



Sygn. akt II CSKP 377/22

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 maja 2022 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Władysław Pawlak (przewodniczący, sprawozdawca)
SSN Paweł Grzegorzczak
SSN Roman Trzaskowski

w sprawie z powództwa I. P. i J. P.
przeciwko Bank S.A. w W.
o zapłatę,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej
w dniu 27 maja 2022 r.,
skargi kasacyjnej strony pozwanej
od wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie
z dnia 23 października 2019 r., sygn. akt V ACa 567/18,

**uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi
Apelacyjnemu w Warszawie do ponownego rozpoznania oraz
orzeczenia o kosztach postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 5 czerwca 2018 r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo I. P. i J. P. skierowane przeciwko Bank S.A. w W. o zapłatę kwoty 128 140,90 zł z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu, ewentualnie o

zapłatę kwoty 97 681,71 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 27 maja 2009 r. albo z odsetkami za opóźnienie od dnia 10 listopada 2016 r.

Ustalił m.in., że w 2006 r. powodowie ubiegali się w Banku1 S.A. (poprzednik pozwanego Banku), o kredyt w wysokości 346 000 zł, który zamierzali przeznaczyć na zakup większego mieszkania. Posiadali wówczas nieruchomość o wartości 550 000 zł, oszczędności w kwocie 20 000 zł, mieszkanie w L. oraz działkę o wartości 10 000 zł. Powód był dyrektorem generalnym w L. S.A., a powódka przedstawicielem regionalnym D. sp. z o.o., przy czym wcześniej pracowała w banku w dziale rozliczeń. Powodowie zostali poinformowani przez pracownika Bank1 S.A. o możliwości wyboru waluty kredytu. Po zdecydowaniu się na kredyt indeksowany do franka szwajcarskiego (CHF) zostali zapoznani przez uprawnionego pracownika tego Banku z warunkami udzielania tych kredytów, które uznali za korzystne i zrozumiałe, w tym o ryzyku związanym ze zmianami kursowymi i ich wpływem na sposób obliczania rat kredytu. Po wydaniu przez Bank pozytywnej decyzji kredytowej z dnia 23 października 2006 r., w dniu 10 listopada 2006 r. doszło do podpisania umowy, na podstawie której Bank1 S.A. zobowiązał się udzielić powodom kredytu hipotecznego w wysokości 346 000 zł, w całości indeksowanego do franka szwajcarskiego, przeznaczonego na zakup lokalu mieszkalnego wraz z miejscem postojowym w L., na okres 360 miesięcy. W § 7 ust. 1 *in fine* umowy zamieszczono klauzulę indeksacyjną, która przewidywała przeliczenie kwoty kredytu określonego w § 1 na CHF na podstawie kursu kupna tej waluty „z tabeli Banku1 z dnia i godziny uruchomienia kredytu”. W § 1 ust. 3A umowy określono informacyjnie, że na koniec 20 października 2006 r. kwota kredytu wyrażona w CHF według kursu kupna z tabeli kursowej Bank1 S.A., wynosi 145 219,50 CHF. Ponadto ustalono, że oprocentowanie kredytu, określone w chwili zawierania umowy na 3,11% w stosunku rocznym (w okresie ubezpieczenia 4,11%), będzie zmienne. Zabezpieczeniem spłaty kredytu było, oprócz ustanowienia hipoteki, także ubezpieczenie niskiego wkładu własnego w TU [...] S.A., z którym wiązał się obowiązek opłacania przez powodów 36 składek w łącznej kwocie 3 290 zł. Według umowy powodowie zobowiązali się do spłacania kredytu wraz z odsetkami miesięcznie w ratach kapitałowo-odsetkowych, zgodnie z harmonogramem stanowiącym załącznik do umowy, z tym że raty miały być

splacane w PLN, po uprzednim ich przeliczeniu według kursu sprzedaży CHF wynikającego z tabeli kursowej Banku1 S.A., obowiązującego o godz. 14.50 w dniu spłaty kolejnych rat (§ 11 ust. 4 umowy). Powodowie złożyli osobne oświadczenie dotyczące zapoznania się z treścią Regulaminu udzielenia kredytów i pożyczek hipotecznych w ramach [...] hipotecznych (dalej: „regulamin”).

W dniu 16 listopada 2006 r. powodowie zakupili kredytowany lokal za kwotę 315 000 zł. Kwota kredytu została na rzecz sprzedawców przekazana w dniu 4 grudnia 2006 r. w wyniku realizacji wniosku powodów z dnia 23 listopada 2006 r. o odblokowanie przez Bank środków z uzyskanego przez nich kredytu. Po uruchomieniu kredytu Bank sporządził harmonogram jego spłaty w łącznej wysokości 147 875,89 CHF, podzieloną na 360 rat w tej walucie.

Tabele kursowe dla kredytów waloryzowanych walutą obcą Bank ustalał każdego dnia na podstawie średnich notowań międzybankowego rynku walutowego, prezentowanych w serwisach internetowych Reuters oraz Bloomberg, i dodaniu do średnich kursów spreadu walutowego ustalonego przez zarząd tego Banku. W okresie od sierpnia 2005 r. do sierpnia 2008 r. kurs CHF spadał, a klienci nie mieli żadnego wpływu na ustalenie kursu CHF przez Bank.

W dniu 27 maja 2009 r. powodowie spłacili kredyt w kwocie 470 850, 90 zł, na którą składał się kapitał wraz z oprocentowaniem, które początkowo miało tendencję wzrostową do 4,40% (do 11 stycznia 2007 r.), a następnie malejącą - do 1,70% od 11 kwietnia 2007 r.

Sąd Okręgowy nie podzielił zarzutu powodów, że zawarta przez nich umowa kredytu jest nieważna z powodu niezgodności z art. 69 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Prawo bankowe (ówcześnie tekst jedn. Dz. U. z 2002 r., Nr 72, poz. 665 ze zm.; dalej: „pr. bank.”), w tym ze względu na zastosowany w niej mechanizm waloryzacji kredytu według kursu CHF, który ustalał Bank we własnych tabelach kursowych. Według Sądu pierwszej instancji ten sposób indeksacji nie uzasadniał uznania, że wysokość zobowiązania powodów nie została wystarczająco precyzyjnie określona, a także, że w ten sposób doszło do naruszenia art. 358¹ k.c. albo że przekroczono granice swobody umów określone w art. 353¹ k.c. W konsekwencji stwierdził, że zastosowana w umowie kredytu waloryzacja była

prawidłowa i odzwierciedlała zasady powszechnie stosowane przy kredytach indeksowanych do franka szwajcarskiego, na które powodowie zgodzili się świadomie ze względu na niskie oprocentowanie, w porównaniu do kredytów udzielanych w walucie polskiej, oraz stabilny w dniu podpisania umowy kredytu kurs tej waluty. Sąd pierwszej instancji, w kontekście wcześniejszej spłaty kredytu przez powodów i ówczesnego kursu CHF, zwrócił uwagę, że bank nie mógł uprzedzić powodów odnośnie do wystąpienia tak niekorzystnych notowań kursowych, skoro nie miał takiej wiedzy w chwili zawierania umowy kredytu i nie mógł tego przewidzieć, nawet przy zachowaniu należytej staranności, która obejmuje podmiot profesjonalnie prowadzący tego rodzaju działalność. Sąd nie zgodził się też ze stanowiskiem powodów o obciążeniu ich podwójną waloryzacją, raz przy przeliczeniu kwoty kredytu i zastosowaniu bankowego kursu kupna CHF, a drugi raz przy obliczaniu rat kredytowych i ustaleniu kursu sprzedaży CHF stosowanym w tym Banku, ponieważ wartość kapitału spadała wskutek systematycznego spłacania przez powodów rat kredytowych obliczonych zgodnie z umową i wykonania umowy w całości już w maju 2009 r., na długo przed wprowadzeniem zmian w przepisach prawa bankowego (chodzi o nowelizację z 2011 r.).

Odnosząc się do żądania ewentualnego Sąd pierwszej instancji wskazał, że umowa kredytowa nie zawierała niedozwolonego postanowienia umownego w zakresie dotyczącym samej waloryzacji kwoty udzielonego powodom kredytu i jakkolwiek postanowienie umowne dotyczące indeksacji zawarte w umowie kredytu nie było z powodami indywidualnie uzgodnione i uzależnienie określenia kwot rat kapitałowo-odsetkowych od kursu CHF określonego w tabelach Banku było naruszeniem dobrych obyczajów, ale z tych przyczyn nie doszło do rażącego naruszenia interesów powodów, jak tego wymaga art. 385¹ k.c., skoro pomiędzy zastosowanym przez Bank kursem 2,3826 zł (dla obliczonej orientacyjnie kwoty kredytu według kursu kupna z dnia 20 października 2006 r.), a kursem średnim CHF według danych NBP (2,4172 zł), różnica wyniosła zaledwie 0,0346 zł na niekorzyść powodów, natomiast na dzień uruchomienia kredytu (4 grudnia 2006 r.) różnica ta była jeszcze mniejsza i wyniosła 0,0338 zł. Sąd zwrócił uwagę, że w świetle art. 111 ust. 1 pkt 3 pr. bank. pozwany Bank miał obowiązek udostępniać

tabele kursowe i stosować takie same tabele walutowe przy dokonywaniu innych czynności bankowych związanych z obrotem walutami i ich kursami, z zachowaniem zasad, które obowiązują konkurujące ze sobą banki i odzwierciedlają realne tendencje rynkowe, w tym rynku międzybankowego.

