimentación SA*, Zb. Orz. 1990, I-04135). Do prowadzenia takiej wykładni sądy krajowe są obowiązane po bezskutecznym upływie terminu do implementacji dyrektywy (por. np. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 lipca 2006 r., C-212/04, *Konstantinos Adeneler i in. przeciwko Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, ECLI:EU:C:2006:443).

W związku z tym, w judykaturze Sądu Najwyższego dotyczącej umów opcji walutowych za utrwalone można uznać stanowisko - miarodajne także w odniesieniu do transakcji typu *swap* - że postanowienia dyrektywy 2004/39/WE powinny stanowić wykładnik standardu powinności informacyjnych banków w zakresie ryzyka kontraktowego, także przed jej wdrożeniem w prawie polskim (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 16 lutego 2012 r., IV CSK 225/11, OSNC 2012, nr 9, poz. 105, z dnia 5 października 2012 r., IV CSK 166/12, nie publ. i z dnia 19 września 2013 r., I CSK 651/12; z dnia 8 września 2017 r., II CSK 845/16 oraz z dnia 16 marca 2018 r., IV CSK 250/17, nie publ.), i to niezależnie od tego, czy za źródło tych powinności uznaje się tzw. ogólne obowiązki informacyjne banków, regulacje o charakterze deontologicznym (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lipca 2016 r., I CSK 570/15, OSP 2017, nr 10, poz. 97) czy też ewentualne, wiążące strony umowy ramowe w związku z art. 56 i 354 k.c. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 września 2017 r., II CSK 845/16).

W konsekwencji należy stwierdzić, że przed zawarciem transakcji IRS pozwany był zobowiązany udzielić powodowi informacji odpowiadających standardom przewidzianym w dyrektywach 2004/39/WE i 2006/73/WE. Z poczynionych przez Sąd Okręgowy i nie zakwestionowanych przez Sąd odwoławczy ustaleń wynika, że Bank nie uczynił zadość tym obowiązkom, gdyż powód nie został uprzedzony o ewentualnym ryzyku finansowym zawartej transakcji. Braku tego w żaden sposób nie może podważać stwierdzenie Sądu Apelacyjnego, że powód jako przedsiębiorca mógł (powinien) we własnym interesie zasięgnąć fachowej porady ze strony bezstronnego podmiotu.

Uchybienie obowiązkowi informacyjnemu nie stanowi jeszcze samo przez się podstawy uznania umowy za sprzeczną z prawem w rozumieniu art. 58 k.c., może natomiast uzasadniać uchylenie się od skutków oświadczenia woli ze względu na błąd wywołany przez drugą stronę (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 września 2017 r., II CSK 845/16). Z orzecnictwa Sądu Najwyższego wynika jednak, że jeżeli już w chwili zawarcia umowy bank przedstawiający jej projekt dysponował wiedzą o dysproporcji świadczeń na niekorzyść kontrahenta, stwierdzenie naruszenia obowiązków informacyjnych może prowadzić do sprzeczności umowy z zasadami współżycia społecznego (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 19 września 2013 r., I CSK 651/12 oraz z dnia 16 marca 2018 r., IV CSK 250/17). Sytuacja taka jest równoznaczna z nadużyciem silniejszej pozycji kontraktowej przez bank w celu zastrzeżenia wygórowanych korzyści, co wykracza poza określone przez ustawodawcę granice swobody kontraktowej (art. 353¹ i art. 58 § 2 k.c.).

Sąd Okręgowy ustalił, że zawarta przez strony transakcja IRS była korzystna jedynie dla Banku i już w dacie zawarcia umowy było wiadome, iż stopy procentowe będą się obniżać. Jest to tożsame ze stwierdzeniem, że ryzyko finansowe w transakcji IRS zostało ukształtowane w sposób rażąco jednostronny. Sąd Apelacyjny zakwestionował jednak to stanowisko, wskazując, że dokonanie takiego ustalenia wymagało wiadomości specjalnych, a negatywne konsekwencje jego niewykazania powinien ponieść powód, którego obciążał ciężar dowodu.

