



WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 marca 2023 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Władysław Pawlak (przewodniczący)

SSN Roman Trzaskowski (sprawozdawca)

SSN Dariusz Zawistowski

w sprawie z powództwa S. C.
przeciwko Bankowi spółce akcyjnej w W.
o ustalenie,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym 8 marca 2023 r.
w Izbie Cywilnej w Warszawie,
skargi kasacyjnej powoda
od wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie
z 20 września 2019 r., sygn. akt VI ACa 16/18,

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

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 20 września 2019 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie oddalił apelację powoda S. C. od wyroku zaocznego Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 października 2017 r., oddalającego jego powództwo przeciwko Bankowi S.A. w

W. (dalej – „Bank”) o ustalenie, że umowa pożyczki nr [...] zawarta pomiędzy stronami w dniu 11 grudnia 2008 r. jest nieważna ze względu na jej sprzeczność z zasadami współżycia społecznego.

W sprawie ustalono m.in., że w dniu 11 grudnia 2008 r. powód („Pożyczkobiorca”) zawarł z Bankiem umowę pożyczki („Umowa”) na kwotę 94.710,58 zł, która miała być spłacona do dnia 15 grudnia 2013 r. Część pożyczki w wysokości 26.847.41 zł była przeznaczona na cele konsumpcyjne, a część w wysokości 53.152.59 zł - na spłatę wcześniejszego kredytu zaciągniętego w Banku. Reszta posłużyła na pokrycie prowizji Banku oraz składki za ochronę ubezpieczeniową.

Spłata pożyczki miała następować w równych ratach kapitałowo - odsetkowych (annuitetowych), przy czym ich wysokość miał określić Bank w zawiadomieniach o najbliższej spłacie pożyczki, doręczanych pożyczkobiorcy co miesiąc przed terminem spłaty, aż do całkowitej spłaty pożyczki (§ 7 ust. 2). Od kwoty pożyczki Bank pobierał odsetki za okres od dnia powstania zadłużenia do dnia poprzedzającego jego spłatę (§ 6 ust. 1 i 2 Umowy).

Strony uzgodniły, że w okresie od dnia zawarcia Umowy do dnia 10 grudnia 2009 r. pożyczka będzie oprocentowana według stałej stopy procentowej wynoszącej 10.99% w stosunku rocznym, a w okresie od 11 grudnia 2009 r. do całkowitej spłaty pożyczki - według zmiennej stopy procentowej, która miała być ustalana na podstawie stopy bazowej Banku („stopa bazowa”) i stałej marży Banku równej 6,50%. W dniu zawarcia Umowy stopa bazowa Banku wynosiła 9,74% w stosunku rocznym, a zmienna stopa procentowa - 17.50% (§ 2 ust. 2 Umowy).

Zgodnie z § 11 Umowy stopa bazowa mogła ulec zmianie w przypadku zaistnienia niektórych lub wszystkich spośród następujących okoliczności: 1) zmiany stopy oprocentowania kredytu lombardowego Narodowego Banku Polskiego, zmiany stopy redyskontowej weksli przyjmowanych od banków do redyskonta przez Narodowy Bank Polski, zmiany stopy rezerwy obowiązkowej, ustalonej przez Narodowy Bank Polski oraz warunków jej odprowadzania, 4) zmiany poziomu inflacji. W przypadku zmiany stopy bazowej wysokość oprocentowania miała zmienić się o tyle punktów procentowych, o ile zmieni się stopa bazowa. Wysokość stopy

bazowej była podawana do publicznej wiadomości w lokalach jednostek banku w formie komunikatów.

W § 12 Umowy przewidziano, że w przypadku zmiany oprocentowania zmieni się wysokość raty kapitałowo-odsetkowej, a Bank poinformuje pożyczkobiorcę o nowej wysokości oprocentowania w zawiadomieniu o najbliższej spłacie pożyczki, natomiast pożyczkobiorcy przysługuje prawo do wypowiedzenia Umowy w terminie 14 dni od daty doręczenia zawiadomienia o najbliższej spłacie pożyczki.

Powód spłacał pożyczkę przez okres około dwóch lat, a następnie przestał ją spłacać z powodu problemów finansowych, w związku czym Bank wypowiedział Umowę.

Sądy obu instancji były zgodne, że wbrew twierdzeniom powoda treść Umowy ani okoliczności jej zawarcia nie wskazują na jej sprzeczność (sprzeczność jej postanowień) z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 2 k.c.), ustawą albo istotą stosunku umownego.

Zgadzały się także, że powód nie mógł osiągnąć celu powództwa, jakim było ustalenie nieważności Umowy, przez wykazywanie niedozwolonego charakteru poszczególnych postanowień (art. 385¹ k.c.), gdyż jego konsekwencją jest brak związania postanowieniem (jego bezskuteczność), a strony są związane umową w pozostałym zakresie (art. 385¹ § 2 k.c.).