Niezależnie od powyższych wywodów Sąd Okręgowy wyjaśnił, że nawet gdyby zakwestionowane przez powodów postanowienia umowne dotyczące indeksacji uznać za niedozwolone, to niemożliwe było potraktowanie udzielonego im kredytu jako złotowego, z zachowaniem klauzul, które były dla powodów korzystne, w tym dotyczące zasad jego oprocentowania, zastosowanych ze względu na indeksację do CHF. Odniesienie do umowy kredytu zawartej przez powodów średnich kursów sprzedaży franka, ustalanych przez NBP, nie uzasadniałoby uznania, że interesy powodów zostały rażąco naruszone, gdyż nie zostało wykazane, iż zastosowane przez pozwany Bank kursy CHF rażąco odbiegały od kursów NBP.

W wyniku apelacji powodów Sąd Apelacyjny w Warszawie zmienił wyrok Sądu Okręgowego i zasądził od pozwanego Banku na rzecz powodów kwotę 128 140,90 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 10 listopada 2016 r. do dnia zapłaty oraz koszty procesu za obie instancje.

W ocenie Sądu drugiej instancji Sąd pierwszej instancji nie dokonał prawidłowej wykładni prawa materialnego i nie dostrzegł nieważności umowy kredytowej z dnia 10 listopada 2006 r., ewentualnie prowadzącej do jej upadku ze skutkiem *ex tunc* z powodu bezskuteczności głównych jej ustaleń związanych z określeniem wysokości rat kredytowo-kapitałowych, a tym samym także wysokości kredytu, który miał być spłacany przez powodów przy zastosowaniu indeksacji do CHF w sposób sprzeczny z istotą (naturą) stosunków obligacyjnych, czyli z przekroczeniem granic dopuszczalnej swobody umów z art. 353¹ k.c., a ponadto ze skutkiem, który nie pozwalał na przyjęcie, że wysokość zobowiązania powodów z tytułu spłaty spornego kredytu została określona w sposób wymagany w art. 69 pr. bank., ewentualnie przez niedostrzeżenie bezskuteczności wskazanych, głównych i koniecznych jej elementów wskutek wprowadzenia do jej treści tego rodzaju zapisów dotyczących indeksacji do CHF, które nie tylko

prowadziły do rażącego naruszenia interesów powodów w zakresie wskazanych elementów dotyczących rat kredytowych, lecz prowadziły do upadku umowy, czyli jej nieważności *ex tunc*. Uzasadniały bowiem eliminację takich jej postanowień, bez których umowa nie zachowałaby swojego charakteru prawnego i nie mogła zostać uzupełniona nawet w sposób przyjęty przez powodów na potrzeby sformułowania żądania ewentualnego, czyli zasądzenia niższej z dwóch kwot objętych żądaniem pozwu, tj. zobowiązania z tytułu nienależnego świadczenia, zgłoszonego w żądaniu ewentualnym, opartym na art. 410 k.c.

Zdaniem Sądu odwoławczego ocena zasadności żądania głównego i ewentualnego, mimo że dotyczy odmiennych przepisów oraz zawartych w nich konstrukcji prawnych, dokonywana z wykorzystaniem też zawartych w powołanym wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 3 października 2019 r., C- 260/18, Justyna Dziubak, Kamil Dziubak v. Raiffeisen Bank International AG, prowadzi do analogicznych rezultatów, tj. do konieczności podważenia spornej umowy ze względu na jej nieważność w całości, *a limine* i *ex tunc*, ewentualnie z powodu bezskuteczności jej głównych postanowień i niedopuszczalności ich zastąpienia innymi ze względu na konieczność utrzymania podstawowych jej elementów decydujących o jej charakterze prawnym.

W aspekcie zarzutów naruszenia art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. i art. 69 ust. 1 pr. bank. Sąd Apelacyjny stwierdził, że natura stosunków obligacyjnych wyklucza uznanie, aby do prawnie znaczącego ukształtowania treści umowy (w tym skonkretyzowania zobowiązania kredytobiorcy wobec banku z tytułu spłaty kredytu) mogło dojść wskutek złożenia przez jedną stronę oświadczenia woli, zwłaszcza takiego, które narażałoby drugą stronę na rażące naruszenie jej interesów ze względu na brak obiektywnie weryfikowalnych kryteriów określenia przez stronę składającą jednostronne oświadczenie akceptowalnej przez drugą stronę granicy naruszenia jej interesów.

Sąd drugiej instancji wyjaśnił, że posłużenie się przez strony umowy kredytu - w celu ustalenia wysokości kredytu i wielkości zobowiązania kredytobiorcy - konstrukcją klauzuli waloryzacyjnej, w tym walutowej, jest dopuszczalne i jest szeroko stosowane w praktyce banków, ze względu na potrzebę ograniczenia

niekorzystnych dla obu stron skutków zmiany wartości pieniądza polskiego, w którym kredyt zostaje udzielony, a nawet bywa spłacany w ratach przeliczonych przy wykorzystaniu bieżącego notowania złotowego do innej waluty. Okoliczność zatem, że sporny kredyt miał być waloryzowany kursem CHF sama w sobie nie stanowiła o sprzeczności z prawem, w tym art. 358¹ k.c., a przez to nie mogło być mowy o naruszeniu zasady nominalizmu. Jednak kredyty bankowe udzielane konsumentom nie powinny przybierać postaci spekulacyjnej, umożliwiającej bankom znacznie większe zyski, niż to wynika z ryzyka zmienności kursów walut stosowanych w różnych okresach waloryzowania ich wysokości, w tym ich indeksacji do franka szwajcarskiego, czemu sprzeciwiają się postanowienia dyrektywy Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz. U. L 95, s. 29, dalej: „dyrektywa 93/13”). Zastosowanie walutowych klauzul indeksacyjnych powinno opierać się na takim ich zapisaniu, by zmienność kursu waluty obcej została wyznaczona przez element zewnętrzny i możliwie obiektywny w stosunku do stron umowy tego rodzaju, określany przez instytucje finansowe spełniające kryteria bezstronnego działania w stosunku do banku udzielającego tego rodzaju kredytu (np. kursy walutowe ogłaszane przez NBP, albo uśrednione notowania czołowych banków lub innych podobnych instytucji rynku finansowego).

W ocenie Sądu odwoławczego w stanie faktycznym sprawy strona ekonomicznie silniejsza (bank) była upoważniona do jednostronnego określenia kursu waluty, która została oznaczona jako właściwa dla oznaczenia wysokości rat obciążających kredytodawcę, co jest rażąco sprzeczne z naturą (istotą) stosunków umownych i stanowi działanie wykraczające rażąco poza granice swobody umów w rozumieniu art. 353¹ k.c. Umowa z dnia 10 listopada 2006 r. bowiem nie określała ani kursu CHF wobec złotego, ani - ponad odesłanie do tabeli - sposobu jego ustalania na potrzeby wyliczenia zobowiązania powodów na datę jej zawarcia, następnie uruchomienia kredytu, a przede wszystkim przez czas zakładanego oraz faktycznego spłacania przez powodów tego kredytu. W umowie odwoływano się wyłącznie do tabeli kursów Bank1 S.A., bez innych zastrzeżeń dotyczących zasad jego ustalania, także w zakresie różnicy kursów kupna oraz sprzedaży, która gwarantować mogła bankowi dodatkową korzyść finansową określaną mianem

spreadu, przy czym wówczas zasady ustalania tego *spreadu* nie były prawnie narzucone, gdyż nastąpiło to dopiero w tzw. ustawie antyspredowej z dnia 29 lipca 2011 r. nowelizującej prawo bankowe. Ponadto przewidziany w umowie mechanizm waloryzacyjny opierał się na podwójnej klauzuli indeksacyjnej, raz z przeliczenia kredytu według bankowego kursu kupna CHF, a drugi raz z przeliczenia rat kredytowych według bankowego kursu sprzedaży CHF. Gdyby na zasadach określonych w umowie, czyli przy przeliczeniu całego kredytu kursem sprzedaży z tego samego dnia, doszło do jego natychmiastowego spłacenia, z samej różnicy pomiędzy kursem kupna a kursem sprzedaży z tabeli kursów Banku1 S.A., po stronie banku powstałaby dodatkowa korzyść przenosząca, w przeliczeniu na złotego, 15000 zł. Sąd Apelacyjny dostrzegł też rażącą sprzeczność z naturą stosunków obligacyjnych zapisu zawartego w § 13 ust. 5 umowy kredytowej w odniesieniu do zasad ustalania kwoty kredytu przy jego wcześniejszej spłacie na skutek zastrzeżenia zastosowania bankowego kursu sprzedaży CHF wynikającego z tabeli kursowej Banku1 S.A.