Stanowisko Sądu odwoławczego wywołuje istotne zastrzeżenia. Poczynione w sprawie ustalenia - także z inicjatywy powoda - rzeczywiście stwarzały pewne

podstawy dla oceny Sądu pierwszej instancji. Wynika z nich bowiem, że transakcja IRS została zawarta z inicjatywy Banku, który uzależniał od tego udzielenie kredytu. Wynika z nich również, że zawarcie transakcji było częścią szerszej strategii Banku, który „kładał bardzo duży nacisk na zawarcie transakcji IRS, ponieważ instrument ten przynosił bankowi bardzo duże dochody”. Wolno było założyć, że strategia ta była pochodną stosownych analiz ekonomicznych. Wreszcie ustalono, że korzyści z transakcji IRS - i to znaczne - rzeczywiście osiągał wyłącznie pozwany. W tej sytuacji zeznania byłego pracownika Banku, P. K. - realizującego strategię Banku w charakterze doradcy klienta - wskazującego na jednostronność korzyści czerpanych z umowy przez Bank, potwierdzały jedynie wyłaniający się z ustaleń spójny obraz. Jeżeli jednak Sąd Apelacyjny, inaczej niż Sąd pierwszej instancji, uznał te ustalenia i dowody za niewystarczające, powinien - uwzględniając wynikające z nich wysokie prawdopodobieństwo wystąpienia okoliczności decydującej o zasadności roszczenia oraz kierując się dążeniem do prawidłowego rozstrzygnięcia sprawy i lojalnością względem stron postępowania - dopuścić z urzędu dowód z opinii biegłego (por. zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2013 r., II CSK 422/12, nie publ.; z dnia 11 grudnia 2015 r., III CSK 23/15, nie publ., z dnia 9 marca 2016 r., II CSK 248/15, nie publ., z dnia 14 lipca 2017 r., II CSK 655/16, nie publ., z dnia 7 lipca 2017 r., V CSK 629/16, nie publ. i z dnia 20 grudnia 2017 r., I CSK 149/17, nie publ.). Przed przeprowadzeniem tego dowodu teza o braku podstaw do zastosowania art. 58 § 2 k.c. musi być oceniona jako przynajmniej przedwczesna i już z tego względu nieprawidłowa. Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecnictwem, zastosowanie przepisów prawa materialnego do niedostatecznie ustalonego przez sąd drugiej instancji stanu faktycznego oznacza wadliwą subsumcję tego stanu do zawartych w nich norm prawnych, a brak stosownych ustaleń uzasadnia zarzut kasacyjny naruszenia określonego przepisu prawa materialnego (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2012 r., IV CSK 76/12, nie publ.; z dnia 27 czerwca 2013 r., III CSK 270/12, nie publ., z dnia 11 marca 2003 r., V CKN 1825/00, nie publ., z dnia 27 kwietnia 2016 r., II CSK 556/16, OSNC 2017, nr 3, poz. 34, z dnia 12 maja 2016 r., I CSK 396/15, nie publ., z dnia 3 lutego 2017 r., II CSK 159/16, nie publ., z dnia 30 czerwca 2017 r., I CSK 650/16, nie publ.). *In casu* uzasadnia zarzut naruszenia art. 58 § 2 k.c.

Natomiast zarzut naruszenia art. 61, 117 § 2, 118 k.c. jest chybiony już z tego względu, że skierowany został przeciwko wzmiance Sądu Apelacyjnego co do braku podstaw uzasadniających nieuwzględnienie zarzutu przedawnienia na podstawie art. 5 k.c., która - wobec uznania transakcji IRS za ważną - miała charakter jedynie poboczny (*obiter dicta*). Niezależnie od tego błędne jest stanowisko skarżącego - nawiązujące zapewne do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 2004 r., V CK 38/04 (nie publ.) - że samo zgłoszenie procesowego zarzutu przedawnienia nie jest wystarczające, a warunkiem jego skuteczności było wykazanie przez pozwanego, iż złożył powodowi prawokształtujące oświadczenie woli o uchyleniu się od zaspokojenia roszczenia z uwagi na upływ terminu określonego w art. 118 k.c. Wskazanie w procesie na bezzasadność powództwa z powołaniem się na upływ terminu przedawnienia, a więc podniesienie stosownego zarzutu procesowego, jest równoznaczne - w razie trafności zarzutu - ze skutecznym uchyleniem się od zaspokojenia roszczenia (art. 117 § 1 k.c.) i uzasadnia oddalenie powództwa. Stosownie do ustawowej konstrukcji przedawnienia, dotyczy ono przymusu państwowego i wywołuje skutki prawne w stosunku do roszczeń właśnie w sferze ich zaskarżalności. W razie podniesienia w procesie zarzutu przedawnienia sąd nie musi zatem badać, czy dłużnik złożył wierzycielowi oświadczenie woli o uchyleniu się od zaspokojenia roszczenia, lecz jedynie to, czy zarzut ten przysługiwał dłużnikowi.

Z tych względów, na podstawie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c. Sąd Najwyższy orzekł, jak w sentencji.

jw