Sąd Apelacyjny ocenił, że przewidziane w § 2 ust. 2, § 11 i § 12 Umowy uprawnienie Banku do zmiany wysokości oprocentowania pożyczki dotyczy konkretnych przypadków zmiany czynników makroekonomicznych niezależnych od Banku. Zwrócił uwagę, że Umowa wyraźnie wskazuje, że wysokość oprocentowania może się zmienić w przypadku zmiany stopy bazowej Banku na skutek zaistnienia wskazanych w jej treści okoliczności, przy czym zapis ten nie wyklucza zmian na korzyść Pożyczkobiorcy. Z drugiej strony wyraził pogląd, że trudno uznać za jednoznaczne w rozumieniu art. 385¹ § 1 k.c. sformułowanie, iż oprocentowanie zmieni się o tyle punktów procentowych, o ile zmieni się stopa bazowa, skoro nie wskazuje ono - w sposób niebudzący wątpliwości w odbiorze przeciętnego konsumenta - skali czy proporcji, w jakiej może nastąpić ewentualna zmiana stopy bazowej (i stopy procentowej kredytu) w stosunku do zmiany wskazanych w tym

postanowieniu parametrów. Tym niemniej zauważył, że nawet w przypadku uznania za abuzywne postanowienia Umowy odnoszącego możliwość zmiany oprocentowania do czynników niejednoznacznych, jak np. poziom inflacji, i pozostawiających ocenę ich wpływu na wysokość oprocentowania wyłącznie Bankowi, konsekwencją nie byłaby nieważność całej Umowy, ale wyeliminowanie z jej treści postanowienia bezskutecznego. Zważywszy, że zgodnie z § 2 ust. 2 a i b Umowy pożyczka była oprocentowana w okresie jednego roku od jej zawarcia według stałej stopy procentowej, a w kolejnym okresie - aż do całkowitej spłaty pożyczki - według zmiennej stopy procentowej wynoszącej w dacie zawarcia Umowy 17,50% w stosunku rocznym, przyjął, iż określenie świadczenia Pożyczkobiorcy, w przypadku dokonania naruszającej interesy konsumenta zmiany oprocentowania, byłoby możliwe w oparciu o powyższe, jednoznaczne i zaaprobowane przez Pożyczkobiorcę zapisy umowne, nie prowadząc do upadku całej Umowy. Wyjaśnił, że stanowisko takie nie sprzeciwia się dążeniu do zapewnienia odstrasającego dla przedsiębiorców efektu dyrektywy Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz. Urz. WE L 95 z dnia 21 kwietnia 1993 r., s. 29 ze zm.; dalej - "dyrektywa 93/13"), gdyż stwierdzenie nieważności umowy powinno być brane pod uwagę jedynie w przypadku, gdy nie ma możliwości wykonywania umowy po wyłączeniu z niej nieuczciwych warunków. Tymczasem – zdaniem Sądu - Umowa mogła być wykonywana przy zastosowaniu postanowień dotyczących oprocentowania, w tym zmiennego w wysokości ustalonej w dacie jej zawarcia. Ponadto żądaniem pozwu było stwierdzenie nieważności całej Umowy, a stałe oprocentowanie pożyczki w pierwszym roku jej obowiązywania wyklucza przyjęcie, że wyeliminowanie z Umowy zapisów dotyczących zmiennego oprocentowania wywierałoby wpływ na wykonywanie Umowy w tym okresie.

Niezależnie od tego Sąd odwoławczy wskazał – biorąc pod uwagę twierdzenia powoda o dążeniu do uzyskania lepszych warunków kredytowania oraz brak dowodów na zaistnienie sytuacji przymusowej podczas zawierania Umowy – że „pewne jej aspekty można ocenić jako objęte świadomą zgodą pożyczkobiorcy”. Wprawdzie powód zaprzeczył negocjowaniu warunków Umowy, a ciężar dowodzenia indywidualnego uzgodnienia jej postanowień spoczywa na pożyczkodawcy, jednak analiza treści Umowy zawierającej wpisane długopisem na jej druku terminy spłaty

i wysokość oprocentowania oraz motywacja powoda towarzysząca zawarciu Umowy prowadzi do wniosku o niemożności wykluczenia indywidualnego uzgodnienia jej postanowień.

Skargę kasacyjną od wyroku Sądu Apelacyjnego wniósł powód, zaskarżając go w całości. Zarzucił naruszenie prawa materialnego, tj. art. 385¹ § 1 k.c. oraz art. 58 § 1 w związku z art. 353¹ k.c. i z art. 78, z art. 69 ust. 2 pkt 5 i art. 76 pkt 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Prawo bankowe (w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia Umowy, tekst jedn. Dz. U. z 2002 r., Nr 72, poz. 665 ze zm.; dalej - „Prawo bankowe”), jak również naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 378 § 1 k.p.c. Wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu w Warszawie do ponownego rozpoznania wraz z rozstrzygnięciem o kosztach postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Naruszenia art. 378 § 1 k.p.c. skarżący dopatrywał się w nierozpatrzeniu skutku wyeliminowania z Umowy jej § 11, określającego zasady i warunki zmiany oprocentowania pożyczki, jako niedozwolonej klauzuli w rozumieniu art. 385¹ § 1 k.c., co było równoznaczne z nierozpoznaniem istoty sprawy.

Jednakże należy stwierdzić, że Sąd Apelacyjny rozważył konsekwencje wyeliminowania § 11 Umowy, wskazując w szczególności, iż nie powodowałoby to nieważności całej Umowy, oraz przedstawiając argumenty przemawiające za tym stanowiskiem. Okoliczność zaś, że w ramach swej analizy pominął – zdaniem skarżącego błędnie - elementy konieczne dla umów pożyczek bankowych określone w art. 78 w związku z art. 69 ust. 2 pkt 5 i z art. 76 pkt 1 Prawa bankowego i zasadę swobody umów (art. 353¹ k.c.), nie świadczy o nierozpoznaniu istoty sprawy (jej nierozpoznaniu w granicach apelacji). W tej kwestii wystarczy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie poglądem, ukształtowanym przede wszystkim na gruncie art. 386 § 4 k.p.c., z nierozpoznaniem istoty sprawy mamy do czynienia wtedy, gdy sąd nie zbada materialnej podstawy żądania, wychodząc z błędnego założenia, że istnieje przeszkoda unicestwiająca roszczenie albo wykluczająca jego skuteczne dochodzenie (zob. np. postanowienia Sądu Najwyższego: z 23 września 1998 r. II CKN 897/97, OSNC 1999, Nr 1, poz. 22; z 12 lutego 2002 r. I CKN 486/00,