W rezultacie Sąd doszedł do wniosku, że umowa zawierająca tego rodzaju klauzule *a limine* powinna zostać uznana za nieważną z mocy samego prawa z powodu jej sprzeczności z art. 353¹ w związku z art. 58 § 1 k.c. ze skutkiem *ex tunc*, czyli od daty jej zawarcia i bez względu na sposób jej wykonywania przez stronę upoważnioną do tego, aby z tego uprawnienia skorzystać w okresie jej obowiązywania.

Ponadto, zdaniem Sądu odwoławczego, taki sposób obliczania rat kredytowych trudno uznać za zgodne z art. 69 ust. 1 pr. bank. (w związku z ust. 2 pkt 2) oznaczenie kredytu podlegającego spłaceniu. W sytuacji, gdy kredyt przekazany jest zawsze ustalany w zakresie jego kwoty i waluty, wymaganie oznaczenia kredytu spłacanego na warunkach określonych umową opartą na walutowej klauzuli indeksacyjnej, w tym do CHF, powinno zostać uznane za spełnione wyłącznie w wypadku takiego zapisania w umowie sposobu obliczania rat kapitałowo - odsetkowych w CHF, przeliczanych jednak na walutę polską, w ramach którego oznaczenie kursu sprzedaży nie będzie pozostawione jednostronnej i arbitralnej, mimo że uwikłanej w uwarunkowania ekonomiczne, w tym kursowe tendencje rynkowe, decyzji kredytodawcy, która podlega ujawnieniu

w tabelach kursowych danego banku, lecz uzależnione umownie zostanie od niezależnego od banku określenia tego kursu, w tym przez odwołanie się do średnich notowań, w szczególności do kursów ogłaszanych przez NBP, ewentualnie podwyższanych do określonego w umowie poziomu, który parametrycznie, czyli procentowo lub ułamkowo, musi zostać oznaczony, aby można było uznać, że kredytobiorca akceptuje warunki jego precyzyjnego ustalania w okresie wykonywania umowy w sposób nieoparty na jednostronnej woli banku realizującego sprzeczne w tym zakresie interesy w stosunku do tego, jakie są cele i interesy kredytobiorcy. Umowę nieodwołującą się zaś do bardziej obiektywnych kryteriów określenia kursu sprzedaży przy obliczaniu kolejnych rat, a więc też łącznej wysokości kredytu spłacanego, należy uznać za nieważną ze względu na jej sprzeczność z powołanymi przepisami ze wszystkimi konsekwencjami, które wynikają z art. 58 § 1 k.c. i bez konieczności oceniania skuteczności zapisów tej umowy w rozumieniu przyjętym w art. 385¹ i nast. k.c.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, nawet jednak gdyby przyjąć założenie, że umowa nie była nieważna, to przedstawione wyżej postanowienia umowne dotyczące walutowej klauzuli waloryzacyjnej i sposobu przeliczenia kwoty kredytu na walutę CHF oraz sposobu przeliczenia rat kredytowych na walutę CHF, w tym także przy określeniu wysokości kredytu przy jego spłacie przed terminem (§ 11 ust. 4 i § 13 ust. 5) naruszały także dobre obyczaje (art. 385¹ § 1 k.c.), a to wobec narzucenia powodom takich warunków umowy kredytowej, które otwierały bankowi możliwość ich wykorzystania z efektem mogącym prowadzić do niezależnego od powodów zwiększenia ich obciążenia finansowego wobec banku. Przesłankę rażącej sprzeczności postanowień umownych z interesami powodów (art. 385¹ § 1 k.c.) należało przeprowadzić, nie tak, jak to uczynił Sąd Okręgowy, tj. przez porównanie faktycznie stosowanych przez pozwany Bank kursów CHF ze średnim kursem NBP, a zatem przez ocenę tej przesłanki na podstawie tego, jak była wykonywana umowa, lecz biorąc pod uwagę sporne zapisy umowne z chwili jej zawarcia. Zagrożenie dla interesów powodów, jakie mogły wynikać z możliwego sposobu wykorzystywania jej postanowień, nie zaś z faktycznego jej stosowania przez Bank, było na tyle duże, że nie można było uznać, aby sposób określenia

kursu sprzedaży w celu ustalenia rat podlegających zapłaceniu albo całego kredytu spłacanego przed terminem nie naruszał rażąco ich interesów.

Według Sądu drugiej instancji przyjęcie abuzywności zapisów zawartych w § 11 ust. 4 i § 13 ust. 5 umowy implikowało konieczność rozważenia, czy jest możliwe utrzymanie w mocy umowy kredytowej w pozostałej części. Sąd zwrócił przy tym uwagę, że ze względu na przedterminową spłatę kredytu stwierdzenie nieważności tej umowy z powodu niemożliwości dalszego jej obowiązywania nie stanowi zagrożenia dla interesów powodów, gdyż nie wiąże się z koniecznością natychmiastowej spłaty znacznej kwoty. Zauważył, że wykazując właściwy poziom zorientowania i korzystając z pomocy zawodowego pełnomocnika, powodowie stanowczo i jednoznacznie wyrazili wolę uzyskania wyroku potwierdzającego nieważność spornej umowy, w tym również wskutek uznania, że podstawowe klauzule, na których oparta w niej została indeksacja kredytu do CHF, były niedozwolone w rozumieniu przyjętym w art. 385¹ k.c. i ze skutkiem niepozwalającym na uznanie jej ważności czy też jej utrzymanie. Tym samym jasno wyrazili zapatrywanie - oceniając swoje interesy nie tylko według postanowień umowy, lecz również własnej sytuacji w okresie toku tego postępowania - że stwierdzenie nieważności umowy nie stanowi zagrożenia dla ich aktualnych interesów. Sąd Apelacyjny kontestując dominujące dotychczas w judykaturze polskiej stanowisko, że klauzule indeksacyjne zawarte w umowach kredytowych (dotyczące warunków określających kurs wymiany CHF na walutę polską, w tym kurs sprzedaży ustalany na potrzeby obliczenia raty kapitałowo - odsetkowej albo spłacanej przed terminem pozostałej części kredytu), nie dotyczą świadczeń głównych, lecz ubocznych elementów takich umów, zajął - powołując się na przytaczany już wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 3 października 2019 r., a także wyrok z dnia 14 marca 2019 r., C - 118/07 - odmienny pogląd, uznając, że tego rodzaju zapisy dotyczą głównego przedmiotu umowy.

W tych okolicznościach Sąd odwoławczy ocenił, że wyeliminowanie z umowy przedstawionych wyżej postanowień abuzywnych nie pozwala na utrzymanie umowy, nie tylko dlatego, iż chodzi o główne świadczenia powodów, bez których charakter umowy kredytowej nie mógłby zostać zachowany, ale również z tej

przyczyny, że bez tych klauzul jej wykonywanie w ogóle nie byłoby możliwe bez zasadniczej zmiany jej charakteru prawnego, który oddawałby prawną i gospodarczą przyczynę jej podpisania przez obie strony, w tym nie tylko przez bank, lecz również przez powodów. Eliminacja klauzul dotyczących zastosowania kursu sprzedaży z tabeli Bank1 S.A., a *limine* wyłączałaby wykonywanie takiej umowy ze względu na niemożliwość zgodnego z jej treścią ustalenia wysokości rat w ich kapitałowej części, a pośrednio także w części odsetkowej, jak też pozostałej części kredytu, którą powodowie spłacili w maju 2009 r. W szczególności na etapie wyrokowania nie było możliwe zastąpienie kursu sprzedaży z tabeli banku, zastrzeżonego w umowie, żadnym innym kursem notowania CHF do złotego, w tym średnim kursem ogłaszającym przez NBP, nawet gdyby obie strony się na to zgadzały. Konsekwencją takiego stanowiska musi więc być, zdaniem Sądu drugiej instancji, uznanie nieważności takiej umowy *ex tunc*, nie tylko dlatego, że abuzywne postanowienie podlega eliminacji bez możliwości wprowadzenia w to miejsce innego podobnego mechanizmu, tyle że dozwolonego, a więc zgodnego ponadto z naturą (istotą) takich stosunków umownych, lecz również dlatego, że zachodzi niemożność wykonywania, a tym samym też rozliczenia takiej umowy, spowodowana wyeliminowaniem klauzuli niezbędnej do określenia wysokości podstawowego zobowiązania kredytobiorców, czyli wysokości raty kredytowej albo pozostałej do zapłacenia części kredytu spłacanego przed terminem (nie jest możliwe wyliczenie tych kwot już w zakresie odnoszącym się do ich kapitałowej części, pośrednio zaś również oprocentowania). Zachodzi więc konieczność stwierdzenia nieważności umowy, nie jest bowiem prawnie możliwe jej utrzymanie, nawet gdyby obie strony o to wnosiły, w tym gdyby tego żądał kredytobiorca biorący pod uwagę swoje tylko interesy majątkowe i życiowe według stanu rzeczy istniejącego w toku procesu, również przeniesionego do sądu drugiej instancji. Uznanie nieważności umowy kredytowej z tych przyczyn powoduje, że rozważania o zastosowaniu takiego lub innego wskaźnika dotyczącego ustalenia wysokości oprocentowania kredytu, czyli LIBOR 3M albo WIBOR, stają się bezprzedmiotowe, niezależnie o tego, że brak podstaw do przyjęcia, iż doszło pomiędzy stronami do zawarcia umowy kredytu w walucie polskiej (w której świadczenie zostało wypłacone), ale bez indeksacji i przyjęciu oprocentowania LIBOR 3M, a to że

względu na znaczące różnice konstrukcyjne między kredytem udzielanym w walucie polskiej, którego wysokość zawsze odpowiada kredytowi spłacanemu.

Uznając, że zwarta przez strony umowa kredytowa była nieważna, skutek ten, w ocenie Sądu Apelacyjnego, dotknął także zastrzeżony w niej wymóg ubezpieczenia niskiego wkładu własnego i wynikające z tego uprawnienie pozwanego Banku do obciążenia powodów składką w łącznej kwocie 3 290 zł.

Z drugiej strony, dostrzegając, że prawnym warunkiem uznania abuzywności klauzul jest to, aby niedozwolonego charakteru nie miały postanowienia określające główne świadczenia stron, chyba że zostały one w tej umowie sformułowane w sposób niejednoznaczny, Sąd odwoławczy nie dopatrył się niejasności w zapisach klauzul zawartych w § 11 ust. 4 i § 13 ust. 5 umowy już ze względu na ich prostotę składniową i znaczeniową. Zauważył, że przyjęcie takiego stanowiska wyłączałoby zupełnie uznanie tych klauzul za abuzywne w rozumieniu przyjętym w art. 385¹ k.c., a tym samym nie pozwalałoby również na uznanie nieważności umowy z 6 listopada 2006 r. na podstawie tego przepisu. Mając taką świadomość, w tej sprawie Sąd „szczególną uwagę przywiązał do argumentacji dotyczącej nieważności tej umowy ze względu na jej sprzeczność z art. 353¹ k.c. oraz z art. 69 Prawa bankowego, w obu wypadkach w związku z art. 58 § 1 k.c.”.

W skardze kasacyjnej pozwany Bank zaskarżając wyrok Sądu drugiej instancji w całości wniósł o uchylenie go i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania. Zarzucił naruszenie prawa materialnego, tj.: - art. 69 ust. 1 i 2 pr. bank. przez błędną wykładnię i przyjęcie, że nieważność umowy wynika z tego, że § 11 ust. 4 i § 13 ust. 5 umowy nie pozwalał na przyjęcie, że wysokość zobowiązania powodów z tytułu spłaty spornego kredytu została określona w sposób wymagany art. 69 pr. bank., co miało prowadzić do wniosku, że w umowie zastosowano mechanizm, który nie pozwala na określenie koniecznych przedmiotowo postanowień umowy kredytowej na etapie określenia kursu CHF na potrzeby każdej kolejnej raty, podczas gdy postanowienia umowy kredytu dotyczące kursów walut przy spłacie kredytu nie stanowią *essentialia negotii* umowy o kredyt; elementy przedmiotowo istotne umowy o kredyt zostały wskazane wyłącznie w art. 69 ust. 1 pr. bank. i dotyczą zobowiązania banku do oddania do

dyspozycji kredytobiorcy kwoty środków pieniężnych oraz zobowiązania kredytobiorcy do zwrotu kwoty kredytu (a nie sposobu spełnienia tego świadczenia) wraz z odsetkami oraz do zapłaty prowizji; - art. 65 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 111 ust. 1 pkt 3 pr. bank. w zw. z art. 353¹ k.c., art. 56 k.c. oraz art. 354 k.c. przez błędne ich zastosowanie i przyjęcie, że odesłanie do kursu zawartego w tabeli kursowej banku, pozwala bankowi na stosowanie kursu całkowicie arbitralnego i dowolnego, co świadczy, iż Sąd pominął, że umowa o kredyt, jak każda inna umowa, powinna być wykonywana w zgodzie z zasadami współżycia społecznego, ustalonymi zwyczajami oraz zgodnie z celem zawartej umowy, które to zasady, zwyczaje oraz cel wyznaczają granice prawidłowego wykonywania umowy przez strony; art. 353¹ k.c. i art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 111 ust. 1 pkt 3 pr. bank. przez ich błędne zastosowanie i przyjęcie, że określenie sposobu świadczenia z umowy kredytu przez odesłanie do tabel kursów walut obcych stosowanych przez pozwany Bank jest równoznaczne z przyznaniem uprawnienia do arbitralnego decydowania przez Bank o wysokości świadczeń kredytobiorców, co miało naruszać granice swobody kontraktowania i prowadzić do nieważności umowy, przy jednoczesnym prawidłowym ustaleniu, że podawanie tabel kursów walut obcych wynika z administracyjnego obowiązku nałożonego na banki w art. 111 ust. 1 pkt 3 pr. bank., oraz prawidłowym ustaleniu, że bank ustalając kurs reaguje na zjawiska rynkowe, a z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynikało również, że w praktyce tabele kursowe nie były wykorzystywane przez bank w celu zwiększenia ryzyka lub niwelowania strat, co powinno doprowadzić Sąd do wniosku, że nawiązanie w umowie do kursu waluty obcej podanego w tabeli Banku nie może być zrównane z przyznaniem uprawnienia do arbitralnego kształtowania wysokości zobowiązania kredytobiorców; - art. 58 § 1 i 3 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 2 Konstytucji RP przez błędne ich zastosowanie i przyjęcie, że umowa o kredyt będąca przedmiotem sporu, ze względu na to, że przewidywała wypłatę i spłatę kredytu w PLN przy zastosowaniu kursu CHF z tabeli kursowej Banku, narusza istotę stosunku zobowiązaniowego, a przez to w całości jest nieważna; - art. 385¹ § 1 k.c. przez jego błędne zastosowanie wyrażające się w przyjęciu, że postanowienia umowy odnoszące się do spreadu walutowego w zakresie dotyczącym wyłącznie kursu sprzedaży przy spłacie rat i wcześniejszej spłacie

kredytu, stanowią postanowienia obejmujące główny przedmiot umowy (główne świadczenia stron), podczas gdy postanowienia te powinny być traktowane jako uzupełniające względem postanowień dotyczących ryzyka kursowego (określających waloryzowany charakter umowy), skoro postanowienia umowy określające jej waloryzacyjny charakter (ryzyko kursowe) są odrębnymi - pod względem normatywnym - postanowieniami umowy względem klauzuli spreadu walutowego, a w konsekwencji wnioszek o „konieczności podważenia spornej umowy” z tej przyczyny należy uznać za bezzasadny; - art. 385¹ § 1 k.c. przez jego błędną wykładnię polegającą na tym, że Sąd nieprawidłowo ustalił treść przesłanek sprzeczności z dobrymi obyczajami i rażącego naruszenia interesu konsumentów oraz poprzez błędne jego zastosowanie wyrażające się w przyjęciu, że postanowienia umowy odnoszące się do spreadu walutowego są bezskuteczne z uwagi na ich abuzywność, w sytuacji gdy rzekoma dowolność w kształtowaniu kursów walut ma charakter wyłącznie pozorny, a zasady wyznaczania kursu stosowane przez pozwanego odpowiadają utrwalonej i powszechnej praktyce bankowej, a w konsekwencji Sąd błędnie przyjął, że doszło do naruszenia dobrych obyczajów oraz rażącego naruszenia interesów powodów; - art. 385¹ § 2 k.c. w zw. z art. 6 dyrektyw 93/13 w zw. z art. 65 § 1 i 2 k.c. przez ich niewłaściwe niezastosowanie polegające na niedokonaniu jakiegokolwiek wykładni umowy, po pominięciu postanowień uznanych za abuzywne; - art. 385¹ § 2 w zw. z art. 5 k.c. oraz art. 6 dyrektyw 93/13 w zw. z art. 2 oraz art. 32 Konstytucji RP, a także art. 2 i 3 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej przez błędne zastosowanie art. 385¹ § 2 k.c. w zw. z art. 6 powołanej dyrektyw, w sposób który prowadzi do naruszenia podstawowych zasad porządku prawnego jakimi są: zasada równości, zasada pewności obrotu i zasada proporcjonalności; - art. 358 § 2 k.c. w zw. z motywem 13 dyrektyw 93/13 przez ich niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji zanegowanie możliwości wykonania zobowiązania powodów przy uwzględnieniu normy określającej wartość waluty obcej poprzez zastosowanie kursu średniego NBP, wbrew temu, że wskazana norma dyspozytywna (pomimo jej obowiązywania od dnia 24 stycznia 2009 r.) korzysta z domniemania uczciwości wynikającego z motywu 13 powołanej dyrektyw, a więc jej zastosowanie przy wykładni umowy, uznanej za częściowo bezskuteczną, prowadzi do przywrócenia