OSP 2003, z. 3, poz. 36; z 19 czerwca 2013 r., I CSK 156/13, niepubl.; z 25 czerwca 2015 r., V CZ 35/15, niepubl. i z 7 kwietnia 2016 r., II CZ 6/16, niepubl.). Dokonanie przez sąd niewłaściwej lub niepełnej oceny prawnej powództwa nie jest tożsame z zaniechaniem rozpoznania istoty sprawy (zob. np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 września 2021 r., I CZ 56/21, niepubl.).

Z kolei sformułowane w skardze kasacyjnej zarzuty naruszenia prawa materialnego zmierzają w istocie do stwierdzenia, że § 11 Umowy stanowi niedozwolone postanowienie umowne (zarzut naruszenia art. 385¹ § 1 k.c.), co – w świetle art. 78, art. 69 ust. 2 pkt 5 i art. 76 pkt 1 Prawa bankowego oraz art. 353¹ k.c. - powoduje wyeliminowanie elementów istotnych (*essentialia negotii*) z umowy pożyczki bankowej o zmiennym oprocentowaniu, uniemożliwiając powodowi wykonanie głównego świadczenia bez zmiany charakteru Umowy (z umowy o zmiennym oprocentowaniu na umowę ze stałym oprocentowaniem), która tym samym staje się niewykonalna i sprzeczna z ww. przepisami Prawa bankowego (zarzut naruszenia art. 58 § 1 k.c. w związku z powołanymi przepisami). Zdaniem skarżącego § 11 Umowy jest abuzywny zarówno w zakresie, w jakim stanowi, że zmiana „może nastąpić”, co przyznaje Bankowi swobodę w podejmowaniu decyzji, czy dokonać zmiany oprocentowania (tzw. element decyzyjny), jak i w części odnoszącej się do parametrów finansowych ze względu na ich bardzo ogólne ujęcie, bez wskazania kierunku, zakresu i czasu, w jakim ewentualna zmiana miałaby nastąpić (tzw. element parametryczny). Tym samym sporne postanowienie umożliwia Bankowi jednostronne kształtowanie sytuacji powoda - konsumenta w zakresie wysokości jego zobowiązań wobec Banku, przez co zakłócona została równowaga między stronami. Nie można zaś stwierdzić, że zasady i warunki zmiany oprocentowania były indywidualnie uzgadniane z powodem tylko na tej podstawie, że wysokość oprocentowania pożyczki została wpisana w Umowie odręcznie, długopisem. Rzecz bowiem w tym, że zasady i warunki zmiany oprocentowania są komputerowo naniesione w Umowie i stanowią element wzorca umownego, przygotowanego wyłącznie przez Bank.

Zważywszy, że na podstawie art. 69 ust. 2 pkt 5 i art. 76 w związku z art. 78 Prawa bankowego umowa pożyczki powinna określać m.in. wysokość jej oprocentowania i warunki jego zmiany (warunki zmiany stopy procentowej pożyczki),

wyeliminowanie z Umowy jej § 11 oznacza – w ocenie powoda - iż nie zawiera już ona elementów istotnych dla umów pożyczek bankowych o zmiennym oprocentowaniu. Przy tym - wbrew woli stron - zmianie uległby charakter Umowy z oprocentowania zmiennego na oprocentowanie stałe, gdyż w istocie Umowa pozostawałaby oprocentowana według stawki określonej przy jej zawarciu, która nie mogłaby nigdy ulec zmianie. Wpływa to na ważność Umowy, gdyż po wyeliminowaniu z niej § 11 nie jest możliwe dalsze trwanie tej umowy (por. art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13), co oznacza jej sprzeczność z ustawą, zgodnie z art. 58 § 1 k.c.

Rozpatrując argumentację powoda, należy założyć – zgodnie z jego stanowiskiem i stanowiskiem Sądów, które nie kwestionowały konsumenckiego charakteru Umowy – że zawarł on Umowę jako konsument, choć podstawa faktyczna jest w tym względzie nie w pełni jednoznaczna, w szczególności ze względu na nieustalenie, czy również kredyt zaciągnięty przez powoda w Banku, którego spłacie miała służyć większa część pożyczanej kwoty, miał charakter konsumencki (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 2022 r., II CSKP 314/22, OSNC-ZD 2022, z. D, poz. 50).

Należy też zauważyć, że mimo niejednoznacznych i niekonkluzywnych - zwłaszcza w konfrontacji z przewidzianym w art. 385¹ § 3 zd. 1 k.c. kryterium uznania postanowienia za indywidualnie negocjowane (rzeczywisty wpływ konsumenta na jego treść, a nie sama świadomość jego treści) oraz określoną w art. 385¹ § 4 k.c. regułą rozkładu ciężaru dowodu (udowodnienie indywidualnego uzgodnienia postanowienia obciąża przedsiębiorcę) - wzmianek co do możliwości oceny „pewnych aspektów” Umowy jako „objętych świadomą zgodą pożyczkobiorcy” oraz „niemożności wykluczenia indywidualnego uzgodnienia jej postanowień”, Sąd Apelacyjny dostrzegł możliwość uznania za niejednoznaczne i abuzywne postanowienia przewidującego kryteria zmiany stopy bazowej ze względu na to, iż nie wskazuje ono skali czy proporcji, w jakiej może nastąpić ewentualna zmiana stopy bazowej (i stopy procentowej kredytu) w stosunku do zmiany wskazanych w tym postanowieniu parametrów. Zapatrywanie to, jak również bardziej stanowczy i szerzej umotywowany pogląd powoda, znajdują mocne oparcie w dotychczasowym orzecznictwie Sądu Najwyższego (por. w szczególności uchwała składu siedmiu sędziów z dnia 6 marca 1992 r., III CZP 141/91, OSNC 1992, Nr 6, poz. 90, uchwała

Sądu Najwyższego z dnia 19 maja 1992 r., III CZP 50/92, OSP 1993, z. 6, poz. 119, wyroki Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r., II CKN 933/99, niepubl., z dnia 11 lipca 2002 r., IV CKN 1219/00, OSNC 2003, Nr 11, poz. 152, z dnia 1 grudnia 2004 r., IV CK 205/04, niepubl. i z dnia 4 listopada 2011 r., I CSK 46/11, OSNC-ZD 2013, z. A, poz. 4, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 grudnia 2011 r., I CSK 310/11, niepubl.; por. też częściowo odmienny wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2015 r., II CSK 768/14, OSNC 2015, Nr 11, poz. 132) oraz orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dotyczącym dyrektywy 93/13 (por. w szczególności wyroki z dnia 26 lutego 2015 r., C-143/13, Bogdan Matei i Ioana Ofelia Matei przeciwko SC Volksbank România SA, pkt 74-76 oraz z dnia 3 marca 2020 r., C- 125/18, Marc Gómez del Moral Guasch przeciwko Bankia SA, pkt 51-52), które zostały ostatnio obszernie omówione w uzasadnieniu wyroku z dnia 16 września 2021 r., I CSKP 166/21 (niepubl.). Aprobując ów dorobek, Sąd Najwyższy uznał tam za niedozwolone postanowienie umowy pożyczki (w której pożyczkodawcą był również pozwany Bank) przewidujące, że stopa podstawowa banku – której zmiany decydowały o zmianie stopy oprocentowania pożyczki - „może ulec zmianie w przypadku zaistnienia niektórych lub wszystkich spośród następujących okoliczności: 1) zmiany stopy oprocentowania kredytu lombardowego Narodowego Banku Polskiego, 2) zmiany stopy redyskontowej weksli przyjmowanych od banków do redyskonta przez Narodowy Bank Polski, 3) zmiany stawek WIBOR/WIBID, określających oprocentowanie lokat międzybankowych, 4) zmiany rentowności papierów skarbowych (np.: bonów skarbowych, obligacji Skarbu Państwa), 5) zmiany poziomu inflacji, 6) zmiany stopy rezerwy obowiązkowej, ustalonej przez Narodowy Bank Polski oraz warunków jej odprowadzania". Decydujące dla Sądu było to, że niezależnie od wieloznaczności niektórych przesłanek uzasadniających zmianę stopy podstawowej banku (zmiany stawek WIBOR/WIBID), sporne postanowienie nie dookreślało, w jaki sposób (w jakim rozmiarze) ziszczenie się poszczególnych albo wielu przesłanek mogło wpływać na zmianę stopy procentowej, a ponadto pozostawiało Bankowi swobodę decyzyjną co do skorzystania z tej możliwości, co Sąd uznał za szczególnie istotne w przypadku ziszczenia się przesłanek mogących uzasadniać obniżenie stopy podstawowej.

Kierując się takimi samymi względami, trzeba stwierdzić, że postanowienie § 11 ust. 1 Umowy stanowiące, iż „stopa bazowa Banku może ulec zmianie w przypadku zaistnienia niektórych lub wszystkich spośród następujących okoliczności: 1) zmiany stopy oprocentowania kredytu lombardowego Narodowego Banku Polskiego, zmiany stopy redyskontowej weksli przyjmowanych od banków do redyskonta przez Narodowy Bank Polski, zmiany stopy rezerwy obowiązkowej, ustalonej przez Narodowy Bank Polski oraz warunków jej odprowadzania, 4) zmiany poziomu inflacji” - a więc przewidujące kryteria tożsame z punktami 1, 2, 5 i 6 paragrafu 7 ust. 2 umowy pożyczki, której dotyczył wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 września 2021 r., I CSKP 166/21 (zastrzeżonej w umowie pożyczki z tym samym Bankiem) - stanowi niedozwolone postanowienie umowne. W znacznej mierze aktualność zachowuje tu wyrażone już w uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 marca 1992 r., III CZP 141/91, zapatrywanie, że zastrzeżenie dla banku możliwości zmiany wysokości oprocentowania bez określenia uwarunkowań faktycznych takich zmian oznaczałoby, że zmiany takie byłyby nie tylko dokonywane jednostronnie przez bank, ale i w sposób niekontrolowany przez nikogo spoza aparatu bankowego, co naruszałoby zasady słuszności, w tym przede wszystkim zasadę równości stron stosunku obligacyjnego. Zasady te bowiem wymagają, aby regulaminy i umowy bankowe wskazywały konkretne okoliczności, przy zaistnieniu których wysokość oprocentowania może być zmieniona, gdyż zapewnia to kontrahentowi banku możliwość skontrolowania, czy zastosowana przez bank zmiana wysokości oprocentowania i jej zakres odpowiadają zmienionym od chwili zawarcia umowy warunkom ekonomicznym. Okoliczności te powinny być skonkretyzowane w taki sposób, aby w przyszłości mogła być dokonana należyta ocena, czy rzeczywiście one wystąpiły i czy w związku z tym zmiana oprocentowania jest obiektywnie usprawiedliwiona (por. też wyroki Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 2011 r., I CSK 46/11 i z dnia 25 czerwca 2021 r., II CSKP 63/21, niepubl.).