równowagi kontraktowej i powinno być uznane za dopuszczalne na podstawie norm prawa unijnego i krajowego; - art. 410 § 1 k.c. w zw. z art. 405 k.c. przez ich błędne zastosowanie i przyjęcie, że kwoty zapłacone ponad kwotę udostępnionego kapitału w PLN stanowią świadczenie nienależne kredytobiorców na rzecz Banku.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Zgodnie z art. 385¹ § 1 k.c. postanowienia umowy zawieranej z konsumentem niezgodnione z nim indywidualnie nie wiążą go, jeśli kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy (niedozwolone postanowienia umowne). Nie dotyczy to postanowień określających główne świadczenia stron, w tym cenę lub wynagrodzenie, jeżeli zostały sformułowane jednoznacznie.

Przepis ten został wprowadzony do kodeksu cywilnego ustawą z dnia 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny i stanowił wynik implementacji do polskiego porządku prawnego dyrektywy 93/13. Zważywszy na konstytucyjną hierarchię źródeł prawa, przepisy tej dyrektywy mają, w zakresie, który regulują, charakter nadrzędny w stosunku do przepisów prawa krajowego. Tak samo pierwszeństwo ma wykładnia przepisów tej dyrektywy dokonywana w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wcześniej Europejski Trybunał Sprawiedliwości).

Postanowienie umowne jest sprzeczne z dobrymi obyczajami, jeżeli kontrahent konsumenta, traktujący go w sposób sprawiedliwy, słuszny i uwzględniający jego prawnie uzasadnione roszczenia, nie mógłby racjonalnie spodziewać się, iż konsument ten przyjąłby takie postanowienie w drodze negocjacji indywidualnych. Natomiast w celu ustalenia, czy klauzula rażąco narusza interesy konsumenta, należy wziąć przede wszystkim pod uwagę, czy pogarsza ona jego położenie prawne w stosunku do tego, które, w braku odmiennej umowy, wynikałoby z przepisów prawa, w tym dyspozytywnych (por. uzasadnienie uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 czerwca 2018 r., III CZP 29/17, OSNC 2019, nr 1, poz. 2). Rażące naruszenie interesów konsumenta oznacza nieusprawiedliwioną dysproporcję, na niekorzyść konsumenta, praw

i obowiązków wynikających z umowy, skutkujące niekorzystnym ukształtowaniem jego sytuacji ekonomicznej oraz jego nierzetelne traktowanie (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 3 lutego 2006 r., I CK 297/05, nie publ., z dnia 15 stycznia 2016 r., I CSK 125/15, OSNC - ZD 2017, nr 1, poz. 9; z dnia 27 listopada 2015 r., I CSK 945/14, nie publ., z dnia 30 września 2015 r., I CSK 800/14, nie publ., z dnia 29 sierpnia 2013 r. I CSK 660/12, nie publ.). W świetle dyrektywy 93/13, pojęcie znaczącej nierównowagi na niekorzyść konsumenta należy ocenić, przeprowadzając analizę przepisów krajowych mających zastosowania w przypadku braku porozumienia stron, aby ocenić, czy i, w odpowiednim przypadku, w jakim zakresie postanowienia umowne stawiają konsumenta w sytuacji gorszej niż ta przewidziana w obowiązujących przepisach krajowych; aby ustalić, czy ta równowaga powstaje „w sprzeczności z wymogami dobrej wiary”, należy sprawdzić, czy przedsiębiorca traktujący konsumenta w sposób sprawiedliwy i słuszny mógłby racjonalnie spodziewać się, iż konsument ten przyjąłby dany warunek w drodze negocjacji indywidualnych (zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 14 marca 2013 r., C - 415/11, Mohammed Aziz v. Caixa d'Estalvis de Catalunya Tarragona i Monresa).

W związku z rozbieżnościami w judykaturze, Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 20 czerwca 2018 r., III CZP 29/17, wyjaśnił że oceny, czy postanowienie umowne jest niedozwolone, dokonuje się według stanu z chwili zawarcia umowy. Wynika to zresztą z art. 385² k.c., który wprost stanowi, iż oceny zgodności postanowienia umowy z dobrymi obyczajami dokonuje się według stanu z chwili zawarcia umowy, biorąc pod uwagę jej treść (por. też wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 20 września 2017 r., C - 186/16, Ruxandra Paula Andricu i in. v. Banca Romaneasca SA oraz powołane uzasadnienie judykaty).

Sporna umowa kredytu została zawarta przed zmianą ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Prawo bankowe, dokonaną ustawą z dnia 29 lipca 2011 r. (Dz. U. Nr 165, poz. 984), którą wprowadzono uregulowania, iż umowa o kredyt denominowany lub indeksowany do waluty innej niż waluta polska, powinna zawierać szczegółowe zasady określenia sposobów i terminów ustalania kursu wymiany walut, na podstawie którego w szczególności wyliczana jest kwota

kredytu, jego transz i rat kapitałowo - odsetkowych oraz zasady przeliczania na walutę wypłaty albo spłaty kredytu (art. 69 ust. 2 pkt 4a pr. bank.), oraz że w przypadku takich umów kredytu kredytobiorca może dokonywać spłaty rat kapitałowo-odsetkowych bezpośrednio w tej walucie (art. 69 ust. 3 pr. bank.).

W orzecznictwie Sądu Najwyższego w odniesieniu do kredytów zawieranych przed tą nowelizacją prawa bankowego zostało już wyjaśnione, że dopuszczalne jest zaciągnięcie zobowiązania kredytowego w walucie obcej z równoczesnym zastrzeżeniem, że wypłata i spłata kredytu będzie dokonywana w walucie krajowej, z tym że tego rodzaju zastrzeżenie dotyczy wyłącznie sposobu wykonania zobowiązania, a zatem nie powoduje zmiany waluty wierzytelności (por. wyrok z dnia 25 marca 2011 r., IV CSK 377/10, nie publ. oraz z dnia 29 kwietnia 2015 r., V CSK 445/14, nie publ.). Umowa kredytu indeksowanego, przewidująca spread walutowy, mieści się w konstrukcji ogólnej umowy kredytu bankowego i stanowi jej możliwy wariant (art. 353¹ k.c. w zw. z art. 69 pr. bank.) (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 2019 r., V CSK 382/18, Glosa 2020, Nr 4, s. 67). Jednak mechanizm ustalania przez bank kursów waluty, który pozostawia bankowi nieograniczoną obiektywnymi kryteriami swobodę, jest w sposób oczywisty sprzeczny z dobrymi obyczajami i rażąco narusza interesy konsumenta, a klauzula, która nie zawiera jednoznacznej treści i przez to pozwala na pełną swobodę decyzyjną przedsiębiorcy w kwestii bardzo istotnej dla konsumenta, dotyczącej kosztów kredytu, jest klauzulą niedozwoloną w rozumieniu art. 385¹ § 1 k.c. (por. wyrok z dnia 22 stycznia 2016 r., I CSK 1049/14, nie publ., z dnia 27 lutego 2017 r., II CSK 19/18, niepubl., z dnia 11 grudnia 2019 r., V CSK 382/18).

Z art. 3 i 5 dyrektywny 93/13, a także z pkt 1 lit j i l oraz pkt 2 lit. b i d załącznika do tej dyrektywy wynika, że „do celów przestrzegania wymogu przejrzystości zasadnicze znaczenie ma kwestia, czy umowa wskazuje w sposób przejrzysty powody i specyfikę mechanizmu przeliczania waluty obcej, a także związek między tym mechanizmem a mechanizmem przewidzianym w innych warunkach dotyczących uruchomienia kredytu, tak aby konsument mógł przewidzieć, w oparciu o jednoznaczne i zrozumiałe kryteria, wpływające dla niego z tego faktu konsekwencje ekonomiczne”. Zwrot „w innych warunkach” oznacza, że w momencie zawarcia umowy, konsument powinien móc przewidzieć to, co będzie

w momencie spłaty poszczególnych rat miesięcznych. Ocena świadomości konsumenta przy zawieraniu umowy jest możliwa jedynie w ramach kontroli incydentalnej, a wszelkie wątpliwości co do spełnienia przez bank wymogu przejrzystości powinny być interpretowane na korzyść konsumenta. Do celów przestrzegania przez przedsiębiorcę w stosunku do konsumenta wymagania przejrzystości zasadnicze znaczenie ma to, czy umowa wskazuje w sposób jednoznaczny powody i specyfikę mechanizmu przeliczania waluty, tak by konsument mógł przewidzieć, na podstawie transparentnych i zrozumiałych kryteriów, wynikające dla niego z tego faktu konsekwencje ekonomiczne (zob. uzasadnienie wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 30 kwietnia 2014 r., C - 26/13, sprawa Árpád Kásler, Hajnalka Káslernè Rábai przeciwko OTP Jelzálogbank Zrt).

Zgodnie z art. 385¹ § 2 k.c. niedozwolone postanowienie umowne nie wiąże konsumenta, co uzasadniania jego bezskuteczność od samego początku, którą sąd uwzględnia z urzędu (por. wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 26 października 2006 r. w sprawie E. M. Mostaza Claro przeciwko Centro Movil Millenium, C - 243/08 i z dnia 1 października 2015 r. w sprawie M. Bucura przeciwko S.C. Bancpost SA, C - 348/14; uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 2007 r., III CZP 62/07, OSNC 2008, nr 7-8, poz. 87, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 maja 2014 r., III CSK 204/13, nie publ.).

Abuzywność niektórych postanowień umownych zawieranych z udziałem konsumentów nie oznacza, że cała umowa jest nieważna; strony są związane umową w pozostałym zakresie (art. 385¹ § 2 k.c.), z zastrzeżeniem, które wynika z art. 6 ust. 1 *in fine* dyrektywy 93/13, że jest to możliwe po wyłączeniu z niej nieuczciwych warunków. Sądy krajowe są zobowiązane wyłącznie do zaniechania stosowania nieuczciwego warunku umownego, aby nie wywierał on obligatoryjnych skutków wobec konsumenta, i nie są uprawnione do zmiany jego treści, umowa bowiem powinna w zasadzie nadal obowiązywać, bez jakiegokolwiek zmiany innej niż wynikająca z uchylecia nieuczciwych warunków, o ile jest to prawnie możliwe zgodnie z zasadami prawa wewnętrznego (zob. motyw 64-65 wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 14 czerwca 2012 r., C - 618/10, Banco Espanol de Credit SA v. Joaquin Calderon Camino, a także wyrok Trybunału

Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 30 maja 2013 r., C - 488/11, *Asbeek Brusse, de Man Garabito v. Johani BV*, postanowienie z dnia 22 lutego 2018 r., C - 126/17, *ERSTE Bank Hungary*), co sąd krajowy powinien ocenić z urzędu, zgodnie z obiektywnym podejściem na podstawie tych przepisów (por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 29 kwietnia 2021 r., C - 19/20, *I.W., R.W. v Bank BPH S.A.*).

W aktualnym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej rozróżnia się abuzywność postanowień dotyczących kryteriów przeliczania waluty krajowej na walutę indeksacji (klauzule kursowe), od innych klauzul, których zastrzeżenie w umowie jest także równoznaczne z obciążeniem konsumenta ryzykiem walutowym, tj., negatywnymi następstwami deprecjacji waluty krajowej (tzw. klauzule ryzyka walutowego) (por. wyroki z dnia 20 września 2017 r., C - 186/16, *Ruxandra Paula Andriciuc i in. v. Banca Romaneascu SA*, z dnia 22 lutego 2018 r., C - 119/17, z dnia 20 września 2018 r., C - 51/17, *OTP Bank Nyrt. i in. v. Terez Ilyez i in.*). W tym miejscu należy jednak podkreślić, że kwestia klauzuli ryzyka walutowego nie wymaga szczegółowej analizy, gdyż nie obejmują jej zarzuty kasacyjne, co w świetle art. 398¹³ § 1 k.p.c. oznacza, iż wymyka się spod kontroli Sądu Najwyższego w tej sprawie, a ponadto nie stanowiła podstawy faktycznej i prawnej zaskarżonego rozstrzygnięcia.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej uznaje za postanowienia umowne mieszczące się w pojęciu „główny przedmiot umowy” w rozumieniu art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13, te postanowienia, które określają podstawowe świadczenie w ramach danej umowy i które z tego względu charakteryzują tę umowę (por. wyroki z dnia 26 lutego 2015 r., C - 143/13, z dnia 20 września 2017 r., C - 186/16, *Ruxandra Paula Andriciuc i in. v. Banca Romaneascu SA*) i do tego typu postanowień w konkretnych sprawach zalicza obecnie postanowienia zawierające klauzule ryzyka walutowego, które wiążą się z obciążeniem konsumenta ryzykiem zmiany kursu waluty, co ma przełożenie na zwiększenie kosztu kredytu (zob. wyroki z dnia 14 marca 2019 r., C - 118/17, *Zsuzsanna Dunai v. ERSTE Bank Hungary Zrt.* oraz z dnia 3 października 2019 r., C - 260/18, *Justyna Dziubak, Kamil Dziubak v. Raiffeisen Bank International AG*).

W wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 3 października 2019 r., C- 260/18 orzeczono ponadto, że art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13, należy interpretować w ten sposób, iż: - stoi on 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, że skutki wyrażone w treści czynności prawnej są uzupełniane w szczególności przez skutki wynikające z zasad słuszności lub ustalonych zwyczajów (w tym kontekście Trybunał nawiązywał do wskazanych przez krajowy sąd pytający przepisów, jak art. 56, czy art. 354 k.c.), które nie stanowią przepisów dyspozytywnych lub przepisów mających zastosowanie, jeżeli strony umowy wyrażą na to zgodę, a zatem możliwość zastąpienia abuzywnych postanowień umownych, która stanowi wyjątek od ogólnej zasady, zgodnie z którą dana umowa pozostaje wiążąca dla stron tylko wtedy, gdy może ona nadal obowiązywać bez zawartych w niej nieuczciwych warunków, jest ograniczona do przepisów prawa krajowego o charakterze dyspozytywnym lub mających zastosowanie, jeżeli strony wyraża na to zgodę i opiera się w szczególności na tym, że takie przepisy nie zawierają nieuczciwych warunków; - nie stoi on 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, że ich usunięcie spowodowałoby zmianę charakteru głównego przedmiotu umowy; - stoi on na przeszkodzie utrzymywaniu w umowie nieuczciwych warunków, jeżeli ich usunięcie prowadziłoby do unieważnienia tej umowy, a sąd stoi na stanowisku, że takie unieważnienie wywołałoby niekorzystne skutki dla konsumenta, gdyby ten ostatni nie wyraził zgody na takie utrzymanie w mocy.

Możliwość zastąpienia niedozwolonego postanowienia umownego, w tym typowych klauzul kursowych (odsyłających do tabel bankowych) wchodzi w rachubę tylko wtedy, gdy, po pierwsze, po wyłączeniu klauzuli abuzywnej umowa nie może obowiązywać, o czym decyduje obiektywne podejście w świetle prawa krajowego, przy czym wola stron umowy nie ma znaczenia; po drugie, całkowity

upadek umowy naraża konsumenta na szczególnie niekorzystne konsekwencje, w świetle okoliczności istniejących lub możliwych do przewidzenia w chwili zaistnienia sporu, z uwzględnieniem rzeczywistych i bieżących interesów konsumenta oraz zastrzeżeniem, że do celów tej oceny decydująca jest wola w tym przedmiocie konsumenta; i po trzecie, istnieje przepis dyspozytywny albo przepis mający zastosowanie, gdy strony danej umowy wyrażą na to zgodę, który mógłby zastąpić wyłącznie niedozwolone postanowienie umowne, umożliwiając utrzymanie umowy z korzyścią dla konsumenta. Jeżeli przesłanki te są spełnione klauzula abuzywna zostaje zastąpiona i umowa zostaje utrzymana w mocy. Natomiast, gdy przesłanki zastąpienia nie są spełnione, umowa jest w całości nieskuteczna, chyba że konsument wyrazi zgodę na niedozwolone postanowienie, przywracając mu jednostronnie skuteczność (zob. też wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 26 marca 2017 r., C - 70/17, C- 179/17, Abanca Corporation Bancaria SA, v. Albertowi Garcii Santosowi i Bankia SA, v. Alfonsowi Antoniowi Lau Mendozie i in., z dnia 3 października 2019 r., C - 260/18 Justyna Dziubak, Kamil Dziubak v. Raiffeisen Bank International AG oraz z dnia 18 listopada 2021 r., C - 212/20).