Odrębną kwestią jest natomiast wyjaśnienie, czy – jak twierdzi powód - niedozwolony charakter rzeczonej klauzuli powoduje upadek (nieważność) całej Umowy. Sąd Apelacyjny udzielił w tej kwestii odpowiedzi negatywnej, wskazując, że po wyeliminowaniu § 11 Umowa może być utrzymana w mocy, gdyż § 2 ust. 2 lit. a i b przewidywały w okresie jednego roku od jej zawarcia stałą stopę

oprocentowania (10,99%), a w kolejnym okresie - aż do całkowitej spłaty pożyczki - zmienną stopę procentową wynoszącą w dacie zawarcia Umowy 17,50% w stosunku rocznym. Stanowisko to sugeruje, że w ocenie Sądu odwoławczego Umowa powinna być utrzymana ze stałą stopą procentową, wynoszącą w pierwszym roku 10,99%, a w następnym okresie – 17,50%. Sąd ten zdawał się również przyjmować, że Umowa mogła być utrzymana przynajmniej w okresie pierwszego roku jej obowiązywania, co miało wykluczać możliwość uznania jej w całości za nieważną i zakłada, iż Umowa może być niejako podzielona pod względem czasowym.

Jednakże należy stwierdzić, że uznanie § 11 Umowy (ewentualnie bez akapitu drugiego) za niedozwolone postanowienie umowne i jego wyeliminowanie z Umowy sprawia, iż nie zawiera ona przesłanek, które decydują o możliwości zmiany stopy bazowej Banku, a tym samym nie określa, kiedy może dojść do zmiany oprocentowania. Przy czym, wbrew zapatrywaniu Sądu Apelacyjnego, nie jest to równoznaczne z przekształceniem Umowy w pożyczkę ze stałą stopą oprocentowania. Takie zapatrywanie nie uwzględnia, że zgodną wolą stron było zawarcie umowy pożyczki ze zmienną stopą procentową (po dniu 10 grudnia 2009 r.), czego wyrazem był przede wszystkim § 2 ust. 2 Umowy, który stanowił *in principio*, że „Pożyczka oprocentowana jest według: (...) a) stałej stopy procentowej wynoszącej 10,99 % w stosunku rocznym - w okresie od zawarcia niniejszej Umowy do 10/12/2009 r., z zastrzeżeniem § 13 ust. 1 i 2 oraz b) zmiennej stopy procentowej w okresie od zakończenia okresu wskazanego w pkt a) do całkowitej spłaty pożyczki; (...)”. Rozwiązanie takie samo przez się nie nasuwa zastrzeżeń i nie może być postrzegane jako abuzywne, także dlatego, że możliwość zastrzeżenia zmiennej stopy procentowej w umowie pożyczki bankowej wynika wprost z art. 76 w związku z art. 78 Prawa bankowego (por. też uchwała składu siedmiu sędziów z dnia 6 marca 1992 r., III CZP 141/91, wyroki Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2015 r., II CSK 768/14 i z dnia 25 czerwca 2021 r., II CSKP 63/21 oraz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 grudnia 2011 r., I CSK 310/11). Problemem jest natomiast nieprzejrzystość i abuzywność określonych w § 11 warunków zmiany stopy bazowej, od której zależała wysokość stopy procentowej, będącej sumą stopy bazowej Banku i stałej (co do zasady) marży Banku, pozostawiających nadmierną swobodę Bankowi i powodujących nieprzewidywalność zmian dla konsumenta. Wyeliminowanie

z Umowy abuzywnych warunków zmiany stopy bazowej, będących zarazem warunkami zmiany stopy procentowej, nie oznacza, że miarodajna jest stała stopa procentowa - ta bowiem zgodnie z wolą stron miała obowiązywać tylko do dnia 10 grudnia 2009 r. - albo wysokość „zmiennej stopy procentowej” w dniu zawarcia Umowy (określona na 17,50%) czy też wynosząca 16,24% suma stałej marży Banku (6,50%) i wysokości stopy bazowej w dniu zawarcia Umowy (9,74%), gdyż były to jedynie wskaźniki pomocnicze (pozbawione samodzielnego znaczenia) dotyczące stanu na dzień zawarcia Umowy (a więc nie odnoszące się do okresu po dniu 10 grudnia 2009 r., od kiedy miała obowiązywać zmienna stopa procentowa), a ponadto w ten sposób – wbrew woli stron (także woli powoda) – mająca obowiązywać po dniu 10 grudnia 2009 r. zmienna stopa procentowa stałaby się stałą stopą procentową. W zależności od okoliczności przypadkowych owa stała stopa byłaby dla konsumenta korzystna (gdyby zapobiegała wzrostowi stopy procentowej, uzasadnionemu w świetle sytuacji ekonomicznej) albo niekorzystna (gdyby zapobiegała obniżeniu stopy procentowej, uzasadnionemu w świetle sytuacji ekonomicznej). Uznanie za miarodajne pomocniczego postanowienia Umowy określającego wysokość zmiennej stopy procentowej na dzień zawarcia Umowy wydaje się również sprzeczne z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który przyjmuje, że przepisy dyrektywy 93/13 stoją na przeszkodzie temu, żeby uznany za nieuczciwy warunek został częściowo utrzymany w mocy przez usunięcie elementu przesądzającego o jego nieuczciwym charakterze, w przypadku gdyby to usunięcie sprowadzało się do mającej wpływ na istotę tego warunku zmiany jego treści, a inaczej jest tylko wtedy, gdy ów nieuczciwy element stanowi odrębne zobowiązanie umowne, które mogłoby być przedmiotem zindywidualizowanego badania jego nieuczciwego charakteru (por. wyroki z dnia 29 kwietnia 2021 r., C-19/20, I.W. i R.W., pkt 70-71 oraz z dnia 8 września 2022 r., w połączonych sprawach C-80/21, C-81/21 i C-82/21, D.B.P., pkt 63-64 i teza).

Prowadzi to do wniosku, że wyeliminowanie § 11 Umowy powoduje powstanie niezamierzonej luki w Umowie, gdyż wbrew art. 69 ust. 2 pkt 5 i art. 76 w związku z art. 78 Prawa bankowego nie określa ona warunków zmiany stopy procentowej pożyczki. Konsekwencji powstania tej luki Sąd Apelacyjny nie rozważył, co nie

pozwala odeprzeć zarzutów naruszenia prawa materialnego i uzasadnia uchylenie zaskarżonego wyroku.

Sąd odwoławczy powinien rozważyć, czy Umowa pożyczki oprocentowanej według zmiennej stopy procentowej może obowiązywać (istnieć, być ważna) bez określenia w niej warunków zmiany stopy procentowej. W świetle bowiem aktualnego, rodzimego i unijnego dorobku orzeczniczego nie budzi wątpliwości, że - wbrew ogólnej regule wyrażonej w art. 385¹ § 2 k.c., wyłączającej zastosowanie art. 58 § 3 k.c. w odniesieniu do skutków eliminacji niedozwolonych postanowień umownych - abuzywność klauzuli może prowadzić do upadku całej umowy, jeżeli bez tej klauzuli obowiązywanie umowy jest prawnie niemożliwe w świetle prawa krajowego, przy czym decydujące jest podejście obiektywne, wykluczające dopuszczalność uznania sytuacji jednej ze stron umowy za kryterium rozstrzygające o dalszym losie umowy (por. w szczególności wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 2019 r., V CSK 382/18, Glosa 2020, nr 4, s. 67 i n. oraz uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego - zasada prawna - z dnia 7 maja 2021 r., III CZP 6/21 i tam przywoływane orzecznictwo; por. też np. wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 15 marca 2012 r., C-453/10, Jana Pereničova, pkt 33-34, z dnia 14 marca 2019 r., C-118/17, Zsuzsanna Dunai, pkt 40, 51, z dnia 26 marca 2019 r., C-70/17 i C-179, Abanca Corporación Bancaria, pkt 57, z dnia 3 października 2019 r., C-260/18, Kamil Dziubak i Justyna Dziubak przeciwko Raiffeisen Bank International AG, pkt 39-41, z dnia 29 kwietnia 2021 r., C-19/20, I.W. i R.W., pkt 83, 89, z dnia 2 września 2021 r., C-932/19, JZ przeciwko OTP Jelzálogbank Zrt., OTP Bank Nyrt. i OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt, pkt 49-50 oraz z dnia 8 września 2022 r., w połączonych sprawach C-80/21, C-81/21 i C-82/21, E.K. i in. przeciwko D.B.P., pkt 67, 74).

Stwierdzenie, że bez określonych w § 11 Umowy warunków zmiany stopy procentowej pożyczki Umowa nie może obowiązywać ze względu na nieokreślenie istotnych postanowień, nie przesądza jeszcze upadku Umowy, gdyż w rachubę wchodzi także zastąpienie klauzuli abuzywnej regulacją zastępczą. W nawiązaniu do uzasadnienia uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego - zasada prawna - z dnia 7 maja 2021 r., III CZP 6/21 (OSNC 2021, Nr 9, poz. 56) należy jednak

przypomnieć, że uznaje się to co do zasady za dopuszczalne tylko wtedy, gdy (koniunkcja przesłanek):

1) całkowity upadek umowy naraża konsumenta na „szczególnie niekorzystne konsekwencje”, w świetle okoliczności istniejących w czasie sporu lub możliwych wówczas do przewidzenia (por. wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 3 października 2019 r., C-260/18, Kamil Dziubak, pkt 51 oraz z dnia 8 września 2022 r., w połączonych sprawach C-80/21, C-81/21 i C-82/21, D.B.P., pkt 67), z uwzględnieniem rzeczywistych i bieżących interesów konsumenta i z zastrzeżeniem, że do celów tej oceny decydująca jest wola wyrażona przez konsumenta w tym względzie” (por. wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-260/18, Kamil Dziubak, pkt 55-56, z dnia 2 września 2021 r., C-932/19, OTP Jelzálogbank i in., pkt 48 oraz z dnia 8 września 2022 r., w połączonych sprawach C-80/21, C-81/21 i C-82/21, D.B.P., pkt 74; por. też postanowienie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 17 listopada 2021 r., C-655/20, Marc Gómez del Moral Guasch przeciwko Bankia SA, pkt 48-52); przy czym z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wynika też, że w sytuacji, w której konsumenci zostali poinformowani o konsekwencjach związanych z całkowitym unieważnieniem zawartych umów o kredyt i je zaakceptowali, nie można, przynajmniej co do zasady, uznać, aby została spełniona przesłanka, zgodnie z którą unieważnienie całej umowy naraziłoby konsumentów na szczególnie szkodliwe konsekwencje (por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 8 września 2022 r., w połączonych sprawach C-80/21, C-81/21 i C-82/21, D.B.P., pkt 78 w związku z pkt 74-75);