W świetle przywołanego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz najnowszego orzecznictwa Sądu Najwyższego należy przede wszystkim odrzucić zarzuty skargi kasacyjnej oparte na założeniu, że sporne postanowienia zawartej przez strony umowy o kredyt dotyczące klauzuli indeksacyjnej, w tym zasad naliczania tzw. spreadu walutowego, są prawidłowe i dopuszczalne (w szczególności zarzut naruszenia art. 385¹ § 1 k.c.). Stanowisko Sądu Najwyższego co do nieprawidłowości klauzul, które przewidują określenie wysokości należności obciążającej konsumenta-kredytobiorcę przez odwołanie do tabel kursów ustalanych jednostronnie przez bank, bez wskazania obiektywnych kryteriów, jest obecnie w pełni utrwalone (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, niepubl., z dnia 19 września 2018 r., I CNP 39/17, niepubl., z dnia 24 października 2018 r., II CSK 632/17, niepubl., z dnia 13 grudnia 2018 r., V CSK 559/17, niepubl., z dnia 27 lutego 2019 r., II CSK 19/18, niepubl., 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, niepubl., z dnia 29 października 2019 r., IV CSK 309/18, niepubl., z dnia 11 grudnia 2019 r., V CSK 382/18, Glosa 2020, nr 4, s. 67 i n., z dnia 30 września 2020 r., I CSK 556/18, niepubl. i z dnia 13 maja 2022 r., II CSKP 464/22, niepubl.).

Dominuje też obecnie trafny pogląd – do którego podważenia zmierzały w istocie zarzuty naruszenia art. 385¹ § 1 k.c. oraz art. 385¹ § 2 k.c. w związku z art. 6 Dyrektywy 93/13 oraz w związku z art. 65 § 1 i 2, jak również w związku z art. 5 k.c., 32 Konstytucji RP oraz art. 2 i 3 Traktatu o Unii Europejskiej - że w razie stwierdzenia abuzywności postanowień umowy kredytu indeksowanego odnoszących się do sposobu określania kursu waluty obcej (tj. elementu mechanizmu indeksacji), umowa nie może obowiązywać w pozostałym zakresie (por. np. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 2019 r., V CSK 382/18, z 10 maja 2022 r., II CSKP 285/22 i II CSKP 382/22, niepubl., z 13 maja 2022 r., II CSKP 293/22).

Natomiast należy zgodzić się częściowo z zarzutami dotyczącymi naruszenia art. 353¹ k.c. i art. 69 ust. 1 i 2 pr. bank., co nie oznacza jeszcze całościowej akceptacji dla wspierającej te zarzuty argumentacji.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego wyjaśniono już, że nieprawidłowy kształt klauzul przewidujących określenie wysokości należności obciążającej konsumenta - kredytobiorcę przez odwołanie do tabel kursów ustalanych jednostronnie przez bank, bez wskazania obiektywnych kryteriów charakter, nie uzasadnia stwierdzenia, iż naruszają one art. 69 ust. 1 pr. bank. czy też art. 353¹ k.c. w związku z art. 58 § 1 k.c. W szczególności w wyroku z dnia 13 maja 2022 r., II CSKP 464/22 (niepubl.) Sąd Najwyższy wyjaśnił, że nie dochodzi tu do naruszenia art. 69 ust. 1 pr. bank., gdyż klauzule te pozwalają na określenie kwoty podlegającej zwrotowi, choć czynią to w sposób z innych względów niedozwolony (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 2019 r., V CSK 382/18). W kwestii zaś naruszenia art. 353¹ k.c. Sąd wyjaśnił, że wprowadzie postanowienia te wykraczają poza ogólne granice swobody umów określone w tym przepisie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 września 2021 r., I CSKP 166/21, niepubl. i tam przywoływane judykaty), jednakże nie przesądza to jeszcze zastosowania art. 58 §

1 k.c. Także przy założeniu, mającym pewne oparcie w dawniejszym orzecznictwie, że zachodzi tu także sprzeczność z naturą umowy (por. np. uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 22 maja 1991 r., III CZP 15/91, OSNC 1992, Nr 1, poz. 1 i z dnia 6 marca 1992 r., III CZP 141/91, OSNC 1992, nr 6, poz. 90) i że klauzula ta nie odsyła – inaczej niż zasady współżycia społecznego - poza system prawa stanowionego, lecz nakazuje respektować pewne wiążące założenia ustawowe dotyczące kształtu (wzorca, cech charakterystycznych) stosunku obligacyjnego, które mogą dotyczyć nie tylko stosunku zobowiązaniowego w ogólności, ale także pewnej kategorii zobowiązań (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2018 r., III CZP 93/17, OSNC 2018, nr 10, poz. 98). Rzecz bowiem w tym, że art. 385¹ i n. k.c. stanowią rdzeń systemu ochrony konsumenta przed wykorzystywaniem przez przedsiębiorców silniejszej pozycji kontraktowej, związanej z możliwością jednostronnego kształtowania treści wiążących strony postanowień, w celu zastrzegania klauzul niekorzystnych dla konsumenta (klauzul abuzywnych), i wprowadzają instrument wzmożonej - względem zasad ogólnych (w tym art. 353¹ k.c.) - kontroli treści postanowień narzuconych przez przedsiębiorcę, pod kątem poszanowania interesów konsumentów (por. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 czerwca 2018 r., III CZP 29/17), a także szczególną – odbiegającą od zasad ogólnych – sankcję mającą niwelować niekorzystne skutki zastosowania klauzul abuzywnych. W zakresie swego zastosowania wyłączają zatem regulacje ogólne, w tym dotyczące konsekwencji naruszenia właściwości (natury) stosunku prawnego. Zakresy te zachodzą częściowo na siebie, ponieważ część owych wiążących założeń ustawowych dotyczących kształtu (wzorca, cech charakterystycznych) stosunku obligacyjnego, w tym poszanowania autonomii podmiotów prawa cywilnego, jest relewantna także na obszarze niedozwolonych postanowień umownych, o czym świadczy choćby załącznik do dyrektywy 93/13, zawierający tzw. szarą listę postanowień abuzywnych, w którym wskazano m.in., że za abuzywne mogą być uznane klauzule, których celem lub skutkiem jest umożliwienie sprzedawcy lub dostawcy "według własnego uznania jednostronnej zmiany warunków bez uzasadnionego powodu wymienionego w umowie" (pkt 1 lit. j). Ścisłe oddzielenie reżimów naruszeń tzw. słuszności kontraktowej powiązanych

z zasadami współżycia społecznego (art. 353¹ w związku z art. 58 § 2 k.c.), względem których unormowanie art. 385¹ i n. k.c. niewątpliwie stanowi (w zakresie ich regulacji) *lex specialis* (por. też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2019 r., II CSK 483/18, OSP 2021, z. 3, poz. 7), od powiązanych wyłącznie z naruszeniem właściwości (natury) stosunku prawnego jest niezwykle trudne, jeżeli w ogóle wykonalne, co w powiązaniu z istotnymi różnicami w konsekwencjach tych naruszeń, polegającymi w szczególności na zastosowaniu w reżimie niedozwolonych postanowień sankcji bezskuteczności zawieszanej na korzyść konsumenta (por. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2021 r., III CZP 6/21, OSNC 2021, nr 9, poz. 56), wyłączeniu zastosowania art. 58 § 3 k.c. i daleko idącym ograniczeniu możliwości zastąpienia bezskutecznej klauzuli inną (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 2019 r., V CSK 382/18 i z dnia 16 września 2021 r., I CSKP 166/21), stwarzałoby ryzyko rozstrzygnięć poniekąd przypadkowych i arbitralnych. W świetle zaś powoływanego orzecznictwa Sądu Najwyższego i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie powinno być najmniejszych wątpliwości, że rozpatrywane klauzule podlegają kontroli pod kątem abuzywności. Dlatego też należy uznać, że w rozpatrywanym zakresie – tj. w zakresie naruszeń właściwości (natury) stosunku prawnego, które spełniają przesłanki określone w art. 385¹ i n. k.c. – reżim niedozwolonych postanowień umownych wyłącza także zastosowanie art. 58 § 1 w związku z art. 353¹ k.c.

Oznacza to, że wbrew stanowisku Sądu Apelacyjnego pierwszoplanowe znaczenie w sprawie miała ocena spornych postanowień pod kątem abuzywności (art. 385¹ i n. k.c.). W tej jednak kwestii zapatrywanie Sądu odwoławczego jest częściowo niespójne, gdyż z jednej strony zakłada, że postanowienia te są sprzeczne z dobrymi obyczajami i rażąco naruszają interes konsumentów, a ich abuzywność prowadzi do upadku umowy kredytu, a z drugiej strony wskazuje, iż postanowienia te, określające główne świadczenie strony, nie mogą być uznane za abuzywne, gdyż zostały sformułowane w sposób jednoznaczny.

W związku z tym należy przypomnieć, że wbrew pogładowi Sądu odwoławczego o tym, czy postanowienie jest jednoznaczne (transparentne), nie decyduje wyłącznie jego zrozumiałość pod względem formalnym i gramatycznym.