2) istnieje przepis dyspozytywny albo przepis „mający zastosowanie, gdy strony danej umowy wyrażą na to zgodę”, który mógłby zastąpić wyeliminowane niedozwolone postanowienie umowne, umożliwiając utrzymanie umowy w mocy; jeżeli niedozwolone postanowienie umowne odzwierciedlało obowiązujący przepis ustawowy mający zastosowanie w przypadku porozumienia stron, w rachubę wchodzi także zastąpienie niedozwolonego postanowienia „tym stanowiącym punkt odniesienia przepisem ustawowym w nowym brzmieniu przyjętym już po zawarciu umowy” (por. np. wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 26 marca 2019 r. w połączonych sprawach C-70/17 i C-179/17 Abanca Corporación Bancaria

i Bankia, pkt 59-64 i z dnia 12 stycznia 2023 r., C-395/21, D.V. przeciwko M.A., pkt 56-63).

Rozważając tę kwestię, Sąd Apelacyjny powinien mieć na względzie wątpliwości co do bezwzględnego charakteru pierwszej z przesłanek (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 stycznia 2023 r., II CSKP 303/22, niepubl.). Należy bowiem zwrócić uwagę, że w niektórych nowszych orzeczeniach, wspominając o pierwszej przesłance (całkowity upadek umowy naraża konsumenta na „szczególnie niekorzystne konsekwencje”), Trybunał nie zastrzega, iż w tym względzie decyduje wola wyrażona przez konsumenta. Dotyczy to m.in. spraw, w których wątpliwości sądów krajowych dotyczyły konsekwencji uznania za abuzywną klauzuli określającej wysokość stopy oprocentowania zastrzeżonej w umowie kredytu przewidującej zmienną stopę oprocentowania (por. wyroki z dnia 3 marca 2020 r., C-125/18, w sprawie Marc Gómez del Moral Guasch, pkt 61-67 uzasadnienia i pkt 4 sentencji i z dnia 25 listopada 2020 r. w sprawie C-269/19, Banca B. SA przeciwko A.A.A., pkt 32-34, 41, 44; por. jednak postanowienie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 17 listopada 2021 r., C-655/20, Gómez del Moral Guasch II, pkt 48-52) albo określającej kurs wymiany waluty w kredycie denominowanym w walucie obcej (por. wyrok z dnia 31 marca 2022 r., C-472/20, Lombard Pénzügyi és Lízing Zrt. Przeciwko PN, pkt 41, 56). Warto przy tym zauważyć, że w sprawie, której dotyczył wyrok Trybunału z dnia 31 marca 2022 r., C-472/20, Lombard Lízing, w postępowaniu głównym (przed sądem krajowym) konsument domagał się (w powództwie wzajemnym) zwrotu oznaczonej kwoty z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia wynikającego z nieważności wiążącej umowy wiążącej go z przedsiębiorcą (por. pkt 21), co mogło sugerować, że nie uznaje tej nieważności za szczególnie niekorzystną dla siebie. Mimo to Trybunał powtórzył ogólną formułę, że jeśli sąd krajowy uzna, iż rozpatrywana umowa kredytowa nie może, zgodnie z prawem umów, nadal być prawnie wiążąca po usunięciu danych nieuczciwych warunków, a przy tym nie istnieje żaden przepis prawa krajowego o charakterze dyspozytywnym ani przepis znajdujący zastosowanie w wypadku osiągnięcia przez strony umowy porozumienia umożliwiającego zastąpienie tych warunków, należy uznać, że jeżeli konsument nie wyraził woli utrzymania w mocy nieuczciwych warunków umownych, a unieważnienie umowy narażałoby tego

konsumenta na szczególnie szkodliwe konsekwencje, to wysoki poziom ochrony konsumentów, jaki powinien zostać zapewniony zgodnie z dyrektywą 93/13, wymaga, aby dla przywrócenia rzeczywistej równowagi między wzajemnymi prawami i obowiązkami stron umowy sąd krajowy podjął, z pełnym uwzględnieniem prawa krajowego, wszelkie niezbędne środki mające na celu ochronę konsumenta przed szczególnie szkodliwymi konsekwencjami, jakie może wyrzucić unieważnienie danej umowy kredytu, w szczególności ze względu na natychmiastową wymagalność wierzytelności przysługującej przedsiębiorcy wobec konsumenta (pkt 56). Zastrzeżenia co do decydującego znaczenia woli konsumenta w kwestii, czy całkowity upadek umowy naraża go na „szczególnie niekorzystne konsekwencje”, nie zawiera również wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 12 stycznia 2023 r., C-395/21, D.V. przeciwko M.A. (por. pkt 60, 63), dotyczący skutków abuzywności postanowienia umowy o odpłatne świadczenie usług prawnych przewidującego, że wynagrodzenie adwokata wynosić będzie 100 EUR „za każdą godzinę konsultacji lub świadczenia usług prawnych na rzecz klienta” (konsumenta). Trybunał stwierdził tam natomiast, że szczególnie szkodliwy charakter unieważnienia umowy nie może zostać ograniczony jedynie do skutków o charakterze czysto finansowym, a istotna w tym zakresie może być także niepewność sytuacji prawnej konsumenta związana z tym, iż w razie unieważnienia umowy o świadczenie usług prawnych, które zostały już wykonane, prawo krajowe pozwala przedsiębiorcy domagać się wynagrodzenia za te usługi na innej podstawie niż unieważniona umowa (por. pkt 62 w związku z pkt. 74 i 76 opinii Rzecznika Generalnego M. S. przedstawionej w tej sprawie w dniu 22 września 2022 r.), a więc podstawie pozaumownej, w szczególności z tytułu nienależnego świadczenia, o której wspomina również Rzecznik Generalny w swej opinii (pkt 72).