Szczególnie cenne są w tym względzie wskazówki zawarte w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 18 listopada 2021 r., C-212/20, M.P., B.P. przeciwko „A.”, prowadzącemu działalność za pośrednictwem 'A.' S.A., dotyczącym postanowienia zastrzeżonego w umowie kredytu indeksowanego do franka szwajcarskiego przewidującego, że raty kredytu są wyrażone w walucie obcej i w dniu wymagalności pobierane są z rachunku bankowego kredytobiorcy, według kursu sprzedaży zgodnie z tabelą obowiązującą w banku na koniec dnia roboczego poprzedzającego dzień wymagalności raty spłaty kredytu (pkt 19). Przypominając, że przewidziane w art. 5 dyrektywy 93/13 wymaganie przejrzystości postanowień umownych musi podlegać wykładni rozszerzającej i nie może zostać zawężone do ich prostego i zrozumiałego charakteru pod względem formalnym i gramatycznym (pkt 41), Trybunał zwrócił tam uwagę, iż w przypadku spornej klauzuli indeksacyjnej problem dotyczy nie tyle jej jednoznaczności, ile niewskazania sposobów ustalania kursu wymiany stosowanego do obliczenia rat spłaty, gdyż nie precyzuje ona wszystkich czynników uwzględnianych przez bank w celu ustalenia kursu wymiany stosowanego przy obliczaniu rat spłaty kredytu hipotecznego (pkt 47-48). We wcześniejszym swym orzecznictwie zaś wyjaśnił, że dla poszanowania wymogu przejrzystości zasadnicze znaczenie ma kwestia, czy umowa kredytu przedstawia w sposób przejrzysty powód i szczególne cechy mechanizmu zamiany waluty obcej, a także stosunek pomiędzy tym mechanizmem a mechanizmem przewidzianym w innych warunkach umowy, tak aby konsument był w stanie zrozumieć, w oparciu o jednoznaczne i zrozumiałe kryteria, wpływające dla niego z tej umowy konsekwencje ekonomiczne (pkt 49). Istotne jest zatem to, czy w świetle całokształtu istotnych okoliczności faktycznych, w tym reklamy i informacji dostarczonych przez kredytodawcę w ramach negocjacji danej umowy kredytu, właściwie poinformowany oraz dostatecznie uważny i racjonalny przeciętny konsument może nie tylko dowiedzieć się o istnieniu wahań kursów wymiany ogólnie obserwowanych na rynku walutowym, ale również oszacować - potencjalnie istotne - konsekwencje ekonomiczne, jakie ma dla niego zastosowanie kursu sprzedaży przy obliczaniu rat kredytu, którymi zostanie ostatecznie obciążony, a w rezultacie także całkowity koszt zaciągniętego przez siebie kredytu (pkt 50). Wprawdzie Trybunał dostrzegł, że kurs wymiany zmienia się w długim okresie

i w przypadku umowy kredytu indeksowanego do waluty obcej na okres 40 lat kredytodawca nie może przewidzieć zmiany obciążenia finansowego, jakie może pociągnąć za sobą mechanizm indeksacji przewidziany w umowie (pkt 51), jednakże stwierdził, iż okoliczność ta nie może uzasadniać niewskazania w postanowieniach umowy oraz w ramach informacji dostarczonych przez przedsiębiorcę w trakcie negocjacji umowy kryteriów stosowanych przez bank w celu ustalenia kursu wymiany mającego zastosowanie do obliczania rat spłaty, co umożliwiłoby konsumentowi określenie w każdej chwili tego kursu wymiany (pkt 53). Konsument bowiem musi móc zrozumieć, do czego się zobowiązuje, zwłaszcza co do sposobu obliczenia rat spłaty kredytu, który zaciąga (pkt 54). W rezultacie Trybunał stwierdził, że art. 5 dyrektywy 93/13 należy interpretować w ten sposób, iż treść klauzuli umowy kredytu zawartej między przedsiębiorcą a konsumentem ustalającej cenę zakupu i sprzedaży waluty obcej, do której kredyt jest indeksowany, powinna, na podstawie jasnych i zrozumiałych kryteriów, umożliwić właściwie poinformowanemu oraz dostatecznie uważnemu i racjonalnemu konsumentowi zrozumienie sposobu ustalania kursu wymiany waluty obcej stosowanego w celu obliczenia kwoty rat kredytu, w taki sposób, aby konsument miał możliwość w każdej chwili samodzielnie ustalić kurs wymiany stosowany przez przedsiębiorcę (pkt 55, teza). Przypominając również, że przestrzeganie wymagania transparentności postanowienia stanowi jeden z czynników, które sąd krajowy powinien wziąć pod uwagę przy dokonywaniu oceny abuzywności tego postanowienia na podstawie art. 3 ust. 1 tej dyrektywy 93/13 (pkt 58), Trybunał zasugerował, iż przedmiotowe postanowienie dotyczące indeksacji, niepozwalające konsumentowi na samodzielne określenie w każdej chwili kursu wymiany stosowanego przez przedsiębiorcę, ma abuzywny charakter (pkt 64).

Z przywołanego orzeczenia wynika także jasno, że dla oceny transparentności przedmiotowych klauzul istotne jest kryterium, czy w świetle całokształtu istotnych okoliczności faktycznych, w tym reklamy i informacji dostarczonych przez kredytodawcę w ramach negocjacji danej umowy kredytu, właściwie poinformowany oraz dostatecznie uważny i racjonalny przeciętny konsument mógłby oszacować - potencjalnie istotne - konsekwencje ekonomiczne,

jakie ma dla niego zastosowanie kursu sprzedaży przy obliczaniu rat kredytu, którymi zostanie ostatecznie obciążony, a w rezultacie także całkowity koszt zaciągniętego przez siebie kredytu. Istotne jest również to, czy w trakcie negocjacji umowy przedsiębiorca wskazał konsumentowi kryteria stosowane przez bank w celu ustalenia kursu wymiany mającego zastosowanie do obliczania rat spłaty, „co umożliwiłoby konsumentowi określenie w każdej chwili tego kursu wymiany”. Oznacza to, że decydujące znaczenie dla oceny transparentności i abuzywności postanowienia ma nie to, czy konkretny konsument uczyniłby należyty użytek z informacji, gdyby przedsiębiorca mu je dostarczył, lecz to, czy dostarczone przez przedsiębiorcę informacje były wystarczające, by dostatecznie uważny i racjonalny przeciętny konsument (standard obiektywny) mógł uczynić z nich należyty użytek. Podobnie, jak nie ma samo w sobie znaczenia dla oceny, czy przedsiębiorca spełnił wspomniany wymóg przejrzystości, ewentualne oświadczenie konsumenta, że jest w pełni świadomy potencjalnych ryzyk wynikających z zawarcia wspomnianej umowy (por. wyrok Sądu Najwyższego z 13 maja 2022 r., II CSKP 464/22, niepubl. i tam przywoływane orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej).

W kontekście zaś stwierdzenia Sądu Apelacyjnego, że strony nie są w stanie zapobiec nieważności umowy, choćby żądał tego kredytobiorca biorący pod uwagę swoje tylko interesy majątkowe i życiowe według stanu rzeczy istniejącego w toku procesu, warto nadmienić, iż zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2021 r., III CZP 6/21 zastosowana w reżimie niedozwolonych postanowień sankcja bezskuteczności zawieszona na korzyść konsumenta różni się istotnie od sankcji nieważności, w szczególności pozostawiając konsumentowi możliwość udzielenia następnie świadomej i wolnej zgody na postanowienie abuzywne i w ten sposób przywrócenia mu (i ewentualnie umowie, w której zostało zastrzeżone) skuteczności z mocą wsteczną. Przy czym udzielenie świadomej zgody albo jej definitywna odmowa, powodująca ostateczną bezskuteczność postanowienia (i umowy, której byt zależy od skuteczności postanowienia), zakłada, że sąd krajowy wyjaśnił konsumentowi, w ramach krajowych norm proceduralnych i w świetle zasady słuszności w postępowaniu cywilnym, w sposób obiektywny i wyczerpujący, konsekwencje prawne, jakie może pociągnąć za sobą usunięcie nieuczciwego warunku - co jest

szczególnie istotne wtedy, gdy jego niezastosowanie może prowadzić do unieważnienia całej umowy, narażając ewentualnie konsumenta na roszczenia restytucyjne - i to niezależnie od tego, czy strony są reprezentowane przez pełnomocnika zawodowego (por. wyrok z dnia 29 kwietnia 2021 r., C-19/20, I.W. i R.W., pkt 97).

W tym stanie rzeczy Sąd Najwyższy orzekł na podstawie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c., a o kosztach postępowania kasacyjnego w oparciu o przepisy art. 108 § 2 k.p.c. w zw. z art. 398²¹ k.p.c. i art. 391 § 1 k.p.c.

SSN W. Pawlak SSN P. Grzegorzczak SSN Roman Trzaskowski
(zdanie odrębne
do uzasadnienia)