Wywody te mogą sugerować, że niepewność sytuacji prawnej powodująca związaną z ewentualnym upadkiem Umowy, może sama przez się uzasadniać potrzebę rozważenia, czy luka związana z wyeliminowaniem z tej Umowy postanowienia określającego warunki zmiany stopy procentowej może być wypełniona przez regulację zastępczą.

W takim razie rozważenia wymagać będzie przede wszystkim to, czy owa luka mogłaby zostać wypełniona przez odwołanie do wysokości odsetek ustawowych,

miarodajnej wówczas, gdy wysokość odsetek nie jest w inny sposób określona (por. art. 359 § 2 k.c.), z uwzględnieniem, że z art. 359 § 3 k.c. wynika, iż odsetki te są z natury zmienne, przy czym o zmianie tej decyduje Rada Ministrów w drodze rozporządzenia (po dniu 10 grudnia 2009 r. odsetki te obowiązywały w wysokości 13 % w stosunku rocznym). Zarazem należy zastrzec, że w świetle orzecznictwa unijnego wprowadzenie regulacji zastępczej nie może prowadzić do pogorszenia sytuacji konsumenta. W szczególności w wyroku z dnia 27 marca 2014 r. w sprawie C-565/12, LCL Le Crédit Lyonnais SA przeciwko Fesihowi Kalhanowi Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, rozpatrując w kontekście art. 23 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/48/WE z dnia 23 kwietnia 2008 r. w sprawie umów o kredyt konsumencki oraz uchylającą dyrektywę Rady 87/102/EWG (Dz.Urz.UE L 2008, nr 133, s. 66 i n.) skuteczność sankcji polegającej na pozbawieniu kredytobiorcy odsetek umownych (z zachowaniem odsetek ustawowych), zauważył, że sankcja taka nie może być uważana za odstraszącą, gdyby okazało się, iż w wypadku powodującym natychmiastową wymagalność pozostałego do spłaty kapitału kredytu ze względu na zaleganie kredytobiorcy ze spłatą, kwoty, jakie może otrzymać kredytodawca w wyniku zastosowania tej sankcji „nie są znacząco niższe od tych, jakie mógłby on otrzymać, gdyby dochował takiego obowiązku”.

Gdyby zaś Sąd Apelacyjny doszedł do wniosku, że nie ma przepisu dyspozytywnego, który mógłby zastąpić § 11 Umowy, powinien rozważyć podjęcie dalej idącej inicjatywy w zakresie uzupełnienia luki w Umowie. Należy bowiem zwrócić uwagę, że w wyroku z dnia 25 listopada 2020 r., C-269/19, Banca B. SA przeciwko A.A.A Trybunał stwierdził, że jeżeli umowa kredytu nie może dalej obowiązywać po usunięciu z niej klauzul abuzywnych (dotyczyło to postanowień określających mechanizm ustalania zmiennej stopy procentowej) i jej unieważnienie powodowałoby szczególnie szkodliwe konsekwencje dla konsumenta, a nie istnieją stosowne przepisy prawa krajowego, które mogłyby te klauzule zastąpić, i konsument nie wyraził woli utrzymania w mocy klauzul abuzywnych, sąd krajowy powinien - dla przywrócenia rzeczywistej równowagi między wzajemnymi prawami i obowiązkami stron umowy - podjąć wszelkie niezbędne środki mające na celu ochronę konsumenta przed tymi szczególnie szkodliwymi konsekwencjami, z zastrzeżeniem,

że uprawnienia sądu nie mogą wykraczać poza to, co jest ściśle konieczne w celu przywrócenia tej równowagi, a tym samym zapewnienia konsumentowi tej ochrony (pkt 41-44; podobnie wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 31 marca 2022 r., C-472/20, Lombard Lízing, pkt 59). Trybunał nie udzielił wprost odpowiedzi na zrekonstruowane przez siebie pytanie prejudycjalne, czy w takim razie sąd krajowy może sam ustalić nowy sposób obliczania stopy procentowej, poprzestając jedynie na stwierdzeniu, że "w szczególności" nic nie stoi na przeszkodzie temu, aby sąd krajowy wezwał strony do podjęcia negocjacji w celu ustalenia sposobu obliczania stopy procentowej, o ile określi on ramy tych negocjacji, a ich celem będzie ustanowienie rzeczywistej równowagi między prawami i obowiązkami stron umowy, z uwzględnieniem w szczególności leżącego u podstaw dyrektywy 93/13 celu ochrony konsumenta (pkt 42). Stanowisko Trybunału nie jest w pełni jednoznaczne, należy jednak zauważyć, że o ile wzmianka o "wszelkich niezbędnych środkach mających na celu ochronę konsumenta" mogłaby sugerować stosowną modyfikację roszczeń restytucyjnych (np. rozłożenie obowiązku restytucyjnego konsumenta na raty - por. art. 320 k.p.c.), o tyle zastrzeżenie co do stosowania środków ściśle koniecznych "w celu przywrócenia równowagi na gruncie umowy" wskazuje, że chodzi tu (ew. może także chodzić) o taką modyfikację umowy, która zapobieże jej upadkowi.

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

r.g.

[ms]